

NÃO HÁ CERTO OU ERRADO

THERE IS NO RIGHT OR WRONG

Filipe Braz Da Silva Bueno¹

RESUMO: O PRESENTE ARTIGO TEM POR OBJETO O QUESTIONAMENTO SOBRE A BAIXA NA SEGURANÇA JURÍDICA E NA DEMOCRACIA E SUA REPERCUSSÃO NO MUNDO JURÍDICO, SENDO ABORDADO PELAS SEGUINTE ETAPAS: A CRISE DA CERTEZA (BAIXA DA SEGURANÇA JURÍDICA); A CRISE DEMOCRÁTICA; ALGUMAS DAS POSSIBILIDADES DO SISTEMA JURÍDICO CONTEMPORÂNEO. A PESQUISA TEM CARÁTER QUALITATIVO UTILIZANDO O MÉTODO LÓGICO-DEDUTIVO, SENDO REALIZADO O EXAME BIBLIOGRÁFICO, ATRAVÉS DA VERIFICAÇÃO DE REFERENCIAL TEÓRICO-METODOLÓGICO A PARTIR DAS PRINCIPAIS CATEGORIAS: PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, DEMOCRACIA, LEGITIMIDADE E CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS. ATRAVÉS DESTES PODE-SE VISUALIZAR A QUE A CRISE DA CERTEZA PRODUZIDA COM O FRACASSO DO POSITIVISMO LEGALISTA E DIANTE DE UMA SOCIEDADE PLURAL AFETA A SEGURANÇA JURÍDICA E SEUS PRINCIPAIS VALORES: ESTABILIDADE, CALCULABILIDADE, CONFIANÇA E PREVISIBILIDADE; QUE A CRISE DEMOCRÁTICA DEMONSTRA BAIXA REPRESENTATIVIDADE, O QUE FAVORECE UM AUMENTO DO PODER JUDICIÁRIO, MAS QUE AO MESMO TEMPO A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO É NECESSÁRIA PARA CONTROLAR O PODER DA DECISÃO DO POVO; QUE AS TEORIAS DE LUHMANN, DWORKIN E HABERMAS FORNECEM ALGUMAS RESPOSTAS PARA O CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS, MAS NÃO É POSSÍVEL ENCONTRAR RESPOSTAS CERTAS OU ERRADAS.

PALAVRAS-CHAVE: *SEGURANÇA JURÍDICA. DEMOCRACIA. LEGITIMIDADE. DECISÕES JUDICIAIS. CONTROLE JUDICIAL.*

ABSTRACT: THIS ARTICLE INTENDS TO THE QUESTIONING ABOUT LOW ON LEGAL SECURITY AND DEMOCRACY AND ITS IMPACT ON THE LEGAL WORLD, BEING ADDRESSED BY THE FOLLOWING STEPS: A CRISIS OF CERTAINTY (LOW LEGAL SECURITY), THE DEMOCRATIC CRISIS, SOME OF THE POSSIBILITIES OF THE SYSTEM CONTEMPORARY LEGAL. THE RESEARCH IS QUALITATIVE USING THE LOGICAL-DEDUCTIVE METHOD, AND THE EXAMINATION BIBLIOGRAPHY, BY VERIFYING THEORETICAL AND METHODOLOGICAL REFERENCE FROM THE MAIN CATEGORIES: PRINCIPLE OF LEGAL SECURITY, DEMOCRACY, LEGITIMACY AND CONTROL OF JUDGMENTS. THROUGH THIS CAN BE VISUALIZE THAT THE CRISIS OF CERTAINTY PRODUCED BY THE FAILURE OF LEGALISTIC POSITIVISM AND _ IN FRONT OF A PLURAL SOCIETY AFFECTS LEGAL SECURITY AND ITS CORE VALUES: STABILITY, CALCULABILITY, PREDICTABILITY AND CONFIDENCE; DEMOCRATIC CRISIS DEMONSTRATES THAT THE LOW REPRESENTATION, WHICH FAVORS AN INCREASE OF THE JUDICIARY POWER, BUT AT THE SAME TIME THE ACTION OF THE JUDICIARY IS REQUIRED TO CONTROL THE POWER OF THE PEOPLE'S DECISION, THAT THE THEORIES OF LUHMANN, HABERMAS AND DWORKIN PROVIDE SOME ANSWERS FOR THE CONTROL OF JUDICIAL DECISIONS, BUT NOT IT IS POSSIBLE FIND ANSWERS RIGHT OR WRONG.

KEYWORDS: *LEGAL SECURITY. DEMOCRACY. LEGITIMACY. LEGAL DECISIONS. JUDICIAL REVIEW.*

Sumário: 1 Introdução. 2 A crise da certeza (baixa da segurança jurídica). 3 A crise democrática. 4 Algumas das possibilidades do sistema jurídico contemporâneo; A- A proposição Luhmann; B- A proposição de Dworkin; C- A proposição de Habermas. 5 Conclusões parciais.

¹ Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná e Professor da Universidade Paranaense – Campus Paranavaí. E-mail: filipebbueno@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Fracassado o projeto do positivismo legalista e diante de uma sociedade cada vez mais plural, nasce para o Direito diversas crises, dentre elas, uma crise de certeza e outra crise democrática, que vêm afetar diretamente a legitimidade das decisões judiciais e a estabilidade das relações pretendida pelo Direito.

A crise da certeza, baseada pela ampliação da diversidade social e de seus anseios, atinge o princípio da segurança jurídica e para sua resolução busca respostas no modo de interpretação e aplicação das regras e princípios – principalmente destes – já que não existem respostas prontas para todos os casos, isto repercute em um aumento de poder do judiciário na resolução dos conflitos e também cresce a interferência nas esferas dos outros poderes.

