

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

ROBISON TRAMONTINA

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

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

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

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

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

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

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

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

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

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

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

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Ilton Norberto Robl Filho, Robison Tramontina – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-205-7

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias da Justiça. 3. Teorias da Decisão. 4. Teorias da Argumentação Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Entre os dias 06 a 09 de Julho de 2016, ocorreu em Brasília, o XXV Encontro Nacional do CONPEDI. Entre os diversos Grupos de Trabalhos (GT), tivemos a oportunidade e a satisfação de coordenar o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I. As Teorias da Justiça e da Argumentação Jurídica encontram lugar de destaque tanto nos campos da filosofia como na prática e no pensamento jurídicos. Desse modo, os debates desenvolvidos nesse campo temático permitem uma rica construção interdisciplinar e a partir de diversas perspectivas sobre a estruturação do Estado, da sociedade civil e do conjunto de direitos. Não escapam ainda do debate das Teorias da Justiça e da Argumentação Jurídica o processo de construção das normas jurídicas e a sua aplicação no seio das sociedades complexas.

As apresentações e os debates, na ocasião, foram de altíssimo nível e instigantes.

Os artigos que constituem esta obra passaram por avaliação prévia (double-blind review), foram apresentados e discutidos no GT supracitado. São textos de alta qualidade redigidos por pesquisadores que se encontram em estágios diferentes de suas respectivas investigações. Expressam, cada um a sua maneira e no interior do seu campo investigativo, a evolução recente da pesquisa jurídica no Brasil.

Para assegurar unidade temática e organicidade à obra, os trabalhos foram organizados em três blocos temáticos, a saber: a) Teorias da Justiça, b) Teorias da argumentação Jurídica e c) Teoria da Decisão Judicial.

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho (UPF)

Prof. Dr. Robison Tramontina (UNOESC)

**O MITO DO JUIZ NEUTRO: A SUPERAÇÃO DA NEUTRALIDADE PELA
TEORIA DA COGNIÇÃO E A PERMANÊNCIA DA BUSCA PELA SEGURANÇA
JURÍDICA**

**THE MYTH OF NEUTRAL JUDGE: OVERCOMING NEUTRALITY BY THE
COGNITION THEORY AND THE PURSUIT OF LEGAL CERTAINTY**

**Alyane Almeida de Araújo
Tereza Margarida Costa De Figueiredo**

Resumo

O caráter racional-científico do Direito propugnou a figura de um Juiz neutro; contudo, a Neurociência demonstra atualmente que o processo de tomada de decisão envolve ativações na região do córtex pré-frontal juntamente com áreas do gerenciamento das emoções. O objetivo deste trabalho é conferir a subsistência da neutralidade do julgador após a teoria da cognição, com pontos de reflexão na nova hermenêutica pós-positivista. Utilizando o método compreensivo na prospecção bibliográfica, concluiu-se que não obstante a neutralidade ter sido superada, permanece a busca pela segurança jurídica, que será alcançada através dos valores e fins sociais do próprio sistema normativo.

Palavras-chave: Juiz neutro, Teoria da cognição, Neurociência

Abstract/Resumen/Résumé

The Law scientific-rational character created the image of a neutral judge; however, Neuroscience currently shows that the decision-making process involves activations in the prefrontal cortex along with emotions management areas. The aim of this work is to check the subsistence of the neutral judge after the cognition theory, with points of reflexion in post-positivist hermeneutics. Using the comprehensive method on bibliographic prospection, we conclude that despite the neutrality has been overcome, the search for legal certainty continues, which will be achieved through values and social purposes of the own normative system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neutral judge, Cognition theory, Neuroscience

1 INTRODUÇÃO

O objetivo primordial deste trabalho é conferir a subsistência da neutralidade do julgador após a teoria da cognição da neurociência, que superou a dualidade existente entre razão e emoção na formação do pensamento humano, com pontos de reflexão na nova hermenêutica pós-positivista.

Através da técnica da prospecção bibliográfica, utilizando o método jurídico-compreensivo, concluiu-se que não obstante a neutralidade ter perdido terreno prático de aplicação, permanece a busca pela segurança jurídica, o que será alcançada pela consideração de que o próprio sistema normativo tem valores e fins sociais próprios e específicos que devem ser seguidos pelo juiz no momento da decisão, ora denominados de valores endógenos do sistema jurídico.

Antes de dar início à temática proposta, torna-se imprescindível apresentar, na primeira parte do trabalho, as bases em que estava assentada a legitimidade do ordenamento jurídico ao longo do tempo, a partir de uma breve evolução histórica do Estado de Direito. A evolução histórica ora tratada está delimitada à parte ocidental do mundo, porém, não ignoramos a importância do estudo da evolução do ordenamento das grandes civilizações orientais, que muito contribuiu para o atual estágio de conquista de direitos.

Em seguida, dedica-se à exposição do processo de progressão do ordenamento até a chegada do atual Estado de Direito para serem abordadas as teorias acerca da legitimidade da ordem jurídica, enquanto razões de justificação da sua força e existência.

Por fim, serão abordadas as características da nova hermenêutica no contexto da teoria da cognição, a partir de um esboço histórico das origens do positivismo e da fracassada tentativa de “neutralidade” na aplicação das normas do sistema, assim como da permanência da busca pelo valor ‘Segurança Jurídica’.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DE DIREITO

A necessidade de colocar o primado da Lei acima dos interesses pessoais de monarcas, imperialistas e déspotas foi sentida desde a Antiguidade.

