

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO
JURÍDICO II**

VALTER MOURA DO CARMO

MANUEL FONDEVILA MARÓN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Manuel Fondevila Marón, Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-381-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Decisão. 3. Realismo Jurídico.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO II

Apresentação

A presente obra compila os artigos do Grupo de Trabalho “Teorias do Direito, da Decisão, e do Realismo Jurídico II”, avaliados e aprovados para apresentação no XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI em parceria com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, realizado em Curitiba, no dia 8 de dezembro de 2016.

Os anais compilam os textos de autores de diferentes áreas do Direito. Todos dignos de uma leitura que aponte uma solução para os problemas enfrentados pela comunidade jurídica e não jurídica.

A problemática dos trabalhos não poderia ser mais atual diante dos conflitos nacionais porque passa o Brasil, e internacionais. Nesta situação cabe esperar dos juristas, especialmente quando reunidos em conclaves com tamanha dimensão dialógica, a aplicabilidade das propostas apresentadas.

Aos leitores cabe a oportunidade de refletirem sobre questões da envergadura de: neoconstitucionalismo e ativismo judiciário, interpretação e hermenêutica das normas jurídicas, a ideia de justiça, a cláusula de retrocesso dos direitos sociais, a independência e o mérito na toma de decisões administrativas, a liberdade de expressão e, finalmente, a unidade do Direito Público (nacional e internacional).

Boa leitura!

Prof. Dr. Manuel Fondevila Marón - UFMA

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR

TRÊS JUÍZES E UMA SENTENÇA: ENTRE O DIREITO E O NÃO DIREITO, EIS A QUESTÃO!

JUDGES THREE AND A SENTENCE: BETWEEN RIGHT AND NOT RIGHT, THAT IS THE QUESTION!

Daniela Regina Pellin ¹

Resumo

Após a Segunda Guerra o cenário mundial sofreu alterações significativas. Um dos efeitos colaterais foi o giro linguístico dado pela filosofia que afeta, diretamente, a ciência do Direito. Como objetivo geral será demonstrado que esse giro na razão de pensar o Direito consolida sua autonomia a partir da Constituição. E, como específico, entender a globalização e seus efeitos. O método será fenomenológico-hermenêutico; a técnica será a revisão bibliográfica, o levantamento de dados e o estudo de caso. O giro linguístico serve de hipótese de eficiência jurídica e consolida o plano autônomo de objetividade do Direito.

Palavras-chave: Globalização, Direito, Decisão judicial, Não direito, Hermenêutica

Abstract/Resumen/Résumé

After World War II the world scene has changed significantly. One of the side effects was the linguistic turn given by the philosophy that affects directly the science of law. As a general objective will be shown that this turn in reason to think the law consolidates its autonomy from the Constitution. And as specific, understand the globalization and its effects. The method is phenomenological-hermeneutical; the technique will be the literature review, data collection and case study. The linguistic turn serves as legal efficiency hypothesis and consolidates the autonomous level of objectivity of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Globalization, Right, Judicial decision, Not law, Hermeneutics

¹ Doutoranda em Direito Público na UNISINOS/RS. Bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito da Sociedade da Informação. Especialista em Direito Empresarial. Membro do Grupo de Pesquisa JUSNANO/CNPq. Professora. Pesquisadora.

1 INTRODUÇÃO

A ciência do Direito está para o Homem assim como o Homem está para a sociedade. A importância do Direito está no todo que o integra e, por isso, a parte que lhe cabe enfrenta problemas de autonomia. As interferências sofridas pelo sistema jurídico não são aleatórias, foram concebidas pelo processo econômico, cultural, político e tecnológico que assola as sociedades pela globalização.

Nosso sistema de normas e regras construídas ao longo do processo histórico pós-independência avocou para si, a certeza científica de que o suporte fático é suficiente para dar conta das interações e diferenças sociais a partir da lei. O que não estiver nela contido, a ciência do Direito autoriza o preenchimento de normas – enquanto gênero, a partir de regras e princípios – os constitucionais - compreendidas pela analogia, pelos princípios gerais de direito, pelos costumes, pela equidade, dirimidos, em tese, pelos parâmetros doutrinários e jurisprudenciais que funcionam em perfeita harmonia. Contudo, o sistema vige sob o império da lei, como fonte primária.

Após a Segunda Guerra Mundial e conseqüentemente, a Guerra Fria, com o fortalecimento econômico dos países e o avanço do sistema capitalista, a globalização, desde 1990, passou a interferir e gerir os demais países em desenvolvimento, em um intento pós-colonialista.

Esses ruídos causaram e causam atritos na estrutura da ciência do direito brasileiro, desde 1988, reflexo das alterações sociais, políticas, econômicas e tecnológicas: o suporte fático já não comporta todas as interações sociais, portanto o juiz dita a lei; os princípios de direito estão a depender da criação judicial para atender as instabilidades sociais que são, por demais, econômicas; os costumes e os padrões culturais, esvaziados da história, são padronizados pelo fetiche de consumo.

Neste cenário, portanto, o estado das artes do Direito e de sua ciência, é o da desestruturação do que aí está, da instabilidade. O Direito é coletivo no campo da abstração e muito particular no campo dos interesses individuais. Na busca de acomodação científica, a filosofia do Direito pode representar a pedra angular do pensamento jurídico contemporâneo e, com isso, nortear, novamente, a ciência do Direito, a partir do giro ontológico-linguístico promovido pela hermenêutica filosófica.

Não é possível deter-se nas discrepâncias jurídicas contemporâneas sem, contudo, fotografar o processo histórico que culminou com esse efeito indesejável sobre a ciência do

Direito. Essa fotografia, de outro lado, deve ter viés interdisciplinar (social, econômico e político), compreendida essa formação histórico-cultural “como instrumental de significações capaz de sublinhar a historicidade das contradições entre alienação/dependência/exploração e libertação/emancipação, quer no que se refere aos indivíduos, quer no que se refere às instituições sociais”, dentre elas, “no comportamento prático e nas instituições de decisão judicial, transmitidas e internalizadas no âmbito de determinada formação social. (WOLKMER: 2005,4)

Por uma questão de recorte metodológico, o marco histórico à análise do objeto é o do Pós Segunda Guerra Mundial e as alterações significativas que houve, sendo a mais marcante, a consolidação da globalização. Também, traços da história brasileira colonial, imperial, moderna, contemporânea e sua formação jurídica.

Para isso, a revisão bibliográfica e o estudo de caso levará à hipótese de que o potencial do giro linguístico dado pela filosofia hermenêutica contemporânea pode auxiliar na acomodação da ciência do Direito nesse início de século e a retomada de sua autonomia e objetividade.

2 A FOTOGRAFIA HISTÓRICA

A partir da Segunda Guerra, o capitalismo, por alguns, foi repensado, por outros, reforçado. Pelos países do chamado “Terceiro Mundo”, eclodiu a luta pela emancipação política e, como consequência, a independência econômica.

Os quinze anos que se seguiram logo após o término da guerra foram de grandes acomodações internas nos países, em especial, os hegemônicos, europeus e Estados Unidos. Na maioria dos países europeus, os partidos socialistas, social-democratas e comunistas tornaram-se mais conservadores e retomaram as estruturas básicas da sociedade e da economia, defendendo a melhoria de vida dos trabalhadores. Já, nos Estados Unidos, o sistema foi retomado com agressividade, acentuando políticas violentas de combate ao comunismo, Guerra Fria e expansão da repressão social, política e intelectual, cujos resultados foram a quase destruição dos movimentos radicais e socialistas nas organizações sindicais e nas universidades. (HUNT, 2005,472).

