

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – CENTRO (UCAM)
FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES (FDCM)

LUCAS RODRIGUES SENA

TÍTULO: SUBTÍTULO

Rio de Janeiro
2018
Lucas Rodrigues Sena

FUNÇÃO JUDICIÁRIA, EQUILÍBRIO E EXPECTATIVAS NORMATIVAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Candido Mendes - Centro, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Fernando Moreira Reis

Introdução -----	5
1 O Atual Arranjo do Judiciário e Sua Função -----	6
2 Sociedade Funcionalmente Diferenciada, Sistemas e Ponderação -----	15
3 O Novo Paradigma do Pós Positivista -----	23
Conclusão -----	33
Referências	

Resumo

No presente trabalho será abordado o surgimento histórico do poder judiciário, em especial à função sobre a qual tal arcabouço institucional foi criado. A partir daí a teoria dos sistemas de Luhmann será usada para estudar tal função de acordo com a atual sociedade, em seu estado funcionalmente diferenciado, em especial a relação desta com o sistema autopoietico do direito. Após, far-se-á um paralelo entre a mudança da sociedade e as mudanças ocorridas no direito. Por fim, será visto como a ponderação de Alexy pode ser usada para auxiliar no alcance da função judiciária.

Palavras chave: Poder Judiciário, Sistemas Autopoieticos, Ponderação, Positivismo, Pós Positivismo.

Abstract

In this work is going to be studied the rise of the judiciary, specially the function upon which it was built on. From that on, Niklas Luhmann theory of systems will be used to study the aforementioned function in relation to society, specially in relation with the autopoiesis system of law. After, a parallel between the change of society and the changes that happened in the jurisprudence will be made. Last but not least, we will see how Alexy's ponderation theory can be used to help reach the judiciary function.

Keywords: Judiciary, Autopoiesis, Positivism, Ponderation.

INTRODUÇÃO

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (“*Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*”), célebre documento que codificou o pensamento iluminista atropocêntrico, vencedor face o antigo regime na Revolução Francesa, há disposto o “*status*” inicial de todo ser humano: “Art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”¹.

Entretanto, segundo correntes contratualistas, capitaneadas pelo pensamento de Thomas Hobbes, tal liberdade e independência foi delegada ao ente estatal para que este possuísse o monopólio da violência e a vida em sociedade fosse possível². Com o poder coercitivo nas mãos do soberano, fez-se necessário, então, criar formas institucionais para que seu exercício não seja arbitrário - conforme Sarmento, “A separação de poderes foi concebida pelo constitucionalismo liberal para assegurar a moderação no exercício do poder, evitando o arbítrio dos governantes e protegendo a liberdade dos governados.”³ -, desse *múnus público*. Após milênios de desenvolvimento histórico, chegou-se ao arranjo institucional quase hegemônico da atualidade: a divisão tripartite de poderes conforme o pensamento de Montesquieu disposto na sua “*magnum opus*”, “O Espírito das Leis”⁴, quais sejam, executivo, legislativo e judiciário.

Dentro desse paradigma, cabe ao judiciário, precipuamente, o papel de órgão regulador da atuação dos outros poderes em relação à fiel execução da legislação. O Juiz, então, é o agente público encarregado da solução dos problemas sociais que a população, ou o próprio ente estatal, levam a sua apreciação.

Essa solução, inicialmente, era feita com base na simples subsunção do caso concreto à legislação existente - o magistrado como “*bouche de la loi*”, na célebre expressão do direito francês que pode ser traduzida como “boca da lei”, o que

¹Disponível: em

<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.

² HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil*. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.25.

³ SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional, Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 248

⁴ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. O espírito das leis apud SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional, Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 248

modernamente é tido como completamente insuficiente em virtude da complexidade das relações sociais, as quais não são abarcadas em sua totalidade pela legislação sobreposta.⁵

Para combater a referida insuficiência e possibilitar ao magistrado escolher a decisão mais condizente com a expectativa normativa vigente (lembrando que o termo “escolher” foi usado intencionalmente em detrimento de termos como “descobrir”, “alcançar”, que podem passar uma ideia metafísica da decisão certa como uma que estivesse em outra dimensão, para reforçar o aspecto prático que deve ser conferido à atuação estatal. É dizer, a decisão como resultado da reflexão do magistrado acerca das suas consequências no “aqui e agora” da comunidade em que está inserida.) dentre as que são apresentadas pelas partes componentes da relação processual, o pós positivismo dotou o juiz de certa discricionariedade decisória.

O presente trabalho, então, tem como escopo analisar a referida discricionariedade no paradigma pós positivista, mormente como tal discricionariedade pode ser limitada a fim de impedir um desequilíbrio institucional que pode pôr em risco, até mesmo, o Estado Democrático de Direito como o conhecemos atualmente.

⁵ SCARIOT, Juliane. Hermenêutica jurídica: A função criativa do juiz. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8360>. Acesso em: 18 jun. 2018

1 O ATUAL ARRANJO DO JUDICIÁRIO E SUA FUNÇÃO

A vida em sociedade se baseia na convivência entre pessoas com diferentes visões de mundo, origens e ideais, o que leva, inevitavelmente, ao conflito. Para a resolução de conflitos foi criada, então, a função judiciária, na sua acepção de órgão de controle e resolução das questões cotidianas. Entretanto, tal função judiciária primitiva não se confunde com a instituição que surgiu no final do século XVIII. O judiciário como o conhecemos foi criado a partir do “rascunho” de Montesquieu na obra “O Espírito das Leis” e aperfeiçoado com os constitucionalistas norte americanos de 1787, pautado na independência e harmonia entre seus poderes (conforme, por exemplo, Artigo 2º da Constituição Federal Brasileira de 1988, ou no Artigo 2º da Constituição Portuguesa de 1976, ao dispor sobre “a separação e interdependência” dos poderes).

Face a hegemonia do modelo de constitucionalismo norte americano após a Segunda Guerra Mundial⁶, tal arranjo institucional foi naturalizado pela sociedade ocidental como algo inato à própria vida em sociedade de uma forma quase metafísica, o que não é de surpreender haja vista a própria acepção metafísica/teológica que os norte-americanos dão a alguns de seus personagens históricos, como, por exemplo, os “místicos” “Founding Fathers”⁷, o que, inclusive, fez surgir a corrente hermenêutica “originalista”, que busca pautar a interpretação da constituição com base na forma como os constituintes de 1787 enxergavam os conceitos jurídicos, ou, conforme Cesar Mecchi Morales, “as normas constitucionais devem ser observadas tal como eram 'entendidas por aqueles que as escreveram e ratificaram.”⁸

Entretanto, a naturalização dos fenômenos sociais pode levar a uma interpretação turbada por valores que impedem o próprio desenvolvimento do conceito de acordo com as mutações características dos sistemas sociais. No caso do presente estudo, a naturalização da função judiciária impede a visualização e problematização de seu aspecto mais básico: sua função, de estudo imprescindível para entender a ordem institucional vigente em relação com as outras funções inerentes ao poder constituído.

⁶ SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional, Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 191.

⁷ idem, pg. 58.

⁸ MORALES, Cesar Mecchi. *Originalismo e Interpretação Constitucional*. São Paulo: USP, 2011. p. 32.

Frise-se, ainda, o uso da expressão “Função Judiciária”, ao invés da mais comum “Poder Judiciário” como forma de acentuar a importância daquela, a qual, inclusive, é anterior a esta, haja vista o fato dos fatos sociais não serem despidos de um motivo pelo qual surgiram. É dizer, os fenômenos sociais não surgem do nada no tempo e espaço, todos possuindo elementos fundantes e condicionantes de sua existência.

Assim, faz-se necessário a exposição do “*ethos*” histórico que fez surgir o constitucionalismo como agora o conhecemos: os debates constituintes que desembocaram na Constituição de 1787 nos Estados Unidos da América, em especial na figura de quatro célebres figuras: James Madison, Thomas Jefferson, Alexander Hamilton e John Jay que, em 85 artigos destinados a convencer o povo de Nova Iorque a ratificar a Constituição, estes posteriormente compilados e denominados “Os Federalistas”, demonstraram as bases teóricas da mesma⁹.

A história desse constitucionalismo possui uma intrínseca ligação com o final do período colonial norte-americano. Como comum em todo movimento de independência (a exceção do brasileiro), ao seu alcançar é seguido um sentimento de necessidade de mudança, de negação de tudo que lembrasse a “metrópole opressora”, inclusive no que tange à estrutura institucional. Enquanto a metrópole inglesa era conhecida pela sua legislação costumeira, não escrita¹⁰, os recém independentes americanos precisavam de algum lugar para solidificar seus ideais e os motivos pelos quais saíram da proteção da metrópole e decidiram lutar pela sua independência.

Na Constituição, então, os norte-americanos encontraram o dispositivo hábil para suprir tal necessidade. Entretanto, mesmo depois de terminado o conflito independentista seus ruídos ainda conseguiam ser ouvidos.

Durante a guerra de independência norte-americana muitas pessoas deixaram suas vidas de lado para lutar ao lado dos seus pares contra a metrópole. Ao voltar as suas casas, estavam destruídos financeiramente, suas propriedades em pedaços, culminando em um grande endividamento e em posterior inadimplência. Nesse diapasão, o executivo

⁹ GARGARELLA, Roberto. *La Justicia Frente Al Gobierno, sobre el carater contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 43.

