XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

JEAN CARLOS DIAS

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

JEFERSON DYTZ MARIN

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quaisforem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Jean Carlos Dias; José Alcebiades de Oliveira Junior; Jeferson Dytz Marin. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

UNISINOS

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Integram este livro os artigos apresentados no Grupo de Trabalho Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I do XXVII Congresso do CONPEDI, que se realizou de 14 a 16 do mês de novembro de 2018, na UNISINOS, cidade de Porto Alegre – Estado do Rio Grande do Sul.

Os trabalhos apresentados enquadram-se, portanto, na pesquisa a respeito das Teorias Justiça, da Decisão e Argumentação Jurídica, e são representativos da produção acadêmica nacional, visto que seus autores estão ou foram vinculados à Programas de Pós-graduação em Direito sediados em várias regiões do Brasil.

Os textos agora reunidos, em torno de 12 escritos, são bastante ricos pois abrangem diversas estratégias teóricas de abordagem, ancoradas em autores relevantes no cenário contemporâneo, nacional e internacional, apontando para a relevância dos temas e sua atualidade.

Nesse sentido, teceremos breves comentários sobre aqueles que foram realmente apresentados no dia 15, neste GT e nesse grande XXVII Conpedi. Em primeiro lugar, Lorraine Queiroz e Paulo Ricardo Braga Maciel, em seu texto "O incidente de resolução de demandas repetitivas e a construção participada do mérito dos precedentes", analisam, com base no pensamento de Habermas, as possíveis limitações democráticas do procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, tal como previsto no atual Código de Processo Civil. Em segundo lugar, o texto intitulado "O Sentido dos Direitos Fundamentais", escrito por Marcelo Cacinotti Costa e Vinicius de Melo Lima, abordou o conceito de direitos fundamentais em Jorge Miranda, tecendo dura crítica à modulação dos efeitos temporais da decisão, prerrogativa concedida ao STF, que se entende arbitrária. Logo a seguir, em um terceiro momento, tivemos a apresentação do trabalho "Desenvolvimento sustentável e liberalismo de John Rawls", escrito por Amanda de Souza Gonçalves e Versalhes Nunes Ferreira, e que em síntese tratou-se de uma instigante tentativa de aproximar a equidade rawlsiana para o embasamento de um tema tão caro a todos nos tempos atuais, a sustentabilidade. Na sequência, em quarto lugar, foi apresentado o tema da "Derrotabilidade das regras jurídicas", por Gisele Santos Cabral, e que investigou, a partir do pensamento de Herbert Hart, a hipótese de que as normas jurídicas possam ter a capacidade

de acomodar exceções de incidência, isto é, possam ser derrotáveis. Em quinto lugar, assistimos "O Processo Judicial como discurso Jurídico", apresentado por Paula Ferla Lopes, e que tratou das relações entre o Discurso Jurídico e o processo judicial, buscando suas aproximações e identificações. O tema do "Direito Social a moradia e a efetividade das políticas públicas", veio a seguir, em sexto lugar, escrito por Lais Rizardi e Ednilson Donisete Machado e nos trouxe a sempre atual discussão sobre as prestações positivas dos Estados Sociais em nossas realidades tão desiguais. Em sétimo lugar, Rafaela Brandão de Sá e Ana Cláudia de Pinho Godinho examinaram a configuração dos Estados Latino-Americanos como plurinacionais sob o enfoque das concepções de justiça encampadas por Nancy Fraser, em especial, quanto às exigências de representação e seus desdobramentos no pensamento da autora, no texto "Justiça Social e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano: diálogo entre a concepção de Justiça Social em Nancy Fraser e as bases do Estado plurinacional". Em sequência, já na oitava apresentação, tivemos "O Juspositivismo e a atividade jurisdicional na atualidade", de Ricardo Pinha Alonso e Fernanda Mendes Sales Alves, e que por sua vez repôs a grave problemática da atividade jurisdicional no mundo complexo de hoje, realizando críticas as várias escolas que tratam do tema, sobretudo quanto aos seus intérpretes e aplicadores. Como nono trabalho assistimos "Crise da Legalidade e concretização da Justiça na Realidade brasileira", de Andreia Azevedo de Lima Wada e Francisco Cardozo Oliveira, texto que enfrentou a crise da legalidade, sob a perspectiva de Ludwig Wittgenstein, tendo como teórico o autor de Tractatus Logico-Philosophicus, de 1922, que exerceu profunda influência no desenvolvimento do positivismo lógico. Mais tarde, as ideias por ele formuladas a partir de 1930 e difundidas em Cambridge e Oxford também impulsionaram um outro movimento filosófico, base do artigo, a denominada "filosofia da linguagem comum" ou "ordinária". Como décimo trabalho, presenciamos "A análise do Efetivo Exercício da Jurisdição no Estado democrático a partir da fundamentação dos votos proferidos pelo STF na decisão ADI 5501 MC/DF", de Jéssica Duque Cambuy, que examinou a ADI 5501 sob a perspectiva da crise jurisdicional e da constatação da insuficiência de instrumentos que assegurem uma jurisdição democrática. "Constituição, Epistemologia e Decisão Judicial: a necessidade de construção de um modelo normativo de fundamentação do juízo de fato", nos chegou por obra de Angélica Mota Cabral e Gabriela Pimentel Pessoa como décimo primeiro tema, e que cuidou da decisão judicial, construindo uma análise epistemológica, com aferição, ao final, da necessidade de uma mudança paradigmática. Por fim, como décima segunda e última apresentação dos autores presentes, retornamos ao tema da derrotabilidade, sobre o qual o prof. Anizio Pires Gavião Filho e Alexandre Prevedello no texto "Derrotabilidade normativa", refletiram a respeito do alcance das exceções de incidência normativa e sua possível aplicação ao campo dos princípios jurídicos.

De modo que, como se vê, a diversidade, sem fuga do tema geral proposto por este GT acerca das Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I, foi, assim, um dos pontos altos dos debates ensejados pelas apresentações dos temas, demonstrando, pois, a qualidade da pesquisa nacional aqui representada, o que, indiscutivelmente, nos leva a recomendar a todos os interessados na área, a leitura deste livro.

Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Centro Universitário do Pará - CESUPA

Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin - Universidade de Caxias do Sul - UCS

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS e Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI de Santo Ângelo

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O JUSPOSITIVISMO E A ATIVIDADE JURISDICIONAL NA ATUALIDADE

JUSPOSITIVISM AND JURISDICTIONAL ACTIVITY IN CURRENT

Ricardo Pinha Alonso [1]
Fernanda Mendes Sales Alves [2]

Resumo

O artigo propõe reflexão crítica sobre a atividade jurisdicional na atualidade, especialmente sob a lente do juspositivismo, com o objetivo de analisar a atuação do juiz como intérprete /aplicador do direito e o risco da ação modificadora da norma como principal canal de produção normativa. A omissão do legislador tem elevado o protagonismo do Poder Judiciário e contribuído para inversão da competência legislativa e a concentração do poder nas decisões judiciais. O problema está nos possíveis excessos no exercício da função jurisdicional quando transbordante dos marcos constitucionais. O método de pesquisa é o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Atividade jurisdicional, Direito natural, Direito positivo, Poder judiciário, Poder legislativo

Abstract/Resumen/Résumé

The article proposes a critical reflection on the current jurisdictional activity, especially under the lens of juspositivism, with the objective of analyzing the judge 's performance as an interpreter / applicator of the law and the risk of the modifying action of the norm as the main normative production channel. The omission of the legislator has raised the leading role of the Judiciary and contributed to the reversal of legislative competence and the concentration of power in judicial decisions. The problem lies in the excesses in the exercise of the jurisdictional function. The research method is hypothetico-deductive.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jurisdictional activity, Natural law, Positive right, Judicial power, Legislative power

---

[1] Mestre e Doutor em Direito Constitucional. Professor Universitário no Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM e nas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO, Procuador do Estado de São Paulo.

[2] Mestranda em Direito na área de concentração Teoria do Estado e do Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP Advogada.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz a reflexão sobre a atividade jurisdicional do intérprete/aplicador da norma e sua ação modificadora da norma posta. Assim, o objeto da presente pesquisa é o estudo da atividade jurisdicional do Estado e a interferência do operador da norma na jurisdição constitucional sob a ótica das principais teorias da ciência do direito, especialmente do juspositivismo jurídico, escola na qual se assentaram as bases teóricas e jusfilosóficas do Direito, provocando os principais debates relacionados à natureza do Direito e a função jurisdicional do Estado como ação modificadora da norma instituída.

O problema está no protagonismo do Judiciário com sua função interpretativa e aplicativa do direito no exercício de sua função juridiscional, a inovar suas decisões transformando-o em verdadeiro legislador e a atividade jurisdiconal com enfoque na separação dos poderes e no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, como comando normativo a equlilibrar e harmonizar os "Três Poderes", o qual não tem dado resposta aos problemas de relacionamento entre eles.

A hipótese a ser destacada no positivismo jurídico não responde – isoladamente – às exigências exegéticas atuais, sendo preciso reconhecer que o jusnaturalismo como teoria afastada de um regramento posto sob pena de decisões arbitrárias e fundamentadas no subjetivismo e manipulação das decisões; é preciso uma norma geral anterior que a enquadre, para garantia da segurança jurídica e previbilidade das decisões judiciais.

Nesse sentido, o objetivo do trabalho é trazer ao debate jurídico-político e analisar a interferência do Poder Judiciário na competência reservada Poder Legislativo e sobre as diversas teorias do direito buscar um caminho de equilbrio entre estes poderes. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo com abordagem qualitativa e objetivos exploratórios.

1 A ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO

Não é novidade que a teoria tripartite da separação dos poderes inspirou o constituinte brasileiro na elaboração da carta constitucional de 1988. Essa afirmação é facilmente verificável na prescrição do artigo 2º da Constituição Federal, quando estabelece os fundamentos norteadores dos Poderes da União, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, como órgãos independentes e harmônicos entre si. Todavia, registre-se, que referido dispositivo não tem sido objeto de especulação por parte da doutrina brasileira, quando não responde aos problemas de relacionamentos entre os "Três Poderes" da União, que não são poucos nos dias atuais. Razão pela qual não é possível iniciar uma abordagem da separação

dos poderes ou das funções estatais - sem antes, contudo, refletir, mais profundamente, sobre algumas bases teóricas da "tripartição dos Poderes",[1] que, apesar das adaptações decorrentes de cada realidade social, ainda servem para delimitar minimamente o objeto de estudo.

O filósofo Montesquieu (século XVII), um dos precursores da teoria política ocidental e da teoria da tripartição dos poderes lembrado pela clássica obra "*O Espírito das Leis",* de 1748, bem como pelo "sistema de freios e contrapesos", refletiu a separação dos poderes estabelecendo que ela realiza-se por meio da separação de funções, a legislativa, a executiva e a jurisdicional, sempre com a preocupação de que entre as funções, exercidas por órgãos distintos, estarão localizadas as de fiscalização e controle mútuo. A preocupação fica evidenciada pelo pensador iluminista, no capítulo IV, do Livro XI, de sua mais conhecida obra, quando ele afirma que, mesmo os mais virtuosos governantes têm necessidade de limites e, nesse contexto de limitação do poder para garantir a liberdade das pessoas é que sugere que o poder seja um obstáculo ao próprio poder.

Note-se, portanto, que o valor determinante da teoria desenvolvida por Montesquieu foi o valor da liberdade, embora tenha reconhecido o autor que não existe palavra com significados mais variados.

Outro pensador iluminista que também refletiu a necessidade de controle dos poderes governamentais e demonstrou preocupação com a garantia de liberdade dos indivíduos e contenção do poder foi John Locke (1632-1704) no Segundo Tratado sobre o Governo e defendendo como necessária a separação entre Legislativo e Executivo identificou a partir do seu pensamento político liberal coerência com o ideário antiabsolutista presente na Inglaterra no século XVII. Para ele, o equilíbrio entre os poderes/funções do Estado é uma necessidade vital ao próprio Estado e a sociedade.

A identificação e a referência à função do Judiciário em Montesquieu, inexistente na obra de Locke, não chega nem próximo da ideia ampla de interpretação que se tem hoje no exercício da jurisdição. Ao contrário, para o pensador francês "os juízes de uma nação não são mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor". (MONSTESQUIEU, 1982, p.214).

A atividade jurisdicional é caracterizada pela função de aplicar a lei para solução de litígios, sendo inegável que implicará, necessariamente, no contato subjetivo daquele que julga com os fatos concretamente ocorridos e levados à apreciação judicial. E, por mais

[1] As primeiras bases teóricas da tripartição dos Poderes surgiram na antiguidade grega na Política de Aristóteles, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, a função de editar normas gerais observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais.

simples que seja a tarefa, cuja solução pode decorrer de uma mera verificação de subsunção, isso, por si só, já revelará a função interpretativa. Entretanto, a função jurisdicional pode ocorrer, e a própria evolução da hermenêutica comprova isso, sob comandos mais ou menos elásticos.

