

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO/PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

LETÍCIA CAMILO DOS SANTOS

ANÁLISE DA DECISÃO JUDICIAL NO QUADRO DA LEGISPRUDÊNCIA:
o diálogo das fontes do direito

BELO HORIZONTE

2011

LETÍCIA CAMILO DOS SANTOS

ANÁLISE DA DECISÃO JUDICIAL NO QUADRO DA LEGISPRUDÊNCIA:

o diálogo das fontes do direito

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para concessão do título de mestre, elaborada sob a orientação da Professora Doutora Fabiana de Menezes Soares no Projeto Observatório da Qualidade da Lei

BELO HORIZONTE

2011

SANTOS, Leticia Camilo.

Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência: o
diálogo das fontes do direito / Leticia Camilo dos Santos
Belo Horizonte: UFMG 2011

173p.

Dissertação (mestrado) – UFMG/Faculdade de Direito / Belo
Horizonte, 2011.

1. Legisprudência 2. Diálogo de fontes. 3. Decisão judicial. I. Título

LETÍCIA CAMILO DOS SANTOS

ANÁLISE DA DECISÃO JUDICIAL NO QUADRO DA LEGISPRUDÊNCIA:

o diálogo das fontes do direito

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obtenção do grau de mestre em Teoria da Legislação.

Belo Horizonte, 06 de julho de 2011.

Componentes da Banca examinadora:

Professora Doutora Fabiana de Menezes Soares (Orientadora)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor
Universidade Federal de Minas Gerais

À liberdade – em todas as suas formas – que possibilita ao ser humano exercer o direito de aprender e de se transformar.

Agradecimentos

À professora Fabiana, quem ensinou, criticou, trouxe à luz reflexões visionárias e acreditou.

Ao Alfredo, pelos almoços italianos e a divisão desigual de tarefas domésticas. Mais que um encorajador, um exemplo de afeição, dedicação e respeito pelos outros.

Aos amigos que sempre se preocuparam e me incentivaram, em especial, Clarissa Borges, que foi minha grande companheira e sentiu na pele a beleza e a dureza desta caminhada.

À literatura, à música, às medicinas energéticas e à Cristina Teixeira, tão compassivas com a minha ansiedade.

Ao meu futuro sogro, Ricardo Carneiro, pelas palavras tranquilizadoras e, em especial, pela biblioteca emprestada.

À minha primeira família, Mariela e Vera, que me colocou no caminho da busca contínua por ser melhor como pessoa.

Eis a importância da prática da transdisciplinaridade. Saber que há diferentes pontos de vista sobre uma mesma realidade. E que precisamos de todos eles para ver melhor.

Jean-Yves Leloup

RESUMO

O contexto da pesquisa relaciona-se ao déficit de legitimidade da legislação, decorrente da baixa qualidade das normas, como também da descentralização da atividade legiferante para outras esferas de poder, levantando questionamentos sobre a racionalidade jurídica tradicional que desconsiderava o processo de elaboração dos atos normativos, confinado à dimensão política.

Como alternativa, o trabalho privilegiou a perspectiva da jurisprudência, uma teoria normativa da legislação articulada à teoria do direito que tem como objeto de estudo o processo de criação das normas pelo legislador, levando-se em conta critérios de efetividade, eficácia e aceitabilidade. O dever de justificação para a criação de regras foi apresentado como condição de legitimidade e de otimização do caráter democrático do sistema.

A justificação resulta de um processo dialógico fundado em uma racionalidade prática que, aliada à efetivação do diálogo de fontes e à discussão participativa, potencializa a possibilidade de uma escolha informada mais próxima da realidade.

Por essa via, o trabalho destacou a importância de se repensar a teoria das fontes, adotando uma perspectiva pluralista que leva em conta a complexidade histórico-social do direito. O dever de diálogo de fontes surge da adoção pelo legislador de um ponto de vista compreensivo e colaborativo que lhe permite aperfeiçoar a legislação, ao ampliar o conhecimento sobre o repertório dos possíveis conteúdos normativos difusos na sociedade.

A consideração da crescente intercessão entre modelos jurídicos de *commom law* e *civil law* apresenta-se como reforço positivo à aceitação da influência teórica e prática de manifestações jurídicas não legislativas na constituição do direito. Nesse sentido, a jurisprudência revela um potencial repertório de sentidos vinculados à dimensão do tempo que devem ser objeto de consideração pelo legislador.

O aumento de legitimidade e qualidade da legislação pode ser operacionalizado pela avaliação legislativa, mas resulta, essencialmente, do desempenho responsável e racional do legislador. A sua racionalidade concentra-se na elaboração de normas eficazes e eficientes, assim como na garantia aos indivíduos do espaço de liberdade para o seu desenvolvimento autônomo, capaz de viabilizar o exame crítico do papel das instituições políticas e atuação participativa no aperfeiçoamento da sociedade.

Palavras-chaves: jurisprudência – diálogo de fontes – decisão judicial.

ABSTRACT

The research context is related to the legitimacy crisis of legislation due to the poor quality of norms, as well as the decentralization of law-making activity for other spheres of power. This perspective raised inquires about current legal rationality especially its disregard for the process of creation of rules, considered a matter of politics.

Alternatively, this research sustains an approach named legisprudence, a normative theory of legislation articulated to legal theory which deals with the study of the creation of law by the legislator, taking into account aspects of efficiency, effectiveness and acceptability. The duty to justify in order to create rules is presented as a condition of legitimacy and improvement of the democratic character of the system.

The justification results of a dialogical process based on a practical rationality. Combined with realization of the dialogue of sources and participative discussion, it improves the possibility of making an informed choice context-related.

In this way, the research highlighted the importance of rethinking the theory of sources, adopting a pluralist perspective that takes into account the social and historical complexity of law. The duty of dialogue of sources emerges from an adoption of a comprehensive and collaborative point of view by the legislator, which enables him to improve legislation in order to get a greater knowledge of the repertoire of possible normative contents diffuse in society.

The consideration of the increasing intersection between systems of *common law* and *civil law* displays a positive support to the acceptance of theoretical and practical influences of non legislative sources in the constitution of law. The judicial decision reveals a potential repertoire of meanings linked to time dimension that must be considered by the legislator.

The enhancement of legitimacy and quality of legislation can be operated by evaluation of legislation, and, mainly, they result from the responsive performance of the legislator. This rationality is focused on developing effective and efficient rules, as well as in ensuring a space of liberty for the subject autonomous development. This comprehension makes possible participative action in society and critical reflection over the role played by political institutions.

Key words: legisprudence – dialogue of sources – judicial decisions.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DO IDEAL LEGALISTA À LEGISPRUDÊNCIA	15
2.1	Do direito como um sistema ideal de normas à crise da lei	15
2.2	Breve história da Teoria da Legislação (Ciência da Legislação, Legística ou Legisprudência)	20
2.3	A legisprudência como uma teoria da liberdade – repensar o direito e as condições de sua legitimidade.....	25
3	EM BUSCA DO DIÁLOGO – POR UMA REVISÃO DA TEORIA DE FONTES E UM NOVO LUGAR PARA A JURISPRUDÊNCIA	37
3.1	O paradigma legalista na teoria das fontes do direito	37
3.2	Novas perspectivas da teoria das fontes – pluralismo jurídico.....	46
3.2.1	Diálogo de fontes	59
3.2.2	Diálogo de sistemas.....	68
4	O DIÁLOGO ENTRE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA NO DEVER DE JUSTIFICAÇÃO	79
4.1	Juízes e legisladores num mesmo plano pelo dever de justificação.....	79
4.2	Responsabilidade do juiz e vinculação à lei.....	87
4.3	Responsabilidade do legislador - os princípios da legisprudência	93
4.4	O ponto de vista hermenêutico do juiz e do legislador – a contribuição de Wintgens estendida	103
4.4.1	Os pontos de vista interno e externo	103
4.4.2	O ponto de vista hermenêutico	106
4.4.3	O ponto de vista hermenêutico do juiz.....	107
4.4.4	O ponto de vista hermenêutico do legislador estendido – operacionalização do diálogo	109
4.5	O raciocínio do juiz e o raciocínio do legislador – contraposição ou complementação?.....	115
4.5.1	A prudência do legislador no contexto de racionalidade da legislação.....	122
4.6	Impulsos concretizados pelo Poder Judiciário: um apelo ao legislador racional...126	
4.6.1	Contexto	126
4.6.2	Dois exemplos que apontam a demanda por racionalidade legislativa e a institucionalização do diálogo de fontes	127
5	AVALIAÇÃO LEGISLATIVA E CORREÇÃO DO ORDENAMENTO	136
5.1	Avaliação de impacto – controle e justificação	136
5.2	A avaliação legislativa e a avaliação de impacto regulatório (AIR).....	140
5.2.1	Origens e extensões	143
5.3	Elementos e critérios para a avaliação de impacto	145
5.4	Avaliação <i>ex ante</i> e <i>ex post</i>	147
5.5	Diálogos entre jurisprudência e legislação no âmbito da avaliação de impacto	148
5.6	Um exemplo de avaliação no Poder Executivo do Brasil – o caso Defesa Agropecuária.....	154
6	CONCLUSÃO	157
7	BIBLIOGRAFIA	164

1 INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que o texto a seguir teve origem no último ano de graduação da pesquisadora na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Para a conclusão do curso, sendo necessária a apresentação de monografia, o objeto de estudo investigado àquela época foi o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal. A pesquisa, no entanto, não lançou seu olhar diretamente sobre a sempre problemática questão dos limites de atuação dos poderes do Estado diante do dogma da separação dos poderes.

Na verdade, o que instigava o trabalho era a percepção de incoerência, despreparo e inércia do Poder Legislativo perante a atuação, cada vez mais ampla, de outros Poderes, especialmente o Poder Judiciário. Essa percepção, aliada a uma contínua sensação – talvez mais particular à pessoa por trás da pesquisa – de impotência dos indivíduos e descaso dos poderes públicos, alimentou a conclusão do trabalho no sentido de defender o diálogo entre as instituições para alcançar a desejada melhora da qualidade dos atos normativos. Contudo, mais do que defender técnicas e instrumentos para a elaboração de leis ou decisões judiciais, a pesquisa tentou colocar em destaque o debate democrático e a necessidade de uma postura comprometida e responsável por parte dos agentes públicos, de forma a concretizar o texto constitucional.

Essa é, em suma, a mesma linha seguida no presente texto. No entanto, ela supera, em larga medida, o trabalho anterior, tanto pelo desenvolvimento do conhecimento ao longo do tempo, como pela ampliação das possibilidades de acesso ao seu conteúdo e, mais ainda, pelo enriquecimento das reflexões e debates que foram feitos ao longo do curso de mestrado. Nesse caminho, foi possível perceber que o conhecimento pode, efetivamente, gerar mudanças¹. Ou, no mínimo, pode nos fazer acreditar em mudanças. Acreditar é fundamental, porque somente pela crença em algo que de valor é que as pessoas transformam os espaços e a si mesmas.

Para tanto, concorreu, particularmente, a ideia de que o fenômeno jurídico não pode ser neutro e dissociado da política. Na verdade, indo ao encontro dos propósitos desta pesquisa, salientamos a necessidade de articulação entre direito, valores e princípios e o

¹ Colaboraram com essa visão as aulas das Professoras Miracy Barbosa de Souza Gustin, Fabiana de Menezes Soares e Mônica Sette Lopes, durante o mestrado no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

compromisso com questões políticas, postura fundamental para uma perspectiva de emancipação dos indivíduos.

A jurisprudência foi o saber interdisciplinar que tornou possível o reconhecimento das incertezas, da complexidade e do caráter continuamente constitutivo e mutável do direito, visando a pacificação do meio social pela ordem, mas principalmente, o exercício da liberdade por sujeitos autônomos e emancipados.

Unindo as perspectivas teóricas e pragmáticas que recaem sobre o direito, inclusive porque também se compreende que o universo jurídico deve dar conta do real, a jurisprudência foi o pano de fundo que conduziu esta pesquisa. Ela possibilitou sustentar a crença, cujo resultado ainda é bastante idealizado, de que o direito tem um papel transformador, mais intenso à medida que os sujeitos são capazes de, preservando sua individualidade, reocuparem o espaço público para refletir, debater e criticar, considerando, para isso, a dimensão comunitária da realização de sua autonomia.

Foi acreditando na proposta de diálogo e na realização das utopias presentes no texto constitucional que se propôs, neste trabalho, o estabelecimento de um consenso possível, ou melhor, de justificação para a decisão de legislar, considerando o fato de que a identificação entre representante e representado na figura da soberania não mais sustenta, por si só, a legitimidade das decisões do Estado.

A partir dessa percepção, foi necessário reconhecer o pluralismo da cultura jurídica e a complexidade das sociedades, o que possibilitou defender uma teoria de fontes do direito compatível com a introdução de elementos extralegais para justificar o direito. Mais ainda, percebeu-se que o paradigma legalista, que coloca a lei como fonte quase exclusiva do direito, consolidou na prática e no ensino do direito uma visão puramente normativa, esvaziada de sentido ético e desconectada do fato de que o direito tem uma dimensão argumentativa e dialética da qual depende a sua realização.

Essas visões permitiram a justificação da pesquisa ao pretender destacar a importância das decisões judiciais no processo comunicativo que envolve a produção do direito, ressaltando-se que devem necessariamente ser consideradas, ao lado de outras fontes, como dado essencial à avaliação de efeitos das leis ou, ainda, como justificação para o impulso de legislar, como forma de melhorar o círculo normativo.

Para confirmar a hipótese, a pesquisa desenvolveu-se, essencialmente, por três capítulos. O segundo capítulo trata da insuficiência do paradigma legalista para dar respostas

à realidade atual e às transformações do direito, considerando como ponto de partida a crítica à teoria do contrato social de Hobbes e Rousseau, por retirarem dos indivíduos a capacidade de agir autonomamente, interagindo e compartilhando significados não somente por meio do Estado.

Salutar contribuição foi-nos oferecida pelo desenvolvimento da legisprudência pelo professor e jurista belga, Luc J. Wintgens, cujas lições nos permitiram desenvolver uma ideia crítica sobre o Estado Social e sobre a necessidade de se pensar uma teoria da legislação voltada para a operacionalização da liberdade no espaço político, compreendendo os sujeitos como agentes morais autônomos e capazes.

No terceiro capítulo, desenvolvemos reflexões sobre a crise do paradigma legalista e a necessidade de se repensar a tradicional teoria das fontes do direito, de forma a incluir a jurisprudência, e seu caráter normativo, no rol das fontes do direito, independentemente de sua vinculação à lei. Também foi possível desenvolver, diante de uma concepção do direito como produto social, a ideia de diálogo de fontes, como forma de fortalecer o caráter democrático e a coerência do sistema jurídico, ainda que seja também aceito que o direito está intimamente vinculado a uma ideia de certeza excepcionável.

Neste capítulo, postulamos a existência de um diálogo entre os sistemas de *common law* e *civil law*, não só pelo crescente papel desempenhado pela jurisprudência em nosso ordenamento, mas igualmente observamos que as discussões que deram origem ao pensamento legisprudencial tiveram sua origem em sistemas anglo-saxões, preocupados com a qualidade da legislação.

No quarto capítulo, discutimos a visão legisprudencial de que juízes e legisladores estão em um mesmo plano – ambos atuam como aplicadores de normas – e são responsáveis pelo dever de justificar as suas escolhas, no contexto de um Estado Democrático de Direito que prima pelo controle público das decisões. Essencial para a ideia de efetivação do diálogo de fontes foi a apresentação dos princípios da legisprudência e a introdução de um ponto de vista hermenêutico do legislador que inclui o ponto de vista hermenêutico do juiz, o que, ao final, corresponde à realização do diálogo institucional desejado. Foi discutida e defendida, outrossim, a possibilidade de se pensar em uma racionalidade prudencial do legislador.

Neste capítulo, debatemos, ainda, dois casos consubstanciados em decisões do Supremo Tribunal que preencheram, em nosso ordenamento jurídico, um espaço não ocupado pelo legislador. Não só apontamos a efetiva realização do direito pela Jurisdição

Constitucional, mas suscitamos o questionamento sobre a necessidade de diálogo entre os poderes republicanos como forma de garantir a legitimidade democrática de decisões que inovam a ordem jurídica.

No quinto capítulo, apresentamos o lado mais pragmático da visão jurisprudencial consubstanciado na avaliação legislativa ou avaliação de impacto regulatório, por meio da qual é possível o diálogo entre as fontes do direito, não só como técnica para melhorar a qualidade da lei, mas como meio de aperfeiçoamento do caráter democrático do direito. A análise feita sobre a avaliação de impacto aponta a preponderância do Poder Executivo no processo de produção de leis, o que nos leva a fazer uma ressalva.

Embora tenhamos adotado o termo “legislador” e, muitas vezes, realizado análises sob o ponto de vista do Poder Legislativo, é certo que praticamente todo o debate teórico desenvolvido na pesquisa aplica-se, respeitando-se as diferenças existentes, à atuação do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, quando agem como legisladores. Por esse motivo, esclarecemos que o termo legislação foi usado em uma acepção mais ampla para corresponder aos atos legislativos, administrativos e, até mesmo, as decisões com caráter normativo do Poder Judiciário. Ao final do capítulo, apresentamos brevemente o resultado de diagnóstico feito sobre o subsistema de defesa agropecuária brasileira, produto de um trabalho de pesquisa realizado em conjunto com a Professora Doutora Fabiana de Menezes Soares, cujo método para diagnóstico e análise foi a avaliação de impacto.

Por fim, a conclusão da pesquisa foi uma tentativa de restabelecer brevemente texto as observações e conclusões feitas ao longo do texto, elucidando a necessidade de retornarmos ao espaço público para garantir a existência de uma democracia material. Sobre esse ponto, é certo que o papel do jurista deve ser o de compromisso “com a interpretação e aplicação democrática do direito pela afirmação dos valores constitucionais como a igualdade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, o princípio republicano [...]” (MACHADO, 2009, p. 176).

Parece-nos que o desenvolvimento do conhecimento deve ter como premissa a incerteza, ponto de partida essencial a uma reflexão que pretende renunciar criticamente aos obscurantismos e ideologias que obstaculizam o desenvolvimento humano, mas também deve ser flexível o suficiente para reconhecer o momento de rever conceitos, sentidos e mudar os rumos do que é, aparentemente, firme.

2 DO IDEAL LEGALISTA À LEGISPRUDÊNCIA

2.1 Do direito como um sistema ideal de normas à crise da lei

Tradicionalmente, a ciência jurídica, objeto de estudo, ensinada nas faculdades de direito e exercida pelos juristas, seja no âmbito dos tribunais, da administração pública, ou nas relações privadas, tem como fundamento o princípio da legalidade. Esse princípio, ou melhor, dogma, que “obriga o jurista a buscar as soluções de direito a partir da lei, conforme a lei, para além da lei, mas nunca *contra* a lei” (FERRAZ JR, 1993, p. 49, grifo do autor), desenvolveu-se a partir da secularização do direito, com o abandono progressivo das escrituras sagradas, do costume e do direito natural como fontes de obrigações, e institucionalizou-se com a teoria do contrato social – cujo maior expoente é Hobbes –, e a exaltação da vontade como produtora de regras jurídicas legitimadas pela soberania do Estado consubstanciada em representantes dos povo.

O direito foi identificado, então, com o conjunto das leis estatais (FERRAZ JR, 1993; Villey, 2008) e concebido como um sistema fechado, completo e coerente de regras, cujas soluções e conceitos deveriam ser deduzidos desse sistema científico ordenado, consolidado nos códigos que conteriam todas as respostas. É preciso, contudo, ressaltar que esse modelo de pensamento nos foi transmitido especialmente a partir das revoluções liberais do século XVIII, tem suas bases no ideal de segurança e certeza do direito e conheceu o apogeu com a codificação (*law in books*) e o positivismo normativista, o qual rejeitava o ativismo e a arbitrariedade dos juízes, especialmente na história do direito do Estado francês e, posteriormente, nos países que receberam essa influência. Nesse contexto, o Judiciário foi neutralizado pela instituição do dogma da separação dos poderes, o qual confinou a dimensão política de criação das normas ao Poder Legislativo.

A busca por uma ordem ideal, por coerência e segurança, abriu espaço para a dogmática jurídica, também reconhecida como ciência do direito. Ela coloca sob a perspectiva dos juristas – e aí não se incluem os legisladores – os conceitos, noções e a sistematização do direito, de forma a operacionalizá-lo, geralmente por meio de raciocínios lógico-dedutivistas, para alcançar a solução dos conflitos que surgem da sociabilidade humana.

Os problemas jurídicos são colocados apenas no plano da aplicação, considerando

os marcos legais vigentes, porque enxergam somente o direito posto (*thereness of laws*), fato que conduziu o direito a uma progressiva e profunda desvinculação de seus fundamentos políticos, éticos e sociais. Voltada para a abstração e a teorização da sistematicidade das regras jurídicas, a ciência do direito não abordou questões pragmáticas referentes à efetividade das normas, “à otimização do conhecimento real do direito e à avaliação de impacto” (SOARES, 2007, p. 182), funções que hoje vem à tona em muitos estudos sobre as leis.

Exemplo disso é o trabalho do jurista e professor belga Luc Wintgens – importante referência atual no âmbito dos estudos sobre a elaboração de uma teoria normativa da legislação, a legisprudência. No seu trabalho, ele critica a separação epistemológica entre direito e política, pois, segundo ele, embora o direito tenha sua origem na política, a separação entre os dois campos deriva de uma opção que encobre escolhas políticas feitas no processo de criação do direito (WINTGENS, 2006). Essa separação resultou na desconexão entre o direito como fenômeno resultante de um processo político-jurídico de decisões de cunho pragmático, não encampado pelos estudos jurídicos e, como ciência dogmática, desvinculado de sua origem, por encarar seu objeto como algo dado.

Embora o ideal de completude e certeza do direito já tenha sido amplamente questionando, ele está profundamente internalizado em uma cultura jurídica que tem o juiz como referência e compreende o direito por meio de raciocínios dogmáticos subsuntivos-dedutivos (STRECK, 2005), especialmente naqueles sistemas jurídicos enquadrados na família romano-germânica, porque a criação das leis se refere a uma escolha política que não pode ser racionalizada.

O paradigma epistemológico das ciências naturais, cujas premissas são a universalidade da razão e a presunção de que todos têm a mesma capacidade racional, sustenta a ideia de que somente é racional o que é capaz de ser provado lógico ou empiricamente – o que acaba por afastar do direito a discussão sobre valores e finalidades, considerados irracionais e objetos de conflitos. Esse é o pensamento que conduziu o positivismo e estabeleceu a teoria do contrato social como uma ideia verdadeira, racional, que tem a vida como valor absoluto, baseia-se em uma concepção jusnaturalista do direito e, posteriormente, funda a racionalidade jurídica que vincula o direito à autoridade do Estado.

Como explica Wintgens (2006), teorias jusnaturalistas e não-jusnaturalistas – como o positivismo – aproximam-se porque em ambas o direito é considerado uma

representação da realidade. Entre as primeiras, o conteúdo da lei deriva de uma norma transcendental, cuja fonte pode ser uma razão suprema ou uma divindade, concretizada pelo soberano. Já o positivismo, como teoria não-jusnaturalista, tem como fonte primeira do direito a autoridade soberana e reconhece, portanto, que o direito é produto da sua vontade, considerada, como consequência lógica da veracidade da formação do contrato social, justa e verdadeira.

Chega-se à conclusão, portanto, de que a lei, como produto das escolhas do soberano, representa a realidade na medida em que seu conteúdo é legitimado, a priori, por um ato – o contrato social – cujas cláusulas são verdadeiras e, conseqüentemente, universais. Nesse caso, há somente uma única e suficiente condição de validade para as leis, a qual diz respeito à obediência a um procedimento previamente estabelecido. É no cumprimento formal das regras que assentam a aceitabilidade e a credibilidade do sistema, crença que sustenta o ideal de racionalidade das normas e coloca os sujeitos na posição de espectadores passivos.

Às concepções acima, Wintgens (2006) vincula o legalismo, padrão de pensamento jurídico ainda persistente em nossa compreensão sobre o direito (VILLEY, 2008; ELLSCHEID, 2009), que tem o legislador como onipotente e o direito válido como direito positivo elaborado pelo Estado. Também o legalismo pretende representar, de forma exhaustiva, a realidade mediada pela autoridade criadora das normas, como se nada houvesse além da realidade que restará positivada no direito pelo legislador. Positivismo e jusnaturalismo caminham ao lado do legalismo, já que têm como denominador comum o fato de obrigações e deveres serem baseados em regras, sem questionamento acerca da correção de seus conteúdos.

Segundo Wintgens (2006), o legalismo considera o comportamento normativo como uma questão de obediência às regras, sem se importar com a sua origem – o que impõe a crença na desnecessidade de reflexão sobre o processo de criação das leis. Para além disso, o autor apresenta cinco características que conformam o raciocínio legalista: representacionalismo (*representationalism*), que entende o direito como representação da realidade; eternidade (*timelessness*), que se expressa na consideração de que, se as proposições jurídicas são verdadeiras, elas devem ser eternas, assim como a verdade; instrumentalismo oculto (*concealed instrumentalism*), que resulta na percepção de que, se as proposições jurídicas são verdadeiras, não pode haver discussão sobre o seu conteúdo; estatismo (*etatism*), que

estabelece o direito como decorrência do contrato social e implica que qualquer proposição normativa criada pelo soberano se sobrepõe às formuladas pelos sujeitos; e, por fim, método científico do estudo do direito (*scientific method of study of law*), que considera o direito como um fato, um dado existente, “e não como um valor a realizar” (PALOMBELLA, 2005, p. 121). Como qualquer outro objeto natural, aplica-se ao direito o paradigma metodológico das ciências da natureza, o qual levará à qualificação do seu estudo como Ciência do Direito. Concebe-se, assim, que o sistema jurídico é um “conjunto fechado de proposições logicamente conectadas” (WINTGENS, 2006, p. 4, tradução nossa)².

O jurista belga deu a essa forma de legalismo o nome de legalismo forte, o qual exclui a possibilidade de teorização sobre a legislação, já que o que deve ser feito está reduzido ao conhecimento das regras que contêm direitos e deveres (WINTGENS, 2006). A falta de problematização sobre os seus pressupostos aponta, então, a improficuidade de se voltar para estudos outros que não o saber dogmático.

Mas é inatingível essa ideia de completude, certeza e rigidez do sistema jurídico, a qual já foi afirmada em outros tempos, quando muitos sustentavam a afirmativa de que nos códigos tudo estava contido e, portanto, apenas se deveria decifrar o enigma encerrado na estrutura interna subjacente do sistema (DUBOUCHET, 1991). O aperfeiçoamento do pensamento sobre o direito felizmente admitiu que a vida e o homem são muito mais complexos e que é impossível prever tudo. A Ciência do Direito, assim como todas as outras ciências, parece estar compreendendo que é preciso conciliar a exigência de certeza e as possibilidades de reflexão e criatividade próprias ao espírito humano. A fala de Ilya Prigogine (1996) dá-nos a dimensão dessa angústia e, também, das nossas possibilidades.

“A questão do tempo e do determinismo não se limita às ciências, mas está no centro do pensamento ocidental desde a origem do que chamamos de racionalidade e que situamos na época pré-socrática. Como conceber a criatividade humana ou como pensar a ética num mundo determinista? Esta questão traduz uma tensão profunda no interior da nossa tradição, que se pretende, ao mesmo tempo, promotora de um saber objetivo e afirmação do ideal humanista de responsabilidade e de liberdade. [...] Creio, pelo contrário, que estamos apenas no começo da aventura. Assistimos ao surgimento de uma ciência que não mais se limita a situações simplificadas, idealizadas, mas nos põe diante da complexidade do mundo real, uma ciência que permite que se viva a criatividade humana como a expressão singular de um traço fundamental comum a todos os níveis da natureza. (PRIGOGINE, 1996, p. 14).

Diante da consciência da incerteza e da necessidade de reflexão, propomo-nos a fazer uma abordagem que nos permite um desvio, talvez incompleto, do conceito de direito

²“The legal system is a closed set of logically connected propositions” (WINTGENS, 2006, p. 4)

veiculado pelo legalismo normativista, para reconhecê-lo como um produto social, constituído por meio da comunicação lingüística (Soares, 2004; Amado, 1992), cujas pretensões de validade decorrem do consenso possível viabilizado pelo discurso e pela argumentação.

Por esse sentido, parece ser possível sustentar a necessidade de interação entre o conhecimento dogmático do direito, muitas vezes objetivo e distante, e o conhecimento científico externo que convida, para complementar o sentido teórico-jurídico, a intencionalidade política e a sua dimensão prática.

Desse modo, embora o pensamento jurídico ainda esteja focado na sistematização e aplicação das normas em seu sentido positivista, ele não deixou de perceber a complexidade social e o descompasso entre o que estava posto no texto e a realidade, bem como a inadequada contraposição entre o que é político e o que é jurídico. Os avanços alcançados pela exigência de efetividade de direitos humanos e direitos fundamentais revelaram a necessidade de superação do paradigma que sustenta a aparente neutralidade do direito e a limitação do poder de criação de normas ao Estado e ao Poder Legislativo.

Outras esferas de poder e normatização são convocadas para acompanhar a evolução histórico-social do direito e administrar a sua complexidade, trabalhando sob a perspectiva de um direito principiológico que não só permite a concretização de valores, mas é visto como instrumento vinculado à realização de interesses sociais.

As decisões judiciais aparecem como meio de efetivar direitos fundamentais e, num plano político, garantir os direitos de minoria, equilibrando o princípio democrático e a função garantidora do direito. Nessa esteira, o conteúdo de normas constitucionais passa, em larga medida, a ser determinado, no caso do Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal³, ao mesmo tempo iluminando o papel do Poder Judiciário no desenvolvimento e na organização do espaço político e garantindo a legitimidade dos processos decisórios pelo controle e justificação das decisões.

Não se pretende, com o argumento acima, sustentar a perda de legitimidade do Poder Legislativo perante outros espaços de poder e produção normativa – até porque o Parlamento é a instância estatal mais aberta à participação pluralista, em que as escolhas

³ Falamos em “larga medida”, porque qualquer juiz, em nosso ordenamento, pode fazer análises de compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição pelo exercício do controle de constitucionalidade difuso.

tendem a ser feitas por meio de deliberação, ou seja, pela troca e o embate de argumentos que invocam os inúmeros interesses inerentes à complexa realidade social.

Isso nos leva, então, a pensar em uma racionalidade legislativa baseada em fins e valores que tem em vista o bem comum e a cidadania, mas também instrumental e metodológica, que invoque o cuidado no preparo das leis e o bom funcionamento do sistema, consubstanciado nos sentidos de efetividade e eficácia das normas, critérios também fundamentais à validade e à legitimidade do direito. Importa a uma racionalidade legislativa que almeje fazer as melhores leis possíveis adotar um ponto de vista que reflita sobre o seu conteúdo em relação aos sujeitos e ao contexto, sobre a responsabilidade do legislador e, mais ainda, sobre a relação dos poderes políticos com outras instituições e instâncias de deliberação que, por processos de interação, criam e modificam o sentido do direito e, conseqüentemente, ampliam o repertório de normas do sistema.

O panorama delineado demonstra que, ainda que seja impossível garantir a certeza tão desejada pelo espírito humano, garantidora da segurança jurídica – um alicerce do Estado de Direito –, buscam-se caminhos sólidos e fáticos para proporcionar racionalidade ao processo de elaboração da lei e das decisões judiciais dentro dos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica que têm na lei sua fonte primordial e, no imaginário social, o meio de ação estatal por excelência para decidir os conflitos. Embora a importância das reflexões sobre a legislação ainda seja pequena quando comparada ao que foi feito pela decisão judicial, ela não é uma novidade na história do estudo sobre o direito.

2.2 Breve história da Teoria da Legislação (Ciência da Legislação, Legística ou Legisprudência)

Na esteira da crítica sobre o pensamento legalista, mas já em busca de um caminho próprio em que seja possível uma teoria sobre a legislação, voltamos no tempo para perceber a transformação do pensamento jurídico e admitir reflexões sobre o processo legislativo, até alcançar a teoria normativa da legislação aqui discutida.

Considerado um dos precursores da teoria moderna da legislação, o jurista e

filósofo Jeremy Bentham⁴, como crítico do sistema de *common law* e defensor da codificação, rejeitou a ideia de direitos naturais do homem, por deter uma visão do direito como produto das autoridades políticas “de espírito eminentemente prático” (POSNER, 2007, p. 19). Bentham foi detentor de uma concepção utilitarista do direito, baseada na maximização da felicidade e na redução da complexidade humana, pois “toda ação do homem seria movida pela busca do prazer e pelo evitamento das penas” (VILLEY, 2008, p. 150).

O meio apto a maximizar os prazeres e reduzir as penas seria a “boa legislação” (HESPANHA, 2009, p. 235), alcançada por meio da codificação – um todo sistemático e orgânico de normas – e elaborada segundo princípios como o da utilidade, compreendido como a adequação entre a proteção contra o que causa dor e a procura do prazer.

Sua teoria foi fundada em critérios científicos, confiantes na capacidade da linguagem de representar a realidade, o que o levou a defender a criação de um código completo para estabelecer uma perfeita comunicação entre legislador e juízes, que restringiria a discricionariedade dos últimos, pois a interpretação seria reduzida a um processo mecânico, meramente dedutivo (POSNER, 2007).

O pensamento de Bentham ficou marcado pelo caráter positivista, fundado na autoridade suprema do Legislativo, e apontou para o início de uma doutrina científica da legislação, baseada na pretensão de certeza do direito criado racionalmente e elaborado pelo uso de técnicas que o compreendiam como instrumento adequado à realização de objetivos sociais. Sobre essa concepção, Palombella (2005) concluiu que:

“[...] a positividade do direito acolhida na ciência jurídica [como entendida pelos utilitaristas] não é a positividade de uma realidade socialmente complexa, mas simplesmente a realidade de um conjunto de prescrições assumidas como tais e nas suas relações lógico-sistemáticas”. (PALOMBELLA, 2005, p. 121).

Um fato que colaborou para o distanciamento entre a política e o direito foi a defesa por Bentham da separação entre o ofício do jurista e o do legislador. Para ele, conforme exposto por Villey (2008, p. 321), “o jurista não tem que se preocupar com o valor dos textos, nem mesmo com sua utilidade, coisas de responsabilidade dos legisladores. O jurista deve aplicar os textos que o Estado lhe impõe efetivamente, tomar as leis tais como existem”.

A despeito da importância concedida pela filosofia do direito à teoria de Bentham,

⁴ BENTHAM, Jeremy. *Nomography; Or the art of inditing laws*. In BOWRING, John (ed.). *The Works of Jeremy Bentham*, vol. III, Edinburgh: W. Tait, 1843.

os estudos mantiveram-se focados quase somente nos processos de aplicação, especialmente na obtenção das decisões judiciais a partir das leis, seja como atividade meramente lógico-descritiva ou por meio da interpretação, entendida como “atividade volitiva do juiz que conduz à decisão certa atribuição de significado” (PALOMBELLA, 2005, p. 273). A ciência jurídica voltou-se, portanto, somente para o seu aspecto normativo, para o sentido das normas (LARENZ, 2009) e ignorou o processo antecedente.

Outro autor mencionado no campo da ciência da legislação – ou teoria da legislação – é Gaetano Filangieri. Em 1782, o autor publicou a obra “La Scienza della Legislazione”, na qual, após dizer que todo objeto/signo tem sua proporção peculiar, questiona se a Ciência da Legislação seria a única exceção aos princípios ou regras gerais de justa proporção e uniformidade. O fio que conduz o seu pensamento pode ser percebido no seguinte trecho:

O Governo, deve-se reconhecer, é uma máquina complicada, suas rodas não são sempre as mesmas, e a força que o seu movimento comunica a elas difere em tempos diferentes. Mesmo assim, isso não comprova que as leis que sobre elas agem, e sobre as quais são reguladas, não são elas mesmas fixas e determinadas. A Providência nunca poderia ter pretendido que uma ciência conectada de forma tão peculiar com a ordem social, e na qual um erro poderia ser tão destrutivo para nações inteiras como a ira do céu ofendido, deveria ser desprovida de regras certas e imutáveis. (FILANGIERI, 1782, p. 12-13, tradução nossa)⁵

Embora o projeto de Filangeri encontre correspondência na visão que foi apreendida especialmente a partir das teorias contratualistas, do direito como sistema de regras certas e imutáveis, a importância da sua obra reside principalmente em sua proposta de um sistema de reformulação das leis, o que corresponde à ideia contemporânea de avaliação legislativa, com a criação de uma Câmara Censória (*Censorial Chamber*) ou Censor⁶.

Ao longo da história da Ciência da Legislação, outros autores prestaram suas contribuições sobre a feitura das leis, entre eles Platão, Aristóteles, Hobbes, Locke e Montesquieu (CAUPERS, 2003), mas a Ciência da Legislação atual tem como marco a obra

⁵ “Government, it must be allowed, is a complicated machine, its wheels are not always the same, and the force, which communicates to them their motion, differs at different times. Yet this does not prove that the laws on which they act, and by which they are regulated, are not themselves determinate and fixed. Providence could never have intended that a science so peculiarly connected with social order, and where an error might be as destructive to whole nations as the wrath of offended heaven, should be devoid of certain and immutable rules” (FILANGIERI, 1782, p. 12-13).

⁶ “[...] logo que uma lei se tornasse repugnante para os costumes, o intelecto, a religião, ou até mesmo a opulência da nação, a Câmara Censória, destinada a vigiar/cuidar da perpetuidade e preservação das leis, poderá manifestar a necessidade de sua correção ou revogação.” (FILANGIERI, 1782, p. 67, tradução nossa). “As soon as any law became repugnant to the manners, the genius, the religion, or even the opulence of the nation, the censorial chamber, destined to watch over the perpetuity and preservation of the laws, might proclaim the necessity of its reformation or repeal.” (FILANGIERI, 1782, p. 67)

de Peter Noll, *Gesetzgebungslehre*, publicada em 1973, devido à sua abordagem inovadora e compreensiva sobre a legislação, ao seu caráter interdisciplinar, que não se limita à Ciência do Direito e engloba uma dimensão prática do fazer legislativo (MADER, 2001).

Muitos dos juristas, teóricos e especialistas que se dedicam ao estudo da elaboração das leis e tomam como ponto de partida a obra referida acima ora falam em Ciência da Legislação, como João Caupers (2003), Pierre Gubentif (1993) e Joaquim Gomes Canotilho (2009), ora em Teoria da Legislação.

Canotilho (1991), em texto intitulado “Os impulsos modernos para uma teoria da legislação”, publicado em 1991, denominou o estudo naquela época, como informa o título, de Teoria da Legislação, assim como fizeram Manuel Atienza (1997), Fabiana de Menezes Soares (2004), Marta Tavares de Almeida (2007), e como consta na tradução portuguesa da obra “Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas”, em edição publicada em 2009, nos textos que fazem referência à obra de Noll, dos autores Arthur Kaufmann e Alfred Büllsbach (2009).

No entanto, a tradução de *Gesetzgebungslehre* por Teoria da Legislação foi criticada por Caupers (2003) exatamente porque, ao fazer a divisão da Teoria da Legislação em cinco partes⁷, Canotilho (1991) denomina como Teoria ou Doutrina da Legislação aquela que reflete sobre a abordagem científica e a aplicação dos conhecimentos sobre legislação – o que significa que o todo vem a designar também apenas uma parte.

Outros optaram, ainda, por utilizar a expressão Legística – termo de origem francesa que designa a metodologia de elaboração, redação, edição e aplicação da norma (FLÜCKIGER E DELLEY, 2007) –, ora como sinônimo de Ciência da Legislação, ora como parte da Ciência da Legislação que se ocupa da técnica e metódica legislativa⁸, como fizeram,

⁷ Inspirado na obra-referência de Ulrich Karpen (1986), Canotilho (1991) dividiu a Teoria da Legislação em cinco partes: I – Teoria ou Doutrina da Legislação: reflete sobre abordagem científica e a aplicação dos conhecimentos sobre legislação; II – Analítica da Legislação: estuda os conceitos de norma, lei e legislação; III – Tática da Legislação: ocupa-se do processo legislativo e os métodos de influência na tomada de decisão (lobby); IV – Metódica da Legislação ou Metodologia da Legislação (legística material): preocupa-se com as dimensões político-jurídicas e teórico-decisórias da legislação – justiça, adequação e efetividade das leis, considerando a avaliação legislativa. A metódica tem relação estreita com a sociologia do direito, tendo em vista o impacto das leis na vida social, o modo como esta é afetada pelas leis. V - Técnica da Legislação (legística formal): trata de regras gerais sobre a feitura das leis, suas divisões, sistemática e linguagem. A divisão foi sustentada também por Soares (2004).

⁸ A referência, no caso, é a obra de Morand (1999), na qual o autor francês divide a legística em duas partes: formal, que cuida do sistema de comunicação das normas com o objetivo de otimizar a sua compreensão, e material, parte que estabelece um procedimento de elaboração da lei, com foco no seu conteúdo e, conseqüentemente, na efetividade e eficácia das normas.

no primeiro caso, Paul Delnoy (1993) e, no segundo caso, Charles-Albert Morand (1991 *apud* CAUPERS, 2003), Jean-Daniel Delley e Alexandre Flückiger (2007) e Fabiana de Menezes Soares (2007), em textos mais recentes.

Por fim, alguns juristas adotam o termo Legisprudência, como Luzius Mader (1993, 2001; 2007) e Luc J. Wintgens (1999, 2006, 2007) – a quem se atribui o uso do termo *legisprudence*, em francês, pela primeira vez (Mader, 1993)⁹ –, e a definem, na esteira de Peter Noll, como o campo da teoria do direito que lida com a legislação sob uma perspectiva teórica e prática. O aspecto teórico envolve questões sobre o fundamento de legitimidade e validade das normas e as relações entre o sistema legal e a realidade social, ambos sob a perspectiva judicial e legislativa. Dentro das reflexões sobre a legitimidade do direito, as teorias do contrato social de Hobbes e Rousseau são tomadas como ponto de partida para a crítica ao pensamento legalista forte e à restrição da liberdade pelo Estado. O aspecto prático, por sua vez, diz respeito à concreta elaboração de critérios para uma legislação racional e irá corresponder, em grande parte, à legística formal e material.

Este trabalho adotou o termo e a perspectiva da legisprudência da forma como é compreendida por Wintgens (1999, 2006, 2007), a quem deve ser atribuída a elaboração de uma teoria racional da legislação como um ramo da teoria do direito, fundada em princípios próprios. Afora os pontos lançados acima, um do autor é demonstrar que, assim como há para os juízes o dever de motivação das decisões, também há para o legislador o dever de justificação de suas escolhas, como uma condição de legitimidade da lei, a qual se vincula ao fato de a legisprudência privilegiar a atuação autônoma do sujeito.

Essa visão pode ser concretizada quando a finalidade do Estado e do direito não é somente garantir a sobrevivência dos homens e a pacificação social sob uma ideia individualista, mas, por outro lado, está ligada à criação de condições que permitam a realização e a manutenção da liberdade dos sujeitos, pela adoção de uma perspectiva que compreenda o homem como um ser político que se desenvolve e se humaniza por meio das interações e do compartilhamento de significados.

A teoria racional da legislação, elaborada por Wintgens (2006), privilegia a

⁹ O termo, no entanto, teria sido cunhado pelo professor norte-americano, Julius Cohen, para designar um ramo coordenado da jurisprudência, voltado para o estudo do ponto de vista legislativo sobre o direito, que até então estava focada somente na visão judicial (FLORES, 2005).

liberdade como um ponto de partida e motivo condutor da organização do espaço político, compreendendo que as regras feitas por sujeitos autônomos sobrepõem-se àquelas criadas pelo soberano. Por tal motivo, o autor defende a instituição de um dever de motivação das decisões legislativas como fundamento de legitimidade do direito.

Se a legisprudência pretende ser um saber voltado para a elaboração teórica e prática da legislação, tomando-se como referência o respeito à pessoa como agente capaz de atuar de forma autônoma, pode-se inferir deste projeto não só a tentativa de restabelecer a confiança dos indivíduos nas instituições, mas também, e principalmente – porque ela aponta uma realização da “condição de educabilidade do sujeito” –, a visão de “[...] um homem vocacionado para a liberdade e para a transcendência do ser individual” (BARBOSA, 2010, p. 26).

2.3. A legisprudência como uma teoria da liberdade – repensar o direito e as condições de sua legitimidade

A configuração moderna do Estado e a organização da sociedade civil realizada pelo contrato social são os pontos de partida para explicar e, posteriormente, defender a alteração da concepção sobre o paradigma legalista forte, que confinou a normatividade a uma questão de obediências às regras, de acordo com o que Wintgens (2006, p. 1, tradução nossa), denomina “Projeto Filosófico Moderno”¹⁰.

É a epistemologização da filosofia que provoca a transformação dos conflitos de valores em problemas teóricos porque a razão, identificada com a capacidade de reconhecer e determinar a verdade por meio do raciocínio lógico e teórico, compreenderia os objetos sem erros e conflitos, os quais teriam sido neutralizados ou institucionalizados pelas teorias do contrato social (WINTGENS, 2006; VILLEY, 2008).

A reflexão de Wintgens (2007) recai especialmente sobre a possibilidade de exercício da liberdade pelos indivíduos de forma autônoma, pois o autor dá preferência aos significados que derivam da interação social e não àqueles que passam pelo Estado para alcançar o sujeito. Para formular suas críticas ao legalismo e propor uma nova teoria da legislação, o jurista toma como referência as teorias de organização da sociedade civil

¹⁰ “Modern philosophical Project” (WINTGENS, 2006, p.1)

elaboradas por Hobbes e Rousseau, que justificaram a existência do Estado, concebido para resolver o problema da integração política e social entre os indivíduos. Por meio dessas teorias, a verdade foi institucionalizada pelo legalismo e o representacionalismo que, assentado na idéia de povo como soberano, estabeleceu-se como justificativa suficiente e necessária para a legitimidade do direito.

Na nova proposta teórica que aqui é tomada como marco para expor as condições de possibilidade de uma teoria normativa da legislação, as questões que são formuladas pela ciência do direito do ponto de vista do juiz – tais como: “o que se considera como norma válida? Quais e como os significados podem ser criados? Em que sentido deve-se levar em consideração a sistematicidade da ordem jurídica?” (WINTGENS, 2005, p. 3, tradução nossa)¹¹ – devem ser colocadas também ao legislador. Essa postura pretende ampliar o foco da teoria do direito que, geralmente, recai somente sobre aspectos de validade formal, e aproximar do direito a teoria política que sustenta o fato de a legitimidade das regras estar fundada, em última instância, no caráter democrático do sistema.

As ferramentas para a formulação de uma teoria normativa da legislação, ou legisprudência, são fornecidas pela teoria do direito, pois pretende-se constituir um saber que una o direito e a política, incluindo a fala do legislador, de um ponto de vista interdisciplinar. Compreende-se que a legislação, assim como o direito, não existe por si, mas deriva de um processo que tem sua origem delimitada e influenciada pelo contexto estabelecido por teorias analíticas que nos permitem percebê-la como um fenômeno jurídico.

A sua interação com o contexto social e com outras teorias cujo discurso incide sobre o direito é operacionalizada pela adoção de um ponto de vista hermenêutico pelo legislador. O reconhecimento de que é o contexto que dá sentido à legislação e precede a sua elaboração é capaz de esclarecer o caminho para o raciocínio jurídico sobre o processo que antecede a edição das normas (WINTGENS, 2006).

Uma das censuras feitas à dogmática jurídica diz respeito ao quase exclusivo estudo do direito sobre a perspectiva judicial, ou sobre o direito aplicado, com a negligência sobre o processo de criação da legislação, embora, para a legisprudência, juízes e legisladores detenham uma atitude aplicativa perante o direito (WINTGENS, 1999). Diante de tal consideração e partindo de uma perspectiva que relaciona a aplicação do direito à sua criação,

¹¹ “In what sense does the legislator have to take the systematicity of the legal order into account? What counts as a valid norm? What meanings can be created and how?”(WINTGENS, 2005, p. 3)

Wintgens (2006) propõe uma teoria que considera o legislador como um ator jurídico e não somente como político, bem como torna viável a articulação de princípios para a elaboração de boas leis, os quais estabelecem as condições para a concretização da liberdade e a operacionalização do espaço político

Antes de demonstrar como se articula a legisprudência, Wintgens (2006, 2007) aponta, assim como o fazem outros autores¹², que a forma de pensar o direito como um reflexo do Estado protegeu o legislador de ser questionado quanto à legitimidade das regras criadas, justificando a extensa discricionariedade na soberania e no respeito a um procedimento formal que não levava em consideração elementos democráticos, como participação popular, eficácia e efetividade de direitos.