É na Idade Moderna que o Estado de Direito efetivamente demonstra as suas principais características, a partir das quais vislumbramos similaridade com a atual organização jurídica estatal.

O Direito surge para efetivamente exercer a regulação do poder para proteção dos cidadãos, onde os mandatários políticos estão estritamente autorizados a agir de acordo com a lei. A lei lhes é superior ('império da lei').

Conforme as lições da melhor doutrina (CANOTILHO, 2003), o precedente histórico de caracterização e compreensão da figura do Estado, como o entendemos hoje, é encontrado nas obras de Jean Bodin ("Les Six Livres de la Republique", 1576) e Thomas Hobbes ("Leviathan", 1651), a partir das quais foram estabelecidas as bases para os principais teóricos do constitucionalismo (Montesquieu, Rousseau e Locke).

Nas obras de Bodin e Hobbes, observamos a existência de elementos como Estado, soberania e poder como categorias centrais da modernidade política, cujas características são distintas das demais 'organizações do poder'.

O constitucionalista português adverte, contudo, que uma significativa corrente da historiografia moderna questiona a sucessão linear de modelos de Estado (estamental, absoluto e liberal) e censura a transposição 'acrítica' para alguns países de conceitos elaborados para outros quadrantes político-culturais.

É por isso que Canotilho (2003) discorre sobre processo de implantação do Estado de Direito especificamente em diferentes países, como o "Rule of Law" da Inglaterra (na sequência da Magna Carta de 1215); o "The Reign of Law" dos Estados Unidos da América (Constituição de 1787); o "L'État Légal" da França (após a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789); e o "Rechtsstaat" da Alemanha (início do século XIX).

O "Rule of Law" da Inglaterra representava a observância de um processo justo e regulado legalmente, antes da privação da liberdade e propriedade do cidadão; a proeminência das leis e costumes perante a discricionariedade do poder real; e a sujeição de todos os atos do Executivo à soberania do Parlamento.

O "The Reign of Law" dos Estados Unidos da América associa a juridicidade do poder à justificação do governo que, em outras palavras, significa que as razões do poder devem ser razões públicas que tornem patente o consentimento do povo em ser governado em determinadas condições, não sendo suficiente a invocação de uma representação ou de uma inspiração divina.

O "L'État Légal" da França expressava a soberania nacional através da Assembleia Legislativa francesa, com a primazia absoluta da lei, e retratava valores indissociáveis da Revolução que culminou com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789.

Por fim, o “Rechtsstaat” da Alemanha limita-se à defesa da ordem e segurança públicas, remetendo os domínios econômicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência.

O Estado de Direito estritamente ligado à noção de legalidade, enquanto limitação do exercício do poder, surgiu, portanto, como uma garantia contra arbitrariedades até então cometidas no poder centralizado.

Como a legalidade não foi suficiente para assegurar a legitimidade do poder, surgiu um novo tipo de Estado ao longo do século XIX: o Estado Constitucional, que estruturou o poder, conferiu direitos fundamentais aos cidadãos e assentou a soberania no povo.

Para Canotilho (2003), o Estado Constitucional é mais do que o Estado de Direito, havendo duas qualidades naquele tipo de Estado: ‘de Direito’ e ‘Democrático’. A ordem política tem que estar legitimada pelo povo, pois o princípio da soberania popular é uma das traves mestras do Estado Constitucional.

Ele afirma, ainda, que se quisermos um Estado Constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir duas coisas: 1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema político; 2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político.

O Estado “impolítico” do Estado de Direito, segundo os ensinamentos de Canotilho, não seria suficiente para fornecer resposta ao último problema de legitimação, que pode ser resumido na pergunta: de onde vem o poder?

Só o princípio da soberania popular, segundo o qual “todo o poder emana do povo”, assegura e garante o direito à participação na formação democrática da vontade popular. Somente assim, de acordo com Canotilho, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ponte entre o Estado de Direito e o Estado Democrático, possibilitando a compreensão da moderna fórmula “Estado Democrático de Direito”.

Não obstante isso, o autor reconhece que essas duas qualidades podem surgir de forma separada no plano dos fatos, ou seja, Estado de Direito sem qualquer legitimação no plano democrático ou domínios políticos que não estão domesticados em termos de Estado de Direito.

O atual Estado Constitucional Democrático de Direito de Canotilho (2003) é denominado de Estado Constitucional de Democracia Participativa por Paulo Bonavides (2010), que possui o mesmo pensamento do autor português acerca da importância da participação democrática na vida do Estado e ainda acrescenta que a democracia não é apenas

um processo de legitimação, mas um verdadeiro valor, irreversivelmente estruturante de uma ordem constitucional democrática.

3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LEGITIMIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A legitimidade do ordenamento jurídico está intimamente atrelada à concepção da justificação da sua força e ela vem sendo discutida antes de o poder estar assentado em bases democráticas.

Sabe-se que não foram poucos os exemplos da história em que um ordenamento jurídico, instaurado após uma revolução, era absolutamente desprovido de legitimidade.

As bases teóricas que tentam explicar a legitimidade do ordenamento jurídico são variadas, de acordo com a corrente de pensamento adotada pelo jurista.