O modelo liberal de Estado instituído pela Revolução Francesa implicou na legalização da justiça, subordinada aos preceitos legais fixados pelo legislador. O Poder Legislativo é o protagonista das decisões, restando ao Executivo e ao Judiciário, o cumprimento literal do comando legal, como se fosse possível mecanizar o exercício da jurisdição e assegurar a conduta do juiz em absoluta conformidade com a lei.

O dogma que está a embasar esse sistema voltado a fechar o âmbito de liberdade do juiz no cárcere da lei é o de que não há direito ao largo da lei.

Todavia, tal modelo não resistiria ao surgimento do Estado social, com significativo aumento das funções estatais, nem à dinâmica social da sociedade de massa, com relações sociais multifacetárias que, se não impõe a inércia ao legislador, certamente provoca a demora na resposta legislativa. Essa mesma dinâmica das relações sociais provoca o envelhecimento precoce das leis produzidas, obrigando o legislador a utilizar conceitos elásticos, flexíveis ou principiológicos. Tudo a exigir novas formas exegéticas. O juiz, para enfrentar essa nova feição do direito, deve dispor de um poder de criação no exercício de sua função jurisdicional. A interação com fatos, a análise da conjuntura em que ocorreram e a aplicação do molde normativo para solução do problema são tarefas que exigem efetivo relacionamento do juiz com fatos, textos, valores, pessoas e com sua própria experiência.

Não se desconsidera, entretanto, que o direito deve implicar em segurança jurídica, em previsibilidade das decisões e, para tanto, a vinculação do juiz à norma regularmente editada é importante elemento. A decisão judicial, em princípio, resulta da letra da lei. Se esta não for suficientemente clara, cabe ao juiz, na decisão, completar a lei, “imaginando, para tanto, a solução que o legislador teria, provavelmente, adoptado, caso tivesse considerado a questão em causa”. (HASSEMER; KAUFMAN, 2002, p. 284).

Portanto, ao interpretar o texto com conteúdo normativo para aplicá-lo a determinados fatos estará o juiz atuando com criatividade e originalidade. Assim, por mais que o legislador tenha tentado, no texto, alcançar todas as possibilidades fáticas, alguma variação ocorrerá na situação levada ao Judiciário, alguma nova faceta estará presente a exigir do juiz um maior esforço interpretativo, que, naturalmente, com maior ou menor discricionariedade, sempre agirá no exercício da judicatura. Todavia, também é certo que o mesmo juiz não é absolutamente livre e a sua atuação não pode colocá-lo no campo da

arbitrariedade, como afirmou Cappelletti (1984), “o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos”.

Eros Grau (2009, p. 57), negando a discricionariedade judicial, registrou.

> Insisto nisso: o que se tem denominado de *discricionariedade judicial* é o poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico empreende atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos. (GRAU, 2009, p. 57).

É certo que os vínculos que amarram e condicionam a atividade jurisdicional estarão compreendidos no conjunto de normas postas e vigentes em determinada sociedade, especialmente nos Estados Democráticos, os quais legitimam as decisões políticas pela proximidade da sociedade com aqueles que são chamados à função legislativa.

Desse modo, a maior dificuldade não está localizada na identificação da jurisdição criativa. O grande problema que vem chamando a atenção dos estudiosos é estabelecer, com certa margem de segurança, os limites dessa criatividade e a sua inserção no âmbito da enunciação do direito novo. Mas, o que se deve entender por novo direito? Para DWORKIN (1999) o “novo direito” nada mais é do que o próprio direito e, mesmo admitindo a superação da lei, o que muitas vezes ocorre efetivamente, entende que a solução deverá ser encontrada dentro do quadro e princípios presentes no próprio ordenamento jurídico.

E, se no direito em geral, como conjunto de normas a questão já é importante, no âmbito dos direitos fundamentais positivos ou prestacionais, o estudo é ainda mais necessário, na medida em que normas constitucionais com pouca densidade normativa acabam sendo invocadas por juízes para aplicação de um direito com contornos não positivados e criados pelo próprio juiz, no momento da decisão judicial.

A atividade jurisdicional do Estado aperfeiçoou-se. Tornou-se mais complexa. Não basta, para que seja realizada, a aplicação da lei pelo método da subsunção. O juiz, no momento em que constrói a decisão judicial, excede os limites da atividade de interpretação silogística ao editar uma norma a ser aplicada ao caso concreto. Construir a decisão é criar a norma jurídica, encontrar e descrever o conteúdo da regra positivada, mesmo quando esse conteúdo não esteja expressamente previsto.

Não convence, e não é de hoje, a ideia de que o juiz é mero interlocutor a aproximar o fato conhecido da previsão legal. Não se trata de encontrar, na previsão hipotética legal,

aquela que se aplica, com todos os contornos, ao fato litigioso levado à solução judicial. O Judiciário diante de algumas situações de lacunas ou omissões inconstitucionais deixadas pelo legislador assume, com maior visibilidade, a atividade de produção normativa. Aqui há algo de função legislativa na atividade jurisdicional, pois, não há dúvida de que esta última é complementar à primeira.

Essa complexidade que cerca a atividade jurisdicional, quando bem identificada e reconhecida assume, a cada dia, maior importância nas sociedades modernas; pois, no momento da aplicação do direito o juiz também produz o direito. A jurisdição exercida por todos os órgãos do judiciário caminha e, em alguns casos, até invade competências antes atribuídas ao Poder Legislativo, que se diga, não apenas pela omissão deste último, mas por atribuição própria do Poder Judiciário. Assim, a separação entre os Poderes, prevista no texto constitucional, não tem, atualmente, a feição de outrora.

2 POSITIVISMO JURÍDICO

Toda tentativa de compreender a função jurisdicional como ação modificadora da norma posta, passa necessariamente, pelas principais teorias da ciência do direito, especialmente pelo juspositivismos e/ou pelo jusnaturalismo. A noção de que o direito positivo tudo pode resolver como teoria da ciência do direito para a compreensão de um sistema normativo é objeto de questionamentos.

A regra jurídica, quando positivada, é marcada pelas características da abstração e da generalidade, com isso, fixam, de maneira geral, as premissas que estarão aptas a incidir sobre os fatos sociais. Todavia, a antecipação formal do molde legislativo, nem sempre se verifica, no mundo fenomênico, quando da ocorrência dos fatos. Vale dizer, não é incomum a falta de perfeita e minuciosa adequação entre os fatos e a forma legislativa; pois, a sociedade é dinâmica e as relações sociais evoluem e ganham em complexidade contornos que não puderam, ao tempo da produção normativa, serem previstos.