É no que diz respeito à legitimação do direito que recai a análise crítica feita por Wintgens (2007), por meio da qual outros padrões de legitimação virão à tona, assim como a possibilidade de renovação da teoria das fontes do direito, em oposição ao pensamento legalista tradicional que identifica o direito ao conjunto de leis prescritas pelo Estado.

Como um saber que legitima o direito, a legisprudência foi construída sobre a consideração da liberdade como *principium*. (WINTGENS, 2007). Como *principium*, a liberdade é o ponto de partida do espaço político e do direito, assim como o seu motivo condutor e deve, portanto, ser o critério que pauta toda ação do Estado de forma a permitir a concretização da liberdade pelos sujeitos.

A liberdade como o ponto de partida, considerada no estado de natureza, é a liberdade ilimitada, cuja origem é a ação, em que não há quaisquer limitações (regras) internas ou externas impostas pelos ou aos sujeitos e todos têm a mesma quantidade do atributo. A liberdade como *principium* comporta três dimensões: uma diz respeito ao seu caráter reflexivo e implica o fato de a liberdade só poder ser exercida pelo sujeito em liberdade; a segunda dimensão é a igualdade, pois todos são igualmente livres e ninguém tem o direito de interferir na esfera de liberdade do outro sem o seu consentimento. Daí decorre o direito à distância, pois sem que haja um argumento racional para imposição de regras, ninguém pode interferir na liberdade do outro.

Mas como um *principium*, ela é indefinida porque é apenas um conceito, sem

¹² Michel Villey (2008) e António Hespanha (2009) criticam, em obras atuais, a concepção de direito que só existe através do Estado e tem no pensamento positivista e no primado da lei a forma exemplar de raciocínio jurídico.

conteúdo, e a sua concretização, que a vincula a um significado, depende da interação (ação) do sujeito em um determinado contexto. Por esse motivo, Wintgens (2009), irá ressaltar que o preenchimento do conceito de liberdade se dá no contexto, o que leva à conclusão da inerente sociabilidade do sujeito. É o direito à distância que possibilita ao sujeito a autodeterminação, mas como um agente social cujas concepções de liberdade relacionam-se ao contexto, sua identidade emerge das interações sociais.

No exercício da liberdade, por meio da ação do sujeito, opera-se, então, a concretização do conceito de liberdade. Quando o sujeito age de acordo com concepções *de* liberdade, significa dizer que ele está construindo sua identidade, está se auto-determinando de forma autônoma. O conceito de liberdade também pode ser concretizado quando as limitações são impostas por meio de uma ação externa ao sujeito, no entanto, a sua concretização dá origem a concepções *sobre* liberdade, as quais Wintgens (2006) denomina direito e que, no contexto da teoria do contrato social, são formuladas por um soberano.

Na visão exposta por Wintgens (2007), as teorias de Hobbes e Rousseau têm a liberdade como ponto de partida – mas não como motivo condutor (*leitmotiv*). Trata-se de um direito natural, que constitui o fundamento do Estado de Direito e que será, posteriormente, rejeitado por Hobbes (2003) quando concebe que os indivíduos devem renunciar a esse direito para poderem viver em sociedade. Por não acreditar na natureza política do homem, Hobbes (2003) e Rousseau (1999) apontam a falibilidade da interação social por meio de concepções *de* liberdade (significados que derivam da ação do sujeito), motivo pelo qual a eleição de um soberano que irá elaborar concepções *sobre* liberdade (significados que derivam da ação do soberano) é considerada o caminho viável para uma sociedade pacífica.

A legitimidade das concepções *sobre* liberdade formuladas pelo soberano é determinada pela dinâmica do processo de legitimação dentro de um esquema denominado “modelo processual de legitimação” (WINTGENS, 2007, 5, tradução nossa)¹³, em que se fundamentam as teorias não-jusnaturalistas do direito, ou melhor, o positivismo e o raciocínio legalista. Em tais modelos, a cadeia de legitimação do direito é irreversível, o que significa dizer que, feita a escolha de entrar no contrato social, não há como questionar a legitimidade do conteúdo das regras, a não ser por meio de quatro mecanismos enumerados por Wintgens (2007), quais sejam, as eleições, o referendo, a revisão judicial e a revisão

¹³ “Procedural Model of Legitimation” (WINTGENS, 2007, p. 7).

administrativa. A jurisprudência e seus princípios aparecem como um quinto mecanismo de reversão da cadeia de legitimação, porque as limitações à liberdade criadas pelo legislador devem ser constantemente justificadas, já que elas não são consideradas legítimas *a priori*.

A impossibilidade quase total de reversão da cadeia de legitimação encontra seu fundamento na soberania – a “caixa preta da cadeia de legitimação” (WINTGENS, 2006, p. 30, tradução nossa)¹⁴ –, operacionalizada no espaço político construído pelo contrato social. A partir do momento em que os membros do grupo decidem se unir, anuir ao contrato e transferir a um sujeito, o soberano, o poder de elaborar as regras que estruturarão esse espaço e definirão os indivíduos (concepções *sobre* liberdade), supõe-se, especialmente na teoria de Rousseau (1999), que ele e o grupo são a mesma pessoa.

Essa compreensão deriva do sentido de representacionalismo por tentar sustentar, de forma equivocada, que todas as concretizações do conceito de liberdade feitas pelo soberano – concepções *sobre* liberdade – são as concepções *de* liberdade dos cidadãos, então, imputadas ao “corpo moral e coletivo” (ROUSSEAU, 1999, p. 22) que consentiu livremente à formalização do contrato e foi capaz de concluí-lo através de uma concepção *de* liberdade, ou seja, uma limitação que partiu dos próprios indivíduos – a melhor escolha, de acordo com a teoria de Hobbes e Rousseau (WINTGENS, 2007).

Como dito anteriormente, dentro da perspectiva formulada por Wintgens (2007), de maneira indemonstrável, Hobbes e Rousseau partem de premissas errôneas que motivam a adesão ao contrato e a conseqüente organização do espaço político na tentativa de evitar o conflito que, para eles, sempre leva ao erro e à mentira. Para Hobbes (2003), o homem, no estado de natureza, é inerentemente mal e, embora detenha liberdade ilimitada, é incapaz de exercê-la em sua plenitude, pois cada um tem suas próprias concepções e deseja subjugar os outros na competição pela riqueza, honra e poder. Já Rousseau (1999, p.16) acredita na boa índole dos homens, afirmando que, em sua origem, eles “não são naturalmente inimigos”. Para o autor, é a vida em sociedade que os corrompe por razões econômicas que dizem respeito às relações das coisas, como a propriedade. Isso ocorre porque os sujeitos, fora do espaço político, não dispõem do verdadeiro significado das leis da natureza (WINTGENS, 2006, p. 6)¹⁵.

Na verdade, de acordo com a visão preconizada pelas teorias do contrato social

¹⁴ “The black box in the legitimation chain” (WINTGENS, 2007, p. 30).

¹⁵ “[...] subjects do not dispose of the true meaning of the laws of nature.” (WINTGENS, 2006, p. 6)

aqui apresentadas, a interação social entre os indivíduos num estado de liberdade ilimitada, a qual se dá por concepções *de* liberdade, leva-os ao caos e ao estado latente de guerra. Como cada um concretiza o conceito de liberdade da maneira que mais lhe apraz, torna-se impossível a interação mediada pelo compartilhamento de significado, já que não ela não se dá por meio do verdadeiro significado, mas por significados que não permitem ao sujeito agir livremente fora do espaço político construído por meio da figura de um soberano.

Complementar a essa análise é a abordagem de Michel Villey (2009) sobre a importância histórica da obra de Hobbes para a transformação da imagem do corpo social e da linguagem jurídica, a qual passa a se organizar em torno do sentido de poder dos homens de agir sobre as coisas, ao contrário da filosofia clássica, que buscava saber como as coisas são. Essa mudança, focalizada no singular, preconiza o dever de preservação do indivíduo e sustenta uma visão egoísta sem contrapartida, pois não existiria uma obrigação para o sujeito, mas apenas o seu poder sobre as coisas. Por tal motivo, Villey (2009, p. 699) afirma que o direito em Hobbes “[...] é extraído do indivíduo separado pela análise científica de toda ordem social preexistente, do próprio ‘sujeito’[...]”.

A paz, portanto, só seria possível com a institucionalização do Estado e do soberano, porque nele, por uma razão epistemológica de caráter exclusionário, a verdade é encontrada. Isso aconteceria porque, segundo os filósofos do contrato, todos os indivíduos têm presumidamente uma capacidade racional idêntica que os levaria à conclusão acertada de que aderir ao contrato lhes traz mais benefícios do que continuar agindo por concepções *de* liberdade, no estado de natureza (WINTGENS, 2007).

O soberano pode agir com poderes ilimitados e, mais importante para o que se quer demonstrar, o contrato social justifica o poder soberano, mas não a determinação do conteúdo desse poder (FLEINER-GERSTER, 2006; WINTGENS, 2006), que poderá, a partir de então, criar e modificar o direito sem associá-lo a fundamentos transcendentais. Como o conteúdo dos direitos não é conhecido pelos cidadãos após a anuência ao contrato, seja porque eles criaram o soberano e lhe prometeram obediência, seja porque a vontade do soberano corresponde, hipoteticamente, à vontade deles, o produto da ação do soberano está coberto pela racionalidade da escolha do grupo, como raciocínio lógico decorrente da verdade que se consubstancia no contrato.

A liberdade continua a existir para os indivíduos – especialmente quanto ao direito de legítima defesa –, como um direito subjetivo natural que serve de suporte ao

direito público, mas a importância das concepções *de* liberdade é superada pelas concepções *sobre* liberdade, tendo em vista a procuração dada a esse sujeito artificial que é o soberano. Neste modelo que Wintgens (2006, p. 4, tradução nossa) denominou “Modelo por procuração”¹⁶, a crítica recai essencialmente no fato de ocorrer a sujeição da liberdade do sujeito no seu sentido moral ao seu sentido político, o que leva a identidade do indivíduo a passar sempre pelo Estado e pela lei.

A posição de Villey (2009) é consentânea à análise feita por Wintgens (2006; 2007), ao reconhecer a onipotência do soberano como um ponto fraco da teoria de Hobbes porque, segundo ele, “*foi o preço que se teve que pagar para garantir os direitos civis. [...] Então, o direito do cidadão, tão solidamente instituído nas relações de direito privado, desaparece perante o Estado*” (VILLEY, 2009, p. 717). Contra a figura artificial do Leviatã, o indivíduo nada pode, nem mesmo – e aqui a crítica vai ao encontro daquela formulada pela jurisprudência – discutir a lei, que é fruto da vontade do soberano. A prova do sistema só acontecerá no momento de ratificação do contrato, por meio do voto, o que revela a fragilidade da teoria e a ilusão da concepção que identifica a vontade do povo ao conteúdo das leis.

A identificação do direito com a autoridade do Estado pode tanto levar ao totalitarismo no sentido mais comum de poder ilimitado e autoritarismo, como é o caso do Leviatã de Hobbes, como a um totalitarismo que se revela na ingerência do Estado em quase todos os aspectos da vida dos cidadãos, mesmo quando, supostamente, afirma-se a prevalência de um ideal de justiça, igualdade e participação.

Como as concepções *de* liberdade do sujeito não têm caráter normativo, ele é constantemente redefinido pelo Estado (WINTGENS, 2007). Esse processo levou à ação estatal esmagadora que se estabeleceu de forma mais contundente com o Estado de Bem-Estar Social, um Estado que atua, segundo Wintgens (2007), de forma totalitarista, porque “*está fundado na crença de um instrumentalismo ilimitado e nas possibilidades de o direito conduzir virtualmente cada aspecto da interação social*” (WINTGENS, 2007, p. 34, tradução nossa)¹⁷.

Esse entendimento não é singular. Michel Villey (2009), embora por razões diferentes, afirma que a filosofia do direito moderno deixou para trás a concepção de que o

¹⁶ “Proxy Model” (WINTGENS, 2006, p. 4)

¹⁷ “[...] is founded in the belief of unlimited instrumentalism, and the possibilities of law to steer virtually every aspect of social interaction.” (WINTGENS, 2007, p. 34)

direito é um sistema de relações entre os homens, porque o pensa a partir do indivíduo singular, o que leva à própria negação do direito. Uma negação que, aliás, vem com o sacrifício das liberdades públicas e ignora a experiência e o caráter dinâmico das regras. Certo é que, para o autor francês, a teoria de Hobbes subestima o risco criado pelo abuso de poder público, o que pode adquirir proporções inimagináveis e aniquilar os direitos privados sob o estatismo.

Igualmente, o professor escandinavo Lars D Eriksson (2006), ao tratar da jurisprudência, desafia o pensamento aparentemente pacífico e consensual sobre o sentido do Estado de Bem-Estar Social, dizendo que ele não pode ser considerado um *Sozialstaat*, mas, sim, um produto do projeto clássico do liberalismo, desenvolvido ao seu limite máximo.

Para ele, embora seja crível que as intenções daqueles que propuseram essa forma de Estado tenham se baseado não somente na liberdade individual e na propriedade, mas também em igualdade e justiça social, a realidade mostra um Estado Social “baseado em uma moralidade dos direitos extremamente individualista e um sistema jurídico em que os direitos individuais constituem o seu aspecto mais fundamental” (ERIKSSON, 2006, p. 42, tradução nossa)¹⁸.

Como o foco ainda é o indivíduo e ele pode demandar contra o Estado de forma imediata – o que gera a judicialização do mundo da vida e a desconsideração da dimensão histórica do direito pelas gerações futuras –, essa forma de conceber o Estado não impõe nenhuma obrigação social aos cidadãos, desafia o exercício da solidariedade e, o que é pior, gera uma relação de passividade com o sistema político, porque não há, para o cidadão, um dever correspondente ao direito que ele tem frente ao Estado. Sobre uma análise instigante, Eriksson (2006) conclui que “os direitos de bem-estar contribuem para a despolitização geral das questões sociais” (2006, p. 45, tradução nossa)¹⁹.

Não é exatamente essa a conclusão de Wintgens (2006, 2007), mas o seu diagnóstico conduz ao entendimento de que as teorias do contrato social associadas ao pensamento legalista forte colocam o indivíduo, sem pensar na sua condição inerente de intersubjetividade, como ator preponderante numa realidade supostamente representada pelo direito que deriva do Estado. No entanto, nessa centralidade, o sujeito não é um agente, mas

¹⁸ “[...] what we are seeing today is a welfare state based on an extremely individualistic morality of rights and on a legal system in which individual rights constitute the most fundamental aspect of the system.” (ERIKSSON, 2006, p. 42)

¹⁹ “welfare rights contribute to a general depoliticisation of social questions” (*ibid.*, 2006, p. 45)

um “ator em uma peça escrita por outros” (WINTGENS, 2006, p. 6, tradução nossa)²⁰.

A jurisprudência, ao tentar reverter a cadeia de legitimação das regras do direito por meio da consideração da liberdade como motivo condutor (*leitmotiv*) da organização do espaço político, coloca em evidência a intersubjetividade do sujeito, agora capaz de agir de acordo com suas concepções *de* liberdade e torna possível pensar no direito e no sujeito para além do Estado – e não somente por meio do Estado. Nessa esteira, sobressai o dever de justificação como central à jurisprudência, pois a partir dele a liberdade é colocada em primeiro plano e é possível exercer o controle público de legitimidade do conteúdo das leis.

A justificação, importa dizer, “consiste de um processo de suporte argumentativo para as decisões” (WINTGENS, 2007, p. 4, tradução nossa)²¹ e implica a conexão dos argumentos com o contexto sobre o qual devem agir, como forma de atrelar as razões que deram origem à cadeia de legitimação àquelas que se apresentarão ao seu final. A racionalidade dos argumentos usados pelo legislador pode ser vislumbrada dentro de uma teoria que compreende o caráter argumentativo do direito em sintonia com a busca pela certeza e segurança jurídica próprias de um Estado de Direito, como forma de limitar o poder de ingerência na liberdade dos sujeitos e a atuação repressiva do Estado.

Essa compreensão permite verificar a consistência da racionalidade da regra em relação ao contexto, quando justificada pela ponderação e pelo embate entre argumentos válidos e distintos levantados no espaço de produção legislativa, sem pretender alcançar uma verdade absoluta. Como bem afirmado por MacCormick (2008), a certeza do direito é excepcionável, sujeita a mudanças, e faz parte da necessidade de adequação às transformações pelas quais passam a sociedade ao longo do tempo.

Por esses motivos, parece pertinente associar a necessidade de justificação de limitações à liberdade, ou seja, de justificação para a criação de regras jurídicas, à compreensão de um Estado de Direito que almeje tanto a proteção da confiança dos cidadãos, por meio de valores como segurança jurídica e certeza, quanto a possibilidade do exercício de questionamento. Esse ponto pode ser elucidado pelo que MacCormick (2008, p. 36) chamou de “direito de defesa”, ao falar da indeterminação do direito que resulta não só da linguagem usada para a sua comunicação, mas também da sua interpretação, no contexto dos processos

²⁰ “[...] an actor in a play written in advance by others [...]” (WINTGENS, 2006, p. 6)

²¹ “Justification [...] consists of a process of argumentative support for decisions [...]” (WINTGENS, 2007, p. 4).

judiciais.

Essas disputas [geradas pelo processo de interpretação do material jurídico] não são um tipo de excrescência patológica em um sistema que deveria de outra forma funcionar tranquilamente. Elas são um elemento integrante da ordem jurídica que esteja funcionando de acordo com os ideais do Estado de Direito. Isso porque esse princípio insiste na apresentação pelo governo de base jurídica adequada para qualquer ação, completada pelo Direito de todos os indivíduos de questionar as bases jurídicas apresentadas pelo governo para suas ações. (MACCORMICK, 2008, p. 37)

O direito de defesa, como concebido e exposto acima, é adequadamente aplicável à relação entre justificação das leis e a extensão das possibilidades de todos os sujeitos exercerem o seu direito de criticar e refletir sobre as instituições e sobre si mesmos, consideração que tem sentido em uma sociedade que zela pela autonomia e pela “validade *de jure*” dessas instituições (BAUMAN, 2000, p. 89).

A crítica feita pelo pensamento legisprudencial, como se viu, recai no fato de as teorias contratualistas criarem uma representação de mundo em que os indivíduos só poderiam ser livres e terem suas vidas preservadas se aceitassem a autoridade do Estado e a perda de sua autonomia. Essa aceitação resultou na perda de liberdade e, portanto, na “[...] heteronomia, isto é, uma situação em que seguimos regras e comandos impostos por outros, uma condição agenciada, na qual a pessoa que age o faz por vontade outra” (BAUMAN, 2000, p. 85), impedindo que as regras e as alternativas disponíveis que derivam do indivíduo preponderassem perante o Estado.

Por tais fatores, a defesa de uma teoria da legislação focada na liberdade é, antes de mais nada, a defesa de uma teoria democrática que demanda a autonomia dos sujeitos como condição de concretização da democracia. Contudo, até agora, parece-nos que a democracia está comprometida pelo agigantamento do Estado ou, onde ele não está, pela prevalência de regras de mercado e consumo que, de todo modo, sufocam a autonomia dos sujeitos e os alienam.

O pensamento de Bauman (2000) é esclarecedor sobre o sentido da autonomia na sociedade. Para ele, todas as sociedades são autônomas, mas a diferença reside na consciência da autonomia e no grau de institucionalização dessa consciência na sociedade. Na sociedade autônoma para si, a presença de tal consciência está institucionalizada, pois ali prevalece o entendimento de que as instituições derivam da vontade humana e, por tal motivo, são os sujeitos autônomos, conscientes da historicidade social, compreendidos como responsáveis por seus (da sociedade) méritos e deficiências. Essa compreensão afasta-se de um sentido de

imutabilidade e torna essa sociedade passível de mudanças, pois “nenhuma das instituições existentes, por mais antigas ou veneráveis, pode pretender estar imune à análise, reexame, crítica e reavaliação” (BAUMAN, 2008, p. 87).

A consciência da perenidade e da mortalidade é, segundo Bauman (2008), o que permite perceber e aceitar que nenhuma solução, por mais próxima da perfeição que seja, é eterna e estática. Essa percepção leva, portanto, à rejeição do fundamento duradouro da validade *de facto* das instituições, como produto de decisões autônomas realizadas num passado sedimentado, em favor da validade *de jure* – como resultado de um processo crítico-reflexivo do mundo e do próprio sujeito – cujo sentido dinâmico a constitui como tarefa ainda a ser estabelecida, mas nunca encontrada em sua forma definitiva. Neste ponto, o direito, pelo projeto legisprudencial, ao ser meio e resultado da reflexão, retoma o seu lugar junto à política, pois como muito bem salientado, ainda, por Bauman (2000):

A reflexão crítica é a essência de toda autêntica política (enquanto distinta do meramente “político”, isto é, do que está ligado ao exercício de poder). A política é um esforço efetivo e prático para subjugar instituições que exaltam a validade *de facto* do teste de validade *de jure*. E a democracia é um local de reflexão crítica que extrai sua típica identidade dessa reflexão. (BAUMAN, 2000, p. 90)

A aceitação da impermanência e da historicidade social aponta, por outro lado, a necessidade de buscar a conciliação entre os valores de certeza e segurança jurídica e de reconhecer o caráter argumentativo do direito que deriva da crítica e do debate, próprios a qualquer sistema democrático e plural. Reconhecer que o direito, assim como as outras instituições do Estado, está sujeito ao questionamento e, portanto, à argumentação, não significa abrir mão da segurança jurídica, até porque ela é um valor pressuposto na atuação do Estado como forma de proteção dos sujeitos e de garantia de exercício da autonomia (MACCORMICK, 2008).

Parece viável, então, compreender o direito em seu duplo aspecto: estático, quando busca estabilizar as expectativas, gerar confiança e garantir um grau aceitável e querido de previsibilidade de atuação do Estado e das pessoas que dirigem a sua conduta de forma similar dentro de uma ordem compartilhada; e dinâmico, sobre o qual se fundamenta a autonomia da sociedade, no exercício constante de reflexão e crítica que nos permite a construção de certezas excepcionáveis capazes de lidar com as contingências e o imponderável (MACCORMICK, 2008).

Porque o foco permanece sobre o indivíduo, ora como agente passivo, ora como sujeito singular, crê-se que o paradigma instrumental que subjaz ao sentido de Estado Social

obstaculiza a realização do sujeito autônomo e consciente de sua posição no mundo. No entanto, a mudança na forma de atuação do Estado, cuja função primordial relaciona-se ao alcance de finalidades constitucionalmente estabelecidas que procuram garantir a realização dos direitos sociais, consiste em um avanço, ainda que muitas vezes apenas simbólico, na busca por justiça social. Entendemos que essa mudança, contextualizada pela legisprudência, ganha sentido no Estado Democrático de Direito, cujos princípios fundamentais são a valorização da Constituição como norma, o debate participativo e controle público e democrático pelos cidadãos (BERCOVICI, 2004).

Mais importante ainda é que essa transformação vem considerando não somente a crítica sobre o excesso de leis, mas, especialmente, sobre a qualidade dos atos normativos, e, assim, demandando um movimento que pretende pensar o direito como um sistema dinâmico que deve dar conta do real. Por tal motivo, fica evidenciada a insuficiência da abordagem legalista, “[...] não sendo mais possível continuar a utilizar conceitos e fórmulas que foram cunhados num período de monopólio legislativo do direito para descrever um direito que se afasta progressivamente da lei” (HESPANHA, 2009, p. 29) e, paradoxalmente, também da dogmática que tem na figura do juiz o seu centro.

Com isso não se quer dizer que a Constituição e a leis – especialmente num sistema democrático – vêm perdendo o seu significado e, principalmente, a sua força simbólica, mas o jurista volta-se, agora, para a necessidade de repensar o direito para superar sua identificação com o conjunto de regras gerais e abstratas positivadas das quais derivam todas as outras regras. É preciso, igualmente, pensar no sentido que devem ter as leis para satisfazer as exigências da complexidade social, garantindo-se a elas uma racionalidade material e instrumental.

Nosso contexto é aquele que pretende racionalizar a elaboração das leis, levando em consideração outras fontes de juridicidade, especialmente a decisão judicial, e de pensá-las dentro do direito, incluindo a perspectiva do legislador, para garantir efetividade e eficácia às normas jurídicas, como forma de internalizar o dever de controle das ações ou omissões do Estado e propiciar aos sujeitos o exercício autônomo da liberdade.

3 EM BUSCA DO DIÁLOGO – POR UMA REVISÃO DA TEORIA DE FONTES E UM NOVO LUGAR PARA A JURISPRUDÊNCIA

3.1 O paradigma legalista na teoria das fontes do direito

Ao tratar das fontes do direito em três textos excepcionais sobre o tema, publicados no Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, o professor António Castanheira Neves parecia querer expressar, com suas palavras, uma angústia quanto ao estado da Teoria das Fontes do Direito. Sua posição, já em 1975, estava ancorada sobre um “pensamento jurídico em profunda renovação” (CASTANHEIRA NEVES, 1975, p. 117), em que se sugeria a necessidade inadiável de revisão da teoria das fontes, porque a sua forma tradicional já não mais atendia às exigências da realidade e, mais ainda, fundava-se num conceito de direito que não mais se adequava às transformações da sociedade moderna²².

As discussões sobre o conceito de direito estão intrinsecamente ligadas à formulação de teorias sobre a origem da vinculação propriamente jurídica, porque a forma como se concebe o direito está relacionada às exigências teóricas de se creditar a um determinado conteúdo a validade jurídica. Embora seja senso comum afirmar que a teoria das fontes é dependente da noção de direito que se adota – uma verdade que, no entanto, não esgota as possibilidades de reflexão sobre o tema –, a sua investigação demanda uma postura crítica e aberta.

Isso é facilmente percebido se analisarmos, na esteira do capítulo anterior, o pensamento legalista vigente, especialmente a partir do século XIX, oriundo de uma cultura de devoção aos ideais iluministas de soberania da vontade popular, separação dos poderes e universalismo das regras jurídicas abstratas e genéricas, aptas a garantir a igualdade formal dos indivíduos. Negando a historicidade humana, esse sistema foi construído com a pretensão inicial de conter todas as respostas e ser eterno, fundado numa ideia de ordem geométrica capaz de proporcionar segurança e proteção à propriedade, de modo que o direito fosse cada vez menos entendido pela sua relação com a justiça, e mais pela sua estrutura lógico-formal,

²²Castanheira Neves (1983) apresenta uma introdução instigante sobre a necessidade de repensar o problema das fontes, concluindo que a reflexão sobre o problema gera resultados acerca dos pressupostos culturais e sociais que não podem ser excluídos de uma concepção do direito mais próxima da realidade, passível de ser experimentadas através dos resultados do processo reflexivo.

em que a lei é a fonte fundamental.

Salienta-se, no entanto, que, com o rompimento da doutrina clássica do direito natural e da concepção de direito como algo encontrado na ordem da natureza, a vontade do indivíduo emerge e ganha espaço para fundar o positivismo, por meio da filosofia nominalista. O indivíduo e sua vontade tornam-se, então, fonte de todas as coisas, inclusive do direito positivo. A razão passa, aqui, a ser instrumento da vontade dos homens de maximizarem o seu bem-estar (utilitarismo), e a regra posta, como produto dessa vontade e sob os auspícios do pensamento científico moderno, deu azo à crença de que a natureza humana e a própria natureza estavam sob controle. Essa concepção era cética quanto à possibilidade de organização natural do homem em sociedade, principalmente por abandonar a compreensão das coisas como conjunto, como relação, para reduzir a realidade a elementos singulares, a uma visão individualista do direito.

Mais uma vez, a obra de Hobbes, como a compreende Villey (2009, p. 688), teve grande importância para a filosofia do direito moderno, porque criou uma razão artificial capaz de produzir um direito firme, fundado numa autoridade que tem o poder de impor e exigir a obediência a uma conduta em prol do todo, e que afasta da produção do direito, portanto, critérios subjetivos e inseguros. Essa filosofia impôs uma concepção precisa e, posteriormente, hierárquico-formal das fontes do direito, a qual possibilitou a instauração do positivismo jurídico com o triunfo da lei como regra suprema que pretendia esgotar a realidade do direito.

Como a autoridade estava concentrada no soberano, os costumes, a jurisprudência e a doutrina ficaram em segundo plano e só podiam ser considerados fontes do direito quando confirmados pela lei. A interpretação feita pelos juízes deveria buscar a intenção do legislador, pois somente ele poderia corrigir a lei. Nesse espaço político construído e mecanicamente sincronizado, substituiu-se, finalmente, o direito natural pelo direito como um produto da vontade do Estado, cuja vinculação concentrou-se no exercício da força.

No modelo jusnaturalista de compreensão e acesso ao direito, a lógica para alcançar o conhecimento era operada pela representação, por uma operação simples, próxima de um silogismo, que informava o intelecto quanto à adequação de um objeto real à sua representação mental. A linguagem operava por meio de representação, modelo de raciocínio estabelecido não só no direito, mas na construção da ideia moderna de sociedade civil. “O

espaço da consciência deveria “conter” um objeto – uma representação –, que seria o sucedâneo do objeto real presente no mundo, ou, ao menos, deveria ser sua construção adequada” (MUÑOZ, 2008, p. 36).

A norma positivada representava a norma transcendental, proveniente de uma ordem divina ou da Razão. Para descobri-la, bastava deduzi-la, dentro de um sistema que continha a justiça em si e que, portanto, era completo e definitivo. Daí a desnecessidade de um intérprete e de uma argumentação que justificasse a escolha contida na decisão, já que a aplicação do direito equivalia à sua simples revelação. Essa postura, adotada pela Escola da Exegese, adepta da codificação, foi parcialmente alterada pela forma como o pandectismo alemão concebeu o direito.

Na verdade, já em Hobbes (2003) ocorre a perda do vínculo entre o direito natural e o direito positivado, pois a legitimidade da lei é transferida para a vontade do soberano, que funda o monopólio de criação do direito pelo Estado e a equiparação entre direito e lei. Por tal motivo, chega-se mesmo a afirmar que o filósofo inglês é o fundador do positivismo (VILLEY, 2009), mas é com Escola Pandectística que a universalidade ganha espaço para se firmar em uma noção epistemológica de direito como um conjunto de categorias e conceitos formais mínimos capazes de abranger toda a juridicidade.

Esse modelo, que Muñoz (2008, p. 58) afirmou derivar de um “nehobbesianismo não admitido”, tentou garantir ao direito coerência e ordem, da mesma forma que os modelos jusracionalistas, mas com maior desconsideração do seu conteúdo, devido à perda do seu sentido metafísico, já que o caráter formal foi colocado em primeiro plano.

O ponto de partida de Wintgens, e também o deste trabalho, é corroborado pela análise de Michel Villey (2009), ao afirmar que, “substancialmente, seu sistema [o de Hobbes] ainda continua sendo o nosso. Ele se tornou o arcabouço do pensamento jurídico moderno” (VILLEY, 2009, p. 752). Nesse modelo, a experiência legislativa tem o papel principal como corolária da construção do espaço político, fundado no princípio da separação dos poderes, em que o soberano é a autoridade que representa o povo e, por sua vontade, estabelece a lei, legítimo produto da vontade geral. Seus questionamentos são intra-sistemáticos, daí a razão de que, para essa filosofia, as fontes do direito são fontes de conhecimento do direito e, por isso, o direito é alcançado pela via teórica, abstrata e mecanicista.

Daí derivam algumas conclusões: o fato de o direito ser visto apenas por meio do Estado (estatismo), o que será questionado posteriormente com o advento das teorias do

pluralismo jurídico; o problema de uma concepção estanque e ultrapassada da teoria da separação dos poderes, que é combatida por não mais se adequar à realidade, já que, por ela, somente o Poder Legislativo detém o poder de criar o direito com base em critérios jurídico-formais constitucionalmente estabelecidos; a internalização da postura dogmática, que advoga competência exclusiva ao Poder Legislativo para criar o direito e oculta o problema da constituição do direito; e, por fim, conjugado ao pensamento legisprudencial, o problema de se considerar fonte do direito um conceito formal, técnico-jurídico, que se atenta apenas para prescrições política e autoritariamente impostas pelo Estado, mas não para o seu conteúdo normativo, “pois este conteúdo compete unicamente à vontade do poder político legislativo determiná-lo e não condiciona o caráter de fonte enquanto tal” (CASTANHEIRA NEVES, 1982, p. 212).

Superado o radicalismo da Escola da Exegese, que enalteceu a lei como única e exclusiva fonte do direito, logo foram reconhecidas outras fontes como secundárias ou subordinadas, tais quais o costume e a jurisprudência, e como subsidiárias, tais quais a analogia e a equidade, sem que, contudo, a lei perdesse o caráter de fonte primordial. Essas fontes eram todas a ela subordinadas, e o que restará para a teoria ora em questão é dizer, como Castanheira Neves (1982, p. 213), que a lei será “a fonte decisiva” do direito e todas as outras que vierem a ser, só sê-lo-ão se autorizadas pela lei.

A dogmática jurídica vai se ocupar, então: de definir as fontes do direito, com referência à lei; de conceber uma teoria da lei, distinguindo-a em material ou formal, sem pensar, sobretudo, no procedimento pré-legislativo vivenciado pelo Parlamento e pelos técnicos (hoje, consultores parlamentares, ou legistas) durante a elaboração das leis, mais atentos às questões formais relativas ao processo legislativo e à técnica legislativa (redação); e, por fim, de estabelecer a hierarquia das fontes do direito, dentro de uma concepção lógico-formal de um sistema racional, cujas relações são fundadas, essencialmente, em questões de validade formal e competência.

O costume, assim como a jurisprudência, não foi considerado fonte direta do direito. No caso do costume, ele poderia ora ser admitido em lei, ora pelo validado pelo juiz, contanto que a ele fosse dada essa prerrogativa por meio de lei, sendo ainda dominante a rejeição de aplicação do costume *contra legem*.

A jurisprudência, que pelo direito romano era a arte do fazer jurídico por meio da casuística, foi também submetida à autoridade da lei e estabeleceu-se que as decisões judiciais

só vinculariam as partes do processo, após o trânsito em julgado, sem estender seus limites para outros tribunais ou para a ordem jurídica. Sua posição dentro do ordenamento foi reconhecida, embora somente no século XX, pela influência material e persuasiva que as decisões dos tribunais superiores exerceram sobre a argumentação jurídica dos casos futuros, bem como sobre a interpretação do direito vigente, fato que foi constituído pela prática judiciária. Especialmente a partir da expansão do exercício da Jurisdição Constitucional (*Judicial Review*) e do direito sumular, as decisões judiciais passam a ser vistas sob uma outra perspectiva.

A doutrina é, em princípio, a fonte menos influente e menos subjugada à lei, já que, em nenhum momento, a partir do paradigma legalista, ela foi considerada uma fonte vinculante do direito. Embora tenha exercido enorme influência ao longo do tempo na forma como se concebia e interpretava o direito, ela é vista apenas como um recurso que subsidia a compreensão do universo jurídico.

Com Hans Kelsen (2000), chega ao ápice a tentativa de eliminar do direito tudo aquilo que não lhe diz respeito diretamente, ou melhor, tudo que se relaciona ao seu conteúdo e que, portanto, é questão valorativa e não jurídica. Para tanto, a base da sua teoria foi fundamentar o direito em conceitos de validade formal e de hierarquia das normas. A partir desse ponto, o direito é concebido apenas como uma “ordem normativa da conduta humana” (KELSEN, 2000, p. 5), e aqui também tem-se como ponto de partida a norma posta.

Embora o conteúdo do justo no direito tenha sido deixado de lado há mais tempo, nesse momento, o positivismo normativista de Kelsen (2000) representa um método de estruturação do direito vigente e de verificação de validade formal das normas. O direito é visto pelo ponto de vista de sua normatividade, e sua validade tem origem na estrutura ordenada de normas postas em planos diferentes, a qual terá no seu topo a norma fundamental – uma espécie de metanorma pressuposta, que serve como fundamento de validade de todo o sistema. Mais que a norma fundamental, o sistema jurídico terá sua validade no respeito a uma forma prescrita, cuja validade estará igualmente amparada sobre a norma fundamental. Por esse viés, tanto as normas gerais, como as normas individuais, entre as quais se encontra a jurisprudência, são fontes do direito.

Para Kelsen (2000), a expressão “fontes do Direito” tem vários significados e pode corresponder tanto aos métodos de criação jurídica em geral, como ao fundamento de validade de uma ordem jurídica, que num “sentido jurídico-positivo” só pode ser o próprio

direito; ou ainda, “num sentido não jurídico, [...] todas as representações que, de fato influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito” (2000, p. 259) – e aí se incluem princípios morais e políticos, doutrina etc.

A unidade das fontes restará estabelecida no texto constitucional que, como norma superior do sistema jurídico, representa uma referência para a interpretação do direito – porque contém também princípios – e organiza as fontes de normatividade de forma hierárquica, de acordo com o sentido de obrigatoriedade que delas emana. No caso específico da decisão judicial como norma individual e fonte do direito, Kelsen (2000) a aponta como um ato de aplicação e criação do Direito, porque resulta da aplicação de uma norma superior para a criação de uma norma inferior, “em que uma norma jurídica geral é uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida uma norma jurídica individual” (KELSEN, 2000, p. 272).

O jurista alemão teve o mérito de revalorizar a jurisprudência como fonte do direito e, até mesmo, de rejeitar a perspectiva de que o juiz apenas descobre o direito e o declara através da decisão judicial. Para ele, a decisão judicial é fruto de concretização crescente que tem um caráter constitutivo, ou seja, cria a norma jurídica individual. No entanto, embora diferente do entendimento que vinha sendo adotado até então, a dinâmica do sistema não foi alterada substancialmente, porque todas as outras fontes do direito eram assim consideradas pelo critério de subordinação à lei.

O mesmo sentido é apreendido na obra de Norberto Bobbio (2007), que adota o ponto de vista normativo-positivista para explicar o ordenamento jurídico. A compreensão de fontes tem origem num raciocínio tautológico, em que a fonte do direito é o próprio direito, pois, assim como em Kelsen (2000), o direito é visto como um conjunto de normas, então as suas fontes só podem ser as normas de estrutura, as quais regulam o modo como devem ser produzidas as regras.

Um ponto interessante e brevemente tratado na Teoria Geral do Direito de Bobbio (2007) diz respeito à consideração sobre justiça, validade e eficácia do direito, colocados como critérios independentes que foram, ao longo da evolução da teoria do direito, ora se identificando, ora se excluindo. No caso do jusnaturalismo, certo é que houve a identificação entre validade e justiça, enquanto o positivismo *strictu sensu* reduziu a justiça à validade da norma, reforçada pela sanção. E ainda, no caso das teorias realistas, ou sociológicas, a validade viu-se confinada à eficácia, porque distinguiu como válido o direito

efetivamente aplicado.

Todas essas teorias apresentam pontos fracos, mas, especialmente quanto à coincidência entre validade e eficácia apontada pelo realismo jurídico, Bobbio (2007) reconheceu o impulso inovador que permitiu à dogmática jurídica compreender o direito também como um fenômeno social e evolutivo, “numa crítica ao monopólio da lei e na reavaliação de duas outras fontes diversas da lei, o *direito consuetudinário* e o *direito judiciário* (o juiz legislador)” (BOBBIO, 2007, p. 47), dando origem à necessidade de revisão da teoria das fontes. Para o autor italiano, o juiz seria, então, uma fonte de qualificação das aspirações não jurídicas encontradas na sociedade que, somente após passarem pelo crivo judicial, poderiam ser consideradas direito. De toda forma, a norma extraída da decisão judicial só poderia ser vinculante caso fosse adotada como precedente pelas cortes.

O modelo de Kelsen (2000) e Bobbio (2007) é reproduzido com nuances variadas, mas sem alteração substancial, em obras de renomados autores da teoria e da filosofia do direito, entre eles, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1993). Este autor faz uma breve exposição sobre a história e o sentido das fontes do direito e salienta o ponto de vista da dogmática jurídica moderna que concebe a teoria das fontes (tradicional) quase exatamente do mesmo modo como colocada pela teoria de Hobbes: uma forma racional de exercer o poder e controlar a produção do direito, “sem perder de vista a segurança e a certeza das relações” (FERRAZ JR., 1993, p. 203).

Com esse viés, o autor apresenta uma classificação de fontes que depende da maior ou menor objetividade das normas, ou seja, do grau de vinculação, certeza e segurança que geram. Em primeiro lugar, encontra-se a legislação – e, neste caso, soberana, a Constituição. O costume e a jurisprudência são fontes secundárias, mas o costume parece sobressair, porque, ao final, a jurisprudência, no sistema de direito romano-germânico, é uma “fonte interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito”, e, naqueles casos em que o direito judicial sobrepõe-se à lei, sucederia, na verdade, o caso especial de um costume, resultante do uso jurisprudencial (FERRAZ JR., 1993, 222)²³. Restam, ainda, as fontes de menor grau de objetividade, grupo em que se encontram a doutrina, os princípios gerais de direito e a equidade.

²³ Sampaio (1993) abre exceção para decisões *contra legem* provenientes da Justiça do Trabalho, que seriam “fontes genuinamente jurisprudenciais”, mas justifica tal entendimento na adoção da equidade para o julgamento que adota como princípio a proteção do trabalhador (SAMPAIO JÚNIOR, 1993, p. 222)

Vale citar também, dentro da perspectiva legalista-normativa, a teoria das fontes exposta pelo constitucionalista italiano Riccardo Guastini (2001), que faz uma distinção entre fontes materiais e formais, assim como o fazem diversos autores (entre eles Kelsen (2000), Ferraz Jr (1993) e Bergel (2006)), mas aponta ainda um terceiro elemento capaz de identificar uma norma como fonte do direito: a eficácia *erga omnes* ou força de lei (MENDES, 2008).

A noção de fontes materiais está ligada ao conceito de norma, como prescrição geral e abstrata, consubstanciada naqueles fatos ou atos concebidos como fontes por causa do seu conteúdo ou do seu resultado normativo. Já as fontes formais, derivadas do entendimento dogmático sobre a ciência do direito, seriam equivalentes à concepção jurídico-positiva de Kelsen (2000), pois remetem ao próprio ordenamento, às normas produtoras de normas e, por serem independentes em relação ao conteúdo, são assim identificadas por critérios formais. Quanto ao critério de eficácia *erga omnes*, atos concretos e individuais como as decisões judiciais e os contratos não podem, em geral, ser considerados fontes do direito, mas somente aqueles cujos efeitos alcançam a generalidade.

O autor faz uma crítica aos juristas por adotarem uma concepção mista que aceita como fontes do direito aquelas incluídas em ambas as noções formal e material, concepção esta que peca pela falta de clareza. Mas sua teoria faz uma defesa da noção formal de fontes do direito porque o sistema italiano compreende como fontes somente aquelas normas gerais e abstratas derivadas de um processo de produção do direito que implica a sua modificação. Para tanto, o autor aponta a distinção entre as funções de produção, execução e aplicação do direito ancoradas na doutrina da separação dos poderes – modelo que, mais uma vez, nos permite remeter ao pensamento ideológico-positivista dominante desde o século XIX. De fato, ao retratar a aplicação jurisdicional do direito como um raciocínio silogístico, Guastini (2001) apóia-se na concepção de Beccaria (s.d), a qual, em sua visão, reflete o pensamento jurídico moderno.

Seria muito pretensiosa a tentativa de esgotar, neste trabalho, as fórmulas apresentadas por juristas e estudiosos do direito sobre o tema das fontes. No sentido jurídico-positivo, ou melhor, legalista-positivo, todos repetiram, com maior ou menor detalhamento e descrição, a forma padrão de enunciar o tema das fontes. Em primeiro lugar, tratando da natureza semântica complexa e equivocada do uso da expressão “fontes do direito” e, posteriormente, dividindo-as em categorias.

As conseqüências dessa postura são duramente criticadas por Castanheira Neves (1975) devido ao processo de dogmatização do problema das fontes, já que a atribuição de diversos sentidos à expressão oferece perspectivas várias de conceber o problema, todas passíveis de justificação “verbalístico-formal” (CASTANHEIRA NEVES, 1975, p. 124) que seja conveniente a uma determinada concepção de direito.

Por este raciocínio, fixou-se a perspectiva acrítica legalista-positivista que oculta o problema das fontes, porque pressupõe um direito posto e somente busca saber em que lugar está esse direito dado, de conteúdo também pré-existente, e identificar os critérios intra-sistemáticos para a aplicação técnica das normas, o que, por sua vez, leva à confusão entre o resultado esperado da aplicação das fontes e as próprias fontes (CASTANHEIRA NEVES, 1975). Ainda nesse sentido, quando se entende que as fontes do direito são fontes de conhecimento do direito porque estão dentro do próprio sistema, não só a intenção, como o conteúdo do direito são ignorados como um problema dentro da ciência do direito²⁴.

É por essa perspectiva que se coloca o juiz no papel central nas reflexões sobre o direito, uma vez que o legislador é um ator político dentro do espaço político e não se vincula a nenhuma regra. No entanto, cabe uma observação sobre a centralidade ocupada pelo juiz na teorização do direito, já que esse protagonismo não quer dizer necessariamente que ele detenha amplos poderes para decidir. Enquanto o paradigma legalista estabelece o dogma da separação dos poderes e o princípio da legalidade como norteadores para o juiz, os modelos romano-germânicos de direito invocam, ainda que com menos força nos dias de hoje, a desconfiança quanto à possibilidade e aos limites de interpretação exercidos pelo magistrado.

No seu nível mais radical, a justificação da decisão judicial é sobrepujada pela ideia de que o juiz aplica um raciocínio dedutivo no caso concreto. Essa forma de pensar um sistema que pretendeu ser completo, coeso e facilmente previsível, conduziu, segundo Muñoz (2008), ao esvaziamento da teoria do direito, alcançando o minimalismo da concepção de direito como uma estrutura formal e hierárquica de normas, descomprometido, assim, com a realização da justiça material.

²⁴ “Verdadeiramente, para o pensamento em causa não haverá autêntico problema, pois que concebendo o direito como postuladamente o concebe, já sabe de antemão onde o encontra e o seu conhecimento dele não é mais do que uma descrição (ou formal análise sistemática) desse direito que *a priori* definiu e escolheu. Numa palavra, a fórmula metafórica volve-se num prejuízo metodológico que oculta o problema.” (NEVES, 1975, p. 125)

Embora criticada e superada – ainda que, seguindo Villey (2009), jamais tenha sido praticada – a tradicional teoria das fontes é oficialmente ensinada – “mantém-se apenas na rotina doutrinal e nos repetitivos compêndios escolares” (CASTANHEIRA NEVES, 1982, p. 219). Ela é uma contradição à realidade que sustenta, mesmo estremecida e desacreditada, uma ideologia liberal focada na neutralidade do direito e em critérios de segurança e certeza, voltados para a realização individualizada do sujeito. O mito da construção racional do direito e do espaço político garantidor de liberdades e direitos coloca-se, assim, a serviço apenas da manutenção do *status quo* e não mais serve a um propósito de transformação da realidade em benefício do equilíbrio e harmonia do todo social.

3.2 Novas perspectivas da teoria das fontes – pluralismo jurídico

A necessidade de reflexão sobre o problema das fontes, orientada para a elaboração de uma nova teoria, é sentida especialmente no século XX, já no período pós-guerra, quando compreendeu-se o desvirtuamento gerado por uma concepção objetivo-teórica do direito, focada no voluntarismo político de cunho essencialmente formal e normativista. Percebeu-se que a identificação do direito com a lei era insuficiente para atender às expectativas da complexidade social, uma vez que simplificava excessivamente a realidade, criando um espaço imaginário em que as incertezas eram dominadas e o tempo, controlado.

A desconfiança em relação ao uso do poder pelo Estado, a crise da lei, a globalização e as possibilidades de comunicação apresentaram uma nova perspectiva que configurava a quebra do paradigma de identificação entre lei e Estado, assim como das expectativas de estabilidade, unidade e coerência. Para além disso, apontaram a imprescindível reconsideração de questões antes encerradas numa dimensão extra ou metajurídica, as quais compreendiam a intenção de estudar o direito sob o ponto de vista autônomo, isolado de sua prática e, por isso, axiologicamente neutro.