Após o materialismo histórico desenvolvido por Karl Max, o ordenamento jurídico deixa de ter um caráter abstrato e universalista para ser um instrumento de dominação e poder.

Neste sentido, é Max Weber (2004) quem desenvolve a teoria da legitimidade do sistema jurídico no materialismo histórico, afirmando que essa legitimidade está assentada na fé da legalidade. Logo, a crença na validade da ordem social por uma parte relevante dos membros da sociedade torna a lei legítima, sendo esta normalmente decorrente da dominação social burguesa. Assim, reduzida a um mero instrumento de dominação da classe burguesa, a ordem jurídica era desprovida de qualquer caráter científico.

Essa ideia foi contestada por vários teóricos, sendo Luhmann (1980) um dos que desenvolveram a noção de legitimidade do ordenamento através da sua teoria dos sistemas. Para ele, a legitimação está posta no procedimento, que não somente é legal, mas também confere previsibilidade e aceitação das decisões pela sociedade.

Na sua concepção, em uma sociedade complexa, não é necessário um consenso entre a sociedade ou entre os cidadãos para estabelecer a legitimidade, basta que a norma advinha do procedimento legal previamente estabelecido e seja previsível por aqueles que seriam afetados por ela.

Ao lado dessa teoria, está a concepção desenvolvida por Hans Kelsen (2009) acerca da legitimidade do ordenamento jurídico. Para ele, a legitimidade advém do escalonamento hierárquico de normas que encontram na norma fundamental a base de sua validade global (“Grundnorm”).

Hans Kelsen cristalizou uma identificação entre validade e legitimidade. Assim, ele pregou que a legitimidade das normas jurídicas independe de seu conteúdo, desde que retire seu fundamento de validade de uma norma superior, obedecendo aos procedimentos internos do sistema.

É de conhecimento geral que a referida teoria foi utilizada por oficiais nazistas em suas defesas perante o Tribunal de Nuremberg, com o propósito de legitimar as suas ações, demonstrando que as ações discriminatórias decorreram da efetividade extraída das normas validamente postas no ordenamento jurídico alemão.

A teoria de Luhmann não saiu ileso de críticas. Reduzir o direito a um instrumento de controle e manipulação, por exemplo, é a principal crítica que Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2009) tece a essa teoria, pois o endereçado da norma não conhece as reais condições da sua fundamentação. Bastaria as regras de procedimento legal como premissas legitimadoras¹.

Não sem razão, a problemática da relação entre a legitimidade e a legalidade necessitou ir além. A esse respeito, é possível encontrar em Habermas uma tentativa de superação dessa questão.

Pela Teoria Discursiva de Habermas (2012), o mundo da vida é compartilhado por uma comunidade linguística que poderá chegar a um acordo racionalmente motivado e intersubjetivamente construído. É a teoria do agir comunicativo e do agir estratégico.

Habermas enxerga o Direito como uma solução para a estabilização e integração social, a partir da constatação de que a ampliação do risco de dissenso em sociedades cada vez mais complexas e diferenciadas impede o denominador comum para viabilizar o agir comunicativo. É o agir estratégico, pois, que entrará em ação para fornecer ao direito os instrumentos da normatização e da legítima construção a partir de uma política deliberativa que observe as garantias de participação.

No sistema jurídico, o processo de legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social, desde que observado o princípio da democracia. Ou seja, apenas através desse princípio as normas positivas serão legítimas.

¹ A nosso sentir, essa crítica de Ferraz Jr. à teoria de Luhmann também pode ser aplicada à teoria de Kelsen, por serem ambas embasadas na mesma noção de neutralidade do ordenamento jurídico através do sistema procedimental.

O principal ponto de discordância entre Kelsen e Habermas é que para este o fato de uma norma ser legal, não necessariamente implica que ela seja legítima. É legítima apenas a norma decorrente de um processo democrático de elaboração de leis.

Há que advertir, por último, que, de acordo com a teoria de Habermas, só seria possível falar em uma sociedade democrática, se nela houverem sido consagradas liberdade de discurso e garantia de direitos fundamentais, que são as regras que protegem a minoria vencida e permitem a contínua problematização. Ambos devem ser garantidos para assegurar o questionamento e a crítica fundamental para uma democracia. O importante é manter o debate.

Jorge Miranda (2004) afirma que essa teoria inovou a fundamentação da legitimidade por não mais advir da submissão a uma moral superior, fundamentos éticos ou mera legalidade, mas sim pelo fato de que os afetados pelas normas jurídicas se reconhecem como coautores dessas normas.

Podemos constatar que a atual legitimidade, a legitimidade popular, é alcançada não somente através do processo de escolha de representantes para elaboração de leis (Poder Legislativo), mas também da participação direta do cidadão.

No Brasil, essa participação direta se dá através do plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis (art. 14, I, II e III, CF/1988), além da fiscalização e acompanhamento do procedimento de elaboração de leis em audiências públicas.²

Entendemos que o processo de legitimação do ordenamento jurídico é contínuo e aberto através do discurso.

O povo, legítimo titular da soberania, é quem deve dotar o ordenamento jurídico de legitimidade. Porém, como interferir para que o povo tome posse dessa titularidade, participando mais da vida política, reivindicando direitos, fiscalizando as atividades dos poderes estatais, organizando movimentos para manifestação organizada do pensamento, integrando-se, enfim, na sua titularidade de soberano?