A realidade social não é exatamente espelhada no texto normativo. A positivação do direito não é, isoladamente, suficiente para garantir a aplicação da norma, situação que exige do julgador - intérprete e aplicador do direito -, mais do que uma decisão mecânica e automática, uma vez que a falta de perfeita adequação do fato à norma jurídica positivada exige solução construtiva. Note-se, portanto, que a jurisdição, não é função simples. Quando desenvolvida no sentido de aplicar e interpretar normas constitucionais, ela assume um papel relevantíssimo, no sistema jurídico com o efeito generalizado de suas decisões.

A função jurisdicional seja pela importância da atividade, seja pelo impacto que provoca na sociedade, não pode ser desenvolvida senão a partir de referenciais positivados no texto constitucional. Certo é que o direito positivo sofre crítica. A positivação dos direitos sociais e dos princípios de pouca densidade normativa consagrados pelo Estado Social nas Constituições democráticas podem abrir caminhos para questionamentos. Se princípios são comandos carregados de teor axiológico e podem ser aplicados direta e imediatamente pelo aplicador da, surgirá à possibilidade de a decisão judicial buscar fundamentação em valores não expressos no texto normativo. Isso não significa, necessariamente, a consagração do direito natural como suporte de validade do sistema jurídico; pois, a referência ao texto normativo, inclusive à Constituição, continua sendo imprescindível para a construção e desenvolvimento de um ordenamento jurídico racional, seguro e pacificador das relações sociais.

Neste sentido, ainda que se reconheça, por um lado, que o positivismo jurídico não responde, isoladamente, às exigências exegéticas atuais, por outro, é preciso reconhecer que o jusnaturalismo também está longe de passar a salvo de críticas fundamentadas. Isto porque os fundamentos de qualquer decisão devem estar ligados aos parâmetros existentes, aceitos, reconhecidos e enunciados por atos de vontade (KELSEN, 200, p. 86). Não há outra maneira de afastar a arbitrariedade, o subjetivismo e a manipulação das decisões que não passam pela exigência do enquadramento da situação de fato a uma norma geral pré-existente, no mínimo necessário para a garantia de segurança jurídica e da previsibilidade, ainda que relativa, das decisões judiciais.

Dimitri Dimoulis (2006, p. 82), afirma que não é possível concluir pela superação do positivismo jurídico, pois:

> O êxito teórico da abordagem positivista *lato sensu* é ignorado pela maioria dos autores nacionais que insistem em indicar os "fracassos" do positivismo jurídico, sem levar em consideração que quase todos os estudiosos modernos admitem a positividade do direito e sua mutabilidade no tempo, de acordo com decisões dos detentores do poder, rejeitando a possibilidade de um direito paralelo, independentemente da vontade política dos legisladores humanos. (DIMOULIS 2006, p. 82).

Pelo visto, a ideia de superação do clássico positivismo jurídico com a possibilidade do juiz inovar a ordem jurídica, criando ele próprio a norma ainda não produzida pelo legislador, provoca fundadas resistências e abre espaço para algumas reflexões, sejam relacionadas à separação das funções estatais que foram atribuídas a órgãos distintos, seja pela

eventual usurpação pelo Judiciário, da atividade legislativa atribuída ao parlamento, seja ainda quanto à carência de legitimação democrática do Judiciário para decidir como se legislador fosse.

Neste aspecto, as teorias nas quais sempre se assentaram os principais debates sobre a natureza do próprio Direito enquanto objeto de uma análise científica critica são, também, objeto de novas discussões.

3 O FUNDAMENTO DE VALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

Ressalta-se que as reflexões referidas acima são necessárias como necessária é a identificação do fundamento de validade do sistema normativo. Assim, se a vontade do legislador é necessária, decisiva e preponderante, o juiz, na função jurisdicional, assume o papel secundário de intérprete e aplicador. Nesse caso, a função jurisdicional está relacionada à hermenêutica e dos métodos existentes para interpretação da norma. Se, entretanto, a lei, desde que produzida, tem existência própria e autônoma em relação ao legislador, abre-se, nesse aspecto, espaço para atuação jurisdicional criativa. Vale dizer, se o juiz pronuncia a vontade da lei, agirá também como legislador. (ENGISH, 1983).

Tal situação alcança o centro da temática abordada e relativa à legitimidade da função jurisdicional, especialmente quando ultrapassa o âmbito da mera interpretação e aplicação do direito para alcançar a esfera de verdadeira criação do direito.

A questão torna-se mais relevante quando o estudo se volta à análise da função jurisdicional constitucional que, no sistema jurídico brasileiro foi atribuída a todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário, no conhecido controle difuso, bem como ao Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado, pois; na medida em que a atividade é exercida e marcada por decisões caracterizadas pela definitividade, aproxima-se de uma típica função política, embora exercida pelo Poder Judiciário.

Não é tarefa fácil distinguir uma decisão de inconstitucionalidade de uma decisão política, a qual deve estar reservada ao parlamento, onde têm assento os representantes do povo e agem legitimados pela manifestação de vontade pela maioria. A jurisdição constitucional deve ser pautada e regrada de sorte a evitar invasão de espaço reservado, pela Constituição, a outros agentes. Os problemas políticos não têm a mesma conotação das questões jurídicas e não estão, necessariamente, relacionados à aferição de constitucionalidade e/ou inconstitucionalidade das leis e de interpretação constitucional.

É preciso evitar que a função legislativa negativa, normalmente utilizada na jurisdição constitucional, ao negar validade à lei inconstitucional, dê lugar à indevida usurpação da função legislativa positiva. Os julgadores, a despeito de exercitar a função própria da jurisdição constitucional, quando decidem por uma determinada interpretação, supostamente conforme a Constituição dificulta outra possibilidade interpretativa e colocando-se na condição de legislador ordinário força uma interpretação discutível, manipulada e destituída de argumento sério e plausível.

Uma decisão judicial com cunho político é marcada pelo nível maior de discricionariedade cujo âmbito de atuação tem pautas mais elásticas, o pano de fundo é permeável e os limites para tomada de decisão ocupam parâmetros expandidos. Isso, contudo, não implica na negação da margem de liberdade na construção da decisão judicial, que existe, mas em gradação menor daquela atribuída ao legislador. Sendo, assim, a jurisdição exige esforço interpretativo e, interpretar, é escolher, entre os moldes normativos presentes no ordenamento jurídico, aquele que deve ser aplicado para solução do caso concreto.

Kelsen (2000, p. 368) asseverou que a liberdade do legislador e do juiz é mais uma "diferença quantitativa e não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a do juiz", uma vez que legislador tem mais liberdade criadora do Direito.

