

1 INTRODUÇÃO

“*No hay error filosófico tan enorme como el de contar como filósofos sólo a los filósofos, cuando todos los hombres de una cierta grandeza han formado necesariamente su filofosia*” (Valéry, 2007, p. 147).

Extraída da obra *Cuadernos*, escrita por Paul Valéry, embora seja contraproducente iniciar um artigo científico com uma citação direta, dentro da ambiência filosófica em que esse manuscrito se encontra, reputa-se admissível a infringência dessa norma técnica, haja vista que a citação acima introduzida é de significativa relevância para a compreensão do problema de pesquisa.

Aspirante a filósofo, porque esse artigo frutifica das aulas ministradas pelo jusfilósofo Pietro de Jesus Lora Alárcon no módulo ser humano, direito e crise sistêmica, o ser social para os direitos fundamentais e os direitos fundamentais para o ser social (e vice-versa sempre), componente da grade curricular do programa de doutoramento ministrado pelo Centro Universitário de Ensino de Bauru, por mais que aprioristicamente esteja vocacionado a atingir um auditório particular, esse manuscrito tem a propensão de universalizar-se para difundir aos bacharéis em direito a importância de virem a se tornar juristas.

Tocado pela advertência formulada por Goffredo da Silva Telles Junior no capítulo intitulado Duas Palavras, onde assevera que o “Filósofo do Direito é o cientista que não se adstringe à *explicação* da ordem jurídica, e se empenha na missão de *compreendê-la*” (Telles Junior, 2004, p. 11, “grifo do autor”), ao se constatar que, hodiernamente, as instituições de ensino jurídico brasileira estão calcadas, quase que exclusivamente, em uma cultura manualesca, fazendo transparecer que a experiência jurídica se adquire e se transmite de modo hermético e atômico, sendo o Direito uma das ciências sociais aplicadas mais relevantes para ordenar o relacionamento humano, cabe à filosofia, precisamente à filosofia do direito, resgatar o debate sobre os objetos de cultura, a fim de que os profissionais da área jurídica adquiram o conhecimento do todo universal.

Ao se engajar nessa tarefa, além de permitir que o bacharel em direito se transforme em um *sage*, a filosofia do direito retoma a posição que sempre lhe pertenceu, qual seja, a de ciência pelas primeiras causas, porque, alocando o jurista na posição de sujeito de conhecimento, capacita-o a compreender, mediante uma reflexão aprofundada, o mundo ético que permeia o ordenamento jurídico.

Capaz de auxiliar na dissolução de alguns sólidos que ainda subsistem, como reminiscência histórica, na sociedade contemporânea, caracterizada pela modernidade líquida, a filosofia franqueia que ao se metamorfosear em jurista, o bacharel se enverede pelo *zetein*, abnegando verdades postas ou pré-definidas.

2 CONCEITO DE FILOSOFIA

Introduzido o tema, deve-se agora conceituar o objeto de conhecimento. E levando em conta que a filosofia do direito é uma disciplina que ramifica da própria filosofia em geral, para que se alcance o conhecimento universal, necessária a definição do que é filosofia.

Nicola Abbagnano, *in* Dicionário de Filosofia, citando a ideia contida em Eutidemo de Platão, conceitua filosofia como “o uso do saber em proveito do homem” (Abbagnano, 2012, p. 514).

Extraível, desse conceito, que a filosofia, afora protender modificar a realidade, contém dois escopos centrais: o de adquirir o conhecimento mais válido e universal possível e o de que esse conhecimento seja utilizado em benefício do homem, ainda que essa definição não constitua uma proposição apodíctica, dentre as variantes que a filosofia possa assumir, comunga-se da orientação de que a noção apresentada por Abbagnano (2012) ilustra o objeto de conhecimento científico que, parafraseando René Descartes (1979), significa o estudo da sabedoria.

Reduzida na fórmula *cogito, ergo sum*, segundo a ideia-guia de Descartes (1979), passível de ser encontrada em sua terceira máxima, a reconstrução da filosofia estava atrelada a dimensão subjetiva, pois, o ato de filosofar pertencia a pessoa do filósofo.