Neste ponto, não podemos deixar de lembrar das lições de Verdú (2006) sobre o Sentimento Constitucional.

Esse renomado autor desenvolve a teoria de que a influência do sentimento do indivíduo, e conseqüentemente do grupo social, na formação e manutenção da ordem constitucional, é essencial para a contínua participação popular que confere legitimidade à ordem jurídica estabelecida.

² Outro exemplo de participação popular é a abertura para que os indivíduos participem do orçamento público através do orçamento democrático

O autor adverte que uma consciência constitucional insuficiente produz, pouco a pouco, mal-estar social no cidadão, incrementando a neurose política. Além disso, a fissura entre o Direito Constitucional e a realidade constitucional não só implica um abismo entre a normatividade e a normalidade, como supõe uma defeituosa interiorização do desenvolvimento constitucional pelo cidadão, podendo chegar até mesmo a ameaçar o Estado enquanto processo vital básico.

Sentir a Constituição como algo próprio gera duração e efetividade constitucional, essa é a maior lição de Verdú, que, para nós, sintetiza o pensamento de que a legitimidade popular para embasar o ordenamento jurídico somente será atingida se cada cidadão sentir-se partícipe do processo que cria e mantém a ordem jurídica.

Como o próprio autor ressaltou, o progresso constitucional será autêntico quando formos conscientes de que ele só pode ser realizado por um grande número de grupos e cidadãos.

É por isso que o processo de legitimação da ordem jurídica não deve ficar estancado apenas no momento da elaboração das leis.

A norma de decisão, que é a norma aplicada pelo juiz, também deve ter correspondência de legitimidade com os verdadeiros valores constitucionais que emanam do titular da soberania: o povo.

Neste íterim, citamos o pensamento de Artur Cortez Bonifácio (2008), para quem as questões de vida das pessoas devem ser canalizadas ao processo, para a efetividade das promessas de tutela jurisdicional permitidas pela Constituição.

Bonifácio também ensina que a Constituição se constitui uma grande fonte de legitimação das decisões judiciais, devendo nortear seus valores, princípios, regras, dinamicidade, espírito, força, potência, integração, vivacidade.

O déficit de legitimidade das decisões do Poder Judiciário aparece quando a norma constitucional é aviltada ou afastada e, ainda de acordo com as lições do autor, o descompasso e o desatino do Supremo Tribunal Federal com a Constituição Federal, designadamente por sentenças ao arpejo dos valores e direitos fundamentais, para além de simples decisões ilegítimas, possibilitam a sua sindicabilidade, e, eventualmente, podem encerrar um processo nos órgãos de Monitoramento da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, a fim de reparar o direito violado, quando não possam ensejar a ansiedade por uma jurisdição supranacional, partindo da experiência regional no tratamento da matéria dos direitos humanos.

As palavras do autor sobre a figura do juiz revelam harmonia com a nova hermenêutica constitucional, pois elas tratam da necessidade de que o Juiz tenha um forte preparo humanista, acompanhado de uma enorme sensibilidade social, a fim de colmatar as lacunas que porventura surjam e fazer evoluir o direito às respostas e às questões que lhes forem opostas.

4 A NOVA HERMENÊUTICA E A TEORIA DA COGNIÇÃO: AS ORIGENS DO POSITIVISMO E A FRACASSADA TENTATIVA DE “NEUTRALIDADE”

Foi após o Iluminismo, no Século XVII, que o embasamento teórico na razão implicou em uma maneira de organizar a realidade pela qual ela se tornaria compreensível. Com base na razão, a ciência surgiu para substituir os referenciais mitológicos e teológicos na explicação dos fenômenos. A diferença entre ela e o senso comum é a sistematização, o método e a comprovação da hipótese, resultando em conhecimentos sistemáticos, metodicamente obtidos e comprovados (CHAUÍ, 2011).

Esse processo foi aplicado primeiramente às ciências naturais e posteriormente às ciências humanas. Como exemplo destas últimas, a economia, por influência de Adam Smith, Malthus, David Ricardo e Karl Marx e a sociologia, por influência de Augusto Comte, Durkheim e Max Weber.

O direito não ficou alheio a esse movimento, também reivindicando o seu status racional-científico.

É bem verdade que há os que lhe negam esse caráter (Chabert, Nussbaum, Max Rumpf, Max Salomon, Von Kirchmann, Viehweg e Ballweg), sendo esta corrente de pensamento denominada de ceticismo científico-jurídico. Para eles, o direito pertence ao campo da arte (interação simbólica com as coisas) ou da técnica (aprimoramento de um saber-fazer). Neste sentido, famosa é a frase de Kirchmann: “três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras se transformam em maculatura” (FERRAZ JR., 1980).

A Escola Histórica Alemã do século XIX deu início ao sistema positivista de interpretação das leis, iniciando o Pandectismo, que correspondeu, na França, à Escola da Exegese e, na Inglaterra, à Escola Analítica. De acordo com estas Escolas, a aplicação do Direito correspondia à mera subsunção de regras; o juiz funcionava como a neutra “boca da lei”.

