

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE – FDR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ



MARCELA DALIA CARNEIRO

REVISITANDO ALF ROSS:
Uma análise sobre o ativismo judicial no âmbito do STF.

RECIFE

2020

MARCELA DALIA CARNEIRO

**REVISITANDO ALF ROSS:
Uma análise sobre o ativismo judicial no âmbito do STF.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Alexandre Ronaldo da Maia de Farias.

RECIFE

2020

MARCELA DALIA CARNEIRO

**REVISITANDO ALF ROSS:
Uma análise sobre o ativismo judicial no âmbito do STF.**

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Recife, ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr.
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr.
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr.
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Aos meu pais, Ludmila e Marcos, pela educação, apoio e – sobretudo – amor.

Aos meus amigos, pelos debates, pelo colo e pelo suporte.

Ao meu orientador, pela paciência e aconselhamento.

*Nós não vemos as coisas como elas são, mas
como aprendemos a vê-las. A arte da filosofia
nos serve para esquecer o que aprendemos.*

(Alf Ross)

RESUMO

O ativismo judicial é um termo que, embora figure debates multidimensionais cada vez mais frequentes, ainda não tem uma definição fechada, podendo ser compreendido em linhas gerais como um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance de modo a interferir mais intensamente nos demais Poderes, provocando diversas críticas devido ao suposto desrespeito à separação de poderes e ao risco à democracia. Serão analisadas as características básicas do ativismo judicial, assim como do fenômeno mais amplo da judicialização da política, abordando especificamente o contexto brasileiro, que tem como principal personagem o Supremo Tribunal Federal. Uma barreira para o estudo atual do ativismo é a postura adotada por parte da academia jurídica, centrada na fixação de técnicas decisórias e prescrições ao julgador, caracterizando como ativismo judicial – termo utilizado em sentido pejorativo – as atuações que ultrapassassem os limites estabelecidos. Todavia, nesta análise prescritiva o interprete acabaria por esbarrar em sua própria subjetividade, classificando como ativistas as decisões que iriam de encontro à sua interpretação acerca da constitucionalidade do dispositivo discutido. Portanto, este trabalho tem como marco teórico para a análise do ativismo judicial o pensamento do realista escandinavo Alf Ross, especialmente o papel delineado para a ciência do direito e os conceitos de justiça e ideologia abordados em *“Sobre el Derecho y la Justicia”*, uma de suas obras mais célebres. Alf Ross adota uma análise descritiva do direito, propondo uma postura anti-metafísica voltada à desmistificação do direito, que desmascararia a ficção de que o juiz unicamente aplica o direito que objetivamente existe e permitiria a compreensão do que efetivamente ocorre na administração da justiça para que sejam traçados objetivos de política jurídica bem fundamentados. Em linhas gerais, a ideologia normativa seria o caminho trilhado pelos juízes dentre as fontes do direito para chegar à decisão de um caso, sendo importante seu estudo diante do crescimento do ativismo judicial, afinal, ao abrangerem limites maiores do que os originalmente estabelecidos, estas decisões fariam jus a um estudo mais criterioso acerca de seus meios, finalidades e justificativas.

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial; Alf Ross; ideologia normativa brasileira.

ABSTRACT (opcional)

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. O ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA	11
a) A judicialização da política e o ativismo judicial: uma visão geral.....	11
b) O desenho institucional do Poder Judiciário e de seu órgão de cúpula na Constituição Federal.....	15
c) Sobre as críticas ao Supremo Tribunal Federal e o papel da fundamentação.....	19
3. CONTRIBUIÇÕES DE ALF ROSS PARA A COMPREENSÃO DO FENÔMENO JURÍDICO E DA CIÊNCIA JURÍDICA	28
a) Breve contextualização sobre o realismo escandinavo e sobre o pensamento de Alf Ross.	28
b) O conceito de direito vigente e de ideologia normativa em “Sobre o direito e a justiça”.	36
c) Sobre a justiça e o papel da ciência do direito.	46
4. REFLEXÃO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL COM BASE NOS CONCEITOS DE ALF ROSS.	51
5. CONCLUSÃO.....	57
Digite o título do capítulo (nível 2)	
REFERÊNCIAS	58

1. INTRODUÇÃO

Embora as expressões ativismo e autocontenção integrem um debate multidimensional, figurando homéricas discussões não apenas no meio jurídico, mas também nos meios de comunicação e no ambiente político, apresentam-se ainda como termos imprecisos, dificultando uma discussão acadêmica útil.¹

Todavia, para a introdução da problemática a ser abordada no decorrer deste trabalho, consideraremos o ativismo judicial como um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance de modo a interferir mais intensamente nos demais Poderes.²

Apesar da doutrina apontar diversos benefícios resultantes do ativismo judicial, os quais serão analisados com maior profundidade no primeiro capítulo, as decisões emanadas pelo Poder Judiciário para além do sentido e alcance original podem representar, para além de uma diminuição na segurança jurídica, um desequilíbrio na tripartição dos poderes, adentrando em atividade legislativa através da transferência de decisões políticas à arena judicial, provocando o conseqüente enfraquecimento do Parlamento. Ademais, esta postura pode ocasionar uma diminuição no quantum democrático, haja vista que a legitimidade democrática conferida aos representantes do Congresso por meio do voto popular não é conferida aos juízes.

Nesta sina, aumenta a importância da compreensão dos fatores que motivam as decisões judiciais, podendo ser úteis para esta análise as contribuições trazidas pelos realistas escandinavos, principalmente por Alf Ross.

Embora o agrupamento de diversos autores sob a alcunha “realistas escandinavos” seja criticado, pois as semelhanças para além da localização geográfica dificilmente caracterizariam uma escola³, a mudança de perspectiva na análise do Direito trazida por estes autores influenciou em grande escala na secularização dos países nórdicos, marcado pela

¹ LIMA, Flávia Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal**: uma proposta de delimitação do debate. Recife: O Autor, 2013.P. 166 e 167.

² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **In Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madri, vol. 13, P. 17-31, 2009. ISSN 1138-4824. P. 18-19.

³ BULYGIN, Eugenio. Alf Ross y el realismo escandinavo. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**, n. 1, p. 75-89, 1981. P. 75.

racionalização das políticas sociais e pela construção do Estado de bem-estar social que se consolidou nestes países.⁴

Como realista jurídico, Ross compreende que o Direito produzido pela via legislativa era válido apenas por uma perspectiva formal, se tornando juridicamente válido apenas ao se tornar efetivo, eliminando a categoria da validade como distinta da eficácia. Porém, segundo o autor, a concepção dos cidadãos acerca dos problemas jurídicos não seria critério de validade, pois a validade não se concretizaria pela maneira pela qual os indivíduos privados aplicam o Direito, mas sim através da aplicação judicial das normas nas decisões dos juízes.⁵

Assim, Ross compreende que existe uma ideologia normativa subjacente que motiva os juízes, de forma que, ao estudar e compreender tal ideologia, seria possível prever, em maior ou menor grau, suas futuras decisões.⁶

Embora duras críticas tenham sido cunhadas frente ao pensamento de Ross, a investigação acerca da ideologia normativa não perdeu espaço no mundo jurídico, sendo um método útil de análise acerca dos elementos motivadores das decisões.

No Brasil, país em que se discute a cada dia mais o papel do ativismo judicial, a necessidade de pesquisa acerca da ideologia normativa é premente, afinal, se a própria lógica do ativismo judicial consiste em ampliar as barreiras do Direito, aumenta a importância da compreensão acerca do embasamento de tais decisões, que, ao abrangerem limites maiores do que os originalmente estabelecidos, fazem jus a um controle mais criterioso acerca de seus meios e finalidades.

As análises acerca da ideologia normativa podem contribuir na elaboração de meios de compatibilização do ativismo judicial ao modelo constitucional brasileiro, mantendo a segurança jurídica e respeitando as instituições democráticas.

Para a elaboração desta pesquisa, para além da leitura das obras de Ross, analisadas no segundo capítulo, serão delimitadas as noções basilares acerca do ativismo judicial e de sua institucionalização no Brasil, tema do capítulo primeiro, para, por fim, no capítulo terceiro, analisar quais as possíveis contribuições de Alf Ross para a debate do ativismo judicial no Brasil.

⁴ MALMINEN, Toni. Scandinavian Legal Realism – Some Unfinished Business. **In Retfærd: Nordic Journal of Law and Justice**. Disponível em: <https://www.academia.edu/38743785/Scandinavian_Legal_Realism_-_Some_Unfinished_Business>. Acesso em 02 de julho de 2019. P. 62.

⁵ AARNIO, Aulis. Esbozo de una Interpretación Hermenéutica del Realismo Escandinavo. Reinterpretando a A. Ross. **DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 33, p. 457-469, 2010. ISSN: 0214-8676. P. 457

⁶ RIBEIRO, Fábio Túlio; CAVALCANTE, Henrique. O realismo jurídico. **In Revista da Esmese**, Sergipe, vol. 7, 2004.P. 18

2. O ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA

a) A judicialização da política e o ativismo judicial: uma visão geral.

A judicialização da política – e, conseqüentemente, o ativismo judicial – não é uma peculiaridade brasileira, irradiando-se juntamente com a expansão da economia de mercado⁷ até ser considerada um fenômeno mundial que abrange as mais distintas tradições jurídicas, todavia, como aponta o Ministro Barroso, o caso brasileiro torna-se peculiar pela extensão e volume.⁸

Embora o marco inaugural do processo de judicialização da política nos Estados Unidos seja frequentemente apontado como o caso *Marbury v. Madison*, datado de 1803, nos países marcados pela tradição romano-germânica este processo apenas teve início no período de redemocratização pós-guerra⁹, associado à positivação de valores morais e à crença na potencialidade dos tribunais constitucionais para reconstruir os elementos de coesão social.

Todavia, o termo “judicialização da política” ganhou notoriedade a partir de 1995, com a obra coletiva organizada por Neal Tate e Torbjorn Vallinder, “*The global expansion of judicial power*”, voltada à caracterização de um fenômeno ocidental de transferência de decisões políticas à arena judicial.

Nesta obra, Tate elencou alguns dos requisitos mais comuns para a instalação da judicialização da política, quais sejam: a democracia política, a previsão de separação entre os poderes – que enseja a competição e controle recíproco entre as esferas de poder – e, por fim, um elenco de direitos fundamentais que, ainda que não esteja expressamente previsto em uma constituição formal, faculta que os excluídos do processo decisório recorram à via judicial para sua efetivação.¹⁰

⁷ Vilhena aponta que, para alguns analistas, “aos olhos dos investidores os tribunais constituiriam um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, premidos por demandas “populistas” e necessariamente pouco eficientes, de uma perspectiva econômica”. (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008. P. 442).

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **In Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madri, vol. 13, P. 17-31, 2009. ISSN 1138-4824. P. 18.

⁹ Vilhena ressalta ainda que a doutrina do *judicial review* não tinha ecoado nos tribunais europeus até este período, ganhando espaço primeiramente na Alemanha e Itália devido à desconfiança na democracia de massas provocada pelo nazismo e fascismo. (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008. P. 443-444).

¹⁰ LIMA, Flávia Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate**. Recife: O Autor, 2013. P. 112.

Desta forma, a expressão engloba não apenas as condições institucionais jurídicas e políticas favoráveis ao processo de judicialização, mas também os aspectos comportamentais que influenciam no encaminhamento destas demandas ao Judiciário, afinal, os atores políticos precisam enxergar vantagens neste encaminhamento, seja para obter o reconhecimento dos direitos defendidos em detrimento da vontade da maioria, seja pela mera probabilidade de obstruir políticas governamentais.¹¹

Esta interpenetração entre o discurso jurídico e pretensões políticas é uma característica do processo de judicialização que gera consenso entre os estudiosos do tema, provocando o fortalecimento do Judiciário em função do enfraquecimento do Parlamento, que passaria, inclusive, a reconhecer a atividade das Cortes como uma variável a ser contabilizada no jogo político.

O apoio deste movimento entre os juristas permite que praticamente todas as posições ideológicas possam ser articuladas na linguagem do direito, em um processo de expansão da linguagem jurídica denominado “revolução dos direitos”. A receptividade dos juristas a este processo de expansão permite um combate simbólico destinado frequentemente à discussão de questões morais, decididas por juízes com posturas ativistas, promovendo a ressonância dos interesses da classe política nas elites judiciais, que desejam aumentar a sua influência política.¹²

Todavia, tendo em vista que a força política do Judiciário se assenta em seus aspectos institucionais e na sua ação particularizada, revestida de suposta neutralidade, as cortes precisam eleger suas batalhas cuidadosamente e esforçar-se para fundamentar suas decisões em argumentos jurídicos a fim de manter sua pretensa imparcialidade.¹³

Assim, a judicialização da política é um fenômeno circular, que, embora não seja permanente nem uniforme, se manifesta com cada vez mais normalidade, influenciando a academia jurídica e fortalecendo as instituições judiciais, convertidas em um poder de veto e parte crucial do aparato político nacional.¹⁴

¹¹ LIMA, Flávia Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal**: uma proposta de delimitação do debate. Recife: O Autor, 2013. P. 110-112.

¹² *Ibid.* P. 113-115.

¹³ *Ibid.* P. 124.

¹⁴ *Ibid.* P. 113-115.

Ao abordar a judicialização da política, o Ministro Barroso aponta que este seria um fenômeno de causas múltiplas – e que muitas delas seriam particulares ao contexto brasileiro. Todavia, interessante observar que também no Brasil podem ser observadas as características gerais elencadas por Tate.

Dentre as particularidades do contexto nacional, Barroso elenca: a) a recente recuperação das garantias da magistratura, que permitiu que o Judiciário deixasse de ser um “departamento técnico-especializado” para se transformar em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição, inclusive perante os demais Poderes; b) o ressurgimento do sentimento de cidadania trazido pela redemocratização, motivando que a população, dotada um maior nível de informação sobre seus direitos, pleiteasse seus interesses perante o Judiciário; c) o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que produziria uma peculiaridade no país, pois, devido a ele, a judicialização da política “não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente”¹⁵, ideia que será explorada mais profundamente adiante; d) a constitucionalização abrangente, tratando de inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária.¹⁶

O fenômeno mais amplo de judicialização da política abarca o ativismo judicial, resultante do encaminhamento de demandas ao Judiciário. O ativismo se relaciona à judicialização da política na medida em que as condições de intervenção das Cortes nas questões políticas está relacionada à possibilidade de resposta judicial, que pode caracterizar ou não um ativismo. Assim, embora tratem-se de questões distintas, estão imbricadas em um processo cíclico, em uma espécie de retroalimentação.

Abordando o contexto brasileiro, o Ministro Barroso defende uma visão distinta ao sustentar que, apesar de primos, o ativismo judicial e a judicialização da política têm causas distintas, afinal, enquanto esta decorreria do desenho institucional estabelecido pela

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madri, vol. 13, P. 17-31, 2009. ISSN 1138-4824. P. 21.

¹⁶ Ibid. P. 19-20.

Constituição Federal, aquele seria uma escolha do julgador por um modo proativo de interpretar o referido diploma legal, expandindo o seu sentido e alcance.¹⁷

O primeiro registro do termo “ativismo judicial” é creditado a uma reportagem publicada na revista Fortune Magazine, “*The Supreme Court: 1947*”, na qual foi traçada uma distinção entre os juízes “ativistas” e os campeões da “auto-restrição”. Todavia, a matéria não tinha pretensões acadêmicas, se tratando de uma argumentação mais maleável do que científica.

