

ESTUDO PRELIMINAR: PONTOS DE REFERÊNCIA

ANDRÉS OLLERO TASSARA

Magistrado do Tribunal Constitucional espanhol.
Catedrático da Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, Espanha.

ESTUDO PRELIMINAR escrito originalmente em Língua Espanhola e traduzido a pedido do autor por João Bosco Coelho Pasin (Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca, USAL, Espanha: Título homologado pela PUC/SP. Mestre em Direito Político e Económico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, UPM. Especialista em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária - CEU. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, UPM. Professor Convidado do Instituto Nacional de Pós-Graduação - INPG. Professor Titular da Pós-Graduação da Universidade Braz Cubas, UBC Membro Perpétuo e Titular da Academia Paulista de Letras Jurídicas, APLJ. Membro da Sociedade Paulista de Direito Financeiro, SPDF. Membro Associado e do Conselho Consultivo da Academia Brasileira de Direito Tributário, ABDT. Advogado e Consultor Tributário em São Paulo).

Constituí para mim uma grande honra haver sido convidado para colaborar com a merecida homenagem a uma figura de tanta relevância como Ives Gandra da Silva Martins. Tive a honra de conhecê-lo pessoalmente há mais de 20 anos, quando em 1991 me convidou amavelmente para falar na Universidade Mackenzie sobre "O Positivismo Jurídico como Ideologia". Naquela primeira estância no Brasil, que me levou também a visitar instituições acadêmicas no Rio de Janeiro e em Porto Alegre, pude constatar que seu grande prestígio transcende a referido âmbito; destacava-se, também, seu exemplar exercício na advocacia e sua coragem cívica na hora de abordar as questões de maior relevância social em foros públicos. Tal impressão só foi reforçada ao voltar a encontra-lo sete anos depois, compartilhando de sua companhia no Centro de Extensão Universitária numa mesa redonda sobre "Proteção dos Direitos Sociais".

Com muito gosto, pois, passarei a repassar alguns aspectos, fruto de minha continua dedicado à Filosofia do Direito, também projetada sobre longos anos de minha experiência no parlamento e, atualmente, no Tribunal Constitucional espanhol. São pontos de referência, que talvez possam parecer um tanto quanto revigorados; contudo, os numerosos e bons conhecedores da obra de nosso homenageado não demorarão a descobrir neles um fio condutor, que finalmente colocarei em evidência.

1. O JURISTA COMO INTÉRPRETE

Ninguém questionará a importância da segurança jurídica; de modo muito especial, no mundo globalizado, no qual nos vamos vendo inseridos. Nada mais inseguro, todavia, que estejamos obrigados a tropeçar diariamente em dificuldades, pretendendo nos convencer de sua inexistência.

Soa já trivial fazer referência à pós-modernidade, mas, nós, os juristas, ainda nos mostramos inconscientemente herdeiros de uma velha tentativa da modernidade: desenhar um mundo racionalizado, capaz de nos liberar de toda limitação.

O progresso tecnológico, impulsionado pela pesquisa científica, referenda esta esperança. A atividade jurídica, ao contrário, parecia condenada a se ver escravizada por confusas inclinações pré-modernas. Fazia-se, pois, urgente elaborar uma autêntica

Ciência do Direito; apenas, assim, poderíamos contar com o fundamento para dar lugar a uma atividade racional e prestigiada.

Isto exigia, primeiramente, desenhar cuidadosamente o "objeto" da novel ciência, marginalizando todos aqueles aspectos resistentes a sua metodologia. Haveria de mostrar uns perfis bem definidos e alheios por isso a toda discussão. Na velha Europa, haveria de esquecer-se, pois, de um problemático "direito comum", que exigia ser glosado para poder resolver conflitos intrincados; ou de um "direito natural", que compartilhava a aguda crise da metafísica. Em consequência, haveria que abandonar a "justiça" - sempre questionável - como ponto de referência ético do direito, para substituí-la pela segurança jurídica como valor central. O decisivo em uma sociedade dinâmica seria saber em que se ater, antes de lograr - vai saber quando - que nossa pretensão seja considerada justa. Por último, haveria que garantir a "legitimidade" formal de quem nos imponha as normas jurídicas, evitando toda "intromissão" no exercício do poder¹.

A "lei" se oferecia como a solução ideal para este tríplice problema: científico, ético e político. Como "direito posto", oferecia um objeto de nato perfil, suscetível de ser submetido à análise. Aplicando-lhe um método científico se descobria toda ambiguidade polêmica, ao converter sua "aplicação" em uma mera operação lógica de consequências previsíveis com absoluta segurança. Caso se partisse de uma clara fonte legitimadora do poder, garantia-se, por sua vez, que fosse sua vontade - não a de forjas intromissoras - a que nos indicará a que haveríamos de nos atermos.

Neste panorama, a "interpretação" aparecia como uma arcaica operação perturbadora, que haveria de se evitar por todos os meios. Seria impossível fazer ciência sobre um objeto se admitira ou exigisse versões alternativas; ninguém saberia em consequência a que se ater e cada intérprete converter-se-ia em um caprichoso legislador.

No entanto, toda teoria - por mais sofisticada que se apresente - há de se ver submetida a uma exigência mínima: deve refletir a realidade do que se propõe submeter a estudo. A questão não mente, pois em si não era ou não "desejável" esse desenho do jurídico proposto, mas, sim, algo muito mais elementar: se é realmente "possível".