Inaugurada uma filosofia completamente nova, onde o ego estabelecia uma filosofia solipsista, demonstrando quão intrincada e importante é a crítica para a filosofia, não tardou para que a ideia reformulada por Descartes (1979) viesse a ser objetada, como é o caso de Edmund Husserl (2019), que em sua obra *Meditações Cartesianas*, aponta a subversão de Descartes e a ideia predominante de uma fundamentação absoluta da ciência.

Criticado o ideal de ciência, que para Descartes (1979) estaria situado na geometria, Husserl (2019), apesar de não abandonar o objetivo universal da fundamentação absoluta da ciência, propugna que a ideia universal seja extraída das ciências factualmente dadas e não mais do axioma da autocerteza absoluta do Ego.

Entregue a heurística, com base em Husserl (2019), a filosofia deve deter-se no campo do conhecimento transcendental. Assim, a filosofia assume, na contemporaneidade, o conceito de contemplação, oriundo da fenomenologia, sendo que as definições acima delimitam a concepção de filosofia geral, enquanto conceito de método científico, que não admite soluções definitivas, mas sim, um constante aprofundamento do saber humano.

3 CONCEITO DE FILOSOFIA DO DIREITO

A partir das considerações apresentadas na seção anterior desnuda-se o quão complexa é a tarefa de definir filosofia, que pode ser verificada com base em inúmeros aspectos, indo desde a busca do conhecimento universal até a crítica da vida.

Possibilitando o questionamento, dissolvendo os sólidos, rediscutindo premissas e princípios tidos como absolutos, atuando como a alegoria da flauta mágica, de Mozart, que conduz os homens das trevas à luz, ao invés de decidir, de agir e de aceitar, a filosofia investiga, especula e questiona.

De grande auxílio no desenvolvimento da argumentação, aplicada ao Direito, a filosofia encarna uma profunda meditação sobre o fenômeno jurídico, pois, investiga sua natureza, sua fundamentação e sua finalidade. Por isso que em conformidade com Lenio Luiz Streck, não configurando, o Direito, uma rele racionalidade instrumental, “a filosofia no direito não é apenas pensar em levar para esse campo a analítica da linguagem ou que os grandes problemas do direito estejam na mera interpretação dos textos jurídicos” (Streck, 2013, p 404).

Calcada em um pluralismo metodológico, a Filosofia do Direito, segundo Hegel (2022), constitui um importante avanço, pois, não se cingindo apenas ao texto legal, ao plano normativo, integra e incorpora ao Direito conceitos de economia, política e história. Tudo isso o fazendo ladeada nos grandes temas que impulsionam a filosofia geral, a Filosofia do Direito rompe a sociedade civil do Estado e, conforme assinala Oliveiros Litrento (1976), numa mediação filosófica, compara e sopesa os critérios de bem e do mal, do certo e do errado, do justo e do injusto etc.

Ocupando-se de três questões fundamentais (O que é o Direito? Como se pode conhecer o Direito? Como deve ser o Direito?) e fazendo recair seu âmbito de preocupação no campo metodológico, na validade formal das normas, na efetividade das normas e na justiça da norma, das noções até aqui apresentadas infere-se que a Filosofia do Direito possui grande importância para o jurista, sendo que, resumidamente, Eduardo

Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida apresentam as seguintes tarefas da Filosofia do Direito:

- 1) efetuar a crítica das práticas, das atitudes e atividades dos operadores do Direito;
- 2) questionar e avaliar a criação de leis, bem como oferecer suporte reflexivo ao legislador;
- 3) realizar a avaliação da função desempenhada pela ciência jurídica e o próprio comportamento do jurista perante ela;
- 4) investigar os motivos que ocasionam a desestruturação, o enfraquecimento ou a ruína de um determinado sistema jurídico;
- 5) desembaraçar e limpar a linguagem jurídica, os conceitos filosóficos e científicos do Direito;
- 6) investigar a eficiência dos institutos jurídicos, sua atuação social e seu compromisso com as questões sociais, seja no que concerne a indivíduos, a grupos, à coletividade ou às preocupações humanas universais;
- 7) tornar clara e definir a teleologia do Direito, seu aspecto valorativo e sua ligação com a sociedade e os anseios culturais;
- 8) resgatar origens e valores sobre os quais estão pautados os processos e institutos jurídicos;
- 9) auxiliar o juiz no processo decisório, por intermédio da crítica conceitual institucional, valorativa, política e procedimental (Bittar; Almeida, 2001, p. 44-45).