¹⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O constitucionalismo inglês. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 452, 2 out.2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5768>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

e legislativo se curvaram aos pleitos dos grandes credores, tomando medidas para facilitar a cobrança, facilitando a execução dos débitos extrajudicialmente.¹¹

Com isso, começou-se um movimento de agregação popular, em especial nos chamados “*town meetings*” onde as pessoas se encontravam para discutir ações para melhorar sua situação, dos “devedores”, como, por exemplo, um movimento em prol da expedição de papel moeda para que suas dívidas possam ser quitadas. Com o passar do tempo, esses encontros ganharam maior projeção, tornando-se os “*county meetings*”. A organização do povo, no que Madison depois passou a chamar de “*facções*” acarretou na “tomada” das Assembléias Legislativas pelo povo, passando as mesmas, logicamente, a defenderem os interesses dos devedores, com especial menção à Câmara Legislativa do estado de Rhode Island, o qual, pela proximidade com o estado de Nova Iorque, tornou-se um paradigma para Madison, como exemplo do que não poderia acontecer.¹²

Isso, logicamente, causou furor entre os credores, que passaram a buscar meios de frear a influência dos devedores, com especial importância para Madison. Nesse diapasão, o federalista norte-americano usou a doutrina de John Locke acerca das “verdades primárias” para embasar um poder de com função contramajoritária (por mais que essa expressão não fosse usada à época, tendo sido cunhada por Alexander Bickel em sua obra “*The Least Dangerous Branch*”).¹³

Para Locke existem um grupo de “verdades primárias” em torno dos direitos naturais e que, por mais auto evidentes que fossem, não poderiam ser igualmente percebidas por todos. Para Locke, parcela do povo se encontrava incapacitada de detectar tais princípios auto dirigentes. Locke questiona proposições como o princípio da identidade, que seriam consideradas de assentimento universal, alegando que integrantes das comunidades mais primitivas desconhecem tal princípio.¹⁴

Além do “problema”, segundo os credores, da falta de capacidade do povo de alcançar pela razão o bem comum, as maiorias tendiam a atuar irracionalmente, como

¹¹ GARGARELLA, Roberto. *La Justicia Frente Al Gobierno, sobre el carater contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 45.

¹² GARGARELLA, Roberto. *La Justicia Frente Al Gobierno, sobre el carater contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 96.

¹³ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16.

¹⁴ GARGARELLA, Roberto. *La Justicia Frente Al Gobierno, sobre el carater contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 27.

exemplificado pela frase de Madison de que “quanto maior o número de pessoas numa assembleia, maior é o predomínio da paixão sobre a razão”.¹⁵

Em conjunto à predominância dos devedores nas Assembleias Constituintes, movimentos armados se organizaram contra as injustiças sociais e econômicas. Dentre esses movimentos, alguns ganharam maior destaque, como, por exemplo, o “Levante de Shays”, onde quatro mil rebeldes (chamados Shaysites), liderados por Daniel Shays” tentaram se apropriar do armamento militar nacional localizado em Springfield e derrubar o governo central.¹⁶

Surpreendentemente, apesar do caráter bélico desses movimentos, Madison se preocupava mais com a possibilidade dos rebeldes usarem os instrumentos constitucionais para chegar aos seus objetivos do que os levantes armados. Madison, então, começou a falar de “*comportamentos facciosos*”. Para ele, a nova ordem constitucional deveria estar fundamentalmente orientada a impedir os atos das facções e seus comportamentos facciosos, estes que eram inevitáveis nas Assembleias Legislativas¹⁷.

O judiciário, então, para combater as facções inadimplentes e as Assembleias Legislativas por elas “apropriadas”, teria um papel predominante. Importante repisar que durante as discussões constituintes norte-americanas, ao se falar de “minorias”, estava-se falando de um grupo social, qual seja, os credores, os grandes proprietários de terras. Para essa defesa em prol dessas “minorias”, duas ideias basilares foram instituídas:

- a) Evitar as tendências “faccionais” das maiorias, e;
- b) Possibilitar que tanto o setor majoritário (na época representado pelos “devedores”) da sociedade, quanto o setor que constituía a minoria tivessem igual influência dentro do sistema político.¹⁸

Segundo Madison, “*os direitos das pessoas (devedores) e os direitos da propriedade (credores) devem ser conciliados no sistema político*”. Assim, com o fim de alcançar um equilíbrio sinérgico entre maioria (legislativo) e minoria (judiciário), partindo-se da ideia de que cada setor da sociedade era representado por um poder e, se

¹⁵ idem, p.30.

¹⁶ SHAY’S Rebellion. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Shays%27_Rebellion>, acesso em 18/06/2018, 09:49.

¹⁷ GARGARELLA, Roberto. *La Justicia Frente Al Gobierno, sobre el carater contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 35

¹⁸ idem, p. 38.

os poderes conseguem equilíbrio entre si, os conflitos sociais seriam, então, resolvidos institucionalmente, constrói-se o sistema de “freios e contrapesos”.¹⁹

O Judiciário, então, na estrutura institucional norte-americana, foi concebido como uma forma de limitar ações legislativas, limitando, por consequência, a camada social que, em tese, é representada pelo poder legislativo²⁰.

Muito se pensou acerca da forma como o judiciário irá fazer a referida limitação. Poderia ser anterior à produção legislativa, estabelecendo diretrizes para serem seguidas pelo legislador. Entretanto, num paradigma de controle exclusivamente antecedente, eventuais excessos cometidos ficariam impunes. Fosse um controle simultâneo, o judiciário atuaria como um “supervisor” da atuação legislativa, o que tolheria completamente a independência do poder representante da maioria, transformando o judiciário em um poder supremo no arranjo institucional. Restou, então, o controle *a posteriori* da atuação legislativa, ou seja, o judiciário como revisão, conforme esboçado no “*Virginia Plan*”, também conhecido de “*Randolph Plan*” ou “*Large State Plan*”, capitaneado por Edmund Randolph, governador do estado da Virginia na época, e James Madison, durante a Convenção Constitucional da Filadélfia que, ao final, levou à Constituição de 1787. Durante a Convenção anteriormente referida, cada estado da federação apresentou uma proposta para o que seria a constituição federal, sendo o Plano de Virginia a proposta do estado da Virginia, que continha uma proposta de revisão não exatamente igual ao modelo posteriormente adotado pela Constituição. Tal modelo de revisão das leis era exercido por meio de vetos proferidos por um conselho formado por membros do poder executivo e por membros do judiciário, podendo tal veto se superado por uma maioria legislativa não especificada.²¹

Apesar de não ter acontecido a integração literal do Plano de Virgínia, essa ideia da função judiciária como revisora das ações legislativas foi mantida no debate constituinte, eventualmente se transformando no paradigma institucional.²²

¹⁹ GARGARELLA, Roberto. *La Justicia Frente Al Gobierno, sobre el carater contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 40.

²⁰ idem, p. 41.

²¹ VIRGINIA Plan. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Virginia_Plan>, acesso em 18/06/2018, 09:51.

²² VIRGINIA Plan. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Virginia_Plan>, acesso em 18/06/2018, 09:51.

Conforme visto, o poder judiciário e o poder legislativo foram criados como instituições antagônicas entre si. Assim, se o poder legislativo é, em tese, o representante do povo por excelência, o judiciário deveria ser o poder mais isolado das influências sociais. Tanto assim o era que, segundo Madison, no Federalista nº 49, sustentava que os juízes deveriam ser conhecidos pessoalmente apenas por uma pequena fração do povo.²³

Por todo o exposto, fica claro que a função judiciária constitui-se de uma forma de proteger uma determinada classe contra outra, representada esta pela função legislativa, de forma a manter o equilíbrio social. Em síntese, a função judiciária foi concebida para manter o equilíbrio.

Quanto a este último parágrafo, necessário se fazem alguns esclarecimentos. Em primeiro lugar, por mais que o judiciário tenha sido usado inicialmente pela classe economicamente privilegiada, não há uma determinação ontológica para que isso aconteça, de forma que é possível ser a função judiciária também ser usado por uma minoria qualquer em alguma sociedade específica, por isso a menção a proteção de uma classe contra outra, e não exatamente dos ricos contra os pobres ou qualquer outra dicotomia semelhante.

Dizer que a função judiciária foi criada com o objetivo de manter o equilíbrio social, é também dizer que a atuação judiciária deve ser voltada ao equilíbrio - devendo-se observar o fato de que a sociedade, em 1787, ainda não havia se convertido em na Luhmaniana sociedade funcionalmente diferenciada na qual o direito é um sistema autopoietico criador de expectativas normativas, o que levaria a reescrever a última frase no sentido de que a atuação da função judiciária seria voltada à expectativa de equilíbrio, e não ao equilíbrio em si, conceito metafísico e de impossível alcance, conforme será demonstrado no curso deste trabalho -, o que, por fim, significa que a atuação do juiz em suas decisões necessita olhar para esse norte argumentativo. Tal afirmação afasta as noções metafísicas da atuação do magistrado, afinal, se o sistema decisório subjacente à função judiciária busca o equilíbrio, não faz sentido dizer que tal sistema tenha a aptidão de alcançar decisões metafisicamente corretas, haja vista que o sistema não foi construído para tal fim. É dizer, o sistema não foi concebido para que o julgador descubra a decisão

²³ GARGARELLA, Roberto. *La Justicia Frente Al Gobierno, sobre el carater contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 236

mais justa entre todas as hipotéticas decisões possíveis. A função judiciária não foi feita para promover justiça.

Esse entendimento é essencial para o próprio funcionamento do sistema, com base no perigo institucional inerente à amplitude de poderes que o judiciário possui, fazendo que a busca por decisões “justas” e ideais tenha levado à distorção sistemática que é observada especialmente em países de desenvolvimento tardio, como é o caso em grande parte da América Latina em fenômenos como a “Supremocracia” brasileira.²⁴ Afinal, conforme John E. E. Dalberg Acton, “o poder corrompe, e o poder absoluto corrompe absolutamente.”