Já a crise da democracia, refugiada no déficit de representação, participação e fiscalização popular nos poderes, levam a questionamentos desde se a democracia é realmente o melhor sistema de distribuição do poder, até a verificação dos perigos do poder democrático sem limites – por um lado, e da colocação da produção democrática como fonte da legitimação do poder - por outro lado.

Deste modo, o questionamento sobre a baixa na segurança jurídica e na democracia e sua repercussão no mundo jurídico é o objeto deste artigo, que utiliza a pesquisa na forma qualitativa e o método lógico-dedutivo, sendo que a partir das duas crises apontadas acima, serão apresentadas algumas formulações teóricas que tentam desenvolver o problema do aumento do poder do judiciário através de métodos de controle das decisões judiciais, também o questionamento da democracia como legitimadora dos direitos e a necessidade de controlar o poder do povo, muitas vezes, colocado como sagrado.

2 A CRISE DA CERTEZA (BAIXA DA SEGURANÇA JURÍDICA)

Antes de qualquer abordagem sobre a crise de certeza no mundo do direito é necessário fazer um resgate de como foi construída a ideia de segurança jurídica, pois através deste retorno pode-se visualizar melhor as forças que abarcam esta temática.

O paradigma da modernidade foi construído em cima do ideal da razão humana, do Renascimento ao Iluminismo, o crédito sobre a razão humana era imenso, o homem achava que tudo poderia fazer, descobrir e resolver através da sua razão, a ampliação

dos conhecimentos de Newton, Copérnico, Descartes, entre outros, somatizaram uma visão sobre as leis matemáticas, sem espaços para erros e onde tudo era racional (CASTELO, 2001, p. 5-6).

“Natural que dentro desse panorama, ou melhor, desse paradigma de pensamento filosófico-científico (e histórico, econômico, social e político acima descrito) da modernidade fosse o próprio direito construído sem considerações subjetivas e sem probabilidade, apenas com bases de dados objetivamente mensuráveis e de certeza” (CASTELO, 2001, p. 6).

Já o paradigma da Idade Contemporânea é construído em cima do ideal da relatividade (probabilidade), os pensamentos de Einstein, Freud, Jung, Heisenberg e Bohr, desmantelaram a teoria das regras absolutas construídas na modernidade e verificaram que a razão do homem não era tão racional assim (CASTELO, 2001, p. 6-8).

Nesta mesma passagem histórica foi construído o Direito, primeiro sob uma ótica positivista legalista, onde a absoluta certeza seria retirada das leis preestabelecidas, depois, com a transformação das sociedades e também após a Segunda Guerra, percebe-se que o projeto do positivismo estava fracassado, não era possível transformar o Direito em uma ciência exata com a certeza absoluta sobre os seus resultados.

Em consequência, buscando dar maleabilidade ao ordenamento jurídico foi colocado os princípios no centro do poder (BARROSO, 2006, p. 15-29) o que ocasionou um aumento na relatividade do Direito, deixando vencido o paradigma moderno da certeza absoluta, aliás, num mundo onde nem as leis da Física podem ser consideradas absolutas (dotadas de certeza), há de se admitir que o Direito também não conseguirá ser. Tudo é relativo.

Este é o contexto da atualidade, diante de uma sociedade essencialmente plural, é impossível prever regras para todas as situações, também é necessário assumir riscos para que se possam abarcar as peculiaridades de cada um, não há com pensar em segurança jurídica perfeita, abre-se mão de determinados valores para alcançar outros. É possível sim, diminuir os riscos, adotar requisitos mínimos, porém não se pode ter certeza absoluta.

Assim, é necessária uma revisão marcada pelas características apontadas por Canotilho (1993, p. 372-380): estabilidade, calculabilidade, confiança e previsibilidade no conceito de segurança jurídica, já que através do aumento do uso dos princípios, e

principalmente, determinados princípios essencialmente amplos como a dignidade da pessoa humana, razoabilidade e proporcionalidade, é possível retirar diversas interpretações de um mesmo caso. Então, qual delas escolher? A mais justa? A mais razoável ou proporcional? Quem pode dizer se isso é mais justo que aquilo? E por que se submeter a uma decisão se não há acordo com sua justiça? São estas e outras perguntas que não existem respostas incondicionais e reconhecer a falibilidade do Direito é fundamental, pois quem não admite seus erros, não pode aprender com eles.

Por isso que, caso não seja reconhecida a relatividade e não se adote limites a ela, estará confirmada a saída da era “positivismo primitivo” para a entrada no “panprincipiologismo” (STRECK, 2010, p. 170-171).

Portanto, primeiramente é necessário discutir a realidade imposta, no caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabelece a República Federativa do Brasil baseada no Estado Democrático de Direito, assim a opção do detentor do poder já está definida, em uma Democracia, “todo poder emana do povo”.

Porém, o poder está limitado por diversas barreiras colocadas pelo Estado de Direito, regras na própria Constituição Federal que todos devem ser submetidos, inclusive o povo. Nestes limites, dentre outras disposições existem princípios e metas altamente interpretáveis e abertos, e é aqui que está o problema ou a solução dependendo do ângulo de visão.

Porque o poder emana do povo, mas este está submetido a determinadas regras, e dentre estas regras existem aquelas que são moldáveis, portanto quando surgir casos onde as regras autorizarem várias opções quais delas escolher? Aqui a relatividade é um problema.