A Filosofia do Direito, de maneira cálida, não somente assume aquelas tarefas, como também um viés crítico do fenômeno e do raciocínio jurídicos, buscando os fundamentos do Direito, tudo isso em prol de sua cientificidade e de sua aspiração de concretizar a liberdade e a justiça.

4 O DOGMA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E A SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES DE LEGISLAR E DE JULGAR

Nas seções precedentes foram conceituados os termos Filosofia e Filosofia do Direito, bem como apresentados os seus principais escopos.

Evidenciado que a Filosofia do Direito se ocupa, dentre tantas outras tarefas, de criticar o processo de formação e aplicação do Direito, afunilando a problemática de pesquisa e trazendo à lume o elemento de conexão, pode-se afirmar que uma das questões mais atuais sobre a qual a Filosofia do Direito se debruça é o realismo e o positivismo jurídicos.

Partes integrantes da teoria do direito, o realismo e o positivismo, enquanto escolas do pensamento jurídico, apresentam os modos de constituição, aplicação e as principais fontes do Direito.

Representado, o realismo jurídico, pelos estudos de Oliver Wendell Holmes Jr. (1991), sendo que o positivismo jurídico possui em Augusto Comte (2020), Jeremy

Bentham (2018), John Austin (1998), Herbert Hart (2009) e Hans Kelsen (2021) seus principais expoentes, para que se compreenda, o hiato existente entre o limite e a possibilidade da justiça, deve-se primeiramente contemplar as bases ideológicas de onde promanaram essas correntes para, empós, realizar a análise jusfilosófica.

Galgando maior importância quando se estudam as correntes realistas e positivistas sob os influxos da filosofia da práxis, pode-se situar como antecedente histórico mais próximo da discussão envolvendo a capacidade criadora/legiferante do juiz a doutrina apresentada por Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu (2000) que, no livro *O Espírito das Leis*, propugnou pela teoria da tripartição dos poderes do Estado.

Concebido que o poder estatal é único e indivisível, no ensejo de estabelecer um governo que tenha como princípio de agir a virtude, Montesquieu (2000) considerou oportuno estabelecer uma divisão, uma especialização de competências entre os três órgãos diferentes e integrantes do Estado.

Relegado ao Poder Executivo a competência de administrar, ao Poder Legislativo – que seria o verdadeiro representante do povo - a competência de legislar e ao Poder Judiciário a competência de julgar, advertindo sobre as consequências que poderiam advir da concentração, na pessoa do juiz, dos poderes de legislar, administrar e julgar, Montesquieu dizia que:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos Poderes Legislativo e Executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (Montesquieu, 2000, p. 168).

Ditando que o juiz não poderia estar unido a qualquer um dos outros dois órgãos componentes do Estado, isso porque “o poder de julgar tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo” (Montesquieu, 2000, p. 169), apesar de diferenciar os tribunais dos julgamentos, visto que os primeiros (tribunais) não devem ser permanentes, mas já os segundos devem sê-lo, pois, constituem o texto preciso da lei, cercando-se de uma série de cautelas quanto à magistratura, da obra de Montesquieu infere-se, tal como assinala Pedro Bacelar de Vasconcelos, que “o Poder Judiciário deve ser nulo e invisível, o que nos leva a negativa da tripartição dos poderes” (Vasconcelos, 1998, p. 31).

Admitida, aquela invisibilidade, por próprio Montesquieu (2000), quando assevera, de fato, que “dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo. Só sobram dois; e, como precisam de um poder regulador para moderá- los, a parte

do corpo legislativo que é composta por nobres é muito adequada para produzir esse efeito” (Montesquieu, 2000, p. 172), abnegada qualquer possibilidade de interferência do juiz no processo de formulação do Direito, permanecendo o ideário de que o magistrado deveria constituir a simples bocarra da lei, a doutrina de Montesquieu (2000) replica o dogma que remonta a Revolução Francesa que, duvidando dos juizes do antigo regime, enaltece o princípio da supremacia do Parlamento.