Além do que, a Guerra Fria tinha como mote capitalistas *versus* comunistas e, portanto, inevitável. A maioria das pessoas se convenceram desse discurso ideológico e, com isso, acreditaram que o capitalismo, a bem da verdade, deveria avançar, pois era a única forma de eliminar a pobreza, as diferenças de classes, o imperialismo e a instabilidade econômica

(2005,472). Mas os resultados foram completamente adversos e os Estados Unidos soergueram-se como a grande potência bélica e econômica mundial, expandindo-se como imperialista.

A partir da Primeira Grande Guerra, houve a organização de um sistema político internacional, a Liga das Nações, a fim de relativizar a soberania nacional, da forma como até então era exercida, pois objetivou promover a cooperação, a paz e a segurança internacional (PIOVESAN, 2007); após, com a Segunda Guerra Mundial, criou-se a Organização das Nações Unidas, em 24 de outubro de 1945, revelando o fato de que os Estados perceberam a necessidade da construção de instrumentos coletivos para afiançar a segurança e a paz entre si, em detrimento do poder destrutivo acumulado (BEDIN, *et. al*, 2010). Por fim, destacam-se, na História política mundial, a Guerra Fria, a queda do muro de Berlim e o colapso das ditaduras comunistas dos países do Leste.

A partir do ideal liberal econômico instalado no pós-Segunda Guerra, a internacionalização da economia e de sua divisão passou a representar o bem-estar social, não, internamente, no país, mas, sim, como um bem-estar de nações. Dessa feita, a economia passou a ser globalizada e tida como garantidora dos Estados, invertendo-se os polos, pois estes, agora, dependem daquela para terem, até mesmo, autonomia para exercerem suas soberanias, ainda que reduzidas (ARNAUD, 2007).

A globalização, por sua vez consolidada, pode ser entendida pelo seu alcance, eis que implica, necessariamente, no alargamento das relações humanas, culturais, econômicas, políticas, mercadológicas; dentre outros, numa crise de identidade do Estado, politicamente, organizado.

Ante o aumento exacerbado das relações econômicas entre corporações trans e multinacionais, o Estado tornou-se mais vulnerável, pois a economia atingiu certa independência, não mais necessitando da autorização/regulação estatal para acontecer. O conceito clássico de Estado implicava em uma grande autarquia econômica, que regia as relações comerciais e coordenava as transações de mercado; atualmente, aquelas funções não estão mais inseridas no rol de funções vitais do Estado (TOURAINÉ, 1995).

Essas grandes empresas gozam de certa autonomia, não necessitando mais de autorizações, ou normas estatais, instaurando o livre comércio mundial, pautadas nas leis internacionais do mercado (BULL, 1991). Assim, as fronteiras estatais têm pouca importância, são fragilizadas, culminando, por vezes, na alteração dos valores políticos para se ajustarem aos interesses do mercado.

A sociedade civil, por sua vez, mesmo que tenha condições de acionar outras culturas e contatar novas tecnologias, ainda não tem a garantia de que esses atos poderão se concretizar e significarem um retorno positivo para a comunidade, pois não há, atualmente, normas – codificadas – que rejam a economia no patamar em que se encontra. Há, então, um pós-neoliberalismo instaurado, principalmente, pelo ofuscamento dos limites fronteiriços, o que coloca em xeque os valores nacionais, a diversidade cultural, os governos democráticos, o convívio pacífico, a justiça social e até mesmo os direitos humanos (ARNAUD, 2007b).

A globalização pode ser conferida na medida em que as taxas de crescimento do comércio mundial são superiores que as do produto mundial bruto (RATTNER, 1999). As unidades e medidas econômicas, em escala mundial, têm um controle ínfimo dos Estados, justamente, por serem mundiais, com um capital móvel. Isso eclode na questão envolta à soberania dos Estados Democráticos de Direito. (BUSCH, 1996).

Este complexo cenário do capitalismo contemporâneo está respaldado, certamente, em pressupostos jurídicos. O Direito, parte integrante desse sistema, o faz realizar-se mediante o estabelecimento de regras jurídicas para que a sociedade mundial não tenha falta de lei, nacional e internacional, e consolide seu desiderato.

Assim, “os direitos e garantias fundamentais do homem e do cidadão positivados pelo Estado contemporâneo – a liberdade contratual, a igualdade formal, a propriedade privada e a segurança das relações jurídicas – são os limites dentro dos quais a política é possível” (MASCARO: 2008,32). A partir daí, o Estado é o garante da reprodução econômica.

O Brasil, muito embora, inserido na globalização, tem um processo histórico de formação social, econômica, política e jurídica diferenciada: não conheceu a legalidade na sua forma clássica; surgiu de uma burguesia nacional que explorava a massa trabalhadora em troca de consumo. Além disso, “a dependência externa, a debilidade da resistência popular interna, a cidadania que não garante nem o mínimo da falsa igualdade formal” (MASCARO: 2008b,16)

Sobretudo, além de prestigiar os interesses da sociedade burguesa portuguesa, esvaziou o caráter técnico e aparentemente neutro do sistema jurídico em formação “delegando aos empreiteiros da exploração brasileira o poder de organização social” (MASCARO: 2008c,83), cujo objetivo era, em particular, de tecnicidade pública apenas para a manutenção da exploração das rendas do Estado português.

Caio Prado Jr. observa na formação histórica do Brasil que, a partir de um discurso feito em 1805, por um dos mais notáveis governadores do Rio Grande do Sul, Silva Gama,

que resumia seu pensamento a respeito da exploração portuguesa, discorreu que o Brasil teve uma formação jurídica peculiar em relação ao ocidente europeu: desconheceu a divisão marcada entre o direito público das relações coletivas e o privado das individuais, diante da colonização de exploração. Assim foi o discurso:

Nada me interessa com mais fervor, escrevia ele ao governo do Reino, do que a fiscalização da Real Fazenda. Diminuir as suas despesas o quanto é possível, fazer arrecadar ansiosamente tudo que possa pertencer-lhe sem dano dos vassallos, e esquadrihar novos recursos para aumentá-la, são os objetivos do meio maior desvelo. Um objetivo fiscal, nada mais que isto, é o que anima a metrópole na colonização do Brasil [...] Negligencia-se tudo que não seja percepção de tributos; e a ganância da coroa, tão crua e cinicamente afirmada, a mercantilização brutal dos objetivos da colonização, contaminará todo mundo. Será o arrojo geral para o lucro, para as migalhas que sobravam do banquete real". (2000: 342 e 343)

A esfera jurídica privada, alheia ao Estado, não passou pela estruturação da coordenação social, de integração, mas se desenvolveu na forma subordinada, assim como a esfera pública de poderio estatal se manteve. "Há relações legais de subordinação do Estado em relação aos particulares, e há relações econômico-sociais de subordinação entre grupos sociais". (MASCARO: 2008d,86). Daí, inclusive, reside o problema do compadrio, da corrupção, da dependência pessoal.