Repise-se, para o arcabouço institucional proveniente do constitucionalismo norte-americano conseguir ser efetivo em seus fins, é mistér uma atuação autocontida da função judiciária de forma que esta não seja absorvida pela tentação proveniente da força de seus instrumentos de coerção, mantendo como norte a busca pelo equilíbrio social, pois foi para isso que o sistema foi pensado. Pode ser feita a pergunta para o caso de uma lei promulgada pelo parlamento que cause danos para a população. Não deveria o judiciário, ao ver uma injustiça, atuar para corrigir o ato impugnado, corrigir a injustiça observada no mundo? Por mais que o judiciário não deva se abster na sua atuação, a resposta a essa pergunta, visando a coesão do sistema institucional, deve ser no sentido de que a função só deve ser usada se a for de forma auto contida, isso pois, uma atuação protagonista da função judiciária faz com que a população passe a buscar no órgão contramajoritário a mudança social, quando o correto deveria ser que a população buscasse em seus representantes as mudanças jurídicas que achassem convenientes. O protagonismo da função judiciária, então, leva além da fraqueza do próprio legislativo, ao desvirtuamento do próprio sistema como um todo, passando ao judiciário ter uma sobreposição de funções: a função de servir como órgão equilibrante do sistema e a função, que deveria ser da função legislativa, de mudar o paradigma social do dia a dia. Assim, de acordo com a forma que o sistema foi concebido, repita-se, é um grande sintoma da falência do arranjo institucional a expectativa popular quando ocorre determinado julgamento, não que a população não tenha o direito de se congrega quando

²⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo: 2008, p. 441-464. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em 18 jun. 2018..

do exercício da função judiciária, mas sim que tal expectativa deveria acontecer quando dos julgamentos nos órgãos legislativos.

Ainda, Flávio Lopez de Oñate também demonstra a problemática relacionada ao criacionismo judicial, uma consequência da atuação hiperbólica da função judicial: “O propalado criacionismo judicial, a justiça do caso concreto, seriam empecilhos à integração social, pois a sociedade não pode continuar subsistindo como pura união de seres isolados, isto é, não conjuntamente vinculados por normas, mas guiado caso a caso, ação por ação, por decisões imprevisíveis e, portanto, substancialmente arbitrárias.”²⁵

Partindo do pressuposto que a função judiciária deve ter sua atuação pautada pelo equilíbrio e autocontenção como nortes argumentativos, sempre baseados na sua acepção real, cotidiana, conforme, por exemplo, o realismo escandinavo de Alf Ross²⁶ ou o pragmatismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr.²⁷, faz-se necessário saber quais meios devem ser empregados para que as decisões proferidas pelos magistrados consigam alcançar tais objetivos no paradigma jurídico da era da informação: o pós positivismo.

²⁵ OÑATE, Flávio Lopez de. La certeza del derecho. apud ZAPATER, Tiago Cardoso Vaitekunas. *Certeza do Direito e a Previsibilidade das Decisões Judiciais na Reforma do Processo Civil Brasileiro*, Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

²⁶ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, São Paulo: Edipro, 2000. p. 25.

²⁷ RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Filosofia do Direito*. São Paulo: 2011. p. 17.

2 SOCIEDADE FUNCIONALMENTE DIFERENCIADA, SISTEMAS E PONDERAÇÃO

“Em rio não se pode entrar duas vezes no mesmo, segundo Heráclito, nem substância mortal tocar duas vezes na mesma condição; mas pela intensidade e rapidez da mudança dispersa e de novo reúne (ou melhor, nem mesmo de novo nem depois, mas ao mesmo tempo) compõe-se e desiste, aproxima-se e afasta-se.”²⁸

Tal enxerto é atribuído a Heráclito de Éfeso, filósofo pré-socrático considerado o “Pai da Dialética” e “pensador do tudo flui”, sintetizando o movimento perpétuo²⁹, a ideia filosófica que consubstancia o dinamismo da vida. Repise-se, um mesmo rio não pode ser adentrado duas vezes, pois quando nele se entra novamente, não se encontra as mesmas águas, e o próprio ser já se modificou.

O Direito não é apenas uma ciência estática, sem repercussão no mundo concreto do “here and now” e sim um sistema. Paulo Barros de Carvalho, egrégio tributarista paulista, possui uma noção de sistema no qual este

(...) aparece como o objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como a composição de partes orientadas por um vetor comum. Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção determinada de sistema... é a partir daquela ideia elementar de sistema que se reflete para buscar outros desdobramentos com as operações lógicas de dividir, classificar e definir.³⁰

É dizer, o Direito é um sistema composto por vários elementos, como, por exemplo, a ciência jurídica, os fatos sociais, as funções estatais, os quais gravitam em torno do vetor axiológico máximo presente em cada subsistema. Tal complexidade também é atestada pelos inúmeros “Direitos” inseridos dentro de vários “Direitos”. Exemplificando, existem os direitos nacionais em constante interação, todos inseridos

²⁸ BORNHEIM, Gerd A. *Os Filósofos Pré Socráticos*. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 35

²⁹ HERÁCLITO. Disponível em <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Her%C3%A1clito>>. Acesso em 14 jun. 2018

³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São paulo: Saraiva, 2000. p. 129/130.

dentro do paradigma internacional, demonstrando a liquidez Baumaniana³¹ do sistema. Da mesma forma que o núcleo da Terra está em constante ebulição, produzindo reações químicas em velocidades inimagináveis à mente humana, as relações sociais subjacentes ao direito fazem este viver em constante ebulição, trazendo soluções em um paradigma quântico em que a velha forma de pensar binária se faz insuficiente para entendê-lo.

Nesse mesmo “*ethos*” de complexidade sistêmica, faz-se mister salientar o direito contemporâneo como um sistema autopoietico fruto da sociedade funcionalmente diferenciada. Niklas Luhman, professor de sociologia na Universidade de Bielefeld e um dos mais complexos pensadores da atualidade, a partir da observação da sociedade, criou a sua teoria dos sistemas onde tentava explicar a sociedade em que estamos inseridos. A partir dessas observações, Luhmann percebeu que a sociedade moderna (e a pós moderna em sequência), era uma sociedade funcionalmente diferenciada, ou seja, uma sociedade onde seus integrantes se distinguiam entre si não em função de seus estratos sociais, e sim de suas funções dentro da dinâmica social³². Nesse paradigma, surge o conceito de sistema autopoietico, os quais

são aqueles que por si mesmos produzem não só suas estruturas, mas também os elementos dos que estão constituídos – no interior destes mesmos elementos. Os elementos sobre os que se alcançam os sistemas autopoieticos (que vistos sob a perspectiva do tempo não são mais que operações) não têm existência independente (...). Os elementos são informações, são diferenças que no sistema fazem uma diferença. Neste sentido são unidades de uso para produzir novas unidades de uso – para o qual não existe nenhuma correspondência no entorno.³³

Entretanto, por mais que possa passar a impressão de serem sistemas fechados, os sistemas autopoieticos, ao revés de produzirem não só suas estruturas, mas também os elementos dos que estão constituído, também devem possuir um grau de abertura para que haja uma comunicação entre os diversos sistemas sociais. É dizer, os sistemas

³¹ BAUMAN, Zygmund. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. p. 11.

³² ZAPATER, Tiago Cardoso Vaitekunas. *Certeza do Direito e a Previsibilidade das Decisões Judiciais na Reforma do Processo Civil Brasileiro*, Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

³³ LUHMANN, Niklas, *La Sociedad de la Sociedad*. México: Herder, 2007. p. 53.

autopoiéticos são, ao mesmo tempo, abertos e fechados, como bem explicado pela Professora Aurora Tomazini de Carvalho³⁴:

São abertos porque sua programação permite que neles ingressem informações de seu ambiente e fechados porque possuem um código de comunicação próprio. Cada sistema, assim, utilizando-se desta dualidade, dispõe de um critério (programa) e uma forma (código) de processar informações do seu ambiente. O sistema jurídico, por exemplo, vai buscar fora dele (no seu ambiente - sociedade) a comunicação que deseja disciplinar e a traz para dentro dele como comunicação jurídica, atribuindo-lhe tratamento normativo ao qualificá-la na forma lícita ou ilícita. Neste sentido, é aberto cognitivamente, pois seu programa permite o ingresso de informações de seu ambiente e fechado operacionalmente, porque tal ingresso só é possível com a tradução das informações externas no código que lhe é próprio (lícito/ilícito).

Por isso que, com base em Luhmann, diz-se que os sistemas autopoiéticos são fechados normativamente e abertos cognitivamente.

Aproximar a forma como se observa o direito da teoria filosófica de Luhmann se faz mister por dois grandes motivos, sem, obviamente, querer diminuir a conexão entre esses dois temas a apenas esses dois pontos: entender a dimensão da complexidade do direito e perceber que a mesma ruptura sofrida pela sociedade ao passar da sociedade clássica para a sociedade funcionalmente diferenciada também acontece no direito até os dias atuais, tendo este, para Luhmann, sua especificidade não na estrutura da norma ou do ordenamento, mas no desempenho de uma função.³⁵ Função, assim, é o vínculo que cada sistema estabelece com a sociedade.³⁶ Partindo dessa visão, poderão ser (re) pensadas as formas como esperamos a atuação da função judiciária.

³⁴ CARVALHO, Aurora Tomazini de, *Teoria Geral do Direito*, Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

³⁵ LUHMANN, Niklas, *La Sociedad de la Sociedad*. México: Herder, 2007. p. 75 apud ZAPATER, Tiago Cardoso Vaitekunas. *Certeza do Direito e a Previsibilidade das Decisões Judiciais na Reforma do Processo Civil Brasileiro*, Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

³⁶ idem, p. 80

Como pode haver apenas uma solução correta às divergências de um sistema tão complexo e que a cada segundo ganha cada vez mais complexidade? Ainda mesmo se possível fosse a tese da solução única, seriam as pessoas capazes de alcançá-la? Apesar da grandeza de seus defensores, entre eles Ronald Dworkin, um dos maiores pós positivistas da atualidade e defensor da teoria da unicidade de resposta correta, segundo a qual

nos casos difíceis, há respostas melhores do que outras. E as melhores respostas são corretas nesse sentido. Então, entre várias soluções rivais, seria possível estabelecer qual a resposta mais correta, ainda que não exista um procedimento algorítmico de decisão que estabeleça com exatidão e certeza qual é essa resposta. Dentro dessa perspectiva simplificada, é inegável que a teoria da única resposta correta (pelo menos nessa versão) é correta, ainda que seja muito fraca.³⁷, a solução única faz-se utópica.