De outro lado, ao contrário da diversidade de escolhas, existem diversas situações sem nenhuma regra concreta, se não existirem regras moldáveis, os casos não regulamentados ficarão sem parâmetro nenhum? Então os princípios seriam a solução? Já aqui a relatividade possibilita uma resposta.

Nos dois casos sempre existem opções a espera de uma escolha, portanto a pergunta mais importante é: quem deverá escolher? Ora se um regime é democrático, a resposta lógica é o Povo. Será?

Antes de avançar, nesta questão, existem outras considerações a fazer, primeiro vive-se em uma sociedade da velocidade (BARROSO, 2002, p. 51), onde tudo é rápido e indeterminado, além disso, a sociedade é altamente pluralizada e complexa, não

existem grandes padrões. A economia, a geografia, a posição social, etc, alteram demais todas as circunstâncias, e muitas destas, devem ser tratadas pelo Direito, assim, são enormes as necessidades e casos diferenciados a ser considerados, e mais, para cada nicho social as respostas deveriam ser diferentes.

De outro plano, o regime adotado pela CF-88 foi do *civil law*, onde as leis devem estar escritas, ainda, adotou-se a democracia representativa com critério de escolha pela maioria e a separação dos três poderes, onde se aprende desde a educação básica que o Legislativo faz as leis, o Executivo as executa e o Judiciário as aplica e fiscaliza, simples assim. Porém, na educação das crianças ainda não ensinam que para se autolimitem, estes poderes podem interferir uns nos outros e mais a CF-88 não contava que o Legislativo e o Executivo não conseguiriam (ou não conseguem, não querem ou não podem) realizar suas funções.

Desta forma, acabou por ficar a cargo do Judiciário determinadas questões onde houve inércia ou ineficiência dos outros poderes, principalmente, porque o Judiciário não pode deixar de julgar qualquer caso que lhe seja apresentado.

Neste contexto, surgem circunstâncias alarmantes, o Judiciário, apesar de ser um dos poderes do Estado, é menos democrático de todos por não ter seus membros escolhidos pelo povo e, além disso, é o detentor da última palavra, suas decisões não podem ser discutidas se, dentro da sua esfera de poder, não houverem mais recursos. Deste modo, há de se considerar o grande perigo que a sociedade da velocidade corre, uma vez que, o papel de “herói” acabou nas mãos daqueles que têm o poder de dizer o que é certo ou errado e não submetem suas decisões a nenhum tipo de controle a não ser o controle interno dele próprio.

Alguns chamam de ditadura dos juízes, outros chamam de ativismo judicial, ainda outros chamam simplesmente de interpretação, seja o nome que tiver, o perigo é real, mas qual é a outra saída? Esperar um ou dois séculos para que a população tenha mais consciência em quem vota e queira fiscalizar melhor seus representantes, zerando o déficit de representação política atual do Brasil? Ou deixar que o Judiciário haja na falta dos outros poderes torcendo para que aqueles que não são escolhidos democraticamente não se tornem os detentores do poder? Ou ainda, será que cabe ao Direito assumir as rédeas dessa sociedade plural?

De qualquer forma, a sociedade brasileira está em uma encruzilhada, onde não há soluções imediatas, alguns riscos terão de ser custeados, algumas escolhas deverão

ser feitas, sabendo desde já, que não há garantias de um resultado melhor e a única atitude possível é tentar diminuir os riscos de qualquer decisão que seja tomada, esta é a realidade.

3 A CRISE DEMOCRÁTICA

Constatada esta crise da certeza, pode-se voltar a discutir se as decisões realmente serão sempre melhores se advindas do povo. Isso porque existem algumas concepções sobre o mito democrático que necessitam ser expostas e que podem fazer grande diferença, no momento da escolha entre apoiar ou frear o ativismo judicial.

Por um lado, os juízes estariam subvertendo o equilíbrio dos três poderes e passando por cima da vontade do povo, indo além dos limites interpretativos da legislação para resolver os casos conforme os princípios, valores, moral ou simplesmente conforme a sua vontade, ainda há aqueles casos que o próprio poder judiciário acaba legislando.

De outro lado, existe a defesa de que as legislações não são condizentes com a realidade e que existe uma crise de representatividade do legislativo e no executivo, abrindo espaço para a interferência, principalmente do judiciário que não pode se abster de julgar, e que esta atuação seria uma defesa da própria vontade do povo.

Mas será que a vontade do povo é realmente o melhor caminho?

Quando Pilatos lavou as mãos e deixou a última palavra para o povo, acabou transformando-o em Deus, capaz de tirar a vida de Jesus (ato irreversível), demonstrando que a própria democracia merece limites, pois sem barreiras, “os entendimentos destoantes não podem se manifestar livremente” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 129).

Porém, o enunciado *vox populi vox dei* é amplamente difundido e é de fácil aceitação, assim, Zagrebelsky alerta para quem muito se manifesta pelo poder irrestrito do povo, possivelmente quer fazer uso dele para fins ocultos. Colocar a democracia como intocável simplesmente baseada em aspectos formais é dar liberdade para que as autocracias e oligarquias utilizem a “multidão como arma”. (ZAGREBELSKY, 2011, p. 129)

Usando argumento ao contrário da divindade do povo, Zagrebelsky trata todos os homens como altamente falíveis, são todos iguais porque todos podem falhar, assim prega a democracia crítica, que está sempre aberta à mudança, nunca tem certeza e

nunca é segura de si, estando sempre proposta as mudanças, pois sempre existe a possibilidade das suas escolhas estarem erradas. A condição de que todos são falhos e ninguém é melhor que ninguém, além da possibilidade constante das mudanças, acaba por liberar a autoridade do povo, não que isso seja perfeito, mas “pela insuperável falta de algo melhor” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 129).