Paradoxalmente, o que se havia pensado como garantia de êxito - contar com um "direito escrito", alheio às formulações problemáticas - arruinaria este projeto. Todo texto

¹ Ocupei-me, disto, na minha obra *El derecho en teoría Cizur Menor*, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 97-98.

está destinado a ser lido. Salvo que sua linguagem haja sido assepticamente formalizada, essa linguagem não poderá expressar com unívoca "clareza" seu conteúdo, mas nos ajudará a "compreender" - mais de uma vez, analogicamente - o seu alcance. O importante não será o que se tenha escrito na norma, mas qual será o seu "sentido". A suposta "aplicação" da norma não é uma operação limpa; vê-se sempre precedida - conscientemente ou não - por uma "interpretação". Isto acabará elevando a fórmula *in claris non fit interpretatio*; quem afirma que uma norma é clara, é porque - sabe-o, assim, ou não - já a interpretou sem detectar consequências pouco razoáveis. Esta realidade é particularmente ostensiva quando - como ocorre com o direito - o texto está destinado a lograr uma incidência prática, graças à transmissão de seu peculiar "sentido". Um poema nunca dirá o mesmo a dois leitores, nem uma sinfonia será a mesma interpretada por um consagrado maestro, que por um inexperiente aluno de conservatório.

Não é de se estranhar, pois, que partindo da mais relevante experiência jurídica, o antigo presidente de uma corte constitucional europeia haja afirmado que a lei é inteligível e estéril, caso se esqueça do "outro lado do direito"²; não cabe identificar direito e lei, *lex* e *ius*.

Resulta supérfluo ter que convencer de tudo isto a um advogado, que trabalho dia a dia a realidade jurídica. Caso a aplicação da lei fosse tão racional como para levar a uma mera aplicação mecânica, a "advocacia" restaria reduzida a sua mínima expressão. Um dos principais desenhadores modernos do desejado direito científico tinha muito claro quem eram seus principais adversários: "O voo do engenho há achado mais travas na legislação do que nas demais ciências", porque "os instruídos foram em geral os maiores inimigos seus; movendo-os incessantemente seu particular a opor-se ao estabelecimento de um sistema claro e preciso, uniforme e certo, pela mesma razão que os trabalhadores se opõem a invenção de máquinas, que abreviam o trabalho e tornam a mão de obra mais barata"³. Não é estranho que quem desconfia da interpretação não tenha um respeitável conceito dos juristas.

² Analisei-o, de forma detalhada, em *El otro lado del derecho. En diálogo con Gustavo Zagrebelsky, que escrevi para o livro em homenagem ao Professor Carlos Ignacio Massini Correias, agora, no prelo.*

³ J. BENTHAM. *Tratado de los sofismas políticos Paris, Smith, 1824, págs. 45 46.*

2. O DIREITO COMO ATIVIDADE PRÁTICA: “FAZER” JUSTIÇA

A substituição da justiça pela segurança, enquanto ponto de referência ético, não poderia apenas resultar indesejável; é sua impossibilidade prática o que faz ainda mais absurdo o modelo. Sem dúvida, a importância de determinados valores e bens, que o ordenamento jurídico tutela e impulsiona, exige e justifica o recurso à coação institucionalizada. Não é tampouco menos certo que um ordenamento jurídico dependente de impor-se a golpe de coação teria seus dias contados. Não falo agora de teorias, mas de percepção prática. Em mais de dezessete anos de exercício parlamentar, jamais escutei um deputado afirmar: a lei que estamos propondo estabelecerá isto ou aquilo, porque nos dá vontade e para algo somos mais. Todo debate envolve um intercâmbio de fundamentos legitimadores de uma abordagem, ou o seu contrário.

A experiência jurídica quotidiana não consiste muito menos numa soma de transgressões patológicas. Estatisticamente, a dinâmica jurídica se traduz majoritariamente não tanto em "coação", mas na "adesão" às normas propostas; porque as considera especificamente justificadas ou, ao menos, porque a contribuição positiva que se atribui ao ordenamento jurídico em seu conjunto gera uma atitude de adesão a seus conteúdos.

Tampouco em minhas atuais e prolongadas deliberações no Tribunal Constitucional espanhol me encontro diante de atitudes arbitrarias. A constitucionalidade de uma norma exige interpretar seu sentido para valorar se satisfaz as exigências mínimas - de justiça, não de segurança... - expressadas no texto do correspondente preceito da Constituição. Isto ficará mais em destaque quando o que se discuta não seja se foi vulnerado um direito substancial, mas a tutela judicial efetiva garantida formalmente a um cidadão. O Tribunal evitará - no modelo europeu de controle concentrado - entrar nestes casos no fundo da questão para não se converter em terceira instância jurisdicional. Considerar-se-á, todavia, obrigado a controlar se a resolução que esgotou a via judicial foi ostensivamente "irrazoável" ou incorreu em "arbitrariedade" ou "erro" manifesto.

Se considerarmos obrigado processar de modo "razoável", resulta obvio que apenas cabe ponderar aquilo que tenha fundamento objetivo e racional; negar *a priori* que possa tê-lo - assumindo uma metaética "não cognitivista" - seria dar via livre à arbitrariedade. Igualmente, apenas cabe apreciar erro quando uma expressão - ainda sendo mais prática do que teórica - possa ser verdadeira ou falsa; se nada é verdade, nem mentira, é impossível errar...

Sem uma referência à justiça - honesta e afortunada, ou não - a atividade jurídica resta bloqueada. Temos, contudo, de refletir também sobre um segundo aspecto apontado: o dever de todo jurista de contribuir a que se "faça" justiça; o que nos recorda que estará sempre por fazer. A atividade jurídica obriga a recorrer à razão; não porque aplique técnica e limpidamente este ou aquele método, mas porque há de se esforçar para captar racionalmente exigências objetivas. Não se trata, todavia, de uma racionalidade teórica, que se limite a "descrever" o que se há colocado "posto" de forma acabada à frente.

Não nos limitamos a perseguir a captado de uma exigência jurídica objetiva; satisfaremos também - conscientemente, ou não; melhor será o primeiro... - a imperiosa necessidade de concretizá-la de modo prático no caso submetido ao juízo. Nada novo; também na cabeça do artista borbulham sugestões estéticas, mas não atua como tal até que se mostre capaz de plasmá-las em uma peça em concreto. A atividade jurídica tende, por isso, a ser - individual ou "coletivamente"⁴ - "performativa". Caso se entenda por tal "fazer coisas com palavras", ser jurista é mostrar-se capaz de solucionar conflitos com palavras bem argumentadas. A coação não forma parte da linguagem jurídica; é apenas um remédio obrigatório de emergência destinado a minimizar as consequências do seu fracasso.