Compreendido, numa distorcida visão rousseauiana, como o representante da vontade geral, o Parlamento, seria o único poder supremo.

Deixando, Montesquieu (2000), implícita essa ideia quando, em sua obra o Espírito das Leis, correlaciona o Parlamento à vontade geral, galgando seu ápice na Constituição da III República francesa, e constando, de certa forma, da afirmação solene que abre o art. 6 da Declaração de 1789, a supremacia do Parlamento, enquanto signo de *la loi est l'expression de la volonté générale*, na ambiência da doutrina da tripartição dos poderes, implicou numa certa onipotência do Legislativo, máxime quando, além de ser o depositário da aventada vontade geral, também detinha o poder constituinte, colocando-se, assim, como soberano.

Bastante trabalhada, essa ideia, por Raymond Carré de Malberg (2001), em sua obra *Teoría general del Estado*, a lei, como expressão da vontade geral, remetia diretamente ao Parlamento, pois, nos dizeres de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é este quem cumpre o principal “objetivo da vida social, que é ‘gozar dos próprios bens em paz e segurança’, o que só se pode lograr por intermédio das leis” (Ferreira Filho, 2012, p. 64).

Atribuída ao Parlamento, enquanto representante do Poder Legislativo, a precípua função de legislar, tendo os positivistas, por objeto de estudo, o Direito positivo, ou seja, o direito posto, que emana de uma autoridade estatal legislativa e, portanto, possui validade, existindo uma convergência entre Direito e o ordenamento jurídico - compreendido como um conjunto de normas editadas pelo legislador - para o positivismo, também compreendido como racionalismo jurídico, fica afastada a liberdade criativa do juiz que, por intermédio da sentença, aplicará o direito estatal vigente produzindo apenas a norma individual, também conhecida como norma de decisão.

Compreendendo, o positivismo jurídico, na visão de Jan Broekman (1985), que o direito emerge da autoridade legislativa, diferentemente do que ocorre no realismo, para os positivistas, o reconhecimento da validade do direito não está na contingência de sua compatibilidade com os critérios de justiça e de correção, bastando que satisfaça a questão de pertença.

Estando aquelas premissas bem nítidas nos estudos desenvolvidos por Jeremy Bentham (2018), profundo crítico do direito inglês, cujo está fundamentado no *common law*, posteriormente seguidos por Austin (1998), fixados, os critérios de validade, numa norma de hierarquia superior, que pode ser compreendida, na concepção kelseniana, como norma hipotética fundamental, constatada a compatibilidade material e formal com essa norma, o ordenamento jurídico será considerado válido.

Renegando, portanto, o positivismo, o moralismo jurídico, é esse o ponto de assaz relevância na diferenciação entre o positivismo e o realismo jurídico, pois, além de esse conferir a ampla liberdade criativa ao juiz, permite-lhe deixar de aplicar o direito positivo quando em confronto com o ideal de justiça. Ilustra bem essa distinção o seguinte excerto extraído dos textos de Austin, a saber:

A existência do direito é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra. Ser ou não ser é uma pergunta; ser ou não incompatível com um padrão assumido é uma investigação diferente. Uma lei que realmente existe é uma lei, apesar de não gostarmos dela [...] (Austin, 1998, p. 157).

Conforme explica Oliver Wendell Holmes Júnior:

A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e não pode ser tratado como se compreendesse tão-somente axiomas e corolários de livros de matemática. De modo a se saber o que é o direito, deve se saber o que ele tem sido e qual a tendência que há de se transformar. Deve se consultar alternativamente a história e as teorias jurídicas existentes (Holmes Júnior, 1991, p. 1).