Ora, se a democracia é um caminho porque não há outro melhores, pode-se concluir que, apesar de respeitar a vontade do povo, esta não pode ficar simplesmente liberada para realizar aquilo que quiser. Além do que, a vontade do povo, não sendo divina e nem sempre boa, pode ser o argumento infalível ou limitador incondicional para as decisões judiciais?

Apesar destas considerações não se pode esquecer que o próprio Zabrebelsky (2011, p. 129) colocou a democracia como o método “menos pior”, e assim pode-se concluir também, como a sociedade ainda não desenvolveu nada melhor, é necessário defender a democracia das corrosões que podem afetá-la de maneira irreversível.

Kelsen (2000, p. 143-146) alerta para que a democracia deve ser vista pelo processo que a caracteriza e não para o conteúdo que os governantes dizem que devem seguir ou não, ou seja, um governo democrático é aquele que é eleito através do sufrágio universal, igualitário, livre e secreto. A crítica que este argumento é formalista, muitas vezes é utilizado para mascarar forças “ocultas” que utilizam de conteúdos materiais para justificar para o povo determinada atitude que seria mais democrática que outra, mas na realidade somente está defendendo interesses ideológicos de uma determinada autocracia. Muitas vezes, aqueles que dizem defender a democracia afastam a vontade do povo, sob o argumento que esta vontade foi manifestada apenas formalmente, e que precisaria de ajustes materiais para verdadeiramente representar a pretensão popular.

O mesmo conteúdo formal é apontando por Bobbio, o qual coloca democracia como:

“Entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”. (BOBBIO, 1986, p. 18).

O problema da utilização de critérios formais, é que eles ditam as regras como se tudo estivesse perfeito, do modo que foi colocado para ser, por exemplo, no caso da

democracia, se se tivesse uma verdadeira participação do povo, uma verdadeira representatividade, uma verdadeira fiscalização, uma verdadeira atuação de todos os poderes, etc., seria inútil estar discutindo se deve basear a democracia conforme seu conteúdo ou conforme a sua forma.

Porém, a democracia não está perfeita, aliás, está longe disso, a partir dos seus defeitos, os critérios formais são abandonados para tentar corrigir através de critérios materiais. O grande problema é que nesta busca acaba-se menosprezando as formas e toda segurança que elas carregam, em consequência disto, há de se concordar com o Kelsen que existem “forças ocultas” utilizando-se de discursos de defesa da democracia, quando na verdade estão aproveitando de sua crise para buscar seus interesses.

A imperfeição do modelo democrático atual pode ser visto dentre as promessas que a democracia fez e não cumpriu (BOBBIO, 1986, p. 22-33):

1) os sujeitos politicamente ativos, deixaram de ser os indivíduos (vontade geral) e passaram a ser grupos que concorrem entre si para assunção do poder (democracia policrática);

2) os representantes buscam os interesses e não representar politicamente os indivíduos;

3) as elites continuam no centro do poder;

4) ainda faltam espaços para exercício da democracia;

5) não se eliminou o poder invisível;

6) ainda falta educação para a cidadania;

Mas Bobbio (1986, p. 33 e 39), acredita que estas promessas não poderiam ter sido cumpridas, visto o aumento da complexidade da sociedade, apesar de tudo isto, ainda defende a democracia que, mesmo tendo todos os seus problemas, ainda prega os valores da tolerância, da não-violência e da renovação.

Ou seja, vive-se uma crise democrática, mas ainda as regras da democracia devem ser respeitadas (com certos limites), pois seus ideais são os únicos que garantem a convivência harmônica na pluralidade e quando deixar de haver consenso sobre determinadas decisões, as regras podem ser renovadas sem mortes.

Fazendo um apanhado geral, tem-se algumas situações:

a) Não há como ficar cego com a forma da democracia, pensando que a vontade do povo sempre gerará as melhores decisões. São necessários limites a estas manifestações de vontade que muitas vezes são manipuladas;

b) Também não há como se basear apenas nos critérios materiais, pois estes muitas vezes também são manipulados para afastar a forma democrática de tomar decisões, utilizando-se como pretexto os defeitos da democracia para defender interesses ocultos de determinados grupos de poder;

c) A utilização de critérios formais é mais segura, pois se sabe sobre qual caminho está andando, já que este foi delineado previamente para determinadas situações. Porém, quando as situações se alteram, nem todas as respostas podem ser encontradas, ou ainda, pode-se arguir que a própria definição prévia não foi a melhor escolha ou está ultrapassada; então, passa-se a utilizar de conteúdos materiais para encontrar melhores caminhos, que tem como problema uma busca altamente permissiva, alguns abusam desta liberalidade para buscar seus caminhos e não o melhor para todos, portanto, em quem se deve confiar para fazer esta busca?

Estas questões remontam uma ideia de que alguma coisa está errada, ou tudo está errado, não há como saber em quem confiar, ou seja, está formada uma crise de confiança tanto na democracia, como no povo, assim como nos representantes dos poderes.

Já precavida disto, na própria Constituição criou meio para defender o povo de si mesmo, principalmente povo entendido como as decisões da maioria, pois “a multiplicação de órgãos e mecanismos de controle é salutar para o desenvolvimento da democracia, e é nesse contexto que a jurisdição constitucional se insere” (ALVES, 2012, p. 271).

Mas qual seria o limite deste controle constitucional? E há quem cabe realizar este controle? Na maioria das constituições contemporâneas a defesa dos limites do poder “divino” do povo acabou por ficar com os direitos fundamentais e os tribunais constitucionais foram criados para guardar as constituições (e também em algumas circunstâncias ao poder judiciário como um todo – controle de constitucionalidade concreto) e evitar o abuso do poder democrático.