Para este momento inaugural, um juiz ativista seria caracterizado por um processo decisório que demonstrasse preocupação com as consequências sociais sem falsa pretensão de objetividade, abrindo espaço para considerações de ordem ideológica, ao passo em que os magistrados que adotam uma postura de autocontenção compreendem que as decisões políticas deveriam ficar a cargo dos representantes eleitos pelo povo, agindo de maneira mais limitada.¹⁸

Embora esta definição do ativismo seja pouco acurada, fixa um de seus aspectos importantes: a compreensão de que determinados magistrados, a partir de sua formação acadêmica e de suas considerações particulares acerca do direito, poderiam inclinar-se a uma visão expansiva da revisão judicial. Neste contexto, o realismo jurídico teve uma importância fundamental ao investigar as repercussões da ideologia na atividade judicial.¹⁹

O ativismo judicial é um termo que continua sem uma definição fechada até os dias atuais, tratando-se de um termo multidimensional que pode ser utilizado tanto para um juiz particular quanto para um tribunal, o que dificulta o estudo sobre o tema. Ademais, principalmente no contexto dos tribunais, o ativismo não se trata de um movimento estanque,

¹⁷ Todavia, várias das características que o autor associa ao ativismo judicial são relacionadas à judicialização da política, quais sejam: a noção de contramajoritarismo, a abertura dos debates a aspectos não necessariamente jurídicos e a interferência do Judiciário na competência de outras esferas de Poder. Essas questões foram analisadas ao tratar sobre a judicialização da política, consistindo na motivação dos agentes políticos em levar suas demandas ao Judiciário, buscando o reconhecimento de determinados direitos em detrimento da vontade da maioria; no processo de expansão da linguagem jurídica; e no fortalecimento do Judiciário, em uma espécie de superdimensionamento de suas próprias competências. Todas estas “intersecções” entre o fenômeno da judicialização da política e o ativismo judicial parecem enfraquecer a rígida distinção estabelecida pelo Min. Barroso, fortalecendo a tese que a judicialização abarca o ativismo, estabelecendo uma relação de continente-conteúdo, não de “primas distantes”. (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madri, vol. 13, P. 17-31, 2009. ISSN 1138-4824. P. 21).

¹⁸ LIMA, Flávia Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal**: uma proposta de delimitação do debate. Recife: O Autor, 2013. P. 141.

¹⁹ Ibid. P. 128.

variando entre períodos de ativismo ou autocontenção, entre os temas e entre as próprias turmas.²⁰

Outra dificuldade em relação ao termo é que, enquanto os cientistas políticos analisaram o ativismo judicial como um fenômeno quantificável que caracteriza as possibilidades de manifestação das Cortes, a academia jurídica centrou-se em fixar técnicas decisórias e prescrições ao julgador, caracterizando como ativismo judicial – termo utilizado em sentido pejorativo – as atuações que ultrapassassem os limites estabelecidos.²¹

Todavia, ao estabelecer o limiar que caracterizaria uma decisão ativista – novamente, no sentido pejorativo – o analista esbarraria em sua própria subjetividade, classificando como ativistas aquelas decisões que iriam de encontro à sua interpretação acerca da constitucionalidade do dispositivo discutido.

Para a finalidade deste trabalho, não é necessária uma maior problematização acerca do termo “ativismo judicial”, afinal, o que se pretende não é estabelecer paradigmas para identificar decisões ativistas, nem emitir um juízo de valor acerca do fenômeno, apenas analisar as consequências de sua naturalização, e até encorajamento, no Judiciário brasileiro, principalmente no âmbito de sua Corte Suprema, à qual foi atribuída um arranjo institucional bastante singular.

b) O desenho institucional do Poder Judiciário e de seu órgão de cúpula na Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 manteve os dois modelos clássicos de controle de constitucionalidade que já estavam previstos no ordenamento jurídico – o controle difuso e o concentrado – e incrementou-os na tentativa de sanar as antigas fragilidades que permitiram os abusos políticos “causadores” do golpe militar.

A Constituição de 1988, desconfiada do legislador, optou por tudo decidir, conferindo ao Legislativo e ao Executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao Judiciário foi conferida a função última de guardião da Constituição, assumindo a competência de matérias que anteriormente cabiam à política majoritária. Este processo resultou no fenômeno que Oscar Vilhena Vieira denomina de “supremocracia”, situação na

²⁰ LIMA, Flávia Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate.** Recife: O Autor, 2013. P. 150-151.

²¹ Ibid. P. 145.

qual o Supremo Tribunal Federal tem autoridade simultaneamente sobre as demais instâncias do Judiciário – consolidada através da criação das Súmulas Vinculantes – e sobre os demais Poderes.²²

No contexto de redemocratização, foram previstos diversos meios de canalização dos pleitos da população, que agora contaria com o Judiciário para a efetivação do extenso rol de direitos fundamentais e sociais previsto na Constituição. Essa possibilidade de confronto do sistema político com as promessas contidas na Constituição representa um importante passo de aceitação implícita da mediação do Direito na discussão da esfera pública, importante para o processo de “modernização” do país.²³

Diante deste cenário, o princípio da efetividade passou a aparecer com cada vez mais na fundamentação das decisões, provocando uma ruptura na suposta neutralidade judicial anterior, afinal, o que se esperava do Judiciário neste novo contexto não era uma postura contida, mas sim de encabeçamento do projeto social estabelecido na dita “Constituição Cidadã”.

Para o desapontamento dos partidários desta visão, o Judiciário, inclusive seu órgão de cúpula, manteve-se “omisso” em sua missão de tornar efetivos os mandamentos constitucionais durante a segunda metade dos anos 90 e no início dos anos 2000. Mas esta visão otimista acerca do papel do Judiciário na efetivação da Constituição angariou apoiadores, criando um movimento de matizes ideológicas, teóricas e metodológicas que repercutiu em uma renovada cultura jurídica, a corrente pós-positivista.²⁴ Para os pós-positivistas, o Direito se aproximaria da Ética, tornando-se instrumento de legitimidade e justiça, almejando a realização da dignidade da pessoa humana.²⁵

Esta corrente, embora não seja totalmente dissociada de uma “metodologia positivista”, haja vista que a Constituição também é uma norma, se embasa na crença da normatividade dos princípios, na efetividade constitucional, na concretização dos direitos fundamentais e na criação jurisprudencial dos tribunais constitucionais. Estes novos parâmetros dão à atividade julgadora maior discricionariedade diante de um certo

²² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 441-459, 2008. P. 443-445

²³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. P. 34

²⁴ LIMA, Flávia Santiago. *Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. Recife: O Autor, 2013. P. 216.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, vol. 13, P. 17-31, 2009. ISSN 1138-4824. P. 27.

reconhecimento da interpretação enquanto atividade criativa, diminuindo o grau de certeza do direito.²⁶

A Constituição, portanto, seria o documento transformador da política em direito, conferindo à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política, mas consistindo em uma atividade iminentemente jurídica. Assim, esta atividade interpretativa jamais seria política no sentido de uma discricionariedade plena, pois o julgador sempre precisaria proferir a decisão mais correta possível, cumprindo seu dever de motivação mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, que confere à atividade jurisdicional legitimação.²⁷

Os defensores do pós-positivismo apontam que a própria Constituição teria optado por destinar uma parcela do poder político aos por agente públicos que não sejam recrutados pela via eleitoral, com atuação técnica e imparcial. Ademais, ao aplicarem a Constituição e as leis, os juízes estariam concretizando decisões tomadas pelo constituinte ou legislador, representantes do povo, exercendo, portanto, um poder representativo. Por fim, um dos grandes papéis da sua atuação seria “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos”.²⁸

Embora tenha grande relevância no pensamento jurídico atual, obviamente, esta corrente não é unânime entre os juristas brasileiros, havendo muitas críticas quanto à sua cientificidade e ao seu potencial lesivo à democracia, afinal, há uma substituição das decisões imputáveis aos agentes sociais e titulares de poderes majoritários pelas escolhas judiciais, aumentando a tensão entre constitucionalismo e democracia. Estas críticas serão apresentadas posteriormente, pois é necessário primeiramente uma análise mais aprofundada acerca da quimera na qual se transformou o STF na prática de suas atribuições instituídas pela Constituição e pelas Emendas Constitucionais que a alteraram.

De acordo com o levantamento do Supremo em Números, há 52 tipos de processos distintos para se chegar ao Supremo, levando à conclusão de que, dentre as cortes judiciais do mundo ocidental, esta é a que provavelmente oferece a maior multiplicidade de acesso.²⁹ Esta multiplicidade pode ser explicada pelo processo de canalização dos pleitos populares

²⁶ LIMA, Flávia Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal**: uma proposta de delimitação do debate. Recife: O Autor, 2013. P. 219-220.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madri, vol. 13, P. 17-31, 2009. ISSN 1138-4824. P. 28-31.

²⁸ Ibid. P. 26.

²⁹ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números - o múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. P. 18

encabeçado pela CF/88, com a tentativa de democratização do acesso à Justiça e de efetivação das promessas constitucionais através do Judiciário. Todavia, apesar da existência formal destes 52 tipos processuais, dentre os processos que ingressaram no STF entre 2007 e 2009, apenas 36 classes processuais permanecem ativas, número que, apesar de assombroso para uma Corte, denota certo descompasso com a prática jurídica, diante da “caducidade” de vários instrumentos.³⁰

Em sua configuração atual, o Supremo Tribunal Federal se situa em uma posição privilegiada frente aos demais Poderes, tendo a prerrogativa de dar a palavra final sobre seus próprios atos e concentrando em si as funções de três cortes distintas: a corte constitucional, recursal e ordinária, cada *persona* com um padrão comportamental próprio, sendo necessária uma compreensão mais aprofundada acerca de cada uma delas.

Há uma inegável prevalência da corte recursal, que concentra 91,69% dos processos do STF³¹. Este percentual era ainda mais elevado antes da EC 45/2004, que, ao instituir a súmula vinculante e o requisito de repercussão geral aos recursos extraordinários, foi responsável pela redução em números absolutos de processos em sede recursal, que diminuiu de 111 mil para 30 mil ao ano entre o período de 2007 a 2009.³²

Ademais, cabe ressaltar que o grande usuário da *persona* recursal do STF é o governo, sendo 90% das partes mais representativas de natureza pública – dentre os 12 maiores litigantes, apenas a Telemar não compõe a Administração Pública, e mais de 50% dos processos referem-se apenas à Caixa Econômica Federal, à União e ao INSS.

A discussão, portanto, a respeito da grande quantidade de recursos que assolam o STF precisa ser realizada não apenas em termos quantitativos, mas também qualitativos. Não são simplesmente os recursos que afogam o Supremo — são os recursos de algumas poucas partes, quase todas do Poder Executivo.³³

Já a corte constitucional representa apenas 0,51% dos processos da Corte³⁴. Todavia, para analisar os dados acerca da *persona* constitucional, importante levar em consideração que este fenômeno se deu em duas ondas: a primeira em 1988-90 e a segunda em 2008.

A primeira onda foi marcada pela necessária manifestação da Corte acerca da legalidade dos diplomas legais anteriores à CF, provocando o percentual mais alto já atingido, 3% do total dos processos. No período posterior, entre a segunda metade dos anos 90 e o

³⁰ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números - o múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. P.13.

³¹ Ibid. P. 21

³² Ibid. P.56.

³³ Ibid. P.69.

³⁴ Ibid. P. 21

início dos anos 2000, a Corte adotou uma postura de autocontenção, período no qual o percentual se manteve inferior a 0,5%. Todavia, em 2008 este perfil mudou radicalmente devido à mudança no entendimento da própria Corte acerca do mandato de injunção,³⁵ atingindo o percentual de 2,5% em 2009, último ano abarcado pela pesquisa do Supremo em Números, com um crescimento de 400% em sua participação percentual no ano de 2008 e de 300% em números absolutos de processos entre 2007 e 2008.³⁶

Por fim, a corte ordinária corresponde ao percentual de 7,80% dos processos³⁷, reunindo uma série de tipos processuais, dentre os quais merecem destaque as Reclamações, os Habeas Corpus e os processos de uma primeira instância privilegiada, que atribuem a esta Corte poder sobre os parlamentares.

Portanto, a *persona* constitucional está longe de ser o perfil proeminente do STF. Ademais, dentre as ações efetivamente conhecidas pela Corte é relativamente baixo o percentual de declarações de inconstitucionalidade, havendo ainda uma preferência temática, pois a grande maioria das decisões de procedência corresponderiam à organização do Poder Judiciário e às Funções Essenciais da Justiça, de modo que a atividade é preponderantemente voltada ao seu poder.³⁸

Estas características dariam uma peculiaridade ao estudo da judicialização da política no Brasil, afinal, haveria uma reduzida interferência nos atos do Parlamento, todavia, em uma análise mais aprofundada, pode-se perceber que, no caso brasileiro, o mais importante não é a quantidade de interferência, mas sim a seletividade e a maneira como são resolvidos os temas mais relevantes.³⁹

c) Sobre as críticas ao Supremo Tribunal Federal e o papel da fundamentação.

Diante dos argumentos pós-positivistas anteriormente expostos, é importante apresentar uma breve crítica ao ativismo e ao modelo de controle de constitucionalidade atual, assim como lançar um questionamento acerca de tradicional modelo de separação dos poderes e das restrições que ele impõe em relação ao debate acerca do ativismo.

³⁵ O mandato de injunção possuía apenas caráter informativo, todavia, após o julgamento do MI 712 (aposentadoria especial de servidores públicos) e dos MI 721, 670 e 708 (greve de servidores públicos), passou a ter caráter proativo, possibilitando que, em função da prolongada inércia do Poder Legislativo, o STF pudesse criar regras provisórias para viabilizar o exercício de direitos fundamentais.

³⁶ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números - o múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. P. 37

³⁷ *Ibid.* P. 21

³⁸ LIMA, Flávia Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal**: uma proposta de delimitação do debate. Recife: O Autor, 2013. P. 206-207.

³⁹ *Ibid.* P. 210.

As críticas relacionadas ao risco à democracia, à insegurança jurídica e à própria inadequação do Judiciário para decidir certas questões – principalmente as que envolvem um conhecimento específico sobre a matéria a ser decidida ou uma escolha política que apenas o debate da política majoritária poderia proporcionar – foram abordadas no decorrer do trabalho e são evidentes diante da ideia geral de ativismo judicial. Todavia, ainda merecem discussão alguns pontos.

Através da análise do perfil dos processos que tramitam na Corte, conclui-se que a concepção extremamente defendida durante a redemocratização acerca do papel do Supremo na canalização dos pleitos populares para a efetivação de direitos fundamentais e sociais não se concretizou na prática. Esta função existe, mas não tomou as proporções planejadas, tendo em vista que atualmente a Corte funciona majoritariamente como uma corte recursal do Executivo Federal.