Quem se esforça por "fazer justiça" dá por certo um duplo ponto de partida: que existe algo objetivamente justo ou injusto; que contribuí a um "ajustamento" das relações sociais ou que mais bem as destorcem; que existem condutas que respeitam uns direitos fundamentais, que têm "conteúdo essencial" (art. 52 da Constituição espanhola de 1978), ao tempo em que outras as vulneram. Acabará, por sua vez, sendo consciente de que a justiça nunca a encontrará feita. Ser jurista é adestrar-se em um exercício de razão prática, que leve efetivamente a reconhecer e garantir a cada um o seu. Não tem sentido seguir entendendo o manejo racional do direito como uma descrição do direito, que "é", tal como foi expresso em um contexto posto, elucidar o que é exigido inevitavelmente é compreender o seu sentido, interpretando como "deve ser" entendido.

⁴ Nota do tradutor: aqui, empreguei o termo 'coletivamente', uma vez que no original consta o termo 'coralmente' que deriva de 'coral' (coro).

3. JUÍZOS E PRECONCEITOS.

Hoje, o jurista segue se vendo rodeado de conjecturas e exigências derivadas de uma teoria jurídica inviável, mas que sobrevive por inércia petrificada em fórmulas rituais.

O empirismo moderno aspirava a uma depurado da mente que liberaria de todos os estorvos acumulados num passado irracional. Não seria a verdade transmitida o que lhes faria livres, mas, sim, a razão subjetiva emancipada de velhas tábuas.

Francis Bacon expressou arquetipicamente esta liberadora função iconoclasta. Preocupavam lhe especialmente os "ídolos provenientes, por assim dizer, do pacto e associação do género humano"; não deixa de resultar significativo que os caracterizará como "ídolos do foro". Afinal, o direito opera como "linguagem vinculante"; daí que estimara vê-lo repleto de ídolos, porque a "falsa e impropria imposição das palavras vem a destruir de mil maneiras o entendimento"; levando "aos homens a mil controversas e fantasias sem conteúdo algum."⁵

Não obstante, se em realidade toda "elucidação" é devedora de uma "interpretação" prévia, resulta óbvio que só partindo de preconceitos poderemos formar juízos⁶. Assim não sendo, incorreríamos em um reacionário "adanismo"⁷; cada nova geração nasceria na Idade da Pedra. Isto explica o papel vinculante que o direito desempenha na tradição. Está presente no jogo do "precedente", que seria absurdo considerar como originalidade anglo-saxã; consequências similares acabam derivando do princípio de *igualdade na aplicação da lei*⁸. Não é concebível que para um advogado medianamente prudente resulte irrelevante indagar como decidiu em ocasião anterior o juiz de turno antes um caso similar.

⁵ F. BACON *Novum Organum. Aforismo XLIII del libro 1º*.

⁶ A influência das conjecturas de H-G. GADAMER sobre a teoria jurídica abordei em *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política* Madrid, Congreso de los Diputados, 2006 (2ª), págs. 159 e seguintes. Já havia feito algumas considerações prévias em *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlegendiskussion in Deutschland* Ebelsbach, Rolf Gremer Verlag, 1978.

⁷ Nota do tradutor: na Língua Espanhola, o termo 'adanismo' pode designar o cultismo referente à ideia de que Adão é a origem do género humano no mundo, assim como metáforas correlatas. No Dicionário da Real Academia Espanhola temos o seguinte "ADANISMO: (De Adán). 1. m. Hábito de començar una actividad cualquiera como si nadie la hubiera ejercitado anteriormente." Disponível em 'http://buscon.rae.es/drae/' (acessado em 17.08.2014, às 18h35min).

⁸ Sobre nossa análise: *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Cuadernos y debates n° 163), 2005 (2ª)*.

A busca da justiça obriga a lograr prudente apoio no que outros encontraram. Uma versão doutrinária do imperativo de segurança jurídica exigiria, ao contrário, uma decisão livre de todo prévio condicionamento. Haveria que se recogitar se é razoável entender a "segurança" como alternativa da justiça, ao invés de ver nela expressada sua dimensão diacrônica. O homem, que é um ser histórico, não se conforma com que hoje lhe reconheçam o seu; não lhe serviria de muito se não se lhe garantissem ademais, de certo modo, que também lhe reconhecerão amanhã. Partindo de considerações sociológicas, assim cobra valor a necessidade de completar a independência do juiz⁹ - ancorada em sua subjetiva honestidade - com uma "independência objetiva", vinculada à aparência, que transmite aos cidadãos. Daí o escrúpulo garantista que leva a rodear a todo juiz ao que possa considerar-lhe já "contaminado" em trâmites anteriores; obrigar-lhe-á a abster-se ou a se expor a ser objeto de recusa.

Em todo caso, a chave residiria na capacidade de refletir sobre nossos inevitáveis preconceitos até convertê-los em juízos. Isto obriga, primeiramente, a tomar consciência de que nada possa se considerar livre deles, para - à continuação - buscar apoio na dimensão colegial, que acaba acompanhando a tarefa de julgar em suas fases decisivas.

4. PODER JUDICIAL, DIREITO E LEI.

Todo o apontado poderia ser mal interpretado, como um inquietante questionamento do princípio da legalidade. Vai à frente à ideia de que as leis - não me vejam mal, mas devo lembrar que contribuí para elaborá-las e não por poucas vezes - cumprem uma função insubstituível; mas uma coisa é que resultem indispensáveis na prática, e outra, bem distinta, é que possam ser consideradas suficientes.