Assim, retorna-se a crise de certeza, pois na realização deste controle, deve-se confiar a estes tribunais constitucionais a interpretação fora do texto democrático ou não? Ely (1997, p. 29-97) chega à conclusão que nenhum das opções é aceitável, não se pode ficar restritos aos textos legais, assim, como não há garantias que a interpretação de seus conteúdos será democrática ou arbitrária.

Neste círculo sem fim, entre confiar no povo? Confiar no judiciário? Confiar em quem? Diante da falta de opções, ou melhor, a escolha entre não fazer nada ou fazer alguma coisa, no caso brasileiro, foi clamado ao judiciário que atuasse.

Desta forma, o crescimento e fortalecimento do poder judiciário podem ser colocados a partir da crise democrática, tanto da falta de representatividade, quanto das promessas não cumpridas. Onde os outros poderes falham, resta se socorrer daquele que não pode deixar de julgar, porém a grande controvérsia, é que na crise da democracia, busca-se no poder menos democrático o fortalecimento desta (VIEIRA, 2008, p. 443), e isto pode gerar várias consequências indesejadas.

A denominação “Supremocracia”, trazida por Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 444) é bastante contundente no sentido de mostrar que buscar a falta dos outros poderes perante o judiciário (detentor da última palavra e realizador dos limites das decisões democráticas) pode trazer grandes prejuízos quando feita de maneira desmedida e sem cuidado.

Os motivos é que primeiro: o Supremo Tribunal Federal – STF assumiu o “governo” do poder judiciário brasileiro, e segundo: porque passou a ter interferência cada vez maior nos outros poderes. Muitos podem alegar, que este é o papel do STF dado pela própria CF-88, mas como bem alerta Vieira (2008, p. 445), o problema no Brasil é “de escala e de natureza”.

“Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador” (VIEIRA, p. 445).

Neste sentido, os limites do STF vêm sendo ampliados ao ponto de que na Reclamação 4335-5/Acre no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes defendeu uma mutação constitucional do sentido (incrivelmente claro) do texto do artigo 52, X da CF-88 declarando-a como “uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto”.

Portanto, a interpretação dos “onze supremos membros” pode simplesmente passar por cima do que bem entender, inclusive do texto constitucional, que por incrível que pareça, ainda os submete? Realmente a crise de certeza e a crise democrática estão instaladas.

Desta forma, um raciocínio parece bastante necessário, tudo está em constante mudança; tudo é relativo; inclusive o poder do povo, que por isso merece ser limitado. Estes limites viriam, principalmente, pelos tribunais constitucionais; Porém, estes tribunais podem passar de seus limites e ameaçam a corroer a própria democracia, então existe a necessidade de limitar aquele que limita, mas como?

4 ALGUMAS DAS POSSIBILIDADES DO SISTEMA JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Visto a crise de certeza (segurança jurídica) e a crise de desconfiança em vários aspectos da democracia, pode-se passar a discutir algumas teorias de como tentar diminuir o livre poder de escolha do poder judiciário, pois se os juízes devem servir de limites para os perigos da escolha popular, deve-se diminuir os riscos de que as suas escolhas não sejam arbitrárias ou até se voltar contra ao regime democrático.

Necessário destacar, que será feito apenas uma breve explanação sobre determinados aspectos das teorias abaixo relacionadas, principalmente aqueles que poderão servir de método de controle do poder judiciário, visto que não há espaço para um aprofundamento sobre tais teorias neste momento.

a. A proposição de Luhmann:

Na teoria de sistemas de Luhmann, a sociedade é formada por diversos sistemas fechados (Direito, Economia, Política, etc), porém as alterações nos sistemas podem influenciar em outros, contudo cada um tem a sua linguagem e as modificações serão feitas de acordo com ela (SAAVEDRA, 2006, p. 25-44). Por exemplo, se ocorre uma modificação na Economia que acaba por interferir no Direito, a linguagem jurídica capta estas alterações como ruídos e através da linguagem jurídica a introduz no Direito, portanto as influências são sempre indiretas e reproduzidas na linguagem de cada sistema.

Assim, a sociedade é um conjunto de sistemas altamente complexo, principalmente porque os indivíduos têm diversas expectativas, e como a pluralidade cresce cada vez mais, mais complexos se tornam os sistemas para tentar abarcar todas as expectativas dos indivíduos, pois os sistemas trabalham tentando diminuir a complexidade dos ruídos emitidos pelas modificações (LUHMANN, 1983, p. 53-66).

No caso do Direito, segundo Luhmann (1983, p. 42-93), a sua função é estabilizar as expectativas de comportamento, pois não há como tentar abarcar todos os desejos individuais e regulá-los um a um. Assim, o sistema jurídico passa a criar formas de tratar casos semelhantes de modo igual, dando estabilidade aos comportamentos humanos, através da previsibilidade criada pelos procedimentos.

Assim, Luhmann (1980, p. 29-47) cria um sistema jurídico baseado em procedimentos ou formas de atuação, desprovido de fundamentos materiais, localizando a legitimidade do Direito na forma de agir e não nos conteúdos da decisão.

Esta escolha pelo procedimento é consequência da sua constatação que não há como, diante de um ambiente globalizado, buscar consenso sobre os conteúdos, assim o Direito passa a se contentar apenas com o aumento da confiança que será decidido daquela forma (SAAVEDRA, 2006, p. 52).