O papel do Judiciário na proteção de direitos fundamentais diante da escolha da maioria também é bastante questionado, afinal, partindo do princípio que o exercício da autoridade legislativa por representantes eleitos seja limitado por um critério substantivo de justiça embutido na Constituição, por que o Judiciário seria a autoridade legítima para exercer este controle? Por que os juízes estariam em melhor posição do que representantes eleitos para fazer julgamentos corretos sobre a conformidade de decisões políticas à moralidade expressa na Constituição? Isso não reforçaria uma visão depreciada da legislatura como incapaz de levar em conta em sua deliberação argumentos de justiça?⁴⁰

A Constituição seria um referencial, um ponto de partida para a tomada de decisões, mas as soluções são um produto de escolhas e gradações controversas entre valores – nesta seara, boas técnicas de interpretação ajudam na construção de justificativas, mas não determinam a escolha em si. Assim, os Tribunais seriam fundamentais, mas não os únicos capazes de encontrar e atualizar o significado da Constituição. Essa “visão messiânica” do controle de constitucionalidade como única instância capaz de proteger o cidadão de abusos empobrece a democracia, apagando outros atores políticos e desconfiando dos demais Poderes.⁴¹

⁴⁰ MENDES, Conrado. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2008. P. 16.

⁴¹ Ibid. P. 24-26.

Neste panorama, Bercovici afirma que os neoconstitucionalistas seriam neopositivistas buscando a renovação do positivismo através da construção de uma Constituição jurisprudencial, embasada na apoderação da Carta Constitucional, sobre a qual a Corte teria competência para decidir em última instância em caráter vinculante.⁴²

Todavia, o direito constitucional não é monopólio do Judiciário, cabendo aos três poderes, em ação coordenada, interpretar a Constituição. Assim, o pensamento constitucional precisa ser reorientado para a reflexão sobre conteúdos políticos, fazendo com a democracia deixe de ser compreendida como uma regra técnica de interpretação e de legislação, passando a ser cumprida no cotidiano de todas as esferas de poder para que sejam realizados os direitos fundamentais, sobre os quais a Corte constitucional não tem o monopólio.⁴³

Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais. Na feliz expressão de Dieter Grimm, a Constituição é resultante e determinante da política.⁴⁴

Ademais, o Supremo não estaria assumindo apenas uma posição de proteção das regras constitucionais face aos potenciais ataques do sistema político – ele estaria exercendo também a função de criação de regras, acumulando o exercício da autoridade inerente a qualquer intérprete constitucional com o poder próprio daquele que cria as regras.⁴⁵

A Corte, que já consolidou o entendimento de que poderia exercer controle de constitucionalidade até mesmo sobre Emendas Constitucionais (portanto, decorrentes do poder constituinte reformador), teria reafirmado sua capacidade de criação de regras no caso da fidelidade partidária (MS 26.603/DF) e na questão referente à constitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos, que culminou na Reclamação 4.335-5/Acre.⁴⁶

⁴² BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política – uma relação difícil. **Lua Nova; Revista de Cultura e Política**, n. 61, p. 5-24, 2004. P. 20

⁴³ Ibid. P. 21-23.

⁴⁴ Ibid. P. 24.

⁴⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008. P. 446

⁴⁶ No primeiro caso, a decisão dos tribunais (TSE e STF) criou uma nova categoria de perda de mandato parlamentar distinta das hipóteses *numerus clausus* previstas no art. 55, CF. Já no segundo caso, destituiu de significado prático a regra do art. 52, X, CF, que determina a competência privativa do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Principalmente após a introdução do efeito vinculante em nosso sistema jurídico, basta o Supremo afirmar que a lei é inconstitucional para que ela não possa ser aplicada, independentemente de qualquer chancela do Senado, ocorrendo, portanto, uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

Analisando o julgamento acerca da possibilidade de pesquisas com células-tronco, Vilhena identifica também a falta de deferência do Supremo em relação ao legislador, afinal, não havendo inconstitucionalidade flagrante na lei – que, diga-se de passagem, foi aprovada com esmagadora maioria no Congresso – a Corte deveria abster-se de substituir a decisão do legislador. Mas, em sentido oposto, optou por julgar a causa, deixando claro que não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que também pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do Parlamento caso entenda que as suas são melhores.⁴⁷

Assim, como exemplificam os casos explorados por Vilhena, muitas vezes a tomada de decisão pelo Supremo Tribunal Federal ultrapassa o processo de interpretação, tendo caráter legislativo – até mesmo de natureza constitucional.

Alguns doutrinadores apontam que esta ampliação do papel do Judiciário seria decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade. Neste sentido, a ampliação denotaria o adiamento de uma reforma política para fomentar a autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil.⁴⁸ Todavia, esta situação criaria um paradoxo, afinal, na tentativa de suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o Judiciário contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia.⁴⁹

Em visão distinta, Rodriguez apresenta uma nova perspectiva sobre a suposta crise do direito, defendendo a judicialização da política e o ativismo judicial através do questionamento do modelo tradicional de separação de poderes.

De acordo com a perspectiva tradicional da tripartição de poderes, o Parlamento possuiria toda a competência para a criação de normas jurídicas, implicando em um modelo formalista do direito, no qual a atuação do juiz precisaria ser limitada, afinal, a aplicação das normas não poderia ser enxergada enquanto um fenômeno criativo e dinâmico.

Todavia, Rodriguez ressalta que o sentido de “*O espírito das leis*” não seria afirmar os três poderes como a essência do Estado de Direito, mas sim demonstrar que é necessário criar

⁴⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008. P. 452

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madri, vol. 13, P. 17-31, 2009. ISSN 1138-4824. P. 24.

⁴⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008. P. 443.

poderes e contrapoderes para evitar a constituição de polos de poder absolutos. Assim, o modelo tradicional de separação de poderes implicaria em um determinado desenho institucional e um determinado modelo de racionalidade, que não obrigatoriamente será melhor do que as demais, não havendo, portanto, um motivo *a priori* para limitar a atuação dos juízes.⁵⁰

Manter inalterada a visão do que seja e deva ser a atuação de um juiz ou uma juíza é defender a paralização do devir do direito e das instituições do Estado. E não se pode barrar conceitualmente o correr da história. Os conceitos devem ser instrumentos de reflexão e crítica sobre a efetividade do real e não parte de profissões de fé sobre uma determinada visão de estado de direito e de sociedade.⁵¹

Assim, o fenômeno denominado pejorativamente de “judicialização da política”, na maioria das vezes, não seria nada além da apropriação do texto constitucional pela sociedade a fim de reivindicar seus direitos. Todavia, com a insistência na visão tradicional de separação de poderes, a relativa indeterminação do processo de aplicação de normas continua sendo negada, impedindo que o direito enxergue o ativismo judicial como um fenômeno normal.⁵²

Nesse sentido, este livro defende que as críticas à “judicialização da política” e à “insegurança jurídica” são pautas conservadoras que tendem a transformar a separação de poderes, segundo suas feições clássicas, em um critério normativo transcendente para denunciar a suposta falta de qualidade de nossas instituições. Como se não fosse possível desenhar o estado de outra maneira e como se toda mudança em tal desenho fosse indesejável e inadequada *prima facie*.⁵³

Para barrar o processo de judicialização da política, o formalismo teria retornado sob a roupagem da “técnica”, dando uma nova faceta ao juiz “boca da lei”. Todavia, o direito é um fenômeno social no qual predomina um processo aberto de disputa pelo sentido da norma, processo que não pode ser encarado como a perda de especificidade do direito em relação à demais ordens normativas, apenas como o abandono de um padrão tecnocrático em favor de um modelo de racionalidade aberto à deliberação. A própria restrição do que possa ser considerado “jurídico”, fixando de antemão um âmbito para a regulação jurídica, impede a disputa pela pluralização no interior do próprio código do direito, fazendo com que novas gramáticas e modelos institucionais entrem em tensão constante com o código do direito.⁵⁴

⁵⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. P. 134.

⁵¹ *Ibid.* P. 10.

⁵² *Ibid.* P. 91 e 123.

⁵³ *Ibid.* P. 13.

⁵⁴ *Ibid.* P. 165-166.

A ideia de que a regra contém em si mesma toda a dinâmica institucional e determina de antemão seu desenvolvimento encobre a dinâmica concreta do funcionamento da democracia. À exceção das regras que exigem que o poder justifique racionalmente suas decisões, conferindo à sociedade a possibilidade de participar de sua elaboração, um Estado de direito democrático não pode bloquear a disputa pelas regras que definem gramáticas institucionais, sob pena de naturalizar posições de poder político, econômico e social.⁵⁵

Portanto, deve ser abordada a questão da fundamentação racional da decisão, cuja importância é reconhecida inclusive pelos pós-positivistas, destacando o necessário respeito aos “cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes”⁵⁶.

Atentando para não suportar um modelo tecnicista que escondesse o formalismo, José Rodrigo Rodriguez analisa os argumentos e os modelos de racionalidade judicial presentes no país sob uma perspectiva descritiva, preferindo uma postura de análise da prática e oferecendo possíveis sugestões.

De acordo com esta proposta de análise empírica, o autor afirma que os juristas brasileiros agem de maneira personalista ao decidir casos concretos, estando mais preocupados em apresentar suas opiniões pessoais do que no debate a fim de demonstrar analiticamente a correção da solução que defendem, gerando uma tradição não argumentativa, opinativa e personalista.⁵⁷

Para esta forma de argumentar, o objetivo não é demonstrar a correção de uma tese, mas apenas tomar uma decisão, prevalecendo o convencimento pessoal e utilizando como justificativa suas próprias opiniões. O compromisso exclusivo com o convencimento do destinatário em torno de uma determinada solução faz com que seja utilizado qualquer argumento para este fim, sem se desincumbir do “ônus argumentativo” próprio da argumentação jurídica, que implicaria no uso de argumentos racionais que levassem à melhor solução para o caso.⁵⁸

⁵⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. P. 172.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madri, vol. 13, P. 17-31, 2009. ISSN 1138-4824. P. 31.

⁵⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. P. 7-8.

⁵⁸ *Ibid.* P. 62.

Nesta sina, reina a pobreza argumentativa para os casos fáceis e os argumentos de autoridade para os casos difíceis, invocando tantas autoridades quantas possíveis para sustentar a opinião do juiz, afinal, tratando-se de argumentação por autoridade, uma posição é tanto mais correta quanto mais pessoas concordarem com ela, predominando citações de inúmeros teóricos sem qualquer indício que suas teorias tenham sido efetivamente aplicadas e de todas as “jurisprudências” que se alinhem à sua opinião.⁵⁹

Ademais, uma argumentação marcada pela racionalidade estaria preocupada com sua generalização para casos futuros, criando padrões decisórios a partir da atividade judicial. Todavia, como os profissionais do direito não se desincumbem do ônus argumentativo imposto por uma argumentação jurídica racional, não haveria a generalização para os casos futuros, dificultando a criação de um sistema de precedentes em nosso país, o que é evidenciado pela referência às “jurisprudências torrenciais” ou “copiosas” que permeiam o discurso prático. A falta de preocupação com a generalização para os casos futuros somada ao modelo de argumentação personalista resultam na falta de previsibilidade das decisões, afinal, as decisões dependem mais das pessoas que ocupam a posição de autoridade do que de padrões decisórios que orientem a instituição para além das pessoas, de forma que a estabilidade ao longo do tempo tende a variar com as mudanças dos juízes individuais.⁶⁰

Neste ponto, é igualmente importante observar que nossa “jurisprudência” é organizada através de súmulas e enunciados, não pela reconstrução argumentativa do caso paradigmático, como ocorreria no direito anglo-saxão. As súmulas e enunciados são expressas em fórmulas gerais abstratas que apontam para um determinado resultado, representando as opiniões dos tribunais sobre determinados problemas jurídicos. Assim, prepondera uma argumentação não sistemática, fundada na autoridade dos juízes e dos tribunais, retirando da esfera pública a possibilidade de um debate racional acerca das razões de decidir dos juízes e tribunais. Como consequência, quando a Corte muda de entendimento não há ônus argumentativo algum, sendo desnecessário enfrentar os argumentos anteriores.⁶¹

⁵⁹Nesta seara, o autor pontua a frequência com que os profissionais de direito usam os adjetivos “torrencial”, “pacífico”, “copioso” para acompanhar o substantivo “jurisprudência” – termos que não fariam qualquer sentido em um país de *common law*, nos quais um precedente existe ou não. Este fenômeno, além de revelar as falhas de nosso “sistema de precedentes”, evidencia que os próprios precedentes são utilizados com a força de um argumento de autoridade. (RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. P. 48-59.)

⁶⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. P. 67.

⁶¹ Ibid. P. 7.

As próprias “razões do Tribunal” não são expressas, afinal, apesar da publicidade das decisões, os votos não são organizados de maneira coerente a fim de elaborar um “voto da Corte”. Assim, as fundamentações da decisão podem variar de juiz para juiz, sendo possível no próprio STF decisões unânimes com 11 fundamentações diferentes.⁶²

O documento resultante, quase sempre longo, desorganizado e difícil de manusear, é um retrato fiel do processo decisório do STF em que vence o caso aquele que convencer individualmente mais juízes. Os demais tribunais brasileiros repetem o mesmo padrão.⁶³

Neste ponto, uma sugestão hábil para a diminuição do problema seria o procedimento de tomada de decisões formulado por Vilhena, que teria como última fase a redação do acórdão por aquele que liderou a maioria, precedida por um amplo debate entre os juízes acerca da fundamentação para a decisão.⁶⁴

Ademais, a fundamentação racional acarreta a segurança do ponto de vista institucional, afinal, se houver um padrão aceito para avaliar a racionalidade das decisões, uma decisão motivada por interesses egoístas torna-se irrelevante do ponto de vista institucional, haja vista que passou pelo crivo das boas justificativas.⁶⁵

Para o controle de racionalidade das decisões, Krell propõe uma reabilitação dos métodos de interpretação jurídica, sem a pretensa exatidão científica do passado (exatidão esta que nunca tiveram e jamais terão), mas como guia para a tomada de decisões. O estudo acerca dos métodos de interpretação é de extrema importância, afinal, apesar da ferrenha crítica formulada pelos doutrinadores, a prática judiciária continua utilizando-os para embasar suas decisões.⁶⁶

As metodologias clássicas não garantem um resultado correto, mas permitem que um método para a sequência dos argumentos seja fixado com antecedência, conduzindo a um resultado possível, embora não seja o único correto. Assim, o emprego destas metodologias embasa uma sequência de raciocínio, até mesmo que inconsciente, à qual o intelecto humano recorre para solucionar determinado problema. Todavia, isto não significa que a

⁶² RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. P. 16.

⁶³ Ibid. P. 71.

⁶⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008. P 457-459.

⁶⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. P. 66.

⁶⁶ KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, v. 10. p. 295-320, 2014. P. 296-297.

argumentação jurídica seja estritamente determinada por aspectos racionais, mas sim que ela deve ser fundamentada racionalmente, de forma que as questões de valoração integrem a argumentação jurídica organizadas de maneira racional, permitindo a compreensão sobre a opção feita.⁶⁷

Na tentativa de cumprir a isonomia, dando soluções semelhantes a casos semelhantes, é preciso recapitular o caminho mental que levou o julgador à decisão concreta, tornando possível que outros julgadores o levem em consideração. Este processo igualmente diminuiria a subjetividade do intérprete, possibilitando o seu controle e o direcionando a caminhos previsíveis. Neste ponto, o autor utiliza a argumentação de Alf Ross acerca da justificativa das decisões – que será aprofundada no próximo capítulo – afirmando que, graças à técnica de argumentação, o juiz justificaria tecnicamente aquilo que ele julga correto, mas, embora estes argumentos não revelem as razões verdadeiras da decisão, a função do método de interpretação seria estabelecer limites à liberdade do juiz na administração da justiça, determinando a área de soluções justificáveis.⁶⁸

Logo, a ciência do direito deve analisar os fundamentos das decisões, que não se restringem às metodologias de interpretação, mas que também as englobam, procurando reforçar uma consciência institucional que embase a racionalidade jurídica.⁶⁹

Um modelo que conferisse importância central à argumentação também seria mais transparente, admitindo a participação da esfera pública no debate quanto às fundamentações. Assim, as decisões produzidas seriam mais substantivas, preservando a segurança jurídica, que seria menos dependente das pessoas por estar conectada às razões de decidir, não à opinião dos magistrados. A judicialização da política poderia ajudar neste processo, permitindo a abertura do Poder Judiciário e do pensamento jurídico ao escrutínio da sociedade, reforçando a importância das justificativas e dificultando o uso de reles argumentos de autoridade.⁷⁰

⁶⁷ KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, v. 10. p. 295-320, 2014. P. 300-302.