Tanto as exigências de igualdade de trato, como outras derivadas da inevitável historicidade humana, encontram na lei um ponto de apoio que dificilmente podia aportar o puro casuismo. Daí, pois, a importância conferida ao princípio da igualdade ante a lei, bifurcando hoje na igualdade na lei (exclusão nos textos legais de todo trato

⁹ Sobre este particular de nosso trabalho: *El papel de la personalidad del juez en la determinación del derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann en "Derechos humanos. Entre la moral y el derecho" México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, págs. 201 -237. Igualmente em italiano ("Ars Interpretandi" 2003 (8), págs. 381-396) e, ecoa no exotismo, em versão bilingue: Die Rolle der Richterpersönlichkeit bei der Rechtsfindung en 'Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns" Bilingual German and complex Chinese edition Taipei, New Sharing Publishing, 2010, págs. 273-288.*

discriminatório relativo a uma categoria de cidadãos) e a já aludida igualdade na aplicação da lei (que impede que um mesmo órgão judicial resolva de modo diverso casos similares, sem aportar uma fundamentação objetiva e razoável de sua troca de critério).

Exigências de nossa historicidade obrigam, por sua vez, a contar com um marco geral de referência. Graças a ele serão previsíveis as consequências práticas de uma norma em contextos históricos posteriores. De outra parte, esta generalidade facilita já um ajustamento de relações sociais. A justiça não é somente bálsamo de emergência para remediar conflitos. O conhecimento generalizado das leis gera entre os cidadãos expectativas simétricas, que contribuirão com frequência a que se faça justiça sem necessidade de remediar erros.

Considerar que a lei é suficiente para fazer justiça nos levaria, todavia, a um "legalismo", cujos nefastos frutos marcaram a Europa da primeira metade do século XX. Daí, pois, que a Lei Fundamental alemã contemplara já a compulsória submissão dos poderes públicos "a lei e ao direito". A margem de toda sinonímia, recordava eloquentemente que o legal não esgota o jurídico; a lei não pode cumprir sua função sem o apoio de outros elementos jurídicos que a desbordam. Isto levará à por em questão também ao "normativismo", irmão gêmeo do legalismo. Tem-se convertido o tópico - de difícil superação - à imagem do ordenamento jurídico como conjunto sistematizado de normas. Em realidade, uma "norma legal" não brota da espuma do mar, mas de um debate pré-legal, que não é mera discussão política ruidosa, agitada e desordenada. Exigências jurídicas de compulsório cumprimento, plasmadas em "princípios pré-positivos", estarão presentes no debate parlamentar convidando a uma mais adequada redação das normas em questão.

Não muito diferente será a situação no momento de interpretar uma norma já promulgada. Resultam obvias as limitações do texto legal para fazer frente aos casos concretos de um modo ajustado. O dogmatismo legalista alimentou a invenção dos chamados "princípios gerais do direito", supostamente obtidos das normas, preservariam a hermética imanência do ordenamento. Tratar-se-ia de uns princípios "pós-legais", que somente entrariam excepcionalmente em jogo de modo "subsidiário". A realidade é que os "princípios", tão devedores como as "normas" de exigências jurídicas pré-positivas, serão por sua vez operativamente prévios - ao fazerem-se presentes já na deliberação parlamentar - e simultâneos, ao serem exigidos mais tarde como critérios interpretativos da nova norma.

Trata-se de uma experiência já quase unânime e compartilhada, ainda que o modo de digeri-la possa seguir sendo devido aos preconceitos teóricos muito poucos

reflexionados. Não é fácil negar que o direito positivo se mostra insuficiente para resolver por si só os conflitos; ou, dito de outro modo, que para isso tenham que entrar em jogo exigências jurídicas pré-positivas ou meta-positivas. O empenho por defender dogmaticamente o contrário, afirmando que apenas é direito o direito positivado, leva ao gratuito disparate de qualificar como "morais" esses outros elementos, cuja "juridicidade" é patente. Para completar, faz-se a drástica separação entre o direito e a moral a partir das velhas abordagens do positivismo jurídico, que inicialmente tinham convertido em seu elemento de identidade¹⁰. Tudo antes de indultar ao direito natural da maldição, com a qual o haviam convertido em academicamente incorreto.

5. NECESSIDADE E ALCANCE DE DIÁLOGO E CONCENSO

Temos feito referência frequente ao colegiado jurídico, que não tem porque se restringirá composição dos tribunais. O mesmo "processo", baseado na igualdade de armas, desenha-se, igualmente, como um diálogo de argumentos entre as partes, que facilita a solução do juiz. Trata-se de um desenho meramente formal, longe de prescindir da necessidade de busca de um ajuste objetivo; entende que quatro olhos (ou os que correspondam) enxergam mais do que dois. A possível convergência de conjecturas tende, pois, a ser entendida como sintoma de uma aproximação à verdade prática perseguida.

O já aludido descarte do direito natural levará a um cenário bem distinto. O que era meio e impulso processual tenta-se converter em fundamento substancial. Diante da falta de realidades objetivas as quais nos remetermos, haveria que construí-las desenhando uma "justiça" supostamente "procedimental". O "pluralismo" deixa de ser uma exigência metodológica na busca de uma realidade unitária. Converte-se, agora, em resultado obrigatório de todo sistema democrático, até o ponto de qualquer descoberta de homogeneidade converter-se em prova fidedigna de sua negação: suspeita-se que "um entendimento continuo e compartilhado sobre uma doutrina compreensiva religiosa, filosófica ou moral somente pode ser mantida mediante o uso opressivo do poder estatal"¹¹.

Seria, por exemplo, "duvidosamente jurídico-constitucional" defender "que o embrião goza 'desde o começo' de dignidade humana e absoluta proteção"; porque,

¹⁰ Algo disse em *Derecho y moral. Una relación desnaturalizada Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo 2012, págs. 11-51.*

¹¹ J. RAWLS. *El liberalismo político Barcelona, Crítica, 1996 pág. 67.*

com isto, "dá-se início a um debate no qual temos que avançar, se queremos nos colocar de acordo sobre estas questões fundamentais com o obrigado respeito jurídico-constitucional a um pluralismo de concepções do mundo"¹². O pluralismo deixa, pois, de constituir uma obrigada via formal para se converter num imperioso resultado substancial. Não se trata já de nos aproximar conjuntamente à verdade, mas, sim, de construí-la em termos politicamente corretos.