Hans Kelsen defendeu que ao jurista é dado tratar apenas das relações lógico-formais dos fenômenos jurídicos, deixando de lado o seu conteúdo empírico e axiológico. A sua Teoria Pura do Direito representou o ponto culminante do positivismo jurídico. Por esta teoria,

pretendia-se alcançar o máximo de rigor e neutralidade científica através da separação entre o direito e a moral e os valores transcendentais (KELSEN, 2009).

A partir das lições de Roscoe Pound, para quem as diferentes Escolas de juristas no século passado nada fizeram senão observar elementos distintos do agregado complexo Direito, Miguel Reale (1994) defende que a experiência jurídica sempre perpassa esses três elementos: fato, valor e norma, sendo tridimensional a estrutura do Direito. Logo, a norma não pode ser compreendida fora do processo incessante de adequação da realidade às exigências ideais ou da atualização de fins éticos no domínio das relações de convivência.

Advertiu ainda o autor que a Dogmática Jurídica não é toda a Ciência do Direito e o estudo abstrato das normas deve estar aliado às suas correlações com o mundo da experiência social e dos valores.

No mesmo sentido, Eduardo Bittar (2012) argumenta que a névoa positivista entrou na reflexão jurídica, ao tentar tornar as ciências humanas (incluindo a ciência jurídica) similar às ciências naturais. Pretender que o raciocínio e a lógica jurídica obedeçam ao mesmo grau de certeza dos saberes naturais, que se estruturam a partir das categorias de causa e efeito, retirando-lhe o caráter valorativo e a possibilidade de revisão de suas conclusões, é inócuo. Suprimir a essência valorativa das questões das ciências humanas compromete toda e qualquer possibilidade de acerto na discussão do papel que representam.

Também podemos citar a severa crítica de Pablo Lucas Verdú (2006), que afirma categoricamente que o postulado da pureza metódica é insustentável em razão da natureza das normas constitucionais, da hipocrisia que tal postulado carrega e de ser impossível na prática a taxativa separação entre o *sollen* e o *sein*.

É necessário advertir, contudo, que ainda hoje existem defensores do positivismo neutro do juiz enquanto exegeta da lei, sob as alegações de que o Direito está deixando de ser geral (pois a aplicação dos princípios constitucionais acaba desembocando no Direito da conjuntura), claro (a aplicação de princípios implica um raciocínio jurídico que não é puramente dedutivo), e coerente (os princípios constitucionais são contraditórios entre si e não cabe estabelecer prioridades estáveis entre eles), havendo uma arbitrariedade e decisionismo na aplicação do Direito, tal como enumerado por Regla (2012).

Em razão disso, há uma dissidência entre os que afirmam que os novos fenômenos jurídicos exigem a formulação de um novo paradigma teórico e aqueles que negam tal necessidade. A doutrina mais abalizada, no entanto, traça dez modelos em que a transição do positivismo ao pós-positivismo é notória (REGLA, 2012), conforme se segue:

Do modelo das regras ao modelo dos princípios e regras: na transição do modelo das regras para o modelo dos princípios e regras, deixa de imperar o ideal regulador da tipicidade, onde as normas abertas são imperfeições, para considerar que a solução normativa pode não definir um caso, como na aplicação de um princípio, exigindo a deliberação prática por parte dos sujeitos normativos.

Do modelo das relações lógicas entre as normas ao modelo das relações lógicas e relações de justificação: as relações lógicas entre normas não são suficientes, sendo também necessárias as relações de justificação, pois os critérios de exclusão no caso de conflito de regras (*lex superior*, *lex posterior* e *lex specialis*) dão lugar, em caso de conflito entre princípios, a uma ponderação da coerência valorativa.

Da correlação entre direitos e deveres à prioridade justificativa dos direitos: passa-se do modelo em que direitos e deveres são correlativos para chegar ao sistema em que a imposição de deveres não serve para justificar a titularidade dos direitos, mas apenas o contrário é válido.

Do modelo da subsunção ao modelo da subsunção e da ponderação: a mera subsunção pode gerar desajustes (problema de qualificação ou de interpretação), o que pode ser corrigido com o modelo da ponderação, eis que este é mais global ao considerar as razões subjacentes, ao balanço de princípios que pretendem refletir, a seus propósitos protetores e promocionais de Direitos.

Do modelo da forte oposição entre “criar” e “aplicar” normas ao modelo da continuidade prática das diferentes operações normativas: o ato de criar a solução para o caso concreto quando o juiz enfrenta um caso não regulado (na separação rígida entre o criar e o aplicar) é substituído pelo ato de incorporar um compromisso com os valores e fins constitucionais, não havendo uma separação categórica entre raciocínio político e raciocínio jurídico, pois ambos estão abaixo da Constituição e devem estar aptos a concretizá-la.

Dos juízos formais da validade das normas à distinção entre validade formal e validade material das normas: os juízos formais de validade (origem formal das normas) são substituídos por critérios materiais de validade e juridicidade.

Da distinção “casos regulados/casos não regulados” à distinção “casos fáceis/casos difíceis”: a discricionariedade de quem está decidindo um caso não regulado, no modelo de casos regulados/casos não regulados, é substituída pela responsabilidade da atividade ponderativa e justificadora a ser feita para a solução do caso difícil (quando não é resolvida pela mera subsunção da regra).