As contradições sociais e econômicas, assim como a multiculturalidade refletida pela dinamicidade e o pluralismo da sociedade atual e a busca pelo abandono de padrões de pensamentos considerados retrógrados e excludentes ressaltaram os sentimentos e as formas alternativas de vida e pensamento, as quais convivem entre si e demandam uma reconstrução

da ciência do direito em que o tempo é tido como a sua verdadeira fonte (DELMAS-MARTY, 2004). Esse novo olhar, caracterizado pela tolerância discursiva e pela consideração do direito como um fenômeno multidimensional complexo (WRÓBLEWSKI, 1986), reflete, na experiência de Erik Jayme (1995), quatro características da sociedade atual: o pluralismo, a comunicação, a narração (retorno dos sentimentos) e a valorização dos direitos humanos.

As impressões de um novo tempo no direito e, mais ainda, no estudo das humanidades são percebidas por uma mudança de postura em que a dimensão ativa da transformação do real fica subordinada à consideração do resultado (Santos, 1987), o que leva à exigência de inclusão no direito, para sua validade, de um fundamento axiológico materialmente realizável.

É evidente, então, o desconforto de nos encontrarmos diante de uma teoria profundamente desconectada da complexa realidade atual e insuficiente para nos fornecer respostas concretas e materiais de realização do direito. De igual modo, como foi dito por Santos (1987), “estamos no fim de um ciclo de hegemonia de uma certa ordem científica [...] em que as ciências sociais terão de recusar todas as formas de positivismo lógico ou empírico ou de mecanicismo materialista ou idealista [...]” (SANTOS, 1987, p. 9).

Essa demanda pela realizabilidade²⁵ do direito escancarou a crise da lei sob duas perspectivas. Uma, a da legitimação, não só pelos atos de corrupção que envolvem os Poderes Públicos, mas porque a lei não parece se identificar com a vontade popular, nem mesmo com o consenso possível que decorre da participação e do discurso. Já a segunda diz respeito ao excesso de leis e regulamentos produzidos pelo Estado, diante dos limites admissíveis de intervenções e de uma acrítica consideração sobre a racionalidade da lei e do seu papel como instrumento transformador. Além disso, o excesso de limites impostos ao exercício da autonomia individual reduziu o espaço político à relação entre indivíduo e Estado, o que potencializou o condicionamento da sociedade a uma perspectiva individualista, ignorante no que toca à solidariedade diante da comunidade, e descrente quanto às possibilidades de diálogo e consenso.

A situação apontou a necessidade de tratar o direito em suas diferentes

²⁵ O conceito vem de SOARES (2004, p. 119), citando Pietro Rescigno (1985), definido como “Investigação técnica visando verificar previamente a idoneidade de um texto normativo, nos planos interno (jurídico textual) e externo (meios explicitamente empregues), e no contexto em que está destinado a inserir-se, a realizar os objetivos e a alcançar os resultados desejados e perseguidos explicita ou implicitamente por este texto”.

dimensões – por um viés transdisciplinar entre elas, a lingüística, a sociológica, psicológica e a axiológica (WRÓBLEWSKI, 1986). A consciência de que a estabilidade e a certeza são estados temporários e evolutivos possibilitou a reflexão sobre a forma de conceber o direito e sobre as suas formas de manifestação em diversos espaços normativos, já que o Estado deixou de ser o único espaço admissível de normatização. Isso foi possível diante da constatação e abertura para o que Delmas-Marty (2004) denominou de fontes evolutivas do direito, as quais implicam o reconhecimento das rápidas transformações sociais e da constante necessidade de exame das circunstâncias ao longo do tempo.

É que os próprios pressupostos da teoria tradicional do direito estavam sendo questionados, uma vez que, considerados pelo viés legalista-normativista, tanto a concepção de direito, como a sua metodologia de elaboração e aplicação, e ainda o sentido do sistema jurídico como ordem hierárquico-formal apontavam a imprescindível reflexão sobre o conteúdo do direito e a racionalidade constitutiva de normatividade das regras jurídicas, agora consideradas num plano pluridimensional.

Deu-se, nesse sentido, o reconhecimento da historicidade²⁶ e da dimensão do tempo no direito, com a reconsideração do pensamento sobre a natureza das coisas e a crença num equilíbrio natural que deriva da conexão entre os homens e a natureza. A apreensão do sentido axiológico do direito ocorreu igualmente com o ressurgimento do interesse sobre as teorias da justiça e a consideração de que o direito e a política não estariam em terrenos tão afastados. Se a realização de valores não é tida como algo intrínseco ao direito, tem com ele uma relação de simbiose, porque a realidade demonstrou que o homem geralmente buscou realizar através do direito um fim de natureza axiológica como a justiça material.

A demanda por racionalidade apontou também a insuficiência da consideração da linguagem jurídica como representação e a impossibilidade de atender às demandas sociais apenas por meio da lei. O raciocínio lógico-dedutivista, que levava à rejeição de uma teoria da interpretação, ainda aplicável, deixou de ser o padrão de raciocínio jurídico para fundamentar as decisões, pois a unidade do sistema passou a ser buscada na argumentação e interpretação do direito, com a abertura de tradições de pensamento alternativas como a hermenêutica e a teoria da argumentação. No campo dos estudos sobre a legislação, até então quase

²⁶ Segundo Ellscheid (2009, p. 280, grifos do autor), a reflexão existencialista sobre a *historicidade* do direito impele, quase forçosamente, para além de si mesma, no sentido de uma apropriação especulativa da nossa *história* concreta, para deduzir dela exigências jurídicas concretas.

inexistentes, ressurgiu o interesse pelos processos de elaboração do direito, agora sob um enfoque interdisciplinar que conjugava aspectos da sociologia e da filosofia do direito, mas também as dimensões econômicas e tecnológicas da legislação. As reflexões que aparecem nesse momento, já apontadas no item 1.3, procuram tratar da produção jurídica de forma racional e eficiente, com atenção à inserção das normas no sistema sob uma perspectiva de coerência e realizabilidade do direito como um todo.

As perspectivas sociológicas e aquelas orientadas para a realização prático-teleológica do direito tiveram profunda influência nas reflexões sobre a formulação de novas concepções sobre o direito, assim como a consideração de outros fenômenos constituintes de juridicidade. Sobre esse ponto, Castanheira Neves (1982) ressaltou a contribuição de Gurvitch (1934), que formulou uma teoria pluralista das fontes do direito²⁷, sem deixar, no entanto, de criticar o fato de que, ao partir da consideração do direito como dado, essa concepção incorreu no mesmo erro de tantas outras.

Para a constatação de critérios normativos extralegais e de outros centros produtores de direito, foram relevantes o “Movimento do Direito Livre” e a “Jurisprudência dos Interesses”. Essas duas correntes consideravam a incapacidade da lei de dar respostas às novas demandas sociais e, por tal motivo, elevaram, de acordo com o esquema tradicional das fontes, o status das decisões judiciais à medida em que reconheceram o papel do juiz para a realização prática e efetiva do direito.

No primeiro caso, houve uma rejeição às concepções lógico-formais defendidas pela Pandectística com a busca de liberdade em relação à lei, não pela sua superação, porque permanece o respeito aos limites legais, mas porque ao juiz é reconhecido o poder de criação do direito frente às lacunas, consideradas num sentido mais amplo como ausência de regras expressas para a solução inequívoca do caso concreto. Já no que diz respeito à Jurisprudência dos Interesses, ela trouxe consigo uma dimensão normativa para os princípios e valores, porque buscou encontrar o direito pela ponderação de critérios extralegais que estavam pressupostos na ordem jurídica.

²⁷ Compreendendo o direito como “uma entidade normativamente social” em que suas fontes seriam os critérios da positividade que considera o ideal e o real para a constituição do direito, cujos elementos se conjugariam, de modo normativo, na existência de uma *autoridade* qualificada que incorporasse *valores* sociais para garantir *eficiência* real às regras (NEVES, 1982, p. 222). Esses três elementos – autoridade, valor e eficiência –, quando encarnados em uma regra, constituiriam as fontes primárias do direito por serem naturais e, portanto, competentes para realizar materialmente a justiça. O costume, as decisões judiciais, os regulamentos seriam fontes secundárias, formais e estáticas, porque derivam das fontes primárias

Reconheceu-se, por essas perspectivas, a potencialidade e a efetiva realização constituinte do direito pelas decisões judiciais, não só porque elas complementavam as lacunas deixadas pela necessária incompletude da lei, já que o dever de regulação genérica pelo legislador permite também a transformação da lei no tempo, mas também porque finalmente aceitou-se o papel da decisão judicial como um momento imprescindível ao direito, correspondente à fixação da interpretação sobre determinados conceitos incertos, vagos ou demasiados abrangentes que sempre demandam do julgador mais do que a aplicação de raciocínios dedutivos.

A consciência da distância entre a prescrição normativa e a regra do caso concreto deu-se com o reconhecimento de que, sem a concretização operada pelo exercício da jurisdição, não é sempre possível garantir efetividade à lei; ou ainda: somente pela concretização no plano judicial é que se completa a lei. E foi justamente essa percepção que nos levou ao reconhecimento de que o direito hoje realizado também é uma mistura de direito legal e direito judicial²⁸.

A adoção de uma nova perspectiva sobre a teoria das fontes, em que se considere outros institutos como concorrentes à constituição da normatividade do direito para colocá-las ao lado da experiência legislativa, tem como pressuposto o abandono da ideia de que a constituição do direito deve, necessariamente, derivar de um poder politicamente instituído, geralmente, o Legislativo. A análise aqui levada a cabo entende, seguindo Castanheira Neves (1982, p. 230), que as fontes do direito “são processos, actos, ou modos de constituição e manifestação do direito vigente” e tem como parâmetro uma concepção do direito que leva em conta a sua dimensão lingüística, histórica e social. Nesse sentido, a legislação, ainda que considerado o ato preponderante de constituição do direito – e essa convicção não é abandonada –, não esgota a experiência constitutiva do direito e de sua vigência, já que são elencados, nesse esquema pretensamente mais amplo, também o direito consuetudinário e o direito jurisprudencial, o que acaba por afastar, mais uma vez, a concepção estatal-legalista do direito que o identifica com a lei e que, por tal motivo, entende ser exclusivamente prerrogativa de um poder político o processo de criação do direito. Mais importante ainda, ela ignora a dimensão do tempo e as situações concretas que concorrem para a constituição

²⁸ NEVES, 1983, p. 229. Como nos lembra o autor citado, o que é amplamente discutido, especialmente quanto às decisões das Cortes Constitucionais, é o limite de atuação desses tribunais, bem como a legitimidade de suas decisões que têm caráter vinculante e efeito *erga omnes*. É o caso, sem dúvida, das súmulas vinculantes no Brasil.

do direito.

Essa é uma questão que traz à tona o sempre presente dogma da separação dos poderes, um princípio invocado no âmbito do Estado de Direito, que esteve, e ainda está, associado ao significado de constitucionalismo, pois a Constituição ganha sentido na medida em que configura a distribuição dos poderes e a interação promovida entre eles, para delimitando a atuação do Estado por meio do equilíbrio de forças que se complementam. Por esse motivo, Goyard-Fabre (1999, p. 104) afirma que a divisão de competências dos poderes é condição essencial da estabilidade política, já que há, entre ela e a Constituição, uma relação intrínseca, estabelecida como base jurídica e legitimadora para a organização normativa do Estado.

No entanto, a defesa da separação definida e delimitada dos poderes parece não mais se compatibilizar com a realidade atual e, pode-se mesmo dizer que, muitas vezes, esse sentido é usado para evitar a realização material do direito²⁹. É que o dogma da separação dos poderes não pode mais ser compreendido como um sistema rígido, no qual cada poder exerce somente uma função. Tomando como referência o ordenamento brasileiro, Mendes (2008) manifesta-se no sentido de que o princípio deve ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, tendo em vista a realidade e a experiência³⁰.

O respeito à autonomia dos poderes – especialmente ao Poder Legislativo, que tem preponderância na elaboração do direito, em respeito ao princípio democrático – não

²⁹ Esse foi o caso da solução (não) dada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do Mandado de Injunção nº 107 que, não obstante a omissão do Poder Legislativo quanto à própria regulamentação do remédio constitucional, expressou-se pela impossibilidade de dar eficácia à norma constitucional que prevê o mandado de injunção, pois estaria invadindo um espaço que é de competência do Legislativo. Essa opinião foi detalhada por Cattoni (2005, p. 3): “Esse julgado, que passa a ser considerado o precedente na matéria, consagra não somente uma interpretação inadequada da separação dos poderes, como, em razão de uma compreensão da norma jurídica reduzida à regra, não reconhece ao ordenamento o seu caráter principiológico, carente não somente de concreção legislativa mas também jurisdicional, pois cada uma dessas distintas tarefas cumpre papel próprio e específico no processo de possibilitar que a liberdade e a igualdade que reciprocamente nos reconhecemos tenham garantida a chance de se enraizarem em nossa vida concreta cotidiana de tal sorte a efetivamente regerem as expectativas de comportamento internalizadas e por nós compartilhadas”. Atualmente, o Supremo Tribunal promoveu um virada jurisprudencial e vem fixando normas diante de omissões legislativas.

³⁰ O entendimento esposado por Gilmar Mendes vai ao encontro da defesa feita acima sobre a impossibilidade de compreender a criação do direito como poder exclusivo do Legislativo: “[...] esse velho dogma teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei – bem assim para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é freqüente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade”. (MENDES, 2008, p.156).

precisa, diante de uma teoria liberal da separação dos poderes, identificar o direito à lei. É que as transformações pelas quais passam a sociedade, já a partir do fim da 2ª Guerra Mundial, revelaram a mudança de paradigma no direito, agora dependente de um sentido axiológico que o vincula à realização de justiça. Isso ocorreu em meio à valorização do direito às práticas sociais que, fora do Estado, vinculam os indivíduos e criam consensos capazes de manter o equilíbrio social numa dinâmica volátil e diversificada que viu emergir o pluralismo jurídico. Essa percepção – presente na realidade, mas ignorada pelo direito – fortaleceu-se e ganhou espaço com o Estado Social, quando foi reconhecido que o ideal de estabilidade deveria ceder lugar a uma concepção social de direito que privilegiasse o equilíbrio instável e dinâmico, fluido ao longo do tempo e voltado para organização do espaço e da sociedade sob a perspectiva de renovação contínua.

Nessa nova paisagem, em que as modificações econômicas e sociais são muito rápidas, particularmente também pelo desenvolvimento surpreendente dos meios de comunicação, pretende-se encontrar a estabilidade, “apesar da extrema variabilidade que atinge as diversas fontes do direito” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 63), encontradas em diferentes espaços normativos que demandam a readaptação contínua do direito sem desconsiderar a sua natureza evolutiva. O universo jurídico passou a ter em conta a importância do momento da aplicação/interpretação das normas pelos tribunais, pela administração pública e pelos juristas, diante do reconhecimento que essas práticas foram adquirindo ao longo do tempo e nas quais o direito também vinculou a sua vigência e a sua validade³¹.

Uma readaptação que ataca diretamente o sistemático apelo por segurança jurídica no âmbito da interpretação do direito feita pelos tribunais e, de forma mais genérica, pelos níveis inferiores de concretização e integração da lei. É nesse cenário de fontes

³¹ Por tal motivo, Delmas-Marty (2004, p.71) irá afirmar que “retirar da lei o monopólio e reconhecer ao juiz – e mais largamente ao receptor – um poder autônomo (ou parcialmente autônomo) de geração do direito fortalece inevitavelmente a variabilidade das fontes. Não é de se espantar, portanto, que a desestabilização do tempo normativo acompanhe o aparecimento e o desenvolvimento de fontes não legislativas. Reconhecendo o pluralismo jurídico, também Hespanha(2009). No entanto, o autor toma como referência para apresentar uma nova teoria de fontes a norma de reconhecimento de Hart, e estabelece como limites à sua teorização “o adequado respeito da vontade popular, formalmente expressa, quanto à conformação do direito” (HESPANHA, 2009, p. 528), o que parece ainda assegurar, de forma geral, a primazia da lei como fonte do direito. É certo, no entanto, que o autor reconhece a importância das normas aceitas e estabilizadas pela comunidade jurídica, ou porque são observadas, ou porque funcionam como princípios norteadores de sentido, em que se traduzem os valores da ordem jurídica.

evolutivas que se coloca em questão a tradicional organização das fontes do direito como uma pirâmide hierarquizada de normas de validade dependente dos escalões superiores. Tanto o tempo quanto o espaço normativo passam a ser considerados como elementos essenciais à constituição do direito, enfraquecendo a rigidez do pensamento sistemático-hierárquico. É possível, então, perceber as linhas descontínuas que não mais se estruturam como pirâmides acabadas, mas estão mais próximas de um sistema circular, cujos anéis estão conectados e se complementam (DELMAS-MARTY, 2004).

Tudo se passa como se, com menos marcos e mais fontes, ficasse impossível simbolizar com uma metáfora única o princípio que ordena a paisagem e preside à geração das normas. Como se, de fato, o plano de composição estivesse embaralhado pelo inevitável movimento que cedo ou tarde desloca as linhas. (DELMAS-MARTY, 2004, p. 84).

O reconhecimento da flexibilidade do direito, da busca por seus elementos axiológicos, ideológicos, sociais e econômicos, conduz ao entendimento de que, ao contrário da concepção hierarquizada de fontes e de sua distinção entre formais e materiais, para a necessária consideração do momento constitutivo de normatividade jurídica, deve-se pensar na existência de dois momentos distintos e indispensáveis, um formal e um material, com a reflexão sobre o seu conteúdo como fator de normatividade, que pretende conectar a dimensão de validade do direito a uma dimensão de realidade (CASTANHEIRA NEVES, 1982).

É que as teorias pluralistas levam em conta a ordem social e a consciência jurídica da comunidade em que o direito se realiza e se transforma, num processo evolutivo que demonstra a impossibilidade de compreendê-lo como uma estrutura hierárquica completa, fechada e rigidamente organizada. Como aqui também se compreende que o direito não pode se afastar da realidade que pretende regular, parece viável sustentar a teoria exposta por Castanheira Neves (1982), de que são quatro os momentos que concorrem para a constituição da normatividade jurídica: material, de validade, constituinte e de objetivação. Essa teoria, que não se pretende definitiva, permite-nos, para além da divisão didático-legalista entre fontes formais e materiais, apresentar e defender a jurisprudência como genuína fonte do direito e, além disso, apontar a necessidade de razões justificadoras como condição de obrigatoriedade das prescrições jurídicas, sustentando ainda uma visão do direito em conexão com a ordem social e por ela co-determinada.

O momento material está relacionado aos fatores que dão origem ao direito, diz respeito à necessidade que tem o direito de fazer referência a uma realidade histórico-social e,

por isso, representa sua condição de possibilidade, de adequação, de justeza e de vigência. O momento de validade, intimamente ligado ao momento material como deve ser entendido no processo global de fontes (CASTANHEIRA NEVES, 1982), tem relação com o fundamento da juridicidade e vai além da mera consideração de existência da norma e de sua determinação pela norma superior, pois o caráter vinculante das normas, a sua obrigatoriedade, depende também de um sentido intencional axiológico que será justificado ou injustificado materialmente e está, por isso, intimamente relacionado ao sentimento de justiça em relação ao seu conteúdo. A referência à justificação da norma vai ao encontro de uma teoria racional da legislação quanto à necessidade de apresentar justificação por parte do legislador (ou, num contexto mais amplo, do decisor) para a criação de leis/normas (concepções *sobre* liberdade) com o intuito de afastar a arbitrariedade, uma vez que o conteúdo tem importância para garantir a obrigatoriedade e aceitabilidade do direito. Esse é um ponto fundamental na superação do positivismo legalista que só enxerga o direito como produto do Estado, porque aponta a insuficiência da concepção tradicional de validade, fundada unicamente na manifestação de poder de uma autoridade competente e relacionada, portanto, à redução da normatividade e da vinculação do direito à sua legitimação política, sem se preocupar com o conteúdo das normas.

Conceber a validade formal como único requisito de legitimidade da norma é um dos pontos críticos da teoria legalista do direito³², uma vez que esse foi o motivo de se poder presumir a correção e adequação das leis, embora ele não signifique, como sabemos, a exclusão do arbítrio e do abuso, porque lhe faltam os argumentos justificadores. É por esse motivo que Castanheira Neves (1982) irá afirmar que o poder ou a autoridade legislativa que formule prescrição sem uma razão fundamentante “não será lei, mas *legis corruptio*, o que desse modo verdadeiramente produz são *monstra legum*” (CASTANHEIRA NEVES, 1982, p. 242).

No entanto, além de apontar a validade como condição de juridicidade das regras, o autor declara, assim como Hespanha (2009), que o sentido do direito ganha corpo por meio da “consciência jurídica geral”, à medida em que a comunidade reconhece as normas e as

³² Como foi apontado, Wintgens (2007) considera o problema da legitimidade do legislador soberano como um dos pontos de partida para explicar a ausência de uma teoria racional da legislação, porque a legalidade é o único aspecto avaliado para a válida constituição do direito. Numa visão legalista, a atividade legislativa conta com a presunção de estar de acordo com os preceitos constitucionais e somente em casos muito evidentes de inconstitucionalidade é que seria possível a revisão judicial. (WINTGENS, 1999, p. 17)

estabiliza, ainda que temporariamente, sob a forma de práticas sociais reiteradas (CASTANHEIRA NEVES, 1982, p. 245)³³. Aponta-se ainda o momento de objetivação para a constituição do direito, que diz respeito à efetiva integração da norma, seja ela de origem legislativa, jurisprudencial ou costumeira, no direito vigente, reconhecido como vinculante pela prática, da qual, por sua vez, deve ser depreendida a sua eficácia. Sob o viés adotado aqui, a vigência, como exposto por Castanheira Neves (1982) compõe esse momento de objetivação, mas não se confunde com a eficácia ou a validade nos seus sentidos tradicionais. Na verdade, considera-se a vigência como um elemento móvel, porque a todo momento o sistema é alimentado por práticas jurídicas que assumem suas transformações e o renovam, constituindo-se a vigência na contínua justificação da normatividade do direito.

O momento constituinte manifesta-se pela positivação da normatividade por uma autoridade que seja reconhecida pelo corpo social como legítima para constituir o direito a partir da experiência jurídica. Nesse sentido, admite-se como ato constituinte do direito o próprio comportamento da comunidade – o costume –, ou ainda, “as mediações comunitariamente reconhecidas com legitimidade e segundo os modos que essa legitimação se institucionaliza” (CASTANHEIRA NEVES, 1982, p. 252)³⁴. Daí se considere a legislação como fonte, que é o modo principal de constituição do direito, mas tem limites que lhe impedem seja ela exclusiva e, por tal motivo, depende de outros elementos que a desenvolvam, a integrem, a corrijam e a concretizem. Elementos necessários à complementação da legislação, reconhecendo-se, inclusive, os modos constituintes de caráter autônomo, e nesse grupo encontram-se o “direito de natureza institucionalmente social, associativamente estatutária, negocial e contratual” (CASTANHEIRA NEVES, 1982, p. 265), assim como os ordenamentos autônomos instituídos no seio social, sejam eles reconhecidos pelo Estado ou não, e também as convenções de grupos sociais específicos.

Por fim, ainda decorrente da necessidade de integração e concretização da lei, a

³³ O autor aponta três níveis de princípios que derivam da consciência jurídica da comunidade, através dos quais a normatividade do direito se objetiva: os princípios e valores que condicionam a ideia de direito e, por isso, são considerados fundamentais; os princípios e valores normativo-sociais co-determinantes da realidade jurídica, como a boa-fé, os bons costumes; os princípios e valores em sentido estrito que já estão positivados na ordem jurídica.

³⁴ Neves (1982) apresenta, nesse ponto, argumentos para corroborar o tratamento como fonte do direito de acordos, contratos e negócios jurídicos que, para o positivismo normativista, apenas vinculam as partes e criam normas concretas subordinadas à lei. A defesa como modo constituinte dessas experiências autônomas de direito deriva do fato de, a despeito de ocorrer subordinação à lei, a sua normatividade delas independe, pois encontram sua validade no espírito do direito originário da experiência e reconhecimento da consciência da comunidade histórico-social.

jurisprudência, considerada uma fonte evolutiva, por conter em si a demanda mais premente de renovação do direito, de acordo com as expectativas e valores que vão, por meio da experiência jurídica, se transformando na consciência da comunidade (CASTANHEIRA NEVES, 1982). A admissão do direito de origem jurisdicional no elenco das fontes (até mesmo formais, quando se considera a divisão tradicional da matéria) é mais do que bem-vinda e mesmo inquestionável no Brasil, ante a existência das decisões e súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, positivadas no texto constitucional³⁵.

No âmbito da experiência jurídica e do direito que se realiza e se modifica por meio do reconhecimento pela comunidade, pode-se mesmo falar na força dos precedentes dos Tribunais Superiores, como o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho, cujas súmulas e decisões funcionam concretamente como normas gerais, especialmente no dia-a-dia dos advogados que buscam direcionar a sua argumentação de forma a compatibilizá-la com o entendimento desses Tribunais³⁶.

Diante do ideal de segurança jurídica e da visão imperativista da lei, a transformação dos sistemas romano-germânicos é bastante evidente, não só pela admissão dos processos de interpretação na aplicação, mas também pela aceitação do pluralismo das fontes, em que a concebida hierarquia piramidal do sistema é sobrepujada para dar lugar a descontinuidades, inversões e enredamentos alternativos, os quais encontram o seu fundamento na busca pela realizabilidade do direito.

³⁵ As decisões com efeitos vinculantes estão disciplinadas no art. 102, § 2º. O efeito vinculante diferencia-se da coisa julgada e da mencionada força de lei (eficácia *erga omnes*), eis que também os fundamentos e princípios da sentença vincularão os demais órgãos do Poder Público, o que denota um caráter transcendental da decisão (MENDES, 2008). Já a súmula vinculante está prevista no art. 103-A da Constituição da República criadas para superar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas capaz de gerar insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos. Da forma como adotada no Brasil, a súmula vinculante, ainda que não seja produto do processo legislativo, identifica-se com as leis por ser um enunciado geral, abstrato e com força vinculante. Na verdade, elas têm valor hierárquico superior aos das leis infraconstitucionais, vez que versam sobre matéria constitucional.

³⁶ Atualmente, o Código de Processo Civil contém normas que dificultam o acesso das partes às cortes superiores, cujo conteúdo está ligado à interpretação das leis feitas pelos Tribunais. É esse, especificamente, o caso do art. 557: "Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

[...]

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. "(BRASIL, 1973)

Agora reconhecidamente um elemento co-determinante da norma geral, a decisão judicial ganha espaço como fundamento de legitimação do direito, inclusive porque diante da falibilidade e incompletude da lei, admite-se que, para ser uma resposta efetiva à dinâmica evolutiva histórico-social das relações humanas, o direito precisa se compreender como um sistema aberto às possibilidades de desenvolvimento autônomo nos diversos espaços normativos onde é reconhecido por seu sentido de obrigatoriedade³⁷.

Pode-se mesmo dizer que, muitas vezes, jurisprudência e legislação são dois lados da moeda que corresponde ao direito concretizado. Aponta nesse sentido a afirmação de Castanheira Neves (1982) de que a interdependência entre direito legislado e jurisprudência coloca o legislador como soberano no início do processo de normatividade e a decisão judicial, como soberana ao fim (CASTANHEIRA NEVES, 1982).

Especialmente quanto à jurisprudência, a sua adoção como fonte não pode, outrossim, desconsiderar o papel da doutrina e das suas “fórmulas” jurídicas como elementos de co-determinação e integração do direito vigente, mas conectadas ao direito jurisprudencial no momento da argumentação. Nesse sentido, Castanheira Neves (1982) cita Esser (s.d) para dizer que a concretização do direito, por meio de uma visão de realização material e adequação da norma individual ao mérito dos conflitos de interesses levados à apreciação do Judiciário, depende da função constitutivo-integradora de elementos normativos translegais e transpositivos que vão, ao longo do tempo, informando e modificando o conteúdo da consciência jurídica da comunidade, num processo cíclico em que essa consciência é, simultaneamente, pressuposto e resultado das transformações do direito, para além da sua sistematicidade lógico-formal desconectada do direito historicamente vigente.

É, portanto, com a contribuição da doutrina que a jurisprudência se eleva à

³⁷ O reconhecimento da importância do papel desempenhado pela jurisprudência foi feito pela Comissão de Juristas constituída para elaborar o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil brasileiro, como mostra trecho do relatório disponível no sítio do Senado Federal: “A força da Jurisprudência adquiriu notável relevo em todos os graus de jurisdição, viabilizando a criação de filtros em relação às demandas ab origine, autorizando o juiz a julgar a causa de plano consoante a jurisprudência sumulada e oriunda das teses resultantes dos recursos repetitivos, sem prejuízo de tornar obrigatório para os tribunais das unidades estaduais e federais, a adoção das teses firmadas nos recursos representativos das controvérsias, previstos no artigo 543-C do CPC, evitando a desnecessária duplicação de julgamentos, além de fortalecer uma das funções dos Tribunais Superiores, que é a de uniformizar a jurisprudência do país”. Relatório da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, instituída pelo Ato nº 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal, de 30 de setembro de 2009. (Brasil, Senado Federal, 2010, *on line*)

condição de fonte do direito e adquire normatividade independente da lei. A sua normatividade deriva da necessária relação com a doutrina, que cumpre o papel de esclarecer, explicitar e reorganizar o pensamento jurídico, considerando as transformações sociais e a consequente assimilação, pela jurisprudência, de princípios, sentidos axiológico-jurídicos e teleológicos, os quais acabam gerando um direito concreto que transcende a própria lei material.

À doutrina reconhece-se um papel de complementaridade à jurisdição, mas também de antecipadora de tendências, seja pelo estudo de direito comparado, seja pela absorção de conteúdo interdisciplinar que se articula para renovar continuamente o direito (CASTANHEIRA NEVES, 1982). Acerca desse ponto, Castanheira Neves (1982, p. 279) chega a expor, percebendo a importância da doutrina e da sua participação na concepção do direito vigente, que o direito jurisdicional e a doutrina constituem uma unidade, pois “mais que de dois modos constituintes, a jurisdição e a doutrina, deverá falar-se de um modo constituinte global, a jurisprudência” (CASTANHEIRA NEVES, 1982, 279). Trata-se, para ele, de uma unidade em que se manifesta de forma objetiva a consciência jurídica que advém da experiência da comunidade no exercício prático do direito.

O reconhecimento da jurisprudência como fonte do direito não pode, nesse sentido global, ser considerado uma novidade na história do direito. É que os jurisconsultos romanos, inspirados pela filosofia aristotélica, já assim o faziam, adotando como fontes do direito os plebiscitos, respostas dos prudentes, os costumes, a equidade, ou seja, um sistema baseado em incertezas e na busca constante da harmonia, o qual considerava o direito como algo móvel, cuja prudência do juiz ou do legislador deveria, acima de tudo, dar a solução material adequada a cada caso concreto. É dessa arte casuística dos clássicos, presente nos sistemas de *common law*, que se produz um direito menos formal e mais voltado para a observação da natureza e da realidade jurídica, mas que foi interrompido, nos sistemas de origem romano-germânica, pelo advento do positivismo legalista (VILLEY, 2009).

Vê-se que a consideração do pluralismo jurídico – que diz respeito não somente à possibilidade de encontrar o direito em espaços paralelos ao Estado, mas também ao próprio pluralismo de fontes legislativas –, revelado em uma estrutura que não mais representa a hierarquia pronta e acabada do normativismo kelseniano, pode parecer bastante assustadora, porque ainda são incertos os limites do alcance, da legitimidade e da coordenação dessas fontes.

Além disso, essa descontinuidade, ou melhor, esse desarranjo da estrutura piramidal, com a criação de espaços normativos derivados da margem de interpretação que se admite pela aplicação da norma e pela própria imperatividade do indeterminado e do vago no âmbito da generalidade, informa, em alguns casos, que o sentido da norma só pode ser conhecido pela inversão da hierarquia, no momento da decisão.

A possibilidade de inversão, em princípio ignorada porque não permitida, representa para os legalistas um risco à soberania do legislador que, de fato, acha-se perturbada por uma paisagem disforme, em que está relativizada a subordinação à lei e, até mesmo, às normas constitucionais³⁸. Por tal motivo, aqueles que estendem suas análises ao pluralismo jurídico não ignoram a necessidade da definição dos critérios de juridicidade e, especialmente, de ordenação, de modo a evitar que as incertezas instituem o desequilíbrio, a arbitrariedade e o descontrole – afinal, a aceitação do plural, da variabilidade, não garante a justiça das decisões.

3.2.1 Diálogo de fontes

O tópico anterior já demonstrou que a tradicional concepção de fontes apresenta, pelo menos, dois problemas: não corresponde à realidade do direito atual e, ainda que se considere haver uma hierarquia entre lei, jurisprudência, costume e as outras fontes, a forma estanque como é concebida a teoria e como é ensinada a operação lógica que permite ao intérprete chegar ao direito do caso concreto inviabiliza, ao menos teoricamente, o que será aqui defendido.

Esta pesquisa afirma que é pela melhoria da comunicação entre as instituições e as normas jurídicas produzidas por centros diversos, entre eles, os três poderes da República, que se pode almejar, como fim, a otimização da qualidade da lei operada. É dessa perspectiva que emerge o diálogo de fontes, tendo como pressuposto uma concepção do ordenamento em que as hierarquias são descontínuas, inacabadas, às vezes invertidas, ou mesmo sem hierarquias, mas apenas formas de interação por um modelo circular sem normas ou metanormas centrais (DELMAS-MARTY, 2004).

³⁸ Essa inversão diz respeito diretamente à influência e ao impacto causado pelo direito internacional no direito interno. Essas questões são objeto de ampla análise na obra de Delmas-Marty (2004).

Toda a construção teórica feita até então foi no sentido de demonstrar que a lei não pode ser vista como estrela solitária a iluminar o universo das práticas jurídicas no plano terrestre. Isso porque, como bem foi colocado por Castanheira Neves, (1975; 1982), a lei apresenta limites para a concretização das finalidades do direito, os quais devem não só ser respeitados, mas também vistos como oportunidades para conceber o sistema jurídico de forma harmonizada, em uma visão dialética na qual a comunicação entre os seus elementos é fundamental para a realização material do direito na comunidade jurídica. Para complementar essa visão, vale ressaltar a lição de Soares (2004) no sentido de que a diversidade do sistema de fontes não implica a exclusão da ideia de coerência e unidade do sistema de direito – reforçando assim a concepção do direito como um sistema comunicativo em que a interação e o diálogo são imprescindíveis à sua constituição, estruturação e à eficiência de suas regras.

Sobre os limites da lei, o autor português os divide em duas categorias: *funcionais*, que se referem à impossibilidade de a legislação alcançar todos os campos da vida, o que leva à constituição do direito por outros modos normativos, às vezes paralelos ao direito estatal; e *normativos*, subdivididos em: objetivos, relativos às lacunas e às possibilidades de integração do direito pela jurisprudência (em sentido amplo); intencionais, que dizem respeito aos elementos transpositivos que interagem com a legislação para lhe dar fundamento e adequabilidade, conduzindo as normas legais à sua transcendência tanto pela referência a princípios como pela sua delimitação no caso concreto, com a consideração do direito como normatividade vinculante que se constitui continuamente; temporais, definidos pela insuficiência da concepção de lei atemporal, definitiva e imutável, pelo que se deve considerar a dimensão histórica da realidade e as possibilidades de transformação e evolução que lhes são inerentes e acabam por manifestar, ao longo do tempo, a consciência jurídica da comunidade e a vertente axiológica que co-determina o direito; e, por fim, limites de validade, os quais referem-se à superação dos limites impostos pelo conteúdo normativo geral das leis por meio da sua concretização no âmbito da aplicação, pelo que a validade da lei também se completa na integração, no desenvolvimento e na correção do conteúdo geral que se realiza perante um caso concreto. (CASTANHEIRA NEVES, 1982)

Apesar da existência de tais limites, a lei é considerada, ainda, “penhor de imparcialidade” no sistema jurídico (BERGEL, 2006, p. 45), porque é um instrumento aplicável a todos os membros da sociedade, indistintamente, já que contém regras gerais, abstratas e impessoais, fundadas, em tese, por critérios objetivos com o fim de equilibrar as

relações entre os indivíduos e entre eles e o Estado. Por conter em si a característica da generalidade é que a lei tende a permanecer no tempo, mas a impessoalidade pretende resguardar a sua aplicação da arbitrariedade, mesmo quando seu alcance não diz respeito ao todo social, mas apenas a determinadas categorias.

Mas é exatamente porque a lei não se esgota na sua definição formal de regra geral, abstrata, obrigatória e impessoal, e porque não se pode pensar o direito apenas como um dever-ser, mas considerando também o seu caráter instrumental, como meio de realização de certos fins, deve-se constatar que o monólogo da lei – no sentido de única ou soberana fonte do direito – não pode prevalecer como um ideal para encontrar a solução única e justa.

Na verdade, a justiça da decisão não implica a escolha de uma única regra a ser aplicada para a solução de um conflito, afirmação que é hoje amplamente defendida no contexto do pluralismo jurídico e também, de modo mais comedido, na consideração do pluralismo de fontes legislativas de hierarquias diferenciadas ou mesmo de ordenamentos estrangeiros, como o que defendeu o professor alemão Erik Jayme (1995), sustentado também nas obras de Cláudia Lima Marques (2002; 2005).

É que a sociedade atual, ou como expõe Lima Marques (2005), a pós-modernidade, transformou-se de tal maneira, que nos vemos a todo o momento diante da insegurança, do imponderável, do plural e da procura de uma nova racionalidade. O pluralismo de fontes e de leis/regulamentos é um fato da vida que não pode ser afastado, ao menos por hora, de um momento em que a comunicação, a informação e o respeito às diferenças parecem ser o esteio de qualquer resposta apropriada à multiplicação de conflitos nos múltiplos espaços sociais e normativos.

Comunicação essa que é considerada um valor superior pela comunidade atual, porque é vista como “método de legitimação” dos discursos que valorizam a transparência e a vontade informada e esclarecida dos agentes (LIMA MARQUES, 2005, p. XXII). Na correspondente consideração das distâncias, dos espaços e, especialmente do tempo, profundamente dinamizado e alterado pelas possibilidades de ação e interação que a comunicação implementou, as técnicas de harmonização sobressaem como forma de resolução de conflitos.

Tomando uma perspectiva que considera a participação popular na produção jurídica como fundamento de validade e justificação do conteúdo do direito, Soares (2004) aponta o enfraquecimento da visão tradicional de soberania ligada ao positivismo legalista,

cuja premissa é a existência de uma autoridade normativa única e exclusiva, e a modificação de parâmetros para o estudo do direito diante da revolução operada pela internet.

Com essas considerações, elucidamos que a teoria das fontes não deve ser repensada somente em relação à insuficiência da lei para concretizar os fins do direito, mas também quanto à crise do sistema representativo e da pouca identificação que os cidadãos têm com o legislador, o que aponta a crise de legitimidade da própria lei.

Esse parece ter sido um dos motivos que levou a sociedade a despejar os seus problemas e manifestando suas carências e conflitos no Poder Judiciário, o seu atual superego, como defende a autora alemã, Ingeborg Maus (2000). É que a crise de legitimidade do Poder Legislativo parece caminhar ao lado do individualismo onipresente na sociedade, o qual impede a congregação de sentimentos de solidariedade entre os cidadãos em busca de um bem comum, ao menos no que diz respeito à participação política – fato que, aliás, já foi objeto de comentário no capítulo 1. Parece, numa sociedade cada vez mais heterogênea, ser mais fácil solicitar, individualmente, ao Judiciário que aprecie cada problema, do que buscar, no espaço público, o consenso.

De fato, a sobrecarga de trabalho que o Judiciário vem experimentado nas últimas décadas parece encontrar uma excelente explicação na obra de Maus (2000), em que se analisa o crescimento do Terceiro Poder, com “contornos de veneração religiosa”, especialmente após a Segunda Guerra Mundial. Tomando como referência a obra de Erich Kaufmann (1927), Maus (2000) coloca em perspectiva o crescimento da função judicial diante da promoção da discussão sobre direitos fundamentais com a conseqüente demanda pela realização de justiça material, como ordem superior vinculada à uma consciência jurídica que identificou na figura do juiz a ética necessária ao exercício da justiça.

Essa consideração suprema da consciência do juiz deu-se porque o espaço público ficou esvaziado, com “a eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso” (MAUS, 2000, p.186), e os valores sociais seriam, então, encontrados na atividade jurisdicional.

A reflexão sobre o diálogo de fontes emerge, então, neste cenário de crise, em que o Poder Judiciário, mesmo visto com desconfiança, detém a prerrogativa de formular decisões imparciais, em confronto com um Legislativo absorvido por interesses, muitas vezes nefastos, e de outro lado, o Poder Executivo, ainda não compreendido na posição de efetivo legislador e negociador, já que grande parte dos projetos aprovados são de sua própria iniciativa. Nessa

paisagem, em que a delimitação das competências e dos limites de atuações das instituições do poder encontra-se borrada, impõe-se a racionalização das práticas e das justificações legitimadoras que nascem do diálogo, da crítica e do consenso, inclusive institucional, considerando que o direito deve se renovar constantemente para dar respostas razoáveis ao à sociedade.

Esse consenso parece possível por meio do diálogo entre as fontes do direito e diz respeito à comunicação que deve ocorrer no processo de elaboração normativa, especialmente no âmbito do Poder Legislativo e considerando os diversos atores que fazem parte do círculo normativo, inclusive os destinatários das normas. Nesse sentido, é esclarecedora a exposição de Soares (2007):

A ampliação do círculo normativo significa também considerar as manifestações da cultura jurídica em cada fase da desejável interação entre os seus interlocutores (diálogo entre as fontes do Direito). Vale dizer, considerar na concepção do ato normativo a jurisprudência, a aplicação efetuada pela Administração Pública, que, por sua vez, expressa uma dada interpretação, o sentido sistemático extraído do ordenamento jurídico no plano de incidência da futura legislação, do impacto e da situação atual objeto o impulso legislativo na realidade social (SOARES, 2007, p. 10).

Antes de explicitar melhor a defesa do diálogo das fontes no âmbito da jurisprudência, é preciso elucidar a existência de uma “teoria do diálogo das fontes” formulada pelo professor alemão Erik Jayme (1995) e divulgada no Brasil pela professora Cláudia Lima Marques (2002; 2004; 2005), sob a perspectiva pluralista do direito, que tem como motivo fundante os direitos fundamentais.

A teoria pretende alcançar a harmonização do direito nacional com o direito internacional, ou mesmo a harmonia interna do sistema, perante antinomias, conceitos vagos, cláusulas gerais e *double coding* (códigos duplos), levando em conta a necessidade de coordenação das normas perante a pluralidade de fontes legislativas. Essa coordenação entre as fontes “procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo” (LIMA MARQUES, 2004, p. 43).

O diálogo de fontes defendido pelos autores citados tem como foco o aplicador da lei e a forma como ele deve atuar para resolver os conflitos entre normas que ocorrem no ordenamento jurídico, tendo em vista também o impacto de normas internacionais, já que a perspectiva de Jayme (1995) é a do direito internacional. Vale, nesse sentido, enfatizar a forma como esse diálogo deve ser percebido, de acordo com o que expôs Jayme:

[...] a solução dos conflitos das leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. Os direitos dos homens, as constituições, as convenções

internacionais, os sistemas nacionais: todas essas fontes não se excluem mutuamente; elas falam umas às outras. O juiz tem que coordenar essas fontes e ouvir o que elas dizem. (JAYME, 1995, p. 259, tradução nossa)³⁹

A efetividade dos direitos fundamentais deve funcionar como guia para o aplicador das normas, que pode verificar, caso a caso, como a articulação entre as normas provenientes de âmbitos diferentes cumpre os fins da Constituição. No Brasil, a teoria do diálogo das fontes é exposta por Lima Marques (2002; 2004; 2005) para resolver os conflitos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, no sentido de encontrar, caso a caso, a solução mais justa para garantir a eficácia do mandamento constitucional que determina a proteção do mais fraco, por meio do diálogo entre fontes que têm campo de aplicação convergente ou coincidente.

Não obstante, a teoria do diálogo das fontes parece ser passível de um ligeiro deslocamento para tratar da perspectiva do legislador, com a finalidade de otimizar o conhecimento do direito, pela percepção do ordenamento como um sistema cujas fontes – agora não mais desmerecidas em relação à lei – devem estar coordenadas, dentro de uma concepção que incorpora as “dimensões comunicativas do processo de legiferação/aplicação das normas” (CANOTILHO, 1991, p. 8), para garantir que o legislador atue de forma responsável. É que o legislador, considerado no mesmo plano do juiz, é também um aplicador das normas constitucionais no âmbito infraconstitucional e tem o dever de atuar em prol da coerência do ordenamento – papel que, apesar de não ser somente do intérprete do direito, foi, até agora, pacificamente admitido como tal pela teoria do direito e a dogmática jurídica.

Também o pluralismo e a internacionalização do direito preconiza a necessidade de renovação da metodologia legislativa, afirmando-se que “a grande novidade é a inter-relação entre textos e contextos ou, mais amplamente, entre os diversos conjuntos normativos que funcionam simultaneamente” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 62). Evidente exemplo disso é a Comunidade Europeia, que vem aprendendo a coordenar e harmonizar as várias ordens legislativas e fontes estatais e não estatais, com grande potencial de variabilidade no tempo e no espaço.

A teoria do diálogo das fontes expande-se, então, para alcançar o universo metajurídico do momento da elaboração da norma, porque com ela pretende-se garantir mais

³⁹ “[...] la solution des conflits de lois emerge comme résultat d’un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Le droit de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systems nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elle «parlent» l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles dissent.” (JAYME, 1995, p. 259)

eficácia às normas. Nesse sentido, o legislador deve coordenar as fontes normativas com o fim de estabelecer a coerência já no momento da produção do direito, que pode ser desenvolvido por meio de metodologias pertinentes à legisprudência – mas que nela não se esgotam –, como a avaliação de impacto das normas, e a reconstrução da cadeia de fontes do direito. Tais métodos pretendem impor uma racionalidade ao procedimento de elaboração de normas, tanto em relação ao seu conteúdo quanto à sua forma, com o fim de justificar a limitação à liberdade, bem como garantir a coerência entre os objetivos propostos pelo criador da norma e os efeitos verificados no sistema.

A mudança de paradigma lança um olhar, no mesmo sentido do que foi exposto por Lima Marques (2002), sobre a legitimidade da solução apontada pelo legislador que, assim como o tradicional aplicador do direito, deve justificar as suas escolhas. Diferentemente da perspectiva do aplicador, que focaliza a resolução do conflito, no caso do legislador, ou daquele que atua no sistema criando o direito, a teoria do diálogo das fontes impõe também a coerência do sistema como fundamento e, mais ainda, o incremento da eficácia das normas, porque se entende que, ao coordenar a fala dos diversos interlocutores que participam do ciclo normativo, garante-se um maior grau de adesão às regras.

Não se deseja com isso que, especialmente o legislador, na ânsia de garantir qualidade às leis, superinflacione o sistema com normas de definição rigorosa, reduzida polissemia e espectro de alcance limitado também pela redução da margem de interpretação, porque supostamente o diálogo permitiria ao legislador tudo ver.

Na verdade, deve permanecer aqui a consciência de que a regra geral tem limites impostos não só pela sua dimensão eminentemente política, mas pela própria natureza da generalidade que pretende amparar. Por tal motivo é que a prevalência de conceitos indeterminados ou vagos impõe e mantém a força da co-determinação das regras no espaço de aplicação, fato que nos coloca sempre perante a possibilidade de transformação do sistema que não deve mesmo ser fixo.

Assim é que o diálogo das fontes impõe aos processos de criação geral e individual do direito a circularidade, a coordenação e a superação para alcançar um nível superior àquele do qual se partiu no estágio inicial, ou melhor, no início do giro do círculo. Ao completar a volta, já abastecido e informado, o criador da norma pode garantir-lhe a juridicidade respaldada pela validade material de que nos falou Castanheira Neves (1982), ou ainda, com maior grau de realizabilidade, pela compreensão e aprendizagem alargadas da

qual se origina.

Nesse ponto, talvez um dos mais importantes da pesquisa, importa ressaltar a concepção liberal de fontes do direito de Aulis Aarnio (1991), baseada no sistema jurídico finlandês, cujo sentido pode ser aplicável à legisprudência e ao diálogo de fontes, especialmente pelo fato de considerar essencial o momento de justificação. O conceito de fontes do direito exposto pelo autor toma como premissa o processo de interpretação e, por tal motivo, estabelece que fontes do direito são fontes de informação sobre as quais o intérprete trabalha para alcançar a solução ou para justificá-la.