Afinal, conforme explicitado no início desse capítulo, a mudança é a exegese do caminho. Corroborando, Karl Popper e seu método de aprendizagem demonstram cabalmente como as soluções para problemas iniciais fazem surgir novos problemas, sintetizados pelo algoritmo “P1 → TE → EE → P2”, no qual P1 é o problema inicial, TE é a teoria explicativa, hipótese ou conjectura, EE é a experiência empírica (incluindo a observação) e P2 é o novo problema, oriundo dos resultados da experiência (na realidade podem ser vários novos problemas: P2, P3, P4, e assim sucessivamente). Nas palavras do filósofo austríaco, “O esquema global indica que partimos de um problema, quer de natureza prática quer teórica; tentamos resolvê-lo elaborando uma teoria possível na qualidade de solução possível – é o nosso ensaio; em seguida, ensaiamos a teoria, procurando fazê-la abortar – é o método crítico de eliminação de erros;”³⁸. Entretanto, tal solução não põe fim ao problema, haja vista que “em resultado desse processo surge um novo problema, P2 (ou, quem sabe, vários novos problemas) [...] Resumindo, o esquema

³⁷A UNICA Resposta Correta de Dworkin e os Três Mundos de Popper. Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2009/04/14/a-unica-resposta-correta-de-dworkin-e-os-tres-mun-dos-de-popper/>>, acesso em 14 de jun. 2018

³⁸ POPPER, Karl. O conhecimento e o problema corpo-mente. Lisboa: Edições 70, 2002. apud RODRIGUES, Horácio Vanderlei. Popper e o Processo de Ensino-Aprendizagem Pela Resolução de Problemas, *Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas*, 2010, p. 5.

diz-nos que o conhecimento parte de problemas e desemboca em problemas (até onde for possível ir). (POPPER, 2002, p. 23, grifo do autor)³⁹.

O uso das teorias de Popper, transportando-as para o “*ethos*” jurídico, ajuda a deixar o transcendentalismo inerente às ideias de justiça e buscar um ideal realista. Talvez não deixar de lado a ideia de justiça, mas, pelo menos, deixar de buscar uma única ideia correta e sim buscar uma ideia compatível com o sistema posto, de forma mais realista e menos idealizada. Além do seu método de aprendizagem, mais uma teoria pode ser usada auxiliar a compreensão não idealizada do direito: a teoria do falsificacionismo. Afinal, nas palavras de Popper, citadas por Marmelstein,

Partindo da premissa da falibilidade humana (“todos nós podemos errar, e frequentemente o fazemos, quer individual, quer coletivamente” – p. 34), Popper conclui que a verdade objetiva e absoluta jamais pode ser atingida, pois “o nosso conhecimento só pode ser finito, ao passo que a nossa ignorância tem, necessariamente, de ser infinita” (p. 50).⁴⁰

Ainda, Isso não significa, contudo, que devemos desistir de tentar conhecer o mundo que nos cerca. Devemos, pelo contrário, buscar a verdade, ainda que na maioria das vezes possamos falhar por uma larga margem. A ciência tem como alvo a incessante procura de teorias verdadeiras, embora nunca possamos ter a certeza de que uma determinada teoria é verdadeira (p. 239). Para ser mais preciso: o objetivo da ciência seria o de desenvolver teorias que estejam mais próximas da verdade do que outras, ou seja, que correspondam melhor aos fatos (p. 307). O problema é que, mesmo que nos deparemos com uma teoria verdadeira, estaremos, por via de regra, meramente a conjecturar, pois nos é impossível saber se ela é verdadeira (p. 306).

Continuando, Marmelstein demonstra que “O importante é que devemos ter humildade quanto às nossas limitações intelectuais e, diante disso, sermos capazes de aprender com os nossos próprios erros, por meio de uma crítica – e auto-crítica – racional (p. 34). Só assim, diz ele, a ciência e o conhecimento progridem. E essa progressão da

³⁹ POPPER, Karl. O conhecimento e o problema corpo-mente. Lisboa: Edições 70, 2002. apud RODRIGUES, Horácio Vanderlei. Popper e o Processo de Ensino-Aprendizagem Pela Resolução de Problemas, Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2010, p. 5.

⁴⁰ E SE Karl Popper Estivesse Falando do Direito, Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2009/01/12/e-se-karl-popper-estivesse-falando-do-direito/>>, acesso em 17 jun 2018.

Ciência ocorre por meio da invenção de teorias que, comparadas com outras anteriores, podem ser descritas como melhores aproximações da verdade (p. 239).⁴¹

É dizer, a produção do jurista - lembrando que, “para Kelsen, o direito não é um fim, mas um meio. Com isso, quando se trata de aplicar o direito, a interpretação implica um ato de vontade, criador de norma, ainda que limitada por outras normas, de superior escalão, ou em relação às quais a interpretação é um ato de conhecimento” -, dentro do atual arranjo institucional, deve ser calcado pela humildade e realismo, e não transcendentalidade de qualquer “el dorado” argumentativo.

Nesse diapasão, Hans Kelsen discorria sobre a necessidade de “A interpretação jurídico científica ter de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação, a interpretação ‘correta’.”⁴² Afinal, para o célebre teórico alemão, “Isto é uma ficção de que serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.”⁴³

A percepção da dimensão da complexidade desse sistema autopoietico chamado Direito se faz essencial para que seja possível abordar eficientemente um determinado problema nele estabelecido. Saindo dessa primeira relação entre Luhmann e o Direito, faz-se necessário abordar a forma como Luhmann expõe a mudança da sociedade clássica para a sociedade funcionalmente diferenciada e perceber que tal paradigma se repetiu no Direito com a passagem do positivismo para o pós positivismo, com especial relação à perda dos “centros de certeza”.

Centro de certeza pode ser definido como o fundamento transcendental de determinado paradigma jurídico-social. A sociedade clássica, por exemplo, possuía como centro de certeza, em um primeiro ponto, Deus, passando depois à razão. Nesse paradigma, “o centro de certeza, seja a certeza do poder político, seja a moral

⁴¹E SE Karl Popper Estivesse Falando do Direito, Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2009/01/12/e-se-karl-popper-estivesse-falando-do-direito/>>, acesso em 17 jun. 2018.

⁴² KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista machado, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 251.

⁴³idem, p. 251.

generalizante, garante que o direito, fruto de decisões, seja simplesmente um direito relevado - não decidido -, e que revela nada mais que a verdade.”⁴⁴

Com o surgimento da sociedade moderna, transformando-se em funcionalmente diferenciada, tal centralização estruturante tem seu fim, apesar de todas as tentativas posteriores de recuperá-la. Conforme Vaitekunas, “(...) apesar das várias tentativas de reconstrução de um centro de certeza pela ciência, as condições estruturantes da sociedade não permitem mais do que uma certeza relativa e delimitada semanticamente a certos temas.”

No Direito, tal mudança possui seu maior exemplo na passagem do positivismo para o pós positivismo. Naquele, modernamente centrado nas ideais de Augusto Comte, com seu apogeu em Kelsen e Hart⁴⁵, há a certeza da legislação, a qual possui pretensão de completude, desvinculada de influências morais, sendo desnecessária a inclusão de princípios jurídicos otimizando seu funcionamento. É dizer, “o jus positivista estuda tal direito *real* sem se perguntar se além deste existe um direito *ideal* (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal.”⁴⁶ Neste, em virtude das tragédias perpetradas usando aquele como base jurídica, o centro de certeza da legislação se esvanece, passando o direito a ser inundado com princípios, os quais ascendem à posição de normas jurídicas de baixa densidade normativa, sendo cada caso resolvido topicamente.

Sobre o positivismo, o qual surgiu em combate ao jusnaturalismo, Roger Aguiar condensa o pensamento da época ao aduzir que a “colocação da lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos e extravagâncias produzidas pelo absolutismo”.⁴⁷

⁴⁴ ZAPATER, Tiago Cardoso Vaitekunas. *Certeza do Direito e a Previsibilidade das Decisões Judiciais na Reforma do Processo Civil Brasileiro*, Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

⁴⁵ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do Positivismo ao Pós-positivismo Jurídico*. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242864>>. Acesso em 18 jun. 2018.

⁴⁶ idem.

⁴⁷ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do Positivismo ao Pós-positivismo Jurídico*. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242864>>. Acesso em 18 jun. 2018.

Para Dworkin, o positivismo pode ser resumido em três preceitos-chave: “a) Acreditar o direito como um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público; b) Caso não se encontre uma solução dentro do direito (conjunto de regras) para um determinado fato, o aplicador da norma deve ir além do direito na busca de algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra jurídica já existente; e, c) dizer que ‘alguém tem uma obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (...) Na ausência de tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica.”

Entretanto, conforme já dito, o positivismo não conseguiu resistir à onda totalitária da primeira metade no século XX, chegando ao ponto de ser dito que o positivismo contribuiu para a consolidação dos regimes fascistas da Alemanha de Hitler e da Itália de Mussolini.⁴⁸

Assim, percebeu-se o quão nefasto pode ser um sistema jurídico onde a legislação não pode ser aplicada usando instrumentos morais. É dizer, percebeu-se o perigo de uma legislação “pura”. Com isso, uma mudança de “*ethos*” jurídico era necessária para o mundo pós segunda guerra mundial, o qual, após, tornou-se o mundo da “sociedade pós-industrial” (Bell), “sociedade de conhecimento” (Stehr) e “sociedade pós-moderna” (Lyotard)⁴⁹, surgindo, assim, o pós positivismo, termo introduzido no Brasil por Paulo Bonavides, em 1995, na quinta edição de seu Curso de Direito Constitucional⁵⁰.