Se o "pluralismo" muda a partir do significado não ocorrerá nada de distinto com as propostas de "consenso". A marginalização do direito natural obrigou a buscar um sucedâneo, que não condenasse o descarte da existência de exigências jurídicas objetivas e, por sua vez, pré-positivas. O consenso era chamado a cumprir tal função, sempre com o implícito argumento de que o acordo não era um compromisso voluntarioso de interesses, mas um sintoma de aproximação conjunta à captado racional de uma realidade objetiva. A partir das mesmas colocações "construtivistas", apelar-se-á ao "consenso entrecruzado" como via para desenhar uma "razão pública", capaz de fundamentar exigências éticas objetivas. Por si só, "uma doutrina compreensiva razoável não pode assegurar a base da unidade social, nem pode subministrar o conteúdo da razão pública em questões políticas fundamentais", sendo preciso apelar a "um consenso entrecruzado de doutrinas compreensivas razoáveis"¹³.

No fundo urge a busca por uma fundamentação da democracia, que se situe mais além do sempre recurso ao princípio das maiorias. Sobre a nitidez, a possibilidade de um controle de constitucionalidade das leis levará a distinguir "dois tipos de concepções da democracia: a majoritária e a constitucional"¹⁴. O mero recurso à maioria, pois, não faria apenas adiar o problema: Porque temos que aceitar a opinião majoritária, pese a uma possível convicção individual de seu alcance negativo? Sem dúvida, a resposta teria de ser caracterizada como jusnaturalista: por respeito à dignidade dos concidadãos, que assim se expressarão. Não é, pois, o consenso o que gera uma exigência ética objetiva, mas, sim, é a exigência ética derivada da dignidade humana a que atribuí ao consenso uma dimensão vinculante¹⁵.

¹² J. HABERMAS. *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?* Barcelona, Paidós, 2002, pág. 45.

¹³ J RAWLS. *El liberalismo político* Barcelona, Crítica, 1996, pág. 165

¹⁴ R. DWORKIN. *La lectura moral y la premisa mayoritarista en 'Democracia deliberativa y derechos humanos'* Barcelona, Gedisa, 2004, pág. 120.

¹⁵ Afirmei-o há mais de trinta anos e, logo, o consagrei *Consenso: ¿fundamentación teórica o legitimación práctica?* en *'Derechos humanos y metodología jurídica'* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 99-116.

Esta mesma dignidade será a que reconheça a todo o cidadão o direito fundamental a obter uma tutela judicial efetiva, com o conseguinte apoio do advogado, que respalde seu direito de defesa; sem que a ele possa se opor a possível existência de indicativos prévios, que façam sua demanda parecer como excessiva.

6. JUSTIÇA CUSTOSA

A renúncia da justiça como ponto de referência do direito levou à busca de um substitutivo, sob o amparo quase sempre dessa metodologia capaz de conferir uma anelada bitola científica à atividade jurídica. Dessa forma, nos anos sessenta se converteu em tópica a invocação do "direito como ciência social"; com a inevitável consequência de que se refletiria nos saberes jurídicos o dilema entre uma ciência social "positiva" e outra que se apresentaria como "crítica". As diversas "teorias" do direito qualificadas como "realistas" (norte-americanas ou escandinavas) confundiam-se com a primeira das conjecturas, enquanto que o efêmero "uso alternativo do direito" - ou, ainda, os vigentes "*Critical Legal Studies*" - identificava-se com a segunda.

Encerrado o marxismo, perdeu - ao menos, na Europa - relevância tal dilema. A sociologia deixou de ser ponto de referência obrigatório e, agora, é a economia chamada para se converter em saber social por excelência. Abre-se a passagem - sem dúvida, de modo mais tímido, ainda que não por isso ineficaz - à "análise económica do direito". Das suas consequências, podemos nos ocupar mais adiante. Teorias à parte, a tensão entre a economia e o direito resulta em uma prática ostensível.

Neste âmbito prático e sociopolítico, podem se experimentar situações peculiares. A administração da justiça - ao menos, no caso espanhol - passou a ser considerada inicialmente como "serviço público". Com isso, em determinadas circunstâncias, o acesso à mesma ficou incluído no marco das prestações do chamado "Estado de Bem-Estar". É bem conhecido o debate suscitado há alguns anos sobre a possibilidade de mantê-las em sua integridade, após haver-se visto multiplicadas em momentos de auge económico. A crise que se tenta agora superar questiona ainda mais o modelo e chega a afetar a Justiça.

No caso espanhol, o já tradicional "turno de ofício" -que vinha assumindo a advocacia, enquanto timbre de honra - deu passo a um sistema ainda mais institucionalizado e ambicioso de "justiça gratuita" para determinados supostos. Os aspectos positivos desta conjectura ficam fora desta discussão, Observam-se, todavia, certas dificuldades de adaptação, que também são observadas em outros âmbitos profissionais, como na

saúde. A litigiosidade cresceu de forma notável e surgiram críticas sobre um possível abuso do sistema, ao qual não seriam alheios alguns comportamentos atípicos da própria advocacia. Aludindo à minha experiência mais direta, parece-me chamativo que os "*recursos de amparo*" interpostos anualmente perante o Tribunal Constitucional alcancem a cifra de 7.376; dos quais, só 139 superam o juízo de admissibilidade formal¹⁶, por razões que - não poucas vezes - evidenciam um assustador desconhecimento da normativa vigente.

Como a situado dentro da jurisdição ordinária aponta disfunções similares, acabou entrando em jogo duas condições de natureza económica. Quanto à "*casación*" ante o Tribunal Supremo, foram estabelecidos limites relacionados com o valor envolvido no litígio. De modo mais geral, recorreu-se, também, ao estabelecimento de taxas, buscando quiçá um efeito de dissuasão para frear a possível "trivialização" do acesso à Justiça. Se não bastasse, algumas peculiaridades próprias do modelo espanhol de "Estado das Autonomías" se fizeram notar. Ainda sendo o Poder Judiciário o único que mantém caráter unitário (à diferença da proliferação de governos e parlamentos autonômicos), transferiu-se a um bom número de "Comunidades Autonômicas"¹⁷ o que se passou a denominar de "administração da Administração da Justiça". Dada sua repercussão sobre aspectos burocráticos e de pessoal auxiliar, isto levou em alguns casos a duplicar a taxa relativa a uma mesma atuação processual.