⁶⁸ Ibid. P. 298 e 311-312.

⁶⁹ Ibid. P. 308

⁷⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. P. 92-97.

3. CONTRIBUIÇÕES DE ALF ROSS PARA A COMPREENSÃO DO FENÔMENO JURÍDICO E DA CIÊNCIA JURÍDICA.

a) Breve contextualização sobre o realismo escandinavo e sobre o pensamento de Alf Ross.

A elaboração de uma autêntica ciência jurídica é uma recorrente preocupação dos juristas, levando o problema da metodologia a ocupar uma posição de destaque na reflexão jurídica. Cada método, embora se pretenda mais acurado do que os demais, permite apenas uma visão parcial do direito, de modo que a multiplicidade de metodologias enriquece o debate permitindo uma pluralidade de perspectivas traçadas acerca do mesmo objeto, cada uma explicando algo de relevante sobre o direito.⁷¹

A proposta metodológica abarcada pelo realismo jurídico é caracterizada pela tentativa de superação da metafísica através dos pressupostos empiristas. Assim, o realismo iria de encontro à concepção de direito natural, buscando em determinados feitos sociais o fundamento do direito – nos costumes, nas decisões judiciais, na vontade do soberano, ou em outros fatos empíricos, afinal, para os realistas o mundo empírico pode ser concebido de maneira racional, enquanto os valores e as normas estariam além da cognição, não tendo real existência.⁷²

Dentre os realistas, haveria dois grandes grupos: os realistas americanos e os escandinavos. Embora esta classificação seja bastante criticada sob o argumento que não haveria praticamente nenhuma semelhança entre os realistas americanos e os escandinavos⁷³ e que estes grupos resultariam de uma divisão artificial, cujo único critério seria a disposição geográfica,⁷⁴ podem ser traçadas em linhas gerais características comuns entre os grupos. Por exemplo, ao perquirir acerca da concepção de propriedade entre ambos os grupos, Gregory Alexander concluiu que os realistas escandinavos buscariam uma postura entre direito,

⁷¹ CASAMIGLIA, Albert. **Notas sobre el Realismo Jurídico**. Disponível em: <http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/cuadernosFacultadDerecho/index/assoc/Cuaderno/s_1983v0/06p139.dir/Cuadernos_1983v006p139.pdf>. Acesso em 02 de julho de 2019. P. 139.

⁷² JORGENSEN, Stig. **Scandinavian Legal Philosophy**. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ajlph8&div=19&id=&page=>>>. Acesso em 02 de julho de 2019. P. 2.

⁷³ Leiter afirma que, enquanto os realistas escandinavos parecem ter adotado o rótulo de “realismo” para sinalizar a sua oposição aos idealistas metafísicos, os norte-americanos invocariam o sentido mais coloquial de “realismo”, desejando retratar com sinceridade o que acontece, especialmente nas decisões dos tribunais decidem os casos. LEITER, Brian. **Legal Realisms, Old and New**. Valparaiso University Law Review, 2013. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=8034&context=journal_articles. Acesso em 29 de novembro de 2019. P. 950-951.

⁷⁴ BULYGIN, Eugenio. Alf Ross y el realismo escandinavo. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**, n. 1, p. 75-89, 1981. P. 75.

política e moral, enquanto os realistas americanos insistiriam nas questões de poder difundidas no direito.⁷⁵ Por outro lado, Brian Leiter destaca que os realistas escandinavos discutiriam mais questões filosóficas, enquanto os americanos se centrariam na análise da postura das Cortes – o que seria um reflexo da própria formação dos principais expoentes de ambas, pois, ao passo que os realistas escandinavos teriam formação em filosofia, os americanos seriam professores de direito e advogados sem preparação filosófica.⁷⁶

O realismo escandinavo teve um papel central na secularização do direito, difundindo um programa cosmopolita, científico e de ceticismo moral, contribuindo para a desmistificação do mundo através da racionalidade.⁷⁷ Através de seu projeto de desmistificação do direito, buscando desnaturalizar conceitos e institutos tidos como “divinos” e, portanto, inquestionáveis, os realistas escandinavos abriram espaço para a criação de políticas públicas por meio do debate democrático, livrando o direito de algumas estruturas arcaicas.⁷⁸

Dentre os realistas escandinavos, Alf Ross (1899-1979) foi uma figura central, figurando como um dos maiores pensadores jurídicos europeus do século XX. Entretanto, o enquadramento de Ross enquanto realista escandinavo é bastante questionado, haja vista que sua formação cultural e pensamento jurídico difeririam bastante dos demais autores deste grupo, como Axel Hägerström, Vilhem Ludstedt e Karl Olivercrona.⁷⁹ Todavia, o realismo escandinavo é *per se* um grupo muito heterogêneo – haja vista a crítica que as semelhanças entre seus autores dificilmente caracterizariam uma escola – de maneira que, aceitando a classificação dos “realistas escandinavos”, não parece equivocado o agrupamento de Ross

⁷⁵ ALEXANDER, Gregory, S. **Comparing the Two Legal Realisms**. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1274&context=facpub>>. Acesso em 02 de julho de 2019. P. 132

⁷⁶ LEITER, Brian. **Legal Realisms, Old and New**. Valparaiso University Law Review, 2013. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=8034&context=journal_articles. Acesso em 29 de novembro de 2019. P. 951.

⁷⁷ MALMINEN, Toni. **Scandinavian Legal Realism – Some Unfinished Business**. Disponível em: <https://www.academia.edu/38743785/Scandinavian_Legal_Realism_-_Some_Unfinished_Business>. Acesso em 02 de julho de 2019. P. 62

⁷⁸ ANDAKU, Julia. **Análise Jurídica da Teoria de Alf Ross**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6394/1/AlfRoss.pdf>>. Acesso em 08 de agosto de 2019. P. 24.

⁷⁹ O autor teria até mesmo rejeitado algumas das premissas filosóficas de Hägerström e descartado o psicologismo de Olivercrona, adotando uma perspectiva normativa moderada. ANDAKU, Julia. **Análise Jurídica da Teoria de Alf Ross**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6394/1/AlfRoss.pdf>>. Acesso em 08 de agosto de 2019. P. 24 e 66.

enquanto integrante deste grupo, levando em consideração sua proposta empirista e antimetafísica, assim com a influência dos três autores supracitados em sua produção.

Contudo, Aulis Aarnio alerta que as obras de Ross devem ser analisadas com cautela, atentando à transição de pensamento da escola analítica para a realista⁸⁰ – esta última marcada por sua obra mais significativa, “*Sobre el Derecho y la Justicia*”, publicado em 1953, no qual o autor se debruça sobre os conceitos de direito vigente e ideologia normativa.⁸¹

Ross insiste que o conceito tradicional de direito inclui elementos de magia, demonstrando a manifesta influência de Hägerström em sua obra, dedicando-lhe inclusive um de seus primeiros livros, “*Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*”, de 1933.⁸² Para além dos realistas, Alf Ross teve notória influência de Hans Kelsen, que foi seu professor em Viena e de quem foi interlocutor em muitos escritos – embora para expressar discordância na maioria dos casos.

Ross também não abriu mão de escrever sobre política, defendendo que o jurista não deve se manter apático diante das posições de poder existentes na sociedade, tendo ele próprio se pronunciado politicamente sobre diversos temas, como em “*Porque eu voto na social democracia*” (1945), “*Por que democracia?*” (1946) e “*Coréia, Vietnã e anti-americanismo*” (1966). Contudo, o autor ressalva que, ao lutar por objetivos políticos, o jurista precisaria descer do pedestal científico, enxergando que tais objetivos são interpretações subjetivas, não uma ciência com valor de verdade única, ideia que será retomada ao abordar o papel da ciência jurídica.

Alf Ross insiste que a democracia é uma forma de governo, um método para regular a vida em comunidade, não prescrevendo uma particular estrutura social ou econômica. Todavia, como social democrata, o autor ressalta que a democracia como técnica político-

⁸⁰ O pensamento de Ross pode também ser dividido em três fases: na primeira (1920-1945), seus estudos tentaram conceituar o direito ou o fenômeno jurídico, bem como seus institutos mais importantes; na segunda (1945-1960), interpretou o direito como fenômeno jurídico, formulando uma lógica para o direito (a lógica deontica) que considera as normas como diretivas que correspondem a determinados fatos sociais; e a terceira fase (1960-1979) na qual o direito aparece como um fato social e mundial, necessitando da análise dos institutos da moral e política. (ANDAKU, Julia. **Análise Jurídica da Teoria de Alf Ross**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6394/1/AlfRoss.pdf>>. Acesso em 08 de agosto de 2019. P. 156-157)

⁸¹ AARNIO, Aulis. Esbozo de una Interpretación Hermenéutica del Realismo Escandinavo. Reinterpretando a A. Ross. **DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 33, p. 457-469, 2010. ISSN: 0214-8676. P. 457.

⁸² ANDAKU, Julia. **Análise Jurídica da Teoria de Alf Ross**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6394/1/AlfRoss.pdf>>. Acesso em 08 de agosto de 2019. P. 16.

jurídica não bastaria, sendo necessário um reforço das condições sociais na garantia da qualidade de vida da população, principalmente no que diz respeito à educação, vital para que os indivíduos possam adquirir autonomia.⁸³

A autonomia é um pensamento basilar para o autor, pois é a forma como cada pessoa toma seu destino em suas próprias mãos. A democracia, por sua vez, seria a maior das formas de autonomia, consistindo no autogoverno do povo, pois todos são obrigados pelas normas que eles mesmo criam. Assim, a democracia precisa ser construída todos os dias em todas as frentes, de forma que todos tomem a responsabilidade pela sua efetivação.⁸⁴

Alf Ross segue a trilha de Kelsen. Ross pergunta: "o que tem a ver a autonomia com a democracia?" E responde: "A relação dá-se pelo fato de que a democracia é a forma de governo que oferece o máximo de liberdade política, entendida como autonomia dos cidadãos. Este máximo é obtido justamente pelo princípio majoritário".⁸⁵

Justamente pela sua crença na ideia de autonomia e pela sua postura antimetafísica, o autor critica a utilização da “vontade do povo” enquanto entidade mística, negando a possibilidade de demonstração científica de que existem certos valores aos quais todos os homens são compelidos. Assim, o “bem comum” e o “interesse geral” são apenas rótulos utilizados por uma pessoa para aquilo que ela crê como correto ou razoável, cabendo cautela na utilização destes termos para que não reduzam o debate democrático.

O autor aponta que os interesses⁸⁶ são iminentemente individuais, pois apenas são experimentados pelas pessoas, de maneira que falar em interesses coletivos experimentados pelo grupo carece de significado. Todavia, pode-se atribuir um significado viável ao interesse coletivo ao abordar os interesses coincidentes, que são experimentados como interesse comum quando uma das partes se identifica com as demais e com o todo, surgindo uma consciência de grupo. Assim, existiria em verdade uma constelação de interesses individuais que poderia advir da conexão de interesses (solidariedade fática) ou da comunidade de interesses (solidariedade emocional), mas jamais seriam interesses coletivos experimentados por todo o grupo. O autor ressalta também que o conhecimento da dependência mútua

⁸³ ROSS, Alf. **¿Por que democracia?** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. P. 245.

⁸⁴ Ibid. P. 104.

⁸⁵ CAMPILONGO, Celso. **Direito e democracia.** São Paulo: Max Limonad, 1997. P. 40.

⁸⁶ Os interesses seriam opostos às atitudes morais, afinal, enquanto aqueles são baseados na necessidade e podem ser justificados racionalmente, estas são atitudes desinteressadas e irracionais, expressando uma emoção, estando além da justificação e argumentação. As atitudes morais teriam origem social, sendo absorvidas desde a infância e vividas enquanto dever, subjugando até mesmo as necessidades em alguns casos. ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia.** Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 352-353.

condicionaria a atitude de coparticipação, pois, à medida em que a técnica de produção se transforma em um aparato altamente organizado e ramificado, todos dependem uns dos outros por solidariedade fática.⁸⁷

Todavia, Ross insiste que falar sobre os interesses comuns não é apenas uma situação fática, mas também uma persuasão, na medida em que apela a uma séria de sentimentos comuns – os sentimentos de pertencimento ao grupo, de comunidade, identidade, solidariedade, e outros sentimentos altruístas que lutam com os interesses egoístas.⁸⁸

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o autor critica do uso do “bem-estar social” para justificar as decisões políticas, afirmando que, assim como o direito natural e o utilitarismo, teria como propósito que os indivíduos pudessem se imiscuir da responsabilidade de suas escolhas. Explica-se.

Para o direito natural, a correção do direito positivo depende de sua concordância com um padrão ou ideal que se encontra na natureza ou na razão, de forma que as considerações de utilidade careceriam de importância. Assim, a filosofia do direito natural se apoiaria em uma intuição intelectual ou em um sentimento de evidencia, que, na verdade, não passaria de uma “dogmática e patética” expressão da consciência moral e jurídica da época. Já o utilitarismo de Bentham, embora também se embasasse em um postulado metafísico-intuitivo, afinal, seu princípio geral (a maior quantidade de felicidade) não pode ser derivado da experiência, adquiriu uma grande importância ao insistir que uma ação seja julgada de acordo com seus efeitos, ideia que será retomada mais adiante ao abordar a ciência do direito.⁸⁹

Este princípio utilitarista reduziria o fundamento irracional de nossas decisões a uma valoração única na medida em que o processo de decisão consistiria em um cálculo racional de quantidades de prazer e dor. Todavia, isto não poderia ocorrer na prática, pois as pessoas são motivadas por diversas necessidades e considerações que lutam em um processo irracional de motivação, de maneira que a decisão expressa a preferência atribuída a cada uma

⁸⁷ O autor também destaca que cada interesse tem, simultaneamente, um aspecto individualmente isolado e socialmente conectado. “*Así, la propiedad de A considerada individualmente – es decir, con su interés en disponer de cierta fracción de tierra – es un interés meramente individual, pero su interés (y el interés de cada uno de los otros), en una regulación u orden de la propiedad que dê seguridad a la posesión es un interés social*”. Assim, todo esforço para formular um catálogo de interesses individuais e sociais independentes e em conflito estará fadado ao fracasso. ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 348-351.

⁸⁸ ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 350.

⁸⁹ *Ibid.* P. 281.

desta considerações. Portanto, a decisão consiste em uma resolução, um ato irracional, jamais uma eleição racional entre quantidades quantitativamente definidas.