⁴⁸ A CONTRIBUIÇÃO do Positivismo Jurídico Kelseniano na Ascensão do Regime Nazista da Alemanha Frente a Segunda Guerra Mundial. Disponível em <<https://isacviana.jusbrasil.com.br/artigos/408757902/a-contribuicao-do-positivismo-juridico-kelseniano-na-ascensao-do-regime-nazista-na-alemanha-frente-a-segunda-guerra-mundial>>. Acesso em 16 jun. 2018.

⁴⁹ BECHMANN, Gotthard & STEHR, Nico. Niklas Luhmann. *Tempo Social; Revista de Sociologia USP*, S. Paulo, 13(2): 185-200, novembro de 2001.

⁵⁰ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do Positivismo ao Pós-positivismo Jurídico*. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242864>>, acesso em 18 jun. 2018.

3 O NOVO PARADIGMA PÓS POSITIVISTA

Diametralmente do positivismo, o pós positivismo - também chamado de não positivismo⁵¹ -, defende a ideia de que “há ou deve haver um relacionamento entre o direito e a justiça (moral)”, conforme informa Alexandre Garrido da Silva.⁵² Segundo Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Guilherme Pereira Dolabella Bicalho, em engrandecedor artigo sobre o tema, “As principais características desse novo posicionamento teórico podem ser identificadas, em suma, como a) a abertura valorativa do sistema jurídico e, sobretudo, da Constituição; b) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas; c) a Constituição passa a ser o locus principal dos princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica.”⁵³

O pós positivismo, então,

busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser repensadas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.⁵⁴

Entretanto, o pós positivismo traz uma carga valorativa que possibilita à função judiciária a possibilidade de “moldar” o direito na forma de cada caso concreto, com os princípios jurídicos como maior arma e freio em tal produção. É dizer, enquanto que os princípios podem ser usados como um freio para a arbitrariedade da legislação posta, tais normas de baixa densidade normativa também podem criar uma nova arbitrariedade, a arbitrariedade judicial. Da mesma forma que a função judiciária foi criada, em sua forma moderna, para equilibrar as forças sociais de forma a proteger umas das outras - e não para “fazer justiça” -, os princípios pós positivistas - que possuem na Constituição, mas

⁵¹ idem

⁵² ibidem

⁵³ ibidem

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *BOLETIM de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007. apud FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do Positivismo ao Pós-positivismo Jurídico. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242864>>, acesso em 18 jun. 2018.

não apenas nela, seu “habitat” -, foram criados para impedir as arbitrariedades da legislação, seja ela proveniente do legislativo ou do executivo, e não para criar uma nova forma de arbitrariedade.

Difícil não lembrar do previamente citada formação facciosa das funções estatais. É dizer, cada função estatal representa uma “facção” da sociedade e, independentemente da facção presente na função legislativa/executiva, as construções dogmáticas se apresentam como instrumentos que são dados ao judiciário para limitar as outras funções. Repise-se, a função judiciária, na forma que ela própria e seus instrumentos são construídos, é municiada de função negativa, limitadora, acauteladora do sistema como um todo.

Isso não quer dizer, por exemplo, que a função judiciária deva ter apenas função negativa - o judiciário como legislador negativo⁵⁵ - mas sim constatar que o sistema foi construído para assim funcionar, pois justamente a facção que detém o legislativo, por ser a função criadora do direito, sempre irá deter de maior poder, podendo subjugar a facção representada pelo judiciário, nessa eterna briga de facções inerente à ebulição de um sistema autopoietico como o direito.

Assim, se a função judiciária foi dotada da moral como um instrumento para limitar a função legislativa, a atuação daquele deve ser mínima. Nessa ideia de atuação mínima podemos fazer um paralelo com a teoria do “mínimo ético” de Miguel Reale, na qual o professor pai das ideias de “fato, valor e norma” no Brasil, informa que o direito “representa apenas o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver.”⁵⁶

Grande exemplo de confronto entre facções da sociedade foi a “Era Lochner”, na qual entre 1897 e 1937 a Suprema Corte Americana declarou como inconstitucionais inúmeras legislações de cunho econômico com base no entendimento da Corte sobre política econômica, notadamente sobre ações que, segundo a corte, violavam o processo legal substantivo e a liberdade econômica.⁵⁷ Conforme George Marmelstein, “As decisões baseavam-se na idéia de que a “livre iniciativa” ou a “liberdade contratual” era

⁵⁵ PINHEIRO, Victor Marcel. *O STF Como Legislador Negativo*. Monografia de Conclusão de Curso. 2006

⁵⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 42 apud FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do Positivismo ao Pós-positivismo Jurídico. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242864>>. Acesso em 18/06/2018, 20:42.

⁵⁷ LOCHNER Era. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Lochner_era>, acesso em 16 jun. 2018.

um direito assegurado constitucionalmente, e que o legislador não poderia interferir nessa liberdade, sob pena de violar o “due process of law”, em seu sentido material”⁵⁸

O nome de tal “era” vem do caso “Lochner vs. New York”, julgado em 1905, no qual a corte decidiu que o estabelecimento de limites para a jornada de trabalho violava a décima quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos. A lei objeto do processo era proveniente do estado de Nova Iorque e dispunha que padeiros poderiam trabalhar no máximo por dez horas diárias e sessenta horas semanais.⁵⁹ Uma maioria de nove juízes decidiu no sentido de que tal “limitação” violava a cláusula do devido processo, que, na visão deles, continha o direito de “liberdade contratual”. Vale notar que há evidência histórica que as padarias de Nova Iorque teriam formado um conglomerado explicitamente racista e que estavam tentando impedir a ascensão de novas padarias onde trabalhavam imigrantes italianos, os quais aceitavam trabalhar uma maior carga horária. Para isso, usaram o legislativo como meio de defesa dos seus interesses, numa clara demonstração de produção legislativa com fins faccionais.

Apesar do nome fazer referência a um caso de 1905, tal período começou um pouco antes, em 1897, no caso “Allgeyer vs Louisiana”⁶⁰, no qual o estado da Louisiana havia multado o particular em virtude deste ter contratado um seguro com uma seguradora de outro estado.

Com o tempo, mais de 160 legislações haviam sido declaradas inconstitucionais com base nas ideias de “liberdade contratual” e “processo legal substantivo”⁶¹, gerando grande comoção a nível nacional, freando inúmeras tentativas de reformas econômicas. Necessário destacar, ainda, que dentro desse período, ocorreu o “crash” da bolsa de Nova Iorque e, deixando o país assolado pela miséria e fome. Para tentar reconstruir a economia do país, o Presidente Rossevelt, inspirado pelas ideias de Keynes, tentou implementar inúmeras medidas econômicas - muitas das quais relacionadas à garantia de direitos aos trabalhadores -, em seu conjunto chamadas de “New Deal”, que foram, uma

⁵⁸ DIREITOS Econômicos Sociais e Culturais: Jurisprudência Mundial. Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2008/04/04/direitos-economicos-sociais-e-culturais-jurisprudencia-mundial/>>. Acesso em 16 jun. 2018

⁵⁹ LOCHNER v. New York. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Lochner_v._New_York>. Acesso em 16 jun. 2018.

⁶⁰ ALLGEYER v. Louisiana. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Allgeyer_v._Louisiana>. Acesso em 16 jun. 2018.

⁶¹ LOCHNER Era. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Lochner_era>. Acesso em 16 jun. 2018

por uma, impedidas de produzirem efeitos por decisões da Corte. Para a Corte, a adoção de leis que protegiam os trabalhadores representava uma interferência indesejada na vontade livre das partes contratantes.⁶²

Tal bloqueio, obviamente, causou furor presidencial, começando, então, uma forte pressão política na Corte Suprema. De início, tal pressão se mostrou infrutífera, continuando a ala majoritária irredutível em seu “liberalismo” econômico. Esta irredutibilidade, entretanto, chegou ao fim com o “switch that saved the nine”, durante o julgamento do caso “West Coast Hotel Co. vs Parrish”. Percebendo que seria muito difícil conseguir a maioria necessária para implementar o “New Deal”, o Presidente Franklin Delano Roosevelt anunciou uma medida para aumentar o número de “justices” na Corte: a “Judicial Procedures Reform Bill of 1937” autorizaria ao presidente nomear mais um Ministro, até o máximo de seis, para cada Ministro com mais de setenta anos e meio de idade, sob a justificativa de que estes não estavam conseguindo suprir a alta carga de trabalho. Durante o citado caso, o “Justice” Owen Roberts, que antes havia votado em favor de medidas contrárias ao New Deal, juntou-se a ala mais simpática às ideias Keynesianas e votou para manter uma lei do estado de Washington que estabelecia um salário mínimo para mulheres. Tal mudança ficou conhecida como “switch that saved the nine” - a mudança que salvou os nove, em tradução literal.

Conforme Sarmiento, “A virada jurisprudencial ocorrida no caso, com o final da chamada “Era de Lochner”, não decorreu de um realinhamento espontâneo do Judiciário norte-americano aos novos valores e necessidades do povo americano, mas foi o resultado de uma verdadeira batalha entre a Suprema Corte e o Presidente, com a vitória do segundo, cuja interpretação constitucional acabou prevalecendo, porque mais consentânea com as concepções então hegemônicas na sociedade americana.”⁶³ Com essa batalha, a era Lochner virou sinônimo de ativismo judicial e excesso da função judiciária, servindo, ainda, para mostrar que uma atuação prudente do judiciário não quer dizer exatamente uma ação de negação. Durante a Era Lochner, nada foi criado, e sim impedido, mas tal impedimento se traduziu numa ação positiva - no sentido de “ativa” - ,

⁶²DIREITOS Econômicos Sociais e Culturais: Jurisprudência Mundial. Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2008/04/04/direitos-economicos-sociais-e-culturais-jurisprudencia-mundial/>>, acesso em 16 jun. 2018.