Como se nota, a conveniência da existência de prestações responsáveis por facilitarem o acesso à jurisdição entra em tensão com vários fenômenos: desde possíveis abusos responsáveis por levarem a um aumento artificial da litigiosidade até - ao contrário - ao desejo de restringir determinados âmbitos da tutela judicial às questões de maior relevância económica; com prejuízo de outras questões, que acabam afetando a um maior número de cidadãos de baixa renda.

7. POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

O termo "politização da justiça" vem tomando notória atualidade, enlaçado não poucas vezes com a expressão "judicialização da política". Parece-me, inicialmente,

16. Tribunal Constitucional, Memoria 2013.

17. Nota do tradutor: ressaltadas suas particularidades e características próprias, as 'Comunidades Autônomas' espanholas equivalem aos 'Estados-Membros' brasileiros, ainda que a Espanha não seja um Estado Federal.

obrigatório ressaltar como o termo "política" pode, no âmbito jurídico, exprimir até quatro acepções bem diversas¹⁸. Em primeiro lugar, aplica-se - tanto no sentido positivo, quanto no genérico - a toda atividade, que implique na busca ou consecução do bem comum. Cabe, também, identifica-la com uma dimensão precisa de fazer justiça, que deriva da margem de discricionariedade administrativa provocada pela premeditada indefinição do âmbito da norma. Igualmente, afinal - e com uma ênfase mais negativa -, denunciaria a possível vinculado a uma dialética partidarista.

Se nos situamos no primeiro cenário - entendendo a política como contribuição à "coisa pública", dentro de um esforço para realizar o bem comum - parece pouco duvidoso ter que reconhecer o caráter político de toda busca pela justiça.

No segundo cenário, a política ficaria vinculada ao logro de uma "justiça" que seria entendida como o "mínimo ético" indispensável a viabilizar a convivência humana. Situar-nos-íamos, em tal caso, num território incerto, que se moverá entre o jurídico e o moral, obrigando-nos a delimitar ambos os campos.

Caso nos situemos no âmbito do juridicamente regulado - num terceiro cenário - o político aparecerá como um campo indispensável de "discricionariedade", que será complementar a uma regulação normativa não responsável por prever todas as contingências. Pode ocorrer, inclusive, que se tenha vedado dispor sobre algumas delas; como exemplo, servem os discutidos "atos políticos" não sujeitos ao controle jurisdicional. Curiosamente, estas aventuras políticas podem acabar sendo caracterizadas - desde uma ótica positivista - como "morais".

Sem dúvida, a versão menos tranquilizadora da política, no âmbito da justiça, será aquela que a identifica como um jogo dialético, que se caracteriza pela atividade dos partidos políticos. Não em vão, dá-se por feita uma incompatibilidade entre uma parcial tomada de partido e imparcialidade, que a atividade do juiz exige. Isto se reflete no veto da Constituição espanhola (artigo 127.1) à filiação dos juízes aos partidos políticos e sindicatos, enquanto se encontrem em "serviço ativo"; escusa que pode acabar se esvaziando de sentido, uma vez que se permite a um juiz se converter em deputado - em peculiar situação funcional de excedente por "serviços especiais" - para se reincorporar não muitas vezes ao seu anterior posto, como se nada houvesse ocorrido.

¹⁸ Disto me ocupei com maior atenção em *La tensión entre política y derecho en la teoría jurídica Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos digitales de Formación, 2012 n° 16, págs. 1-18.*

Já vemos como - no caso dos juízes - a desejável imparcialidade subjetiva deve ser vista acompanhada de uma inequívoca aparência de independência objetiva. A questão não deixou de suscitar debate na constituinte. Quem havia militado na "Justiça Democrática", integrada por opositores ao franquismo, sentia-se orgulhoso disso. Tendiam a argumentar que seria melhor que as pessoas sujeitas aos tribunais soubessem quais são suas ideias, isto porque, nenhum juiz deixa de ter suas próprias ideias; isso o levaria a cuidar mais de sua imparcialidade. Prosperou, como restou assentado, a postura contrária, ainda que mantendo aberta uma brecha em direção ao associacionismo judicial. Pese à pluralidade de opções, não deixa de resultar sintomático que seja amplíssimo o número de juízes sem nenhuma filiação associativa.

Neste assunto, notável influência segue tendo a composição e o sistema de eleição do Conselho Geral do Poder Judiciário. Sua presença na Constituição tentava fazer efetiva a divisão dos poderes, desapoderando o Executivo de suas anteriores competências sobre o acesso e a promoção na carreira, assumindo a nomeação de cargos particularmente relevantes. Os membros da "Justiça Democrática" (hoje, "Juízes para a Democracia") haviam convertido o "autogoverno da judicatura" em ideia fundamental de suas propostas; à parte da influência italiana, não faltavam ressonâncias das propostas de autonomia universitária típicas do franquismo tardio. O receio frente ao possível efeito politizador de referido autogoverno levou ao consenso constituinte, que a reduziria: apenas doze de seus vinte Vocais se elegeriam "entre juízes e magistrados de todas as categorias judiciais".

Ninguém imaginaria colocar em dúvida que seriam eleitos pelos próprios juízes. Assim ocorreu ao se aplicar pela primeira vez a lei responsável por regulamentar este artigo 122.3 da Constituição. Mantinha linha similar o projeto inicial de Lei Orgânica do Poder Judicial de 1985, de iniciativa socialista. Aprovado em tais termos pelo Congresso, o debate do projeto no Senado deparou, todavia, com uma surpresa: em poucas palavras, parecia que tinha passado da doutrina à pura contabilidade. O perfil sociológico da primeira judicatura espanhola permitia prognosticar que a via eleitoral interna levaria de modo indefinido a deixar o governo dos juízes nas mãos do setor considerado "conservador". Talvez para evita-lo, optou-se inesperadamente por transferir para as Câmaras parlamentares - que vinham escolhendo apenas oito Vocais - a dos doze restantes. A reforma superou o controle do Tribunal Constitucional, numa de suas sentenças mais discutidas. Desde então, com particular repercussão nos meios de comunicação, aos juízes promovidos pelo Conselho se acabavam atribuindo - façam o que façam - a carapuça política derivada do setor, que lhes serviu de apoio; sua independência objetiva converte-se, assim, ocasionalmente em problemática.