Da separação evidente entre a linguagem do Direito e a linguagem sobre o Direito a um discurso reconstrutor do próprio Direito: a oposição entre a linguagem prescritiva (do aplicador) e a linguagem descritiva (do cientista) deve ser transformada para um novo papel do jurista, um papel compreensivo e reconstrutor, prático e justificativo e, portanto, mais global do participante que contribui para o desenvolvimento da ciência jurídica.

Da distinção evidente entre estática e dinâmica jurídicas à concepção do Direito como prática: a observação neutra do objeto que está fora dos sujeitos que o observam é impraticável ao Direito e por isto deve haver uma evolução para aceitar que a existência, a estrutura e os conteúdos do Direito dependem das crenças daqueles que usam o Direito, não havendo mais espaço para uma mera descrição, mas para uma reconstrução de uma prática social cuja harmonização operativa obriga a realizar escolhas que devem ser justificadas, não descritas.

De “ensinar Direito é transmitir normas (conteúdos)” a “ensinar Direito é desenvolver certas habilidades”: a redução do estudo do Direito a mera memorização insular (quantidade de normas sem interdisciplinariedade), que também foi aplicado como critério para selecionar juristas profissionais, deve ser superada por uma nova forma de conhecimento, a combinação de conhecimentos normativos (regras à luz dos princípios que lhes dão sentido) e do desenvolvimento de habilidades metodológicas orientadas para a solução de problemas jurídicos. Em vez de memorização, o foco passa a ser metodológico.

O autor finaliza a sua análise afirmando que a concepção do Direito como prática exige o desenvolvimento de uma cultura das virtudes profissionais dos juristas (REGLA, 2012).

O texto gera uma reflexão sobre a grande dualidade ainda existente tanto nos bancos acadêmicos quanto nos fóruns judiciais: legalismo *versus* constitucionalismo.

No mínimo, deveria haver um maior conhecimento do processo histórico pelo qual estamos passando, pois o que já deveria ter sido de conhecimento de todos, como o fato histórico da passagem do “império da lei” para a “constitucionalização das ordens jurídicas”, parece não ser reconhecido ou compreendido.

Observamos que ainda não são poucos os atos atentatórios à Constitucionalização do Estado do Direito, começando pela inversão do que alguns cometem, ao interpretar a Constituição (ou os princípios constitucionais) “à luz da lei”, quando deve ser exatamente o contrário.

Canotilho (2003, p.1217-1218), ao tratar acerca dos limites da interpretação, aborda a problemática da interpretação da Constituição conforme as leis em vez do caminho inverso, o da interpretação das leis conforme a Constituição. Para o referido autor, este fenômeno ocorre

quando a Constituição procura concretizar-se a partir do recurso às leis ordinárias, por acreditar que estas estejam mais próximas à realidade do que a própria Lei Maior, buscando assim sua *constitucionalidade forçada*.

Assim, a utilização da interpretação da Constituição conforme a lei pode alargar demasiada e desarrazoadamente o bloco de constitucionalidade, legitimando a aplicação de normas que, na verdade, não se coadunam com os valores vigentes.

Pensamos que esta conduta não será bem-sucedida ao longo do tempo, pois as normas abertas da Constituição e os seus princípios aspiram a uma aplicação normativa mais avançada. Além disso, vozes doutrinárias estão denunciando abertamente as condutas violadoras da Constituição e também anunciando a nova etapa do constitucionalismo.

Uma dessas vozes pode ser encontrada em Boaventura de Sousa Santos (2001), onde ele propõe uma mudança radical no ensino jurídico, para adequar-se aos novos paradigmas constitucionais.

4.1 A superação da “neutralidade” pela atual teoria da cognição

É sabido que o processo de cognição é complexo. A realidade não se apresenta tal qual ela é, mas enquanto representação formada pelo cérebro.

A interface entre o objeto conhecido e o sujeito cognoscente é mediada pela construção mental realizada pelo sujeito, ou seja, a bagagem do sujeito cognoscente exerce uma “transformação” no objeto. É por isto que o mesmo objeto pode ser descrito distintamente por pessoas diferentes.

A teoria da cognição, estudada nas mais variadas áreas do conhecimento (linguística, psicologia e filosofia, por exemplo) é multidisciplinar, recebendo as mais diversas contribuições para a descoberta de fenômenos relacionados ao processo de como conhecemos. Atualmente, porém, cada vez mais ela ganha respaldo biológico no campo da neurociência.

A tomada de decisão, que envolve ativações na região do córtex pré-frontal (área mais anterior do cérebro), também é influenciada pela atividade de outras áreas classicamente envolvidas com o controle das emoções ou comportamentos motivacionais.

Antes da tomada de decisão, o ser humano faz um processo mental de avaliação emocional das consequências de suas ações, de onde se conclui que as suas decisões são reguladas pela emoção (DAMÁSIO, 2005). Uma teoria emocionalista-sentimentalista da moral logra articular razão, emoção e processos de tomada de decisão em termos empírico-filosóficos,

na medida em que sentimentos cognitivos prescindem de um nível reflexivo (DAMÁSIO, 2000).

É, em suma, a superação do dualismo cartesiano (dicotomias de contraposição entre alma e corpo, mente e cérebro, razão e emoção), evidenciando que todos os seres humanos, inclusive os juízes, decidem não somente com base na razão, mas também com a emoção.

Dito isto, observamos, desde já, que aquela suposta “neutralidade” na aplicação da lei pelo juiz não passa de um anseio inatingível, impossibilitado por circunstâncias fisiológicas.