Resumida, a ideia do realismo jurídico, na seguinte frase de Holmes Jr., “proposições gerais não decidem casos concretos” (Holmes Júnior, 1992, p. 306), com as grandes transformações políticas e econômicas que impulsionaram a formação da sociedade pós-moderna, sociedade líquida, heterogênea e plural, viu-se emergir o agigantamento do Poder Judiciário que, cada vez mais requisitado, vem dia após dia sendo acionado para solucionar não somente conflitos de interesses entre particulares, mas também mediar a satisfação dos direitos programáticos que foram introduzidos pelas Constituições após o desaparecimento da República de Weimar e o surgimento do Estado do Bem-Estar Social.

Trazendo à tona o limite e a possibilidade da justiça dentro da ciência do direito, que para Holmes deve ser analisada sob a perspectiva do homem mau, para que se conclua

esse manuscrito, não se pode deixar de lado a abordagem da grande transformação econômica desse século, a crise do Parlamento e o ativismo judicial.

5 A GRANDE TRANSFORMAÇÃO POLÍTICA E ECONÔMICA, A CRISE DO PARLAMENTO E O ATIVISMO JUDICIAL

Karl Polanyi, *in* A grande transformação, aponta como um dos principais fatores para a transformação política e econômica desses tempos a ascensão e a queda da economia de mercado, pois, ainda que afirme que “a sociedade do século XVII resistiu inconscientemente a todas as tentativas que visavam transformá-las em simples apêndice do mercado” (Polanyi, 2021, p. 221), defende que o Estado moderno, monopolizando a força e impondo uma disciplina fiscal, modificou a organização social que, com o advento das forças de mercado e o aparecimento do Estado nacional, fez derruir o mundo comunitário.

Causando um grave problema social, argumentando que o próprio Estado, na dependência da produção nacional, fez-se juntar às classes econômicas dominantes ajudando a efetivar o descarte daqueles que não são interessantes para uma sociedade pensada na produtividade, com a implantação das pautas que eram reivindicadas nas revoluções sociais, principalmente após a segunda guerra mundial, instalou-se uma demanda imensa das camadas mais vulneráveis da sociedade entorno do Estado que, depois da República de Weimar, passa a ser constituído como Estado do Bem-Estar Social.

Encarregado de agir ativamente na proteção da vida, da saúde e do bem-estar social de seus cidadãos, se de acordo com Georg Jellinek as constantes e profundas transformações sociais demonstraram a “*incapacidade de los Parlamentos para cumplir sus tareas*”, isso porque, “*la legislación parlamentaria es mala: partidista y deficiente, incoerente, deteriora las buenas ideas legislativas debido a malas formulaciones y a anadidos inadecuados*” (Jellinek, 1991, p. 76), com o estabelecimento da crise do Parlamento e as dificuldades inerentes do Poder Executivo em dirimir as questões atinentes ao extenso catálogo de direitos sociais, não existindo vácuo de poder, vê-se agigantar o ativismo judicial.

Originado do termo cunhado por Arthur Schlesinger Jr. em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista Fortune, vol. XXXV, nº 1, em janeiro de 1947, o ativismo judicial, convergindo com a ideia que permeia o realismo jurídico, diz respeito ao limite da atuação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, da justiça.

Podendo ser citado, como seu antecedente histórico, o caso *Marbury v. Madison*, embora nos Estados Unidos da América o ativismo judicial seja marcado por uma disputa político-ideológica entre republicanos e liberais no controle da Suprema Corte, para efeitos desse artigo, no Brasil, o ativismo começa a ganhar corpo e forma no campo da judicialização das políticas públicas, pois, diante do extenso rol de direitos fundamentais de segunda dimensão previstos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, com o mau funcionamento do Poder Público que, descumprindo as competências que lhe foram outorgadas pelo constituinte dentro do arranjo institucional, impulsiona o Poder Judiciário a absorver e tentar satisfazer as demandas sociais titularizadas pela classe dominada, conhecida como “minoria”.

Fruto do desinteresse da classe política dominante na efetivação do programa social inaugurado pela Constituição de 1988, o ativismo judicial, como uma face do realismo, desperta a discussão sobre o limite e a possibilidade da justiça, especialmente quando, representando uma participação mais intensa do Judiciário na concretização dos valores constitucionais, chegando ao ponto de investir o juiz de pesquisador do sentimento constitucional, aumenta a ingerência dos togados na atuação dos demais poderes constituídos do Estado.