O capitalismo periférico do Brasil que, basicamente, escoia a produção primária no mercado internacional, apresenta atraso histórico de desenvolvimento tecnológico, industrial e de acúmulo de capitais. Contudo, mantém estrutura jurídica autônoma como no caso dos países desenvolvidos e que tem o capitalismo como figura central. Essa estrutura está a serviço do capital através da legalidade.

Como reflexo disso no Direito, Wolkmer menciona que "as fontes, ideias e institutos do moderno legalismo da sociedade burguês-capitalista advieram de uma cultura liberal individualista, legitimada e formalizada pelo poder estatal soberano". (2005,73)

Esse perfil exploratório que foi estabelecido no chão colonial se reflete nas relações sociais que também são verticalizadas ao invés de coordenadas e emancipadas, são apaixonadas e subordinadas, figurando relação de poder, característica da alienação e não da emancipação: "Os privilégios de classe recebem, assim, ou respaldo legal ou na efetividade social ignoram mesmo a legalidade, no caso da universalidade desta" (MASCARO: 2008e,100), configurando uma sociedade autoritária.

Marilena Chauí diz que esse autoritarismo típico do país afasta o caráter neutro da cidadania, contaminando as relações sociais e as verticaliza de tal modo que até mesmo os aparatos mais baixos e populares da burocracia estatal – polícias, repartições – reproduzem a

hierarquização e a subordinação, exercendo, em vez do reconhecimento de direitos, a lógica do poder. (CHAUI: 1993,54)

Este cenário histórico deixa a ciência do Direito brasileiro em situação de autonomia mitigada em relação aos demais países, sobretudo, eclética porque aproveita para elaborar uma colcha de retalhos importados e, portanto, refém de um sistema implantado às avessas.

Wolkmer esclarece que, desse processo histórico consolidado a partir da exploração colonial, patrimonialista e escravocrata, ficou para nós o liberalismo representado como “o impacto presente da dominação social de uma elite agrária, da hegemonia ideológica de um liberalismo conservador e da submissão econômica aos Estados centrais do capitalismo avançado”. (2005b,36). Tudo isso ficou arraigado na formação das instituições e de seus atores sociais na presente República, em especial, na instituição jurídica.

A pedra fundamental do liberalismo econômico pode ser melhor compreendida se verificada sob três pilares: a) ético-filosófico; b) econômico; c) político-jurídico.

A dimensão ético-filosófica é centrada em valores e direitos relacionados à natureza humana, de caráter moral e racional, compreendidos através da liberdade, da individualidade, da tolerância, da dignidade e da crença na vida. Por sua vez, a dimensão econômica é compreendida pela propriedade privada, a economia de mercado, a ausência ou controle mínimo do Estado, a livre empresa e a livre iniciativa. Já o aspecto político-jurídico é visto a partir do consentimento individual, da representação política, da divisão dos poderes, da descentralização administrativa, da soberania popular, direitos e garantias individuais, supremacia constitucional e Estado de Direito. (MACRIDIS: 1982,38-41)

Mas, o caso do Brasil, após o movimento de 1822, muito embora, assentado nos ideais do liberalismo Inglês, Francês e Americano, não passou pelo mesmo processo de libertação política que eivou a classe burguesa à ascensão contra o absolutismo. Aqui, houve “a discrepante dicotomia que iria perdurar ao longo de toda a tradição republicana: a retórica liberal sob a dominação oligárquica, o conteúdo conservador sob a aparência de formas democráticas”. (WEFFORT:1980,108-112)

Além disso, o liberalismo brasileiro veio acompanhado pelo reforço seguro do legalismo, de caráter jurídico-institucional marcado pelo formalismo, pela retórica e pela ornamentalidade.

Com isso, os dois primeiros cursos de Direito no Brasil, 1827, em São Paulo e outro em Recife, em 1854, refletiram os ideais da elite oligárquica colonizadora que buscava concretizar a independência político-cultural, recompondo a estrutura de poder e a camada burocrático-administrativa, setor que gerenciaria o país, a partir de então. Assim, os cursos

jurídicos vieram com a Independência e a construção do Estado nacional, sobretudo, para atender aos interesses do Estado, não aos anseios jurídicos da sociedade.

Wolkmer conta que as escolas de Direito foram destinadas a assumir duas funções: “primeiro, ser polo de sistematização e irradiação do liberalismo enquanto nova ideologia político-jurídica capaz de defender e integrar a sociedade; segundo, dar efetivação institucional ao liberalismo no contexto formador de um quadro administrativo-profissional”. (2005c, 80-81)

Nesse cenário pós Independência em que foram, também, elaboradas as primeiras codificações nacionais (Código Penal de 1830), bem como a Carta Imperial de 1824 e de 1891, o Poder Judiciário que transitou nessa mudança adotou comportamento dividido entre ser fiel à Coroa, retornar a Portugal ou aderir à construção nacional. Com isso, a postura da magistratura adotada no período que sucedeu à Independência foi o do corporativismo elitista, a burocracia como poder de construção e a corrupção como prática oficializada.

Na prática, o poder dos magistrados se imiscuía com o poder político, a depender da ocasião e do interesse, muito embora, de naturezas distintas. Os magistrados transitavam entre o exercício da aplicação da lei (impessoalidade e neutralidade, bandeiras da construção do Estado nacional) e práticas antijurídicas, para atender a pedidos partidários e chefes no interior, a depender das facções e adversários locais. Mas, isso duraria até a Reforma Judiciária de 1871, por pressão dos liberais, que reclamavam separação entre judiciário e política.

De lá para cá, o Direito Público, marcado, especialmente, pela tradição do constitucionalismo, deteve atenção, ainda que de forma programática, aos anseios sociais. Em regra, as constituições brasileiras recheadas de abstrações racionais não apenas abafaram as manifestações coletivas, como também não refletiram as aspirações e necessidades mais imediatas da sociedade. (WOLKMER: 2005d,114)

A Constituição de 1988 é marcada por avanços, consagra mecanismos de democracia direta, maior participação e autonomia municipal, direitos comunitários, novos sujeitos sociais, a exemplo dos sindicatos, associações civis etc. “Aliás, seu retrato igualmente liberal, formalista e vulnerável não inviabiliza um alcance múltiplo: afinal, tanto serve à legitimação da vontade das elites e à preservação do *status quo*, quanto poderá representar um instrumento de efetiva modernização”. (WOLKMER: 2005,114)

Entretanto, desde 1990, com o advento da globalização, os efeitos desses avanços estão paralisados por restrições na área social, por fluxos de desmobilização que atingem a sociedade civil e por diretrizes que restringem espaços para o exercício da cidadania. A

democracia aparece sob a forma de concessão, portanto, controlada. (WOLKMER: 2005e,115)

Em todo esse percurso, o plano filosófico foi atingido por essa dicotomia entre conservadores e liberais e, o país, oficialmente, adotou no plano filosófico, o ecletismo entre 1840 e 1880, “numa tentativa de hegemonia filosófica única em toda a nossa história de ideias” (VITA: 1969, 61-62), escolhida, assim, voluntariamente, pela elite brasileira. Ao que Roberto Gomes designou esse ecletismo como o mito brasileiro da imparcialidade. (GOMES: 1979, 32-33)

Em fins do século XIX, surgiram ideias que romperam com o jusnaturalismo, confirmou o positivismo e o evolucionismo e representaram a afirmação da urbanização e modernização da vida social; culminou com a extinção da escravatura e a proclamação da República, confirmando os ideais burgueses. Nesse palco estavam São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul (positivismo), sem exclusão da Escola do Recife (evolucionismo).