Este mesmo raciocínio seria aplicado à quimera do bem-estar social, que consistiria na soma total do prazer dos indivíduos, possuindo os mesmos defeitos apontados no utilitarismo. As necessidades são sempre experimentadas pelo indivíduo, de maneira que o interesse da comunidade não passa de uma falácia para encobrir a desarmonia entre as pessoas, criando a ilusão de que a comunidade é uma entidade independente com interesse harmônico correspondente a um benefício único. Assim, o autor sustenta que *“el utilitarismo y el principio del bienestar social, como la filosofía del derecho natural, son resultado de la necesidad que la conciencia tiene de un principio de acción absoluto que pueda liberar a la humanidad de la angustia de la decisión”*.⁹⁰

Tratando sobre a política, em *“Por que democracia?”*, escrito logo após a Segunda Guerra Mundial, Ross afirma que, embora o fascismo tenha sido militarmente derrotado, as rédeas de sua evolução continuam livres no ar, cabendo à população assumir o controle dessas rédeas rumo ao futuro que deseja. Crítico ferrenho tanto do comunismo quanto do fascismo, o autor alerta que, na passagem da democracia capitalista para a social democracia percorrida pela Europa, os privilegiados poderiam descartar sua lealdade à comunidade e enveredar para o fascismo, sendo necessário o reforço da democracia.⁹¹

Segundo o autor, a democracia pode se efetivar em diferentes graus levando em consideração a influência popular no exercício da autoridade pública, variando em relação à intensidade (dimensão do grupo de pessoas que têm direito a participar nas eleições), à efetividade (o grau em que o povo pode afirmar sua opinião) e à latitude (medida em que controle popular é estendido), sendo a melhor forma de governo aquela que concentrasse mais desses indicadores.⁹²

Assim, os ideais da democracia deveriam ser introduzidos também no sistema jurídico, afinal, com sua efetivação como ordem social, estas ideias ganhariam nova força, “aumentando” a democracia na sociedade e mostrando sua importância para que mais pessoas

⁹⁰ ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 287.

⁹¹ STEWART, J.B. Why democracy? By Alf Ross. **Political Science Quarterly**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2145611?origin=JSTOR-pdf&seq=1>. Acesso em 05 de dezembro de 2019. P. 437.

⁹² ROSS, Alf. **¿Por que democracia?** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. P. 87, 95 e 96.

a defendessem, haja vista que “somente vivendo em democracia podemos nos tornar bons democratas”.⁹³

Embora suas ideias políticas acerca da democracia não sejam inovadoras, este livro confere uma maior noção acerca da sociedade no qual o autor vivia e como ele a enxergava – assim como as melhoras que propunha. Mas, como nem tudo são flores, Alf Ross foi rotulado como “defensor do modelo conservador em último grau” ao se posicionar favoravelmente à Guerra do Vietnã no texto “*Coréia, Vietnã e anti-americanismo*”, defendendo que as eleições no país não teriam sido democráticas, o que autorizaria a invasão norte-americana.⁹⁴

Em “*Ciência e política na doutrina jurídica*” (1952), Ross afirma que cada legislação é um fator real e um ato político, fenômeno que se manifesta principalmente no caso dos princípios, que, embora sejam um meio de representação do diálogo entre a realidade do acontecimento social e o direito, são altamente indeterminados. Todavia, a impossibilidade em apartar os princípios da política do direito não significa que qualquer mistura entre ciência e política seja legítima, devendo-se atentar à subjetividade do juiz e tentar aumentar o grau de certeza do direito, atentando à metodologia jurídica e ressaltando que sua interpretação não é a única correta.⁹⁵

Assim, em “*Sobre o Direito e a Justiça*” (1953) o autor insiste no papel que teria a ciência em relação à política e alerta para a forma que as ideologias políticas vêm sendo proclamadas como verdades racionais, de forma que a argumentação político-jurídica assumiu a forma de deduções que parte de ideais eternos de justiça e direito natural, conferindo à teoria política uma roupagem metafísica. Todavia, tal discussão não poderia ser fundamentada no plano da lógica – pois não almeja provar verdades – mas sim no plano psicológico-tecnológico, ideia que será retomada mais adiante.

Mantendo sua perspectiva herdada de Hägerstrom do direito enquanto mito, Ross exprime em “*A ficção jurídica*” (1968) que para manter a ficção mítica, o juiz, enquanto tal,

⁹³ ROSS, Alf. **¿Por que democracia?** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. P. 244.

⁹⁴ O autor também demonstrou sua admiração aos Estados Unidos em função do seu sistema democrático tanto neste texto quanto em “¿Por que democracia?”. ANDAKU, Julia. **Análise Jurídica da Teoria de Alf Ross**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6394/1/AlfRoss.pdf>>. Acesso em 08 de agosto de 2019. P. 20 e 130.

⁹⁵ ANDAKU, Julia. **Análise Jurídica da Teoria de Alf Ross**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6394/1/AlfRoss.pdf>>. Acesso em 08 de agosto de 2019. P. 108.

não teria qualquer possibilidade de se exprimir verbalmente sobre o conteúdo implícito de suas próprias ações, fingindo que não faz outra coisa além de encontrar a lei justa e anunciar, como um oráculo, a solução que jaz escondida na própria lei.⁹⁶

A identificação entre direito e magia é defendida também em “*Sobre o Direito e a Justiça*”, no qual o autor ressalta que, apesar de utilizar os recursos da ciência, os indivíduos ainda creem em elementos mágicos, o que se manifestaria inclusive em algumas teorias científicas.

Analisando a escola histórica alemã e a teoria de Marx⁹⁷, Ross conclui que a crença que poderes superiores – sejam espirituais ou econômicos – guiam o curso da evolução conduz à passividade e ao fanatismo, aniquilando a responsabilidade moral, cujo fundamento é a consciência de que somos senhores de nosso destino. Essa compreensão conduz à adoração do poder interpretado em sua forma conservadora, quer seja como expressão da sociedade existente e suas instituições tradicionais (Hegel e Savigny) ou na forma revolucionária da luta de classes, que conduzirá o proletariado à vitória (Marx). Estas teorias, todavia, estão condicionadas negativamente pelo Estado liberal com suas escassas oportunidades de intervenção efetiva, mas as posteriores experiências de tentativa de intervenção legislativa orientada a um propósito demonstraram a falsidade da suposta impotência do legislador e da política, que são capazes de influenciar efetivamente na vida das pessoas, embora estejam parcialmente limitadas pelas demais forças sociais.

Podemos resumir lo antedicho como sigue: la política jurídica es posible porque el legislador no es impotente. Las posibilidades de la política son limitadas, porque el legislador tampoco es todo-poderoso. Éste encuentra las fuerzas sociales (en particular la conciencia jurídica, los intereses económicos y las relaciones de poder) que no pueden ser exorcizadas con meras palabras. Por otra parte, no hay tampoco una barrera permanente o infranqueable. La conciencia jurídica y las fuerzas económicas son en sí mismas, en cierta medida, productos de la evolución del

⁹⁶ ANDAKU, Julia. **Análise Jurídica da Teoria de Alf Ross**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6394/1/AlfRoss.pdf>>. Acesso em 08 de agosto de 2019. P. 138.

⁹⁷ Ross exemplifica que a escola histórica da Alemanha, enquanto filha do romantismo alemão, compreenderia o crescimento orgânico do direito não deve ser compreendido enquanto causalidade da natureza, mas sim como uma expressão dotada de carga emocional usada para designar as forças obscuras que animam a todas as coisas vivam e tendem a uma meta, algo absoluto e irreduzível, a primária e obscura fonte de vida, que está acima da causalidade. Da mesma forma, Marx não pensaria como um cientista social, mas sim como um profeta que prevê o inevitável e o bem, de forma que, inevitavelmente, as forças sociais tenderiam ao confronto das classes a à implementação do comunismo. ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.P. 334-337

derecho, de la evolución de la legislación contemplada en su continuidad histórica. Las diversas fuerzas sociales operan juntas en interacción mútua.⁹⁸

Diante da extensa lista de obras produzidas pelo autor – e devido ao empecilho de que parte delas não foi traduzida do dinamarquês – não foi possível fazer uma análise aprofundada sobre todas. Ademais, não seria necessário para o objeto deste trabalho comentar todos os campos estudados por Alf Ross, bastando a exposição de um panorama geral sobre seu pensamento e de alguns conceitos importantes para a análise do ativismo judicial.

b) O conceito de direito vigente e de ideologia normativa em “Sobre o direito e a justiça”.

Ross classifica como realistas todas as teorias que interpretam a vigência do Direito em função da efetividade social das normas jurídicas, pondo em prática os problemas e métodos das ciências elaboradas pela filosofia empirista. Todavia, para o autor, os realistas se subdividiriam em duas categorias: o realismo psicológico e o realismo comportamental.

O realismo psicológico, cujo expoente é Karl Olivercrona, se embasa na ideia de que uma norma seria vigente se fosse aceita pela consciência jurídica popular, sendo um fator meramente secundário sua aplicação pelos tribunais, afinal, é natural que a consciência jurídica popular também determine as reações do juiz. Todavia, tendo em vista que a consciência jurídica é um conceito da psicologia individual, o direito seria igualmente um conceito individual, pertencendo ao mesmo plano que a moral, de forma que não seria possível falar em uma ordem jurídica nacional. Já o realismo comportamental encontraria nas ações dos tribunais o critério para a vigência do direito, de forma que uma norma seria vigente se há fundamentos suficientes para crer que seria utilizada pelos tribunais no fundamento de suas decisões. Esta perspectiva seria igualmente inapropriada, pois se embasaria em uma observação puramente externa dos comportamentos dos tribunais, ignorando a perspectiva interna. Assim, a distinção entre ambas as teorias seria que, para a primeira, o direito seria aplicado porque é vigente, enquanto, para a segunda, o direito seria vigente porque é aplicado.⁹⁹

Ross afirma que sua teoria seria uma síntese das duas correntes, afinal, seria comportamental ao tratar da previsibilidade da decisão do juiz exteriormente observada e psicológica ao analisar tal decisão como um todo coerente de significado e motivação que é

⁹⁸ ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 343

⁹⁹ Ibid. P. 71.

unicamente possível devido à ideologia normativa que rege a vida espiritual do juiz. Passemos então a compreender de maneira mais aprofundada como se daria esta síntese entre ambas as correntes.

“*Sobre el Derecho y la Justicia*” se inicia com uma digressão linguística acerca do limiar entre a expressão enquanto fenômeno linguístico e seu significado. O significado das expressões pode ser expressivo, campo que abrangeria todas as expressões linguísticas, cuja característica principal seria a relação de causalidade com circunstâncias emotivo-volitivas, ou representativo, categoria à qual pertenceriam apenas as expressões que simbolizam um estado de coisas.

Nesta toada, Ross distingue três categorias de expressões linguísticas: 1) as asserções, que possuem significado representativo; 2) as exclamações, esvaziadas de significado representativo e por meio das quais não se pretende exercer influência; e 3) as diretivas, expressões igualmente desprovidas de significado representativo, mas utilizadas com o propósito de exercer influência – categoria à qual pertenceriam as normas jurídicas.

Parece obvio que ellas tienen que ser directivas y no exclamaciones ni aserciones. Las leyes no se sancionan para comunicar verdades teoréticas sino para dirigir el comportamiento de los hombres – tanto de los jueces como de los ciudadanos – a fin que actúen de una certa manera deseada.¹⁰⁰

A regra jurídica, por consistir em uma diretiva, não teria a função de informar determinados feitos, mas sim de prescrever uma conduta. Assim, a regra não seria verdadeira nem falsa, sendo seu parâmetro essencial o conceito de “direito vigente”, explicado pelo autor através de uma metáfora com o jogo de xadrez. Utilizando-se desta metáfora, Ross analisou sistemas normativos pela perspectiva interna e externa, inaugurando esta forma de análise no campo da Teoria do Direito, embora já tivesse sido utilizada muitas vezes por Wittgenstein no campo da linguística.¹⁰¹

Se o observador desconhecer o jogo, provavelmente não será capaz de compreender os movimentos individuais dos jogadores ou de estabelecer a conexão entre eles. Se ele conhecer as regras do xadrez, poderá reconhecer os movimentos e até prever, dentro de certos limites,

¹⁰⁰ ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 8.

¹⁰¹ AARNIO, Aulis. Esbozo de una Interpretación Hermenéutica del Realismo Escandinavo. Reinterpretando a A. Ross. **DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 33, p. 457-469, 2010. ISSN: 0214-8676. P. 459.

qual será a próxima jogada – todavia, sem ter domínio da teoria e do propósito que rege os jogadores, boa parte do jogo continuará sendo um enigma.

Para a plena compreensão da partida, para além do conhecimento das ações humanas, dos processos corporais envolvidos, das regras e da teoria, é fundamental a investigação da “coparticipação” (*fellowship*). O liame da coparticipação, que representa o plano intersubjetivo da partida, permite compreender um ponto central da partida de xadrez: que, embora cada jogador tenha seu papel a desempenhar, cada papel apenas adquire significado quando o outro jogador igualmente cumpre com seu papel. Nesta sina, para que ocorra uma partida de xadrez, é essencial que as regras sejam interpretadas na mesma forma por ambos jogadores, formando um todo significativo.

Da mesma forma que o jogo de xadrez, a vida em comunidade seria caracterizada pela relevância atribuída a parte das ações individuais que adquirem significado mediante um conjunto de regras comuns, não se tratando apenas de um caos de ações individuais isoladas. Assim, através da interação mútua promovida pelas regras comuns do “jogo” social, as ações constituiriam um todo significativo que permitiria certa previsibilidade de eventos futuros.¹⁰²

Nesta toada, as regras de xadrez, assim como as normas jurídicas, consistiriam em um esquema interpretativo para as ações humanas, criando um todo coerente de significado e motivação. Todavia, para compreender quais normas delineiam o esquema interpretativo do jogo de xadrez, caracterizando-se como regras vigentes, ainda seria necessário identificar quais normas efetivamente regem o jogo e de que maneira é possível determina-las.

A mera observação das partidas de xadrez pelo ponto de vista externo, buscando suas regularidades, não conduziria ao conhecimento das reais regras do jogo, afinal, jamais seria possível distingui-las das práticas vigentes. Da mesma forma, este conhecimento não poderia ser obtido através da leitura de regulamentos ou livros, pois não seria possível saber quais assertivas teriam adesão na prática.

Nesta sina, apenas é possível conhecer as regras que regem o xadrez se tratarmos estritamente das regras que regulam uma partida concreta entre pessoas específicas, sendo essencial para o conceito de norma vigente a delimitação da comunidade na qual os jogadores se sentem socialmente obrigados por ela, de maneira que o jogador se sinta simultaneamente

¹⁰² ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 14.

motivado ao seu cumprimento espontâneo e certo de que uma transgressão provocará uma reação de seu oponente.

Desta forma, Ross consegue conceituar direito vigente sem recorrer a qualquer explicação metafísica, não se distanciando de sua proposta empirista – e realista – do direito. Assim, a vigência jamais seria um conceito da razão, existente *a priori*, independente da experiência.

A quién se le ocurriría referir a la validez de las normas del ajedrez a una validez a priori, a una idea pura del ajedrez, puesta en el hombre por Dios o deducida por la eterna razón humana? El pensamiento es ridículo porque no tomamos al ajedrez tan en serio como al derecho, y ello es así porque hay emociones más fuertes asociadas a los conceptos jurídicos. Pero esta no es una razón para creer que el análisis lógico deba adoptar una actitud fundamentalmente diferente en uno y en otro caso.¹⁰³

Todavía, um aspecto da metáfora entre o jogo de xadrez e o direito vigente ainda permanece encoberto: quem seriam os jogadores que vivem as normas como socialmente obrigatórias?