8. ARBITRARIEDADE E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Quem controla o controlador? No caso espanhol, os acordos do Conselho Geral do Poder Judicial são suscetíveis de recursos pela via do contencioso administrativo perante o Tribunal Supremo. Igualmente, as resoluções dos juízes encontram-se submetidas a recurso junto as instâncias superiores. Tudo isso, sem sair do âmbito da "legalidade". Sendo o assunto "constitucionalidade", o modelo europeu de "controle concentrado" não o atribuí a uma Corte ou Tribunal Supremo, mas, sim, a um órgão específico, que será capaz de revisar os atos de todos os poderes públicos em determinadas circunstâncias.

Isto gera uma dupla consequência. De um lado, a impressão de que o Tribunal Constitucional é um superpoder, responsável por pronunciar a última palavra sobre qualquer discrepância do legislativo, executivo ou judiciário; assim costuma ser a interpretado equivocada de boa parte dos cidadãos. De outro lado, o Tribunal se mostra consciente de que não é sua fundo perseguir a melhor soluto imaginável, mas, sim, limitar-se, modestamente, a sopesar se as exigências constitucionais mínimas foram respeitadas: em garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e do respeito das estruturas básicas do sistema. Isto o leva a uma frequente inibido.

No âmbito legislativo, partir-se-á da presunção de constitucionalidade de toda lei. A legitimado processual para coloca-la em dúvida, por meio de "recurso", fica consagrada de forma restringida na mesma Constituição espanhola (artigo 162). O juiz singular não poderá declarar unilateralmente nenhuma inconstitucionalidade; deverá submeter a "questão da inconstitucionalidade" ao Tribunal, provocando sua discussão; para isso deverá justificar a "relevância" da norma questionada e sua obrigatória "aplicabilidade" ao caso suscitado.

Como consequência de tudo isso, a atitude do Tribunal frente as resoluções da jurisdição ordinária será dupla. Caso o que se cogite é a possível vulneração de um direito fundamental substantivo, poderá entrar em jogo a questão de decidira nulidade da resolução. Ao contrário, caso o que esteja em jogo sejam as garantias que levam vinculadas à tutela judicial efetiva de um cidadão, o Tribunal não entrará na análise a fundo dos direitos, que são objeto da requerida resolução. Apenas irá anula-la quando constate que o juízo da sentença impugnada tenha incorrido em "arbitrariedade", não cabe estima-lo como "razoável" ou se encontre afetado por um relevante "erro". Em tais casos, chamará novamente o caso ao órgão judicial, com o objetivo de que se emita uma nova decisão.

Tudo isso obriga a se mover numa problemática fronteira legalidade-constitucionalidade, dentro do que se passou a denominar de "diálogo de tribunais". Tendo em conta que o direito comunitário - emanado da União Europeia - integra-se com caráter prioritário nos ordenamentos dos Estados-Membros da União Europeia, os juízes deverão - sempre no plano da legalidade - levantar questões prejudiciais ao Tribunal de Luxemburgo, caso reúnam dúvidas sobre a compatibilidade de uma norma estatal com outra comunitária. O Tribunal Constitucional espanhol, por sua parte, evitou durante anos fazer o mesmo - deferentemente da postura italiana - por entender que o que se discernia eram possíveis discrepâncias "infraconstitucionais"¹⁹. Recentemente foi cogitado, não obstante, uma primeira questão prejudicial; o mesmo ocorreu posteriormente no também, até agora, refratário Tribunal Constitucional Federal alemão.

A isto se soma o papel do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que conhece de possíveis vulnerações pelos Estados membros dos direitos contemplados pelo Convênio de Roma. A União Europeia, como tal, comprometeu-se, também, vagamente a subscrevê-lo. Sua doutrina se converte, no caso espanhol (artigo 10.2 da Constituição) em critério interpretativo do conteúdo e alcance dos direitos, que por sua vez reconhece. O "diálogo de tribunais" promete converter-se em objeto cotidiano de análise durante uma longa temporada.

9. JUSTIÇA, TOLERÂNCIA E DIREITOS

Hoje, os direitos humanos encontram-se convertidos no núcleo essencial do politicamente correto. O fenómeno começa de forma muito especial a partir da guinada marcada pelas constituições europeias após a II Grande Guerra Mundial; a teórica superação do positivismo legalista leva ao arquivamento da ideia de conceber os direitos no marco das leis: teríamos direito àquilo que estas nos concederam... Abre-se caminho outra bem distinta: é preciso interpretar as leis no marco dos direitos; serão válidas na medida em que repetem o conteúdo essencial destes. Cobrará, assim, consistência a fórmula do "Estado de Direito", enquanto símbolo legitimador de todo o sistema democrático.

A realidade está se revelando muito diferente por diferentes razões. Primeiramente,

¹⁹ Neste particular, minha conferencia *La aplicación del derecho comunitario como cuestión infraconstitucional en el ordenamiento jurídico español* 'Revista de las Cortes Generales' 2009 (76), págs., 117-133; apresentação feita na Polónia - "Przegląd Legislacyjny" (Varsovia), 2010 (XVII, Nr 1, 71), págs. 51-63.

sem dúvida, é a já destacada inércia que mantém morto em pé ao positivismo legalista, revestido com umas e outras ostentações. Isto me levou a denunciar um paradoxo: não poucos dos que defendem com entusiasmo o "Estado de Direito" seguem fiéis à arraigada ideia de que apenas cabe falar seriamente no jurídico se nos referimos ao "direito do Estado"²⁰.