Esse movimento chamado o culturalismo jusfilosófico¹ que teve grande impulso no Brasil, inspirado em Kant, reorganizou as diversas tradições filosóficas nacionais rumo a interlocução centrada nos valores, na pluralidade e no mundo da cultura. Assim foi fundado o Instituto Brasileiro de Filosofia (IBF) e a Revista Brasileira de Filosofia, para romper com o jusnaturalismo metafísico e as variantes dogmáticas do positivismo cientificista.

Outro evento que marca a fundação do culturalismo jusfilosófico no país é a teoria tridimensional de Miguel Reale, apresentada por ele em *Fundamentos do Direito*, 1940, no concurso à cátedra de Filosofia do Direito na Universidade de São Paulo. Tratava-se da visão que ele tinha sobre o fenômeno jurídico assentado no fato (social), no valor (ideal) e na norma (formal). Em 1950, consolidava-se a formação dos pensadores culturalistas das mais distintas orientações, no país.

É a partir dos idos de 70 e início dos 80 que contribuições filosóficas começaram a surgir em território nacional; de alcance amplo e contrárias à dogmática, como o formalismo retórico da Teoria da Decisão Jurídica de Tércio Sampaio Ferraz, o sociologismo estrutural-

¹ No dizer de Paulo Dourado Gusmão a corrente do Culturalismo Jurídico é caracterizada por sua “origem Kantiana entre natureza, valor e cultura. A cultura como objetivação de valores ou sentidos, exige, segundo os defensores desse posicionamento, método de conhecimento diverso do empregado nas ciências físico-naturais. O direito, para essa corrente, pertence ao reino da Cultura, e não ao da Natureza (*physis*). Está no mundo construído pelo Homem, através da História, em uma sociedade e civilização, carregado de ‘sentido’. Por tal motivo, o seu conhecimento depende de metodologia própria, diversa da específica das ciências físico-naturais, interessadas em explicar os fenômenos por suas causas, enquanto as ciências culturais, em compreendê-los por seus ‘sentidos’ e ‘valores’ [...]. Por isso o Direito não faz parte da ‘Natureza’, nem é exclusivamente ‘valor’, pois pertence à ‘Cultura’, ou seja, ao reino construído pelo Homem (legislador, jurista, particulares), em função de uma situação histórico-social, realizando um ‘valor’ para alcançar satisfatoriamente uma finalidade. [...] Na América Latina, o culturalismo jurídico se firmou não só com Recaséns Siches (teoria vitalista do direito), como também com Carlos Cassio (teoria egológica do direito) e com Miguel Reale (teoria tridimensional do Direito)”. *In Introdução ao Estudo do Direito*. 16. ed. Forense. Rio de Janeiro: 1994, p.412-414.

funcionalista de Jose Eduardo Faria, o culturalismo fenomenológico de Luiz Fernando Coelho, as tendências epistêmicas de base semiológico-discursiva de Luiz Alberto Warat e as proposições juspsicanalíticas de Agostinho Ramalho Marques Neto. (WOLKMER:2005f,139)

De lá para cá, sob influência da globalização e as constantes mudanças internas, a crítica ao Direito nacional enfrenta seu maior embate jusfilosófico diante das inúmeras influências que recaem sobre o pensamento e sobre o cotidiano jurídico da sociedade. É a crise do distanciamento entre a teoria da razão e a razão prática. A crise instalada pela crítica indica que há premência em despertar à construção de um pensamento jusfilosófico emancipador, marcado por uma racionalidade jurídica respaldada por uma ética da alteridade. Isso significa dizer, atenção com o todo social.

3 O DIREITO OU O NÃO DIREITO: EIS A QUESTÃO!

O Brasil é, historicamente, identificado pelo excesso legislativo que conforma a sociedade. Para todos - se não todos, a maioria - os fatos sociais de importância jurídica, capazes de direitos e obrigações, há a lei. A lei é a fonte primária do Direito. O Direito tem outras fontes que não somente a lei: os costumes, a analogia, os princípios gerais de Direito, a doutrina e a jurisprudência. São as fontes secundárias do Direito. Todo esse ferramental para sustentar a positividade jurídica do Direito.

O positivismo jurídico é caracterizado pelo conjunto de regras que é ativado pela sociedade quando determinado fato social descrito na norma ocorre e, por isso, capaz de direitos e obrigações. Trata-se do suporte fático abstraído pela norma. A esse aspecto se dá o nome de subsunção. Quando o fato social desperta interesse jurídico mas não há regra que o descreva, surge a discricionariedade; quando se interpreta a norma estendendo ou encolhendo seu significado e sentido, também, se está usando da discricionariedade, na aplicação.

A discricionariedade é a possibilidade de desenvolver-se raciocínio jurídico para amparar o fato social dentro de determinada regra, promover a subsunção e, assim, resolver direitos e obrigações, emergentes ou cessantes.

A esse respeito Engelmann explica que o “modelo subsuntivo, de cunho eminentemente lógico-dedutivo, busca extrair da regra, através de seu confronto com um fato concreto, as consequências jurídicas, quando cabíveis, previamente dadas”. Já o modelo discricionário explica que ocorre “a partir do momento em que a situação da vida não está respaldada pela regra ou, quando permite a escolha da forma de aplicação da mesma, dentre várias possibilidades”. (2001,10)

Esse positivismo jurídico é dirimido por Norberto Bobbio que o examina sob sete pontos fundamentais de sua estrutura: 1. O direito como um fato e não como valor; 2. O direito como coação; 3. O direito como lei; 4. O direito como império de comando; 5. O direito como sistema coerente e completo pelo conjunto de normas; 6. O direito como método científico de interpretação mecanicista; e, 7. O direito como dever de obediência à lei. Nesse elenco estruturante Bobbio aponta que a crise reside na interpretação e que esse foi o ponto escolhido pelos alemães para travar a “batalha dos métodos” frente ao positivismo jurídico (*Methodenstreit*). (BOBBIO: 2005,131-134)

Nesse sistema, a crise contemporânea reside, exatamente, nesses termos, diante da insuficiência de suportes fáticos previstos em normas, é possível ao intérprete ou aplicador do Direito dimensionar as consequências jurídicas que serão aceitas, fundadas, na maioria das vezes, em constatações subjetivas, pessoais do intérprete ou aplicador.

Por isso, no nosso Direito a justiça é decorrente da aplicação da lei e não de juízo de valor. Disso, é possível compreender que a escravatura, muito embora, de valor negativo, foi um instituto jurídico como qualquer outro, dentre outros exemplos existentes na história do Direito, até os dias atuais.