Para responder a este questionamento, Ross perquire a quem são redigidas as normas, refletindo acerca de seu significado normativo, afinal, a mera prescrição de que os indivíduos procedam de determinada forma não esgota a intenção da norma. Muito pelo contrário. A maior relevância da norma seria seu significado diretivo direcionado aos tribunais, prescrevendo como devem exercer autoridade em um caso regido pela regra.

Una medida legislativa que no contenga directivas para los tribunales solo puede ser considerada como un pronunciamiento ideológico-moral sin relevancia jurídica. A la inversa, si la medida contiene una directiva para los tribunales, entonces no hace falta dar a los particulares instrucciones adicionales sobre su comportamiento. Se trata de los aspectos del mismo problema. La directiva al particular está implícita en el hecho de que éste conoce qué reacciones puede esperar, en condiciones dadas, de parte de los tribunales. Si quiere evitar estas reacciones, tal conocimiento lo llevará a comportar-se en la forma adecuada a ello.¹⁰⁴

Assim, o conteúdo real de uma norma seria a diretiva ao juiz, enquanto a diretiva ao particular seria apenas uma norma derivada desta. Portanto, sobrevém no raciocínio do autor uma concepção de que a norma jurídica se refere à aplicação de força.

Ross' opinion is a consequence of his thesis that law implies the use of the machinery of power of society. Therefore, the rules of law are ultimately considered as directives to legal authorities to sanction violations of the citizens' norms of

¹⁰³ ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 18-19.

¹⁰⁴ Ibid. P. 33.

conduct, which on the other hand are considered to be a reflex of the norms of competence of the authorities.¹⁰⁵

Nesta toada, Ross adota uma ótica que não enxerga o direito e a política como opostos, afinal, na medida em que o poder social consiste na possibilidade de conduzir as ações das pessoas, o direito é um instrumento de poder, assim como a relação entre os que criam o direito e os que se submetem a ele é uma relação de poder. Ademais, em um Estado de Direito, na medida em que cabe à Constituição outorgar a competência para exercer tais poderes, todo poder consiste em uma competência jurídica.¹⁰⁶

Aceitando o sistema de normas como um esquema de interpretação, as ações de um juiz seriam respostas dadas a determinadas condições, de maneira que seria possível prever, com certo grau de probabilidade, suas decisões. Todavia, apenas os fenômenos jurídicos em sentido estrito seriam decisivos para determinar a vigência das normas jurídicas, afinal, se um juiz individual está motivado por ideias particulares, estas não poderiam ser atribuídas ao direito da nação.¹⁰⁷

A verificação de que norma A é hoje direito vigente, sendo aplicada pelos tribunais mediante determinadas condições, implica que a diretiva ao juiz contida nesta norma provavelmente será parte essencial do embasamento da sentença. Todavia, a aplicação da norma A continua sendo uma previsão incerta acerca das decisões futuras, afinal, a questão da verdade de A não resulta de uma forma definitiva.¹⁰⁸

Interessante perceber que o conceito de direito vigente construído por Ross consegue englobar a inexorável incerteza acerca da aplicação de uma norma jurídica. Quando a validade é compreendida enquanto uma qualidade *a priori*, derivada de uma norma superior, o conceito de validade é absoluto, de maneira que uma norma vale ou não. Todavia, segundo um conceito iminentemente empírico, uma norma pode ser vigente em maior ou menor grau de acordo com sua probabilidade de ser aplicada, que será determinada pelo material de experiência.

Sobre a incerteza inerente às decisões judiciais, Ross pondera ainda que, para além das circunstâncias particulares do caso que influenciam diretamente na decisão, como o conjunto

¹⁰⁵ JORGENSEN, Stig. **Scandinavian Legal Philosophy**. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ajlph8&div=19&id=&page=>>>. Acesso em 02 de julho de 2019. P. 10.

¹⁰⁶ ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 52-57.

¹⁰⁷ Ibid. P. 36.

¹⁰⁸ Ibid. P. 42.

probatório, deve ser levada em consideração a incerteza inerente à interpretação das normas, os fatores não ideológicos-jurídicos que motivam o juiz e a influência que a própria previsão tem sobre o resultado futuro.

Esto significa que la "historia", el curso de la vida social, es en principio indeterminada. En el mejor de los casos solo podemos predecir tendencias probables. Pero toda predicción de una tendencias es al mismo tiempo un fator que en si mismo contribuye a estimular esta tendencia o a neutralizarla, y es así un fator político. Esto significa que en las ciencias sociales es fundamentalmente imposible establecer una distinción nítida entre la teoría e la intervención política.¹⁰⁹

Assim, seria muito difícil traçar a linha divisória entre os enunciados cognitivos do direito vigente e a atividade político-jurídica, afinal, a doutrina, ao se posicionar contrariamente a determinada decisão, cria uma diretiva destinada a influenciar o juiz sobre o direito vigente.

Traçados os delineamentos básicos acerca do conceito de direito vigente e estabelecida a forma para identifica-lo mediante o teste de verificação, necessário adentrar na ideia de ideologia normativa.

Levando em consideração a multiplicidade de normas integrantes do ordenamento jurídico, o juiz precisa traçar seu caminho dentre uma vasta gama de dispositivos legais para fundamentar a decisão. Se, apesar disto, ainda é possível falar em um certo grau de previsibilidade, deve-se ao fato de que o "processo espiritual" que guia o juiz a fundamentar sua decisão em uma regra, e não em outra, não é uma questão meramente arbitrária. Este processo seria determinado por atitudes e conceitos presentes no "espírito" dos juízes quando atuam nesta qualidade, constituindo um processo em certa medida homogêneo, que faria com que as decisões não variassem muito de um juiz para outro – a isto dá-se o nome de ideologia normativa.¹¹⁰

Assim, a previsão feita acerca das futuras decisões é embasada no estudo da ideologia normativa interiorizada pelo juiz, cabendo à ciência do direito a investigação sobre o

¹⁰⁹ ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 47.

¹¹⁰ Ibid. P. 105.

compromisso do juiz em seguir uma norma determinada, não devendo perder-se em meras investigações psicológicas empíricas do processo de motivação.¹¹¹

La predicción no tiene que ver con los argumentos individuales empleados por el tribunal, pero sí con si una determinada norma —en nuestro caso D— pertenece o no a la ideología normativa aceptada por el juez. La sigue debido a que ha internalizado la ideología normativa de un modo no forzado. Por esta razón, la norma constituye un genuino fundamento motivacional para la decisión del juez. El fundamento motivacional del juez y su conocimiento de los hechos es lo que finalmente define su decisión. De ahí la importancia que para la ciencia del Derecho tiene conocer qué fundamento motivacional (normativo) compromete al juez.¹¹²

Recordando a dupla dimensão das normas jurídicas analisada através da metáfora com o jogo de xadrez, está claro que as normas servem como um esquema de interpretação para o observador externo e, simultaneamente, integram a ideologia normativa internalizada pelo juiz, estando presentes as dimensões externa e interna da norma.¹¹³

Embora possa ser objeto de análise se uma determinada norma pertence à ideologia normativa interiorizada pelo juiz, a ideologia normativa não se reduz à norma jurídica em sentido estrito, consistindo no próprio percurso dentre as fontes do direito trilhado pelo juiz a fim de encontrar a diretiva determinante de sua decisão.

Tendo em vista que não é possível observar o que ocorre no espírito do juiz, cabe à doutrina das fontes formular hipóteses e verificar as predições que se confirmam, desvendando a ideologia normativa. Assim, caberia o estudo do procedimento utilizado pelos juízes para a escolha das diretivas decisivas para a questão em debate, abarcando a variação desde as fontes que proporcionam ao juiz uma norma já elaborada que ele deve simplesmente aceitar, até as fontes que oferecem apenas ideias e inspirações para que o próprio juiz formule as normas que necessita.¹¹⁴

Embora vários enfoques distintos possam embasar a classificação das fontes, Ross opta pelo critério anteriormente exposto, criando três categorias: 1) fontes completamente objetivadas, categoria à qual pertence a legislação em sentido amplo; 2) fontes parcialmente objetivadas, que engloba os costumes e os precedentes; e 3) fontes não objetivadas, como a razão.

¹¹¹ AARNIO, Aulis. Esbozo de una Interpretación Hermenéutica del Realismo Escandinavo. Reinterpretando a A. Ross. **DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 33, p. 457-469, 2010. ISSN: 0214-8676. P. 460-462.

¹¹² Ibid. P. 465

¹¹³ Ibid. P. 460.

¹¹⁴ ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 105-107.

Acerca da legislação, Ross destaca que, embora seja uma fonte com grande autoridade perante os juízes, principalmente nos países de *civil law*, ela ainda encontra limites em sua aplicação quando vai de encontro à consciência jurídica material, não sendo raras as vezes em que esta se sobrepõe à consciência jurídica institucional.

Quanto ao precedente, o autor destaca que as decisões anteriores representam um forte motivo para que o juiz utilize a mesma regra ao julgar, pois economiza tempo, diminui as dificuldades e a responsabilidade da decisão, e reforça o ideal de justiça formal. Embora nos países de *common law* os precedentes sejam tidos como obrigatórios, não é possível saber se nesta tradição os juízes efetivamente se sentem mais obrigados a segui-los, afinal, a obrigatoriedade dos precedentes é apenas outra faceta da ilusão utilizada para negar a atividade criadora do juiz.¹¹⁵ Para o exame dos precedentes, o autor também pontua que a *ratio decidendi* nos países de *common law* englobaria um amplo exame dos pontos de vista jurídicos que fundamentam a decisão e uma grande riqueza material acerca dos fatos, enquanto nos países de *civil law* a fundamentação tende a ser nos termos mais concretos e não comprometedores possíveis, perdendo seu valor enquanto precedentes orientadores.

O costume consiste em um modo de conduta vivido como obrigatório, sendo geralmente seguido dentro de uma comunidade, pois qualquer transgressão suscitaria sua desaprovação. Embora o costume tenha originado o sistema jurídico, sendo impensável negá-lo enquanto fonte do direito, os positivistas insistem em estabelecer diversas regras para sua aplicação, tentando novamente mascarar a liberdade do juiz em suas decisões.

Por fim, a razão seria uma tradição cultural comum, difícil de descrever, mas que influencia diretamente o juiz em suas decisões – até mesmo para afastar a aplicação da lei. Isto ocorre porque o juiz também é um fenômeno cultural e vê em sua atividade uma tarefa de serviço à comunidade, assim, tanto a tradição jurídica quanto a tradição cultural podem servir de fundamento à decisão do juiz.

Al preparar así el camino para un nuevo derecho, el juez puede dejarse orientar directamente por su “sentido de justicia”, o puede intentar racionalizar su reacción mediante un análisis de las consideraciones prácticas sobre la base de un cálculo jurídico-sociológico de los efectos presumibles de una regla general o otra. Pero también, en el último, caso la distinción surgirá de una valoración fundada en los

¹¹⁵ Ross especula, por exemplo, que os juízes de *common law* podem se sentir mais responsáveis pela evolução do direito, seguindo menos os precedentes para atualizá-los à realidade atual, enquanto nos demais países os juízes se sentiriam mais confortáveis em apenas aplica-los, haja vista que as mudanças são feitas por via legislativa. ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 82-88.

presupuestos de la tradición jurídica y cultural. Lo que llamamos “razón” o “consideraciones prácticas” es una fusión de una concepción de la realidad y de una actitud valorativa.¹¹⁶

Ross destaca o esforço destinado à manutenção da ilusão que o juiz apenas aplica o direito já existente, defendendo que haja uma mudança na doutrina das fontes do direito para que corresponda à realidade de que a decisão é resultado de uma atividade criativa. Neste ínterim, em sua análise, o autor não pressupõe a existência de uma norma que obrigasse o juiz a seguir determinada fonte do direito, afinal, este “dever” seria apenas outra faceta da ideia de que o direito possui uma força obrigatória ou uma validade supraempírica. Assim, ao analisar as fontes do direito por uma perspectiva descritiva, Ross desmascara os intentos na manutenção da ficção de que o juiz unicamente aplica o direito que objetivamente existe, tornando clara a mera previsão que pode ser feita acerca de uma decisão, permanecendo o questionamento sobre em que medida o direito é criado na própria fonte e em que medida o próprio juiz o cria.¹¹⁷

O autor também trata sobre os métodos jurídicos de interpretação, que consistiriam em enunciados dirigidos a determinar o significado da diretiva, indicando mais especificamente as circunstâncias nas quais elas deveriam ser aplicadas. Assim, inicia-se uma investigação sobre quais destes enunciados poderiam ser considerados asserções sobre a “interpretação vigente”, que obedeceria ao mesmo esquema do “direito vigente”, consistindo em predições sobre as futuras decisões.¹¹⁸

Assim como as fontes do direito não podem ser reduzidas a um padrão universal, o método de interpretação variaria em cada país, todavia, o autor alerta que o método não poderia ser enunciado com a mesma precisão das fontes do direito, não se tratando de regras fixas, pois o máximo que se poderia determinar seria um estilo de métodos de interpretação.

Ross alerta que na interpretação do direito vigente seria ainda mais evidente que a ciência jurídica e a política jurídica são inseparáveis tendo em vista a influência constante entre ambas. Por isso, seria de vital importância a realização de uma análise descritiva, que forneceria a compreensão do que efetivamente ocorre na administração da justiça, permitindo que sejam traçados objetivos de política jurídica bem fundamentados. Uma análise prescritiva,

¹¹⁶ ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 132

¹¹⁷ Ibid. P. 113.

¹¹⁸ Ibid. P. 105.

por outro lado, seria embasada em postulados dogmáticos com sugestões de política jurídica destinadas ao juiz, não tendo valor para compreender o direito ou fazer previsões acerca das decisões futuras

Nesta sina, o autor analisa os diversos fundamentos para a interpretação – semântico, sintático e lógico – deixando claro de nenhum deles contém uma norma fechada que conduza a uma decisão única. Portanto, o segredo da técnica de argumentação é que não há apenas um critério que indique a regra de interpretação a ser usada, de forma que o jurista pode justificar tecnicamente a solução que considera justa ou desejável. Assim, a administração da justiça é inexoravelmente um ato de vontade, pois a decisão é um resultado da combinação entre a consciência jurídica formal e a material, entre a interpretação cognitiva da lei e a atitude valorativa da consciência jurídica, que engloba também a personalidade do juiz e suas opiniões pessoais.

Todavia, o papel criador desempenhado pelo juiz na administração da justiça se manifesta raras vezes, pois em grande maioria dos casos o juiz não admite que sua interpretação tem um caráter construtivo, utilizando a técnica de argumentação para simular que chegou à decisão objetivamente. Assim, o autor defende que a distinção entre um estilo de interpretação relativamente livre e um estilo relativamente limitado provavelmente não seria tão significativa quanto parece, pois não se assentaria no grau de liberdade, mas sim no grau de franqueza.¹¹⁹

Nesta sina, os métodos de interpretação não consistem em regras efetivas, mas sim em uma técnica para que o juiz, simultaneamente, profira a decisão que deseja e preserve a ficção de que está apenas obedecendo a lei e os princípios objetivos de interpretação. Então, seria um erro aceitar os argumentos técnicos como se fossem as razões verdadeiras da decisão – estas devem ser buscadas na consciência do juiz. Todavia, os métodos de interpretação têm a importante função de estabelecer limites à liberdade do juiz na administração da justiça, determinando a área de decisões justificáveis.¹²⁰

Ross especula que um problema interessante a ser estudado pela psicologia social seria a motivação do desejo de ocultar o que realmente ocorre na administração da justiça, negando a função criativa do juiz ao decidir casos concretos. Mas, este não seria um tema para a

¹¹⁹ ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 136.