Registre-se, contudo, que há decisões judiciais que ultrapassam o marco da interpretação do direito e invadem área reservada à atuação política do Estado. São verdadeiros "ativismos judiciais", que vem chamando a atenção da doutrina que aponta para o desvirtuamento da atividade jurisdicional, conceituado por Elival da Silva Ramos (2010, p. 138) como um "desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional".

4 A DECISÃO JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO

A decisão judicial é fonte do direito, mas não é elemento isolado. Não se legitima apenas pela origem e se justifica sempre que demonstrada sua correção pela aderência que guarda com os valores normativos expressos e/ou implícitos, mas sempre verificáveis. Assim, se construída pelo método da subsunção à lei ela garante a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões. Todavia, não é possível afastar do juiz margem de liberdade para encontrar a solução mais adequada sempre que o caso concreto não se amoldar a norma jurídica produzida pelos agentes políticos.

No exercício da jurisdição constitucional, o juiz, como interprete do texto constitucional, marcado pelas decisões políticas e fundamentais da sociedade, deve respeito aos mesmos fundamentos constitucionais. Aqui não é lançada crítica à jurisdição criativa. O risco decorre, entretanto, de decisões arbitrarias que podem ocorrer do subjetivismo do julgador; pois, se é necessário reconhecer a liberdade do juiz para julgar, também é necessário para evitar a insegurança jurídica, que suas decisões sejam sustentadas por argumentos lógicos e minimamente condicionadas pelo sistema normativo.

Se, por um lado, admite-se o exercício da função jurisdicional complementar da ordem jurídica, presente no cotidiano da atividade dos juízes é imprescindível, também, que haja um esforço para delimitar esse espaço, com o desenvolvimento de instrumentos metodológicos que permitam o racional controle da adequação das decisões judiciais.

O poder estatal seja ele qual for exige controle e limites encontrados no próprio sistema normativo. Disso decorre que a liberdade do julgador não é justificada para atribui-lo poder ilimitado na sua atuação. Como afirma Dworkin (2002, p. 128), "o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente", pois, os casos difíceis são aqueles em que nenhuma regra regula.

A função jurisdicional deve pautar-se e conforma-se aos limites naturais decorrentes do próprio regime democrático, que sem retirar-lhe a liberdade de decidir e de escolher, entre as alternativas normativas existentes demonstra com elementos argumentativos, aquele que mais se enquadra no contexto fático a ser resolvido. A responsabilidade e a seriedade da função do julgador são inegáveis e os argumentos, vinculados ao conjunto normativo produzido pelo Estado, são imprescindíveis.

O legislador tem a função de produção das leis e a intenção de efetivar as normas democráticas. Os parâmetros criados e objetivados pelo legislador em decisão respaldada pela legitimação democrática são necessários, porque a concretização da norma pela decisão judicial é a atividade jurisdicional esperada. Ao lado da Constituição e das demais fontes formais do direito, a lei ainda ocupa posição de proeminência e sem desmerecer a decisão judicial, como já afirmado, última fronteira do direito a ser ultrapassada para que a norma, enfim, alcance o fato para conformá-lo aos comandos normativos.

O texto normativo é ponto de partida. A norma decorre do texto, mas com ele não se confunde. É mais do que prescrição normativa. É o primeiro instrumento de aproximação do intérprete da norma que precisa ser aplicada e compreendida, mas não é a norma. A norma jurídica, então, será o resultado da compreensão da prescrição normativa contrastada com

fatos para os quais se destina e poderá ser compreendida como o resultado da interferência do interprete e aplicador.

Na lição de Eros Grau (2009, p. 78), a concretização da norma "envolve também análise do âmbito da norma, entendido como tal o aspecto da realidade a que respeita o texto. A norma é produzida no curso do processo de concretização", não a partir exclusivamente dos elementos do texto, mas também dos dados da realidade à qual ela – a norma – deve ser aplicada.

Para Hart (2000, p. 133), "a 'abertura' dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça a serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará sempre, permanentemente por eles atados, retido", essa retenção rompida pelo "intérprete autentico resultará a subversão do texto". Ou seja, nem mesmo a abertura dos textos permeados de valores e princípios deve permitir ao intérprete decisões livres, uma vez que não há liberdade na produção normativa pelo juiz.

O direito ultrapassa os limites da regra escrita pressuposta e o seu alcance pelos valores transcendem ao próprio ordenamento jurídico objetivado. É inegável que limites hermenêuticos e argumentativos estarão à frente do intérprete, impedindo-o que atue absolutamente livre e desvinculado de quaisquer condicionamentos, exigindo-se que demonstre de forma clara, a presença dos valores invocados na ordem jurídica.

5 DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL

Bobbio (1999, p. 22-23), tratando das distinções entre o Direito Natural e o Direito Positivo perpassou pelo pensamento clássico, medieval e dos jusnatualistas dos séculos XVII e XVIII. O Direito Natural emana da própria natureza racional da espécie, é universal e imutável. Já o Direito Positivo, válido, por convenção, é mutável e decorre da vontade do poder estatal. O Direito Natural é conhecido pela razão humana, enquanto o Direito Positivo chega a seus destinatários por meio de uma declaração de vontade externa.

Nesse viés, o objeto dos direitos também é distinto. O Direito Natural regula comportamentos bons ou maus por si mesmos e os comportamentos humanos aos quais se destinam as regras positivadas são indiferentes, dependendo, para sua configuração, da qualificação dada pelo Direito Positivo. Finalmente, ele faz referência ao critério de valorização das ações: "o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil". (BOBBIO, 1999, p. 23).

Com o surgimento da sociedade moderna o Estado assume e monopoliza a produção do direito e o reconhecimento da validade do direito consuetudinário, assim, ainda que seja possível vislumbrar a confluência das duas teorias no ordenamento, o direito positivo acaba por excluir, por assim dizer, o direito natural como categoria de direito, sendo pertinente valer-se de uma formulação sintética utilizada por Bobbio (1999, p. 26), para exprimir o sentido que alcançou a expressão positivismo jurídica, como "aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo".

O positivismo jurídico como uma teoria do direito que se desenvolve com muitas variantes, não obstante sujeitar-se a críticas, apresenta-se como teoria viável a possibilitar o conhecimento do direito como objeto destacado do agente cognocente, no sentido de que "a validade das normas jurídicas e sua interpretação independe de mandamentos e valores de origem moral e política. Assim, admitindo-se, a tese da necessária separação entre direito e moral, como entre direito e política" Dimoulis (2006, p. 276), esclarece que apesar disso, "não impede a avaliação moral, nem a crítica política, nem a pesquisa sociológica das possíveis causas e dos múltiplos efeitos dos sistemas jurídicos". (DIMOULIS, 2006, p. 273). Portanto, o positivismo jurídico não transforma o juiz em mero aplicador do direito a realizar apenas o silogismo interpretativo para subsumir os fatos às normas.