A filosofia, cujo objeto científico é o amor à sabedoria, distante do senso comum, do chão social, reflete sobre a existência humana, a aquisição do conhecimento; sobre a verdade, os valores morais e estéticos; sobre a mente e a linguagem com que esse ser se expressa no mundo, a depender dos “princípios epocais, que igualmente fizeram a longa travessia de duas metafísicas, chegando, nesta quadra do tempo, ao universo de posturas e teorias filosóficas que representam as posições hoje consideradas como pós-metafísicas”. (STRECK: 2015,12)

Ernildo Stein também compreende que, se estamos na era da pós-modernidade, caracterizada pela “fragmentação de toda a unidade entre ciência, arte e religião” enquanto contexto histórico-social-global, isso representa para o campo da filosofia a pós-metafísica. Stein explica que o “pós-metafísico é um mundo sem fundamentos absolutos. Quem dá a moldura na qual se dá o acontecer daquilo que revela os limites da objetivação da ciência é o modo de o homem ser no mundo que a filosofia pode descrever como sentido”. (STEIN: 2006)

Na pré-modernidade o Homem estava assentado, filosoficamente, em Deus. Na modernidade, o Homem estava assentado, filosoficamente, em si mesmo. Na pós-modernidade, o Homem está assentado, filosoficamente, na rede, no sistema informacional e nos paradoxos sistêmicos, em um complexo de sentidos. O Direito, por sua vez, sempre esteve assentado nas discussões filosóficas, abstratas.

A cada giro histórico a filosofia avançou e trocou a matiz do pensamento. Na constatação epocal pós-metafísica, a filosofia se detém na *práxis*. Essa prática é extravasada pela linguagem do ser no mundo. Tudo passa pela linguagem para depois atingir o pensamento, a compreensão de si (Heidegger) e do social (Wittgenstein), a interpretação e o conhecimento. O sujeito surge na linguagem e pela linguagem. “Nele (o conhecimento) existe a descoberta de que, para além do elemento lógico-analítico, pressupõe-se sempre uma dimensão de caráter prático-pragmático”. (STRECK: 2015b,14)

Interessante notar que esse giro no pensamento filosófico, na apreensão da realidade promovida pela linguagem é centrada em compreender o homem em sua completude existencial, do seu ser, de dimensão ontológica e, conforme Heidegger, fenomenológica. São dois objetos em uma apreensão de significado e de sentido: a compreensão do mundo do ser e do outro como a si mesmo, e a compreensão do ser que surge a partir desse giro linguístico, compondo o círculo hermenêutico-ontológico.

Streck explica que “a fenomenologia (hermenêutica) faz uma distinção entre ser (*Sein*) e ente (*Seiende*). Ela trata do ser enquanto compreensão do ser e do ente enquanto compreensão do ser de um ou outro (ou cada) modo de ser”. E acrescenta; “Aqui, a ontologia trata do ser ligado ao operar o fundamental do ser-aí (*Dasein*), que é o compreender do ser”. (2015c,15) Portanto, está ligada a um modo de operar do ser humano, contrariando a filosofia analítica.

Em se tratando de jusfilosofia, o reconhecimento da universalidade dessa compreensão é condição de possibilidade da racionalização ou da própria positivação do Direito, sendo essa a hipótese de dirimir as controvérsias atinentes a discricionariedade na aplicação do Direito e dar cabo ao subjetivismo pessoal do intérprete/aplicador em se tratando de Direito positivo. É a partir da compreensão de que todo o arcabouço de regras elaboradas, desde a Constituição Federal, é expressão desse ser no mundo e para com o outro, formando um todo social costurado e alinhavado entre si sob a estrutura democrática de Direito.

A Teoria do Direito que aí está não trabalha com a hermenêutica. É positivista e antecedente, sobretudo, analítica. Direito não é sinônimo de Códigos Legais.

Interessante notar, no caso do Brasil, que desde 2003², o Poder Judiciário vem estendendo a bandeira velada de reforma do Direito mediante o uso arbitrário das próprias

² Uma das primeiras notícias que marca o início dos padrões que, hoje, vem sendo sentido nas decisões judiciais, pode ser constatada em matéria publicada em 02/11/2003, por Márcio Chaer ao CONJUR: “Governo Lula se descontrola para desmobilizar o Judiciário”. A notícia trata da avalanche do Poder Executivo sobre o Poder Judiciário no início do Governo Lula. A matéria trouxe “a reportagem de capa publicada pela Folha de São Paulo deste dia -*Operação Anaconda vai agir em outros Estados* --, contudo, reforça suspeitas, pelo menos de quem acredita que há um movimento para quebrar as pernas da magistratura. Conta o repórter Kennedy Alencar que “o Palácio do Planalto festejou a notícia” da tal Anaconda. E explicita

razões de interpretar e aplicar a lei ou criar a lei, sob a pecha de que o juiz é o boca da lei. Parece uma resposta avessa aos três Poderes constituídos. Isso significa dizer que, não são raras as vezes em que as decisões judiciais fogem ao arcabouço normativo disponível para, pela força da política e da moral, ditarem o direito.

Isso pouco traz de conforto aos demais intérpretes/aplicadores. Traz, sobretudo, instabilidade jurídica e atinge todo o sistema nacional, a denotar que a própria comunidade jurídica não radica a base política constitucional do país, visto que não cumpre, sequer, o que está escrito nas leis e na Constituição Federal. O momento parece ilustrar um retrocesso histórico, onde o Direito aplicado dependia do interesse e da ocasião do momento, a partir de critérios pessoais.

Para ilustrar o que se está a considerar como crise da técnica, ou insuficiência do positivismo, sobretudo, do pensamento jusfilosófico que emana das decisões judiciais, o Acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 29/11/2000, de número 70005798004, será esmiuçado: Direito ou não Direito: eis a questão!

Tratou a ação litigiosa de divórcio. A autora, casada sob o regime da comunhão universal de bens, reclamou na ação de divórcio que os bens do casal não deveriam ser partilhados, pois, advieram de herança deixada pelo pai da autora, morto pelo seu marido. Diante da ausência de previsão legal para esse pedido, invocou a aplicação da analogia para integrar a norma jurídica no caso; como forma de suprir a lacuna, invocou, por extensão, a aplicação do artigo 1585, inciso I, do Código Civil; a jurisprudência e o direito internacional. Para a tomada de decisão pela procedência dos argumentos, o Tribunal, por maioria, aplicou a discricionariedade judicial e usou os princípios gerais de Direito.

De trechos da decisão depreende-se que dentre três juízes e uma sentença, os pensamentos jusfilosóficos divergiram entre si e demonstraram, claramente, a crise de identidade filosófica que transpassa a positividade jurídica: de um lado do Acórdão, a força da lei, de sua validade, eficácia e aplicação, a interpretação pela subsunção, a positividade da ciência do Direito em primeiro nível; de outro, a força da discricionariedade judicial subjetiva, de caráter pessoal do julgador, a reafirmação da moral e dos princípios em desfavor da aplicação da lei, em um segundo nível.

Dos recortes do Acórdão que se seguem à análise dicotômica entre Direito e não Direito, enquanto técnica e ciência positiva de normas em confronto com as impressões do

mais: "Em atrito com a cúpula do Judiciário, o Planalto julgou positivo para seus planos de reforma do Judiciário o resultado colhido pela Operação [...]". E que "Lula avalia que a cúpula do Judiciário perderá argumentos contra a reforma". Disponível em http://www.conjur.com.br/2003-nov-02/lula_festeja_anaconda_trunfo_mauricio_correa. Acessado em 30/07/2016.

espírito do julgador, alguns pensadores jusfilosóficos trazidos à baila, demonstram o panorama de crise que se pretende enfrentar.

Para os positivistas clássicos, ao analisar e conhecer dos fatos, a sentença de primeiro grau, que julgou improcedente a ação, agiu de forma adequada ao subsumir o fato à norma diante da descrição; o rol de indignidade taxativo não possibilitou a inclusão, por extensão, do gênero, pois, a sua posição na ação de divórcio é a de cônjuge-meeiro, não se tratando de herdeiro ou legatário. Portanto, qualquer divisão de bens lhe chegaria em mãos em decorrência do casamento e não pela sucessão.