⁶³ SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. Direito Constitucional, Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 248

por meio do método de jurisdição negativa. Assim, se uma atuação de jurisdição negativa pode causar desvios no arranjo institucional, lógico se faz pensar que uma atuação positiva pode servir para preservar tal arranjo. Ou seja, não é a forma usada pelo julgador que faz determinada medida ser benéfica ou maléfica para o sistema, e sim, o conteúdo da decisão. Usando as ideias de Amartya Sen⁶⁴, tão importante quanto pensar sobre a estrutura institucional é pensar no conteúdo das decisões tomadas dentro desse sistema. Um forma institucional justa pode fazer surgir decisões justas, mas decisões injustas não podem fazer surgir uma forma institucional justa.

Ao revés da “era Lochner”, há a “Warren Court”, período na histórica jurídica norte-americana entre 1953 e 1969 no qual a corte ficou famosa pela sua atuação progressista expandido os direitos civis, as liberdades individuais, e os poder do judiciário de forma dramática.⁶⁵ O nome provém do presidente da Corte, o “*Chief Justice*” nesse período, Earl Warren.

Conforme Carlos Alexandre de Azevedo Campos, “a Corte Warren foi o grande momento jurisprudencial norte-americano, no sentido de se avançar em direitos e liberdades. Utilizando às mudanças sociais como plano de fundo para a aplicação da constituição, transformando-a na prática em conformidade com os avanços da sociedade. Interpretando criativamente os princípios constitucionais, expandindo seus conceitos para aplicar direitos implícitos ou vagamente tratados no corpo normativo.”⁶⁶

Ainda, conforme Marmelstein, “Nos EUA, a jurisdição constitucional em favor dos direitos fundamentais começou apenas a partir dos anos 50, com a Corte Warren. Antes disso, a jurisdição constitucional norte-americana era anti-direitos fundamentais.”⁶⁷

Dentre as inúmeras decisões de relevo durante tal período, destacam-se decisões que declararam a inconstitucionalidade de políticas de segregação em escolas públicas (“Brown vs. Board of Education”), leis anti miscigenação (“Loving vs. Virginia”),

⁶⁴ SEN, Amartya. A ideia de Justiça. Companhia das Letras, p. 158.

⁶⁵ Warren Court. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Warren_Court> acesso em 17/06/2018, 12:46.

⁶⁶ Corte Warren: Símbolo do Ativismo Judicial nos Estados Unidos. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/64869/corte-warren-simbolo-do-ativismo-judicial-nos-estados-unidos#_ftn1> Acesso em 17/06/2018, 18:35

⁶⁷ Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais: O Juiz Como Agente de Proteção e de Promoção da Igualdade. Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2008/11/05/jurisdicao-constitucional-e-direitos-fundamentais-o-juiz-constitucional-como-agente-de-protacao-da-liberdade-e-de-promocao-da-igualdade/>>, 17/06/2018, 18:58

decisão onde foi declarado que a Constituição protege um direito geral de privacidade ("Griswold vs. Connecticut"), decisão onde foi decidido que os estados devem respeitar as decisões da Suprema Corte e não podem ignorá-las ("Cooper vs. Aaron").⁶⁸

Continuando a explicitar a importância da "Warren Court", insta discorrer um pouco mais sobre um de seus casos mais, senão o mais, famosos: "Brown vs. Board of Education". Em 1951, um grupo de pais ajuizou uma "*class action*" face o Conselho de Educação da cidade de Topeka, no estado do Kansas. Na ação, tentava-se fazer com que a escola do distrito revertesse sua política de segregação. O nome de um dos pais era Oliver Brown, sendo em 1954 julgado o previamente citado caso "Brown vs. Board of Education of Topeka". Tal julgamento paradigmático superou a jurisprudência firmada no caso "Plessy vs. Ferguson", de 1896, que autorizava a segregação racial em escolas públicas, firmando o posicionamento de que as leis estaduais que autorizavam a segregação de escolas para negros e brancos são inconstitucionais. A decisão pavimentou o caminho para integração e foi uma gigantesca vitória para o movimento dos direitos civis, tornando-se, ainda, um modelo para futuros "*cases*" de grande impacto.⁶⁹

Tal jurisprudência demonstra o impacto benéfico que a função jurisdicional pode ter na sociedade, equilibrando a posição de determinadas facções da sociedade. É importante explicitar, entretanto, que o valor de tal julgamento não está no fato de que ele, para os nossos atuais padrões morais, seja "bom" face o nosso atual entendimento civilizatório, e sim pelo fato que tal julgamento equilibrou ajudou a equilibrar as forças sociais da época sem que, para isso, subjulgasse uma em relação a outra. É dizer, por mais que racismo e segregação sejam obviamente facetas nefastas da conduta humana, a decisão é exemplar por ter ajudado a nivelar a "facção" branca com a "facção" negra sem criar um novo desequilíbrio.

A forma de justiça como equidade, de John Rawls, faz-se, assim, presente, ao demonstrar a necessidade de um "consenso sobreposto"⁷⁰, como forma de se alcançar uma sociedade mais justa. Ainda com base em Rawls, por mais que a sociedade possua inúmeros setores, cada um com sua respectiva visão de mundo, deve ser encontrado um

⁶⁸ Warren Court. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Warren_Court> acesso em 17/06/2018, 12:46.

⁶⁹ Brown v. Board of Education. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Brown_v._Board_of_Education>, acesso em 17/06/2018, 18:30

⁷⁰ RAWLS, John. O Liberalismo Político. Editora Presença, 1998. p. 51

“middle ground” de forma a conciliar tais facções. A segunda parte de seu princípio de justiça também é paradigmática ao demonstrar que o sistema pode comportar desigualdades, desde que sob alguns fundamentos, *in verbis*: “as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável(...)”.⁷¹ Deve ser percebido, ainda, a necessidade da razoabilidade como baliza da desigualdade, dada a sua excepcionalidade. Inerente à razoabilidade está a ponderação entre os diversos interesses em jogo, atuando como um gradiente argumentativo, numa visão quântica, ao revés de binária, na busca da prestação jurisdicional substancialmente eficiente.

Para Sarmiento⁷², “a ponderação, também chamada de sopesamento, pode ser definida de uma forma mais restrita, como técnica destinada a resolver conflitos entre normas válidas e incidentes sobre um caso, que busca promover, na medida do possível, uma realização otimizada dos bens jurídicos em confronto.” Outro conceito nos é entregue por Ana Paula de Barcellos, segundo a qual a ponderação “Tratar-se-ia da “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”. A otimização, conforme explicitada por Sarmiento, é um conceito chave para o presente estudo pela sua relação com a ideia de sistema, com a ideia de uma engrenagem em constante mudança que necessita de ações para seu melhor desempenho. É dentro dessa ideia que as decisões judiciais se fazem presentes.

Por mais que tenha trabalhado a ponderação com base no princípio da proporcionalidade, e não da razoabilidade, os quais, apesar de opinião divergente de parte da doutrina brasileira, não são o mesmo princípio, estando aquela contida nesta⁷³, mister se faz colacionar o pensamento do maior expoente moderno na ponderação, o professor alemão Robert Alexy, segundo o qual “deve-se ter em conta a intensidade e a importância da intervenção em um direito fundamental. Essas manifestações fazem referência a uma regra constitutiva para as ponderações do Tribunal Constitucional Alemão que pode ser formulada da seguinte maneira: “Quanto mais intensa se revelar a

⁷¹ *idem*, p. 64.

⁷² SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional, Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 312.

⁷³ COSTA, José Augusto Galdino da. *Princípios Gerais no Processo Civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p.30.

intervenção em um dado direito fundamental, maiores não de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”⁷⁴.

É dizer, para alcançar o fim para o qual a função judiciária foi concebida, deve o julgador ponderar o grau de intervenção de sua decisão em relação ao arranjo social presente.

Para Martin Borowski, “É possível construir um sistema coerente de relações de precedência a partir da multiplicidade de decisões que são fruto da ponderação. Em toda decisão tomada pelo aplicador do direito se estabelecem novas determinações que podem ser desenvolvidas de maneira cada vez mais clara, é o chamado sistema de relações abstratas de precedência.”

Com tal afirmação, Borowski demonstra o segundo estágio da ponderação, qual seja, o que acontece quando adentram no sistema uma pluralidade de decisões ponderadas, tornando-se o sistema um todo dotado de maior coesão e previsibilidade. Inerente a noção de sistema é a noção de pluralidade, a noção de que uma decisão não se encontra isolada no mundo, da mesma forma que os seres humanos não vivem isolados, só se constituindo como ser se em sociedade, na qual os conflitos são inerentes, fazendo surgir o direito. Conforme Calmon de Passos, “Se inexistissem conflitos na sociedade, o Direito seria de todo descartável.” É nesse paradigma plural que uma decisão traz efeitos para todo o sistema, ao estilo “efeito borboleta”, analisado pela primeira vez por Edward Lorenz em 1963.

Pode-se depreender, partindo das palavras de Borowski, que o uso múltiplo de ponderações acaba por fazer surgir uma sociedade ponderada, uma sociedade que se galga o equilíbrio como norte argumentativo.

Entretanto, o presente trabalho é pautado, entre outros critérios, por uma busca de ideias não transcendentais para explicar a função judiciária e os meios que devem ser usados para balizar a atuação jurisdicional de forma a alcançar o fim para o qual foi construída.