Situando-se, o ponto crítico, na circunstância de que no ativismo o julgador se faz substituir, no debate público, ao legislador e ao administrador, aumentando, assim, a carga de discricionariedade, se nos primórdios da teoria política da tripartição dos poderes o Poder Judiciário haveria de ser praticamente nulo, deve-se perquirir se o ativismo judicial se justifica à luz da análise filosófica do direito posto e quais são, nos termos atuais, os limites e as possibilidades da justiça.

6 A TEORIA GERAL DO DIREITO, A VOCAÇÃO SECULAR PARA A LEGISLAÇÃO E A CRÍTICA DE PACHUKANIS A KELSEN: O LIMITE E A POSSIBILIDADE DA JUSTIÇA

Savigny (2008) ditava, na obra *De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*, a vocação desse século para a legislação.

Demarcado seu viés positivista, até porque foi um dos expoentes da escola histórica, verifica-se que o critério para a resolução da problemática de pesquisa que impele esse manuscrito, consistente no limite e na possibilidade da justiça, dependerá da corrente de pensamento que o jurista irá aderir, pois, se afiançar a tese do realismo jurídico, considerará possível que o juiz avance em competências que até então estariam

reservadas ao legislador, justamente para implementar os programas introduzidos pela Constituição da República ou para a obtenção da justiça distributiva ou a concretização da igualdade material, visto que o Direito seria constituído pelo pronunciamento jurisdicional. Caso se enverede pela corrente positivista, e se arrogue no baluarte do racionalismo jurídico, a conclusão será diametralmente oposta, porque, aderindo às ideias de Bentham (2018), Austin (1998), Hart (2009) e Kelsen (2021), outorgando destaque ao pensamento do segundo, afirmará que as normas emanadas do Poder Judiciário serão sempre secundárias, porquanto dependentes da força legal concedida pelo Estado. Igualmente inadmitindo, com apanágio em Kelsen (2021), que a norma jurídica receba intromissão de outras áreas do conhecimento, a exemplo da moral, considerando inviável a correção da justiça da norma pela via interpretativa, que não constitui critério de validade do Direito, se posicionará contrariamente ao ativismo judicial, concluindo que o limite e a possibilidade da justiça é o que está exprimido na lei.

Assim sumarizada a questão, se a análise jusfilosófica não pode se ater, exclusivamente¹, ao critério de adesão, ou não, a uma ou a outra corrente de pensamento, cabe justificar se à luz da releitura do ordenamento jurídico vigente, impulsionada pelo advento do Código de Processo Civil de 2015, existiria base filosófica para admitir a possibilidade de o juiz, que não é o único ator que deve concretizar a justiça - primado que também incumbe ao administrador e ao legislador - vir a corrigir o direito legislado para o tornar mais justo, igualitário, acessível e fraterno e até que ponto essa construção seria permitida.

Embora não se negue que Kelsen (2021) situava o aplicador da norma num campo hierarquicamente inferior a autoridade suprema que elabora a norma, como admoesta Pachukanis:

Uma teoria geral do direito que não pretende explicitar nada, que, de antemão, recusa a realidade factual, ou seja, a vida social, e lida com as normas, não se interessando nem por sua origem (uma questão metajurídica!) nem pela ligação que estabelecem com certos materiais de interesse, só pode, evidentemente, pretender o título de teoria no mesmo sentido usado, por exemplo, para se referir à teoria do jogo de xadrez (Pachukanis, 2023, p. 71).

Referindo-se, Pachukanis (2023), a apelação caricatural representada por Stuttgart, ferrenho opositor de Kelsen, e criticando a visão pura por esse defendida, apesar de o Direito brasileiro estar fundamentado em base romano-germânica, situando-se, pois, na família do *civil law*, a despeito de continuar a restringir a capacidade de o juiz decidir

¹ Diz-se exclusivamente pois a filiação a uma das duas correntes de pensamento constitui elemento impostergável para o reconhecimento dos limites e das possibilidades da justiça.

com base na equidade² – que seria típica do realismo e do sistema de base inglesa do *common law* - com o advento da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil, considera-se que o juiz está autorizado, por delegação legislativa e, portanto, possibilitado a aperfeiçoar a norma jurídica, corrigindo eventuais injustiças que decorram de sua aplicação empírica, pois, como consta do art. 8º do referido diploma legal, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (Brasil, 2015).