A segurança jurídica hoje deve buscar outros fundamentos que não o de que o aplicador da lei é um ser “neutro” e “alheio” a valores e ideologias, uma vez que, enquanto ser humano, conhece e interpreta a lei através de um processo cognitivo carregado de propriedades sensoriais, emocionais e intelectuais prévias. Essas propriedades prévias não são estáticas, pois o processo de formação do sujeito cognoscente é contínuo e dinâmico.

Já há estudos sobre a aplicação dessa teoria ao processo judicial, afirmando-se que, na cognição judicial, existe tanto o pensamento abstrato (como ação cognitiva) quanto representações geradas pelos dados físicos do processo e que vão impressionando o intelecto do juiz até que ele seja capaz de gerar um cenário intelectual do conflito, cujo cenário, aliás, difere do conflito em si e do conflito formulado pelas partes, sendo um constructo intelectual e ideal (DIAS, 2013).

Pablo Lucas Verdú (2006), apresentando a sustentação de Husserl, no sentido de que só cabe falar de sentimento jurídico quando este se relaciona com a Justiça, cuja relação também foi assinalada por Del Vecchio e por Kaufmann, reconhece que o homem está condicionado em sua conduta, em suas decisões e fixação de fins, não tanto pela razão, senão por seus sentimentos e, assim, pelos valores que lhe são propostos por seu sentir.

4.2 A permanência da busca pelo valor ‘Segurança Jurídica’

Embora o sistema estritamente positivista de aplicação do direito, enquanto processo silogístico neutro, tenha sido superado, permanece a busca pelo principal valor buscado por essa teoria: a segurança jurídica.

A segurança jurídica hoje representa a busca pela previsibilidade na aplicação das normas do ordenamento jurídico por determinado tribunal, pois é com base no efeito irradiador das decisões judiciais que as pessoas pautam o seu comportamento cotidiano.

A mudança frequente de posições, especialmente quando se trata de decisões contrárias na aplicação do mesmo conteúdo normativo, ameaça essa previsibilidade de “correção da conduta” pelos integrantes da sociedade.

A preocupação central reside na manutenção de algum grau de coerência e consistência com decisões anteriores pelos tribunais, de modo a assegurar o mínimo de certeza e de previsibilidade aos jurisdicionados. Em razão disso, mudanças de entendimento nos tribunais devem ser adequadamente fundamentadas, obedecendo à garantia constitucional de motivação das decisões (FERREIRA, 2014).

De toda forma, o nosso sistema é todo permeado de princípios e normas abertas, o que demanda do aplicador uma bagagem cultural interdisciplinar que o faça estar de acordo com o sistema axiológico e sociológico exalado pelo Estado Constitucional de Direito.

O que se quer dizer com isso é que o próprio sistema normativo tem valores e fins sociais próprios e específicos que devem ser seguidos pelo juiz no momento da decisão.

A situação em que os princípios eram vistos como destituídos de normatividade está ultrapassada desde os escritos de Ronald Dworkin (Levando os direitos à sério, 1977) e Robert Alexy (Teoria dos direitos fundamentais, 1985), onde a norma passou a ser gênero do qual as regras e os princípios são espécies. Atualmente, os princípios constitucionais são considerados o centro do ordenamento jurídico.

A doutrina proclama que os princípios constitucionais são, enfim, o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo (BONAVIDES, 2010) e a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico (BARROSO, 2010). Por esta razão, os princípios, com toda a sua carga axiológica, devem ser aplicados, por serem normas jurídicas cogentes.

Pensamos, ainda, que não há como sustentar uma neutralidade avessa a sentimentos com as normas abertas da Constituição; é uma conduta muito mais responsável compreender a influência do sentimento constitucional para a formação contínua do ordenamento jurídico, procedendo a uma interpretação mais condizente com a vontade constitucional.

4.3 A Nova Hermenêutica na aplicação do direito e a desmitificação do juiz neutro

No Brasil, os fenômenos recentes da constituição-garantia, da constitucionalização do Direito, da judicialização da política e da progressiva incorporação à prática judicial de estilos hermenêuticos mais dinâmicos e flexíveis tem gerado uma grande relevância prática do campo da interpretação constitucional (SARMENTO, 2010).

A norma de decisão, que é o resultado da operação da aplicação da norma escrita pelo juiz, deve ter correspondência de legitimidade com os verdadeiros valores constitucionais que

emanam do titular da soberania: o povo. Em outras palavras, a decisão deve guardar correspondência com o sistema axiológico e sociológico exalado pela ordem constitucional.

Não podemos deixar de considerar que até mesmo os estudiosos da lógica jurídica propagam a ideia de que a justiça dos dias atuais deve se afastar do lugar comum presente no argumento da decisão estritamente formalista, visto que

Na medida em que o funcionamento da justiça deixa de ser puramente formalista e visa a adesão das partes e da opinião pública, não basta indicar que a decisão é tomada sob a proteção da autoridade de um dispositivo legal, é necessário demonstrar ainda que é equitativa, oportuna, socialmente útil (PERELMAN, 2000, p. 216).

Mesmo porque, conforme ficou demonstrado com a atual teoria da cognição, a suposta racionalidade neutra das decisões tomadas por seres humanos não passa de uma ideia equivocada que não tem correspondência no mundo concreto da vida.