Partindo dessa premissa, tornar-se-ia contraditório estabelecer o equilíbrio como fim a ser buscado pelas decisões judiciais. Luhmann, mais uma vez, deve ser usado para

⁷⁴ Robert Alexy: Teoria, Princípios e Regras. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras?pagina=2>, acesso em 17/06/2018, 19:14

nos socorrer dessa armadilha semântica. Entre as suas mais de 14000 páginas escritas⁷⁵, o notável sociólogo alemão também se ocupou de descrever a relação entre a sociedade funcionalmente diferenciada e o direito, em especial nos dois volumes da obra “Sociologia do Direito”.

Para Luhmann, o direito é um sistema funcionalmente diferenciado “cuja função é manter estável as expectativas, ainda que estas sejam frustradas na prática. As expectativas são as normas jurídicas, que, assim, permanecem estáveis independentemente de uma eventual violação.”⁷⁶

Na definição de Luhmann, o Direito é a “congruente generalização de expectativas normativas”. A generalização possui três planos, pessoal, temporal e material. O importante é que em todos os planos haja continuidade, isto é, para diversas pessoas e com grande diversidade de matérias, a norma (o Direito) é considerada válida. Se a validade é igual, independentemente do contexto, há congruência. Neste quadro, a congruente generalização é a aceitação, um suposto consenso. Assim, as pessoas não precisam aceitar concretamente a ordem, mas elas precisam ter uma noção mínima do que é lícito ou ilícito. Com isso, pressupõe-se que o outro irá respeitar a ordem normativa.⁷⁷

Não é aceitação, mas quem age contrariamente ao sistema normativo já espera uma reação contrária. No Direito, portanto, há especial proeminência de segurança do sistema. O Direito, como ordem, serve para aliviar as expectativas, não para aplicar sanções. O fato da violência estar ao lado do Direito faz com que ela certifique o Direito, isto é, certifica a ordem como válida, em contraposição a outras ordens que não seriam válidas. O modelo de Luhmann, assim, implica diferenciação e, para que isso ocorra, é necessária a inclusão de todos. O sistema jurídico é necessário, pois há incongruências permanentes de expectativas normativas dentro da sociedade.⁷⁸

Como função secundária do Direito, em contraposição à função primária de garantia de expectativas normativas, “estaria a regulação de condutas, a eficácia. Isto

⁷⁵ Teoria dos Sistemas Sociais e os Meios de Difusão em Niklas Luhmann. Disponível em <<https://csonline.ufjf.emnuvens.com.br/csonline/article/viewFile/2742/1687>>, acesso em 17/06/2018, 20:22

⁷⁶ O Direito na Teoria de Niklas Luhmann. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/692917>>, acesso em 17/06/2018, 20:25

⁷⁷ idem

⁷⁸ idem, ibidem

ocorre porque a norma pode não ser eficaz e, ainda assim, permitir a garantia das expectativas normativas.”⁷⁹

Luhmann, ao contrário de Kelsen, pensa na adequabilidade social do Direito e, com isso, acaba por reforçar o próprio sistema do Direito. Esta teoria, portanto, deixa aberto o sistema do Direito, ao contrário da Teoria Pura do Direito, que trouxe um fechamento sintático-semântico do sistema pela norma fundamental.⁸⁰

Da mesma forma como as pessoas não estão isoladas, o Direito como sistema autopoietico também se comunica com outros sistemas - lembrando que os sistemas autopoieticos são fechados normativamente e abertos cognitivamente -, e, em relação a estes,

“o Direito traz a solução dos conflitos de interesse, ou seja, o Direito pode resolver os conflitos de todos os outros sistemas. Além disso, oferece regulamentações jurídicas, planificações para os outros sistemas. Neste contexto, a Constituição é acoplamento estrutural entre Política e Direito, cuja relação é controlada pelas normas constitucionais.”⁸¹

Por fim, Luhmann traz uma teoria do direito que não se preocupa em com a justiça, sendo até falado que Luhmann produziu uma teoria não humanista.⁸² Essa não preocupação se baseia na ideia de que “a justiça é uma referência sem qualquer valor operativo, pois não é passível de transformar-se em programa. Se somente fosse possível a elaboração de normas justas, e se toda decisão individual também devesse ser justa, o sistema rapidamente perderia sua capacidade de se reproduzir. Com isso, o valor da justiça é difundido no interior do sistema sob a forma de igualdade e não há fundamentos ulteriores para a atividade jurídica.”⁸³ Igualdade esta que já foi abordada no presente trabalho como uma das balizas a serem consideradas no exercício da jurisdição.

⁷⁹ idem, ibidem

⁸⁰ O Direito na Teoria de Niklas Luhmann. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/692917>>, acesso em 17/06/2018

⁸¹ idem

⁸² A atualidade do anti-humanismo teórico de Luhmann e Althusser Frente a Problemática da Diferenciação e Integração Social. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/321225138_A_atualidade_do_anti-humanismo_teorico_o_Luhmann_e_Althusser_frente_a_problemativa_da_diferenciacao_integracao_social>, acesso em 17/06/2018, 20:59

⁸³ O Direito na Teoria de Niklas Luhmann. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/692917>>, acesso em 17/06/2018

Transpondo o referido pensamento para o presente trabalho, pode-se afirmar que a função da jurisdição, então, não é buscar o equilíbrio - o que seria impossível em virtude do aspecto metafísico de tal conceito - e sim proferir decisões que mantenham a expectativa normativa de equilíbrio do sistema. É disso que Borowski busca ao falar sobre a construção de um sistema coerente de relações de precedência por meio da ponderação, ou seja, cada decisão ponderada que busca manter a expectativa normativa do sistema acaba acentuando a coerência do sistema como um todo, solidificando um sistema funcionalmente diferenciado de alta complexidade em uma sociedade líquida, pós moderna.

Também neste “*ethos*” de agregação de decisões de forma a alcançar uma opinião coletiva pode ser citada a Teoria da Escolha Social de Condorcet, posteriormente aperfeiçoada por Arrow, apesar das refutações de Amartya Sen em seu livro “Uma Ideia de Justiça”.⁸⁴

Voltando ao pós positivismo, por seu inerente caráter aberto, inúmeras teorias surgiram para tentar delimitar sua forma de atuação. Para John Hart Ely, por exemplo, os juízes devem aparecer atuando como “outsiders”, como árbitros que controlam a regular aplicação dos procedimentos constitucionais. Os juízes, na política, por exemplo, não devem intervir para determinar como deve funcionar o “mercado político”, ou quais devem ser seus resultados, e sim para impedir que esse mercado funcione de modo inadequado.⁸⁵

A posição de John Hart Ely, baseia-se, principalmente, em restringir o tipo de questões sobre as quais o judiciário pode ser autorizado a participar. A “era de Lochner”, por exemplo, aos olhos de Ely, eram inaceitáveis interferências judiciais sobre a discussão pública, diferentemente de Bruce Ackerman - que possui a ideia de “democracia dualista”, na qual diferencia as decisões provenientes da “política de todos os dias” e as que resultam de longos processos de mobilização cidadã (como as decisões inscritas na Constituição) -, que achava que tal período ajudou o processo de solidificação de ideias do executivo⁸⁶, entendimento que, “*data maxima venia*” não é possível de comprovar sem uma análise histórica do pensamento do executivo na época,

⁸⁴ SEN, Amartya. A ideia de Justiça. Companhia das Letras, p. 45.

⁸⁵ GARGARELLA, Roberto. La Justicia Frente Al Gobierno, sobre el carater contramayoritario del poder judicial. 1ª. ed. Barcelona: Ariel, 1996. p. 98.

⁸⁶ idem

sendo mais plausível imaginar que tais bloqueios impuseram ao executivo e legislativo uma “espada de dâmocles” sob suas cabeças com a função judiciária a segurá-la.

Por outro lado, temos as visões procedimentalistas, encabeçadas por Jurgen Habermas. Tais doutrinadores “acentuam o papel instrumental da Constituição: ela estaria primordialmente voltada à garantia de instrumentos de participação democrática e à regulação do "processo" de tomada de decisões, com a conseqüente valorização da liberdade política inerente à concepção democrática. Apesar de reconhecerem a penetração de valores substantivos nesse processo, defendem que a sua importância é meramente secundária, não dirigindo o processo em si. Ao Judiciário caberia tão somente assegurar a observância desse processo, cabendo a cada geração estabelecer as bases axiológicas sobre as quais se desenvolverá”.⁸⁷ Esta visão, também, acaba simplificando sobremaneira a posição da função judiciária. Uma atuação sóbria e autocontida não significa uma atuação de “fiscal” procedimental. Na verdade, a gênese da função judiciária não possui relação com essa função assecuratória, apesar de poder, em algum caso, alcançar o equilíbrio faccional por meio de uma atuação procedimentalista.

⁸⁷ Qual a Diferença Entre as Teorias Substancialistas e Procedimentalistas da Constituição. Disponível em <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2046294/qual-a-diferenca-entre-as-teorias-substancialistas-e-procedimentalistas-da-constituicao-raphael-matos-valentim>>, acesso em 17/06/2018, 19:01

CONCLUSÃO

Conforme exposto, a função judiciária foi concebida em sua forma moderna como um meio para representar uma parte da sociedade diversa do legislativo e executivo e possuir o poder para equilibrar o arcabouço institucional de forma que as outras duas funções, em tese majoritárias, não se sobreponham àquela.

Tal concepção aconteceu no período pós independência norte-americana, com o levante de um estrato da sociedade formado pelos ex combatentes que haviam perdido todas suas propriedades em virtude da miséria que acompanhou a independência pela qual eles mesmos lutaram. Tal levante, os “devedores”, conseguiram representação legislativa e, no caso de Rhode Island, até executiva.