Portanto, o conceito de Justiça na teoria dos sistemas de Luhmann é a determinação que as “decisões jurídicas devem ser consistentes, fundamentadas e que as mesmas regras devem ser aplicadas da mesma forma a todas as pessoas” (SAAVEDRA, 2006, p. 79).

O reconhecimento que não é possível regular a todas as situações da sociedade é um passo importante, porque a partir desta constatação passa-se a buscar apenas tentar diminuir os riscos e não buscar a fórmula mágica do impossível, a qual as ciências exatas disseram que conseguiram e agora voltam para traz.

Porém, o Direito pode tentar ir mais longe que a proposta de Luhmann e tentar controlar determinados conteúdos materiais (que não sejam todos), o mais relevante é que Luhmann reconheceu a falibilidade do Direito como método de controle social e isso é importante ressaltar.

b. A proposição de Dworkin

Antes de qualquer coisa, é importante ressaltar que Dworkin escreve a partir de uma perspectiva diferente do direito brasileiro, pois trabalha no sistema da *common law*, e assim, pode oferecer determinados conceitos cujas raízes estão fixadas em uma realidade diferente, porém esta visão diferenciada contribui para uma percepção de um ângulo diferente da crise jurídica de falta de segurança e da crise democrática de falta de confiança.

Em resumo geral, para Dworkin o sistema jurídico é formado por regras e princípios, que tem como principal ator a figura do juiz, que deve buscar sempre a melhor decisão, sendo que esta deve ser racional e alcançada pela integridade e coerência das normas.

A integridade é um conceito chave na teoria dworkiana, pois é a partir dela que o juiz deve buscar a melhor solução para o caso, quando se tem “direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 272).

É como se fosse uma rede de proposições que cercam e limitam as escolhas do interprete, instigando-o a procurar a melhor forma possível de resolver um caso concreto reconhecendo os problemas e necessidades da sociedade como um todo.

No percorrer do caminho interpretativo o juiz deve se portar como se tivesse escrevendo um “romance em cadeia”, onde as partes devem estar obrigatoriamente ligadas e coerentes uma com as outras, ligando passado e futuro e percorrendo o caminho certo, até encontrar a resposta certa (DWORKIN, 2007, p. 275-285). Esta necessidade de buscar a coerência e integridade cerca o juiz de seus impulsos pessoais traçando um caminho pela “melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica se sua comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 305).

Para realizar este trabalho interpretativo sobre-humano, Dworkin (2007, p. 287-304) lança mão de uma metáfora, o juiz Hércules. Este tem poderes grandiosos e a habilidade de conjugar todos os interesses envolvidos, traçar as tramas entre o passado e futuro sempre com equidade e coerência, ou seja, Hércules consegue alcançar a integridade como um todo.

Sendo assim, existe algo que não pode ser completamente realizável na proposta por Dworkin - a necessidade de um semideus - na figura do juiz. Saavedra (2006, p. 90-93) aponta outro ponto problemático na teoria dworkiana, a centralidade da figura do juiz, segundo a qual estaria nas mãos dos julgadores o *ethos* da sociedade, este podendo até afastar o texto democraticamente construído por ser mais tecnicamente preparado para isso.

De outro lado, Dworkin apenas coloca o juiz no centro do sistema, por entender que a este cabe o papel de julgar e também que a integridade o ajusta para estrutura política social e para a estrutura jurídica (segurança jurídica) como um todo, assim a

discricionariedade do juiz estaria cercada por barreiras intransponíveis. É baseado nestes requisitos que Hércules pode assumir o centro do poder das decisões.

Igualmente, existe algo de muito interessante na teoria de Dworkin, que é a existência de obstáculos realmente relevantes no momento da decisão jurídica que faz com que os julgadores tenham de preservar a segurança jurídica e a estrutura social (que de certa forma pode-se entender como a democracia).

c. A proposição de Habermas

Se a peça chave para teoria de Dworkin é a integridade, para a teoria de Habermas o conceito de Esfera Pública realiza o mesmo papel.

“A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos” (HABERMAS, 1997a, p. 92).

A colocação deste conceito é importante, principalmente, porque Habermas (1997, p. 276-295) indica ao Direito apenas a função de aplicação das normas, enquanto a sua correção e legitimidade fica por conta da formação das regras e princípios originados na esfera pública. Deste modo, não admite inclusão de elementos externos no campo do Direito, pois todos os componentes importantes para a construção da norma foram discutidos na esfera pública, e o Direito não pode passar por cima deste processo discursivo democratizante.

Ou seja, cabe ao Direito apenas dizer se determinada norma é aplicável aquele caso ou não (discurso de aplicação) e não se a norma está certa ou errada (discurso de fundamentação realizado na esfera pública).

Além de limitar a atuação judicial a partir da diferenciação dos discursos de aplicação e de fundamentação, Habermas faz uma espécie de adaptação da teoria de Dworkin, retirando de Hércules o poder de decidir sozinho pela melhor decisão, que passa a ter uma colaboração onde a validade da fundamentação é feita com o auxílio da esfera pública legitimadora e a aplicação passa a ser feita apenas com a utilização de critérios jurídicos formados por este círculo discursivo democrático e legitimador (HABERMAS, 1997, p. 276-280).

Já no campo da aplicação do Direito a teoria de Luhmann e Habermas são quase que equivalentes (SAAVREDA, 2006, 139), já que para o primeiro cabe ao Direito

garantir o mesmo procedimento de aplicação das normas para que a decisão seja argumentada e coerente, e na visão do segundo cabe ao Direito a aplicação ou não da norma ao caso (uma espécie de procedimento de aplicação ou não-aplicação quase idêntico a procedimento de Luhmann), mas enquanto para Luhmann este procedimento de aplicação é o fator de legitimação do Direito, para Habermas este fator fica externo e fora do âmbito de atuação do Direito.