Deixando de lado a concepção tradicional de fontes do direito elaborada do ponto de vista da estrutura do raciocínio jurídico, identificada com ou dependente da regra geral⁴⁰, pois nesse caso, uma fonte de informação seria somente uma ferramenta técnica que facilita a interpretação do direito, a consideração de determinadas formas constituintes de juridicidade como fonte do direito tem como referência as “razões que são utilizadas para justificar uma interpretação jurídica (contexto de justificação)” (AARNIO, 1991, p. 122).

As razões para o raciocínio justificativo podem ser fontes em sentido estrito ou em sentido lato, sendo as primeiras aquelas que possuem autoridade, tais como os textos legais, nos sistemas romano-germânicos, e no caso finlandês, os costumes do país, pensamento que encontra equivalência quanto aos precedentes nos sistemas de *common law*. Já as fontes do direito em sentido lato são aquelas utilizadas pela prática jurídica, que identificam as fontes com as razões de interpretação e são definidas pelo autor como “toda razão que – de acordo com as regras geralmente aceitas na comunidade jurídica – pode ser usada como base justificatória da interpretação” (AARNIO, 1991, p. 123).

As fontes do direito finlandês, de acordo com esse conceito, são: os textos legais, que incluem não só as leis do Parlamento, mas também aqueles atos normativos produzidos pelo Poder Executivo; e os denominados “Travaux préparatoires” ou trabalhos preparatórios que compõem a história de um texto legislativo e que, no Brasil, correspondem à documentação que constitui o projeto de lei, como a justificação propriamente dita do texto. Segundo Aarnio (1991), os trabalhos preparatórios têm ganhado espaço nos sistemas de *common law* pelo aumento do volume de direito escrito, constituindo, assim, uma fonte

⁴⁰ Esse é o caso de Jean-Louis Bergel, para quem a determinação do que venha a ser fonte do direito ou não depende do próprio conceito de regra de direito, “cuja generalidade parece ser um dos atributos essenciais” (2006, p. 54). Daí o motivo para negar o caráter de fonte às regras individuais, tais como as sentenças, contratos e decisões administrativas, as quais dependem das regras gerais para sua existência.

adicional de informação para a interpretação de textos legais que, pela complexidade da sociedade, não são capazes de esgotar em si o objeto tratado.

Os trabalhos preparatórios, como expostos pelo autor finlandês, são compostos de: estudos de comissões, grupos de trabalho, relatórios dos funcionários; projetos de leis do governo apresentados ao Poder Legislativo; minutas das comissões legislativas e seus relatórios; manifestações de indivíduos que participam da redação do projeto; minutas de reuniões e muitos outros textos sobre os quais foram assentadas as tendências sobre determinado assunto a ser regulado. Dando continuidade às fontes do direito finlandês, encontram-se aí também os costumes e as decisões dos tribunais, especialmente os precedentes que, em um sentido amplo, podem ser qualquer decisão que tenha relevância para uma decisão posterior, mas em sentido estrito, refere-se somente às decisões das Cortes Superiores. Completam a mesma relação os princípios gerais de direito, a doutrina e os argumentos reais ou argumentos de razões práticas.

Tudo isso foi dito para sustentar não apenas a concepção de fontes proposta no item anterior, subsidiada nas obras de Castanheira Neves (1975; 1982), como também para demonstrar que o diálogo de fontes é decorrência natural de uma visão do direito que pretende garantir razões razoáveis para justificar as decisões. É por esse motivo que, no mesmo sentido afirmado por Aarnio (1991), a defesa do diálogo das fontes deve levar em conta todos os materiais e estratégias que colaborem para a interpretação e para o processo de realização do direito, ainda que a ordenação da complexidade social dependa, em grande parte, para a manutenção da segurança e da certeza jurídica, de fontes oficiais como os textos legislativos e as decisões com efeitos vinculantes e *erga omnes*.

Assim, no seio da comunidade jurídica e no direito que se desenvolve dentro de um contexto histórico-social, cada fonte não se auto-(re)produz sozinha, mas para a sua formação e transformação colaboram todas as fontes, seja a lei, a jurisprudência, a doutrina, os costumes e os fatos. O reconhecimento das interações entre as fontes é necessário para se compreender a produção do direito, já que a regra jurídica é fruto da fala do juiz, do legislador, do jurista, dos destinatários, do administrador, do consultor legislativo, entre outros. O diálogo entre fontes como momento necessário da elaboração de normas mais eficazes representa a adesão acertada do entendimento de que a sua conjugação de forma articulada e ponderada contribui para a construção e “organização de uma ordem social satisfatória” (BERGEL, 2006, p. 93), com o fim de realizar o justo.

3.2.2 Diálogo de sistemas

O diálogo de sistemas jurídicos é pontuado aqui pela evidente aproximação entre as práticas de *common law* e do *civil law* e, ainda, pela necessidade de adoção de técnicas e compreensões provenientes dos respectivos sistemas para otimizar a produção e a aplicação do direito, especialmente no que se refere à garantia de segurança jurídica.

Embora este trabalho não realize uma análise aprofundada das características de cada sistema, até porque isso nos levaria a um estudo amplo e detalhado que não condiz com os nossos objetivos, é preciso ressaltar os aspectos teóricos mais relevantes da *common law* e da *civil law*, os quais nos levam a reforçar a afirmação de intercâmbio e intercessão entre os dois sistemas, a despeito de suas diferenças. Salienta-se, outrossim, que a pretensão da pesquisa foi verificar a inserção em nosso ordenamento de concepções e elementos que firmam a jurisprudência como genuína fonte do direito, tendo como base e exemplo o modelo jurídico de *common law*.

Já foi salientado que no Brasil, assim como nos países da Europa continental foi adotado o sistema jurídico denominado *civil law*, continental ou pertencente à família romano-germânica (DAVID, 2002; VILLEY, 2008), de base romanística, fundado no *Corpus Iuris Civilis* de Justiano e nas glosas e comentários que lhe foram aportados nos séculos posteriores. A principal característica dos sistemas romano-germânicos é a consideração da lei como fonte primordial do direito e a codificação, como carro-chefe do *civil law*, é responsável pela sistematização, certeza e coerência de suas regras.

A existência de grandes códigos que supostamente contêm todas as respostas para a solução de conflitos lançou o foco dos estudos sobre a teorização de conceitos, classificações e fundamentos vinculados a uma concepção de produção técnica e científica do direito, consubstanciada em leis que contêm normas gerais, abstratas e impessoais.

Nesses sistemas de direito, foi dada relevância ao princípio da separação dos poderes, com a emergência da atuação do Poder Legislativo sobre os outros poderes, e o tímido papel exercido pelo magistrado – ou, ao menos, hipoteticamente, creditado a ele – como mero aplicador de normas, desprovido de autoridade para criar o direito e interferir na atividade do Parlamento.

A lei foi considerada fonte única ou primordial do direito diante de um contexto

que teve a Revolução Francesa como marco de renovação. A concretização da liberdade e da igualdade dos indivíduos foi vinculada à criação do direito por uma vontade geral soberana que se sobrepunha aos privilégios do Rei e dos juízes a ele vinculados⁴¹.

Como os juízes não eram, portanto, dignos de confiança, a eles não foi permitida a interpretação do direito, mas apenas a aplicação silogística da lei ao caso, o que levou, por muito tempo, à desconsideração da jurisprudência como fonte do direito. Uma visão menos radical e mais atual dentro do sistema continental reconhece a decisão judicial como fonte secundária, mas ainda persiste na cultura jurídica a compreensão do processo de interpretação do direito como atividade operacional, sem força vinculante.

Já o *common law* é um sistema jurídico que se desenvolveu na Inglaterra, transportado para suas ex-colônias, como Estados Unidos e Canadá, cujos costumes gerais foram consolidados pelas cortes, por meio do método casuístico ou trabalho em casos concretos, procedimento que tem origem no direito jurisprudencial romano (VILLEY, 2008). Os modelos mais conhecidos dos Estados Unidos e da Inglaterra, embora apresentem características próprias, têm em comum o fato de o direito ser de cunho jurisprudencial, em que a decisão judicial é a principal fonte do direito⁴². Sendo a jurisprudência a principal fonte do direito, fundamentou-se sobre ela todo o quadro normativo do sistema de *common law*, de forma a proporcionar a segurança jurídica e coerência das decisões judiciais, de onde advém a regra da força vinculante dos precedentes, o *stare decisis*.

A doutrina do *stare decisis non et non quieta movere* (estar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas) estabelece o princípio de que os juízes estão vinculados às decisões de julgados reiterados por jurisdições superiores. Significa dizer, portanto, que casos idênticos ou semelhantes deverão ser decididos da mesma forma que o precedente. A vinculação, no entanto, não é da decisão, mas sim das razões jurídicas (*ratio decidendi*) que

⁴¹ Marinoni (2009) esclarece que no período anterior à Revolução Francesa era visível a corrupção nas relações entre os juízes e o rei, uma vez que os primeiros, uma classe da aristocracia francesa, atuavam no sentido de realizar as suas vontades pessoais e a da Corte, em detrimento do compromisso com valores de justiça e igualdade.

⁴² John Chipman Gray (1839-1915), famoso jurista norte-americano, apresentou uma concepção radical sobre o direito, tendo como pano de fundo o sistema de *common law*. Segundo este autor: “Foi dito algumas vezes que o Direito é composto de duas partes - direito legislativo e direito judicial, mas, na verdade, todo o direito é direito feito por juízes. A forma com que uma lei [*statute*] é imposta à comunidade como guia de conduta é aquela derivada da interpretação das cortes. As cortes colocam vida nas letras morta da lei.” (GRAY, 1948, p. 125, tradução nossa). A concepção de Direito do Estado como sendo somente aquele instituído pelas Cortes foi vista por Neil MacCormick como um protótipo (*prototype*) para o Realismo das Escolas norte-americanas do anos 20 e 30 do século XX. (MacCormick, 2008)

fundamentaram a decisão do caso concreto e que terão força de lei para os casos que com ela se identifiquem. De outro lado, a força obrigatória do precedente não implica a impossibilidade de julgar de modo diverso, o que é feito por meio das técnicas de *overstatement* e *overruling*, de modo a permitir a evolução do direito para atender às exigências da realidade⁴³, desde que por decisão fundamentada.

É na atividade dos Tribunais Superiores que se constituirá o precedente, o qual deve ser seguido pelas cortes inferiores no futuro. Sobre esse ponto, afirma David (2002, p. 428) que “a função da jurisprudência não foi só de aplicar, mas também a de destacar as regras do direito”. Por esse motivo, os juízes de jurisdições inferiores devem respeitar os precedentes das Cortes Superiores, de modo a garantir a coerência do sistema jurídico e a certeza do direito construído pela *common law*.

A postura política que consolidou o sistema de *common law* deu-se em um contexto diverso daquele que conduziu à Revolução Francesa e instituiu o *civil law* como consequência de uma ruptura radical com o passado. Assim como na França, o Reino Unido experimentou a inconformidade com os poderes absolutos do rei, fato marcado na história com a Revolução Gloriosa de 1688, quando foi afirmada a prevalência da *common law* sobre o rei, garantindo os direitos e liberdades do povo inglês em face de toda a arbitrariedade do poder, inclusive do Parlamento e do Poder Judiciário. É que, embora também tenha prevalecido ali o lema da “Supremacia do Parlamento”, a sua conotação foi bastante diferente, pois não houve a intenção de submeter o Judiciário ao Parlamento, já que a reivindicação dos direitos não se deu por uma atitude anti-historicista que almejava a descontinuidade em relação à tradição de *common law*, mas sim pela reafirmação dos direitos de cunho liberal, elaborado pela jurisprudência.

É importante, portanto, elucidar de que forma os dois sistemas, em contextos políticos diferentes, deram às fontes do direito e ao magistrado um papel diverso. A Revolução Francesa marcou o crescimento do Estado, fundado no poder constituinte do povo soberano, que agirá por meio da lei para garantir o exercício das liberdades. Só que aqui a questão institucional terá prioridade sobre os direitos, porque eles só serão realizados por

⁴³ O *overstatement* garante à Suprema Corte a possibilidade de reformulação de um precedente, para adaptá-lo à nova realidade. Já o *overruling* implica a supressão ou revogação do precedente pela Corte, por ser considerado errôneo ou injusto.

meio do Estado⁴⁴. No Reino Unido, as transformações históricas se deram no sentido de institucionalizar e aperfeiçoar o equilíbrio entre os poderes pela vigência da *common law*, com um Judiciário independente, e a possibilidade de controle dos atos do Rei pelo Parlamento. Neste caso, como bem elucida Palombella, “o direito mantém maior autonomia em relação ao poder e à dimensão política [...]. O direito é assim limitação ao poder, sem levar em conta a natureza e a forma que este assume” (2005, p. 42).

É equivocada, no entanto, a noção de que a *common law*, ao relegar às leis e aos códigos um papel secundário em relação à jurisprudência, possui baixa produção legislativa. Como nos informam David (2002) e Sotelo (1998), é cada vez mais comum a regulação pelo Parlamento de determinados setores da vida, chegando-se a afirmar a ocorrência de uma verdadeira inflação legislativa e regulatória, o que levou o último a sustentar que “nossa época pode ser definida como de um *common law* estatutificado [*statutificado*]. Há aqui uma via de aproximação entre os dois supersistemas jurídicos. É difícil encontrar hoje alguma sentença que não faça referência a algum estatuto” (SOTELO, 1998, p. 28). A proliferação das leis nesse sistema revela, outrossim, a intenção de reduzir o poder de interpretação dos juízes para controlar a arbitrariedade, especialmente diante de conceitos indeterminados ou vagos, fato que sempre foi visto como um problema ao limite de atuação dos juízes no direito continental.

Essa aproximação entre os sistemas é percebida pela adoção de elementos típicos de um modelo por outro, de forma a tornar o direito mais racional e mais harmonizado. A percepção é crescente e muito nítida na União Europeia, que reúne os países cujos sistemas jurídicos são tradicionalmente vinculados à família romano-germânica, como França, Itália e Alemanha, mas também o Reino Unido, lugar de origem da *common law*. Não só cada país tem um sistema jurídico específico, ainda que abrangidos, em sua maioria, pelo modelo continental⁴⁵, como concorrem as ordens nacionais com uma ordem supranacional que busca a harmonização entre fontes legislativas e não legislativas, estatais e não estatais, variáveis no tempo e no espaço, pelo diálogo que recompõe a paisagem jurídica europeia, agora profundamente transformada pela inconstância da estrutura hierárquica normativa

⁴⁴ “A inspiração continental soma a afirmação dos direitos com a ordem do poder constituído e o Estado, esperando-se deste, de forma mediata e conseqüente, também a tutela dos direitos individuais.” (Palombella, 2005, p. 42)

⁴⁵ O professor Caslav Pejovic, em seu artigo *Civil Law and Common Law: two different paths leading to the same goal*, cita o professor do Instituto Max Planck, Reinhard Zimmermann, para explicitar que “há tantos sistemas jurídico quanto há estados nacionais”. (PEJOVIC, 2001, 818, tradução nossa).

tradicional.

O diálogo e as interações se dão tanto entre os órgãos do Executivo e do Legislativo, como a Comissão Europeia e o Conselho da União Europeia, como também entre o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias que, por meio da consagração de princípios gerais do direito e princípios de direitos humanos, estabelecem o direito comum vigente por meio da jurisprudência, reconhecida como fonte do direito. Tal fato levou Delmas-Marty (2004, p. 77) a afirmar que se atenua a oposição entre os sistemas de *common law* e os da família romano-germânica e, para tanto, cita a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ao apontar que “estaríamos errados em forçar a distinção entre os países de *common law* e os países continentais”. Enfatizando que “a jurisprudência desempenha tradicionalmente um papel considerável nos segundos, de tal maneira que ramos inteiros do direito positivo neles resultam, em larga medida, das decisões das cortes e dos tribunais”, o Tribunal de Estrasburgo conclui que, “num campo coberto pelo direito escrito, a lei é o texto em vigor tal como as jurisdições competentes a interpretaram” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 77).

É certo que a aproximação entre os dois sistemas não é, no entanto, aspecto específico da União Europeia, produto da organização supranacional de Estados soberanos. Essa interação entre os modelos foi ressaltada, já em 1986, por Józef Wróblewski, ao mencionar os estudos de direito comparado, e assinalar o crescimento do número de estatutos (leis) dentro dos sistemas de *common law* e o uso das leis pelo Parlamento como instrumento de controle social no estado intervencionista. Por outro lado, no âmbito das famílias romano-germânicas, expõe o autor o reconhecimento e o crescimento do papel da decisão judicial que, apesar de não prescrever a vinculação ao precedente do mesmo modo que no *common law*, é levada em consideração na formulação de decisões por agências executivas e pelo legislador.

O reconhecimento da insuficiência dos códigos e leis para alcançar a realidade e a efetividade material do direito parece ter sido demonstrado, há muito tempo, pela impossibilidade prática de uma concepção do direito restrita a um sistema fechado de regras gerais e abstratas consubstanciadas em códigos que desconsidera o papel do intérprete no momento da aplicação do direito como força progressiva de evolução do próprio sistema.

A consideração da interpretação e, especialmente, dos juízes como elo fundamental entre as concepções que se formam na consciência social, ou na doutrina,

reforça, outra vez, a necessidade de revisar a teoria das fontes, com a inclusão da jurisprudência, ao lado da lei, no rol das fontes do direito, pois, como afirmou Soares (2004, p. 149, grifo do autor), “a criação judicial do direito operada pela atividade jurisprudencial permite uma busca renovada do sentido das normas sintonizada com o ‘movimento’ peculiar da vida humana”.

Este parece ser um dos pontos-chaves para se afirmar e desejar a aproximação entre o direito continental e o direito anglo-saxão, especialmente no que diz respeito ao papel do juiz como criador de direito dentro de uma estrutura jurisdicional hierarquizada que considere a força obrigatória dos precedentes. Nos sistemas romano-germânicos, a busca por segurança jurídica, uniformidade na aplicação do direito e celeridade processual tem possibilitado transformações legislativas e pragmáticas no sentido de adoção das decisões das cortes superior como precedentes de caráter vinculante. Embora na maioria dos casos não seja exigido institucionalmente o respeito obrigatório às decisões das cortes superiores, na prática, elas vêm sendo mais citadas pelas decisões das cortes inferiores, ou ainda, são fatos impeditivos de alcance das instâncias superiores.

Tal situação tem ganhado relevo no Brasil que, a despeito da postura hermenêutica tradicionalmente dedutiva-subsumtiva dos juristas (STRECK, 2010), parece caminhar no sentido de vinculação aos precedentes das Cortes Superiores. Registre-se que nos parece evidente que um sistema que admite o controle concentrado de constitucionalidade por uma única corte deve consagrar a vinculação de suas decisões aos órgãos de instâncias inferiores e, ainda, à administração pública, sob pena de ver sua decisão desprovida de eficácia, além de alimentar um sistema em que impera a recorribilidade e a insegurança das decisões jurídicas.

No âmbito infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem sua competência delimitada no art. 105 da Constituição da República, que o instituiu como instância máxima para o controle de vigência e uniformidade da interpretação do direito federal. A norma constitucional é apontada por Marinoni (2009) como clara prerrogativa do STJ de estabelecer a interpretação do direito federal com caráter vinculante para os tribunais e juízes de instâncias inferiores, sendo certo que “as decisões dos tribunais regionais e estaduais que não consideram os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, carecem de fundamentação” (MARINONI, 2009, p. 53). Corroborando o entendimento do citado autor, as normas sobre o conhecimento e julgamento de recursos dispostas no Código de Processo

Civil também nos levam a crer a preferência do legislador pela sistemática de vinculação aos precedentes, como a regra prevista no artigo 557, §1º - A⁴⁶, bem como aqueles inseridas nos artigos 543-A e 543-C acerca do julgamento de recursos repetitivos, com fundamento em questão controversa idêntica⁴⁷.

A adoção do precedente com força vinculante parece ser uma questão que demanda debate e esclarecimento, já que não tem a adesão unânime da comunidade jurídica, como nos mostra o caso específico da súmula vinculante que, embora seja um enunciado derivado de reiteradas decisões judiciais sobre determinada matéria, não tem identidade com o precedente vinculante, já que o texto da súmula desvincula-se das razões e fundamentos que lhe deram origem. A positivação da súmula vinculante, a despeito de pretender segurança jurídica e igualdade de todos perante o Poder Judiciário, acaba por tornar o verbete sumular uma nova norma dentro do ordenamento jurídico que também dependerá de interpretação. A crítica atinge, portanto, a maneira como o direito é interpretado e aplicado no Brasil, e é nesse ponto que Streck (2005) ressalta a vinculação dos juristas brasileiros com o pensamento metafísico que tem no modelo dedutivo-subsuntivo o seu modo operativo, o qual, em geral, é aplicado na interpretação das leis e das súmulas.

A par de tais considerações, é preciso ainda pontuar que a comissão de juristas encarregada de reformular o Código de Processo Civil brasileiro afirmou, expressamente, por meio do seu presidente, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux (BRASIL,

⁴⁶ “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998) (BRASIL, 1973)

⁴⁷ “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). (BRASIL, 1973)

2010), a intenção de incorporar ao sistema processual civil elementos da *common law*⁴⁸.

Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual, ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria idéia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, ipso facto, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma. (BRASIL, 2010)⁴⁹

Não se discute ainda a qualidade da fundamentação das decisões, embora seja certo que, à medida que um sistema passa a dar maior visibilidade à jurisprudência e a buscar a efetividade das garantias de isonomia e segurança jurídica na estabilidade da decisão judicial, é imprescindível discutir e defender a fundamentação das decisões e a necessidade de argumentação racional para a criação, aplicação e definição do direito vigente de forma legítima.

Sobre esse aspecto, é preciso elucidar uma importante diferença entre os sistemas continental e os anglo-saxões no que diz respeito ao debate e à publicidade das decisões derivadas de órgãos colegiados. É que no sistema de *civil law* impera a recorribilidade da decisão – uma forma de controle da atividade jurisdicional –, com a prolação de decisão em segunda e terceira instância por órgãos, em geral, colegiados (três ou cinco magistrados), geralmente consubstanciada em um consenso que se dá pela concordância com o voto do relator. Geralmente, o debate não acontece ou não ocorre de forma publicizada, assim como as razões dos que votam de acordo, na maioria das vezes, não aparecem no texto da decisão.

⁴⁸“Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da civil law e da common law, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem medo.” (BRASIL, 2010). Trecho de texto disponível no sítio do Senado Federal, na página específica sobre a Comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Disponível em < <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/default.asp>>. Acesso em 22 de setembro de 2010.

⁴⁹ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, 2010. Disponível em < <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 22 de setembro de 2010.

No sistema de *common law*, diversamente do explicitado, por ser a decisão judicial a principal fonte do direito, garante-se o debate público e visibilidade alargada às decisões que contêm as opiniões dos juízes que participam do órgão colegiado. Mesmo quando a conclusão é a mesma, os pontos de vistas – às vezes opostos – dos magistrados podem ser diferentes e aparecem na discussão, passíveis de questionamento pelo advogado, o que pode ser ainda mais estimulante nos casos considerados difíceis.

Essa diferença não só toca o ponto de legitimidade das decisões judiciais, mas principalmente é um dado revelador da presunção, ainda existente na consciência jurídica social dos países continentais, de que o juiz realiza somente um raciocínio silogístico e está estritamente vinculado à lei – embora seja certo que ele o realiza, sem, no entanto, nele esgotar a interpretação. Porquanto as decisões e o debate são mais expostos no sistema de *common law* é que a argumentação jurídica ganhou espaço e foi possível uma investigação mais acurada sobre a qualidade das decisões no que diz respeito à sua justificação. Por esse motivo, MacCormick (2006) entende haver uma vantagem, no que diz respeito à argumentação jurídica, nos sistemas de *common law* em relação aos sistemas romano-germânicos.

Elucidada tal diferença, percebe-se que o intercâmbio que vem ocorrendo entre os sistemas jurídicos assinala a necessidade de estabelecer um equilíbrio entre a atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, mas, além disso, de encontrar formas mistas e complementares de garantir ao cidadão/jurisdicionado segurança jurídica e isonomia na aplicação do direito, sem negligenciar o papel, agora complementar ou concorrente, que jurisprudência e lei têm na sua constituição.

Embora a explanação sobre as intercessões operadas entre os sistemas de *common law* e *civil law* tenha sido realizada nesta pesquisa como forma de explicitar as transformações práticas que vêm ocorrendo em nosso ordenamento do ponto de vista da teoria das fontes, não podemos desconsiderar o fato de que o diálogo entre sistemas ocorre a todo momento também pela doutrina e por fórmulas teóricas que nos são trazidas de sistemas estrangeiros.

Tal é o caso da jurisprudência que, como discurso sobre o direito contribui também para a sua constituição – no caso, uma concepção que vai ao encontro das expectativas de melhoria da qualidade normativa. O pensamento e os estudos sobre a qualidade da lei não têm origem, como poderia ser pensado, nos países de tradição romano-germânica, mas nos sistemas de *common law* (SOARES, 2004). Foi a projeção desses estudos e a similaridade de cenários políticos e sociais que nos permitiu abordar a crise de representação política e de legitimidade da lei, considerando o discurso acadêmico dos sistemas anglo-saxões. O diálogo teórico que se realizou entre os sistemas permitiu-nos invocar, em nosso ordenamento, a racionalidade legislativa, do ponto de vista do raciocínio operado por juiz e legislador.

Explica-se melhor: juízes e legisladores, em muitos aspectos, fazem um trabalho diferente. Em geral, a regra judicial é casuística, voltada para a realização da microjustiça, relacionada a um caso concreto; já o legislador deve firmar um entendimento abstrato, generalizado e impessoal que seja passível de aplicação em larga escala, respeitando-se, no mínimo, os critérios de igualdade formal e universalizabilidade das regras.

A discricionariedade do juiz é mais limitada que a do legislador, embora ambos encontrem-se amplamente vinculados pela Constituição. Mas se consideramos que juiz e legislador estão em um mesmo plano pelo dever de aplicação das normas, o primeiro, das leis, o segundo, da Constituição, é certo que um ponto de contato entre ambos que pode ser desenvolvido dentro da própria constituição original de ambos os sistemas.

Os dois sistemas, como foi dito, têm origem na tradição jurídica romana. No entanto, enquanto o *civil law* voltou-se para a codificação do direito, desconfiado da autoridade judicial, o *common law* permaneceu fiel à prática do direito jurisprudencial e casuístico. Se olharmos apenas para o juiz, a distância entre os sistemas alarga-se. No entanto, quando colocamos juízes de *common law* e legisladores de *civil law* num mesmo plano, é possível perceber que ambos atuam por meio de raciocínios indutivos, interpretando situações concretas para formular o direito. Essa é uma percepção que reforça o sentido do diálogo entre os sistemas, especialmente quando em ambos consolida-se, no âmbito da jurisprudência, uma perspectiva mais compreensiva e dialógica do direito, que tem como fim a efetivação de direitos, mais do que a rigidez de estruturas e pensamentos.

Essa dimensão foi percebida por Landis (1934), tratando da necessidade de interação entre jurisprudência e legislação no sistema americano de *common law*. O autor

critica o fato de a relação entre lei e decisão judicial ter sido explorada somente do ponto de vista da interpretação feita pelos juízes. Segundo ele, “um respeito decente pelo processo legislativo poderia atingir um equilíbrio mais favorável entre o desenvolvimento do direito pelo legislativo e pela jurisdição” (LANDIS, 1934, p. 230, tradução nossa) ⁵⁰. É o que, em suma, propôs esta pesquisa.

⁵⁰ “A decent respect for the legislative process would strike a more favorable balance between legislative and judicial development of law.” (LANDIS, 1934, p. 230).

4 O DIÁLOGO ENTRE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA NO DEVER DE JUSTIFICAÇÃO

4.1 Juízes e legisladores num mesmo plano pelo dever de justificação

Neste ponto, já é possível afirmar com elevado grau de segurança que a jurisprudência adquiriu o status de genuína fonte do direito, sob um ponto de vista que reconhece na decisão judicial “o autônomo desenvolvimento do direito através de sua própria realização” (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 8).

Não nos parece razoável ignorar, no contexto brasileiro, a circularidade de modelos jurídicos que confirma a inserção de elementos da *common law* em nosso ordenamento, especialmente na adoção mais abrangente de parâmetros para a decisão judicial que levam em consideração os precedentes de tribunais superiores, a prevalência que eles têm tido na afirmação do direito vigente e, para além disso, na sua constituição que transcende os limites da norma positivada.

Também não deixamos de elucidar a importância do diálogo teórico entre sistemas, que se reflete na adoção da jurisprudência como teoria normativa da legislação, por meio da qual pretendemos sustentar uma forma de compromisso colaborativo institucional entre os poderes do Estado com o fim de garantir a elaboração racional do direito.

Mas porque o sistema jurídico brasileiro, pertencente à família romano-germânica de direito, está atrelado ao paradigma de vinculação do juiz à lei, a proposta, parece, em princípio, apontar uma impertinência dentro da perspectiva teórica tradicional e, mais ainda, a infringência ao dogma da separação dos poderes e uma suposta preponderância do Poder Judiciário sobre os outros poderes.

A análise, no entanto, não pretende alcançar os extremos, pois nem se quer afirmar a proeminência de um poder, nem se intenta deixar de reconhecer que estão em crise os paradigmas da restrita vinculação da jurisdição à lei e do papel secundário exercido pelo juiz, a partir de uma concepção lógico-formal do direito e de aplicação exegética do raciocínio jurídico.

É que, como já foi apontado anteriormente, o legalismo e a identificação entre

direito e legislação não parecem mais ser respostas coerentes e suficientes à realização do direito, fato que aponta, de acordo com Castanheira Neves (1998, p. 5), a necessidade de proceder à “recuperação da autonomia normativo-intencional do direito perante a legalidade” pela reafirmação dos direitos fundamentais no sentido de eles se imporem às leis como concretização do critério de validade do direito. Isso ocorre tanto pela via da superação da concepção de homem como indivíduo singularizado em favor do sujeito responsável dentro de uma dimensão de integração comunitária e solidária que correlaciona os direitos a deveres, quanto pela consideração de princípios que transcendem os textos legais, explícitos ou implícitos no texto constitucional, e têm sua validade material constituída pelo compromisso axiológico-normativo que sobressai da consciência jurídica social.

Tal pensamento deriva da defesa feita por Castanheira Neves (1998) sobre a superação dos modelos normativista-legalista e do funcionalismo jurídico, diante da emergência do jurisprudencialismo como modelo de juridicidade, que reforça a busca por um sentido axiológico-normativo do direito que lhe confere autonomia perante a lei e a sua instrumentalização. Parece importante, nessa esteira, explicar brevemente os motivos para a inadequação dos modelos rejeitados à situação histórico-social vigente, fato que nos levará a defender a legitimidade perseguida no contexto do Estado Democrático de Direito, aliando parcialmente a perspectiva legisprudencial ao jurisprudencialismo⁵¹.

O modelo normativista-legalista foi amplamente questionado nesta pesquisa, tanto pela insuficiência da lei como resposta à necessidade de realização material do direito, como pela desconsideração ideológica do papel das outras fontes do direito, especialmente a jurisprudência, como resultado do processo contínuo de constituição, readaptação, evolução e correção do direito, e ainda, pela presunção de uma razão intra-sistêmica derivada de uma pressuposta universalidade do direito que desprezou o processo de elaboração e focalizou os processos de aplicação.

Contraditoriamente, essa ignorância relativa à produção do direito pelo Poder

⁵¹ Reconhecemos que um dos pontos fundamentais do jurisprudencialismo é a preponderância da Jurisdição Constitucional como instância máxima de decisão do Estado e, numa visão mais extrema, a substituição do Poder Legislativo por essa instituição. A intenção da pesquisa, como é evidente, não é transferir a legitimidade de constituição do direito a um poder, mas, pela perspectiva do diálogo de fontes, operacionalizar o diálogo institucional entre os poderes republicanos, alinhados por uma perspectiva que concilia o caráter instrumental do direito à necessidade de estabelecer propósitos conectados aos sentidos axiológicos-normativos que se encontram no contexto. Mais importante é considerar que a legitimação do direito deve contar com o seu caráter democrático, que entendemos ser otimizado pela legisprudência.

Legislativo e a centralidade dos juízes não levou a teoria do direito a debruçar-se, ao menos nos países continentais, sobre os processos de interpretação, pois, repete-se, instaurou-se a ficção de pertinência de um processo lógico-dedutivo de aplicação da lei, sendo possível a complementação da norma no âmbito jurisdicional somente nos casos de lacunas e na delimitação concreta dos conceitos indeterminados, pelo uso de analogias e pela compreensão de completude do sistema e de sua capacidade de auto-integração.

A insuficiência da perspectiva positivista-legalista e a nova configuração do Estado de Bem-Estar Social, regulador por excelência, porque convocado a garantir a realização concreta dos direitos sociais de trabalho, educação e saúde, apontou para a conformação e vigência de um novo modelo de juridicidade, denominado funcionalismo jurídico. No plano filosófico, essa transformação deu-se pela tomada de consciência do homem moderno sobre a sua dinamicidade e o seu sentido histórico-evolutivo, revelando “uma aberta indeterminação susceptível de admitir a intervenção transformadora” (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 23).

Tal postura compreende o direito como instrumento ou meio para a realização de determinados fins sociais e o seu desenvolvimento por meio de uma racionalidade “*estratégico-consequencial*” (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 28), orientado para a otimização de soluções que encontrem respaldo e fundamento no contexto, considerando-se adequada a persecução de objetivos que tenham sido previamente avaliados em correlação com os efeitos esperados pelas ações governamentais. Tal perspectiva se enaltece pela articulação de vários saberes que analisam a realidade sob um enfoque transdisciplinar, o que leva ao aumento da probabilidade de apontar respostas mais adequadas. Nesse contexto, legislador e juiz atuam por meio de decisões racionais voltadas para a realização dos interesses sociais, especialmente por meio de políticas públicas.

Essa perspectiva é aquela adotada pela legisprudência, especialmente no domínio da avaliação das leis, pois está impregnada por uma concepção instrumental e dinâmica do direito na qual “a realização dos efeitos pretendidos, da finalidade ou objetivo do legislador, torna-se mesmo um fundamento primordial da legitimidade da acção do Estado” (MADER, 1991, p. 40). Nessa esteira, rejeita-se a atuação do Estado que desconsidera o processo de elaboração das leis e a necessidade de alcançar fins que comunguem com as necessidades sociais, e enfatiza-se a possibilidade de avaliação da decisão governamental com base em critérios de eficácia, efetividade e eficiência, com a seguinte consideração:

Na medida em que se admite que a actividade legislativa não é o simples produto da acção conjunta duma diversidade de imposição de natureza política ou a mera expressão de actos simbólicos que visam satisfazer a opinião pública, levando-a crer que o Estado deseja chamar a si os problemas equacionados por ela ou pelos actores políticos e é capaz de resolvê-los, mas sim uma actividade com uma finalidade, destinada a produzir resultados concretos e a contribuir para a solução de problemas efectivos, os juristas devem interessar-se também pelos efeitos da legislação. Devem tomar consciência de que não basta interpretar e aplicar normas legais ou criá-las. É preciso ainda verificar se tais normas produzem realmente os efeitos desejados. (MADER, 1991, p. 41)

No entanto, o pensamento legisprudencial não tem como único fundamento o modelo instrumental de concepção do direito. Na verdade, embora muitos estudos tenham convergido para a avaliação de impacto da legislação e da regulamentação, o que será abordado adiante, a teoria racional da legislação ou legisprudência ocupa-se, para além de questões notadamente pragmáticas, em refletir sobre as possibilidades desse campo do conhecimento que visa a qualidade das leis considerando critérios como legitimidade e aceitabilidade do direito.

Trata-se de construção teórica com princípios próprios, fundada na liberdade como *principium* operacionalizador do espaço político, que pressupõe a necessidade de justificação da legislação como condição de legitimidade do direito. É preciso elucidar, portanto, que a legitimidade é compreendida de modo mais alargado e não se refere apenas à atenção a um critério procedimental, derivado unicamente do acordo estabelecido entre os indivíduos na construção do espaço político, como justificativa formal do exercício do poder⁵². Também ela não se confunde com a legalidade, embora o exercício legítimo do poder deva ocorrer em conformidade com padrões normativos estabelecidos no espaço político pelas autoridades, especialmente pelo poder soberano.

O conhecimento que deriva da legisprudência está fundando no diagnóstico da excessiva e ineficiente atuação do Estado como regulador e interventor em muitos aspectos da vida privada dos sujeitos. Sua ação, como já dito, encontra legitimidade num conceito de soberania que deriva da adesão ao contrato social e à consequente prerrogativa que o consentimento dá aos representantes do soberano, referente à criação de limitações à

⁵² A definição de poder legítimo dada por Bobbio (2000) em sua “Teoria Geral da Política” parece nos fazer entrar em um ciclo vicioso: “Um poder é considerado legítimo quando que o detém o exerce a justo título, e o exerce a justo título enquanto for autorizado por uma norma ou por um conjunto de normas gerais que estabelecem quem, em uma determinada comunidade, tem o direito de comandar e de ter seus comandos obedecidos” (BOBBIO, 2000, p. 235). Essa definição, como se vê, não nos diz muito sobre a legitimidade das regras que dão legitimidade ao poder e que extrapolam a legitimidade formal que deriva do respeito ao procedimento e à autoridade que lhe prescreve. O conteúdo não encontra fundamento de legitimidade por essa concepção.

liberdade, sem, contudo, justificar a necessidade e o conteúdo das regras. Daí decorre o poder do Estado que, ao adotar uma perspectiva instrumentalista do direito, atua no sentido de dirigir todos os aspectos e possibilidades que podem advir da interação social, mas desconsiderando a liberdade moral do sujeito.

Há uma crença na incapacidade dos sujeitos de atuarem de acordo com suas próprias concepções de liberdade e, conseqüentemente, adotarem formas alternativas de legislação que não precisam passar sempre pelo Estado e tenham o potencial de restaurar a confiança no homem como agente moral responsável e capaz de agir de forma autônoma. No entanto, a super-atuação do Estado, aliada à dinâmica do mercado e do consumo, levou ao sufocamento do sujeito pela dependência excessiva e pela crença na sua incapacidade de atuar fora dos seus limites. Foi por esse motivo que Wintgens (2007) denominou o contexto de atuação do modelo de Estado regulador como “novo totalitarismo” (WINTGENS, 2007, p. 36)⁵³, por acreditar no “ilimitado potencial do direito para regular a interação social”⁵⁴ e agir como uma “sogra intrometida”⁵⁵, tão potencialmente danosa quanto um soberano tirano (WINTGENS, 2007, p. 34, tradução nossa).

Para reverter esse quadro, Wintgens (2007) propõe uma reversão na cadeia de legitimação, a qual será operada por meio da jurisprudência e da vinculação do legislador ao dever de justificação, o que possibilitará ao sujeito questionar os produtos da ação legislativa. Inclui-se, então, uma perspectiva crítica da atuação dos poderes, especialmente do Legislativo, assim como a verificação da inconsistência entre realidade e direito pela abertura de espaço aos sujeitos para a verificação de inconsistências entre o direito e a realidade.

O dever de justificação decorre, por essa perspectiva, do abandono da presunção de racionalidade do legislador e de legitimidade das leis, especialmente do ponto de vista do seu conteúdo e da sua necessidade. A perspectiva é adotada pela consideração dos modelos de legitimação democrática do poder, pois, segundo Wintgens (2007), a jurisprudência irá questionar a impossibilidade quase constante de reversão da cadeia de legitimação, que vem a ser a possibilidade de avaliação crítica, num sentido analítico e dialógico, das decisões do legislador soberano. Deixa de ser natural para o pensamento jurisprudencial a aceitação de que a soberania, como poder sem limites fundado na vontade geral, seja o único fundamento,

⁵³ “[...] new totalitarianism [...]”. (WINTGENS, 2007, p. 36)

⁵⁴ “It relies on the belief in the unlimited potential of law itself to regulate social interaction.” (WINTGENS, 2007, p. 34)

⁵⁵ “[...] a meddling mother-in-law [...]”. (WINTGENS, 2007, p. 34)

agora obscuro, para legitimar o conteúdo das leis do ponto de vista democrático, inclusive porque a ideia de soberania – a caixa preta da cadeia de legitimação – não mais sustenta-se na ficção de racionalidade do legislador que funciona como premissa do sistema.

Por essa nova perspectiva, juízes e legisladores exercem atividades similares e encontram-se em um mesmo plano, vinculados por regras constitucionais e pela necessidade de atuarem de forma coerente dentro do sistema, divergindo somente, segundo Wingtens (1999), pelo fato de que o juiz cria normas individuais e o legislador cria normas gerais. O legislador também age cognitivamente perante o texto constitucional e, por isso, deve adotar uma “atitude de aplicação”⁵⁶ diante das regras.

Essa compreensão conduz à flexibilização do entendimento, geralmente estanque, sobre as possibilidades de atuação destes atores jurídicos, pois nem as razões das decisões judiciais encontram-se estritamente vinculadas ao texto da lei⁵⁷, nem o legislador pode decidir em um espaço aberto, sem restrições. Então, se ambos estão vinculados a regras e, até agora, somente o juiz foi obrigado a motivar suas decisões, o raciocínio analógico dentro de um contexto de Estado Constitucional Democrático permite-nos considerar a existência de um dever material de fundamentação/justificação das decisões pelo legislador, que implicará mais uma reversão na cadeia de legitimação do direito.

Identificada a similitude das atitudes de juízes e legisladores, é preciso abrir um parêntese para compreender a visão de Castanheira Neves (1998) sobre os modelos de direito e sentido de jurisprudencialismo. Ainda que ele identifique a jurisdição como atividade preponderante na realização do direito, posição com a qual não compactuamos, a sua afirmação de jurisprudencialismo como “recuperação do sentido da prática jurídica como *iuris-prudentia*” (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 3, grifo do autor), estabelece um ponto de intercessão com a legisprudência, ao convocar a prudência para intervir na interação social. O sentido de prudência (*phronesis*), como virtude intelectual voltada para a ação que convoca os sentidos normativos e axiológicos do sistema, aplica-se ao juiz e ao legislador no processo de produção e aplicação da norma, pois é uma “virtude desenvolvida pelo homem prudente, capaz, de sopesar soluções, apreciar situações e tomar decisões” (FERRAZ JR,

⁵⁶ “[...]application attitude” (WINTGENS, 1999, p. 18).

⁵⁷ HASSAMER (2009, p.299) explica que o princípio da vinculação do juiz à lei “permanece incontestado”, como exigência de controle da atuação judicial em face de arbitrariedade. No entanto, é ingênua a visão de que a decisão é deduzida da lei, pois já é certo que o juiz cria direito e tem um espaço de liberdade para a escolha dos critérios de decisão que podem extrapolar os limites legais.

1993, p. 57), que se opera em um contexto em que o direito, compreendido como algo mutável, passível de adequação circunstancial, é objeto de “investigação, jamais concluída, que se realiza pela dialética e com base em observações” (VILLEY, 2009, p. 55)⁵⁸.

Assim, parece correto sustentar que a exposição do entendimento de Castanheira Neves (1998) sobre os modelos de juridicidade, especialmente o jurisprudencialismo, é feita de forma a complementar e sustentar uma visão do direito mais compreensiva e dialógica, que considere a sua dimensão normativa e instrumental, sem os exageros de um radicalismo das duas concepções que condenam a juridicidade à alienação sobre o seu fundamento de validade. Por esse motivo é que o jurisprudencialismo pronunciado por Castanheira Neves (1998) articula-se ao pensamento legislativo – que nele também não se esgota, nem absorve todos os seus elementos –, ao conceber a necessária instituição de uma validade material do direito⁵⁹ como condição de adequação e justeza que se impõe pela justificação/fundamentação das decisões, como satisfação do critério de legitimidade material do ordenamento jurídico.

O que, em outras palavras, significa dizer que a justificação constitui condição de validade do direito, da qual depende a sua obrigatoriedade, pois não basta que a regra de direito seja fundada numa validade apenas formal instituída pela autoridade que a edita e subtrai unilateralmente a liberdade dos sujeitos. A legitimação, como foi dito, não é vista somente no seu aspecto formal, relacionado à imperatividade do poder, mas também no seu aspecto material, e irá se relacionar à validade pelo conteúdo da regra prescrita fundado em valores e princípios que, presentes na ordem jurídica, são considerados como propósito e fundamento do sistema como um todo.

Por essa via, entende-se pertinente e adequada a compreensão do Estado como um Estado Constitucional Democrático, como foi afirmado por Canotilho (1993), que pressupõe a legitimidade material como critério de racionalização e controle do poder, baseada em “*uma fundamentação substantiva para os actos dos poderes públicos [...] fornecida*

⁵⁸ Sobre a prudência na legislação dentro da doutrina de Aristóteles, Villey (2009) faz uma importante observação: “Ela [a prudência] é virtude por excelência do legislador e do juiz, que enunciam o direito, precisamente em causas particulares. “A política e a prudência são uma mesma disposição. A prudência é “nomotética”, ou “dicástica” – legisladora ou judiciária; é por isso que os romanos falarão em jurisprudência”(VILLEY, 2009, p. 59)

⁵⁹ Explica Castanheira Neves que a validade não mais pode ser identificada com a sua existência, abstraindo-se o seu conteúdo. Essa validade material que ora é apontada como necessária refere-se à “correspondência da norma aos valores últimos e finais que inspiram um determinado sistema jurídico”. O autor identifica a validade material à justiça da regra. (NEVES, 1983, p. 237).

pelo *catálogo de direitos fundamentais* (direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais)”, conformada por valorações de justiça da atuação do poder e do conteúdo dos seus atos (CANOTILHO, 1993, p.74).

Corroborar esse sentido a abordagem feita por Soares (2004) sobre o impacto (e a necessidade) de informação na comunicação das normas como uma das condições à realizabilidade dos direitos fundamentais.

A força vinculante da lei reside não só no cumprimento dos requisitos para a sua entrada (existência) no ordenamento jurídico, mas no vínculo com o sujeito ao qual é endereçada, não no sentido de que devam dele partir os critérios para o reconhecimento do enunciado normativo, mas porque a lei se realiza na esfera do outro que deve (e daí o dever do Estado em “dar conhecimento”) reconhecer a força ilocutiva do ato e concorrer para o êxito ilocutivo normativo. (SOARES, 2004, p. 278, grifos do autor)

O Estado Constitucional busca agora o sentido do direito no âmbito da sua justificação de validade orientada para a realização de direitos fundamentais⁶⁰ e das expectativas sociais, discutidos dentro do contexto de valores, princípios e regras jurídicas e metajurídicas, mais do que a conformação lógico-formal do sistema, ou a sua realização teleológica focada em aspectos puramente instrumentais.

Essencial sobre tal aspecto é a garantia de atuação das autoridades de acordo com os parâmetros estabelecidos na Constituição e também na lei, por meio de procedimentos válidos que assegurem o contraditório e a ampla defesa, além da igualdade de tratamento das partes e a imparcialidade dos julgadores. O princípio-garantia do devido processo legal está previsto na Constituição Federal no art. 5º, inciso LIV, e tornou-se condutor de sentido e legitimidade das manifestações do Estado, incidindo sobre todos os poderes, como forma de afastar arbitrariedades e garantir a razoabilidade dos processos decisórios.

Vale reiterar a lição de CASTRO (1989, p. 39), para quem “o princípio do *due*

⁶⁰ Compartilhamos da compreensão sobre direitos fundamentais de Canotilho (1993), em um Estado de Direito estruturado por uma base antropológica, que são os próprios direitos fundamentais, e fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição da República). Embora o texto constitucional brasileiro, diferentemente da Constituição Portuguesa, não afirme expressamente que está fundado na garantia dos direitos fundamentais, entendemos que há correlação adequada e coerente entre os direitos e garantias previstos na Constituição Federal brasileira e a exposição acerca dos direitos fundamentais feita por Canotilho (1993) que na afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável; na garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade; na Libertação da «angústia da existência» da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas; Garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito; Igualdade dos cidadãos, expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo, isto é, igualdade perante a lei.” (Ver essa parte)

process of law protege tanto a posição processual de quem age em juízo em defesa de seus interesses, quanto aquele a quem é dirigida a pretensão de direito material”. Ainda que a afirmativa dirija-se à jurisdição, o princípio ganhou uma dimensão que extrapolou os limites procedimentais do processo judicial para alcançar o controle de mérito dos atos administrativos e dos atos do Parlamento. Por meio do controle de constitucionalidade das leis, o devido processo legal ganhou um sentido substancial que tornou possível a verificação de validade dos atos do poder público quanto à sua legalidade ou constitucionalidade e quando carentes de justificação razoável.