[...] Os bens devem ser partilhados entre os cônjuges, pois casados sob o regime da comunhão universal de bens (art. 262, do Código Civil), não estando a hipótese dos autos (homicídio do sogro) elencadas no art. 263, do Código Civil, que estabelece os casos de exclusão da comunhão. Também não há como acolher eventual aplicação analógica do art. 1595, inciso I, do diploma legal supra mencionado, porque o referido não é **herdeiro** da vítima do homicídio, como já reconhecido em sentenças anteriores, faltando o requisito da semelhança essencial dos casos postos em análise. Ademais, não se admite analogia para restringir direitos ou quando a enumeração legal é taxativa. [...]

Kelsen diria que, na parte do voto vencido, a técnica da interpretação e aplicação do Direito foi respeitada. O ato de conhecimento do fato subsumido à norma consoante validade, vigência, eficácia, interpretação e aplicação técnicas doutrinadas pela ciência jurídica foram respeitados. Não houve política jurídica.

Já, na parte do voto vencedor, foi aplicado o segundo nível do Direito de Kelsen, que é o ato de vontade do julgador, a discricionariedade, que, por sua vez, realizou política jurídica. Do trecho recortado, Kelsen diria que é visível como o julgador se socorreu do ato deliberado de não aplicar a norma e invocar o poder da discricionariedade para consolidar seu ato de vontade de fazer justiça que não a da lei:

No entanto, se há omissões na identificação das pessoas integrantes do suporte fático, de tal omissão não se recentem os princípios, que devem sempre ser identificados para serem invocados quando se verifica uma lacuna na lei. Assim, **se há omissão de norma legal, deve sempre que prevalecer o princípio consagrado pelo legislador que, indiscutivelmente, é o de não permitir a quem atenta contra a vida de outrem possa dele receber alguma coisa, seja como sucessor, seja como cônjuge ou companheiro do sucessor. Essa é a intenção do legislador e a função da Justiça é exatamente fazer incidir a orientação ditada pela lei. Aliás, para isso é que somos juízes, para fazer justiça segundo os princípios que regem o sistema jurídico.** Não somos como dizia Montesquieu: *la bouche de la loi*, juízes que simplesmente se limitam a repetir e aplicar a norma contida no elenco legal, permitindo que se conviva com a injustiça. Somos Juízes de Direito, integramos um Tribunal de Justiça.

Confesso que fere meu senso de justiça fazer uma injustiça dessa ordem. No dia em que tomei posse como magistrada, jurei fazer justiça, não aplicar a lei de forma mecanicista e casuísta.

[...] É que o legislador, como disse a eminente Revisora e Presidente, não pode cogitar de todas as hipóteses e, portanto, **o decisor, na sua tomada de posição, deve considerar, naqueles casos omissos, os aspectos éticos, morais, juntamente com os fundamentos legais.**

Ao usar da discricionariedade o Acórdão fez com que a moral se imiscuísse com o Direito. Para Kelsen, a moral está fora e é elemento estranho à ciência do Direito. Isso não significa dizer que Direito e Moral, não raras as vezes, se convergem a depender do ato de vontade do intérprete/aplicador (KELSEN: 1998). Mesmo assim, na visão de Kelsen, o Acórdão decidiu além das fronteiras limítrofes da discricionariedade e fez uso do decisionismo, do ativismo judicial³ porque esvaziada de qualquer modelo de regras.

Portanto, o primado da lei dispensado pela hipótese extensiva à categoria de legatário *ex lege* ao genro, a impedir-lhe de meação decorrente do contrato, é fazer ginástica moral com as impressões do próprio julgador, fugindo a qualquer parâmetro da ciência do Direito, em qualquer nível descrito por Kelsen. Nesse sentido, “a determinação de valores absolutos em geral e a definição de justiça em particular, alcançadas dessa maneira, revelam-se fórmulas totalmente vazias ...” (KELSEN: 1998b)

O Acórdão fala em justiça/injustiça e sob essa pecha transforma a moral em Direito. Engelmann, a partir da racionalidade de Kelsen diz que “resta claro, assim, que o valor de justiça é de natureza muito diferente do valor de direito”, posto serem de natureza individual. E prossegue: “Examinando-se tais premissas fica evidente a impossibilidade de qualquer debate sobre a justiça no âmbito da ciência do direito, pois, na sua caracterização, entram aspectos que Kelsen quer expurgar do campo de estudo desta, ou seja, a moral e a política”. (ENGELMANN: 2001) Portanto, “a validade de uma norma de direito positivo é independente da validade de uma norma de justiça”. (KELSEN: 1979, 6-11)

Quando o voto dissidente foi prolatado e mudada a votação pelos outros dois juízes – revisor e terceiro, vê-se que a legislação foi posta de lado abrindo espaço para a moral e os princípios agasalhados sob o manto da discricionariedade, “isso aliás, tornou-se lugar comum no âmbito do imaginário dos juristas”, identifica Streck que segue: “por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdãos dos Tribunais) deixam ‘claro’ que estão julgando ‘de acordo com a sua consciência’ ou ‘seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei’”. (2015d,20)

³ Para Lênio Streck, “o problema do ativismo judicial surge exatamente no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o ‘bem’, seja para o ‘mal’”. *In O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2015, 22. Nota de rodapé n. 9.

Kelsen repudiaria esse comportamento judicial porque avesso à tradição do Direito. Segundo ele, os princípios não são considerados normas e, assim, não se inscrevem na estrutura escalonada reconhecida como direito, que é reservada apenas para as normas.

Recepcionar a jurisprudência dos valores vem ocorrendo como tendência contemporânea doutrinária como efeito do pós-segunda guerra. O Brasil está imiscuído em “apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos”. (Streck:2015e,20)

A influência estrangeira vem de fora para dentro, mais uma vez, na história jurídica do país e, como sempre, carente de melhor adequação à realidade nacional. A base para isso é demonstrada pelo caso julgado pela Corte de Nova Iorque, muito semelhante ao brasileiro, *Riggs vs. Palmer* (1889), do qual, Dworkin provocou a teoria dos princípios.

Tratou o caso do neto Elmer que assassinou seu avô por envenenamento porque era o principal beneficiário do testamento. Como o avô havia se casado novamente, Elmer temia perder a posição de majoritário na sucessão. Descoberto o crime, Elmer foi condenado a prisão. Entretanto, a dúvida ficou, justamente, para a possibilidade jurídica de Elmer receber a sua parte no patrimônio do avô. As duas legatárias residuais que receberiam o patrimônio caso Elmer falecesse primeiro que seu avô, buscaram o Poder Judiciário para dirimir a questão da indignidade e, como consequência, elas seriam as justas sucessoras. O advogado de Elmer, alegando lacuna na lei, pleiteou o recebimento do patrimônio. Todavia, em decorrência das razões de argumentação exaradas pela Corte o assassino não recebeu sua herança, sob a pecha de que a ninguém é concedido o direito de lucrar com sua própria fraude, em decorrência de seu próprio crime. (DWORKIN: 2014,37)

Nesse caso, os votos também foram divergentes. De um lado, a reafirmação positiva do Direito enquanto Lei e, por isso, Elmer deveria fazer *jus* ao benefício, tendo em vista a lacuna na lei que não poderia ser preenchida. De outro lado, o problema da interpretação do conceito de lei, que poderia representar um pedaço de papel com conteúdo semântico e votada pelo Legislativo; ou, poderia representar, além de palavras, algum sentido escrito no documento.