¹²⁰ Ibid. P. 146-148.

ciência do direito, que deveria se ocupar com a investigação acerca do estilo de interpretação utilizado por um tribunal para compreender melhor a administração da justiça e elaborar previsões sobre as decisões.¹²¹

c) Sobre a justiça e o papel da ciência do direito.

Para as teorias metafísicas, a justiça seria o objetivo das leis e determinaria a medida de sua correção, sendo traduzida como princípio do direito pela ideia de igualdade – assim, os problemas jurídicos consistiriam em problemas de distribuição. Todavia, a justiça não seria a uniformidade absoluta, mas sim o tratamento igual dentre aqueles que pertencem à mesma categoria, de maneira que o grande debate reside na forma como tal categorização deve ser estabelecida.

Ross apresenta diversos critérios de igualdade, sustentando que a exigência formal de igualdade não tem muito significado em si mesma, pois depende dos critérios exógenos que determinam as categorias às quais devem ser aplicadas as normas de igualdade. Portanto, a justiça no sentido formal não passa de uma exigência da racionalidade: que hajam critérios objetivos para que se concretize a “correta” aplicação de uma norma geral, tratando igualmente os casos que pertencem às mesmas categorias e afastando a subjetividade da aplicação concreta. Neste sentido, a justiça se apresenta enquanto a contraposição à arbitrariedade, não importando o conteúdo da norma, mas sim que a exigência de regularidade seja satisfeita.¹²²

Todavia, não é isto o que as fórmulas correntes de justiça pretendem, buscando apresentar-se como um guia ao legislador quanto ao conteúdo da norma de acordo com o critério material da justiça, que adviria de nossa consciência mais íntima, dotada de imperatividade *a priori* – e que, portanto, não poderia ser comprovada na prática.

Assim, as palavras “justa” e “injusta” podem ser utilizadas para caracterizar a decisão de um juiz que não está em conformidade com o sistema de regras vigentes, mas, quando são utilizadas para caracterizar uma regra geral ou um sistema jurídico, tais palavras carecem de significado, pois, tendo em vista que é impossível derivar da ideia formal de igualdade alguma exigência relativa ao conteúdo da regra ou do ordenamento, a utilização destas expressões não passa de uma expressão emocional.

¹²¹ ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 149-151.

¹²² Ibid. P. 265-266.

Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la própria exigência un postulado absoluto. (...). Sus palabras constituyen persuasión, no argumento. La ideología de justicia conduce a la intolerância y al conflicto, puesto que por un lado incita a la creencia de que la demanda propia no es la mera expresión de un cierto interés en conflicto con interés opuestos, sino que posee una validez superior, de carácter absoluto; y por otro lado, excluye todo argumento y discusión racionales con miras a un compromiso.¹²³

Assim, a conexão entre o direito vigente e a ideia de justiça resultaria apenas em duas exigências: de que exista uma norma fundamentando a decisão e que a decisão consista em uma aplicação correta desta norma. Todavia, como foi abordado no tópico anterior, não há uma única aplicação correta da norma, existindo apenas uma margem variável de soluções possíveis, de forma que talvez estas exigências só possam ser supridas recorrendo a uma comparação entre o que é “típico” ou “normal” na atuação dos tribunais.¹²⁴

Para tratar sobre o papel da ciência do direito, Ross realiza uma digressão acerca das ações humanas e dos meios de convencimento utilizados cotidianamente entre opiniões opostas. O autor defende que a ação humana está condicionada por crenças e atitudes que vivem em fusão íntima, sendo possível distingui-las apenas através da abstração. Esta ideia é fundamental, afinal, através desta distinção Ross sustenta que o conhecimento jamais poderia motivar uma ação, pois toda a ação advém de motivos irracionais, de maneira que o conhecimento poderia apenas dirigir a atividade. Portanto, o conhecimento não poderia estabelecer normas válidas por si mesmas, assim como não poderia ser independente de todo interesse subjetivo.¹²⁵

Da mesma forma, o processo de convencimento não consiste em um procedimento lógico, mas sim em um processo psicológico que almeja convencer o destinatário, não provar a verdade sobre uma asserção, sendo utilizados para esta finalidade tanto métodos racionais quanto irracionais. Os métodos racionais são formados por asserções que podem ser verdadeiras ou não, cabendo ao debate público desmascarar os casos em que são utilizadas mentiras destinadas a convencer o destinatário. Por outro lado, os métodos irracionais não envolvem asserções, procurando influenciar a crença dos indivíduos, que, assim como as emoções, podem ser influenciadas não apenas pela linguagem, mas também por gestos, símbolos e imagens, por exemplo. Embora seja mais evidente nos discursos políticos e religiosos, cotidianamente presenciamos situações nas quais as palavras possuem tanto uma

¹²³ ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 267.

¹²⁴ Ibid. P. 277.

¹²⁵ Ibid. P. 292-293.

carga descritiva quanto emocional, sendo necessário alertar para este uso tendo em vista que representam uma persuasão sob a roupagem de argumentação racional.¹²⁶

A ciência deve estar a serviço unicamente da argumentação racional, conferindo asserções cientificamente sustentáveis. Todavia, apesar da persuasão estar excluída do âmbito da ciência, isto não significa que os cientistas não podem participar do processo de persuasão, desde que deixem claro de que nestes momentos não estão fazendo ciência, não almejando desonestamente conferir à persuasão a mesma autoridade conferida à ciência.¹²⁷

Isto se torna mais difícil no âmbito das ciências sociais, pois, além de possuírem menos exatidão do que as ciências naturais, as ciências sociais estão permeadas pelo pensamento de desejo e pela ideologia, afinal, nossas emoções são mais frequentemente dirigidas às circunstâncias de nossos semelhantes. Assim, as ciências sociais vêm sendo uma mistura de política e ciência, como bem alertaram vários juristas, inclusive Kelsen, insistindo que a ciência se atenha apenas aos fatos e à sua explicação teórica, se abstendo dos aspectos práticos, que caberiam aos políticos. Todavia, Ross refuta esta ideia por meio do pensamento de Myrdal.

Myrdal sustenta que a ideia que a ciência precise se abster de seus aspectos práticos se excede em suas pretensões, pois, mesmo que esta exigência ideal pudesse ser cumprida, ela impediria qualquer cooperação frutífera entre a teoria e a prática. Esta exigência não poderia ser concretizada porque é impossível que o cientista social se eleve do meio social no qual está imerso e libere seu espírito de toda a inclinação emocional. E, mesmo que esta exigência pudesse ser cumprida, ela impediria a cooperação entre a teoria e a prática, afinal, o conhecimento especial é necessário para a solução de problemas práticos específicos, sendo necessário o intercâmbio entre ambas.¹²⁸

Ademais, a exigência de que a ciência se abstenha dos aspectos práticos não seria necessária à sua pureza: a exigência consistiria apenas no desmascaramento das atitudes ocultas, que deveriam ser trazidas como pressupostos explícitos, de maneira que as conclusões teriam um caráter hipotético-subjetivo, pois a condição só se sustentaria se fosse aceito um conjunto de atitudes. Desta forma, Ross afirma que “*sus proposiciones asumirán*

¹²⁶ ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 298-305.

¹²⁷ Ibid. P. 305-306.

¹²⁸ Ibid. P. 309.

*en principio la siguiente forma: si se presuponen tales y cuales objetivos y actitudes, tales y cuales creencias sobre los hechos y su correlaciones son operativos, y conducen a tales e cuales instrucciones prácticas.*¹²⁹

Durante séculos a teoria política tem estado sob a bandeira do absolutismo filosófico e do racionalismo, que abordou a argumentação política como deduções de verdades eternas de justiça e direito natural, tratando os problemas políticos como problemas racionais destinados à ação correta. O processo de abandono desses pressupostos metafísicos é relativamente recente e vem esbarrando na tentativa de imitar as ciências naturais, como será demonstrado a seguir.

Ross defende que a discussão política não estaria embasada no campo da lógica, mas sim no campo técnico-psicológico causal, afinal, a política almeja produzir acordos práticos, influenciando o ponto de vista do oponente através da argumentação e persuasão. Assim, seria necessário voltar ao estudo da retórica, respeitando a verdade e os ideais humanistas de nossa civilização para afastar-se do cinismo, sendo uma tarefa da ciência estimular a argumentação política com o maior respeito possível à verdade.¹³⁰

Partindo de uma teoria idealista do direito, não é difícil afirmar qual seria a tarefa da política jurídica, haja vista que o direito teria seu objetivo em si mesmo: a política jurídica consistiria na forma para alcançar a ideia de justiça inerente ao direito. Mas, se esta teoria idealista é rechaçada, a tarefa da política jurídica se torna mais complexa, afinal, o direito seria visto como uma técnica social, um instrumento para alcançar objetivos sociais de qualquer tipo, abarcando todos os problemas práticos que originam seu uso diversos objetivos sociais. Logo, a política jurídica não estaria determinada por um objetivo específico, mas sim por uma técnica específica, ocupando um âmbito muito maior do que em geral se considera como campo legítimo de atuação do jurista.¹³¹

Com isto não se afirma que os problemas políticos devem se embasar apenas nas investigações dos juristas, afinal, estes problemas devem ser fundamentados com as investigações dos estudiosos de cada campo social. Todavia, a política jurídica seria uma habilidade prática, uma técnica para solução problemas independentemente de seus objetivos,

¹²⁹ ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 324.

¹³⁰ Ibid. P. 315-316.

¹³¹ Ibid. P. 317-321

auxiliando no arbitramento entre as várias condições que envolvem a política e atuando como árbitro entre os diversos estudiosos de cada campo social. Assim, não há problemas na legislação que sejam especificamente problemas políticos-jurídicos, mas todo o problema da legislação tem um aspecto político-jurídico, de maneira que o jurista não deve se limitar estritamente aos problemas técnico-jurídicos.

Portanto, as ciências sociais se distinguem das ciências naturais quanto ao objetivo, pois não teriam um objetivo claro já que não são puramente técnicas, fazendo parte de sua missão guiar o seu objetivo e clarificar as atitudes políticas. Assim, as ciências sociais devem começar e terminar diferentes das ciências naturais.¹³²

A política é sempre uma tarefa de integração, um ajuste de considerações imensuráveis, de maneira que não há um objetivo que possa ser definido e isolado (como ocorre com os objetivos técnicos). As crenças e as atitudes políticas são incertas e nebulosas, envolvendo uma imensa gama de feitos sociais, sobre os quais não é possível estabelecer todas as correlações necessárias. Assim, a decisão política tem sempre um caráter de resolução, envolvendo um salto irracional, diferentemente das soluções, que consistem em diretivas que brotam de forma inequívoca do objetivo dado em conexão com o conhecimento técnico, restando o problema metodológico se o cientista deve dar este salto ou se deve apenas apresentar as considerações para que os “homens de ação” extraiam as conclusões práticas.¹³³

Ross defende que o cientista teria um conhecimento direto e amplo acerca dos fatos relevantes e de suas implicações, estando em uma posição privilegiada para realizar o salto irracional, desde que neste ponto não atuasse enquanto representante da ciência, haja vista que esta só se encarrega da argumentação racional. Por outro lado, as resoluções políticas envolvem a integração de diversas esferas, enquanto o teórico teria a visão limitada ao seu campo de atuação, de maneira que, mesmo que o cientista dê o salto irracional, proferindo as instruções práticas, o “homem de ação” não poderia se eximir de tomar a resolução final e arcar com a devida responsabilidade.¹³⁴

A tarefa da política jurídica seria, portanto, ajustar suavemente o direito às condições técnicas e ideológicas modificadas, satisfazendo às novas aspirações e simultaneamente dando

¹³² ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 312.

¹³³ Ibid. P. 311-312

¹³⁴ Ibid. P. 313.

continuidade à tradição jurídica, servindo como técnico racional com um papel nem conservador nem progressista, mas, como os outros técnicos, colocando seu conhecimento e habilidade à disposição de outros – neste caso, daqueles que têm poder político.¹³⁵

Para colocar em prática sua proposta de elaboração da ciência jurídica – que deveria trazer as atitudes ocultas como pressupostos explícitos, elaborando conclusões de caráter hipotético-subjetivo – seriam necessárias três tarefas.

A primeira tarefa seria estudar os objetivos e atitudes que predominantes na sociedade, estabelecendo resultados concretos advindos da ideologia, não recorrendo a generalidades como o “bem-estar comum”. Obviamente, suas conclusões deveriam ser tomadas com reservas, pois é inevitável certa interpretação e estilização, que implicam na subjetividade do cientista. Assim, o espírito com que se empreende tal investigação é importante, pois o investigador precisa estar ciente de que suas diretivas político-jurídicas também estão baseadas em atitudes pressupostas, cabendo elegê-las de forma objetiva, mas consciente de que jamais consistirão em uma verdade absoluta, desapegando-se da crença romântica na função oracular do jurista como porta-voz da consciência jurídica da nação.¹³⁶

Após a definição das premissas, o cientista deve descrever os feitos e definir as correlações causais sociais que são operativas em relação as premissas – esta parte seria teórica e não apresentaria problemas específicos do método político-jurídico. Por fim, o último passo seria formular conclusões em forma de diretivas ao legislador ou ao juiz. Tendo em vista que, como foi explicado anteriormente, esta relação entre argumentos e conclusão não tem caráter lógico, o terceiro passo não tem caráter científico, consistindo em uma reação pessoal com caráter de resolução, envolvendo um salto irracional que, segundo a concepção de Ross, poderia ser dado pelo cientista.¹³⁷

4. REFLEXÃO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL COM BASE NOS CONCEITOS DE ALF ROSS.

Ross sempre alertou para a mistura entre política e direito, afinal, embora estas esferas sejam inseparáveis, não seria legítima qualquer combinação entre ambas, cabendo à ciência a

¹³⁵ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. P. 364.

¹³⁶ Ibid. P. 324-326.

¹³⁷ Ibid. P. 326-327.

vigilância e a tentativa de exposição das opções políticas ocultas em institutos e decisões jurídicas. Portanto, a judicialização da política seria apenas uma espécie de intensificação da mistura que sempre ocorreu entre política e direito, que teria se aprofundado com a transferência de decisões políticas à arena judicial.

Todavia, mais importante do que barrar este processo seria reforçar a vigilância, não para prescrever uma determinada forma “correta” de mistura entre política e direito, mas sim para reforçar o controle democrático por meio da desmistificação do direito, trazendo à luz as opções políticas e as condições implícitas da política-jurídica. Desta forma, a judicialização da política poderia ser uma chance para a intensificação do debate público com a demanda por justificação, como bem apontou Rodriguez.

Interessante perceber que a judicialização da política ganhou força no pós-guerra, período no qual Ross pontuou a importância do reforço da democracia com a introdução dos ideais democráticos no sistema jurídico. Para além dos princípios democráticos, o autor defende a importância dos demais princípios enquanto elo entre o direito e a realidade social, cabendo apenas atentar à sua aplicação, afinal, por serem relativamente indeterminados, poderiam ser utilizados para – novamente – legitimar qualquer mistura entre os princípios políticos e o direito.