O sentido da responsabilidade dos atores jurídicos – legislador e juiz –, associado à realização de processos e procedimentos no seio do poder público, encontra ressonâncias diferentes, que serão apresentadas a seguir.

4.2 Responsabilidade do juiz e vinculação à lei

Desde que o Estado assumiu o monopólio da jurisdição e afastou a possibilidade de exercício de autotutela, passou a ser possível aos indivíduos buscar a solução para conflitos de interesses pelo exercício do direito de ação, compreendido hoje como o direito de provocar o Estado a “outorgar-lhe uma resposta jurisdicional tempestiva e efetiva” (MARINONI, 2006, p. 32). Essa concepção, condizente com os princípios e garantias do Estado Democrático de Direito, tem em mente a efetividade do processo perante a realidade social e o direito material que, com ele, estão intimamente relacionados. Fala-se agora, por esse viés, no dever do Estado em prestar a adequada tutela jurisdicional que, extrapolando os aspectos meramente técnicos do procedimento para obtenção de uma sentença de mérito, passou a exigir do trabalho da jurisdição a “pré-ordenação de procedimentos hábeis para dar resposta adequada ao direito material” (MARINONI, 2006, p. 61), de forma tempestiva e efetiva, garantindo-se a participação adequada das partes no processo⁶¹. Vê-se que o alcance do direito material pretendido pela parte tornou-se o centro da perspectiva processual.

Como condições para a realização dessa perspectiva, vários princípios e garantias foram estabelecidos para possibilitar às partes do processo a justeza da decisão. Entre eles, estão aqueles que especialmente nos interessam: os princípios do devido processo legal, do

⁶¹ Sobre o direito à participação adequada no processo judicial, ver Santos (2011).

livre convencimento motivado do juiz, da motivação das decisões judiciais e o duplo grau de jurisdição. Tais princípios permitem às partes e ao Estado o controle sobre os atos jurisdicionais, tornando os magistrados responsáveis, no mínimo, pela legalidade de suas decisões.

É no âmbito da jurisdição penal que se destaca a aplicação do princípio do devido processo legal nos processos judiciais, uma vez que é por ela, essencialmente, que um indivíduo pode vir a ser privado de sua liberdade. Nesse campo, a idoneidade do processo, consubstanciada em regras como a do exercício do direito de ampla defesa, do contraditório e da competência e imparcialidade do julgador, assume sua forma mais vívida e menos instrumental. Na jurisdição civil, além de serem também aplicáveis as mesmas regras elencadas acima, concorrem para a efetividade dos direitos e garantias constitucionais no âmbito processual os princípios da instrumentalidade das formas e da celeridade do processo, sem que seja possível, ao menos num plano teórico, afirmar que o emprego de tais princípios implica o amesquinçamento da garantia do devido processo legal.

Evoca-se o *due process of law*, para além dos elementos mencionados, também perante a exigência de participação das partes de forma igualitária no processo, como modo de exercício indireto da soberania e, conseqüentemente, da autonomia dos sujeitos derivada dos processos de interação que também passam pelo Estado.

Da materialização de participação adequada no processo decorre a realização de um processo dialógico que garante às partes a possibilidade de influir efetivamente no convencimento do julgador por meio da argumentação. Esse entendimento pode ser compreendido dentro de um sentido mais alargado do princípio do contraditório, que não mais se limita à concepção estática de igualdade formal das partes, mas as aproxima do juiz como direito ao amplo debate para influenciar no processo de adequação do direito material.

Nesse sentido, salutar é a contribuição de Santos (2011, p. 102), ao fazer a defesa do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional inerente ao Estado Democrático de Direito e afirmar que, “se a norma jurídica, aplicada ao fato para a solução dos conflitos, é produto de uma construção que se faz no processo, a participação das partes consubstancia o exercício direto da democracia”. A relevância dos aspectos “interlocução” e “parte/povo” no processo é tratada também por Soares (2004) – ainda que mais focada no tema da participação popular na produção do direito legislativo –, que se orienta pela perspectiva de constitucionalização do processo, com a potencialização de seu valor democrático pelo “realce

dado à concepção de *due process of law* sujeito à participação e controle” (SOARES, 2004, p. 224).

A verificação de adequabilidade da participação no processo, assim como da legalidade dos atos judiciais, faz-se, outrossim, pela concretização, sob pena de nulidade, do dever de motivação das decisões judiciais, princípio positivado no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República⁶², e densificado no âmbito infraconstitucional pelos artigos 131 e 458 do Código de Processo Civil⁶³. O último prevê a existência de três requisitos essenciais à sentença: o relatório, que contém um resumo dos principais fatos e atos praticados no processo; a fundamentação, contendo as razões do juiz que justificam o resultado do processo; o dispositivo, também chamado de conclusão porque contém a decisão de procedência ou improcedência do(s) pedido(s), é a única parte da decisão que, em princípio, sofre os efeitos da coisa julgada material.

Parece-nos bastante correta a defesa feita por Santos (2011) no sentido de ser esvaziado o dever constitucional de motivação, caso não fosse considerada constitucional a garantia ao duplo grau de jurisdição ou, pode-se dizer, a garantia de revisão e controle das decisões judiciais. É salutar, portanto, que ao dever de motivação esteja intrinsecamente associada a garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição, entendida esta como “*mecanismo fundamental destinado a fornecer ao sujeito de direito a proteção de legítimo interesse posto em perigo*”, que garantirá a efetividade do processo pela possibilidade de revisão da decisão (SANTOS, 2011, p. 96).

Tal questão foi tratada por Castro (1989) ao relacionar o direito da pessoa a um processo idôneo, imparcial e independente, considerando-se a possibilidade de denegação de justiça por sentença parcial ou mesmo por vícios de procedimento e de apreciação dos fatos e do direito. Por tal motivo, concordamos com o autor quando sustenta que “*a ordem constitucional democrática, que almeja necessariamente um ideal de justiça, não pode, em hipóteses*

⁶² “IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, 1988)

⁶³ “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (BRASIL, 1973)

patológicas como essas impedir o acesso à instância superior do jurisdicionado que foi vítima de discriminação judicial” (CASTRO, 1989, p. 308).

Se a regra geral que cria o dever de motivação implica o direito de todos de controlar a legitimidade e legalidade da decisão, respeitando-se a igualdade material no acesso à justiça, não pode o sistema desejar que somente sejam sujeitas a recurso as causas em que houver parcialidade, vício ou erro. É que tal situação, de seleção de casos passíveis de recurso, corresponderia, na prática, à revisão da decisão e conduziria ao mesmo resultado que a positivação da garantia em nosso ordenamento.

Essas questões apontam que, em todos os níveis, pelo dever de motivação, impera para o juiz, nos sistemas romano-germânicos, como condição de legitimidade da decisão, a vinculação à lei, embora tenha sido suplantada a ideia de simples subsunção do caso concreto à norma para alcançar um resultado lógico e racional no processo.

Nem sempre o juiz tem uma norma positivada no ordenamento, a qual pode recorrer para solucionar os conflitos. Sem esgotar tal problema, reconhece-se ao juiz um espaço de liberdade para decidir, o qual encontra sua justificação e também a possibilidade de arbitrariedade no princípio do livre convencimento motivado e na valoração das provas. Fortalecem igualmente o âmbito de discricionariedade judicial os chamados conceitos indeterminados⁶⁴, pois, ao serem interpretados, demandam uma argumentação valorativa que encontrará a sua justificação não só na contingência do caso concreto, mas também na dimensão histórico-social do direito e na consciência jurídica da comunidade sobre os valores e princípios válidos no sistema.

A dogmática jurídica tradicional afirma que os casos de lacunas – omissões legislativas – e obscuridades obrigam o juiz, em princípio, a aplicar, no ordenamento brasileiro, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, de acordo com a norma contida no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – antiga Lei de Introdução ao Código Civil – e reiterada no artigo 126 do Código de Processo Civil.

⁶⁴ Excelente abordagem sobre a discricionariedade e os conceitos indeterminados encontra-se no texto “Discricionariedade e motivação do ato administrativo” de Florivaldo Dutra de Araújo. Nesse texto, o autor expõe de forma bastante coerente que “a imprecisão *não se encontra nos signos abstratos da comunicação, nem nos objetos concretos* (coisas, fatos) que existem ou ocorrem, mas na *subsunção aos signos desses múltiplos objetos* que cotidianamente com eles desejamos indicar. A *subsunção* é feita a todo o momento por grande variedade de *pessoas*, com visões de mundo e da situação mais ou menos distintas. Por isso não se poderia evitar certa “indeterminação” no uso da linguagem no dia-a-dia” (ARAÚJO, 2006, p. 110, grifos do autor)

Tal lei foi editada no ano de 1942, quando prevalecia, no imaginário dos juristas e na configuração do sistema, a idéia de extrema vinculação à legislação, vista como fonte quase exclusiva do direito. No entanto, a insuficiência do direito codificado diante a complexidade da sociedade atual e os próprios limites normativos da lei invocam a renovação e correção do ordenamento jurídico por meio de elementos transpositivos, como valores e princípios, para fundamentar a escolha e poder, eventualmente, justificar uma decisão *contra legem*.

A permanência de tal regra no sistema impõe simbolicamente a constatação da “não superação dos paradigmas novecentistas de interpretação do direito” (STRECK, 2010, p.166) e a renitência – ou talvez descaso – do Poder Legislativo e da comunidade de juristas brasileiros em repensar a teoria das fontes do direito. Essa conclusão deriva do desacerto de tal norma em relação aos critérios de juridicidade efetivamente vigentes, já que a prática jurídica atual lida com a existência de princípios constitucionais, os quais se sobrepõem aos princípios gerais de direito⁶⁵, e com a proliferação da jurisprudência dos Tribunais Superiores, especialmente aquelas com efeito vinculante, mesmo que de forma indireta.

Não se pode olvidar que, ainda que a análise de correção da decisão esteja invariavelmente ligada à sua vinculação à lei, as exigências de efetividade de direitos fundamentais, atreladas à noção de neoconstitucionalismo e jurisprudencialismo, permitem que o juiz prescindia da lei e atenha-se apenas ao texto constitucional para garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Este é um dos motivos pelos quais sustentamos, acima, o caráter de fonte do direito da jurisprudência, desvinculado da ideia de fonte formal e material.

Em um sistema em que vigora o controle difuso de constitucionalidade, é prerrogativa de qualquer magistrado, em qualquer instância, afastar a aplicação de uma lei ou norma que entenda desconforme à Constituição, “assim como de dar sentido judicial à lei por meio das técnicas de interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade, além de suprir a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais.” (MARINONI, 2009, p. 42).

Essa ampla liberdade conferida a um juiz que não mais se identifica com aquele

⁶⁵ Sobre esse ponto, confiamos na exposição de Bergel (2006) que tem como referência o sistema francês. Os princípios gerais de direito, extraídos da lei e dos costumes, pela perspectiva do autor, estão abaixo dos princípios constitucionais e de princípios fundamentais (Constituição e textos com valor constitucional).

magistrado objeto de desconfiança e, por isso, mero servidor do Poder Legislativo, apontam a centralidade da motivação como forma de justificar o conteúdo da decisão e, mais ainda, permitir às partes o controle sobre a atuação da jurisdição.

Por todos esses motivos, a justificação, incorporada à fundamentação, ocupa papel central no processo de criação e aplicação do direito pelos juízes. A vinculação à lei é necessária e atua como reforço na concretização da segurança jurídica, mas, como valor fundamental do sistema, pressupõe mais do que a existência de uma norma positivada. É necessário que a motivação da decisão dê-se considerando critérios de razoabilidade, os quais vão ao encontro das expectativas sociais de realização de justiça.

Quando o direito codificado basta para fundamentar uma decisão, o nível de exigência argumentativa para garantir a sua legitimidade é menor. No entanto, como a atuação da jurisdição tem suplantado os limites definidos pela lei, é certo que o controle se opere pela exigência de que a fundamentação se vincule ao contexto para o qual se dirige, em que se deve considerar a fala da doutrina e do direito jurisprudencial, desde que transparentes e consistentes. Sobre esse ponto, convém salientar e defender a vinculação aos precedentes, embora essa seja uma perspectiva que mereça análise profunda porque demanda não só alteração legislativa, mas uma modificação de postura dos juristas. Não obstante, concordamos com o argumento de Marinoni (2009) ao defender o respeito aos precedentes, atentando-se para o dever de justificação das decisões.

[...] o sistema que admite decisões contrastantes estimula a litigiosidade e incentiva a propositura de ações, pouco importando se o interesse da parte é a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei. Ou seja, a ausência de previsibilidade, como consequência da vinculação aos precedentes, conspira contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição (MARINONI, 2009, p. 44)

A vinculação do juiz ao precedente, desde que flexível perante as circunstâncias e aberta ao sentido móvel do direito, indica um horizonte de responsabilidade e comprometimento com a obtenção de um resultado que garante a efetividade do direito e o reforço da confiança nas justas expectativas de segurança jurídica e coerência na aplicação da lei.

Como decorrência lógica do Estado de Direito e de segurança jurídica, a motivação ou justificação de todas as decisões demanda, então, do magistrado, que seja indicado o caminho percorrido para dar a solução ao litígio, com a explicação dos motivos que o levaram a formar a convicção X e a dar a decisão Y, sem que ela se aplique somente

àquelas partes específicas do processo, mas também a qualquer pessoa nas mesmas condições e circunstâncias, atendo-se aos limites impostos pelos pedidos e fatos da causa.

Como afirmou MacCormick (2008, p. 197), o juiz deve “mostrar por que ela [a decisão] é juridicamente correta”. Esse ponto relaciona-se à exigência de razoabilidade e universalizabilidade das decisões jurídicas, o que vem a corresponder ao uso de argumentos, geralmente jurídicos, consistentes e coerentes com o sistema jurídico estabelecido, considerando a dimensão prospectiva e simbólica que a decisão tem para causas futuras e para o sentimento de igualdade na aplicação do direito (MACCORMICK, 2008).

Insta dizer, por fim, que uma decisão que usa de expressões e termos lingüísticos de difícil compreensão também inviabiliza o controle sobre a motivação⁶⁶, como exigência de concretização de uma racionalidade lingüístico-formal clara e acessível. Como a decisão exerce um poder não somente sobre as partes, mas também sobre terceiros (especialmente quando tem a qualidade de precedente), ela deve ser coerente e congruente do ponto de vista formal e não apenas material, considerando-se inclusive o uso de uma linguagem simples que permita à parte compreendê-la e, em alguns casos, com ela se conformar.

Todas as questões apontadas levam à conclusão de que a justificação da decisão pelo juiz, considerando a sua posição atual de maior liberdade em conformar o direito à realidade e aos valores preconizados pelo sistema jurídico, impõe-se como condição de exercício de liberdade pelo magistrado e pelas partes. Veremos, outrossim, que as exigências colocadas em relação ao juiz, quando comparadas à racionalidade querida para o legislador, colocam ambos em posição similar dentro do sistema.

4.3 Responsabilidade do legislador - os princípios da legisprudência

Afirmar que o Poder Legislativo é responsável perante a sociedade e o Estado não é dizer que pode o membro do Parlamento responder por crimes de responsabilidade ou, ainda, que se pretende desenvolver um sistema que relacione a análise de culpa *lato sensu* em relação ao resultado produzido pela legislação.

⁶⁶ “É imprescindível que a sentença seja clara e convincente para que o sentimento do juiz seja compreendido sem dificuldade” (PORTANOVA, 1999, p. 249).

Não há previsão de sanção para a falta de comprometimento do legislador com os efeitos das leis, nem mesmo para os casos em que as leis não produzem os efeitos desejados. Na verdade, tal situação foge à dimensão política em que é ordinariamente colocada a atividade legislativa, e pode-se alegar sobre tal fato que a configuração de um sistema que torne o legislador passível de ser responsabilizado penal, civil ou administrativamente em relação aos resultados alcançados pelas leis resultaria na derrocada do Estado Democrático de Direito pela violação ao princípio da separação dos poderes e, mais ainda, pela ofensa à liberdade e à independência do Parlamento.

Cumpre, nessa esteira, esclarecer que o legislador, ou melhor, o membro do Poder Legislativo, pode ser processado pela prática de crimes comuns previstos no Código Penal, como pode também vir a perder o mandato nos casos previstos no artigo 55 da Constituição da República, destacando-se o caso de falta de decoro parlamentar que, conforme Mendes (2008, p. 903) “*consiste no abuso das prerrogativas do membro do Congresso Nacional, bem como na percepção de vantagens indevidas e outros casos definidos em regimentos internos*”. É no regimento interno das Casas Legislativas que encontramos a referência ao Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal⁶⁷ e da Câmara dos Deputados⁶⁸ e às hipóteses de falta de decoro parlamentar que, contudo, não condicionam a atuação do legislador ao dever de criar leis de qualidade.

Beneficiado por um sistema de regras que lhe investem de prerrogativas para atuar, o agente político membro do Poder Legislativo goza de uma confiança presumida que impediu o nosso sistema, até hoje, de responsabilizá-lo pela produção de leis de pouca ou péssima qualidade, ou ainda, pela produção excessiva de leis. Essa presunção de confiança deriva do ideal de racionalidade que foi instituído pela modernidade, baseada no cumprimento de procedimentos formais na elaboração da lei (AARNIO, 1991).

As circunstâncias que ensejaram a ascensão e império da lei foram delineadas no capítulo 1 e estão intimamente associadas, como exposto, à lógica racionalista instituída pela doutrina do contrato social, complementada pelo legalismo normativista que tratou a lei como única fonte exclusiva do direito.

A legitimidade dos atos do Poder Legislativo foi fundada na ideia de soberania e, embora vinculada à Constituição, entendida como um programa político que guia a legislação

⁶⁷ Resolução nº20 de 1993.

⁶⁸ Resolução nº25 de 2001.

(WINTGENS, 2006), consolidou-se a presunção de racionalidade do legislador e das leis. Na concepção legalista, todas as limitações impostas à liberdade e criadas pelo soberano devem se sobrepor àquelas criadas, de forma autônoma, pelos indivíduos, uma vez que as leis derivam de instituições criadas sob os critérios de verdade e representação da realidade.

Com o intuito de romper tal paradigma que, como afirmado, ainda está presente em nossa concepção de mundo, Wintgens (2006) propôs uma nova leitura do contrato social que ele denominou “*Modelo de Troca do Contrato Social*”, no qual os sujeitos, ao invés de darem uma procuração ao soberano em troca de proteção que os levará a agir de acordo com concepções *sobre* liberdade em prejuízo de suas próprias concepções *de* liberdade, trocam concepções *de* liberdade por concepções *sobre* a liberdade dentro de um contexto de justificação. Sucintamente, isso significa que o sujeito só admitirá as regras como válidas, quando elas forem justificadas pelo soberano.

Posicionando-se a favor da auto-legislação e, pode-se adicionar aqui, de formas de exercício direto da democracia e de participação no controle público das decisões do Estado, por priorizar a capacidade do sujeito de interagir socialmente como agente moral responsável dada a sua natureza ontológica social, Wintgens (2007) articula o sentido de legalismo fraco em oposição não extremada à ideia de legalismo forte.

Sua perspectiva trabalha com a diferenciação dos conceitos de validade, legitimação e legitimidade, a qual foi mascarada pelas teorias do contrato social e do legalismo forte, pois, mesmo sem um conteúdo transcendente que legitimasse o direito, a fundação de um sistema hierárquico encontrou sua legitimidade numa meta-norma que garantiu às regras a presunção de legitimidade em relação ao estágio anterior – ainda que o conteúdo não fosse totalmente definido no estágio inferior –, sem que pudesse ser questionada a sua legitimidade inicial.

Já pelo legalismo fraco, a validade jurídica, entendida como adequação formal à Constituição e ao sistema jurídico, aparece como uma condição necessária, mas insuficiente à legitimidade das regras. A legitimação, por sua vez, diz respeito ao procedimento de determinação do conteúdo das regras, que não corresponde à mera constituição formal do direito e ao respeito ao princípio da maioria, mas, no caso da jurisprudência, impõe condições vinculadas ao dever de justificação do legislador sobre a necessidade da regra, bem como sobre o seu conteúdo. Essa perspectiva, como já foi salientado, permite a reversão da cadeia de legitimação, ou seja, a crítica e a verificação de falta de legitimidade do direito não

justificado.

Superada, então, a abordagem legalista forte, a legisprudência pretende ser, como quer Wintgens (2004), uma teoria que funciona como um paradigma complementar à teoria do direito, cujo objetivo de formular princípios próprios para a legislação permita a compreensão do sistema jurídico do ponto de vista do legislador, considerando a existência de um dever constitucional de fazer as melhores regras possíveis.

Por conseguinte, a teoria racional da legislação não pretende ser uma teoria voltada para determinar qual deve ser o conteúdo exato das regras, até porque, mesmo que teoricamente fossem formuladas as melhores regras possíveis, o caráter dinâmico, histórico e argumentativo do direito apontam uma dimensão de incerteza que lhe é inerente. Ela volta-se, por outro lado, especialmente para a estrutura e a funcionalidade de um sistema que se legitima democraticamente, pela concretização da autonomia dos sujeitos e de sua participação no processo contínuo de constituição do direito.

A liberdade vista como *principium* é a ideia reguladora do direito e do espaço político, pois é dela que decorre a necessidade de organização da sociedade pelo direito e dela deve vir a sua legitimação, sempre como causa final para a qual deve se dirigir o olhar das instituições. Como foi afirmado por Wintgens (2004), ao explicar o caráter reflexivo da liberdade como fundamento da legisprudência, “a liberdade que não é limitada pela liberdade deixa-nos com nada além de opressão” (2004, p. 313)⁶⁹. A legisprudência apresenta-se como uma forma de controlar os atos do soberano pela instituição de um dever de justificação no momento da imposição de limitações à liberdade (concepções *sobre* liberdade).

Nesse campo, o legislador, agora um ator jurídico, equipara-se ao juiz no dever de motivar as suas decisões, como condição de legitimidade das regras. Decorre daí que, no processo de justificação, o legislador, na posição de aplicador de normas, não deve ver a constituição apenas como um programa político que lhe dá diretrizes sobre sua atuação, mas como norma a qual está vinculado pelo dever de respeitar o conteúdo possível da legislação, garantir a efetividade das suas normas, como também de cumprir o procedimento formal para a criação de leis.

Dentro de uma perspectiva teórica que se concilia ao âmbito pragmático de

⁶⁹ “Freedom that is not limited in freedom leaves us with nothing but oppression.” (WINTGENS, 2004, p. 313).

produção do direito, pretende-se estabelecer condições para realçar a liberdade em um ambiente democrático, as quais são articuladas a critérios técnicos de qualidade das leis, com foco na atuação legítima do soberano. O legislador deve privilegiar soluções alternativas de conflitos, tais como formas conciliatórias não fundadas em sanções e ameaças, assim como conduzir sua atuação dentro de um processo comunicativo que envolve a produção do direito, cujos focos são a oitiva e a inclusão efetiva da fala de todos os atores jurídicos que compõem o ciclo normativo. Qualquer opção que implique a exclusão de um grupo, valor, princípio ou entendimento que colabore para a constituição do direito no contexto mais abrangente do sistema jurídico deve ser justificada pelo legislador.

Por tal motivo, Wintgens (2006) afirma que a qualidade da legislação não está diretamente relacionada à sua correspondência direta com fontes normativas independentes, como a moralidade, mas constitui uma questão de justificação e requer informação que a coloque em diálogo com as circunstâncias concretas para as quais se dirige, assim como com as teorias que pretendem compreender o direito. As condições para a boa legislação são estruturadas por princípios fundamentais, compreendidos como deveres a serem cumpridos pelo legislador no processo de justificação (WINTGENS, 2004, 2006)⁷⁰.

1 – *Princípio da Alternatividade (Principle of Alternativity)*: é o primeiro princípio da legisprudência, pois implica a justificativa a ser dada pelo legislador para a criação de regras jurídicas como alternativa somente quando a interação social e a comunicação entre os indivíduos falham. Deve, então, ser justificado o motivo pelo qual a concepção sobre liberdade do soberano é preferível à concepção de liberdade do sujeito. O seu fundamento decorre da compreensão do sujeito como capaz de agir autonomamente por suas concepções de liberdade e, portanto, no fato de que não regular é melhor que regular, pois é preferível que a limitação da liberdade se opere pelo próprio sujeito e não pelo Estado.

Caso fosse o contrário, os significados operados pelas regras criadas pelo soberano colocariam de lado o sujeito como agente moral autônomo, prejudicando a

⁷⁰ Os primeiros quatro princípios apresentados: alternatividade, densidade normativa, temporalidade e coerência, foram apontados numa obra de Wintgens datada de 2006 e estão ali mais plenamente desenvolvidos. Em outra obra, publicada em 2004, sobre similaridades entre o estudo da legisprudência e do direito comparado, constam nove princípios que não coincidem com os referidos acima, exceto o princípio da alternatividade. No artigo, Wintgens (2004) expõe de forma mais superficial os nove princípios, o que nos leva a crer que o jurista aprimorou suas concepções e consolidou a existência dos quatro primeiros princípios fundamentais à legisprudência, até mesmo porque deles decorrem os princípios apontados na obra de 2004, que serão apresentados no contexto da discussão sobre avaliação legislativa, pois tem uma dimensão pragmática mais relevante.

existência de sentidos válidos que decorrem das práticas sociais e suas conexões. Em situações tais, no mesmo sentido de Delley (2004), quanto mais profundas forem a compreensão do problema sobre o qual se pretende legislar e a identificação dos atores envolvidos, maior é a contribuição para o estabelecimento de soluções, muitas vezes diversas, da via legislativa;

2 – *Princípio da Densidade Normativa (Principle of Normative Density)*: de acordo com este princípio, a imposição de sanção precisa de justificação especial para a prescrição de uma restrição suplementar (a sanção) à liberdade, porque se considera que a regra jurídica, por si só, já resulta em uma constrição à liberdade. Havendo uma sanção, a norma contida na regra só poderá ser realizada de uma determinada maneira para afastar a limitação. Assim, mesmo que ela esteja justificada no princípio da alternatividade, não significa que ela o seja do ponto de vista da densidade normativa, pois a relação entre regra e sanção não é necessária, mas sim contingencial (WINTGENS, 2006).

A densidade normativa diz respeito, então, aos variados graus dos meios de estabelecer a realização de uma conduta, sendo a sanção o grau máximo. A realização dos objetivos da lei requer o sopesamento de alternativas menos gravosas à liberdade dos sujeitos, porque a sanção é aquela de maior impacto normativo (WINTGENS, 2006). Por conseguinte, a ponderação sobre os fins a serem realizados pela lei, vinculada à correta definição do problema, demanda a análise de instrumentos alternativos à prescrição de sanções que podem ser mais eficazes, tais como incentivos, parcerias, convênios, informação, entre outros;

3 – *Princípio da Temporalidade (Principle of Temporality)*: na jurisprudência, o caráter imutável do sistema jurídico é rejeitado pela consideração séria da dimensão do tempo. Compreende-se que a legislação é uma criação humana, submetida, portanto, às circunstâncias históricas e contingenciais. Como a jurisprudência demanda justificação para a imposição de uma limitação à liberdade pelo soberano, o princípio da temporalidade informa que o próprio conteúdo da justificação varia no tempo e, por isso, Wintgens (2006) alerta para o caráter histórico da justificação. Diante da necessidade imposta ao legislador de considerar as circunstâncias concretas que envolvem o problema da legislação, dois aspectos sobressaem sobre o princípio da temporalidade. Enquanto o primeiro se refere à necessidade de criação da regra jurídica no momento apropriado, o segundo impõe que a justificação para uma regra não seja eterna, e que uma regra, anteriormente justificada em determinado

momento histórico, pode deixar de sê-lo após o decurso do tempo e da alteração das circunstâncias que a ensejaram. Considerando tais aspectos, tem-se que a justificação é um processo contínuo e deve estar atrelada ao contexto em que se estabelece e se aplica a regra. Tal princípio é fundamental no contexto de institucionalização da avaliação legislativa e está intimamente relacionado ao princípio da correção, tratado posteriormente;

4 – *Princípio da Coerência (Principle of Coherence)*: Em um dos textos fundamentais sobre a jurisprudência, “*Legisprudence as a New Theory of Legislation*”, Wintgens (2006) propõe os quatro princípios fundamentais à sua teoria, sendo o último deles o princípio da coerência, inserido no que ele denominou “Teoria do Nível de Coerência”⁷¹, porque aponta quatro níveis de coerência no plano da justificação para a criação de limitações à liberdade. O princípio da coerência vê a justificação sob a perspectiva do sistema jurídico, entendido como uma “complexa e dinâmica teia de proposições inter-relacionadas que dizem respeito ao que deve ser feito e como deve ser feito” (WINTGENS, 2006, p. 14)⁷². Por tal motivo, o princípio da coerência demanda do legislador um suporte argumentativo que relacione a norma ao sistema como um todo, sem ignorar que o direito volta-se para a interação social, o que torna este o mais importante princípio da jurisprudência. A demanda por coerência vem do próprio sentido de sistema, como um todo ordenado, e da decorrente necessidade de compatibilidade nas relações entre as normas, tanto no que se refere ao seu conteúdo, quanto à sua forma, assim como da exigência de coerência de cada norma individualizada, como condição de entendimento.

A coerência é, por sua vez, distinguida da consistência, a qual se satisfaz pela não-contradição, por ser uma condição de lógica do sistema (WINTGENS, 2006; MACCORMICK, 2008). Portanto, a afirmação que relaciona um conjunto de proposições será consistente se entre elas não houve contradição. A coerência, por seu turno, implica que a afirmação faça sentido como um todo, mas, embora o todo possa ser consistente, ou ausente de contradições, pode ser ele incoerente no que diz respeito ao sentido geral, pois este varia, de acordo com MacCormick (2008), segundo a possibilidade de ser relacionado racionalmente com o conjunto do sistema, direcionado à realização de valores comuns que estão na base das interações sociais para as quais se volta o direito.

⁷¹ “The Level Theory of Coherence” (WINTGENS, 2006, p. 14).

⁷² “[...] a complex and dynamic set of intertwined propositions concerning what ought to be done and how it ought to be done”. (WINTGENS, 2006, p. 14)

A Teoria dos Níveis de Coerência comporta quatro planos de coerência que não correspondem a etapas estritas pelas quais passa o legislador ou o juiz para justificar a sua decisão, mas devem ser operacionalizadas concomitantemente, sendo os três primeiros níveis explorados sob o ponto de vista da racionalidade interna do sistema, enquanto o quarto nível encontra seu fundamento na associação entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo de alguém que o observa⁷³.

O nível de coerência 0 (nível zero) diz respeito a qualquer teoria e corresponde ao requerimento universal de coerência no nível elementar do discurso para que ele faça sentido. Nesse nível, desconsidera-se a dimensão do tempo. Já no nível de coerência 1, a dimensão do tempo é considerada devido à alteração das circunstâncias em que as regras foram formuladas. A situação pode ser melhor compreendida pela análise da atitude aplicativa do legislador e do juiz, ao lidar com o passado no momento de formulação da regra no presente. A compreensão desse nível implica, outrossim, a existência de um sistema de precedentes.

Tomando como foco o sistema jurídico brasileiro, pode-se dizer, como afirmamos em outro momento, que aqui se concretiza em larga medida um sistema de precedentes, não só pela positivação de decisões vinculantes, como pela existência de precedentes persuasivos e considerável número de súmulas que consolidam uma interpretação em regras determinadas e de caráter normativo⁷⁴. No caso do juiz, a vinculação a uma decisão anterior, um precedente, não necessita de justificação, a não ser que ele deseje não segui-lo – conduta que deve ser justificada, sob pena de violação do dever de garantir a igualdade na aplicação do direito.

Tais situações demandam, por conseguinte, uma razão de justiça formal que tem, na esteira do que defende MacCormick (2008), aplicação retrospectiva e prospectiva, porque, embora se dirija à resolução de um caso concreto, a decisão precisa ter a intenção de que os seus argumentos sejam aplicáveis a quaisquer fatos e pessoas que satisfaçam as mesmas condições do caso decidido.

Por isso, em certa medida, a justificação da decisão precisa estar coerente com o direito estabelecido (caráter retrospectivo) e com a expectativa de coerência e estabilidade de que o que se decide hoje irá se repetir no futuro, se forem reiteradas as circunstâncias e os argumentos. A característica de universalizabilidade, fundamental na decisão jurídica,

⁷³ Essas perspectivas serão mais bem explicitadas no capítulo seguinte.

⁷⁴ Sobre tal ponto, ver item 3.2.2 do capítulo 3.

embora seja relativa – porque o direito é um campo de disputas e sempre há possibilidade de novos argumentos e fundamentos serem trazidos para o plano da decisão –, é, em princípio, perfeitamente aplicável como exigência de justiça formal e imparcialidade de um sistema jurídico racional.

Para o legislador, o dever de coerência no nível 2 é mais intenso, pois ele deve justificar tanto a situação vigente, informando os motivos para a necessidade de alteração da regra – o que pode e deve ser feito por meio da avaliação legislativa –, como deve também justificar a alteração que pretende fazer (a nova regra), com base, agora, não só no princípio da coerência, mas nos princípios da alternatividade e da densidade normativa. No nível 2, a coerência ainda pode ser alcançada por elementos internos ao sistema, mas é preciso ter dele uma visão mais abrangente, pressupondo a sua unidade. Daí decorre a obrigação do juiz de, ao decidir divergir do precedente, justificar suas razões por meio de argumentos que levem em consideração o caráter sistemático do ordenamento, pois é neste nível que o sistema, como um todo, é apreciado, de um ponto de vista interno.

O nível 2 de coerência impõe ao legislador que ele constitua o sistema como um todo, porque, ao contrário do paradigma sustentado pelo legalismo forte, a sua racionalidade é refutável e deve ser justificada. Por outro lado, é dele exigida a concretização da unidade do sistema, de modo a permitir que o juiz se utilize da interpretação sistemática para fechar, de modo coerente, o ciclo normativo. Tal exigência é bastante pertinente para a defesa do diálogo de fontes e para a rejeição do entendimento positivo-legalista da dissociação que existe entre o plano da legislação, ou criação do direito, e o plano técnico-jurídico da aplicação do direito pelo juiz, de quem também depende o conteúdo da regra. Por tal motivo, Wintgens (2006) expõe o nível de coerência 2, colocando na posição central o juiz, pois ele pode pressupor o caráter sistemático das normas, tomando como base uma visão interna do sistema. Mas tal premissa só é satisfeita quando o legislador cria regras, respeitando o nível de coerência 2. Vale dizer, ainda, que o nível de coerência 2, ao considerar o caráter sistemático de todo o ordenamento jurídico, requer que seja evitada a criação de regras ineficazes, que prejudiquem o sistema ou impliquem, de modo direto ou indireto, a anulação dos efeitos de outras regras.

Por fim, no nível de coerência 3, retoma-se o entendimento de que, embora juízes e legisladores atuem de modo distinto, ambos criam e aplicam regras. Como as normas não têm significado por si, no processo de aplicação está contido o processo de interpretação que

não é meramente dedutivo, já que o seu resultado está vinculado ao contexto, às pré-concepções e juízos de valores do próprio intérprete, e sofre, portanto, influências de natureza social, econômica, ideológica, que se relacionam ao situação em que ele está inserido.

A determinação do significado não se dá, então, pela adequação das decisões ao sistema já vigente, mas demanda a interação entre a perspectiva interna que expressa o caráter normativo da regra e uma perspectiva externa que percebe o comportamento consensual reiterado e as regularidades de comportamento (HART, 2000, p. 99), sem, contudo, adotar a atitude normativa de aceitação da regra.

Wintgens (2006, p. 20) chama essa perspectiva de “racionalidade externa”, porque o significado da regra é mediado por um contexto que pode se referir a questões de ordem sociológica, econômica, axiológica ou teórica e impõe, finalmente, o nível de coerência 3, que configura o ponto de vista hermenêutico. A dinâmica do ponto de vista hermenêutico é aquela a ser aplicada no último nível de coerência e se refere à conexão entre a realidade social e o objeto “Direito”, que terá como resultado uma compreensão do objeto diferente daquela que só o percebe do ponto de vista interno ou externo.

Tais princípios fornecem, no âmbito teórico-pragmático, os subsídios para uma teoria racional da legislação, porque informam o dever do legislador de, ao criar limitações à liberdade (regras), fazê-lo por meio de um processo dialógico que retira a legislação do domínio exclusivo da política e a coloca em intercâmbio com o contexto jurídico.

No contexto jurídico, a legitimidade identifica-se à aceitabilidade da regra, que será determinada não só pela autoridade que produz a norma, mas pela conexão com a realidade social e histórica para a qual o direito deve se voltar. Por conseguinte, a decisão de legislar e o conteúdo da regra são amparados por um processo comunicativo capaz de sustentar argumentos jurídicos e extrajurídicos justificados racionalmente e não somente influenciados por escolhas ideológicas, obscuras e, muitas vezes, escusas.

A percepção de que há, para o legislador, assim como para o juiz, um ponto de vista hermenêutico que traduz e operacionaliza este diálogo é uma das contribuições de Wintgens (1999) para o método que viabiliza o dever de justificação das regras jurídicas.

4.4 O ponto de vista hermenêutico do juiz e do legislador – a contribuição de Wintgens estendida

4.4.1 Os pontos de vista interno e externo

A expressão “ponto de vista hermenêutico”, cunhada pelo professor escocês Neil MacCormick (2010) com base na obra “O Conceito de Direito”, de Herbert L. A. Hart (1994), foi utilizada por Wintgens (1999) para apresentar uma forma mais adequada de fazer proposições justificadas no âmbito da validade do direito, de modo a colocá-lo em contato com a realidade social. Tal expressão é aplicável tanto ao juiz quanto ao legislador, já que ambos estão vinculados às normas e, por isso, têm uma atitude aplicativa que demanda a justificação de suas decisões como condição de validade.

É necessário elucidar, mais uma vez, que a abordagem de Wintgens (1999) se dá num contexto que toma a liberdade como *principium* – ponto de partida e motivo condutor – da ordem jurídica. Por essa perspectiva, a sociedade é vista como um conjunto de sujeitos capazes de se auto-regularem, e o direito está a serviço da realização de objetivos, entre os quais se encontra o dever do legislador de fazer as melhores regras possíveis, considerando as circunstâncias concretas.

É essa a conjuntura estabelecida para a adoção de um ponto de vista hermenêutico, que tem origem na elaboração por Hart (1994) de uma teoria analítica que compreende o direito como um sistema de regras sociais. Tais regras, nem sempre conectadas a uma sanção, são compostas por um aspecto interno que as diferencia de simples hábitos, reduzidos a um aspecto externo consistente “no comportamento regular e uniforme que qualquer observador pode registrar”, sem que o desvio deles seja objeto de crítica (HART, 1994, p. 65). Essa característica sociológica, embora também presente nas regras, não seria suficiente para explicar a sua obrigatoriedade, fato que conduziu Hart (1994) à inclusão de um elemento psicológico na consideração da diferença entre regras e hábitos

O elemento psicológico foi amparado pela inclusão de um aspecto interno das regras e refere-se à necessidade de existir

[...] uma atitude crítica reflexiva em relação a certos tipos de comportamento enquanto padrões comuns e que ela própria se manifeste crítica (incluindo auto-crítica), em exigências de conformidade e no reconhecimento de que tais críticas e

exigências são justificadas, o que tudo se expressa caracteristicamente na terminologia normativa do “ter o dever de”, “ter de” e “dever”, “bem” e “mal”. (HART, 1994, p. 66)

A adoção do ponto de vista interno, como explica Palombella (2005), levou à afirmação da existência de um juízo de validade sobre as normas que não provinha somente de espectadores externos ou ainda, somente vinculado ao sentimento dos juízes e dos agentes do Estado competentes para a aplicação de sanções. Tal juízo colocou, por outro lado, o sujeito na condição de participante consciente, “que têm as regras do jogo como essenciais para orientar e decidir os seus próprios comportamentos” (PALOMBELLA, 2005, p. 252). A configuração de uma atitude crítica reflexiva leva em conta a consciência e aceitação das regras compartilhadas pelos sujeitos como padrões constituintes de uma prática social capaz de sustentar expectativas de confiança nas interações ocorridas entre os próprios sujeitos, assim como entre eles e o Estado.

Essa visão apontou a contribuição da pressão social dentro de um contexto que pressupõe a crença no funcionamento normal desse sistema de regras como forma de manter o equilíbrio e a paz social, considerando que esta seja a preferência da maioria das pessoas.

Neste ponto, parece ficar claro como a constatação da existência de um ponto de vista interno ampliou o sentido de validade para além da mera eficácia (PALOMBELLA, 2005) – aplicação das normas pelos tribunais –, para estabelecer a vinculação da norma a um ordenamento existente porque amparado por uma pressão social que, em certo grau, impõe a efetividade do sistema⁷⁵.

Apresentando algumas objeções à elucidação das regras feita por Hart (1994), especialmente quanto à caracterização das atitudes significativas que informam o juízo de valor sobre a obrigatoriedade da regra, MacCormick (2010) diferenciou, no aspecto interno da regra, a existência de dois elementos, um cognitivo (reflexivo) e outro volitivo (crítico).

O elemento cognitivo refere-se à capacidade de reconhecer padrões de comportamento e correlacioná-los a circunstâncias concretas, assim como à capacidade de avaliar a conformidade ou desconformidade de um comportamento em relação ao padrão contido na regra. Nele, encontra-se estabelecido o elemento da compreensão como necessário às avaliações que recaem sobre a regra.

⁷⁵ Não é possível afirmar que todos aceitam e preferem as regras postas. Alguns apenas se comportam de acordo com as regras, embora delas discordem, para evitar a censura da comunidade, ou ainda para evitar a sanção.

Já o elemento volitivo ou de vontade diz respeito a um desejo ou preferência de que o comportamento ou a sua abstenção ocorra quando incidam as circunstâncias previstas na regra, e não está, necessariamente, vinculado à compreensão da regra. É perfeitamente possível, como exemplo, compreender uma norma que criminaliza a discriminação contra homossexuais sem, no entanto, aceitá-la.

Em outro trabalho, considerando a incerteza quanto aos aspectos a que se referiam a diferenciação entre interno e externo sobre níveis de compreensão ou adesão volitiva, MacCormick (2008) chegou a fazer diferenciações intrínsecas ao ponto de vista interno. Ele considerou, nesse sentido, a possibilidade de um ponto de vista interno somente em termos cognitivos, reduzido à compreensão das normas e dos comportamentos normativos, mas desinteressado quanto à vinculação à norma ou a aspectos externos ao sistema.

Wintgens (1999) relacionou essa visão à possibilidade de formulação de um juízo objetivo de validade, que encontra resposta somente dentro do próprio sistema. Esse ponto de vista puramente cognitivo foi criticado por ele, ao avaliar que a redução da análise do direito ao aspecto cognitivo feita por um teórico impõe que o significado da regra deve ser extraído do próprio sistema, ou ainda que ela tem significado por si mesma. Tal seria a perspectiva de um sujeito que percebe a validade do direito somente no seu aspecto formal relativo às relações entre as normas do sistema.

Aplicando tal ponto de vista ao direito, o sistema jurídico seria uma representação ideal da realidade, sem significados relevantes produzidos fora dele, conforme sustentado pelo paradigma do legalismo forte (WINTGENS, 1999). Isso impediu a consideração de uma atitude interpretativa por parte do sujeito e reduziu o pensamento jurídico a uma questão de obediência às regras.

Ultrapassado o ponto delineado acima, volta-se novamente à teoria de Hart (1999), quando diferencia os pontos de vista interno e externo. O primeiro, vale repetir, implica o reconhecimento da existência da regra válida que, talvez, seja aceita pelo sujeito como fonte de obrigação (PALOMBELLA, 2005). Já o ponto de vista externo será dividido por Hart (1999) em dois: o de um observador que percebe, compreende as regularidades de comportamento e correlaciona as reações hostis aos desvios de conduta, o que lhe permitirá viver no grupo observado, ainda que não compartilhe com eles a atitude normativa em relação às regras; ou ainda, o de um observador que pode não compreender o caráter

vinculante do direito, e ser apenas capaz de observar e descrever as regularidades comportamentais.

Nos dois casos, denominados por Hart (1994, p. 99) de “ponto de vista externo extremo”, o observador apenas é capaz de descrever a situação observada, sem fazer uma representação adequada das regras, porque não compartilha do ponto de vista interno do grupo. Isso significa que o observador, do ponto de vista externo, não leva em consideração as conexões existentes entre as normas, ou melhor, não tem interesse do ponto de vista da validade.

Tomando tais pontos de vista como referência para abordagens do direito, Wintgens (1999) relacionou o ponto de vista interno à tarefa de simples descrição e sistematização do direito. Nesse caso, o teórico ou acadêmico é um membro da comunidade jurídica e sua análise parte da posição do sujeito legal ou do juiz, cujo objeto de estudo são as normas postas. Essa seria a perspectiva da Escola da Exégese e da dogmática jurídica tradicional. O ponto de vista externo, por outro lado, enxerga o direito apenas como fatos observáveis, sem a consideração do seu caráter vinculante, motivo pelo qual Wintgens (1999) o identificou aos estudos jurídicos sobre consistência normativa da lógica deôntica, ou à análise restrita das qualidades formais do texto normativo no contexto da técnica legislativa.

4.4.2 O ponto de vista hermenêutico

Considerando a inadequação do ponto de vista externo extremo para formular uma análise das regras, MacCormick (2010) procurou uma resposta adequada à postura que deve ser adotada pelos juristas ou teóricos do direito, independentemente do compromisso que ele próprio tenha em relação às regras (sem necessidade de compartilhar a preferência pela regra), para compreender e descrever as regras do ponto de vista interno. O ponto de vista interno não seria adequado, pois, como explicado por Wintgens (1999), sua perspectiva concentra-se somente no interior do sistema e, por isso, não considera o que está fora dele como direito ou como complemento a ele.

MacCormick (2010) dirigiu seu olhar, então, para o ponto de vista externo “não extremo” (2010, p. 58), relacionando-o aos aspectos volitivo e cognitivo do ponto de vista interno, e o denominou “ponto de vista hermenêutico” (2010, p. 58). Por esse ponto de vista,

o sujeito entende os padrões de comportamento e considera o aspecto volitivo – a preferência pela regra –, mas não necessariamente compartilha tal preferência pela conformidade com determinado padrão de comportamento.

Assim, como ressaltado por Wintgens (1999), as observações feitas de um ponto de vista hermenêutico o são por um ponto de vista externo que inclui a descrição do ponto de vista interno do ator. Nesse caso, o acadêmico ou estudioso descreve as regras do sistema jurídico com base no discurso jurídico emitido por aqueles que o vivenciam e o produzem do ponto de vista interno, mas o próprio acadêmico não tem ou precisa ter comprometimento com tal discurso.

Para exemplificar tal ponto, Wintgens (1999) cita a relação entre sociologia e dogmática jurídica considerada por Max Weber, que analisou o direito como atividade do ponto de vista das representações que os sujeitos fazem sobre o sentido e da validade das proposições jurídicas, embora não houvesse necessidade de afirmar a correção de tais representações sobre o ponto de vista jurídico. Partindo, então, dos significados comuns, o sociólogo, adotando o seu ponto de vista, que é externo ao direito, adicionou a eles a sua perspectiva e os redefiniu.

Para Wintgens (1999), a combinação dos dois pontos de vista dá, com a criação de significados alternativos, azo ao aperfeiçoamento do sistema. Isso porque o observador, ao adotar o ponto de vista hermenêutico, por meio da intercessão que faz com o contexto social, aduz novos sentidos para as regras e as reintroduz ao sistema, em um processo comunicativo que implica uma melhor compreensão do direito e, pode-se dizer, a sua evolução para adequar-se às transformações sociais e à consciência jurídica da comunidade.

4.4.3 O ponto de vista hermenêutico do juiz

Para dizer que há um ponto de vista hermenêutico aplicado ao juiz, Wintgens (1999) explica primeiramente como funciona a interpretação do direito fora de um contexto puramente positivo-legalista, por meio da diferenciação entre a existência da lei e o seu significado. Decorre daí que, embora a validade da lei não esteja vinculada, por exemplo, a um aspecto moral, há aí uma interação que não pode ser ignorada pelo direito. Afinal, é também por essa interação que o significado das proposições jurídicas é determinado, até

mesmo porque – e neste ponto vamos ao encontro da validade material do direito – a moralidade pode desempenhar um papel legitimante ou reforçar a legitimidade da regra dentro da prática social.