Desse modo, é impossível desconsiderar a importância da teoria do juspositivismo, valendo menção à referência feita por Elival da Silva Ramos:

> Assim, desde que se possam completar as lacunas teoréticas do positivismo, nesse campo, sem comprometer a sua identidade enquanto proposta de compreensão do direito estará assegurada a validação do positivismo jurídico, em sentido estrito, enquanto modelo dogmático, pouco importando a constatação de que um número crescente de autores, mormente no âmbito do Direito Constitucional, se diz antipositivista ou pós-positivista. (RAMOS, 2010, p. 59).

Assim, se o direito positivo como realidade pura, não é capaz de garantir total segurança jurídica, mesmo considerando que a previsibilidade das decisões não é objetivo da teoria (DIMOULIS, 2006, p. 82), é sem dúvida, necessário para garantir uma sensação de estabilidade.

Por outro lado, tem-se a convicção de que a norma positivada sofre no momento de sua criação e depois na sua aplicação, direta interferência de princípios referenciais e axiológicos compartilhados pela sociedade, os quais nem sempre são captados de modo preciso pelo legislador. Esses princípios, ainda quando não sejam bem identificados pela

linguagem legislativa estarão presentes no sistema jurídico e contribuirão, sobremaneira, à aplicação do direito, de sorte que não se constituem elementos externos, mas intrínsecos, cujo reconhecimento decorre muito mais da presença desses valores no sistema normativo do que no subjetivismo da decisão judicial.

Se o direito positivado e objetivado no ordenamento jurídico não é suficiente para solucionar as questões levadas à função jurisdicional, não implica dizer que as decisões devem valer-se de inspirações principiológicas isoladas e que os valores utilizados pelo juiz para decidir escapariam ao direito positivo. Também não implicaria na aceitação da existência de direitos naturais como teoria do direito a justificar e explicar o surgimento, conhecimento e aplicação das normas jurídicas. Em verdade, são referências que encontram justificativa no próprio direito positivo e na sua textura aberta como referido por Hart:

> Em todos os sistemas jurídicos, um espaço amplo e importante é deixado aberto à discricionariedade dos tribunais e de outras autoridades para concretizar cláusulas inicialmente vagas, pra responder a incertezas em relação às normas ou para desenvolver e especificar normas que se encontram, de forma abstrata, em precedentes vinculantes. (HART, 2002, p. 136).

O direito positivo precisa de complementos valorativos não captados expressamente por ele, mas que têm importância fundamental para garantir o ambiente de segurança jurídica numa sociedade, que, cada vez mais, se utiliza de valores que sobrepairam o conjunto de normas positivadas. Todavia, tal circunstância não implica no ressurgimento do direito natural. A consagração do registro escrito e do texto legal é fundamental, ainda que a aplicação do texto tenha de levar em conta, necessariamente, valores não escritos, embora presentes no ambiente normativo. Assim, o direito positivo não foi superado e apresenta-se como o pensamento mais viável para melhor aproximação do estudioso com o objeto de suas atenções.

Nota-se no que há no atual ambiente de rejeição ao positivismo jurídico como teoria do direito uma bandeira erguida por autores nacionais que defendem o desenvolvimento de uma teoria pós-positivista em que a aplicação do direito tornar-se-ia mais flexível, com concessão de maior margem para decisões judiciais e apelo aos valores ou princípios com pouca densidade normativa (DIMOULIUS, 2006, p. 82).

Bonavides (2002, p. 237), refletiu o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, baseados nos princípios gerais do direito e nos princípios constitucionais e demonstrou que o positivismo jurídico pertence “a terceira fase correspondente do pós-positivismos dos grandes

momentos constitucionais das últimas décadas deste século. As novas Constituições promulgadas acentuaram a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais".

Essa teoria consagra a normatividade dos princípios que, ao lado das regras, assumem densidade suficiente para criar obrigações e direitos, independentemente de intermediação legislativa e uma vez presentes no próprio texto constitucional, destacam-se com proeminência no sistema jurídico. Assim, para a compreensão do direito a partir das noções principiológicas de justiça e pela superação ao reducionismo do sistema da dedução logica da norma ao fato, imprimiu-se à tarefa de aplicação do direito a marca da compreensão axiológica do intérprete.

Os princípios abrem-se como verdadeiras normas jurídicas e ao lado das regras, como extratificação de valores que poderão ser captados no momento da aplicação são elevados ao status de normas constitucionais e passam a comandar o esforço de interpretação e aplicação do direito, possibilitando, dessa forma, a aplicação desses valores sem a necessidade de intermediação legislativa.

Desse modo, a compreensão do fenômeno jurídico na perspectiva pós-positivista atribui ponto central aos princípios, sobretudo constitucionais[2], na concepção do raciocínio jurídico, refletindo-se, de modo direto, na função do intérprete e aplicador do direito. Os princípios fundamentais servem como suporte à compreensão do direito, justificando os significados jurídicos e permitindo uma nova racionalização do exegeta. Se os princípios revelam valores sociais, éticos e morais e se esses valores são encontrados pelo intérprete como integrantes do sistema jurídico, deve o aplicador orientar-se por eles para garantir coerência ao seu argumento e ao próprio sistema jurídico. Mas, registre-se. Isso não implica desapego ao direito positivo, haja vista que os princípios e valores estão contidos no direito positivado e devem nele ser encontrados pelo intérprete e aplicador.

Dimitri Dimoulis (2006) adverte, que, "o termo pós-positivista é praticamente desconhecido fora do Brasil" e embora a doutrina tenha seduzido respeitáveis estudiosos nacionais, há uma falsa impressão de sua difusão universal. Adeptos da teoria estruturante do direito (MULLER, 2012), encontram na Alemanha referências ao pós-positivismo, que admitem a atividade criativa do juiz a partir de elementos históricos e sociais. Buscando sentido ao texto legal a partir de "considerações relacionadas com particularidades do caso

concreto" (DIMOULIS, 2006, p. 47) chama a atenção para o fato de que mesmo nesse contexto, o intérprete não pode se afastar das fontes jurídicas estatais vinculantes.