Um dos juízes, Gray, defendeu a ideia da literalidade afastando o contexto do uso ou das intenções do autor do documento, declarando apta a lei sucessória e portanto, Elmer deveria receber o patrimônio do avô, mesmo sendo seu assassino.

Já o juiz Earl, usando o discurso da argumentação, disse que era necessário considerar as intenções do legislador de modo a interpretar, além do texto semântico, o verdadeiro sentido da lei. Sobretudo, também deveria ser compreendido o sentido histórico no

momento de interpretação da lei e os princípios gerais de direito como fonte de justiça. Disse ele: “o direito respeita o princípio de que ninguém deve beneficiar-se de seu próprio erro” (DWORKIN: 1999,25). Desta maneira, a lei sucessória deveria ser interpretada no sentido de negar o direito à qualquer pessoa que atentasse contra a vida do testador, no caso, a Elmer.

Esse tipo de pragmatismo judicial encampado pela doutrina brasileira, a partir da filosofia da consciência aparece, segundo Streck, nas seguintes formas:

- a) interpretação como ato de vontade do juiz no adágio ‘sentença como *sentire*’;
- b) interpretação como fruto da subjetividade judicial;
- c) interpretação como produto da consciência do julgador;
- d) crença de que o juiz deve fazer a ‘ponderação de valores’ a partir de seus ‘valores’;
- e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador;
- f) crença de que ‘os casos difíceis se resolvem discricionariamente’;
- g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona(ria)m uma ‘abertura de sentido’ que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete. (2015f)

Heidegger diria que, nos dois casos, o problema nesse processo de conhecimento é que as teorias e argumentações lógicas alteraram a pureza do pensamento filosófico, contaminando o sistema e consolidando o julgamento de forma equivocada. (HEIDEGGER: 2009, §§ 12)

Não há como olvidar de que o sistema jurídico dos casos é diferente; o contexto histórico de afirmação social, política e jurídica foram construídos de forma diferente, o que reflete diretamente, no pensamento filosófico do intérprete/aplicador do Direito.

Entretanto, depreende-se que no Acórdão nosso, os princípios gerais de Direito foram invocados para o preenchimento de lacuna legal e, com isso, criar a hipótese de suporte fático estendida, como se depreende dos trechos pinçados:

No entanto, não vejo como se possa afastar **o princípio que regeu a edição dessa regra jurídica de elevado valor moral**; No momento em que o legislador revelou a repulsa em contemplar com direito sucessório quem atentar contra a vida do autor da herança, **a ponto de excluir o herdeiro da sucessão, nitidamente, rejeitou a possibilidade de que, quem assim age, ser beneficiado com seu ato.**

Não há por que, lá como aqui, deixar-se de divisar, **no caso concreto, a aplicação do princípio ético, do princípio do senso comum, do princípio da equidade, ancorado nos princípios gerais do Direito, já que a aplicação da analogia é dificultada, podendo-se utilizar os princípios do Direito e dos costumes.**

Então, é o sentido que adoto, aceitando **a tese sustentada da tribuna de que o meeiro não deixa de ser um legatário *ex legis*; portanto, aplicando-se também a indignidade no caso da sucessão legítima, pode-se construir uma nova hipótese de que ali se incluem também outras pessoas que, aproveitando-se diretamente do resultado do seu inexplicável gesto, venham a matar os autores da herança.**

Segundo Alexy, a decisão não seria constitucional porque o tal princípio geral de direito criado pela discricionariedade para ampliar o alcance o inciso I, do artigo 1595, da Legislação Ordinária feriu o princípio maior da legalidade e da separação dos poderes, portanto, a decisão seria considerada sem fundamentação, passível de nulidade, com base em outra regra constitucional, garantida no inciso, IX, do artigo 93.

Não se trata de uma fórmula vazia a depender da criatividade do aplicador. “Em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há (mais) espaço para que ‘a convicção pessoal do juiz’ seja o ‘critério’ para resolver as indeterminações da lei, enfim, ‘os casos difíceis’. Assim, uma crítica do direito *strictu sensu*, isto é, uma crítica que se mantenha nos aspectos semânticos da lei, pode vir a ser um retrocesso”. (STRECK: 2015g, 62-63)

Por fim, mas não exaurindo os jusfilósofos estrangeiros e a questiúncula controvertida, é oportuna a colação das ideias do jusfilósofo brasileiro Streck (2015h), acerca do aludido Acórdão. É ferrenho combatente do ativismo judicial nacional, pois entende que violenta a democracia, os processos legislativos democráticos e sobretudo, o ser - aí humano enquanto cheio de sentido e compreendido a partir do ser-aí-no-mundo. Sob seu crivo, certamente, haveria de ser decretada a nulidade da decisão por ser absolutamente inconstitucional por violação a estrita legalidade e, qualquer indigestão em *Terrae brasilis*, como diria ele, seria problema do Legislativo.

Sua interpretação do julgado passaria pela régua da hermenêutica filosófica do pós giro ontológico-linguístico e, levaria em conta o todo afetado pela respectiva decisão solipsista, pois, na visão do jurista “não é mais possível pensar que a realidade passa a ser uma construção de representações de um sujeito isolado (solipsista).

E continuaria explicando: “O giro ontológico-linguístico já nos mostrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo, o que implica dizer que, originariamente, já estamos ‘fora’ de nós mesmos nos relacionando com as coisas e com o mundo” (STRECK: 2015i, 66). Portanto, esse ambiente do qual o ser-aí do processo judicial é parte integrante conjuntamente com o ser-aí-com-o-outro está cheio de significados, os quais não estão à nossa disposição individual. Trata-se de um espaço compartilhado uns com os outros, do qual devemos prestar contas recíprocas.

Assim, depois de todo esse escólio de pensadores e de suas teorias, não resta outra compreensão jufilosófica, que não a de concluir que o Tribunal equivocou-se ao negar aplicação aos princípios constitucionais escritos nos art. 5º, *caput* e incisos I, II, VIII, XXII; que a autora deveria suportar o ônus contratual de liquidar os bens advindos do contrato de casamento, caso não protegidos anteriormente pela incomunicabilidade; que o réu deveria

cumprir sua pena corporal preso; que se a autora se sentisse lesada deveria procurar outra condição de procedibilidade para a recomposição de seus danos materiais e morais, tudo isso com fulcro nos princípios constitucionais incutidos no art. 5º, *caput* e incisos V, X, XXXV.

Tudo isso, previsto em Constituição Federal como garantia individual fundamental para o casal. E, assim como ela, tantos outros casos, até que o Legislativo fosse acionado para conformar nova regra a respeito, tendo em vista, assimilação social e democrática de comportamentos semelhantes e reprováveis pelo consciente coletivo.

O Direito, portanto, no plano de uma autônoma objetividade, descolado da filosofia da consciência marcada pela relação sujeito-objeto, passa a ser aplicado a partir da compreensão do caso concreto no mundo e, com isso, possível romper com a discricionariedade/arbitrariedade judicial que trabalha com razões teóricas, abstratas, pré-concebidas e, quando insuficientes, apelativas ao juízo de valor individual e pessoal do julgador, justamente, porque não entra em contato com a realidade do todo social, não compreendendo que uma decisão desse tipo aqui discutida pode influir e alterar o todo democrático.