Os limites impostos pelo discurso da aplicação do direito é uma ferramenta interessante, pois evita que o julgador possa utilizar de recursos “extrajurídicos” (valores, moral, etc.) nas suas decisões, desta forma, as disposições democráticas estariam mantidas.

Com base nesta constatação, Habermas (1997, p. 297-354) sugere que o controle de constitucionalidade feita pelo judiciário é antidemocrático, visto que é feita com base em valores, e não cabe ao poder judiciário dizer sobre eles, em sua concepção, o trabalho da jurisdição constitucional é apenas manter o procedimento democrático onde a esfera pública esteja apta a decidir, pois é a atuação desta que legitima ou não as normas jurídicas.

Visão parecida tem Ely (1997, p. 133-166), para qual cabe ao poder judiciário (no âmbito da jurisdição constitucional) apenas manter os canais de discussão democráticos, para que através deles sejam realizadas as decisões e não através de juízes sem representação democrática.

Porém, dentro de um contexto de representação democrática falha e também com um baixo índice de participação, fiscalização e comprometimento do povo com o que acontece no Estado, será que o papel do judiciário pode ser somente possibilitar as decisões e não realizar nenhum controle sobre o conteúdo material destas?

Há de se concordar que existe um aumento alarmante do judiciário em relação a definições de políticas que caberiam aos outros poderes mais democráticos que ele, mas simplesmente lavar as mãos também não parece seguir os ditames do Estado Democrático de Direito, desta forma, como já demonstrado anteriormente, há de se estabelecer limites ao poder democrático, e também a atuação do judiciário como limitador. Qual será a amplitude de todos estes limites é que terá que decidir.

5 CONCLUSÕES PARCIAIS

Estas conclusões são apresentadas como parciais, pois a pesquisa trouxe mais questionamentos que respostas, mas diante de todas as dúvidas, pode-se ainda encontrar algumas formulações importantes.

Como o positivismo legalista não conseguiu alcançar seus fins buscou-se alternativas para que a sociedade não ficasse sem respostas do judiciário. A moral, os princípios, os valores são apontadas como o futuro, centralizando no judiciário o papel de decidir de acordo com o caso concreto, o problema é que a segurança jurídica neste ponto fica afetada, porque a interpretação é pessoal e cada caso que é julgado de determinada maneira reduz a estabilidade, a calculabilidade, a confiança e a previsibilidade do sistema jurídico.

Outro problema do aumento do poder judiciário é o déficit democrático, pois os juízes não são eleitos, mas mesmo assim, vêm tomando decisões muitas vezes contrárias às leis democraticamente produzidas, outras vezes afastando a aplicação de determinada regra, e ainda, por vezes legislando diante da inércia do poder legislativo. Deste modo, se todo poder emana do povo, a legitimação das decisões judiciais deveria vir da produção do ordenamento jurídico provindo dos representantes do povo, assim, a interferência do poder judiciário nos outros poderes poderia ser muitas vezes declarada como ilegítima e antidemocrática. E se assim quiser fundamentar, haverá fortes argumentos.

Mas a situação não é simples assim, além da existir uma baixa representação democrática, ou seja, os representantes não estariam protegendo os interesses dos representados, ainda existem muitas situações a serem reguladas democraticamente e é praticamente inimaginável, que todas elas um dia poderão ser realizadas pelo legislativo, e mais, muitas vezes existem uma restrições do legislativo para regular questões polêmicas por medo de se posicionar e perder votos nas próximas eleições, portanto pode ser que o déficit democrático nunca tenha fim.

Igualmente, dentro desta verdadeira miscelânea de confusão, ainda, foi verificado que o poder do povo não pode ser ilimitado, e desta forma, as constituições contemporâneas colocaram diversos limites ao o que poderia ser feito pelo poder popular. Para “melhorar” a complexidade da situação, o judiciário ficou responsável pela guarda da constituição e fiscalização destes limites, além do que é um poder que

não pode se abster de julgar os casos, mesmo que não haja regulamentação democrática, portanto, se quiser defender o ativismo judicial também existem fortes argumentos.

Diante do sem número de problemas trazidos pela crise democrática e pela crise de certeza, e igualmente pelas inúmeras formas apontadas para serem resolvidas, que levam praticamente ao um círculo infundável de questionamentos e proposições muitas vezes sobrepostas, há de admitir que, ainda não há respostas corretas ou erradas, e mais, pode ser que as soluções nunca venham, pois também foi apontado que nem mesmo as leis da física podem ser consideradas absolutas.

Ora, reconhecer a falibilidade humana parece ser necessário para que se chegue a resultados parciais, que diminuam as dúvidas e os riscos, mesmo que não chegando a níveis de respostas ditas “corretas”, mas é o que se pode fazer diante da limitação do homem e, conseqüentemente, do Direito.

Diante desta constatação, existem algumas proposições parciais que podem ser retiradas das teorias de Luhmann, Dworkin e Habermas. Primeiramente, há de se dividir em dois aspectos as propostas dos autores, primeiro quanto ao controle do conteúdo material das decisões judiciais e segundo quanto ao controle procedimental destas decisões.

Luhmann funde o controle material e procedimental em um momento só, ou seja, seguindo o procedimento, a legitimidade material das decisões está garantida. Não que Luhmann seja positivista, mas ele retira do poder judiciário a possibilidade preencher o conteúdo das normas, deixando para este apenas a aplicação do que é legal/ilegal, pois o conteúdo é formado pelos outros sistemas que se comunicam com o Direito, mas este os interpreta com o seu próprio código, assim ele garante que seja utilizado o mesmo procedimento para todos os casos semelhantes, dando a previsibilidade necessária a segurança jurídica, também garante que todas as decisões devem ser consistentes e fundamentadas.