Os valores jurídicos quando apropriados por princípios que se incorporam ao sistema jurídico, não são valores externos, mas integram o conjunto normativo de determinada sociedade. Alguns são expressos ou explícitos, outros implícitos. Estes, ainda que não objetivados, são encontrados no sistema, reconhecidos e declarados pelo intérprete quando a eles recorre no momento da produção normativa voltada à aplicação do direito ao caso concreto.

É o que ensina Eros Grau:

> Os princípios de direito que descobrimos no interior do ordenamento jurídico são princípios deste ordenamento jurídico, deste direito. Os princípios em estado de latência existentes sob cada ordenamento – isto é, sob cada direito posto – repousam no direito pressuposto que a ele corresponda. Neste direito pressuposto encontramos ou não o encontramos. De lá os resgatamos, se nele preexistirem. (2009, p. 47).

Portanto, ao se analisar a interferência dos princípios e dos valores na interpretação e aplicação do direito, como tentativa de sugerir alternativa ao positivismo jurídico, conclui-que sua interferência está justificada pelo próprio direito positivo e não além dele. Isso não implica, contudo, liberdade ao intérprete e aplicador da norma de decidir conforme sua vontade e valores subjetivos, que não correspondam àqueles decorrentes do próprio sistema normativo.

Como afirma Elival da Silva Ramos, na tentativa de justificar a decisão judicial como decorrente da força criadora do intérprete-aplicador, ocorre "a identificação de limites ao órgão responsável pela tarefa de concretização que, sutilmente, acaba por se deslocar de um plano exclusivamente jurídico-normativo para uma dimensão axiológica, externa ao ordenamento jurídico", que o autor chama de "ordem objetiva de valores". (RAMOS, 2010, p. 88).

A defesa do positivismo jurídico não precisa, necessariamente, desconsiderar ou afastar a carga valorativa dos princípios negando a existência destes no ordenamento jurídico posto. É possível, sim, reconhecer a existência desses valores que povoam a norma jurídica, pois presentes no sistema positivo são objetivamente encontrados e revelados pelo intérprete. Os valores existem, mas, muitas vezes, precisam ser encontrados e desvendados dentro do próprio sistema normativo e não além dele; não há direito que decorra do subjetivismo e dos valores de quem decide.

Neste sentido, as questões que envolvem as teorias do direito e da interpretação da norma jurídica, são tormentosas e estão longe de esgotar o tema, por isso entendemos que se as normas jurídicas são valores reconhecidos e aplicados mesmo sem expressa previsão legal é porque o direito prescinde de positivação. Os valores, em verdade, não decorrem da natureza, mas da vontade do legislador que a inseriu no contexto normativo, ainda que de maneira pouco densa, permitindo pela textura aberta da norma, a atuação ativa do aplicador do direito no momento de expressar a decisão.

E ainda que as teorias do positivismo jurídico e do jusnaturalismo pareçam inconciliáveis entre si, alguns pontos de interseção são encontrados nos princípios positivados, aqueles com menor densidade normativa, que estão próximo da natureza das coisas, assim necessários ao exercício da função jurisdicional, pautas de direitos não formalizados integralmente nos registros escritos são considerados como argumentos justificadores de decisões.

Nesse viés, acoplado ao direito positivado, há sem dúvida, um instrumento metodológico – norma hipotética fundamental, regra de reconhecimento e regra matriz – capazes de impor aplicação aos comandos decorrentes do sistema normativo. São recursos metodológicos que permeiam o sistema jurídico, mas não é norma positivada e não está à margem do direito, é direito e não apenas valor. Todavia, tais recursos não levam à dispensabilidade da norma positivada. Os valores ainda são válidos e reconhecidos e integrando o sistema jurídico, não são encontrados soltos e despregados de outros elementos integrantes do mesmo sistema; pois, estão inseridos na mesma estrutura normativa e se valem de norma positivada, devendo ser compreendidos sistematicamente sob pena de considerar a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões como valores de menor importância, o que, evidentemente, não é a melhor conclusão. Nenhuma sociedade juridicamente organizada pode abrir mão de tão importantes pautas axiológicas.

Na jurisdição constitucional, o juiz se vale tanto da norma escrita como dos pressupostos axiológicos, tais como: os valores éticos e morais contidos na norma positivada, o que não o limita a seguir cegamente os comandos normativos e aplicá-los ao caso concreto somente pela subsunção automática e mecânica dos postulados normativos. Ele também não pode e não deve ser praticante do jusnaturalismo como pressuposto único e valido da sua atividade. Pois, ainda que exerça a jurisdição com criatividade, ele deve construir seus argumentos sedimentados na solidez do raciocínio logico e embasados na normatividade do ordenamento posto, sem o qual a função jurisdicional tende a aproximar-se de uma atividade arbitraria e sem legitimidade.

Depreende-se, a partir disso, que o direito nascido da razão e da vontade humana como mecanismo de pacificação do corpo social e a necessidade do direito positivo – positivismo jurídico – não implica na negação dos valores emanados da própria sociedade e levados ao sistema normativo como o consenso democrático a serem respeitados. Em que pese à importância dada ao intérprete da norma na aplicação do direito ao caso concreto, ele não deve apoiar-se a decisão na sua vontade pessoal tampouco no subjetivismo de suas ações; pois, a norma jurídica não é o que pensa o intérprete e sim deve ser voltada aos fatos.

Importante, salientar, também, que a aferição do argumento encerra a decisão judicial. Atividade jurisdicional, como qualquer outra atividade estatal no Estado democrático de direito deve ser dotada de transparência, acessível e coerente com os fundamentos democráticos, que permitam um resultado adequado, razoável, responsável e sério. Por isso, eventuais espaços para discricionariedade a serem aproveitados pelo intérprete da norma devem ser utilizados de maneira responsável que não transforme o direito em objeto inapropriável à razão humana e aos argumentos lógicos e o juiz em legislador absoluto.

Historicamente, com a constituição dos Estados modernos e suas bases fundantes nos valores extremos da democracia, bem como a dimensão democrática da sociedade, evolui-se, também, as teorias do Direito, assim, qualquer tentativa de enfraquecimento das decisões democráticas fora da Constituição devem ser veementemente rechaçadas.

Nesse sentido, Lênio Streck (2010), traz importante contribuição ao trabalho refletindo no seguinte sentido:

> Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung).* É fundir horizontes. E direito é um sistema de regras e princípios, 'comandado' por uma Constituição. Que as palavras da lei (*lato sensu*) contém vaguezas e ambigüidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais 'abertos' em termos de possibilidades de significado, **não constitui nenhuma novidade** (até os setores que prima, pela estandardização do direito e que praticam uma espécie de 'neopentecostalismo jurídico, já perceberam essa característica 'linguística' dos textos jurídicos). O que deve ser entendido é que a aplicação destes textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete, como que a dar razão a Kelsen, para quem a **interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade** (sic). Grifos no original.