Essa função desempenhada pela moralidade pode ser estendida a outras explicações ou representações sobre o direito feitas no âmbito da economia, das ciências sociais e da teoria política, entre outros, e, por isso, pode-se afirmar que os argumentos usados no discurso judicial para justificar a interpretação da regra com base nesses materiais desempenham um importante papel que não pode ser desconsiderado pela ciência do direito. Essa postura implica, segundo Wintgens (1999), que os juízes são capazes de, partindo do seu ponto de vista interno, incluir pontos de vista externos que aderem, por meio da decisão judicial, ao contexto jurídico propriamente dito.

Essa perspectiva é possível diante do abandono da postura legalista forte e da compreensão de que o sentido das regras só pode ser buscado e encontrado dentro do próprio sistema. Ao adotar o ponto de vista hermenêutico, o estudioso analisa o comportamento contido na regra incluindo o ponto de vista do ator jurídico (o juiz), que apontará uma ação significativa do ponto de vista do direito, embora ele não aceite a regra da mesma forma que o juiz (o que revela diferenças quanto ao seu aspecto volitivo).

No entanto, como juiz e estudioso compartilham a postura de exploração dos significados (aspecto cognitivo), ou seja, interpretam as regras, as acepções das regras elaboradas pelo estudioso devem ser vistas pelo juiz como fontes colaboradoras que, tomando um ponto de vista hermenêutico, delas faz uso para redefinir o significado da norma para aqueles que a ela aderem, de um ponto de vista interno. A tarefa do juiz é, por conseguinte, escolher um sentido elaborado pelo estudioso e conectá-lo ao sistema jurídico de forma argumentativa, cujo intuito é justificar a decisão.

A dinâmica do ponto de vista hermenêutico, como elucidada por MacCormick (2010), é, originariamente, compreendida partindo-se do ponto de vista externo de um sujeito que não necessariamente tem qualquer compromisso volitivo pessoal com a regra, mas compartilha do elemento cognitivo do ponto de vista interno da conduta que pretende compreender e descrever. Wintgens (1999, 2006), por outro lado, compreende que essa dinâmica pode ser utilizada em sua forma invertida para tratar da posição do juiz e do legislador, de forma que se origine do ponto de vista interno e se direcione a um ponto de vista externo. Parece não haver, de fato, qualquer prejuízo para a perspectiva proposta por

MacCormick (2010), pois o que importa para a adoção do ponto de vista hermenêutico é que haja o compartilhamento do elemento cognitivo do ponto de vista interno sobre o qual recai a análise do direito.

O entendimento expressa-se, para o juiz, pela seguinte fórmula: *ponto de vista hermenêutico do juiz equivale ao ponto de vista interno do juiz, incluindo o ponto de vista hermenêutico do estudioso*, e é assim justificado:

As decisões judiciais são precedidas de explicações da regra que são tudo menos uma operação dedutiva. Ela se refere a aspectos externos que podem ser incorporados ao entendimento da regra [ponto de vista interno do juiz] no processo de aplicação. (WINTGENS, 1999, p. 28, tradução nossa)⁷⁶.

4.4.4. O ponto de vista hermenêutico do legislador estendido – operacionalização do diálogo

Para explicar o ponto de vista hermenêutico do legislador é preciso relembrar, como já ressaltado acima, que ele está vinculado às normas constitucionais e, portanto, também detém uma atitude aplicativa em relação à constituição, a qual demanda dele a interpretação das normas e do contexto a que elas se referem. Essa perspectiva coloca juízes e legisladores num mesmo plano, pois ambos criam e interpretam normas, embora em dimensões diferentes, já que a liberdade para atuar é maior para o legislador, enquanto impera para o juiz a vinculação às leis e não só à constituição.

Adotando-se esse pano de fundo, Wintgens (2006) salienta que a sujeição do legislador às regras constitucionais pode ser determinada de forma positiva, na pretensão de que os direitos e deveres criados sejam efetivamente exercidos, protegidos e aplicados. “Parece-se, preferencialmente, com um dever de aspirar às melhores regras possíveis em relação a uma mera aspiração política para fazê-lo. É sobre esta condição que um sistema legal faz sentido como um todo do ponto de vista legisprudencial.” (WINTGENS, 2006, p. 22, tradução nossa).⁷⁷

⁷⁶ “Judicial decisions are preceded by explanation of the rule that is all but a deductive operation. It refers to external aspects than can be incorporated in the understanding of the rule in the process of application.” (WINTGENS, 1999, p. 28)

⁷⁷ “It resembles rather a duty to aspire to the best possible rules than a simple political aspiration to do so. It is on this condition that the legal system starts making sense as a whole from the legisprudential point of view.” (WINTGENS, 2006, p. 22). Parece-nos perfeitamente possível que a aspiração política do legislador possa estar intimamente ligada à aspiração de fazer as melhores regras possíveis. Já

A legisprudência pretende, nessa esteira, colocar o legislador em uma posição ativa perante o ordenamento jurídico; colocá-lo diante do reconhecimento da possibilidade de verificar a racionalidade da legislação, fato operacionalizado, em certa medida, pelo controle de constitucionalidade das leis. Invoca-se, assim, um sentido de racionalidade da atividade legislativa que implica “[...] evidenciar a importância de um ordenamento jurídico coordenado, cujas leis tenham não só um mínimo de eficácia social, mas que otimizem esta eficácia posto que seu conteúdo possa realizar direitos fundamentais e permitir sua tutela jurisdicional” (SOARES, 2004, p. 240). Por conseguinte, tanto o conteúdo, quanto o procedimento são pontos-chaves no tratamento do tema.

Para operacionalizar essa racionalidade, Wintgens (1999) salienta a necessidade de adoção do ponto de vista hermenêutico, ao dizer que este é o ponto de vista que o jurista, seja ele teórico ou juiz, deve ter para fazer asserções sobre o direito. Também o legislador deve adotar o ponto de vista hermenêutico para concretizar o modelo procedimental legisprudencial, mais apropriado para elaborar as melhores regras possíveis (WINTGENS, 1999).

A cognição da realidade em que tem lugar a atividade legislativa, geralmente, é mediada pela entrada de dados já trabalhados por estudiosos e transformados em conhecimento doutrinário, pelo discurso do Judiciário e da Administração Pública, assim como pelas demandas apresentadas por grupos de interesses ou pelo discurso dos participantes e envolvidos em demandas perante o poder público. É sobre esse ponto que recai a análise de Wintgens (1999), pois, segundo ele, ao adotar o ponto de vista hermenêutico, outras formas de validade, de cunho axiológico e relacionadas ao contexto histórico-social, são conectadas ao elemento cognitivo que compõe o ponto de vista do legislador – elemento compartilhado com o ponto de vista externo – e ampliam sua visão sobre o sistema jurídico e a realidade.

Na dinâmica que rege o ponto de vista hermenêutico do legislador, a validade formal está relacionada ao elemento volitivo que compõe o seu ponto de vista interno, pois não só o legislador aceita as regras constitucionais como limites materiais à sua liberdade de

ressaltamos, inclusive, a relação dessa aspiração de compromisso assumido pelo legislador à compreensão do sistema jurídico de acordo com a perspectiva do jurisprudencialismo afirmado por Castanheira Neves, citada no item 4.1.

criar regras, como atua por meio de um procedimento regulado tanto pela constituição, como por legislação infraconstitucional. Como uma questão intra-sistêmica, a validade formal permanece como o ato de promulgar a lei de acordo com regras procedimentais que regulam a atividade legislativa. No entanto, o processo de legitimação das normas aí não se encerra, já que o legislador leva em consideração um ponto de vista externo na determinação dos elementos cognitivos da regra, e do processo interpretativo que precede a elaboração das leis resultará o conteúdo que as preencherá.

Em síntese, o ponto de vista hermenêutico, como elaborado por Wintgens (1999), é uma forma teórica de expressar a possibilidade de inclusão de informação extralegal no ordenamento e, assim, conectá-lo à realidade social à medida que a incorporação do ponto de vista externo representa um ganho de possíveis sentidos para as normas. Ele pode ser expresso da seguinte forma:

Ponto de vista hermenêutico do legislador: ponto de vista interno do legislador incluindo o ponto de vista externo.

Contudo, na exploração do tema, não fica claro se o ponto de vista externo deve ser somente o de um estudioso, embora o autor exponha sua teoria com foco nessa possibilidade. A análise aqui pretendida recai sobre essa aparente omissão, mas, antes de levá-la a cabo, é preciso esclarecer de que forma o método hermenêutico, fundamental ao desenvolvimento da legisprudência, pode ser operacionalizado dentro do sistema como critério vinculante de controle da atividade legislativa, a qual é considerada, na prática atual, essencialmente política e só deve se vincular ao critério de validade formal estabelecido pelo sistema.

Para não sujeitar a existência de uma legislação racional a fatos contingenciais ou às convicções pessoais de cada legislador, Wintgens (1999) explorou o exemplo do Tribunal Constitucional Alemão, que, na demanda por excelência legislativa, ainda que sem amparo constitucional expresso sobre tal fundamento, estabeleceu cinco critérios expostos como deveres para medir a qualidade da legislação de um ponto de vista legisprudencial, quais sejam: “(1) um dever de estabelecer os fatos, (2) um dever de proporcionalidade, (3) um dever de prognóstico ou avaliação prospectiva, (4) um dever de levar em consideração as circunstâncias futuras, (5) um dever de corrigir a legislação em um estágio posterior ou

avaliação retrospectiva” (WINTGENS, 1999, p. 38, tradução nossa)⁷⁸.

A fim de impelir o legislador a demonstrar a forma como chegou à decisão legislativa, o Tribunal Constitucional Alemão, fazendo uso do ponto de vista hermenêutico no processo de decisão, tornou jurídico o dever de reflexão criado pela doutrina alemã, sob argumento justificado no fato de tal dever ser derivado dos princípios do Estado de direito, do federalismo e do princípio da democracia (WINTGENS, 1999). O Tribunal não só determinou que as escolhas do legislador fossem avaliadas em relação aos efeitos produzidos, como demandou do legislador que suas decisões tivessem como base o contexto social e a dimensão do tempo como fatores de mutação legislativa.

Tal posição, no entanto, encontra um obstáculo no princípio da separação dos poderes, embora, do ponto de vista salientado por Wintgens (1999), ela seja legítima, pois não resulta na interferência efetiva pelo Tribunal no elemento volitivo que compõe o ponto de vista do legislador. O que ocorre de fato, como explicou Wintgens (1999), é o compartilhamento do elemento cognitivo relativo à medição de qualidade da legislação presente tanto no ponto de vista hermenêutico adotado pela Corte, como no ponto de vista hermenêutico do legislador.

Como Wintgens (1999) pretende estabelecer uma teoria normativa da legislação, a criação de deveres de boa legislação pela Corte Constitucional é uma forma de inserir no ordenamento jurídico os critérios jurisprudenciais referidos. No entanto, o autor vincula a adoção do ponto de vista hermenêutico por juízes e legisladores à exigência de coerência das decisões estabelecida em uma teoria da coerência como princípio da jurisprudência, já explorada acima. Por conseguinte, as decisões do juiz e do legislador devem estar coerentes não só com o sistema – considerando o ponto de vista interno –, como também devem encontrar respaldo na realidade à qual se dirigem.

Decorre daí que as decisões do juiz e do legislador devem, nos níveis de coerência 2 e 3, apresentar argumentos que justifiquem, quanto ao segundo nível, a interpretação sistemática do ordenamento e a mudança de posição ou alteração da regra e, quanto ao terceiro nível, apresentar argumentos que justifiquem a inclusão de dados extralegais no sistema, de forma a manter o ordenamento ligado de modo coerente à realidade social e a

⁷⁸ “[...] (1) a duty to establish facts, (2) a duty to balance, (3) a duty of prognosis or prospective evaluation, (4) a duty to take future circumstances into consideration and (5) a duty to correct legislation at a later stage or retrospective evaluation.” Em outro texto, Wintgens (2004) expõe esses critérios como princípios da jurisprudência.” (WINTGENS, 1999, p. 38)

valores e princípios que dão validade material ao direito.

É sob tal aspecto que parece ser pertinente ampliar – ou evidenciar um ponto omissis – o alcance da teoria de Wintgens (1999) para afirmar que, na adoção do ponto de vista hermenêutico do legislador, pode ser incluído o ponto de vista hermenêutico do juiz. Esclarece-se tal proposição pela adoção da seguinte estrutura:

Ponto de vista hermenêutico do legislador: ponto de vista interno do legislador incluindo o ponto de vista hermenêutico do juiz.

Essa seria a posição inversa daquela adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão, ao instituir para o legislador o dever de criar leis de qualidade. Nesse caso, o ponto de vista externo adotado pelo legislador seria o ponto de vista hermenêutico do juiz, que detém, de fato, uma visão diferente do ordenamento daquela do legislador – situação que resulta na possibilidade de incorporação pelo legislador de novos *inputs*. Tais *inputs* constituem-se, nos argumentos apresentados pelas cortes, no trabalho de interpretação das normas e justificação das decisões, muitas vezes integradas pela contribuição da doutrina (CASTANHEIRA NEVES, 1982, p. 278) e, especialmente, pela participação, em contraditório, dos sujeitos no processo judicial (SOARES, 2004; SANTOS, 2011).

O compartilhamento do elemento cognitivo do ponto de vista hermenêutico das Cortes pelo legislador produz dois efeitos muito claros. Em primeiro lugar, o cumprimento parcial do dever de avaliação retrospectiva da lei, que torna imprescindível a verificação dos resultados da atividade jurisdicional, em que são decididas as controvérsias sobre a validade do direito e também sobre os fatos que ensejaram a produção da regra legislativa⁷⁹. Daí decorre, inclusive, a possibilidade-dever de correção do ordenamento, diante da avaliação do impacto normativo e social das decisões do Judiciário.

Por outro lado – e este é o segundo efeito da interpretação legislativa que recai sobre a atividade jurisprudencial –, a adoção de tal postura implica a consciência e a responsabilidade do legislador pelo movimento evolutivo do direito, que se reflete na realidade humana e social para a qual se dirige a sua atividade e, além disso, leva à consideração de que as transformações sociais muitas vezes aparecem primeiro em outras esferas, como no próprio Judiciário, mas também podem ser constituídas ou transformadas

⁷⁹ O cumprimento é dito parcial, pois a avaliação legislativa não pode e nem deve se resumir aos efeitos da aplicação das normas pelos Tribunais, ainda que ali certas questões sejam mais evidentes.

pelo Poder Legislativo. Por tal motivo, parece-nos correta a assertiva de que o legislador tem o dever de integrar à atividade legislativa “as representações sociais dos interesses e demandas que, por sua vez, integram o potencial repertório de normas forjado na experiência social [...]” – que resultam da prática jurisdicional (SOARES, 2004, p. 246).

Não há, de fato, uma inovação no que é proposto aqui, que, em síntese, compreende a criação ou alteração da legislação tendo em vista questões jurídicas decididas ou já consolidadas em textos jurisprudenciais⁸⁰, ou ainda, o uso da jurisprudência como fonte de informação para a avaliação legislativa.

Por isso, acompanhando o sentido legisprudencial de demonstrar, da melhor forma possível, que a decisão legislativa está baseada em uma escolha informada (WINTGENS, 1999), é relevante que na atividade do legislador seja considerado o discurso dos tribunais, especialmente aqueles que produzem decisões aditivas e com caráter vinculante ou cujas decisões tenham elevado grau persuasivo, como as provenientes dos Tribunais Superiores. Os argumentos nelas consubstanciados devem ser considerados como reforço na argumentação justificadora apresentada pelo legislador que almeje não só a coerência interna do sistema (nível 2), mas também a absorção dos sentidos levados ao Judiciário pelas partes e integrados ao direito no processo interpretativo, como uma das formas de relacionar o direito legislado à realidade social incorporada às decisões jurisdicionais.

Já foi amplamente demonstrado que o direito não coincide com a lei. Na verdade, embora não tenha sido objeto deste trabalho, é aceito e inquestionável que princípios, costumes e regras não positivadas desempenham um papel como base justificadora para as decisões (MACCORMICK, 2008, p. 252). Nem se questiona mais a compreensão da jurisprudência como fonte do direito, que, embora seja primordialmente determinada pela lei, nem sempre é constituída por atenção a um critério legislativo, mas muitas vezes apenas às normas constitucionais. No entanto, a dissociação operada no âmbito dogmático para lidar com o direito impediu a compreensão mais abrangente de seu caráter sistemático e da circularidade que deve ocorrer para compatibilizar a criação e a interpretação do direito dentro do sistema.

⁸⁰ É o caso, por exemplo, da regulamentação da união estável no Brasil. Sobre tal assunto, ver em: TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, p. 395 e ss.. Disponível em <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino_3.html> Acesso em 18 de maio de 2011.

Embora juízes e legisladores encontrem-se dentro do sistema – o que torna correto dizer que compartilham um ponto de vista interno –, a ausência de uma teoria normativa da legislação e a persistente prevalência do paradigma legalista separam a produção do direito de sua aplicação, como se fossem duas esferas completamente divergentes e incomunicáveis de exercício de poder. É preciso reiterar, ainda mais uma vez, que esse paradigma dificultou a elaboração de uma teoria normativa da legislação (WALDRON, 2003) sob a perspectiva da teoria do direito, ao contrário do evidente desenvolvimento doutrinário acerca da decisão judicial.

Do ponto de vista legisprudencial, não se pretende estabelecer critérios científicos que excluíssem a dimensão política da atividade legislativa, fundamental num Estado organizado democraticamente. No entanto, a criação de deveres para o legislador que impliquem uma atuação responsável no momento da criação de regras decorre do atual reconhecimento de que a legitimidade dos atos do poder público não deriva da mera atenção a procedimentos formais e da não violação das regras constitucionais, mas também da certeza de que a qualidade da legislação é uma exigência que se relaciona à própria eficácia da Constituição, em diálogo constante com o seu contexto.

4.5 O raciocínio do juiz e o raciocínio do legislador – contraposição ou complementação?

Diante da instituição de deveres a serem cumpridos pelo legislador para fundamentar a sua decisão sobre uma escolha informada (WINTGENS, 1999; SOARES, 2004), o diálogo de fontes do direito emerge da dimensão pragmática da abordagem legisprudencial e resulta na exigência de compreensão da ação legislativa como um processo comunicativo que busca a efetividade das normas e, como consequência, viabiliza uma decisão justificada, cujo fim é satisfazer a exigência de responsabilidade decisória dos atos do Estado.

A otimização do círculo normativo tem o potencial de reforçar, pela consideração mais ampla do contexto e dos seus interlocutores, a aceitação das normas e a adesão a elas, já que as noções e representações que fazem do sistema jurídico compõem o sentido de validade material do direito. Não se pode olvidar, outrossim, que a circularidade procedimental é viabilizada e estimulada pelo desenvolvimento dos sistemas de informação capazes de

documentar e relacionar as fontes do direito (SOARES, 2009), garantindo às autoridades produtoras de normas a reconstrução de cenários mais fidedignos sobre os quais devem recair a legislação.

A defesa de um diálogo entre jurisprudência e legislação requer, então, que se considere a jurisprudência como impulso à decisão de legislar (CANOTILHO, 1991; SOARES, 2004, 2007), mas também como fonte de informação que compõe uma das alternativas a serem admitidas pelo legislador para reforçar a racionalidade de sua decisão e aperfeiçoá-la.

É essencial, neste ponto, ter como premissa que a jurisprudência atua como um dos impulsos mais racionalizados no processo de produção das normas, pois a jurisdição é o espaço em que o direito age em seu sentido mais premente e tem capacidade para complementar a decisão legislativa. É também por ela que o direito atua como meio de decidibilidade de conflitos e fim de realização de valores como a justiça, cujos resultados “contribuem à formação do corpo jurídico que a legislação acabou por criar” (MACCORMICK, 2008, p. 13).

Explica-se tal assertiva pelo fato de o processo judicial ter característica participativa e ser realizado em contraditório, lidando com as representações sociais da realidade e as suas interações com as normas. O processo judicial é um meio pelo qual se compõe o sentido da norma – a qual “não opera no vazio” (SOARES, 2004, p. 28) –, já que nele são realizadas diversas conexões geradoras de sentido, tanto entre emissor (legislador) e receptor (juiz), como entre as partes e o juiz, que se deslocam dentro do procedimento, ora como receptoras, ora como emissoras de significados.

No entanto, para pensar no papel da jurisprudência como mobilizadora do processo legislativo, assim como fonte de significados que podem ampliar, elucidar ou transformar o sentido da lei, impende-se que seja reconhecida a necessidade de racionalização dos processos decisórios em uma perspectiva que considera a segurança jurídica e a certeza aceitável no Estado de Direito. Ela está instituída pela exigência de fundamentação ou justificação das decisões, num sistema que considera o caráter dialético do processo de produção do direito, tanto no âmbito judicial como no legislativo e administrativo.

A nova dimensão comunicativa de abordagem do direito demanda que seja repensada a relação entre a dogmática jurídica, o campo de estudos das normas e dos seus sentidos, e a teoria da legislação. Na divisão que se operou no interior da teoria do direito, a

dogmática jurídica e a aplicação do direito tiveram, até então, um papel preponderante em detrimento da teoria da legislação que, como seu contraponto, foi menosprezada, impedindo que o diálogo entre ambas revelasse um espaço de complementaridade.

É certo que a codificação, como elemento-chave da ciência do direito nos países que pertencem ao *civil law*, contribuiu sobremaneira para a instituição do caráter sistemático do direito e para a consolidação do Estado de Direito. Não negamos que ela apresentou à sociedade uma racionalidade logicamente construída e supostamente previsível, criando uma ficção de que seria possível encontrar todas as respostas para os dilemas interpretativos. Mas, por outro lado, esse ideal consolidou a dissociação entre o plano de decisão política, fundamentada apenas no processo legislativo, e o plano da aplicação técnico-jurídica do direito feita pelos tribunais e pelos sujeitos, fato que deu azo a teorias que garantiram ampla liberdade ao legislador soberano, admitindo-se, em princípio, qualquer conteúdo à legislação.

A racionalidade jurídico-formal, própria da dogmática jurídica e também do jurista tradicional, orientou-se sobre a compreensão do ordenamento como conjunto de normas validamente estabelecidas (ATIENZA, 1989) e as relações que consubstanciam o seu caráter sistemático. A observância do paradigma de vinculação do juiz à lei, dentro da perspectiva metodológica formulada por esta racionalidade, impôs que a norma do caso concreto seria produto de um raciocínio dedutivo-subsuntivo.

Esse modelo era tido como adequado diante da exigência de justiça formal e segurança jurídica, na medida em que “asseguraria o igual tratamento de todos os casos que preenchem as condições necessariamente formuladas de modo geral” (KOCH E RÜSSMAN, 1982 *apud* LARENZ, 2009). Por esta via, foi possível – e ainda o é – sustentar uma teoria de fontes centralizada na lei e desconsiderar a dimensão comunicativa de produção do direito, assim como o valor da prudência dos atores políticos no momento da decisão.

De fato, a aplicação do direito tem fundamental importância na manutenção e na confiança do princípio do Estado de Direito, porque não só realiza o direito, mas também invoca a consciência dos indivíduos sobre a validade e certeza do direito, assim como a confiança nas instituições, o que levou a demandar da jurisdição decisões corretas, e não arbitrárias. Por esse motivo, deve ser ressaltada a importância da tarefa de desenvolvimento do direito operada pelos aplicadores das normas, pelo que “não é indiferente o tipo de resposta que recebem na sociedade as soluções da administração do direito” (AARNIO, 1991,

p. 42)⁸¹. Essa assertiva pode ser relacionada à insuficiência do método dedutivo-subsumtivo para explicar as transformações do conteúdo do direito (LARENZ, 2009) e garantir a racionalidade das decisões.

Foi reconhecido, nessa esteira, o papel essencial da interpretação dos textos legais, entendida, em um de seus sentidos, como compreensão de enunciados que envolvem não só o texto, mas o contexto histórico e as pré-compreensões do próprio intérprete (ELLSCHIED, 2009) sobre quem recai a responsabilidade de concretização ou complementação das decisões legislativas no nível da aplicação jurisdicional do direito. Nesse sentido, foi essencial a consideração da dimensão lingüística do fenômeno jurídico, colocada em questão diante da possibilidade de o juiz escolher, no processo de interpretação, sentidos das normas que, muitas vezes, transcendem a própria lei, ou, ainda, preencher espaços vazios deixados pelo legislador.

O caráter impreciso e vago da linguagem apontou não só o risco de decisões subjetivas e arbitrárias, passíveis de ferir a estabilidade do direito, mas evidenciou que, em muitos casos (casos difíceis), não é possível obter somente uma resposta correta do processo de aplicação das normas. Por outro lado, a exigência de uma resposta adequada e razoável, em que os critérios adotados fossem relevantes do ponto de vista de uma solução justa e capaz de acompanhar as rápidas transformações sociais, revelou a tensão dentro do Estado de Direito entre segurança jurídica e certeza e entre os poderes públicos.

Esse conflito aparente encontrou um espaço de reconciliação na compreensão do caráter argumentativo do direito, reconhecendo-se que o discurso jurídico consubstanciado nos argumentos que justificam as decisões é “um caso especial de raciocínio prático [...]” (MACCORMICK, 2008, p. 23), cujas soluções são procuradas do ponto de vista do direito, sem desconsiderar, nesse processo, o peso de valores morais e sociais. Nesse campo de amplo debate que é o direito, em lugar da verdade, são colocadas como critérios de legitimidade das normas a aceitabilidade e a racionalidade das interpretações e dos argumentos utilizados pelo decisor (AARNIO, 1991). Aí também são apresentados como válidos os diversos pontos de vistas, obtidos a partir da lei ou de natureza extralegal, que concorrem para uma solução adequada dentro do direito.

O processo de argumentação, visto como processo de justificação

⁸¹ “[...] no es indiferente qué tipo de respuesta reciban em la sociedad las soluciones de la administración del derecho” (AARNIO, 1991, p. 42).

(MACCORMICK, 2006), impõe, portanto, que sejam dadas boas razões, considerando os fatos e o contexto que envolvem o problema (a causa) e as normas jurídicas pertinentes, para explicar e justificar a decisão tomada. Como afirmou Atienza (2003), a teoria da argumentação jurídica seria uma versão contemporânea de questões tradicionalmente debatidas no âmbito da metodologia do direito. Aderimos também à fala de Aarnio (1991) ao afirmar que a aceitabilidade da decisão judicial deriva de um equilíbrio entre o texto legal e outros fatores que influenciam na sua formação.

Admitida como metodologia, a teoria da argumentação jurídica, do ponto de vista de MacCormick (2008), volta-se para a interpretação e a consideração de que as normas, embora vinculem os atores, “podem ser aplicadas dentro de uma moldura de argumentos justificadores que levam a uma razoável previsibilidade dos usos da coerção estatal” (MACCORMICK, 2008, p. 41).

No cenário justificatório, argumentos que se voltam para a coerência do sistema apresentam-se não só sobre as relações das normas legais entre si, mas também como meio de derivação de normas diante da consideração do sistema jurídico preexistente como um todo. Essa perspectiva revela a importância de princípios e valores evocados pelo texto constitucional, os quais “conferem sentido a um conjunto relevante de normas jurídicas – leis e precedentes lidando com o mesmo assunto no mesmo campo do Direito” (MACCORMICK, 2008, p. 260).

A derivação de normas pela interpretação de princípios e valores permite a criação de direito novo e não positivado em normas legais. A necessidade de justificação de uma decisão que, nesse caso, identifica a atividade judicial à legislativa, demanda que sejam usados argumentos voltados para a coerência, no sentido de demonstrar que a decisão foi construída de acordo com valores e princípios extraídos do sistema jurídico vigente e presentes na consciência geral da comunidade jurídica.

Também cumpre um papel relevante na racionalidade das decisões judiciais a concepção de universalizabilidade dada por MacCormick (2008) como requisito para satisfazer o critério de aceitabilidade. Tal concepção impõe como razão que a decisão judicial deve estar comprometida com a realização de justiça imparcial, e, portanto, que, numa visão objetiva, os atos e circunstâncias que envolvem o caso decidido, caso venham a se repetir, sejam decididos da mesma forma.

Conformando-se à exigência de legalidade e segurança jurídica, MacCormick

(2008) defende a necessidade de os juízes universalizarem as regras tanto quanto possível dentro da ordem jurídica vigente. Isso não implica, contudo, que tal exigência seja absoluta, pois dado o caráter argumentativo do direito, as certezas são excepcionáveis e sujeitas a mudanças. Mas esses pontos nos conduzem, mais uma vez, à defesa de um sistema de precedentes que, tratados racionalmente num contexto dialético e argumentativo, garantem o respeito ao princípio de justiça formal, potencializam as relações de coerência no sistema e limitam a discricionariedade na atuação judicial.

Independentemente da natureza e da dificuldade do caso, concordamos com MacCormick (2006), na esteira da teoria de coerência de Wintgens (1999), que “as decisões jurídicas devem fazer sentido no mundo e devem fazer sentido também no contexto do sistema jurídico” (MACCORMICK, 2006, p. 131). Na pretensão de demonstrar a correção da decisão pela justificação, procura-se encontrar uma resposta correta dentro das margens estabelecidas pela constituição, pelas leis e outras fontes do direito que vinculam o juiz e estabelecem as diretivas de interpretação vinculadas a padrões objetivos de racionalidade e aceitabilidade do resultado.

Essa concepção parece ser plenamente aplicável à legislação como produto de uma decisão e coloca-nos diante da verificação de que os argumentos constituídos no processo de decisão judicial podem, de um ponto de vista hermenêutico, expandir o “potencial repertório de normas” e potencializar a qualidade de uma decisão legislativa informada (SOARES, 2004, p. 205).

Ao retomar este caminho, é necessário fazer algumas considerações. Defendemos a pertinência da teoria da argumentação à reconciliação entre as exigências de segurança e flexibilidade do direito, mas especialmente porque, como teoria da justificação da decisão, ela faz a defesa de um controle público de racionalidade das decisões (AARNIO, 1991; WRÓBLEWSKI, 1992).

Nesse sentido, é fundamental a contribuição que uma teoria da justificação, cujo pano de fundo é a construção da decisão por meio de uma prática argumentativa dialógica operacionalizada pelo contraditório, dá aos propósitos de qualidade e validade da lei. Ao permitir a abertura do discurso legislativo às outras fontes do direito, é possível e conveniente que os elementos cognitivos da decisão judicial sejam nele e por ele refletidos.

Na esteira desse pensamento, constata-se que a necessidade de justificação das decisões postuladas dentro de uma visão que reconhece o caráter argumentativo do direito

aponta, tanto para o juiz, quanto para o legislador, a relação entre razão prática e produção do direito. Essa razão pode ser compreendida nos termos afirmados por Atienza (1992):

Eu considero que a racionalidade prática – e provavelmente a racionalidade em geral – deve ser caracterizada preferencialmente em termos procedimentais em relação aos substanciais; como um processo de diálogo e não de monólogo; conduzida por homens em condições reais de existência e não por um espectador imparcial ou por representantes em situações originais hipotéticas; no procedimento, a objetividade é definida como a capacidade de alcançar o consenso em condições de liberdade e igualdade que já estão pressupostas no uso comum da linguagem. (ATIENZA, 1992, p. 276)⁸²

A racionalidade prática guia os julgamentos feitos com base em certezas excepcionáveis, nos quais predomina uma dimensão crítica e reflexiva do pensamento que pretende reduzir ou extirpar, no âmbito jurídico, a tensão entre segurança e justiça, além de procurar otimizar a eficácia social das normas.

De acordo com Atienza (1992), pode-se afirmar que há uma racionalidade legislativa porque a racionalidade da legislação a pressupõe, e ela pode ser traduzida como um aspecto mais complexo da racionalidade prática. Admitir, então, uma relação entre a criação do direito e a razão prática implica reconhecer a possibilidade de traçar limites à legislação, o que irá afastar a convicção de que a lei é uma decisão política sem controle racional.

Tal pensamento é, sem grandes problemas, aplicado ao juiz que, como sujeito prudente, cria o direito por meio de uma atuação ajustada às regras da razão prática que canalizam sua reflexão – limitado, em grande medida, por critérios legais, por valores, mas especialmente pela Constituição.

A exigência de um modelo de legislador racional parece, então, imperativa pelo fato de que o legislador, em princípio, detém apenas uma consciência fragmentária do processo de produção da lei, visto que ele já tem uma pré-compreensão orientada pelos interesses e crenças que o elegeram e que limitam, em certa medida, o exercício do mandato. Ao contrário do legislador, mas não em completa oposição a ele, o juiz ocupa, ao menos em tese, o seu lugar de forma mais individualizada, com uma pré-compreensão jurídica do sistema, e exerce sua função por meio de uma razão prudencial demandada pela realização de

⁸² “I consider that practical rationality – and probably rationality in general – must be characterised in procedural terms rather than substantial ones; as a process of dialogue not monologue; carried out by men in the conditions of their real existence and not by an impartial spectator or by representatives of a hypothetical original situation; and in the procedure objectivity is defined by the capacity to reach a consensus in conditions of freedom and equality which are already presupposed in the ordinary use of language itself.” (ATIENZA, 1992, p. 276).

um julgamento em que a decisão esteja justificada em termos racionais e objetivos, à luz da ponderação dos argumentos e fatos apresentados.

Sem desconsiderar a existência de ideologias e subjetivismos que interferem nos processos decisórios, a possibilidade de uma teoria normativa da legislação que se relacione a uma razão prática sustenta-se sobre um campo em que as ações e justificção por parte do legislador encontram um parâmetro objetivo e cognoscível de racionalidade, capaz de selecionar os melhores meios para maximizar os seus fins (AMADO, 1997).

O ponto de vista aqui adotado e salientado anteriormente evoca, outrossim, a prudência do legislador como a virtude de inserir em seu contexto e internalizar em suas ações a dimensão jurídico-normativa do processo legislativo. Por isso, sustenta-se que à razão prática do legislador vincula-se a prudência como sabedoria voltada para a capacidade “de sopesar soluções, apreciar situações e tomar decisões” (FERRAZ JR., 1993, p. 57), também entendida como “busca de uma compreensão mais completa e mais adequada da coisa que está sendo discutida” (VILLEY, 2008, p. 265).

É nesse sentido que o raciocínio usado para falar da prudência do juiz aplica-se ao legislador: se legisladores e juízes fazem coisas similares, a desmistificação da figura do legislador super-racional, agora limitado materialmente por normas constitucionais que demandam dele ações positivas para torná-las realizáveis, impõe que sejam aplicadas também a ele regras de razão prática, instituidoras de um “modelo de legislador operativamente racional” (AMADO, 1997, p. 309, tradução nossa)⁸³, objeto de análise no próximo item.

4.5.1 A prudência do legislador no contexto de racionalidade da legislação

Por uma dimensão pragmática e operacional, a prudência do legislador implica a adoção de um ponto de vista compreensivo, voltado para o uso de instrumentos jurídicos capazes de concretizar a ideia de liberdade como *principium* e a autonomia dos sujeitos dentro de um Estado Democrático.

Assim, ainda que a legislação consubstancie uma decisão política, a sua legitimação demanda, como foi aqui sustentado, uma racionalidade que tem várias dimensões:

⁸³ “[...] modelo del legislador operativamente racional.” (AMADO, 1997, p. 309).

a racionalidade formal, relacionada ao procedimento, à inteligibilidade das leis e às questões de sistematicidade do direito, como plenitude e coerência do ordenamento (ATIENZA, 1989); a racionalidade material, voltada para a reflexão sobre os meios e instrumentos adequados ao alcance de fins e valores eticamente justificados (ATIENZA, 1989); a racionalidade comunicativa, que, intimamente relacionada às outras, impõe a discussão pública e a participação nos processos decisórios estabelecidos pelo contraditório (AMADO, 1997; SOARES, 2004).

A inserção da jurisprudência na proposta de diálogo de fontes deve considerar, nesse contexto, as racionalidades afirmadas acima, de acordo com o que a perspectiva legisprudencial e o ponto de vista hermenêutico. Em correspondência à racionalidade formal e material, temos a legística formal e material, articuladas no propósito de justificar a decisão e o conteúdo da legislação.

A legística formal ou técnica legislativa interessa-se pelos aspectos formais da legislação e de sua inserção no sistema e se relaciona à linguagem e comunicação das normas. A partir do conhecimento do conteúdo que será positivado, o legislador, considerando a exigência de racionalidade formal, deve refletir sobre a forma apropriada do ato, nível, competência, densidade normativa e, conseqüentemente, sua clareza e coerência dentro do ordenamento.

A legística material tem como objeto o desenvolvimento de um procedimento metódico para a construção e escolha do conteúdo das leis, assim como para a sua aplicação e avaliação. Utiliza-se de técnicas como *check list*, modelização causal e reconstrução de cadeia de fontes, “que permitem tanto realizar diagnósticos e prognósticos como verificar o nível de concretude dos objetivos que justificaram o impulso para legislar e os resultados obtidos a partir da sua entrada em vigor” (SOARES, 2007, p. 8).

O processo metódico que se desenvolve de maneira analítica, antes da efetiva redação do projeto de lei, está consubstanciado em etapas, todas inter-relacionadas, concomitantes e não lineares, quais sejam: definição do problema, determinação de objetivos, estabelecimento de cenários alternativos, escolha de soluções, avaliação prospectiva ou *ex ante*, execução e avaliação retrospectiva ou *ex post* e adaptação ou correção da legislação (DELLEY, 2004; MADER, 2007). A divisão em etapas apenas facilita a compreensão do funcionamento do processo, mas não deve sobrepujar o seu caráter interativo.

Na adoção da metodologia da legística material que resultará na justificativa para

o impulso legislativo, o diálogo entre fontes do direito tem fundamental importância para a determinação do problema. Vale reiterar que a jurisprudência atua, no contexto apresentado, de duas formas: como impulso inter-orgânico condicionante da decisão de legislar, ou seja, impulso situado no domínio do poder político constituído constitucionalmente (SOUZA, 1991) que evidencia uma tensão entre o estado presente e a situação desejada; ou ainda, no âmbito da avaliação legislativa, como “manifestação da cultura jurídica” (SOARES, 2007, p. 10) e, portanto, como representante da faticidade da norma, dos questionamentos sobre sua validade. A interpretação do direito feita pelos tribunais é, nesse caso, uma fonte que forma o repertório de sentidos que podem compor as normas, ora ampliando o círculo normativo, ora fornecendo dados para corrigi-lo.

Adotando-se, então, um ponto de vista hermenêutico, o legislador lança um olhar sobre a fala dos tribunais e, pelo procedimento metódico da legística, analisa a situação presente, definindo o problema ao qual está vinculada uma intenção de legislar da forma mais precisa possível para, posteriormente, propor quais os fins deseja alcançar, assim como os meios e instrumentos para tanto.

Quando a jurisprudência atua, em grande medida junto a outros fatores, como impulso para legislar, geralmente há um conjunto de leis ou normas que, de alguma forma, têm conexão com a matéria a ser legislada. A análise da situação presente impõe, nesse contexto, a verificação de causas e, de modo geral, fatores que concorrem com fonte do problema, entre eles: omissão legislativa na regulamentação de determinada matéria; lacunas na aplicação da lei por deficiências na elaboração do texto; inadequação dos meios aos fins, como resultado de uma análise, ainda que precária ou parcial, da situação; ininteligibilidade do texto; inconstitucionalidade da norma; e, por fim, evolução do problema ao longo do tempo, podendo-se fazer um prognóstico sobre a necessidade de intervenção legislativa para corrigir uma situação (DELLEY, 2004; FLÜCKIGER, 2007).

Uma das técnicas utilizadas pela jurisprudência, no âmbito da legística material, para representar o problema é o gráfico de modelização causal. Segundo Delley (2004, p. 113),

Ele permite visualizar o problema decompondo-o em diferentes fatores, estabelecendo os elos (relações de causa e efeito) entre esses fatores e a natureza desses elos (fortalecimento e enfraquecimento). A vantagem dessa modelização, puramente qualitativa, é facilitar a vista panorâmica do problema e de seus diferentes elementos sob uma perspectiva dinâmica, o que não é possível com a mera verbalização do problema.

A jurisprudência, ou decisão judicial, pode tanto representar o problema propriamente dito, como compor um ou mais fatores que funcionam como causa ou efeito para o problema que demanda uma intervenção legislativa. Como técnica que otimiza a qualidade da lei, o gráfico de modelização causal ajuda a apontar os fatores que determinam a situação de tensão e as relações entre esses fatores, de modo a compreender a dinâmica e a complexidade do problema (DELLEY, 2004). Também Delley (2004) afirma que a qualidade dessa etapa é fundamental para garantir ao legislador uma descrição da realidade que lhe possibilitará atuar de forma mais adequada e, assim, produzir normas que sejam eficazes.

A racionalidade da legislação não se esgota aí, pois todo o processo de produção racional de leis pressupõe, nesta pesquisa, o Estado democrático constitucional. Não só regras procedimentais e técnicas que maximizem a eficácia das normas devem ser consideradas, mas também uma racionalidade que reflita o axioma democrático de identificação entre o povo e a decisão normativa, ou melhor, uma decisão legislativa ou regulatória que concilie as convicções da comunidade para a qual se destina e em meio a qual será aplicada, considerando também o respeito às minorias. É salutar a contribuição de Amado (1997) sobre esse aspecto:

A efetividade do princípio democrático exige algo mais que a pura articulação formal de certos órgãos depositários de representação; supõe, no que se refere à legislação, à organização prática e procedimental de uma certa racionalidade que tem seu eixo no respeito aos interlocutores e à sua igualdade, e no procedimento que assegura tudo isso e a transparência do resultado. (AMADO, 1997, p. 314, tradução nossa)⁸⁴

Por isso, é pertinente afirmar que a racionalização não diz respeito somente ao aperfeiçoamento do sistema por meio de técnicas, mas deve, também, estabelecer critérios que ampliem o grau de aceitabilidade e receptividade dos interesses que estão em jogo no processo (CHEVALLIER, 1992; SOARES, 2004). Isso ocorre pela possibilidade de participação e pelo estímulo a ações que traduzam o consenso ou um equilíbrio possível de interesses. Ao ampliar o círculo normativo pela avaliação e conhecimento da jurisprudência, de forma indireta, isso também é concretizado pelo legislador prudente.

E se é esperado em um sistema democrático que haja perdedores, a prudência

⁸⁴ “La efectividad del principio democrático exige algo más que la pura articulación formal de ciertos órganos depositários de la representación; supone, em lo que a la legislación se refiere, la plasmación práctica y procedimental de una cierta racionalidad que tiene su eje em el respeto de los interlocutores y de su igualdad y em el procedimiento que asegura todo ello y la transparencia del resultado”. (AMADO, 1997, p. 314).

legislativa deve ser invocada com maior substância, pois dela deve derivar uma justificativa satisfatória que demonstre o tratamento justo das partes e considere os resultados das diferenças. O argumento parte da assertiva de que em uma sociedade pluralista, a decisão política está sempre sujeita a ser desafiada pelos perdedores (INOUE, 2007).

4.6 Impulsos concretizados pelo Poder Judiciário: um apelo ao legislador racional

4.6.1 Contexto

Ao falarmos de diálogo de fontes, no item 3.2.2, suscitamos a crise da representação política, assim como a super-atuação do Poder Judiciário na atualidade. O panorama delineado deve-se, em larga medida, à transformação da representação social da política, revelada pelo esvaziamento do espaço público (BAUMAN, 2000) e pelo crescente distanciamento entre indivíduos e partidos políticos (Sorj, 2004). O desprestígio da classe política é evidente, diante da incapacidade de envolver a sociedade e dar-lhe respostas mais rápidas.

Por outro lado, a fragmentação dos interesses e o enfraquecimento dos laços que conectam o indivíduo à sociedade parecem colocá-lo em uma posição solitária, diante de um ideal de vida distorcido que tem como referência o sucesso monetário e a capacidade de consumo. Essa perspectiva dá vazão a certas crenças radicais, que ignoram a partilha de valores como liberdade e igualdade, e impedem o indivíduo de integrar a sua identidade a uma dimensão pública. Daí se vê que a crise da representação não se liga somente às ações ou omissões lesivas praticadas pelos representantes do povo, mas também por uma acomodação e percepção de impotência coletiva que ignora a efetiva concretização de um bem comum (BAUMAN, 2000).

Nesse contexto de desfazimento da utopia social, já descrente também da capacidade do Poder Executivo de atender às exigências internas sociais e satisfazer os anseios do mercado mundial, ao Poder Judiciário foi incumbida a tarefa de integrar os sujeitos e garantir a realização dos direitos. De fato, questões alinhadas ao discurso dos direitos humanos (SORJ, 2004), sobre tensões éticas, econômicas e sociais que têm grande impacto na sociedade, foram retiradas do espaço público para serem objeto de apreciação pelo

Poder Judiciário.

O alicerce teórico que permite aos juízes exercerem um papel preponderante no cenário institucional brasileiro é novo constitucionalismo ou neoconstitucionalismo, que renova a força normativa da Constituição, cujas regras têm eficácia imediata, colocando-a assim no papel central de fundamento de validade de todo o sistema jurídico.

O neoconstitucionalismo, reforçado pela estrutura extremamente analítica da Constituição, e, como salientou Barroso (2008, p. 4), “desconfiada do legislador”, apresenta características que pretendem oferecer instrumentos jurídicos para garantir a concretização de direitos fundamentais. Essas características foram apontadas por Mendes, Coelho e Branco (2008): preponderância da Constituição em relação às leis; juízes em detrimento de legisladores; princípios no lugar de regras; ponderação ao invés de subsunção; concretização no lugar de interpretação.

A partir daí foram dadas as condições teóricas e funcionais aos agentes de interpretação e aplicação do direito para o exercício do controle de constitucionalidade das leis, transferindo a eles as expectativas sociais de efetiva mudança e realização de justiça. Como consequência, o poder normativo dos tribunais aumentou – especialmente o da Jurisdição Constitucional representada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal (STF) –, evidenciando-se o caráter inovador e político das decisões que, em última instância, interpretam as leis.

Tal é, em breve síntese, o contexto de duas decisões bastante recentes do Supremo Tribunal Federal: o reconhecimento da validade jurídica da união homoafetiva e a supressão de omissão legislativa relativa ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Em ambos os casos, o STF atuou em resposta à inércia do Poder Legislativo diante de questões que encontram profunda ressonância na sociedade brasileira.

4.6.2 Dois exemplos que apontam a demanda por racionalidade legislativa e a institucionalização do diálogo de fontes

Ao julgar conjuntamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como entidade familiar a união estável entre casais do mesmo sexo, de

acordo com voto do relator das ações referidas, o ministro Ayres Britto.

A juridicização da união estável entre homossexuais foi estabelecida por decisão judicial com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, através da realização de interpretação conforme à Constituição Federal, para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil⁸⁵ que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Para fundamentar seu voto, o Ministro Ayres Britto ressaltou a recorrência do tema e a transformação histórica pela qual passou a sociedade diante das alterações dos padrões de sexualidade admitidos publicamente. Para tanto, considerou que “o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica” (BRASIL, STF, 2011).

A decisão deu-se, essencialmente, pela aplicação do princípio da igualdade de tratamento no Estado Democrático de Direito e por ser injustificada a ingerência do Estado destinada a limitar o exercício da liberdade relativo à moral sexual privada, ou na esteira do pensamento de Wintgens (2006), a formular concepções *sobre* liberdade que impedem os sujeitos de exercerem, de forma autônoma, opções que dizem respeito somente à sua vida privada.

Algumas considerações merecem ser feitas sobre o tema em relação à análise levada a cabo por esta pesquisa. Em primeiro lugar, elucidamos a realização pelo STF de adequação da norma do art. 1.723 do Código Civil à Carta Magna, ao proferir uma sentença aditiva estendendo aos homossexuais o direito de formação de entidade familiar através da união estável. O tribunal considerou inconstitucional qualquer interpretação que “se põe em rota de colisão como Texto Magno Federal” (BRASIL, STF, 2011).

Embora a Corte afirme ter realizado uma interpretação conforme à Constituição perante o artigo 1.723 do Código Civil, houve, de fato, a criação de uma nova norma, ou melhor, o tribunal trouxe a lume uma norma implícita no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, em seu sentido literal, o texto constitucional reconhece e garante a proteção do Estado somente à união estável entre homem e mulher (art. 226, §3º).

⁸⁵ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (Brasil, Lei nº 10.406/2002).

Mas a decisão não nos parece condenável quando se considera o fato de que o Judiciário, não podendo negar ao jurisdicionado uma resposta, deu-a de acordo com um parâmetro razoável de interpretação, justificando a deliberação em direitos e princípios positivados na Constituição brasileira.