Portanto, tratou-se de um não Direito, a questão!

3 CONCLUSÃO

Hoje, em dia, entrar com ações judiciais depende da sorte! - Verdade ou mentira? Muitas são as divergências entre os intérpretes/aplicadores de regras e princípios no país, especialmente, após a consolidação democrática e fundamental de 1988. A comunidade jurídica amalha crise com o modelo de regras do positivismo jurídico. Estamos em terreno social, político e jurídico instável e inseguro.

Há uma crise de fundamento, de estrutura jurídica do pensamento causada pelo próprio processo histórico-filosófico brasileiro que adotou o ecletismo como razão de pensar, como pilar fundante. - Mas, e agora, que temos uma Constituição Federal? É possível isso notar ao deparar-se com inúmeras decisões judiciais diferentes e divergentes acerca do mesmo objeto jurídico, as quais variam entre a legislação, o espírito do juiz e a Constituição Federal, mas, ninguém se entende e a sociedade fica refém!

Isso se explica pelo efeito colateral desse ecletismo histórico que, como um vício, como um vírus, como uma insegurança intelectual, como um problema de autoestima intelectual, faz com que a comunidade jurídica aplique ideologias políticas estrangeiras no cenário nacional e promova o encaixe a qualquer custo – o social! - olvidando-se do processo

histórico brasileiro que ainda caminha como uma sociedade infantilizada, como diria Ingeborg Maus (MAUS: 2000), carente de olhar para si mesma. A sociedade brasileira é um adolescente precoce por fora e imaturo por dentro.

Em decorrência disso, como um efeito em cadeia, o chão social experimenta a mesma sorte – ou azar! – ao distribuir uma ação judicial. Por isso, Streck tem razão (*sic*) ao pensar que só o giro ontológico-linguístico pode alavancar o plano de autonomia e objetividade do Direito no Brasil, por causa, exatamente, do modelo de regras voltar para si a partir do coletivo social interno, cuja racionalidade jurídica é capaz de promover parte da emancipação intelectual homogênea, como escrevi na premissa de abertura dessa pesquisa, na introdução: a ciência do Direito está para o Homem assim como o Homem está para a sociedade. Bastaria, contudo, acrescentar o adjunto adnominal na sociedade, a brasileira, para que o sentido lógico seja compatível com as premissas constitucionais.

Muito embora, as questões de justiça foram catalogadas em ambos os casos estudados, o do Tribunal do Rio Grande do Sul e o do Tribunal de Nova Iorque, no caso brasileiro, ao contrário da igualdade dos discursos de fundamentação ambos se socorrem do velho e obscuro brocardo da justiça, mas, no chão social, ficou o axioma da injustiça distributiva, justamente, porque a sociedade brasileira não está preparada para não ver aplicada a Lei, cuja pretensão democrática é a justiça social.

Portanto, depois de tudo isso, resta confirmada a hipótese de que o modelo de regras do positivismo jurídico, se bem compreendido de sentido e de significado, for aplicado com a racionalidade do giro ontológico-linguístico e a interpretação hermenêutica do Direito for coerente com os princípios democráticos, sem maquiagem, sem magia, sem sacrifício, pode cooperar com a autonomia do Direito e a retomada de um só sentido jurídico para o país.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Disponível em: <[http://www.reds.msh-paris.fr/heberges/gedim/Governar sem fronteiras.pdf](http://www.reds.msh-paris.fr/heberges/gedim/Governar_sem_fronteras.pdf)>. Acesso em: 27 jul. 2016.
- BEDIN, Gilmar Antônio; BARCELLOS, Mardjele da Silva; SCHUNEMANN, Cristiane. *A transformação da sociedade internacional clássica e a crescente jurisdicionalização do direito internacional*. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 8, n. 8, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Ícone. São Paulo: 2006.
- BULL, Hedley. *The anarchical society*. In: HELD, David (Org.). *Political theory today*. Stanford: Stanford University, 1991.
- BUSCH, Andreas. *Globalisation: Theoretical Issues and Measurement*. Paper, Conference on Globalisation, Welfare States and Labour Markets, Heidelberg, 1996.
- CHAUÍ, Marilena. *Conformismo e resistência*. Brasiliense. São Paulo: 1993.

- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Martins Fontes. São Paulo: 1999.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Martins Fontes. 3. ed. 3ª tiragem. 2014. São Paulo: 2010.
- ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao Positivismo Jurídico: princípios, regras e o conceito de Direito*. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre: 2001.
- FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil*. Guanabara. Rio de Janeiro:1987.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GOMES, Roberto. *Crítica da razão Tupiniquim*. 3. ed. Movimento/UFRGS. Porto Alegre: 1979.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 16. ed. Forense. Rio de Janeiro: 1994.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia, entre facticidade e validade II*. Ed. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1997.
- _____. *Direito e Democracia, entre facticidade e validade I*. ed. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 2012.
- HART. Herbert L. A. *O conceito de Direito*. WMF Martins Fontes. São Paulo: 2009.
- HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. Martins Fontes. São Paulo: 2009.
- HUNT, E. K. *História do Pensamento Econômico. Uma perspectiva crítica*. 2ª reimpressão. Campus. Rio de Janeiro, 2005.
- KELSEN, Hans. (1881-1973). *A Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Martins Fontes. São Paulo: 1998.
- _____. *O que é justiça?* 2. ed. Martins Fontes. São Paulo: 1998.
- _____. *A justiça e o direito natural*. 2. ed. Arménio Amado Editor, sucessor. Coimbra: 1979.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 2. ed. Vozes. Petrópolis, RJ: 2010.
- MACRIDIS, Roy. *Ideologias Políticas Contemporâneas*. UnB. Brasília: 1982.
- MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. In *Novos Estudos*. nº 58. Nov. 2000. São Paulo: Cebrap, p. 183-202.
- MÜLLER, Friedrich. *A Teoria Estruturante do Direito I*. 3. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Max Limonad. São Paulo: 2007.
- PRADO Jr. Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. Publifolha. São Paulo:2000.
- RATTNER, Henrique. *Sustentabilidade-uma visão humanista*. *Ambiente & sociedade*, n. 5, 1999.
- STEIN, Ernildo. *A superação da metafísica e o fim das verdades eternas: uma entrevista especial com o filósofo Ernildo Stein*. *Revista IHU-Online. Cadernos IHU em Formação*. 14/06/2006. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-anteriores/3172-a-superacao-da-metafisica-e-o-fim-das-verdades-eternas-uma-entrevista-especial-com-o-filosofo-ernildo-stein>. Acessado em 30/07/2016.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Saraiva. São Paulo: 2011.
- _____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2015.
- TOURAINÉ, Allain. *Folha de São Paulo*. Caderno Mais. São Paulo: 1995.
- VITA, Luiz Washington. *Panorama da Filosofia no Brasil*. Globo. Porto Alegre: 1969.
- WALUCHOW, Wilfrid. *Constitutional rights and the possibility of detached constrictive interpretation*. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 9, enero-diciembre, 2015, pp. 23-52. Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México.
- WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Paz e Terra. Rio de Janeiro: 1980.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. Forense. Rio de Janeiro:2005.