Outorgando ao julgador uma atividade mais acentuada daquela que consta do art. 5º do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – que se filia a escola histórico-evolutiva de Raymond Saleilles (1919) – situando-se no epicentro do ordenamento jurídico brasileiro³, o Código de Processo Civil de 2015, permite que o julgador, ao aplicar a norma, tenha uma margem maior de discricionariedade, de ductilidade, sendo que o limite de sua atuação será, com base na jurisprudência dos interesses, todos os interesses que o legislador tenha considerado dignos de tutela e hierarquia de serem protegidos. Ao dizer que na aplicação do ordenamento jurídico o juiz atenderá aos fins sociais, às exigências do bem comum, ao resguardo e à promoção da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade, da publicidade e da eficiência, o art. 8º do Código de Processo Civil (Brasil, 2015), vai além de conferir ao juiz o papel de atualizador da lei, impondo que essa seja aplicada, conforme defendido por Saleilles (1919), com espeque na lei de evolução, pois, conferindo ductilidade ao Direito, no Estado constitucional inaugurado em 1988, conforme acentua Zagrebelsky (1997), arroga o julgador na posição de guardião da complexidade estrutural do Direito, fazendo com que haja coexistência harmônica entre a lei, o direito e a justiça.

Com isso, ou seja, com a ductilidade que pode ser extraída do art. 8º do Código de Processo Civil (Brasil, 2015), mantém-se o lastro no positivismo jurídico, que é da essência do ordenamento jurídico brasileiro, que foi edificado sobre o primado da lei, mas, adaptando o sistema à realidade, permite, pela via interpretativa, sua correção notadamente pela via dos princípios, haja vista que tal autorização foi concedida pelo próprio legislador em legítima delegação legislativa.

² Vide art. 140, parágrafo único do Código de Processo Civil (Brasil, 2015).

³ Vide art. 15 do Código de Processo Civil (Brasil, 2015).

Ainda que continue proibido o julgamento fundamentado exclusivamente na equidade e subsista o princípio do *non liquet*, segundo o qual o juiz não se exime de julgar alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, ficando enaltecida, portanto, a atividade subsuntiva do julgador, com o surgimento do pluralismo e da heterogeneidade sociais, o juiz não pode mais ser considerado como um servo cego, incauto e surdo-mudo, autômato na aplicação da lei, porque, conforme ressalta Zagrebelsky, a partir do caso, ou seja, a partir do processo em que será externada a norma jurídica individual dotada de eficácia igual a lei entre as partes em face das quais é dada, o juiz deve estabelecer os topoi adequados à solução da lide.

O legislador reconhece a sua impotência em conseguir regular todas as demandas sociais e, complementando a previsão constante do art. 140 do Código de Processo Civil (Brasil, 2015), outorga ao juiz a capacidade de decidir com base nos fins sociais e nas exigências do bem comum, promovendo e resguardando um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, o postulado da dignidade humana.

A redação do art. 8º do Código de Processo Civil (Brasil, 2015), imprime ductilidade ao Direito, trasladando a esse a pluralidade, a complexidade e a heterogeneidade que permeiam o tecido social.

Adequado ao Estado constitucional vivenciado pelo Brasil, o escopo do art. 8º do Código de Processo Civil (Brasil, 2015) pode até não sepultar, mas sim, potencializar os limites e os mecanismos de controle do voluntarismo, do subjetivismo judicial. Porém, sem a intenção de sepultar o debate, para efeitos desse artigo entende-se que a despeito de proclamar a ductilidade, o próprio art. 8º do Código de Processo Civil (Brasil, 2015), cominou que o julgador deverá observar, dentre outros, o princípio da legalidade. Ou seja, ainda que na aplicação do ordenamento jurídico o juiz deva atender ao bem comum e à função social, não está completamente livre das amarras legais, podendo adequar, mas jamais fazer substituir os interesses e os valores imprimidos pelo legislador no texto legal.