O tribunal, a nosso ver, levou em conta a unidade do texto constitucional e os princípios explicitamente positivados, assim como a necessidade de interpretar a norma em relação à situação concreta proveniente de uma realidade de fácil percepção no Brasil: a discriminação injustificada de tratamento dos homossexuais.

Sobre este ponto, importa elucidar a impossibilidade de tratar como justificadores os argumentos referentes à moralidade privada ou à religião de indivíduos ou grupos, para sustentar a prevalência da diferença de tratamento entre pessoas e, nessa esteira, restringir a sua liberdade de escolha.

Sobre a interpretação que foi realizada no caso, aplicamos aqui um entendimento que foi sustentado por Mendes et al. (2008):

Em sede de interpretação constitucional, essas novas leituras denominam-se mutações constitucionais, expressão que Anna Cândida da Cunha Ferraz [1986] utiliza para designar exclusivamente os processos informais que, sem contrariar a Constituição, alterem ou modifiquem o sentido, o significado ou o alcance das suas normas, rotulando como inconstitucionais os que ultrapassem os limites da interpretação e produzam resultados hermenêuticos incompatíveis com os princípios estruturais da Lei Fundamental. (MENDES et al., 2008, p. 62)

Conforme foi explicitado no voto do relator, as respostas à questão foram encontradas na própria Constituição, ressaltando o objetivo da Carta Republicana de promover o bem maior de todos, ancorado na inviabilidade de preconceito ou tratamento discriminatório em relação ao sexo (art. 3º, IV), na liberdade de escolha, no valor do pluralismo da sociedade (preâmbulo) e no respeito à diferença, decorrente do princípio democrático. Segundo o Ministro Ayres Brito (STF, 2011), a Constituição não dispõe, de modo expreso, sobre as subjetividades referentes ao uso do aparelho sexual humano, omissão da qual se pode inferir a liberdade dos indivíduos para se relacionarem da forma que lhes couber, respeitada a liberdade e a vontade do outro.

Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. (BRASIL, STF, 2011, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4277)

O trecho acima foi citado para demonstrar um dos argumentos fundamentais que ensejaram a correta decisão: o respeito à liberdade de escolha dos indivíduos sobre assunto pertinente somente à moral sexual privada de cada um.

A atuação normatizadora do Estado – aqui o Judiciário – nessa esfera da liberdade foi querida, porque, em uma sociedade que se concebe como pluralista e democrática, a liberdade dos homossexuais estava – e continua – sendo restringida pela intolerância, preconceito e violência daqueles que não aceitam a diferença.

A discriminação derivada de crenças baseadas em religião, ou em uma moralidade conservadora, aliada à incapacidade ou inabilidade de lidar com as tensões subjacentes a uma sociedade complexa, cujas diferenças são potencializadas pela liberdade de informação e ampliação dos acessos a um sistema globalizado, impediu que o Poder Legislativo se manifestasse concretamente sobre o tema. Prova da afirmativa é que, em uma busca feita no *site* da Câmara dos Deputados, usando os indexadores “homossexual” e “homoafetivo”, foram encontrados ao menos cinco projetos de lei que cuidam da proteção de interesses dos homossexuais relativos à formação de entidade familiar, sendo o primeiro deles datado de 2006⁸⁶. A demora do Poder Legislativo em suscitar o debate público e dar uma decisão justificada sobre o tema, levou a demanda para o Poder Judiciário.

A questão é controversa quando se discute a legitimidade das decisões normativas proferidas por juízes, especialmente diante do princípio da separação dos poderes. Não só a decisão implica, sob esse ponto de vista, uma ingerência do poder sobre funções atribuídas constitucionalmente a outra esfera, como resulta no esvaziamento da legitimidade do Poder Legislativo para debater e decidir sobre tensões sociais que envolvem dilemas éticos, morais ou religiosos.

O reconhecimento pelo STF da união homoafetiva, quando o texto constitucional e infraconstitucional é claro sobre a possibilidade de somente reconhecer juridicamente a união estável entre homem e mulher, corrobora a afirmativa de que o direito, constituído em outras esferas que não somente no Legislativo, tem uma dimensão histórica e social que compõe o repertório de significados que integram a sua juridicidade e lhe impõe transformações exigidas pelo próprio decurso do tempo.

⁸⁶ Projetos de Lei que versam sobre a proteção aos direitos de homossexuais para a constituição de entidade familiar: 6.874/2006, 2.285/2007, 674/2007, 580/2007, 4.914/2009. Fonte: Câmara dos Deputados.

Além disso, a decisão é emblemática por demonstrar que, na atualidade, quando o Poder Legislativo, provocado por impulsos e demandas de diferentes esferas, deixa de atuar de modo racional, considerando de modo objetivo a realidade para a qual se dirige a legislação, perde sua legitimidade como poder gerador de mudanças e concretizador de direitos fundamentais.

Tal é também o caso de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 22 de junho de 2011, sobre a fixação de regras sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, nos termos do inciso XXI do art. 7º da Constituição da República. A decisão, ainda não publicada, deriva da análise de quatro mandados de injunção impetrados para reclamar a realização do direito garantido constitucionalmente. Na esteira do voto do relator, o Ministro Gilmar Mendes, o tribunal deliberou no sentido de garantir a efetiva tutela material pretendida pelas partes, ficando a estipulação dos critérios suspensa para melhor apreciação pelo Plenário da Corte.

A questão do aviso prévio, assim como outras que chegaram ao Poder Judiciário, pode provocar imenso impacto na sociedade, especialmente no âmbito econômico, caso os seus efeitos sejam estendidos para além dos limites das lides julgadas. Ela implicaria um aumento de custos ao setor produtivo e a todos aqueles que cumprem a legislação trabalhista. Órgãos da imprensa, partidários de causas específicas, manifestaram a preocupação com os efeitos da decisão, por entenderem que a medida pode desestimular contratações⁸⁷.

A omissão do Poder Legislativo em regulamentar matérias constitucionais já foi tratada por diversas vezes pelo STF. No caso do aviso prévio, o tribunal, em circunstâncias anteriores, havia decidido apenas comunicar ao Congresso Nacional a mora na regulamentação do inciso, determinando o suprimento da omissão⁸⁸. A decisão atual de fixar as regras decorre da inércia do Poder Legislativo diante da questão e, por outro lado, do entendimento de que o Poder Judiciário deve garantir ao jurisdicionado o direito que lhe é negado pela omissão legislativa.

Não houve aqui, entretanto, o estabelecimento de um prazo para que o

⁸⁷ É o caso de notícia publicada no site do jornal Diário do Comércio, em 27 de junho de 2011, disponível em: <<http://www.dcomercio.com.br/index.php/economia/sub-menu-empresas/68354-aviso-previoproporcional-decisao-do-stf-ainda-provoca-controversias>>.

⁸⁸ É o que consta na decisão do Mandado de Injunção 95-6, publicada em 18.06.2003, bem como no Mandado de Injunção 695-4, cuja decisão foi publicada em 20.04.2007. As decisões estão disponíveis no site www.stf.jus.br.

Parlamento legislasse. E, ainda que o houvesse, não seria ele peremptório, pois a Constituição brasileira não positivou o dever cumprimento das decisões do Supremo Tribunal Federal pelo legislador. Assim, embora exista, desde o ano de 1989, na Câmara dos Deputados, mais de 20 projetos de lei dispendo sobre a regulamentação do aviso prévio proporcional, não houve uma decisão legislativa que acertasse a questão⁸⁹. Não há, outrossim, qualquer sanção para a omissão legislativa que só pode esperar pelo comprometimento do Parlamento com a garantia de concretização da ordem constitucional, mas a falta de decisão implica, mais uma vez, na redução da confiança e da legitimidade de atuação do Poder Legislativo.

Em casos como este, o tribunal, até então, conclamou o legislador para atuar, adotando um procedimento similar ao modelo reconhecido no sistema constitucional alemão como “apelo ao legislador” (MENDES, 2007, p. 296). Por essa via, a Corte abstém-se de dar uma solução normativa à matéria omissa, mas fixa um prazo ao legislador para tomar as medidas cabíveis de modo a garantir a realização do direito constitucional⁹⁰. Quando o legislador não supre a omissão em tempo razoável, ele parece dar as costas ao sistema, atuando de forma irresponsável, o que leva o Poder Judiciário a formular uma decisão normativa para garantir validade material à Constituição.

Se de um lado é evidente que a soberania das leis advém do devido processo legislativo realizado por representantes do povo, a Constituição tem a sua soberania reconhecida por meio do poder constituinte que instituiu o poder-dever de controle de adequabilidade e razoabilidade dos atos normativos, cujo parâmetro é a própria Carta Magna, da qual também deriva a legitimidade da jurisdição constitucional para atuar.

O crescente aumento do número das demandas judiciais demonstra, ainda, outra vertente da judicialização da produção do direito: de um lado, o cidadão brasileiro, mais consciente do sistema jurídico que o cerca e acreditando na garantia de solução proporcionada pelo Judiciário, leva a lide à apreciação do órgão judicial. Esse contexto, que implica o aumento dos conflitos levados à apreciação do Judiciário, não pode ser deixado de fora como elemento perceptivo de democracia. Na verdade, o cenário acaba por demonstrar

⁸⁹ A informação baseia-se em pesquisa realizada no site da Câmara dos Deputados, em 29 de junho de 2011, com os indexadores “aviso prévio” e “regulamenta”.

⁹⁰ Segundo Gilmar Mendes (1992), a Corte Constitucional Alemã atua como legítima autoridade de controle jurídico do poder político. O autor esclarece que, no país europeu, as forças políticas costumam atuar de forma coordenada com a interpretação do tribunal, inclusive, “muitas iniciativas são determinadas por decisões proferidas pelo *Bundesverfassungsgericht* [...]” (MENDES, 1992, p. 477, grifo do autor).

em que ponto o poder público falha em atender aos cidadãos e de que forma é possível otimizar a efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos, bem como do sistema jurídico como um todo.

Esse panorama evidencia que a discussão sobre a legitimidade das decisões judiciais proferidas pelo STF e todas aquelas que estabelecem precedentes criativos não é simples, pois não se reduz ao argumento, às vezes questionável, de ausência do necessário debate democrático sobre o seu conteúdo. Mas além de tais decisões serem passíveis de questionamento por terem sido tomadas por agentes públicos não eleitos, deve-se considerar o fato de que a capacidade institucional do Poder Judiciário para deliberar sobre questões tão relevantes e de potencial impacto na sociedade é limitada.

O espaço público de deliberação de um sistema democrático republicano não pode ser reduzido ao Poder Judiciário que, na maioria das vezes, não assegura o debate pluralista e participativo. É certo, outrossim, que as cortes não têm condições de dimensionar e avaliar os efeitos que suas decisões têm sobre a administração do Estado. O controle das decisões judiciais opera-se, em larga medida, apenas quanto aos seus aspectos jurídicos, considerando o respeito ao devido processo legal e a adequação do seu conteúdo ao que está estabelecido em lei ou na Constituição. A qualidade da decisão judicial não está submetida a uma análise de impacto que verifique os seus efeitos de acordo com critérios de eficiência e eficácia.

Se celebramos o aspecto participativo do processo judicial, cada vez mais atento à entrega da tutela material reclamada pelo jurisdicionado, temos que dimensioná-lo em relação à sua capacidade de realizar, na maior parte das vezes, a justiça do caso concreto. A sua atuação como instância máxima de definição do direito válido pode se perigosa pelo fato de suas decisões não estarem sujeitas ao controle público, como estão as decisões dos poderes políticos.

Além disso, debates sobre a legitimidade das decisões judiciais devem levar em conta a desigualdade entre as partes que são perpetuadas no seio do sistema, especialmente a desigualdade social e de informação que obstaculizam o acesso à justiça.

O juiz funciona no seio de uma teia de condicionamentos muito desequilibrada, pois o recurso aos melhores advogados (e, portanto, aos produtores de discursos mais consistentes ou convincentes), a possibilidade de obter mais prova, de suportar os custos (tempo e dinheiro) dos incidentes e recursos, de entender melhor o que se passa em tribunal e, até, de condicionar a decisão por meio da comunicação social, tudo isso está desigualmente distribuído na sociedade. E é esta desigualdade, mais do que “qualquer déficit democrático original”, que projecta sobre a justiça uma

sombra de ilegitimidade e que cria preocupações perante o alargamento da sua esfera de intervenção, enquanto o seu ambiente não for regido pelo princípio da igualdade de oportunidades. (HESPANHA, 2009, p. 153).

A situação não é muito diferente para o Poder Legislativo, que sofre a influência de *lobby* ou de grupos de interesses, muitas vezes, já ligados ao agente do poder político, que ali está para, em certa medida, atender às suas expectativas. Mas um dos propósitos desta pesquisa é salientar a forma como o Poder Legislativo, ao atuar de modo racional, pode lidar com tensões referentes à legitimidade democrática e a função de garantia dos direitos constitucionalmente estabelecidos, pela adoção de uma perspectiva compreensiva que resulte na melhoria de qualidade da legislação e, conseqüentemente, no comprometimento com o exercício responsável de sua função.

Se a representação do direito se dá também por palavras, tendo em vista a sua dimensão lingüística, reconhecemos que a jurisdição é uma instância privilegiada, cujo procedimento em contraditório, revela ou cria sentidos para os signos objetivados pela normatividade. Esses sentidos estão, no plano jurisdicional, relacionados às circunstâncias concretas e às falhas da interação social, que os relacionam a todo momento a valores, princípios e crenças pessoais.

A jurisprudência, como portadora, por excelência da dimensão do tempo no direito, revela um potencial repertório de sentidos que pode e deve ser objeto da atenção do legislador⁹¹. A revisão judicial, os precedentes e as súmulas expõem questões muitas vezes fundamentais que obrigam os poderes públicos a realizarem um debate capaz de considerar os argumentos utilizados por cada um deles para interpretar o direito.

Sustentar tal visão não é aplaudir a racionalidade do Poder Judiciário e exaltar o ativismo judicial, inclusive porque, ao defender uma teoria da normativa da legislação, pretende-se resgatar a legitimidade perdida pelo Poder Legislativo em favor do Executivo e do Judiciário. Se a revisão judicial é uma possibilidade de reversão da cadeia de legitimação em relação aos atos legislativos, tentamos responder também à questão sobre qual seria o modo de reverter a cadeia de legitimação quando o Judiciário profere uma decisão que não é

⁹¹ No caso exemplar da união homoafetiva, já havia sido reconhecido em outras instâncias do Poder Judiciário brasileiro o direito à pensão entre parceiros do mesmo sexo e a partilha de bens, considerando a existência de sociedade de fato entre os casais. A provocação do Poder Judiciário para garantir a efetiva tutela material dos direitos dos homossexuais revela a transformação histórica da cultura da sociedade brasileira, sob dois aspectos: o reconhecimento da união homoafetiva pelos juízes e a publicidade dada pelos casais de sua opção sexual – agora mais seguros diante da aceitação social, infelizmente parcial –, ao submeter ao Judiciário questões não explicitamente tuteladas pelos atos normativos existentes.

passível de controle por qualquer outra instância.

Daí se impõe como necessário verificar as condições possíveis de adotar como parâmetro um modelo de legislador racional que possibilite a crítica e a reflexão sobre a sua atuação. A teoria do diálogo das fontes colocada sob a perspectiva legisprudencial aponta um caminho que possibilita o diálogo institucional republicado e pode justificar o respeito pelo Poder Judiciário à atuação dos poderes políticos, desde que ela seja justificada com base em argumentos razoáveis e proporcionais.

Quando o Judiciário envia um comando ao legislador para atuar, está ele agindo em prol do diálogo institucional colaborativo entre os poderes, de modo que não ocorra uma ingerência indevida, respeitada, ainda, a capacidade institucional do Poder Legislativo, detentor de maior discricionariedade e de uma visão mais ampla do sistema, de promover o debate público sobre as decisões.

Por isso, entende-se aqui que o direito não pode ser monopólio de um só poder, muito menos da jurisdição, e sua criação e interpretação, seguindo Bercovici (2004, p. 112), são “fruto de uma ação coordenada entre os poderes políticos e o judiciário”. Em casos como os exemplos aqui adotados, é imperativo, no mínimo, que o legislador justifique racionalmente os motivos que o levam a não legislar e a desconsiderar o paradigma atual de efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais. Essa justificação se faz por meio de um processo comunicativo dialético que considere o sistema jurídico como um todo, de acordo com os princípios de coerência e temporalidade, e garanta a todos os interessados, direta ou indiretamente, e envolvidos, a possibilidade de expressar a sua opinião.

Se defendemos a legisprudência como uma teoria capaz de operacionalizar a concretização da liberdade por sujeitos autônomos, parece-nos correto dizer que ela sustenta e estimula a realização do sujeito no espaço público e, conseqüentemente, a sua participação nos processos de deliberação política. Isso porque, como já foi afirmado, o pensamento legisprudencial considera as interações sociais necessárias para a concretização da liberdade individual, pois elas promovem o compartilhamento de significados e permite ao indivíduo definir a sua identidade, conciliando a sua individualidade à participação comunitária.

5 AVALIAÇÃO LEGISLATIVA E CORREÇÃO DO ORDENAMENTO

5.1 Avaliação de impacto – controle e justificação

Como a proposta aqui desenvolvida teve como ponto de partida a elaboração de uma teoria normativa da legislação focada na liberdade, consideramos essencial apresentar a visão legisprudencial que conduz à avaliação dos efeitos das leis. O entendimento que foi até então preconizado evoca a adoção de um ponto de vista hermenêutico por parte do legislador, que lhe permite ter uma postura compreensiva perante o contexto, bem como considerar diferentes abordagens teóricas, aptas a complementar o conhecimento que ele detém sobre o direito e a realidade. Essa percepção amplia os fundamentos de validade da norma e garante que a validade e a legitimidade do direito estejam relacionadas ao contexto, a valores e princípios, e não apenas à atenção a critérios formais.

Essencialmente, a avaliação dos efeitos das leis é uma ferramenta metodológica cujo produto tem natureza justificatória e consultiva. Seu objetivo não é medir o grau de sucesso ou fracasso de uma lei ou ato normativo, mas mostrar como ele funciona potencialmente ou na prática e permitir correções que o aperfeiçoem de modo garantir-lhe eficácia e legitimidade. Ela deve, portanto, atender às exigências de transparência de todo processo avaliativo, diante da sua potencial capacidade de ampliar a compreensão sobre os problemas legislativos e regulatórios. Por outro lado, ela traduz-se em reforço do caráter democrático do sistema, uma vez que faz uso de instrumentos que demandam uma postura compreensiva do direito, ou seja, impõe o diálogo das fontes e determina a oitiva de envolvidos, interessados e *experts*, aumentando, dessa forma, o nível de adequabilidade das regras e, conseqüentemente, de aceitabilidade, comprometimento e adesão das partes.

Na defesa de um diálogo de fontes, a coerência é um princípio estruturante da teoria da legislação, voltado para a condução de práticas e de uma metodologia que, sob o ponto de vista hermenêutico, operacionalize o processo comunicativo que envolve a produção dos atos normativos. Essa metodologia resolve-se na circularidade de um processo informado, além de continuamente construído e corrigido, que reduz o caráter contingencial da lei e da atuação do Estado, como também o compromete com uma racionalidade prática cujas finalidades são a justificação e o controle público das decisões estatais

Por ela, o complexo contexto de produção do direito, impactado pelo potencial repertório de normas presente na realidade social, na fala do Poder Judiciário e da Administração Pública, bem como no discurso de grupos de interesse e nos sentidos que derivam dos diversos modos de conhecer o direito, é considerado sob o ponto de vista de um modelo argumentativo e comunicativo (WINTER, 2004), em que as informações colocadas à disposição do legislador ampliam as possibilidades de debate, adequação, adesão e adaptação dos atos normativos. Essa postura parece-nos apropriada para garantir a justificação e o controle público das decisões, além de otimizar o nível de eficácia social das normas – entendida como o grau de aceitação que os indivíduos manifestam em relação a elas – pela tentativa de equilibrar interesses e estabelecer, por meio do debate dialético, o consenso argumentativo possível ou, no mínimo, aceitável.

Para estruturar a avaliação, apresentamos, de acordo com Wintgens (2004), princípios subsidiários aos quatro princípios fundamentais da legisprudência, ou deveres a serem acatados pelo legislador prudente, cuja aplicação pretende ter como resultado a justificação para a criação de normas (concepções *sobre* liberdade). Estes princípios ou deveres são incorporados por áreas compreendidas na legisprudência, como a legística material e a legística formal, e nos fornecem uma visão dinâmica dos elementos que interferem no processo de produção e avaliação da legislação, conforme demonstrado na Figura 1:

1. *Princípio da adequada determinação do fato e da adequada formulação do problema:* requer o conhecimento amplo do problema e dos fatos que demandam a intervenção legislativa. A adequação da norma aos fatos é uma questão de lógica e coerência
2. *Princípio da alternatividade:* já analisado anteriormente, impõe ao legislador os deveres de justificar por que a opção de legislar é a melhor escolha e de elucidar que a norma é resultado da ponderação entre diversas alternativas.
3. *Princípio da subsidiariedade:* este princípio é complementar ao *princípio da densidade normativa*, pois diz respeito à necessidade de o legislador agir de forma a restringir o mínimo possível a liberdade, ou seja, priorizar alternativas que não impliquem sanções, pois a criação de uma regra já implica uma restrição .
4. *Princípio da colaboração:* é o princípio que demanda a participação dos atores jurídicos no processo de criação das leis para contribuir com as escolhas dos meios e o alcance dos objetivos legislativos. A reinclusão, como participante, da fala de

outros atores jurídicos, entre eles, o juiz, o cidadão, os grupos de pressão, indica o aumento da racionalidade da lei, porque estabelece um vínculo entre contexto e texto, tornando, assim, a regra mais informada e reforçando a potencialidade de adesão pelo consenso possível e razoável, fruto do diálogo.

5. *Princípio da combinação*: requer a análise da nova norma, tendo em vista as normas já existentes no sistema e evitando-se antinomias. É uma exigência que implica a atenção ao *princípio de coerência* estabelecido no nível 2 da Teoria dos Níveis de Coerência exposta anteriormente.
6. *Princípio da adequação*: refere-se à necessidade de adequação entre os meios e os fins. Decorre daí a importância de definir, de forma clara, as finalidades das normas, estabelecendo meios e estratégias usadas para alcançá-las com a menor ingerência possível na esfera de autonomia do sujeito.
7. *Princípio da celeridade*: este princípio está vinculado ao *princípio da temporalidade*, pois estabelece que o legislador leve em conta a dimensão do tempo nas intervenções que pretende realizar, de forma a propiciar soluções ou alternativas consistentes com o momento.
8. *Princípio do prognóstico*: impõe o dever de realizar uma avaliação prospectiva ou *ex ante* dos efeitos das normas, considerando que a finalidade proposta pelo legislador tem, em uma visão razoável⁹², condições de ser atendida.
9. *Princípio da correção*: estabelece a conexão do legislador com o tempo e a realidade social, pelo dever de considerar as circunstâncias futuras derivadas da aplicação da lei e reconhecer as falhas de suas escolhas. Esse princípio é fundamental no contexto do diálogo de fontes, pois estabelece a interação entre a criação e a aplicação das regras, o que permite afirmar com elevado grau de acuidade que a jurisprudência, na dinâmica legisprudencial, constitui um forte impulso para a correção da legislação.

O pensamento que nos leva a compreender como correta a determinação de correção do ordenamento também nos é dado por Flückiger (2009, p. 15), ao entender que “o legislador deve [...] assegurar-se, ao longo da existência da lei, de reunir informações e fatos pertinentes que lhe permitam avaliar os efeitos do texto sobre a realidade e ressaltar as

⁹² A razoabilidade depende de um equilíbrio satisfatório entre meios e fins. É um elemento que deve ser avaliado levando-se em consideração também os princípios da alternatividade e da temporalidade.

eventuais diferenças com os objetivos iniciais”.

A correção do ordenamento é potencializada pelo uso da informática, especialmente no que diz respeito à sistematização de bancos de dados jurisprudenciais. O desenvolvimento de sistemas operacionais capacitados para selecionar e verificar problemas de linguagem, como semântica e sintaxe das normas, também pode contribuir consideravelmente para dimensionar os impactos que a aplicação da lei pelo Judiciário tem sobre a validade das normas (CHEVALLIER, 1992; SOARES, 2004).

A proposta teórico-pragmática da jurisprudência para a produção de boas leis, em sentido amplo, impõe ao legislador o respeito aos princípios mencionados e, especialmente, aos quatro princípios elementares da teoria de Wintgens (2006), expostos no item gsfgrfsfg. Esses princípios interagem de forma dinâmica e circular para garantir que o legislador realize escolhas informadas e passíveis de controle público, considerando o caráter argumentativo do direito e a atuação por meio de um procedimento que sempre permita o contraditório entre os participantes e envolvidos.

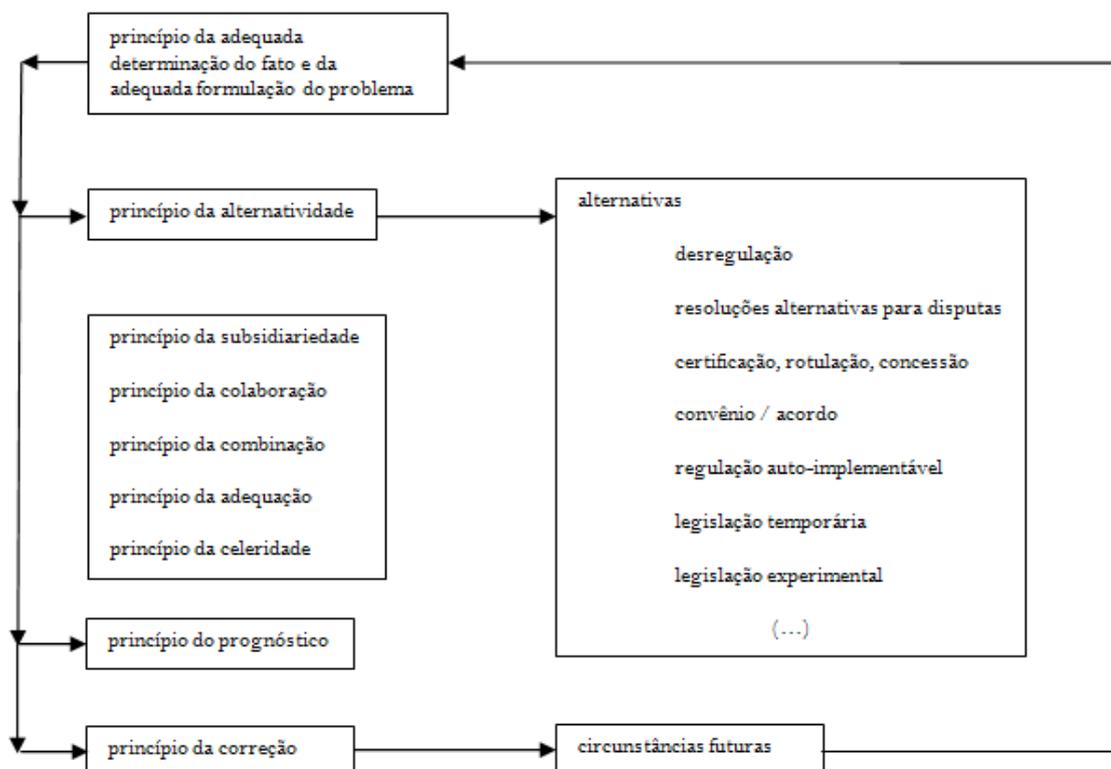


Figura 1 – Princípios e dinâmica da jurisprudência

Fonte: adaptado de: WINTGENS, 2004, p. 312.

5.2 A avaliação legislativa e a avaliação de impacto regulatório (AIR)⁹³

A consolidação da abordagem legisprudencial dá-se agora em sua dimensão mais pragmática e instrumental. Na perspectiva jurídico-filosófica que constituiu o nosso ponto de partida, a legisprudência apresentou-se como uma teoria normativa da legislação, salientando-se que a compreensão do sistema jurídico não provém apenas da adoção de racionalidade interna ao direito, mas, sim, por meio da articulação teórica e metodológica entre diferentes pontos de vista sobre a realidade e sobre o direito.

Como campo da teoria do direito e saber interdisciplinar, a legisprudência trabalha com elementos oriundos de diversas ciências que compõem suas representações sobre os valores e funções do direito na sociedade. O objetivo é a racionalização do processo de elaboração de atos normativos que têm origem nos Poderes Legislativo e Executivo, considerando o dever de justificação que se desdobra na qualidade material e formal do direito.

Vários impulsos concorreram para os problemas da lei e do conseqüente ressurgimento da teoria da legislação, dos quais é possível mencionar: a evolução e consolidação da revisão judicial de atos normativos, incluindo-se aí os legislativos, a proliferação do número leis em contradição com o crescente descrédito da atividade legislativa diante da ineficácia das normas, bem como pela constatação do relevante impacto que leis ineficientes trouxeram para o desenvolvimento da economia nos Estados.

Especialmente a partir da passagem do Estado liberal para o Estado social, a legitimidade do poder estatal passou a estar associada à sua capacidade de realizar objetivos predeterminados, ante o reconhecimento de direitos sociais, econômicos e culturais, tais como saúde, educação, trabalho e livre iniciativa. No Estado de Bem-Estar Social, ou “Estado telocrático” (COMPARATO, 1998, p, 43), o governo tem como tarefa não só a produção de normas, mas a garantia de que elas sejam efetivas e produzam os efeitos desejados, o que levou à redefinição da forma de atuação do Estado, voltada, agora, para atender às finalidades coletivas e atingir a igualdade material entre os governados.

⁹³ Não há uma diferença substancial entre o uso das expressões “avaliação legislativa” e “avaliação de impacto regulatório”. Na verdade, a diferença está no fato de que o primeiro termo costuma ser empregado para tratar da avaliação de atos oriundos do Parlamento, enquanto a avaliação de impacto regulatório trata de atos normativos produzidos no âmbito do Executivo. Na prática, a expressão “avaliação de impacto” é usada em qualquer caso e não implica a perda do sentido aqui esclarecido.

É no Estado social que o Poder Executivo adquire destaque, pois o critério para avaliar a qualidade de atuação dos governantes passa a ser o da implementação de políticas públicas, que assegurem aos cidadãos condições dignas de existência, formuladas, como toda decisão estatal, por meio de leis. O sentido de política deixou, então, de estar associado apenas ao exercício do poder para implicar também uma ação programática que busca alcançar uma meta específica, voltada à realização do interesse público. As finalidades a que as ações se destinam geralmente não são atingidas por uma única norma, mas formuladas tendo em vista uma atividade organizada por um conjunto de atos e normas (COMPARATO, 1998).

Na realização das tarefas de implementação e execução de políticas, o Poder Executivo participa do processo de decisão na escolha do conteúdo das normas porque a ele, como parte operacional e mais próxima do cenário em que se concretiza a atuação do governo, é delegada a tarefa de densificação da legislação. A densificação implica a precisão do conteúdo normativo com base na realidade em que a norma vai ser aplicada, o que garante ao administrador público um amplo espaço de discricionariedade, ainda que em âmbito menor que o do legislador, para realizar suas escolhas.

Há, assim, um efetivo aumento do poder da administração com a ênfase sobre a planificação e a organização do aparato estatal de racionalidade finalística. No entanto, ainda que os canais de participação e o acesso às normas tenham sido ampliados pela tecnologia da informação, a estrutura administrativa, cada vez mais burocratizada e especializada, afastou o cidadão. Com a ingerência excessiva do Estado nas relações humanas e a impossibilidade real de se conhecer o direito, a aceitação e a legitimidade das normas tornou-se um problema do ponto de vista dos administrados (AARNIO, 1991).

Isso pode ser explicado pela multiplicidade de leis e atos normativos produzidos por autoridades de órgãos diversos, com bases conceituais diferentes, sem hierarquia definida, que geram ações díspares e soluções contraditórias em um contexto em que imperam a insegurança jurídica e as inconsistências do sistema. Em princípio, a arbitrariedade só é afastada pela aceitação das normas que foram elaboradas atendendo somente às condições formais de legalidade.

Como bem colocado por Aarnio (1991), no Estado Social (ou funcionalista), um paradoxo é construído: de um lado, há uma regulação excessiva e, de outro, normas muito abertas, as quais impactam negativamente sobre a racionalidade interna do sistema,

colocando em cheque a sua coerência. Esse ponto reforça a crítica negativa formulada por Wintgens (2007) sobre o aspecto totalitarista do Estado regulador, focado no instrumentalismo que pretende atingir finalidades sem justificar as limitações à liberdade dos cidadãos. Corrobora esse sentimento a fala de Aarnio (1991) sobre o fato de a super-regulação colocar em perigo a interação natural entre os sujeitos e impedir a consciência reflexiva sobre o direito.

Essa compreensão consolidou os impulsos normativos concretizados pelas Cortes Constitucionais atuantes como quase-legisladoras, na medida em que suprimiam lacunas e omissões normativas, ou ainda interpretavam as leis, criando normas de caráter geral e abstrato (súmulas e súmulas vinculantes), equivalentes às leis. Diante da inflação legislativa⁹⁴ e dos gastos despendidos com legislação mal formulada, houve quem declarasse, inclusive, que deveríamos “colocar o Estado para fazer dieta” (KARPEN, 2002, p. 20).

O caos normativo deixa perplexos os operadores do direito, tais como juízes, promotores, advogados, administradores e até mesmo os legisladores, mas, principalmente, o cidadão que encontra dificuldade em compreender a atividade legislativa e regulatória, o que compromete enormemente a legitimidade e a confiança geral no Estado de Direito.

As dificuldades decorrentes desse gigantesco quadro de atos normativos legislativos que compõem o ordenamento jurídico brasileiro contribuem, também, para a profusão de demandas levadas ao Poder Judiciário e para as divergências de decisões e de jurisprudência na aplicação e interpretação das leis. Esse mesmo quadro é responsável pela proposta de edição de súmula vinculante de jurisprudência dos tribunais superiores da União, como forma de suprir as deficiências de uma legislação que, muitas vezes, não se consegue entender satisfatoriamente. (LEONARDO, 2002, p. 106)

Com o objetivo de superar as dicotomias existentes entre o direito e outras disciplinas que colaboram com uma abordagem interativa entre o plano normativo e o plano da facticidade, a avaliação legislativa ou avaliação de impacto regulatório – AIR (*Regulatory Impact Assessment – RIA*) apresenta-se como método hábil a compreender o fenômeno legislativo de forma global (MADER, 2001).

A avaliação de impacto institui um procedimento de caráter interdisciplinar que permite, ao legislador e aos administradores públicos, medir, de modo aproximado, os efeitos de propostas legislativas e regulatórias, valendo-se de uma abordagem específica que conduza

⁹⁴ Entre os anos de 1988 a 2008, o Brasil editou 3.776.364 (três milhões, setecentos e setenta e seis mil e trezentos e sessenta e quatro) atos normativos. Fonte: Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. Disponível em <http://www.ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_id=13081&pagina=10> Acesso em 25 de agosto de 2010.

a análise das alternativas existentes à criação de normas, tais como definição de problemas, consultas públicas e técnicas econômicas (RADAELLI, 2007; DELLEY, 2004).

Entre as funções da avaliação de impacto, as quais vão ao encontro de toda a abordagem feita pela pesquisa no sentido de otimizar a qualidade da lei dentro do círculo normativo, Mader (1991) distingui as essenciais: “preparação de decisões legislativas, a orientação da aplicação da legislação, o controle da legislação existente e o desencadeamento do processo de aprendizagem, que conduzem à modificação do direito em vigor (MADER, 1991, p. 45).

Ela aponta, enfim, uma nova racionalidade no processo de produção do direito, a qual pretende conciliar o uso de uma metodologia voltada para o planejamento legislativo à adoção de boas práticas direcionadas à simplificação, consolidação e harmonização do direito vigente, com o objetivo de garantir que as escolhas do legislador sejam mais informadas, claras e acessíveis a todos os envolvidos.

5.2.1 Origens e extensões

A avaliação de impacto tem suas raízes nos Estados Unidos, onde foi introduzida em 1981 e institucionalizada no seio da administração pública, especialmente em agências reguladoras, com o objetivo de realizar uma análise prospectiva de custos e benefícios dos impactos das regulações propostas (RENDA, 2005).

Também a Europa, em busca pela eficiência da legislação, assim como pela regulação e harmonização dos sistemas jurídicos que compõem a Comunidade Europeia, vem atuando de forma a internalizar os métodos de *better regulation* (termo usado pelo governo britânico), especialmente por meio de recomendações, diretivas e programas de qualidade da regulação desenvolvidos pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE na administração pública. Como nos informa Radaelli (2007), os programas de *better regulation* e a avaliação de impacto regulatório (*RIA*) foram priorizados nas agendas políticas dos países europeus para otimizar o crescimento econômico e a criação de empregos na Comunidade – a maioria dos 27 países que compõe a União Europeia introduziu no governo a avaliação de impacto (RADAELLI, 2007)

No continente europeu, o debate sobre a qualidade e a quantidade de legislação e

regulação fez da análise de impacto regulatório (*RIA*) um ponto de referência nos processos de tomada de decisão. Ela aponta a tentativa de estabelecer, na administração do Estado, um ambiente de transparência, responsabilidade, participação dos interessados e governança regulatória na estruturação de uma agenda que combine políticas baseadas em evidências, e dimensionada pela realidade da aplicação do direito aos valores democráticos de participação e debate.

De fato, países e organismos internacionais têm direcionado seus esforços para melhorar a qualidade da legislação e da regulação, guiados por princípios como efetividade, necessidade de regulação, eficiência (custo/benefício), proporcionalidade, celeridade, transparência, responsabilidade, inteligibilidade e simplicidade (SOARES, 2007).

Influenciado por esse contexto e atentando-se para a necessidade de parâmetros de qualidade regulatória em nosso ordenamento, o governo brasileiro institucionalizou boas práticas regulatórias através do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional – PRO-REG, instituído pelo Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007, com o apoio do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID.

O programa objetiva:

“[...] desenvolver ações com vistas a promover o fortalecimento dos mecanismos institucionais para gestão em regulação, propiciando condições para a melhoria da qualidade da regulação, a consolidação da autonomia decisória das Agências Reguladoras federais, e o aperfeiçoamento dos instrumentos de supervisão e de controle social” (PRO-REG, www.regulacao.gov.br)

Desenvolvida pelo Poder Executivo e tendo como foco a implantação de ferramentas úteis ao processo decisório para a mensuração *ex ante* de custo-benefício, ou custo-efetividade, da proposta regulatória, a ação direciona-se especialmente às agências reguladoras, mas também aos ministérios.

No que diz respeito à consideração de questões formais e de uniformização do direito, tais como a redação das normas, houve a edição da Lei Complementar nº 95/1998 que regulamentou o parágrafo único do art. 59 da Constituição da República e, “com detalhes tristemente prosaicos” (SOARES, 2007, p. 196), dispôs sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis. Referida lei foi densificada no âmbito do Executivo Federal por meio da edição do Decreto-lei nº 4.176/2002.

É relevante que neste ato normativo conste uma *check-list* como instrumento de avaliação de impacto, a qual deve ser adotada na elaboração da lei, ressaltando a necessidade

de verificação dos objetivos pretendidos pela legislação, dos conflitos surgidos na sua aplicação, bem como a necessidade de publicidade das leis para melhorar o círculo normativo. A eficácia do ato normativo é, todavia, bastante questionável, sendo possível intuir, inclusive, o desconhecimento por parte da Administração Pública quanto à sua existência⁹⁵.

No âmbito do Poder Legislativo federal, não há, ainda, qualquer iniciativa relativa à realização e positivação da avaliação de impacto das leis. Em Belo Horizonte, capital do estado de Minas Gerais, tramita o novo Código de Saúde (Projeto de Lei nº 212/2009), em cuja proposta inicial consta dispositivo determinando a avaliação de impacto bienal da lei, tendo como parâmetro os critérios de eficácia, eficiência, efetividade e simplificação, todos definidos em glossário⁹⁶.

5.3 Elementos e critérios para a avaliação de impacto

Entendemos que as observações são meramente indicativas, já que cada sistema tem características próprias e deve adequar-se às circunstâncias locais para obter uma visão concreta da realidade que será avaliada. Tomando como referência a obra de Mader (2001), pode-se dizer que a avaliação de impacto implica a análise e avaliação dos efeitos da legislação e compreende três elementos:

*A avaliação recai sobre a legislação, compreendendo-se aí os atos normativos do Parlamento e as decisões da Administração Pública, ou seja, atos normativos como resoluções, portarias, instruções normativas, decretos etc.

*A avaliação interessa-se pelos efeitos dos atos normativos, assim como pelo exame da extensão e das conseqüências das mudanças e não-mudanças de atitudes, comportamentos e situações provocadas pela legislação.

*A avaliação é feita de forma metódica, que apresenta três características:

- a) É realizada de forma que identifique as bases para julgamentos e

⁹⁵ A conclusão deriva da experiência pessoal da autora deste trabalho no curso da pesquisa realizada dentro do projeto Inovação Tecnológica para a Defesa Agropecuária, coordenado pela Universidade Federal de Viçosa, e realizada em conjunto com a Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Fabiana de Menezes Soares. Sobre o projeto, ver item 5.5.

⁹⁶ O projeto pode ser consultado no site da Câmara Municipal de Belo Horizonte: www.cmbh.mg.gov.br.

afirmações sobre relações causais entre os atos normativos e a realidade social observável;

- b) Realiza-se da forma mais sistemática possível, de modo a levar em conta os efeitos relevantes;
- c) Realiza-se da forma mais objetiva possível, sem considerar interesses privados.

Complementar à perspectiva jurisprudencial, uma abordagem mais instrumental do direito e da avaliação de impacto evoca critérios que podem ser considerados suplementares aos princípios referidos no item 5.1.

São três os critérios mais frequentemente utilizados para dimensionar o impacto das normas (MADER, 1991; 2001): *efetividade*, que implica a avaliação sobre a correspondência entre as atitudes dos destinatários, inclusive dos agentes públicos que implementam as leis, e o modelo normativo proposto, ou seja, se o comportamento de obediência ou respeito às normas pelos indivíduos correspondente àquilo que foi proposto pelo ato normativo; *eficácia*, que diz respeito ao alcance de objetivos propostos pelo ato normativo, ou seja, se o ato atinge os objetivos propostos e se a realização dos objetivos resulta, de fato, dele. Na avaliação de eficácia, há uma dificuldade em sua mensuração que diz respeito aos fins que realmente foram elucidados pelo legislador. Em muitos casos, esse esclarecimento não é feito e não há interesse em demonstrar e publicizar o que, de fato, impulsionou o agente político a realizar a intervenção. Se devidamente explicitados os fins, a análise de eficácia deve co-relacionar os instrumentos usados para alcançá-los, verificando a sua adequação; *eficiência*, é um critério que implica avaliação de custos e benefícios e envolve não somente fatores econômicos, mas também elementos imateriais, como dados psicológicos e sociais, efeitos negativos e inesperados, entre outros. Neste caso, é desejável que seja analisada a proporcionalidade entre os meios e fins empregos, considerando os seus custos, em sentido amplo.

É importante compreender que esses conceitos implicam, necessariamente, uma avaliação da legitimidade das normas dentro do ordenamento, pois leis incoerentes produzem impactos no sistema como um todo e retiram dele, e principalmente do ato normativo avaliado, a validade material necessária para a sua aplicação.

5.4 Avaliação *ex ante* e *ex post*

De acordo com a perspectiva metódico-analítica que considera a dimensão instrumental das leis, duas formas de avaliação são apontadas pela legisprudência para apreciar os efeitos dos atos normativos: a avaliação *ex ante* ou prospectiva e a avaliação *ex post* ou retrospectiva.

A avaliação prospectiva contribui para otimizar a qualidade da lei pela elucidação das condições que envolvem a escolha feita pelo legislador. Ela tem em vista todo o conjunto de informações obtidas e analisadas no processo de definição do problema, assim como a escolha dos meios e instrumentos mais aptos à realização dos fins pretendidos, considerando as relações de causa e efeito que são visualizadas no curso da ação legislativa. Como é feita antes da entrada da lei em vigor, constitui um prognóstico aproximado, não científico, dos efeitos da legislação.

A avaliação retrospectiva está, muitas vezes, relacionada ao dever de correção do ordenamento e à aplicação prática dos princípios da temporalidade e coerência, pois tem como objetivo reconhecer o cenário e as transformações que lhe sucederam após a vigência da legislação. Diz-se que ela demanda a atuação do legislador de acordo com os referidos princípios, porque a avaliação *ex post* permite que se considere as modificações operadas no contexto pelo decurso do tempo, as quais podem alterar significativamente as condições sobre as quais deveria atuar a legislação, quando foi elaborada. Por outro lado, a concretização do princípio de coerência deve ser constantemente avaliada, já que as leis sofrem o impacto direto e indireto de outras normas, assim como da interpretação feita pelos tribunais, fatores que podem lhe retirar a eficácia.

Na esteira do pensamento de Mader (2001), com o qual concordamos, é certo defender que, embora adotem perspectivas diferentes, devem as duas formas de avaliação se complementar. Tanto o esforço de avaliar prospectivamente os efeitos das leis, adotando-se a metodologia da legística material e formal, pode facilitar a avaliação retrospectiva, pela constituição de um aparato informativo que amplia a visão do legislador sobre o contexto, como esta última, ao ser realizada, conscientiza o legislador sobre os efeitos reais provocados pela inserção da legislação no ordenamento e fornece a ele conhecimento para, caso necessário, realizar uma alteração legislativa.

Elucida-se, ainda, que a avaliação, embora procure instituir um processo de aprendizagem contínuo, assentado em critérios e técnicas que reforçam a confiança no processo de construção racional da decisão legislativa, tem uma eficácia limitada. Essa afirmativa é sustentada pelo fato de a avaliação, ao lidar com a complexidade das interações humanas que envolvem questões sociais, econômicas, axiológicas, não ser científica e exata, embora tenha o potencial de intensificar a confiança no direito e no Estado, apresentando um panorama aproximado sobre a realidade analisada. É que a avaliação, assim como a proposta de racionalidade da legislação feita por uma abordagem legisprudencial, não pode sobrepujar o caráter político das decisões legislativas, as quais, muitas vezes, derivam de acordos de interesses e da discricionariedade do legislador.

5.5 Diálogos entre jurisprudência e legislação no âmbito da avaliação de impacto

A necessidade de diálogo entre as fontes do direito e a defesa de adoção da jurisprudência como instrumento de avaliação dos efeitos da lei já foi elucidada em vários momentos ao longo da pesquisa. Uma das questões mais relevantes foi considerar a possibilidade de ser adotado pelo legislador um ponto de vista hermenêutico. Ele aponta, para a perspectiva de criação do direito pelo legislador, uma postura metodológica interdisciplinar capaz de reconhecer não só as conexões e reciprocidades que o direito partilha com outras ciências e que influenciam o seu sentido, mas também com as circunstâncias históricas e sociais que vêem o direito como fenômeno de controle de conduta e organização das instituições.

Na verdade, a adoção do ponto de vista hermenêutico pretende ser um modelo de superação da dicotomia que existe entre o âmbito da aplicação do direito e o de sua criação, não só no que diz respeito às teorias que assim concebem o direito, como também na visão dos agentes, ao atuarem no sistema.

A avaliação de impacto aponta um caminho em que o ponto de vista hermenêutico do legislador e do juiz se encontram para, evidenciada a preocupação com a produção do direito e com a sua justificação, alcançar meios eficazes e legítimos de melhorar a qualidade dos atos normativos. Por isso, como já foi afirmado acima, dentro do contexto legisprudencial, a legística material e formal estabelecem critérios e procedimentos que

atendem à exigência de racionalidade e responsabilidade do legislador, em especial pela observação dos impactos sociais e econômicos que a legislação causa na vida das pessoas.

A jurisprudência não considera a lei como letra morta, que só teria vida quando da sua interpretação e aplicação pelos juízes ou pelos administradores, já que “cria um espaço de discussão privilegiado, porque propicia um fluxo de informações que tendem a minimizar a ausência de adesão às normas jurídicas [...]” (SOARES, 2004, p. 37). A lei, ainda que abstrata e genérica, quando derivada de um processo racionalizado, contém em si a expressão da vida e das operações comunicativas que envolvem a construção do direito.

No entanto, a ausência de racionalidade na produção das leis coloca aqueles que têm o dever de interpretá-las diante de um sistema inconsistente e incoerente, em que o esforço para sanar as obscuridades ou lacunas não encontra resposta dentro da moldura legal “desenhada” pelo legislador. Assim, embora um espaço de adequação sempre deva existir, é importante que o legislador pense sobre a linguagem do direito e, principalmente, sobre a forma como estará estruturado o sistema de modo a garantir coerência. A consideração da dinâmica do texto jurídico é também, portanto, imprescindível à legística, não só no que tange ao seu aspecto material (avaliação de eficácia, eficiência e efetividade), mas também no que se refere à redação do texto.