Nesta sina, o englobamento pela Constituição Federal dos princípios democráticos e de tantos outros não seria negativa *a priori*, ainda mais no Brasil, país no qual grande parte da população vive em condições precárias, de forma que um reforço nos padrões mínimos de qualidade de vida seria essencial para a efetividade democrática. Todavia, teríamos “errado na mão” na mistura entre política e direito – principalmente quando se trata das competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal?

A concentração do poder típico de uma corte constitucional com o poder de criação de normas jurídicas poderia indicar que o desenho institucional do STF interferiria em um dos indicadores da democracia: a latitude, pois o controle popular não abarcaria o âmbito das decisões judiciais. Para reverter esta situação, implicando em um “aumento” de democracia, a visão do juiz oráculo precisaria ser, de uma vez por todas, destruída pela aceitação de que a decisão judicial é fruto de uma interpretação criativa, um ato de vontade merecedor do debate público, atento à sua fundamentação.

A Constituição também teria estabelecido diversos objetivos para a sociedade brasileira com sua imensa gama de direitos individuais e sociais, consistindo em uma “Carta Cidadã” com missões prementes, mas conflitantes. Este modelo constitucional teria estabelecido um objetivo (ou, melhor dizendo, alguns objetivos) que deveriam guiar a ciência

jurídica, em uma tentativa de se afastar da especulação política? Inclusive, vale pontuar que tais objetivos teriam sido estabelecidos, não pelos juristas, mas sim pelos políticos, pelos “homens de ação” com competência para tal.

O esvaziamento das discussões de moralidade dos demais Poderes devido à visão messiânica do controle de constitucionalidade também influenciaria na democracia, afinal, de acordo com o conceito de autonomia, cada indivíduo precisaria tomar seu futuro em suas mãos, enxergando sua própria responsabilidade na luta pela democracia, que precisaria ser defendida em todas as frentes. Todavia, na configuração atual, os princípios democráticos teriam ingressado no ordenamento jurídico e se ausentado dos demais espaços.

A expansão da corrente pós-positivista, pregando a incorporação de elementos de justiça e ética no direito, torna a questão ainda mais complexa, afinal, levando em consideração que a justiça e a ética são valores – portanto, pertencentes ao mesmo plano que a moral: o plano individual e subjetivo – é difícil acreditar na justificativa pós-positivista de que a decisão não seria discricionária porque o juiz (neutro) teria a obrigação de proferir a melhor decisão possível para o caso. Aliás, como o juiz seria neutro se o que se espera dele é que aplique a justiça e a ética, pertencentes ao seu plano subjetivo? Como incorporar estes elementos ao direito e esperar que haveria uma única “melhor decisão” a ser seguida pelo magistrado? Trata-se de uma ficção, não tão distinta da concepção positivista de que o juiz não criaria o direito, cabendo-lhe apenas julgar em conformidade com a lei.

Vale lembrar que Ross, ao abordar os métodos de interpretação, ressaltou que provavelmente a maior distinção entre um estilo relativamente livre e relativamente limitado seria a franqueza, não o grau de liberdade. Os juízes se utilizam dos métodos interpretativos para chegar à decisão que creem justa ou desejável, fenômenos que não é resultante da corrente pós-positivista, que pode ter influenciado apenas no grau de sinceridade dos juízes em suas decisões. Mas a farsa utilizada para negar a discricionariedade do juiz devido à sua suposta “obrigação” em proferir a melhor decisão possível para o caso é desonesta, insistindo que a decisão não seria um ato de vontade.

Ademais, o abandono dos métodos interpretativos sob a justificativa de que serviriam apenas para conferir uma aparência técnica à decisão que os juízes desejam despreza a principal função destes métodos: restringir o campo de decisões justificáveis. Assim, este abandono poderia ter conferido às decisões mais do que a mera sinceridade, pois, ao ampliar o campo de decisões justificáveis, teria aumentado a própria liberdade do julgador.

Necessário perceber a nuance entre a crença que o juiz estaria obrigado a proferir a melhor decisão para o caso e a obrigação que o juiz justifique a decisão, apresentando os

motivos pelos quais aquela seria a melhor decisão possível para o caso. Enquanto aquela seria uma crença embasada em uma obrigação metafísica do juiz, esta seria uma demanda por racionalidade, tornando possível a discussão das justificativas que embasariam a decisão. Portanto, o fortalecimento do pós-positivismo sem correspondente reforço do papel da justificação, inclusive dos métodos interpretativos, poderia representar um risco.

Ademais, permanece o questionamento se o ativismo judicial – ou ao menos muitas das decisões taxadas como ativistas – não seriam apenas fruto do reconhecimento da atividade criativa do direito. Assim, o repúdio ao ativismo judicial sob o argumento de que o julgador deve meramente aplicar o direito produzido pela via legislativa seria equivocado, haja vista que o juiz também é criador do direito. Igualmente, o rótulo de “ativistas” àquelas decisões que iriam de encontro à concepção do intérprete acerca da constitucionalidade do dispositivo fugiria de uma concepção descritiva do direito, esbarrando na subjetividade do intérprete, sendo mais um conselho do que em ciência – mas com a falsa autoridade desta. Nestes casos, preponderaria a lógica da persuasão, que não é abarcada pela ciência e que poderia ser voltada ao mero convencimento do destinatário, como pontua Rodriguez ao analisar a atuação dos doutrinadores na prática jurídica.¹³⁸

O ativismo consistiria em uma interpretação da Constituição para além do sentido e alcance originários, todavia, tendo em vista que a interpretação sempre seria um fenômeno iminentemente criativo, não há motivos para crer que o ativismo seria negativo, cabendo – repise-se – investigação e controle destas decisões e suas justificativas. O ativismo existe, não cabendo à ciência do direito tentar barra-lo conceitualmente prescrevendo uma objetividade que jamais existiu.

Assim, cabe à ciência estudar este fenômeno e alertar às considerações subjetivas que embasam as decisões, sejam elas concernentes a valores, à moral ou a escolhas políticas e práticas, não permitindo que perdue a ficção de que o juiz apenas aplica a lei e que, por isto, estaria protegido das críticas do debate democrático. Esta suposta objetividade encontra-se abalada no meio jurídico, todavia, persiste sob a nova feição do formalismo, à qual Rodriguez denomina tecnicismo, que permeia tanto o meio científico quanto a prática jurídica. Também seria vital atentar à importância da delimitação entre o que deriva da ciência e o que é persuasão, de maneira que o cientista desça de seu pedestal ao tecer críticas e propor soluções subjetivas.

¹³⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. P. 122

Cabe, então, elaborar algumas considerações acerca da perspectiva interna e externa das normas jurídicas utilizando o STF como parâmetro, afinal, por se tratar da Corte Suprema do país, é encarregada de padronizar a opinião do Poder Judiciário por meio da organização da jurisprudência, sendo o tribunal no qual a ideologia normativa deveria ser mais clara.

Levando em consideração que a ideologia normativa é verificável devido à relativa previsibilidade das decisões apesar da imensidão de normas existentes, o baixo grau de previsibilidade dos julgamentos no Brasil, até no âmbito do STF, influenciaria diretamente na compreensão da ideologia normativa.

Todavia, apesar de baixa, ainda existe previsibilidade no direito brasileiro, indicando que a ideia de ideologia normativa restaria abalada, mas que mesmo assim existiria. Ademais, decisões diferentes não implicam necessariamente em caminhos distintos – por exemplo, se a fonte à qual os juízes estivessem mais comprometidos fosse a razão, mesmo trilhando o mesmo caminho dentre as fontes do direito, poderiam advir decisões distintas. Assim, não parece razoável concluir que os juízes no Brasil não tenham internalizado qualquer ideologia que constitua um genuíno fundamento motivacional para a decisão, sendo necessária a investigação sobre a perspectiva interna das normas.

Já que o “espírito dos juízes” não pode ser diretamente acessado, cabe a investigação das justificativas e a formulação de previsões sobre as decisões futuras, desvendando a ideologia normativa através daquelas que se tornaram realidade. Ademais, o modelo de racionalidade jurídica analisado por Rodriguez poderia ser útil para esta análise.

Como foi explicado anteriormente, Ross sustenta que as decisões se fundamentam tanto na consciência jurídica moral quanto nos ideais de justiça do juiz, que é influenciado por uma imensa gama de considerações durante o processo decisório. Assim, não é uma peculiaridade brasileira que a decisão seja embasada no convencimento pessoal do juiz e em sua noção de justiça, todavia, a decisão é fruto tanto da consciência jurídica material quanto da formal, sendo importante ressaltar o papel central de uma consciência institucional que embasa a racionalidade jurídica. Nesta sina, vale pontuar que uma tradição personalista se embasaria na noção de justiça do juiz, não implicando em decisões tomadas por motivos particulares, que não poderiam ser atribuídos ao direito da nação.

Levando em consideração que o “espírito dos juízes” não é um mero fator psicológico, não consistindo em um conceito metafísico, mas sim em uma ideologia absorvida que faz com que o juiz genuinamente confira autoridade a uma determinada norma (em sentido amplo), é razoável concluir que o aspecto externo moldaria o aspecto interno e vice-versa. Portanto, o meio externo interferiria na absorção desta ideologia, de forma que a falta de racionalidade

das fundamentações, o modelo de justificação, a desorganizada consolidação de nossa “jurisprudência” e as demais características do Judiciário brasileiro influenciariam na ideologia absorvida. Inclusive, ao abordar as metodologias interpretativas, foi exposto que algumas formas de pensar são interiorizadas pelos juízes, levando-os a genuinamente organizarem sua linha de raciocínio segundo determinados cânones, que não implicam em uma plena racionalidade da decisão, mas sim em uma organização racional.

Portanto, os juízes – que não estariam limitados pela zona de decisões justificáveis dos métodos de interpretação, nem obrigados a embasar racionalmente suas decisões, nem sofreriam com a pressão da consciência institucional, devido ao desorganizado sistema de precedentes e justificativas dos tribunais – absorveriam uma ideologia cuja fonte dotada de maior autoridade seria a razão, entendida como seu sentido de justiça, que, por pertencer ao plano subjetivo, daria a impressão que não haveria uma ideologia normativa.

Assim, talvez o problema não seja propriamente a liberdade atribuída ao juiz para seguir a consciência jurídica material, mas sim a falta de reforço da consciência formal e institucional. Isto poderia ser observado no próprio Supremo Tribunal Federal devido a suas repentinas e recorrentes mudanças de entendimento acerca de alguns temas, assim como a disparidade dentre os membros da Corte. Nesta sina, não se pretende adotar um modelo tecnicista, nem muito menos negar a atividade criativa do juiz, mas sim reforçar o papel da justificação, da racionalidade e da consciência institucional, não para cobrar uma objetividade impossível, mas sim para ampliar o debate democrático e controlar as decisões puramente arbitrárias.

5. CONCLUSÃO

Por meio dos delineamentos gerais da judicialização da política e do ativismo judicial, levando em consideração o projeto de redemocratização que culminou na Constituição Federal de 1988, alcança-se uma compreensão mais clara acerca destes fenômenos e das peculiaridades brasileiras. As críticas empreendidas ao desenho institucional do STF, ao modelo de constitucionalidade atual e à visão tradicional da separação de poderes servem à compreensão de que tudo resulta de uma opção política, não se tratando de modelos naturais, cristalizados como a melhor forma de organização social possível, devendo ser debatidos e, se necessário, revistos. Da mesma forma, merece discussão a postura do STF – criando normas, mudando rapidamente de entendimento, faltando com a deferência ao legislativo – todavia, deve-se ter sempre em mente que tais críticas e sugestões não são absolutas.

Assim, levando em consideração os objetivos traçados na CF, inclusive a separação de poderes e os princípios democráticos, a característica a ser modificada no modelo atual seria a falta de fundamentação racional das decisões, correlacionada ao abandono dos métodos tradicionais de interpretação, ao uso de argumentos de autoridade e ao modo de organização da jurisprudência pátria, que influenciariam na consciência formal dos juízes e na consciência institucional como um todo. Todavia, não será apresentada uma instrução prática neste trabalho, afinal, demandaria um estudo muito mais aprofundado sobre a estrutura judiciária brasileira – mas, como um palpite, a sugestão de Vilhena sobre a redação de um “voto da corte” poderia ser proveitosa, embora não resolvesse todo o problema.

Para um debate mais aprofundo sobre o ativismo judicial, seria necessário o completo abandono da visão do “juiz oráculo” e da negação da interpretação enquanto fenômeno iminente criativo, afinal, apenas desta forma poderiam ser traçados objetivos acurados e eficazes para a administração da justiça.

Portanto, conclui-se que os juízes brasileiros seguem uma ideologia normativa e não são mais arbitrários do que o dos demais países, de forma que a solução não seria insistir em uma objetividade que jamais existiu ou proibir que os juízes utilizem em suas justificativas elementos externos a uma suposta “técnica” jurídica. Por outro lado, caberia insistir na racionalidade destas justificativas, que se manifestaria na forma de expor os argumentos, não um uma pretensa decisão inteiramente racional, que expurgaria todos os elementos irracionais – afinal, repise-se – isto seria impossível.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. Esbozo de uma Interpretación Hermenéutica del Realismo Escandinavo. Reinterpretando a A. Ross. **DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 33, p. 457-469, 2010. ISSN: 0214-8676.

ALEXANDER. Gregory, S. **Comparing the Two Legal Realisms**. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1274&context=facpub>>. Acesso em 02 de julho de 2019.

ANDAKU, Julia. **Análise Jurídica da Teoria de Alf Ross**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6394/1/AlfRoss.pdf>>. Acesso em 08 de agosto de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **In Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madri, vol. 13, P. 17-31, 2009. ISSN 1138-4824.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política – uma relação difícil. **Lua Nova; Revista de Cultura e Política**, n. 61, p. 5-24, 2004.

BULYGIN, Eugenio. Alf Ross y el realismo escandinavo. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**, n. 1, p. 75-89, 1981.

CAMPILONGO, Celso. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CASAMIGLIA. Albert. **Notas sobre el Realismo Jurídico**. Disponível em: <http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/cuadernosFacultadDerecho/index/assoc/Cuaderno/s_1983v0/06p139.dir/Cuadernos_1983v006p139.pdf>. Acesso em 02 de julho de 2019.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números - o múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

JORGENSEN. Stig. **Scandinavian Legal Philosophy**. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ajlph8&div=19&id=&page=>>>. Acesso em 02 de julho de 2019.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, v. 10. p. 295-320, 2014.

LEITER, Brian. **Legal Realisms, Old and New**. Valparaiso University Law Review, 2013. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=8034&context=journal_articles. Acesso em 29 de novembro de 2019.

MALMINEN, Toni. Scandinavian Legal Realism – Some Unfinished Business. **In Retfærd: Nordic Journal of Law and Justice**. Disponível em:

<https://www.academia.edu/38743785/Scandinavian_Legal_Realism__Some_Unfinished_Business>. Acesso em 02 de julho de 2019.

MENDES, Conrado. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2008.

RIBEIRO, Fábio Túlio; CAVALCANTE, Henrique. O realismo jurídico. In **Revista da Esmese**, Sergipe, vol. 7, 2004.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROSS, Alf. **¿Por que democracia?** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.

STEWART, J.B. Why democracy? By Alf Ross. **Political Science Quarterly**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2145611?origin=JSTOR-pdf&seq=1>. Acesso em 05 de dezembro de 2019. P. 437.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008.