Portanto, é necessário encontrar um caminho que iniba o intérprete-aplicador de transformar-se no centro principal da produção de normas e que suas decisões absolutamente soltas no sistema jurídico e sem justificativas fundadas no próprio sistema sejam combatidas e vencidas, pois, repita-se, o direito não é aquilo que o juiz diz que é, e sim, objeto pré-existente

localizado fora do sujeito, encontrado e revelado em conformidade com o sistema posto para aplicá-lo ao caso concreto.

J. J. Gomes Conotilho (2010, p. 22-23) e Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 143), concordam quando afirmam "que não há mais espaço para optimismo metodológico, isto é, para crença de que o resultado da interpretação constitucional depende pura e simplesmente do método utilizado". Conforme o próprio J. J. Canotilho (2010) adverte é importante nos dias atuais que os juízes positivem suas retóricas e não somente sejam levados pelo "pessimismo metodológico e abrir caminhos hermenêuticos capazes de auxiliarem a extrinsecação do direito constitucional. Ora, a nosso ver 'a floresta tem caminhos'. É necessário descobrir os caminhos da floresta".

Não há a pretensão de apontar soluções cabais à temática, em virtude de sua dinamização, mas refleti-la e analisá-la a partir das principais teorias do direito, como condição necessária à compreensão e aplicação do próprio direito; pois, não é possível compreender a atividade jurisdicional do Estado desconsiderando, por completo, o referencial teórico do Direito Positivo. Do mesmo modo que não se pode afirmar, a completa superação dos fundamentos do jusnaturalismo, tendo em vista que tanto o Direito Positivo quanto o Direito Natural são teorias que podem se conciliar e projetar uma interpretação do direito que não desconhece a força dos valores e dos princípios. Por outro lado, não afasta a necessidade de serem esses valores encontrados no próprio ordenamento jurídico, por meio de uma argumentação sóbria, séria e responsável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito é um fenômeno social dinâmico e complexo. Tal como é a sociedade. Deve, portanto, ser estudado e analisado considerando a conjuntura atual de protagonismo do judiciário frente a omissão e inércia do Poder Legislativo. Assim, buscou-se refletir a cerca da separação dos poderes e a atividade jurisdicional constitucional, como produtora de normas decorrentes das decisões judiciais do intérprete/aplicador, que invadindo competência estabelecida ao Poder Legislativo, provoca desiquilíbrio a ordem de separação dos poderes.

O artigo 2º da Constituição Federal de 1988, o qual fundou os princípios norteadores dos Poderes - o Legislativo, o Executivo e o Judiciário - deixou claro e bem delimitado as atribuições e competências de cada poder, os quais deveriam garantir que nenhum dos poderes se mostrem dominante em relação ao outro e possam controlar-se e fiscalizar-se mutuamente, sem prejuízo do funcionamento de nenhum dos poderes e nem a invasão de

nenhum poder na área de atuação do outro, como verdadeiros guardiões de suas ações e bem do próprio Estado.

O cenário no Brasil não é esse! O sistema de "freios e contrapesos" parece não funcionar por aqui. A separação entre os Poderes, prevista no texto constitucional, não tem, atualmente, a feição de outrora, abrindo caminho para verdadeiros ativismos judiciais.

A realidade não é exatamente espelhada no texto normativo. A positivação do direito não é, isoladamente, suficiente para garantir a aplicação da norma, situação que exige do julgador - intérprete e aplicador do direito - mais do que uma decisão mecânica e automática, uma vez que a falta de perfeita adequação do fato à norma jurídica positivada exige solução construtiva. Quando desenvolvida no sentido de aplicar e interpretar normas constitucionais a jurisdição assume papel importantíssimo no ordenamento jurídico com o efeito generalizado de suas decisões. As decisões judiciais vinculantes e as decisões das Cortes Constitucionais assumem verdadeiras normas jurídicas e aproximam o Judiciário da função legislativa, posto que autorizados pela própria Constituição Federal, produzem decisões com características de generalidade, abstração e da obrigatoriedade.

Nesse sentido, demonstrou-se, que, a função jurisdicional, seja pela importância da atividade, seja pelo impacto que provoca na sociedade, não pode ser desenvolvida senão a partir de referenciais positivados pelo próprio sistema normativo constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 9ª ed., 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro & BRITTO, Carlos Ayres. Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1982.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 13ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
_____. O Positivismo Jurídico. São Paulo: Icone Editora, 1999

CALLEGARI, André Luiz; STRECK, Lênio; ROCHA, Leonel Severo (org.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O Direito constitucional como ciência de direção – O núcleo essencial de prestações sociais da socialidade (contributo para a reabilitação da força

normativa da “constituição social”. In: Direitos Fundamentais Sociais. J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correa e Érica Paula Barcha Correia (coordenadores), Saraiva:São Paulo, 2010.
_____. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 1993.
_____. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa. Separata do Boletim do Ministério da Justiça nº 400.
_____. (coord). Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. Giudici legislatori? Milano: Giuffrè, 1984.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder dos Juízes. São Paulo: Saraiva, 3ª ed. revista. 2007.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
_____. Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método. 2006

DWORKIN, Ronald. O império do Direito, Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
_____. Levando os Direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
_____. A Justiça de Toga. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkiar, 1983.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Editora Max Limodad

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
_____. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. Malheiros Editores: São Paulo, 2009.

HART. Herbert Lionel Adolphus. The concepto f Law. Osford: Oxford University Press. 2002.

HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

KAUFMANN, A e HASSEMER, W. Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMBERGER. Têmis. O Solipsismo Jurídico e o (des)controle das políticas pública. In: CALLEGARI, André Luiz. STRECK, Lênio Luiz. Rocha, Leonel Severo (org.) Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 263.

LOCKE, John. Dois Tratados sobre o Governo. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. O Espírito das Leis. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. UnB, 1982.

MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2012.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSS. Alf. Il concetto di validitá e Il conflitto tra positivismo e giusnaturalismo. Gênova: EGIC, 1989.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros.
_____. Aplicabilidade das normas constitucionais, 7ª edição, São Paulo:Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva (coord.), Interpretação constitucional, São Paulo: Saraiva, 2005.

STRECK, Lênio. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2ª ed. 2010.
_____. Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 10ª ed., 2011.

STRECK, Lênio Luiz. MOURA, Lenice S. Noreira (Org). O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista. Saraiva: São Paulo, 2009.