Por isto, tão importante quanto o ato passivo da interpretação são as variadas formas de expressão da conclusão a que se chegou naquele processo. Redigir é uma etapa essencial para a dimensão viva da realidade jurídica e se incorpora a ela com a habilidade de mudar os próprios contornos das ocorrências de presente, de passado e de futuro. (LOPES, 2006, p. 302)

A redação da lei depende do processo que envolveu a criação da norma nele contida, mas também de uma opção por clareza e simplicidade, ou o contrário. Se uma norma ou lei é bem redigida, levando em consideração a realidade fática e a fala dos envolvidos, o grau de aceitação para a sua aplicação será muito mais elevado do que em casos em que a lei é produto de uma escolha quase individual, personificação de um determinado interesse que, geralmente, não encontra respaldo num regime dito democrático.

Nesse sentido, a legística material e formal fornecem uma metodologia compreensiva e sistemática para o processo de elaboração da lei que leve em consideração a unidade do sistema e procure “determinar as melhores modalidades de elaboração, de redação, de edição e de aplicação da norma” (FLÜCKIGER E DELLEY, 2007).

De fato, a produção racionalizada do direito leva em conta princípios de redação – que, no caso, também incluem questões de sistematicidade – condizentes com padrões mais

amplos de inteligibilidade da lei, a qual já não pode ter uma linguagem compreensível somente por juízes e juristas em geral, levando em conta aspectos como concisão, objetividade e, sobretudo, clareza.

A reflexão empreendida pela legística formal prende-se não só ao caráter aberto das normas e à utilização de conceitos indeterminados, mas essencialmente à fixação sistemática do ato dentro do ordenamento, com o fim de obter coerência. Considerando a Teoria do Nível de Coerência formulada por Wintgens (1999), o diálogo entre fontes implica a determinação de preencher os níveis 2 e 3 de coerência para alcançar a unidade do sistema e, mais ainda, compatibilizar a legislação com o contexto e as expectativas que tem a comunidade jurídica, o que lhe garante legitimidade e validade material.

A questão da redação e da linguagem utilizada pelo legislador tem extrema importância, porque garante o acesso ao ato normativo e reduz, ao mesmo tempo, o grau de subjetividade das decisões judiciais e o poder normativo dos tribunais. A avaliação legislativa é um instrumento capaz de verificar o nível de inteligibilidade da lei, especialmente quando leva em consideração os resultados da sua aplicação no Judiciário.

Já foi mencionado que o Anexo 1 do Decreto nº 4.176/02 estabelece uma *check-list* que deve ser adotada na elaboração dos projetos de lei no âmbito do Poder Executivo. Uma das questões do Anexo I é a seguinte: “1.5. Que repercussões têm o problema que se apresenta no âmbito da economia, da ciência, da técnica e da jurisprudência?”. A jurisprudência, nesse sentido, pode fornecer um banco de dados, muitas vezes, apto a revelar os conflitos no plano da compreensão e da aplicação da legislação.

Nesse contexto, salientamos o impacto da informática sobre a produção do direito e a qualidade das leis, pela adoção de sistemas capazes de fornecer suporte às decisões, judiciais ou legislativas, por meio de dados que viabilizam a formação de um diagnóstico apurado sobre a realidade, dentro dos limites que permitem à tecnologia da informação consolidá-la, e o estado do ordenamento em que vai se inserir a decisão:

Isto significa a abertura de um leque de possibilidades no plano da Legística Formal (redação, acesso e compreensibilidade dos textos) quanto da Legística Material no que concerne à escolha e avaliação dos efeitos de uma possível lei ou ato normativo. Mas é preciso de início deixar claro que estas duas dimensões acham-se unidas pela natureza da atividade de legislação que atua de forma circular (diálogo entre as fontes do direito), alimentada pela dinâmica do sistema jurídico. (SOARES, BARROS e FARAÍ, 2008, p. 19)

Trata-se aqui da legimática, termo cunhado para designar o campo de conhecimento da legística que usa a informática para facilitar o acesso e conhecimento da

norma jurídica e o processo de redação dos diplomas normativos.

Por outro lado, não só o apontamento do problema, como também a sua solução são fundamentais ao legislador, ou, pelo menos, deveriam sê-lo, para avaliar os efeitos das leis e verificar a necessidade de modificação, ab-rogação ou derrogação de normas. Isso nos leva a crer que deve haver, para o legislador, uma obrigação de vigilância dos seus atos, para posterior revisão, considerando, entre outros aspectos, o que dizem os Tribunais.

Essa parece ser uma solução plausível, dentro de um contexto de comprometimento com a atuação responsável, a exemplo do que ocorre em países como a Suíça, segundo expõe Flückiger (2009). Sua abordagem levou em conta a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão pra impor ao legislador uma obrigação de realizar a avaliação de impacto das leis, diante da consideração de suscetibilidade da lei de violar o texto constitucional.

A Corte reconheceu a possibilidade de uma lei, em princípio constitucional, tornar-se inconstitucional no momento da sua aplicação, diante da alteração das circunstâncias que ensejaram a sua edição, fundamentando sua decisão na existência de dispositivo constitucional que afirma a vinculação do Poder Legislativo à ordem constitucional (FLÜCKIGER, 2009). A informação vai ao encontro daquela afirmada por Wintgens (1999), ao falar sobre a análise legisprudencial feita pela Corte Alemã para instituir ao legislador um dever de reflexão.

Uma outra hipótese que também determina a obrigação de vigilância do ordenamento pelo legislador foi inferida da verificação pela Corte de um prognóstico errôneo feito no momento da produção da lei, mas constatado somente no momento da sua aplicação. Nos dois casos, Flückiger (2009) salienta que a Corte forneceu ao legislador indicações precisas “sobre o tipo, a natureza e a qualidade das estatísticas a serem recolhidas com respeito à obrigação de vigilância legislativa” (FLÜCKIGER, 2009, p. 15).

Como bem colocado pelo autor, embora em circunstâncias diferentes da realidade brasileira, as cortes fornecem ao legislador dados sobre os efeitos das leis que podem e devem ser usados no procedimento de avaliação legislativa, e mesmo de elaboração de novas leis para justificar a decisão de legislar. O diálogo, no entanto, não precisa ser unilateral, partindo somente no sentido do Judiciário para o Legislativo.

Um exemplo muito emblemático de diálogo que partiu do Judiciário deu-se com

uso de material legislativo pela Corte Federal do Canadá, ao adotar os Relatórios de Análise de Impacto Regulatório como auxílio extrínseco à interpretação (HOULE, 2005).

Considerando a necessidade de qualidade da regulação feita pelo Estado, o Canadá instituiu o uso da avaliação de impacto regulatório – *Regulatory Impact Assessment* (RIA) – para monitorar a exequibilidade da regulação feita pela administração pública e os seus prováveis impactos, antes da efetiva tomada decisão, ou seja, antes da edição do ato normativo. Dois são os princípios que fundamentam e norteiam as análises: *accountability*, que pode ser traduzido como responsabilidade pelos resultados, e transparência, do qual se deduz a responsabilidade do regulador em assegurar a consulta pública sobre a matéria.

France Houle (2005), autora canadense que fez a análise do uso dos relatórios contendo os resultados das análises de impacto, os *Regulatory Impact Assessment Analysis Statement* – RIAS, pela Corte Federal Canadense, esclarece que foi institucionalizada uma cultura de avaliação de impacto no seio do governo canadense, atribuindo aos relatórios valor jurídico. Tal fato levou a uma mudança na postura do tribunal que, em princípio não admitia o uso de “material legislativo histórico” (HOULE, 2005, p. 163, tradução nossa)⁹⁷ para a interpretação, e passou, então, a admitir o uso do RIAS. O foco da abordagem está, contudo, naqueles casos em que os relatórios influenciaram explicitamente o julgamento; situações em cujo uso foi, como denominado pela autora, “normativo em um sentido forte” (HOULE, 2005, p. 167, tradução nossa)⁹⁸.

Em parte dos casos nos quais havia problemas relacionados à interpretação, chamados tecnocráticos, a Corte usou o material apenas como informação complementar; em outros, contudo, o RIAS foi usado como única fonte de informação para determinar o sentido da norma (HOULE, 2005). A autora salienta também o uso democrático do RIAS, quando a Corte relacionou a aceitabilidade da norma à existência de consulta pública ou à sua deficiência quanto a tal aspecto.

Três questões importantes foram levantadas pelo trabalho. A primeira diz respeito à mudança do método de interpretação do direito, antes focado no sentido literal das regras. A adoção de material extrínseco ao próprio texto legislativo deu-se no contexto do Estado de Bem-Estar Social e na exigência de efetividade e eficácia das normas. Por isso, permitiu-se que os juízes balanceassem a interpretação entre os textos e as considerações de

⁹⁷ “legislative history material” (HOULE, 2005, p.163)

⁹⁸ “normative in a strong sense” (ibid., p. 167)

ordem social, econômica e valorativa que orbitam a produção dos atos normativos.

Outro ponto importante refere-se à exigência de participação dos administrados nos processos decisórios no âmbito da administração pública, o que resulta em maior aceitação da norma e maior conformidade a ela. Segundo Houle (2005), muito do conteúdo dos atos administrativos é controlado pela burocracia, o que revela a importância de se institucionalizar a obrigação de consulta de destinatários, envolvidos e interessados.

O aspecto negativo da atuação da Corte Federal Canadense diz respeito aos limites do diálogo estabelecido entre o tribunal e o governo. O uso do RIAS como fonte exclusiva de interpretação seria, segundo Houle (2005), autoritário e poderia levar a um desequilíbrio da doutrina da separação dos poderes. Isso porque os relatórios de análise de impacto, como já foi afirmado anteriormente, não são conclusivos e definitivos, mas representam uma forma de enxergar a realidade com base em argumentos formulados pela própria administração.

A Corte canadense salienta a viabilidade do diálogo, pois, como salienta Houle (2005):

[...] as cortes devem estar abertas aos argumentos e a mostrar cooperação e respeito mútuo pelos vários atores da ordem constitucional. É nesse sentido que a interação entre os poderes governamentais é descrita como um diálogo pela Suprema Corte, o que resulta no fato de que ‘cada poder é, de certa forma, responsável pelo outro’. Para esta Corte, o diálogo entre, e a responsabilidade por, cada um dos poderes tem o efeito de ‘melhorar o processo democrático, não negá-lo’. (HOULE, 2005, p. 186, tradução nossa)⁹⁹

A autora destaca, ainda, a importância, para a concretização do diálogo, de que os interessados e atingidos pela regulação tomem parte no processo decisório, de forma a equilibrar os parâmetros que podem pesar favoravelmente sobre a opinião dos especialistas do governo.

Esses exemplos demonstram que a ambição de melhoria da qualidade da lei passa pela consideração de que, atualmente, nenhum órgão fala somente para si. É nesse sentido que aqui se defende a necessidade de diálogo entre os Poderes Legislativo e Judiciário, assim como entre o Executivo e estes poderes, para harmonização da linguagem jurídica e da

⁹⁹ [...] courts to be open to arguments and to show co-operation and mutual respect for the various actors in the constitutional order. It is in this sense that interaction between the various branches of government are described as a dialogue by the Supreme Court, with the result that ‘each of the branches is made somewhat accountable to the other’. For this Court, the dialogue between, and accountability of, each of the branches has the effect of ‘enhancing the democratic process, not denying it’. (HOULE, 2005, p. 186).

compreensão do que é o direito para o Estado – o que, no final das contas, só pode garantir aos jurisdicionados e cidadãos maior segurança jurídica e justiça.

5.6 Um exemplo de avaliação no Poder Executivo do Brasil – o caso Defesa Agropecuária¹⁰⁰

A atividade de pesquisa cujos resultados são aqui apresentados foi desenvolvida ao longo do projeto Inovação Tecnológica para a Defesa Agropecuária, coordenado pela Universidade Federal de Viçosa, e realizada em conjunto com a Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Fabiana de Menezes Soares, fundamentando-se na identificação de que a legislação do setor representa um gargalo para o desenvolvimento do agronegócio no Brasil.

A perspectiva adotada foi a de promoção do desenvolvimento da defesa agropecuária e, conseqüentemente, do agronegócio no país, com foco na qualidade da lei produzida e aplicada por este setor.

A abordagem levou em conta, em princípio, o objetivo estabelecido no projeto de valorizar o conhecimento científico para realizar o diagnóstico sobre a legislação em defesa agropecuária e agronegócio. Nesse sentido, buscou revelar os pontos nevrálgicos de um sistema complexo, ampla e intensamente impactado pelo contexto internacional, apontando, de acordo com a legisprudência – marco teórico do trabalho –, a necessidade de planejamento regulatório e legislativo para alavancar o crescimento do setor de forma equilibrada e racional, e levando em conta o direito fundamental à alimentação e à saúde.

Considerando essa perspectiva, o trabalho inseriu-se em um contexto de racionalização da produção legislativa, em busca de coerência e efetividade das normas em um ordenamento no qual a complexidade é potencializada pela existência de três âmbitos de elaboração legislativa, bem como de normas produzidas por organismos internacionais e por relações comerciais entre países, as quais afetam diretamente as normas produzidas pelo Brasil.

¹⁰⁰ Esse item é um resumo muito breve de um relatório mais abrangente intitulado “*Diagnóstico e Análise do Sistema Normativo da Defesa Agropecuária no Brasil, 2010*”. A íntegra do relatório está em curso de publicação na Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n 55, 2011.

No caso do subsistema normativo de defesa agropecuária, a dificuldade de compreensão das normas, não só quanto ao seu sentido, mas quanto à possibilidade de sua aplicação, apresentou-nos conflitos relativos à vigência, competência e hierarquia de atos normativos elaborados não somente pelo Legislativo, mas também pela Administração Pública, principalmente no âmbito dos ministérios e das secretarias de estado, assim como das agências reguladoras.

Para realizar o diagnóstico sobre o estado da estrutura normativa do sistema de defesa agropecuária, foram desenvolvidas tarefas de acordo com o método da avaliação legislativa estabelecida pela legística. Uma das formas de identificar as falhas da legislação deu-se pelos levantamentos de problemas que apareceram nas decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Regionais Federais, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. A jurisprudência funcionou como uma importante fonte de informação sobre os problemas legislativos e regulatórios existentes no sistema, e, numa dimensão teórica, como impulso ao legislador para modificar o status vigente pelo processo de correção das falhas apontadas.

A conjunção dos dados obtidos, tanto por meio de pesquisa *in loco*, como de pesquisa virtual – na base de dados jurisprudenciais dos tribunais acima citados –, revelou o caos legislativo e normativo em que se inserem as ações, às vezes conflitantes, entre órgãos que atuam no setor e que, por tal motivo, levam diversas questões à apreciação do Judiciário, pois o consenso não é facilmente alcançado, ainda que seja querido pela lei. O juiz se ressentiu diante da má qualidade das leis, o que leva, em muitos casos, ao ativismo judicial.

A dificuldade de compreensão do sistema mostrou-se extraordinária não só para os juristas, mas principalmente para aqueles que aplicam as normas, seja nas ações concernentes à fiscalização e à atuação do setor público, de modo geral, seja quanto às realizadas pelo setor privado. A ausência de racionalidade, seguida pela falta de clareza na estrutura do ordenamento e de suas proposições, apontou a necessidade de capacitação em legislação e regulação daqueles que atuam diariamente com a execução das normas e leis, seja em órgãos públicos ou privados.

As decisões tribunais foram utilizadas para diagnosticar os problemas e conflitos decorrentes da multiplicidade de leis e instâncias de produção normativa, os quais não foram resolvidos no âmbito administrativo. A reconstrução compreensiva do cenário jurídico sobre o tema e a extensão das tensões existentes, a sua repercussão nos diversos setores da

sociedade, inclusive e especialmente nos poderes públicos, foi usada para desenvolver soluções e sugerir recomendações.

O objetivo foi orientar de forma fundamentada uma gestão política hábil, fundada em princípios de transparência, diálogo e accountability, de modo a atuar sobre o impacto negativo das inconsistências normativas no setor, considerando como modelos as políticas internacionais de boa regulação.

O resultado está resumido no quadro abaixo:

Discurso Judiciário – MATÉRIAS MAIS RECORRENTES AFETAS À DEFESA AGROPECUÁRIA				
Pesquisa feita no STJ e TRF's do Brasil no período 2000 – 2010				
Agrotóxicos	Ministério da Agricultura	Defesa Agropecuária	Sanidade Animal	Sanidade Vegetal
<ul style="list-style-type: none"> • Incompetência para edição de atos normativos; • Inovação da ordem jurídica por resolução de órgão do Executivo – CONAMA, Anvisa, MAPA; • Conflito de competência entre União e Estados; • Conflito de competência entre Anvisa e MAPA; • Aplicação de agrotóxico sem observância de normas ambientais; • Crimes envolvendo uso, transporte e comercialização de agrotóxicos; • Possibilidade de prescrição de receituário por técnico agrícola; • Reavaliação e renovação no registro de agrotóxicos; • Questionamento sobre a legalidade de ato normativo do MAPA; • Conflito de normas – Código Penal x Lei nº 7.802/89; • Responsabilidade civil da União por intoxicação por agrotóxicos – servidor; 	<ul style="list-style-type: none"> • Conflito de competência entre União e Estados; • Desapropriação e reforma agrária; • Conflito entre normas; • Crimes cometidos por servidores; • Greve de servidor público x essencialidade dos serviços de fiscalização; • Abuso na fiscalização – questionamento sobre a legalidade do laudo de infração; • Responsabilidade civil do Estado por abuso na erradicação de plantação; • Direito administrativo – servidor público; • Direito previdenciário; • Direito Tributário; • Questionamento sobre a necessidade de registro de empresa em conselho profissional – Químico, Veterinário. • Conflito atuação MAPA, Anvisa, Receita Federal; • Aplicação de normas de defesa do consumidor; 	<ul style="list-style-type: none"> • Desapropriação para fins de reforma agrária; • Renovação de registro; • Direito administrativo – servidor público; • Direito previdenciário; • Questionamento sobre a legalidade de ato normativo do MAPA/SDA; • Competência para cobrança de taxa de classificação; • Aplicação de normas para proteção do consumidor; • Determinação de execução de ato ante inércia da Administração Pública; • Crimes – comercialização de produtos veterinários adulterados, contrabando; • Conflito de competência entre União e Estado; 	<ul style="list-style-type: none"> • Crime – introdução de substância nociva à saúde; contra a relação de consumo (abatedouro clandestino); • Comercialização de animal silvestre; contrabando; • Direito previdenciário; danos ao meio ambiente; • Certificado de conferência de saúde animal; • Proibição de entrada no Brasil pela Receita Federal; • Registro de frigorífico em conselho profissional; • Análise de risco de OGM; • Contratação temporária por medida de urgência; • Controvérsia sobre legalidade de auto de infração; • Direito tributário; • Direito administrativo – servidor público; • Combate à brucelose e à tuberculose animal – habilitação específica para médico veterinário; 	<ul style="list-style-type: none"> • Renovação de registro junto ao MAPA; • Ilegalidade de auto de infração – ofensa ao devido processo administrativo; • Turbação de terras indígenas; • Legislação brasileira sobre biossegurança – OGM – impacto ambiental; • Desapropriação para fins de reforma agrária; • Greve de servidores x liberação de mercadoria importada; • Constitucionalidade da cobrança de taxa de classificação de produtos vegetais; • Propriedade industrial; • Comercialização de produto vegetal sem licença; • Questionamento sobre legalidade de ato normativo do MAPA; MAPA e Ministério da Fazenda (TCV); • Fiscalização pelo IBAMA – competência supletiva;

6 CONCLUSÃO

É interessante notarmos que, quando um ensinamento pode florescer sob diferentes formas, ele encontra aplicações em ambientes e mundos diferentes. É o sinal de que estamos num espaço que colabora para nossa evolução em vez de nos destruir, de nos bloquear.

Jean-Yves Leloup

A pesquisa teve como ponto de partida a crise do paradigma legalista, vinculado a uma visão que sustentou a separação epistemológica entre o direito e a política, estabeleceu a estrita vinculação do juiz à lei e a aplicação de um raciocínio dedutivo-subsumtivo capaz de revelar o direito preexistente, como forma de preservar a suposta verdade consubstanciada na racionalidade do soberano.

A autoridade do Estado fundou-se no representacionalismo que, assentado na idéia de povo como soberano, estabeleceu-se como justificativa suficiente e necessária para a legitimidade do direito. A partir daí a normatividade ficou reduzida a uma questão de obediência às regras já postas, cujo conteúdo, legitimado *a priori*, não era passível de ser questionado. A aceitação do contrato social pelos indivíduos levou-os à perda da liberdade e a uma situação de heteronomia, na qual todos os significados construídos no espaço político só seriam legítimos pela vontade do soberano. Esse fato impediu que as regras e as alternativas disponíveis que derivam do indivíduo preponderassem perante o Estado.

Negando a dimensão do tempo e a própria historicidade humana, pelo paradigma legalista, o direito fundou-se, então, numa ideia de ordem geométrica, supostamente capaz de proporcionar segurança, e foi cada vez menos entendido pela sua relação com a justiça, e mais pela sua estrutura lógico-formal, em que a lei é a fonte fundamental.

Mas, embora o pensamento jurídico ainda esteja focado na sistematização e aplicação das normas em seu sentido positivista, a complexidade social e as exigências de transformações aprofundaram a percepção de insuficiência da lei para dar respostas aos problemas e garantir a concretização de direitos positivados no texto constitucional.

Diante da crise da representação e do esvaziamento do espaço público, outras

esferas de poder e normatização foram convocadas para acompanhar a evolução histórico-social do direito. Revelou-se, para a sua constituição, a necessidade de vinculá-lo a princípios e valores, mas especialmente articulá-lo ao contexto que pretende ordenar, de forma a realizar as expectativas sociais condicionadas pela ideia de bem-estar, igualdade, liberdade e segurança jurídica.

Problemas no plano da coerência, sistematicidade e clareza do ordenamento jurídico foram identificados, por um processo de super-regulação decorrente da atuação do Estado social, pois a avaliação de qualidade de atuação dos governantes deu-se por meio de ações programáticas voltadas para o alcance de metas específicas, relacionadas à realização do interesse público.

Percebeu-se um panorama um tanto desolador: de um lado, o Poder Executivo passou a atuar dentro de uma perspectiva funcionalista e instrumentalista do direito, mas sem foco em uma racionalidade sobre a qualidade da regulação. Apresentou-se aí uma face totalitarista do Estado, no sentido de que tudo poderia ordenar, sufocando os processos de desenvolvimento autônomo dos sujeitos.

De outro lado, a individualização do sujeito e a desconfiança do sucesso e da possibilidade de debate no espaço público, transferiu ao Judiciário as expectativas sociais de efetiva mudança e realização de justiça. Estas parecem ter sido bem recebidas pelo Poder Judiciário, confiante em sua capacidade de garantir coerência ao direito e de sistematizar ao ordenamento. Amparado por uma visão jurisprudencialista ou neoconstitucionalista do direito, aos juízes e, especialmente, à Jurisdição Constitucional, foram dadas condições teóricas e funcionais para atuar como instância máxima de controle dos atos legislativos e administrativos, mas, sobretudo, para garantir a efetividade de direitos, não disponibilizados aos cidadãos pela omissão do legislador.

Para encontrar uma resposta à perda de legitimidade do Poder Legislativo e, mais ainda, garantir que a legislação, em seu sentido amplo, pudesse satisfazer condições de racionalidade na produção de normas, a pesquisa desenvolveu-se sobre a perspectiva da jurisprudência, como teoria normativa da legislação. Ela tem o objetivo de limitar a liberdade do legislador para a criação de normas, de forma a garantir o exercício da liberdade pelos sujeitos, por meio de uma racionalidade capaz de justificar a legislação, reduzir o excesso de regulamentação e aprimorar a qualidade dos atos normativos.

A jurisprudência coloca em evidência a intersubjetividade do sujeito, agora capaz

de agir autonomamente, e torna possível pensar no direito e no sujeito para além do Estado – e não somente por meio do Estado. Nessa esteira, defendeu-se o dever de justificação para a criação do direito, pois a partir dele a liberdade é colocada em primeiro plano e é possível exercer o controle público de legitimidade das leis.

Pela justificação, a liberdade é operacionalizada no espaço público, já que ela implica um dever ao legislador de apresentar argumentos racionais conectados ao contexto sobre o qual devem atuar as normas que pretende criar. A racionalidade dos argumentos usados pelo legislador pode ser vislumbrada dentro de uma teoria que compreende o caráter argumentativo do direito. Não se desconsidera, todavia, a satisfação de critérios como certeza e segurança jurídica próprios de um Estado de Direito, na medida em que limitam o poder de ingerência na liberdade dos sujeitos e a atuação repressiva do Estado, assim como permitem aos indivíduos sustentarem expectativas razoáveis nos processos de interação social.

Foi apontada a necessidade de conciliar o direito, muitas vezes neutralizado pela normatividade, à uma racionalidade baseada em fins e valores, mas também instrumental e metodológica, capaz de integrar as dimensões teóricas e empíricas da legislação. O argumento, no entanto, não implica a suposição de que é possível conceber uma racionalidade legislativa científica, capaz de produzir decisões infalíveis. Na verdade, exatamente porque a intenção aqui veiculada aponta uma mudança de paradigma, reconheceu-se a provisoriedade e falibilidade das decisões dos poderes públicos, mesmo quando elas são elaboradas de acordo com parâmetros que enfatizam a sua racionalidade e qualidade.

Foi afirmado que o processo de elaboração do direito é comunicativo e dialógico e, portanto, são imprescindíveis à constituição, estruturação e à eficiência das regras a interação e o diálogo. Diante dessa premissa, foram apresentadas condições para a elaboração das normas sobre um ponto de vista capaz de refletir sobre o seu conteúdo em relação aos sujeitos e ao contexto, considerando o comprometimento e a responsabilidade do legislador perante a ordem constitucional. Nesse sentido, foi possível concluir pela necessidade de criar mecanismos de diálogo entre o legislador e outras instituições e instâncias de deliberação que, por processos de interação, criam e modificam o sentido do direito e, conseqüentemente, ampliam o repertório de normas do sistema.

Para tanto, a pesquisa confirmou a possibilidade de revisão da tradicional teoria das fontes do direito que, em seu sentido mais comum, defende o dogma da separação dos poderes em sua concepção mais radical e sobrepuja o caráter de fonte da jurisprudência,

ignorando a produção do direito em outras esferas que não no Legislativo. Percebeu-se, por conseguinte, que a identificação do direito com a lei não atende às expectativas sociais, como também não encontra respaldo na realidade. O resultado dessa reflexão é uma visão pluralista de fontes do direito, dadas por processos ou modos de constituição e manifestação do direito vigente, cujo parâmetro é uma concepção do direito que leva em conta a sua dimensão lingüística, histórica e social.

Duas teorias confluíram para o alcance do propósito da pesquisa: a primeira delas inclui na caracterização de fonte do direito a exigência de um critério de validade material voltado para a justificação racional do seu conteúdo; já pela segunda, as fontes são definidas como as razões relacionadas às regras aceitas pela comunidade que justificam a interpretação do direito. Daí deriva a conclusão de que o poder só será legítimo quando a norma prescrita estiver fundada em uma validade material que implica a justificação por meio de fundamentos e razões reconhecidos como válidos no sistema jurídico.

Na esteira desse pensamento, afirmou-se ser possível a melhoria da comunicação entre as instituições e as normas jurídicas produzidas por centros diversos, entre eles, os poderes republicanos, fato que pode ser alcançado, do ponto de vista da pesquisa, pela racionalização das práticas e das justificações legitimadoras que nascem do diálogo, da crítica e do consenso, inclusive institucional, considerando que o direito deve se renovar constantemente para dar respostas razoáveis ao à sociedade.

Pela jurisprudência foram estabelecidos princípios, passíveis de serem adotados como parâmetro a um modelo de legislador racional que possibilite a crítica e a reflexão sobre a sua atuação. A teoria do diálogo das fontes colocada sob a perspectiva jurisprudencial aponta um caminho que possibilita o diálogo institucional republicado e pode justificar o respeito pelo Poder Judiciário à atuação dos poderes políticos, justificada com base em argumentos razoáveis e proporcionais.

Diante da defesa de um novo lugar para a jurisprudência como fonte do direito, ressaltou-se o diálogo entre os sistemas de *common law e civil law*, pelo fato de o primeiro considerar a decisão judicial como fonte primordial de normatividade. A inserção de concepções e elementos que firmam a jurisprudência como genuína fonte do direito, foi confirmada no sistema brasileiro. A partir daí, realizamos a defesa de um sistema de precedentes que, tratados racionalmente num contexto dialético e argumentativo, garantem o respeito ao princípio de justiça formal, potencializam as relações de coerência no sistema e

limitam a atuação judicial.

A consideração da jurisprudência como fonte do direito, ao lado da lei, assim como a percepção de que a racionalidade do legislador pode e deve ser questionada, reforçou a ideia de que juízes e legisladores atuam como aplicadores de normas dentro do ordenamento. Diante dessa visão, sustentamos a responsabilidade do juiz e do legislador pelo dever de justificar suas decisões, considerando a justificação como um critério a ser satisfeito para garantir a legitimidade da legislação.

Para operacionalizar um processo dialógico no momento da justificação, foi apontada a adoção do ponto de vista hermenêutico por juízes e legisladores, como forma de satisfazer a exigência de coerência das decisões estabelecida em uma teoria da coerência como princípio da jurisprudência. Por conseguinte, as decisões do juiz e do legislador devem estar coerentes não só com o sistema – considerando o ponto de vista interno –, como também devem encontrar respaldo na realidade à qual se dirigem.

Em uma perspectiva de racionalização do processo de elaboração dos atos normativos, confirmou-se que a jurisprudência oferece ao legislador informações relevantes e dados que devem ser considerados, especialmente no que tange aos impactos da lei e aos impulsos que são consolidados no âmbito da Jurisdição Constitucional.

A pesquisa salientou que, no contexto da avaliação legislativa, é possível verificar se a justificativa para a decisão de legislar foi coerente com o resultado obtido e, também por meio dela, opera-se o diálogo entre as fontes do direito para o aprimoramento da lei, tanto na sua revisão quando na elaboração de novas normas. A avaliação legislativa, associada à adoção de um ponto de vista hermenêutico pelo legislador, permite que o fenômeno legislativo seja percebido de forma mais ampla, considerando a relação com o contexto e também com as visões de mundo e representações que os sujeitos – acadêmicos, cidadãos, órgãos dos poderes públicos – fazem do direito.

Salientou, nessa esteira, que a avaliação não está focada somente na intervenção sobre o domínio econômico, mas atua como instrumento de aprendizagem capaz de legitimar a adoção de um ato normativo, dentro de uma perspectiva que deve levar em contas as dimensões econômicas, sociais e, diante da realidade atual, ambientais.

Com essa visão, foi possível confirmar que, embora a lei ainda represente um dos momentos mais importantes da constituição do direito estatal, ela deixou de reinar solitária

para conjugar-se a outros centros de produção normativa, especialmente a jurisprudência, como sua realizadora e portadora de sentidos que podem aperfeiçoar o direito legislado. Esse sentido deriva de uma nova compreensão do espaço político, agora como espaço de efetiva deliberação em que restam plenamente reconhecidos os limites das leis. Espaço em que a reflexão, o debate, a crítica, o consenso, o contraditório, a consciência e o respeito às individualidades culturais e sociais têm lugar e resposta justificada.

Mas não se pode – assim como não foi o desejo desta pesquisa – prescindir da lei e da constituição, já que, conforme Waldron (2003), a legislação tem sua dignidade e valor, seja porque é essencial como fator de transformação jurídica, no aspecto mais geral, seja pela existência de transparência e possibilidade de controle público nos procedimentos do Poder Legislativo, ou, ainda, pela positivação de condições jurídico-formais que pretendem estabelecer na sociedade a igualdade, a racionalidade e a ordenação.

Nesse sentido, pode-se concluir que a lei é o fio condutor de coerência da ação do Estado, pois por ela os poderes públicos atuam de acordo com o princípio do devido processo legal, seja estabelecendo os meios para a eleição das prioridades para atuação das instituições, seja garantindo balizas mínimas sobre as quais se sustenta a confiança nas relações entre os indivíduos e com o Estado.

A importância da legislação é revelada, ainda, pela atenção dispensada ao consenso possível por meio da criação de canais para o diálogo e, finalmente, por estabelecer um horizonte de valores e referenciais que pretendem satisfazer e estabilizar, ainda em meio às incertezas, as expectativas sociais. É por meio da legislação e de mecanismos de diálogo, não só entre os poderes, mas com os cidadãos, que se pode promover o amadurecimento dos planos de ação, acompanhar a execução e avaliar os resultados, de forma a controlar aproximadamente o alcance das metas propostas. Espera-se, por esse viés, que a Constituição seja considerada como elemento fundamental ao exercício do poder, por ser manifestação da vontade soberana do povo, diretriz para a resolução de prováveis e possíveis conflitos entre as fontes e no sistema que não pode mais conceber níveis estanques e hierárquicos de normatividade.

Almejou-se, por meio da defesa do diálogo, a harmonia e a compatibilização desses novos arranjos jurídicos, ou ainda, como é o caso da jurisprudência, o reconhecimento do seu papel como fonte de transformação e integração do direito. Pode-se concluir, outrossim, que a avaliação de impacto, ao operacionalizar o diálogo entre jurisprudência e

legislação, pode fazê-lo não só em prol do legislador, mas também como forma de corrigir as inconsistências que se verificam nas decisões do Poder Judiciário. Por esse viés, ela tem um caráter bilateral e pode apresentar fundamentos para a correção dos atos legislativos, assim como dos atos jurisdicionais.

Salientamos, nesse contexto, a fundamental contribuição que uma teoria da justificação, cujo pano de fundo é a construção da decisão por meio de uma prática argumentativa dialógica operacionalizada pelo contraditório, voltada ao atendimento dos propósitos de qualidade e validade da lei. Por esse sentido, foi possível sustentar que o procedimento legislativo deve estar aberto aos variados atores e instituições e às representações que fazer sobre o direito, para garantir maior articulação política e fundamentos jurídicos sólidos no resultado da produção dos atos normativos. Se esse critério for observado, garante-se às normas mais eficácia e efetividade, além da tão desejada coerência dentro do ordenamento jurídico.

A consolidação dessa perspectiva, que integra a dimensão de qualidade da lei à legitimidade do direito, permitiu-nos afirmar que a legisprudência é uma teoria capaz de operacionalizar a concretização da liberdade por sujeitos autônomos. Como o pensamento legisprudencial considera as interações sociais necessárias para a concretização da liberdade individual, pois elas promovem o compartilhamento de significados e permite ao indivíduo definir a sua identidade, ele concilia a individualidade do sujeito à participação comunitária. Por essa via, ele sustenta e estimula a realização do sujeito no espaço público e, conseqüentemente, a sua participação nos processos de deliberação política.

Essa percepção corresponde ao esforço de reerguer o sentido de soberania legislativa do povo, como estímulo ao retorno ao espaço público para discussão, pois, ainda que haja derrotas, elas devem ser justificadas.

7 BIBLIOGRAFIA

AMADO, Juan António García. *Sobre los modos de conocer El derecho. O de como construir el objeto jurídico*. Droit et Société. Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique, Paris, n. 20/21, 1992, p. 53-74. Disponível em <<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds20-21/ds020021-05.pdf>>. Acesso em maio de 2011.

_____. *Razón práctica y teoría de la legislación*. Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año n° 5, n° 9, 2000, p. 299-318. Disponível em <<http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1406/1/DyL-2000-V-9-Garcia.pdf>>. Acesso em agosto de 2010.

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1991.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Discrecionabilidade e Motivação do Ato Administrativo*. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord). Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 99 – 125.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 17-44.

_____. *Contribución a una Teoría de la Legislación*. Madrid: Editorial Civitas, 1997. Disponível em <http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6_21.pdf>. Acesso em agosto de 2010.

_____. *Practical reason and legislation*. Ratio Juris, volume 5, Issue 3, December 1992, p. 269–287.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 17 de junho de 2010.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas da Concretização da Constituição de 1988*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004, p. 101-120.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado e Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organização Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Texto Compilado. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: junho de 2011.

BRASIL. Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002. Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm> Acesso em: junho de 2011.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, compilada. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: setembro de 2010.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. 5 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. Acesso em: junho de 2011.

BRASIL, Senado Federal, 2010. Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf>. Acesso em: setembro de 2010.

BROWN, BEVERLEY and NEIL MACCORMICK (1998). *Law, philosophy of*. In E. Craig (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London: Routledge., from <http://www.rep.routledge.com/article/T001>. Acesso em: janeiro de 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª edição revista. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. Os impulsos modernos para uma teoria da legislação. *Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação*. Oeiras, INA, nº 1, abril – junho 1991, p. 7-14.

CASTANHEIRA NEVES, António. As fontes do direito e o problema da positividade jurídica. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LI, 1975, p. 115-204. Disponível em <http://www.uc.pt/fduc/galeria_retratos/castanheira_neves/pdf/doutrina_vol_LI_1975.pdf>. Acesso em: dezembro de 2010.

_____. Fontes do direito – Contributo para a solução do problema. Estudos em homenagem aos Prof. Doutores M. Paulo Merêa, G. Braga da Cruz. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LVIII, 1983, p. 115-204. Disponível em <http://www.uc.pt/fduc/galeria_retratos/castanheira_neves/pdf/homenagem_PM_BC_vol_VIII_1982.pdf>. Acesso em: dezembro de 2010.

_____. Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXXIV, 1998, p. 1-44.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro* (Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social). Publicado no *Mundo Jurídico* em 12/07/2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em abril de 2011.

CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodica da Legislação. *Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação*. Oeiras, INA, nº 35, outubro – dezembro 2003, p. 5-87.

CHEVALLIER, Jacques. *A racionalização da produção jurídica*. Tradução de Teresa Salis Gomes. *Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, INA, nº 3, janeiro - março 1992, p. 9-23.

COMPARATO. Fábio Konder. *Ensaio sobre o júízo de constitucionalidade das políticas públicas*. *Revista de Informação legislativa*, ano 35, nº. 138, abr./jun. 1998, p. 39-48.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico. Tradução de Léo Noronha. *Cadernos da Escola do Legislativo*, nº 12, jan./jun. 2004, p. 101-143.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado e Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DUBOUCHET, Paul. *La Pensée juridique avant et après le Code civil*. Lyon: Ed. L'Hermès, 1992.

ERIKSSON, Lars D. *Making society through legislation*. In: WINTGENS, Luc. J. (ed.). *Legisprudence: a new theoretical approach to legislation*. Proceedings of the fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory. Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2002, p. 41-48.

ELLSCHIED, Günter. O problema do direito natural. Uma orientação sistemática. In: KAUFMANN, Arthur, HASSEMER Winfried (org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p.211-280.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Ed. Atlas S/A, 1993.

FILANGIERI, Gaetano; CLAYTON, Sir Richard. *The Science of Legislation*, vol. I, London. Printed for T. Ostell, by Emery and Adams, Bristol, 1806. Disponível em <<http://books.google.com/ebooks/reader?id=Qs88AAAAYAAJ&printsec=frontcover&output=reader>> Acesso em janeiro de 2008.

FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria geral do estado*. Tradução Marlene Holzhausen. Revisão técnica Flávia Portella Puschel. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLORES, Imer B. *Constitutionalism v. Legalism: the quest for legisprudence*. In: WINTGENS, Luc. J. *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence*. England: Ashgate, 2005, p. 26-52.

FLÜCKIGER, Alexandre; DELLEY, Jean-Daniel. *A elaboração racional do Direito Privado: da*

codificação à legística. Tradução Paulo Roberto Magalhães. Revisão da tradução Maria Lina Soares Souza. In. Cadernos da Escola do Legislativo. Belo Horizonte, v. 9, n. 14, jan/dez 2007, p. 35-58.

FLÜCKIGER, Alexandre. *A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa – uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais*. Senatus, Brasília, v. 7, n. 1, 2009, p. 14-23.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAY, John Chipman. *The nature and sources of the Law*. Second edition. The Macmillan Company: New York, 1948.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Edición y presentación Miguel Carbonell. 1ª ed. Doctrina Jurídica Contemporanea. México: Fontamara, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. Uma pedagogia da emancipação: vozes da filosofia e da filosofia do direito no mundo contemporâneo. [s.n.t.], 2010, 109 f. (Não publicado)

HART, H.L.A. *O conceito de direito*. 2ª ed. Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2ª edição, reelaborada. Coimbra: Almedina, junho 2009.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma República eclesiástica e civil*. Organizado por Richard Tuck. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. Revisão da tradução Eunice Ostrensky. Ed. Brasileira supervisionada por Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOULE, France. *Regulatory History Material as an Extrinsic Aid to Interpretation: An Empirical Study on the Use of RIAS by the Federal Court of Canada*. 19 Canadian Journal of Administrative Law & Practice, July 2006, p 151-189. Disponível também em <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/1374/1/19%20CJALP%20151.pdf>>.

INOUE, Tatsuo. *The Rule of Law as the Law of Legislation*. In: WINTGENS, Luc J. (ed.). *Legislation in context: essays in jurisprudence*. [s.l.]: Ashgate, 2007, p. 55-74.

JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit international privé post moderne*. Cours général de droit international privé. [s.n.], Heidelberg, 1995.

KARPEN, Ulrich (ed). *Evaluation of Legislation*. Proceedings of the Fourth Congress of the European Association of Legislation (EAL) in Warsaw (Poland), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, June 15th-16th, 2000.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER Winfried (org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LANDIS, James McCauley. Statutes and the Sources of Law. In: *Harvard Legal Essays Written in Honor and Presented to Joseph Henry Bale and Samule Williston*, Cambridge (Ma): Harvard University Press, 1934, p. 213-246.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução José Lamago. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LEONARDO, Marcelo. A multiplicidade das leis e as dificuldades para os operadores do direito. In: MINAS GERAIS. Assembléia Legislativa. *A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia*. Belo Horizonte, 2003, p. 103-110.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2002.

_____; ARAÚJO, Nadia de (orgs.). *O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. XVI-XXV.

_____. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, nº 7, Sergipe, 2004, p. 15-54. Disponível em <

http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22388/superacao_antinomias_dialogo_fontes.pdf?sequence=1>. Acesso em fevereiro de 2011.

LOPES, Mônica Sette. *O juiz e o fato: juiz-leitor e o leitor-do-juiz*. In: LOPES, Mônica Sette (Org.). *O direito e a ciência: o tempo e os métodos*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2006, p. 297-349.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. Revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *H. L. A. Hart*. Tradução Claudia Santana Martins. Revisão Técnica Carlos Henrique Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. *Retórica e o estado de direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino jurídico e mudança social*. 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 167-180.

MADER, Luzius. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito. *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras, INA, nº 1, abr/jun 1991, p. 39-49.

_____. *Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation*. *Statute Law Review*, Volume 22, nº 2, 2001, p. 119-131.

_____. *Legislação e Jurisprudência*. Tradução Teresa Salis Gomes. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, v. 9, n. 14, jan/dez 2007, p. 193-206.

_____. *Legislative Procedure and the Quality of Legislation*. In: KARPEN, Ulrich; DELNOY, Paul (eds.). *Contribution to the Methodology of the Creation of Written Law. Proceedings of the First Congress of the EAL in Liège (Belgium), September 9-11, 1993*, p. 62-71. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba*, nº 49, 2009, p. 11-58. Disponível em <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/17031/11238>>. Acesso em fevereiro de 2011.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade*. O papel da atividade jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. Estudos de Avaliação Educacional. Fundação Carlos Chagas. São Paulo. n. 20 jul./dez.1999, p. 183-202.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *O apelo ao legislador: appellentscheidung, na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã*. Revista de Informação Legislativa, v.29, n.114, p.473-502, abr./jun. 1999. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/175956/1/000464726.pdf>>. Acesso em junho de 2011.

MUÑOZ, Alberto Alonso. *Transformação na Teoria Geral do Direito Argumentação e Interpretação do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução Ivone C. Benedetti. Revisão Técnica Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEJOVIC, Caslav. Civil Law and Common Law: two different paths leading to the same goal. Victoria University Wellington Law Review (2001), p. 817-841. Disponível em <www.upf.pf/IMG/doc/16Pejovic.doc>. Acesso em abril de 2011.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1-46.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

PRIGOGINE, Ilya. Uma nova racionalidade (Prólogo). In: *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Ed. UNESP, 1996, p. 9-15.

RADAELLI, Claudio M. *Desperately seeking regulatory impact assessments: diary of a reflective researcher*. University of Exeter, November, 2007. Disponível em <<http://centres.exeter.ac.uk/ceg/research/riacp/documents/DesperatelySeekingRIAs22Nov2007.pdf>> Acesso em agosto de 2010.

RENDA, Andrea. *Impact Assessment in the EU. The state of the art and the art of the State*. Centre for European Policy Studies, Brussels, 2006.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios de direito político*. Tradução Antonio de Pádua Danesi. Revisão Edison Darci Heldt. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências. 8ª ed. Porto: Afrontamento, 1996, p. 5-35.

SANTOS, Marina França. *Fundamentos da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição*, 2011.150p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

SOARES, Fabiana de Menezes; BARROS, Louise Menegaz; FARAJ, Natália de Assis. *Legimática: a tecnologia da informação aplicada à qualidade da produção legislativa*. Revista Senatus, v. 6, nº 2, Brasília, out. 2008, p. 18-32.

_____. *Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação*. Cadernos da Escola do Legislativo. Belo Horizonte, v. 9, n. 14, jan./dez. 2007, p. 7-34.

_____. *Teoria da Legislação – Formação e conhecimento da lei na idade tecnológica*. Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 2004.

SORJ, Bernardo. *A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

SOTELO, José Luis Vázquez. *A jurisprudência vinculante na “common law” e na “civil law”*. In: Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano. Rio de Janeiro, Ferense, 1998, [s.p.] Disponível em <http://74.125.155.132/scholar?q=cache:8cug_c53Y1QJ:scholar.google.com/&hl=ptBR&as_sdt=0,5>. Acesso em 25 de outubro de 2010.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *A decisão de legislar*. Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação, Oeiras, INA, nº 1, abr./jun. 1991, p. 15-37.

STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* Novos Estudos Jurídicos – NEJ/Eletrônica, v. 15, n. 1, p. 170, Itajaí, janeiro/abril, 2010, p. 158-173. Disponível em: <www.univali.br/periodicos> Acesso em: 16 de abril de 2011.

_____. *O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 83-128, 2005.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito, os meios do direito*. Tradução:

Márcia Valéria Martinez de Aguiar; Prefácio François Terré; Revisão técnica: Ari Solon, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. Revisão de Stéphane Rials, Eric Desmons. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. Revisão da tradução Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WINTER, Heinrich. *The Forum Model in Evaluation of Legislation*. In: WINTGENS, Luc. J. (ed.). *Legisprudence: a new theoretical approach to legislation*. Proceedings of the fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory. Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2002, p. 139-150.

WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. In: *Ratio Juris*. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p. 1-25.

_____. *Legisprudence and comparative law*. In: VAN HOECK, Mark. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Lightning Source Inc, 2004, p. 299-315.

_____. *Legitimacy and Legitimation from Legisprudential Perspective*. In: WINTGENS, Luc J. (ed.). *Legislation in context: essays in jurisprudence*. [s.l.]: Ashgate, 2007, p. 3-42.

_____. *The justification of legislation. An introduction to Legisprudence, a new theory of legislation*. Tese de Mestrado publicada em 17/01/2005. Disponível em <<http://www.openthesis.org/documents/justification-legislation-introduction-tolegisprudence-276199.html>>. Acesso em janeiro de 2009.

_____. *To Follow a Rule as a Legislation – Some Observations from a Legisprudential Perspective*. In: *Rechtstheorie*. Berlim: Duncker & Humblot, 30 (1999), p. 11-46.

_____. *A Comment on "Legisprudence". Freedom and Legisprudence — A More Substantial View: A Reply to Professor Perju*. 89 B.U. L. REV. 427 (2009), p. 1795-1805. Disponível em: <<http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/WINTGENS.pdf>>. Acesso em: abril de 2010.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Problems of judicial reasoning in civil law and common law system – Some reflections on Julius Stones's approach*. 10 Bull. Austl. Soc. Leg. Phil. 187 (1986), p. 187-202.