O problema da teoria de Luhmann é que o procedimento passa a ser o legitimador e não o conteúdo, então é possível ter decisões injustas e legítimas. Por esta razão, pode-se dizer que a teoria de Luhmann não atende todas as necessidades do sistema jurídica da atualidade, mas fornece uma interessante alternativa como um “sistema-meio”, ou seja, definir um procedimento sem conteúdo material que deve ser seguido por todos os juizes quando da formação de suas decisões. De tal modo, seria garantido que em todas as decisões, sejam elas baseadas em princípios, sejam baseadas

em regras, sejam ponderadas entre princípios, sejam com afastamento das regras, teriam que ter requisitos mínimos para garantir a coerência, fundamentação e racionalidade, pondo barreiras a discricionariedade e gerando um aumento da estabilidade, a calculabilidade, a confiança e a previsibilidade.

Este “sistema-meio” de controle procedimento das decisões judiciais não é a solução total para os problemas, pois ainda faltam criar limites para os conteúdos das normas, mas é um tipo de controle muito interessante, principalmente para diminuir a crise de certeza, lembrando que, tem-se que aceitar a falibilidade humana e tentar diminuir os riscos, tendo em mente que não é possível a criação de um sistema perfeito.

Já Habermas divide o controle de legitimidade do ordenamento e o controle de aplicação das normas, ou seja, a sua teoria não contrapõe o controle procedimento de como as decisões jurídicas devem ser realizadas, além de apoiar, que as escolhas devem ser coerentes e racionais, assim também se retira, de certa forma, um apoio a este “sistema-meio” das proposições habermasianas.

Quanto ao controle material das decisões jurídicas, Habermas processa uma forma legitimadora a partir das decisões tomadas na esfera pública, portanto, o que a esfera pública decidir não pode ser contrariado, o problema é que não existe uma esfera pública atuante, assim o processo de legitimação fica falho e ainda necessitará da interferência do judiciário. Não há como avaliar na prática a proposta de Habermas quanto ao controle material, visto que para esta ainda falta o fortalecimento da esfera pública.

Do mesmo modo, pode-se avaliar a proposta de Dworkin, que se utiliza de Hércules para realizar o controle material das decisões, o conceito de integridade do Direito e todas as suas formulações podem ser uma maneira interessante para o controle das decisões judiciais e fixar obstáculos a livre vontade do juiz, o problema que também não é realizável na sua plenitude, pois não existem juízes como Hércules.

Diante da falta de uma esfera pública atuante e de Hércules, há de se reconhecer que não existe um tipo controle material sobre as decisões judiciais, que seja plenamente e imediatamente aplicável, pelo menos não dentro destas teorias estudadas, mas elenca-se duas concepções, uma que centraliza o poder legitimador na esfera pública (e de certa forma no povo) e a outra na figura do juiz que tomará suas decisões limitado pela integridade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Passado pelas questões mais problemáticas, algumas considerações, agora de modo conclusivo, podem ser feitas:

1) Tudo tem um limite, não existe a perfeição e o homem ainda não pode dar respostas certas, portanto não há certo ou errado, tudo depende da posição que se enxerga a situação;

2) Pode-se construir um “sistema-meio” que procedente o modo de realizar as decisões judiciais, pautando determinados requisitos em que todas deveram seguir, para que todos os casos sejam respondidos pela construção de uma decisão argumentada e coerente;

3) Para a construção de um sistema de controle material das decisões é necessário escolher um caminho que será seguido. Será o da democracia? Se sim, quais os limites para democracia? Qual o papel do judiciário na democracia? Qual o papel do judiciário na democracia? Qual é o papel do executivo e do legislativo na democracia? São necessários três poderes? Em quem confiar? Estas e muitas outras perguntas e as suas futuras respostas é que possibilitará a construção de parâmetros de uma decisão judicial que tecnicamente pode ser considerada “correta”, por enquanto só se pode diminuir o risco dos erros, pois é essencial que todos aceitem que, atualmente, não há certo ou errado.

REFERÊNCIAS

ALVES, F. B. **Democracia e Desconfiança**. Revista Argumenta, Jacarezinho: nº 16, 2012, p. 267 – 281.

BARROSO, L. R. A Segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: BARROSO, L. R. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 49-73.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 70, jul/dez. 2006

BOBBIO, N. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CASTELO, J. P. **Efetividade e Segurança Jurídica - Na Evolução Do Pensamento Ocidental**. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo: V. 102. Abr / 2001. Disponível em: < <http://www.revistadotribunais.com.br>> Acesso em: 13 ago 2013.

DWORKIN. R. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELY. J. H. **Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional**. Trad. Magdalena Holguin. Santafé de Bogotá: Univ. de los Andes, 1997.

HABERMAS. J. **Direito e Democracia**. Trad. Flávio Beno Seibeneichler. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e Democracia**. Trad. Flávio Beno Seibeneichler. V. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

LUHMANN. N. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

KELSEN. H. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SAAVEDRA. G. A. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006.

STRECK, L. L. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Itajaí: Vol. 15, n. 1, jan-abr 2010, p. 158-173.

VIEIRA. O. V. **Supremocracia**. Revista Direito GV: São Paulo, V. 4, n.2, jul-dez 2008, p. 441-464.

ZAGREBELSKY. G. **A crucificação e a democracia**. Trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.