Solução conciliadora, o art. 8º do CPC delimita as possibilidades e os limites da justiça, introduzindo conceitos oriundos da teoria do direito dúctil, de Zagrebelsky (1997), e da jurisprudência dos interesses, servindo como delegação legislativa para que o julgador possa agir como se legislador fosse, respeitados sempre os limites impostos por essa delegação⁴.

⁴ Por analogia, invocam-se os arts. 49, V e 68 da Constituição da República (Brasil, 1988).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das explanações acima, de modo assertivo, conclui-se filosoficamente que a possibilidade da justiça é toda aquela necessária para atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, sendo que o limite da justiça é o interesse considerado digno de ser protegido pelo legislador, interesse esse que deve ser apreendido e respeitado pelo julgador. Ou seja, com as modificações experimentadas pela experiência jurídica brasileira, tendo o direito se tornado dúctil, o juiz pode atuar não somente como um atualizador da lei, como também como o guardião responsável pela manutenção da complexidade estrutural do direito, que se constitui não apenas de regras e de princípios, como também se exterioriza na tríada fato-norma-valor.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. 6. ed. 7. tir. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2022.

ALVES, A. C. et al. **O que é a filosofia do direito?** Barueri: Manole, 2004.

AUSTIN, J. **The uses of the study of jurisprudence (1863)**. The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 1998.

BENTHAM, J. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Londres: Forgotten Books, 2018.

BITTAR, E. C. B; ALMEIDA, G. A. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 13635, 9 set. 1942, retificado em 8 out. 1942 e retificado em 17 jun. 1943

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 51, p. 1-51, 17 mar. 2015.

BROEKMAN, J. **The minimum content of positivism**. Rechtstheorie, 1985.

COMTE, A. **Discurso sobre o espírito positivo**. São Paulo: Editora Lafonte, 2020.

- DESCARTES, R. **Discurso do Método**. Lisboa: Edições 70, 1979.
- GÉNY, F. **Méthode d'interprétation et sources en Droit Positif**: essai critique. Prefácio de Raymond Salielles. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1919.
- GRAU, E. R. **Interpretación y aplicación del derecho**. Madrid: Dykinson, 2007.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HEGEL, G. W. F. Linhas fundamentais da filosofia do direito. São Paulo: Editora 34, 2022.
- HOLMES JÚNIOR, O. W. **The common law**. New York: Dover, 1991.
- HOLMES JÚNIOR, O. W. **The essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992.
- HUSSERL, E. **Meditações cartesianas**: uma introdução à fenomenologia. São Paulo: Edipro, 2019.
- FERREIRA FILHO, M. G. **Do Processo Legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JELLINEK, G. **Reforma y Mutacion de la Constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática jurídico-científica. Porto Alegre: Forense Universitária, 2021.
- LITRENTO, Oliveiros. **Lições de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- MALBERG, R. C. **Teoría general del Estado**. 2. ed. Panuco: Fondo de Cultura, 2001.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. 1. ed. 7. reimp. São Paulo: 2023.
- PERELMAN, C. OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da Argumentação – A Nova Retórica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.
- POLANYI, K. **A grande transformação**: as origens políticas e económicas do nosso tempo. Lisboa: Edições 70, 2021.
- RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- SAVIGNY, F. C. **De la vocación para a legislación y para la ciência del derecho**. Granada: Editorial Comares, 2008.
- SCHAUER, F. **A força do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2022.

SCHLESINGER JR. A. M. **The Supreme Court: 1947**. Fortune, vol. 35 (1), 1947, p. 73/212.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica em crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VALÉRY, P. **Cuadernos (1894-1945)**. Barcelona: Círculo de Lectores-Galaxia Gutenberg, 2007.

VASCONCELOS, P. B. **Cadernos democráticos n. 3**. Lisboa: Gradiva, 1998.

ZAGREBELSKY, G. **El Derecho dúctil**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997.