Entretanto, apesar da miséria econômica, a independência norte-americana, em conjunto com outros fatores históricos, fez surgir a sociedade moderna, que, após, constituiu-se na sociedade funcionalmente diferenciada de Luhmann, povoada por sistemas autopoieticos fechados normativamente e abertos cognitivamente.

Mudança esta que também foi sofrida pelo direito, saindo do jusnaturalismo, passando para o positivismo de Kelsen e sua teoria pura do direito, buscando a independência do direito como ciência, negando no processo a relação entre moral e o direito posto. Infelizmente, o positivismo se mostrou insuficiente para conter a virada totalitária da primeira metade do século XX, sendo, inclusive, usado como fator de legitimação para regimes nazi-fascistas. Com isso, surgiu o pós positivismo, resgatando a moral para o direito na forma de princípios, estes passando ao “*status*” de norma jurídica, junto com as regras, limitando as arbitrariedades legislativas/executivas e servindo de meios de otimização do sistema, conforme Alexy.

Nesse paradigma pós positivista inserto na sociedade funcionalmente diferenciada percebemos, então a falsificabilidade da teoria da unicidade da resposta correta, defendida por Dworkin, com base nos ensinamentos de Popper e seu método de aprendizagem. As teorias do filósofo científico austríaco também nos ajudam a perceber como uma visão transcendental seria inviável no estudo do direito. Por conseguinte, o direito não pode ter como fim um “santo graal” argumentativo.

É dizer, o direito foi construído como uma função, e não como um fim. Função esta, como demonstrado, de equilibrar o sistema institucional sem cometer excessos, ao

revés do que foi observado durante a “era Lochner”, na qual a Suprema Corte norte-americana se sobrepôs às funções executiva e legislativa para impedir a instituição de medidas econômicas de caráter keynesiano. Apenas a partir do “switch that saved the nine” a Suprema Corte cessou seu protagonismo face às outras funções. Conforme as clássicas palavras de Rui Barbosa, não há pior ditadura que a do Judiciário.

Como exemplo de atuação equilibrada, ao revés, a “Warren Court” equilibrou setores da sociedade e contribuiu para a harmonização da sociedade norte-americana sem que, para isso, tivesse de usar da possibilidade de sobreposição inerente ao órgão de revisão, afinal, parafraseando Platão, quem julga os julgadores?

Demonstrada a necessidade de equilíbrio como razão de ser fundante do sistema, a ponderação de Robert Alexy, posteriormente desenvolvida por Martin Borowski, se apresenta como um possível meio instrumentalizar tal objetivo.

Entretanto, com base na construção teórica de Luhmann com base no direito, conclui-se que é infrutífero pensar num conceito abstrato como “equilíbrio” servido de fim para o sistema, sendo mais correto que o Direito trabalhe com o objetivo de gerar expectativa de equilíbrio. Repetindo, é disso que Borowski busca ao falar sobre a construção de um sistema coerente de relações de precedência por meio da ponderação, ou seja, cada decisão ponderada que busca manter a expectativa normativa do sistema acaba acentuando a coerência do sistema como um todo, solidificando um sistema funcionalmente diferenciado de alta complexidade em uma sociedade líquida, pós moderna, sem desprezar a contribuição feita por pensadores como John Hart Ely e Jurgen Habermas.

Referências

A atualidade do anti-humanismo teórico de Luhmann e Althusser Frente a Problemática da Diferenciação e Integração Social. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/321225138_A_atualidade_do_anti-humanismo_teorico_Luhmann_e_Althusser_frente_a_problemativa_da_diferenciacao_integracao_social>, acesso em 17/06/2018, 20:59

A Contribuição do Positivismo Jurídico Kelseniano na Ascensão do Regime Nazista da Alemanha Frente a Segunda Guerra Mundial. Disponível em <<https://isacviana.jusbrasil.com.br/artigos/408757902/a-contribuicao-do-positivismo-juridico-kelseniano-na-ascensao-do-regime-nazista-na-alemanha-frente-a-segunda-guerra-mundial>> Acesso em 16/06/2018, 17:49.

Allgeyer v. Louisiana. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Allgeyer_v._Louisiana>, acesso em 16/06/2018, 20:55

A Única Resposta Correta de Dworkin e os Três Mundos de Popper. Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2009/04/14/a-unica-resposta-correta-de-dworkin-e-os-tr-es-mundos-de-popper/>>, acesso em 14/06/2018; 20:36.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.* In: BOLETIM de Direito Administrativo, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007. apud FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do Positivismo ao Pós-positivismo Jurídico.* Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242864>>, acesso em 18/06/2018, 20:42.

BAUMAN, Zygmund. *Modernidade Líquida.* Rio de Janeiro: Zahar, 2000. p. 11

BECHMANN, Gotthard & STEHR, Nico. *Niklas Luhmann.* Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 13(2): 185-200, novembro de 2001.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics.* 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16.

BORNHEIM, Gerd A. *Os Filósofos Pré Socráticos.* 1ª ed. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 35

Brown v. Board of Education. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Brown_v._Board_of_Education>, acesso em 17/06/2018, 18:30

CARVALHO, Aurora Tomazini de, Teoria Geral do Direito, Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São paulo: Saraiva, 2000. p. 129/130.

Corte Warren: Símbolo do Ativismo Judicial nos Estados Unidos. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/64869/corte-warren-simbolo-do-ativismo-judicial-nos-estados-unidos#_ftn1> Acesso em 17/06/2018, 18:35

COSTA, José Augusto Galdino da. *Princípios Gerais no Processo Civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p.30.

Direitos Econômicos Sociais e Culturais: Jurisprudência Mundial. Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2008/04/04/direitos-economicos-sociais-e-culturais-jurisprudencia-mundial/>>, acesso em 16/06/2018, 20:47

E se Karl Popper Estivesse Falando do Direito, Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2009/01/12/e-se-karl-popper-estivesse-falando-do-direito/>>, acesso em 17/06/2018, 12:20

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do Positivismo ao Pós-positivismo Jurídico*. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242864>>, acesso em 18/06/2018, 20:42.

GARGARELLA, Roberto. La Justicia Frente Al Gobierno, sobre el carater contramayoritario del poder judicial. 1ª. ed. Barcelona: Ariel, 1996. p. 43.

Heráclito. Disponível em <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Her%C3%A1clito>>, acesso em 14/06/2018, 11:02.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil*. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.25.

Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais: O Juiz Como Agente de Proteção e de Promoção da Igualdade. Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2008/11/05/jurisdicao-constitucional-e-direitos-fundamentais-o-juiz-constitucional-como-agente-de-protecao-da-liberdade-e-de-promocao-da-igualdade/>>, 17/06/2018, 18:58.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista machado, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 251.

Lochner Era. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Lochner_era>, acesso em 16/06/2018, 20:45

Lochner v. New York. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Lochner_v._New_York> acesso em 16/06/2018, 20:48

LUHMANN, Niklas, La Sociedad de la Sociedad. México: Herder, 2007. p. 53 apud ZAPATER, Tiago Cardoso Vaitekunas. Certeza do Direito e a Previsibilidade das Decisões Judiciais na Reforma do Processo Civil Brasileiro, Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O constitucionalismo inglês. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 452, 2 out.2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5768>>. Acesso em: 17 jun. 2018, 09:42.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. O espírito das leis apud SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. Direito Constitucional, Teoria, História e Métodos de Trabalho. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 248.

MORALES, Cesar Mecchi. Originalismo e Interpretação Constitucional. São Paulo: USP, 2011. p. 32.

OÑATE, Flávio Lopez de. La certeza del derecho. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. apud ZAPATER, Tiago Cardoso Vaitekunas. Certeza do Direito e a Previsibilidade das Decisões Judiciais na Reforma do Processo Civil Brasileiro, Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

O Direito na Teoria de Niklas Luhmann. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/692917>>, acesso em 17/06/2018, 20:25

PINHEIRO, Victor Marcel. O STF Como Legislador Positivo. Monografia de Conclusão de Curso. 2006

POPPER, Karl. O conhecimento e o problema corpo-mente. Lisboa: Edições 70, 2002. apud RODRIGUES, Horácio Vanderlei. Popper e o Processo de Ensino-Aprendizagem Pela Resolução de Problemas, Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2010, p. 5.

RADBRUCH, Gustav. Introdução à Filosofia do Direito. Tradução de Jacy de Souza Mendonça. São Paulo: 2011. p. 17.

RAWLS, John. O Liberalismo Político. Editora Presença, 1998. p. 51

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 42 apud FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do Positivismo ao Pós-positivismo Jurídico. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242864>>, acesso em 18/06/2018, 20:42.

Robert Alexy: Teoria, Princípios e Regras. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras?pagina=2>, acesso em 17/06/2018, 19:14

ROSS, Alf. Direito e Justiça, São Paulo: Edipro, 2000. p. 25.

SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. Direito Constitucional, Teoria, História e Métodos de Trabalho. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 248

SCARIOT, Juliane. Hermenêutica jurídica: A função criativa do juiz. In: mbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8360>. Acesso em 18/06/2018, 09:21.

SEN, Amartya. A ideia de Justiça. Companhia das Letras, p. 158.

Shays's Rebellion. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Shays%27_Rebellion>, acesso em 18/06/2018, 09:49.

Teoria dos Sistemas Sociais e os Meios de Difusão em Niklas Luhmann. Disponível em <<https://csonline.ufff.emnuvens.com.br/csonline/article/viewFile/2742/1687>>, acesso em 17/06/2018, 20:22

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV, São Paulo: 2008, p. 441-464. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>, acesso em 18/06/2018, 09:56.

Virginia Plan. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Virginia_Plan>, acesso em 18/06/2018, 09:51.

Warren Court. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Warren_Court> acesso em 17/06/2018, 12:46.

ZAPATER, Tiago Cardoso Vaitekunas. Certeza do Direito e a Previsibilidade das Decisões Judiciais na Reforma do Processo Civil Brasileiro, Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