Não considerar que o juiz é um ser humano cujo processo interpretativo da linguagem envolve a razão e a emoção conjuntamente, conforme a teoria da cognição, é validar o risco da proliferação de decisões judiciais parciais sob o suposto manto da neutralidade.

Essa é a contribuição que os conhecimentos da neurociência oferecem à Teoria do Direito e que não pode ser olvidada pelos juristas. O cérebro está sendo objeto de constante observação científica, onde as novas descobertas podem ser utilizadas para o premente aprimoramento das demais ciências.

Logo, mediante o necessário proveito das descobertas científicas, torna-se imperativo exterminar o mito da neutralidade do julgador no momento da interpretação das leis, tendo em vista que a ideia da separação estanque entre a razão e a emoção já não encontra validade no mundo fático.

Somado a isso, ponderamos que o processo cognitivo do juiz pode encontrar no próprio Direito o direcionamento dos valores axiológicos. Isto significa que a subjetividade dos valores internos de cada julgador deve ser silenciada face a existência de valores do próprio ordenamento jurídico, assegurando a garantia do valor da segurança jurídica e da justiça. Tais valores internos do ordenamento, que ora denominamos de valores endógenos do sistema, devem sempre constar em todos os métodos hermenêuticos de interpretação do direito. É o que defendemos.

5 CONCLUSÃO

A existência do ordenamento jurídico é imprescindível à manutenção do bom funcionamento das sociedades contemporâneas, a fim de afastar o estado de barbárie na convivência entre os seres humanos. O processo de superação de injustiças foi longo e

permeado de avanços e retrocessos, tendo o direito surgido para efetivamente superar fundamentos mitológicos e religiosos de regulação do poder.

A atual proteção do ser humano advém da organização estatal formada pelo povo, território e poder soberano. O povo, aliás, é atualmente o único titular da soberania. O Estado Constitucional enquanto evolução do estrito Estado de Direito exige que a ordem estabelecida tem que estar legitimada pelo povo. Entretanto, não foi sempre assim; observamos, de acordo as teorias de legitimidade da ordem jurídica, que esta nem sempre esteve assentada em bases democráticas.

As características da atual teoria da cognição, com a superação do dualismo cartesiano, permitem trazer à reflexão o fato de que a segurança jurídica não pode mais ser objeto de uma busca frustrada, incompatível com as atuais descobertas da neurociência; antes, essas características devem ser conhecidas no âmbito jurídico, para o fim de tornar a segurança jurídica um valor a ser conquistado de forma responsável e realista, a partir da influência do sentimento constitucional para o processo de tomada de decisão pelo juiz.

Se todo e qualquer processo de tomada de decisão envolve ativações tanto na região do córtex pré-frontal (área mais anterior do cérebro) quanto em outras áreas envolvidas com o controle das emoções ou comportamentos motivacionais, fazendo com que o processo mental de avaliação das consequências termine articulando razão e emoção num nível reflexivo (DAMÁSIO, 2000), devemos considerar que o próprio sistema normativo tem valores e fins sociais próprios e específicos que devem ser seguidos pelo juiz no momento da decisão. Portanto, os valores endógenos do sistema devem sempre constar em todos os métodos hermenêuticos de interpretação do direito.

Dessa forma, fica claro que o juiz, assim como todo ser humano, não é capaz de se despir de toda e qualquer carga valorativa quando da tomada de decisões, de modo que qualquer tentativa de buscar a sua neutralidade será infrutífera, parcial e extremamente problemática. A grande pedra de toque nesta seara é questionar e eleger os valores a serem adotados quando da norma de decisão e não tentar negar a sua existência.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

- BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a Proteção dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHAUÍ, Marilena de Souza. **Convite à Filosofia**. 14 ed. São Paulo: Ática, 2011.
- DAMÁSIO, Antonio. **O Erro de Descartes: Emoção, razão e o cérebro humano**. 2a. edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- _____. **O Mistério da Consciência: Do corpo e das emoções do conhecimento de si**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- DIAS, Jean Carlos. Reflexões acerca da Teoria da Cognição no Processo. **Revista Argumenta**. Jacarezinho - PR, n. 6, p. 203-219, Fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/66>>. Acesso em: 02 Dez. 2014.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- _____. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FERREIRA, Vivian Maria Pereira; BASTOS, Marina Montes. Padrões e Deficiências na Fundamentação do STF: Uma análise da construção argumentativa do STF na ausência de citação de jurisprudência. In: **Revista "Direito em Debate"**. Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. p. 187-228. Ano XXIII n° 41, jan.-jun. 2014.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- HABERMAS, **Teoria do Agir Comunicativo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- _____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público. Volume I**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. Coimbra, Editora Coimbra, 2004.

- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PERELMAN, Chäim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- REGLA, Josep Aguiló. Do Império da Lei ao Estado Constitucional. Dois paradigmas jurídicos em poucas palavras. In: **Argumentação e Estado Constitucional**. Coord. Eduardo Ribeiro. Ícone: São Paulo, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça** São Paulo: Editora Cortez, 2001.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia jurídica**. Campinas: Edicamp, 2004.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília: 2004.
- VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional: Aproximação ao Estudo do Sentir Constitucional como modo de Integração Política**. Forense: Rio de Janeiro, 2006.