Uma segunda razão é consequência da já aludida marginalização da justiça, acompanhada de uma crescente apoteose da tolerância; como se esta tivesse algo a ver com os direitos. Os direitos em realidade são reconhecidos, não se toleram. Em mais de uma ocasião - a propósito de atitudes laicistas, displicentes a respeito da liberdade religiosa - não duvidei em afirmar que, na condição de cidadão com fé, não estou disposto a tolerar que me tolerem²¹.

A tolerância é uma "virtude moral", enquanto que os direitos - como seu mesmo nome indica - nascem de "exigências jurídicas" de justiça. A confusão surge porque o termo justiça não é unívoco. Ademais de emprega-lo para nos referirmos ao fundamento objetivo do direito, nós o identificamos com a virtude moral, que exige respeitar o jurídico. E mais - invertendo os termos - não falta quem considere que a função do direito é respeitar, coativamente, as virtudes morais; o que me parece uma tremenda ignorância, isto porque, não cabe exercer nenhuma das virtudes morais sob coação.

A virtude da justiça, como sabiam já os romanos, consiste em dar a cada um "o seu"; é dizer, reconhecer e respeitar seus direitos. Isto leva a uma pergunta intrigante: a que temos direito? A resposta legalista é tão fácil como alheia ao Estado de Direito: ao que diga a lei. Em verdade, temos direito a realizar determinadas atividades referendadas por um título de justiça. Não se trata de uma mera pretensão individual, mas de um desapego de nossa liberdade, que, por sua vez, trata ao outro como um igual, assim expressando um ajustamento relacional. Os direitos não se outorgam tolerantemente, mas, sim, se reconhecem juridicamente captando estas exigências de justiça, não poucas vezes pré-positivas. O aparente círculo vicioso - entre o jurídico fazer justiça e sua moral respeito - rompe-se recordando que a respeitosa virtude da justiça é posterior e não anterior ao propriamente jurídico, positivado ou não. Se quero, virtuosamente, dar a

²⁰ Entre outras ocasiões: *Estado de derecho o derecho del Estado en Prawowitosc czy zgodnosc prawnen. Legitymacja wladzy w panstwach demokratycznych* (Artura Preisnera ed.) Wroclaw, Beta-druck, 2010, págs. 69 76. Não posso, contudo, deixar de citar o original; logo, comprovei que Ives Granda já o havia feito trinta anos antes. *O Estado de Direito e o Direito do Estado*, ed. José Bushatsky, 1977; reeditado em 2006 por Lex Editora.

²¹ A última vez, agora, no recente e-book: *Laicismo: sociedad neutralizada Digital Reasons*, 2014

alguém o que é seu, a pergunta sobre o que é ou não seu deve ser distinguida não por um especialista em moral, mas, sim, por um jurista. O especialista em moral deve se limitar a me recordar que devo dar-lhe o que é seu.

Entre o já destacado ceticismo em relação à justiça, derivado do relativismo positivista e a curiosa visão do direito como garrote da moral, fruto de um clericalismo estranho ao jurídico, o tema dos direitos se converteu em um mistério. Vale o jogo de palavras: Podemos afirmar que temos direito ao torto?²² Nada poderia impedi-lo, caso a resposta à quando se têm o direito venha a ser a recebida por mim há alguns anos, como deputado e membro de uma Subcomissão do Congresso Nacional espanhol sobre o desejável tratamento legal dos casais de fato. Um relevante líder gay me contestou: um direito é um desejo, que encontra consenso social.

Isto explica a atual chuva de "novos direitos", que se limitam a expressar desejos (bons para quem os defende), que seria politicamente incorreto outorgar. Seu ponto de apoio será um peculiar consenso, consolidado à medida por pressão midiática e por uma nada respeitada maioria indiferente em relação aos seus titulares entusiastas. Qualquer tentativa de ressuscitar a conexão direito-justiça será em consequência considerada veneradora do princípio da não discriminado, uma vez que implicaria inevitavelmente reconhecer que existem condutas vazias de justo título. A respeito delas, com efeito, apenas caberia a exaltada tolerância do que generosamente confere a outro o que, em termos de justiça, não é seu. Quiçá, o problema consista em que os defensores da esmagadora religião civil responsável por impulsionar alguns dos novos direitos não duvidam em fazer sua minha já confessada atitude: não estão dispostos a tolerar que os tolerem...

10. O ECLIPSE DO DIREITO

A "crise económica", que se vem experimentando, assim como atitudes dirigidas a uma erosão das instituições políticas, converteram-se, em realidade, em tópico da afirmação de que nossa sociedade padece de uma grave "crise moral". Discordo, por simplista, de tal diagnóstico. Entendo que com ele - entrando apenas em jogo a economia, a política e a moral - se eclipsa um elemento particularmente decisivo: vivemos as consequências de uma relevante "crise jurídica". Este chamativo fenômeno se deveria, em minha opinião, a duas razões.

²² Tentei dar-lhe resposta em *O direito ao torto. 'Realismo. Revista Ibero-Americana de Filosofia Política e Filosofia do Direito' Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul, 2006 (1-11), págs. 7-16.*

A primeira poderia se caracterizar como "clericalismo civil" e é fácil advinha-la através de atitudes laicistas não pouco difundidas, também, entre os próprios seguidores. Considera-se de sentido comum a seguinte conjectura: existem cidadãos cujas convicções religiosas geram determinadas exigências morais e, na medida em que as consideram de particular peso, pretendem impô-las aos demais recorrendo à capacidade coativa do direito. Este aparece, pois, como o braço armado de uma moral de procedência religiosa.

Estimo, contudo, que a realidade das coisas convidaria a entendê-las precisamente ao inverso. Nenhum teórico do direito solvente discute que o jurídico deve ser entendido como um mínimo ético, indispensável para garantir suficientemente uma convivência, que mereça o nome de humana. O direito não pode fazer o cidadão feliz, rico, nem santo. Pretende criar um marco normativo mínimo, que lhe possibilite aspirar a estes e outros objetivos. Todavia, as exigências jurídicas são tão mínimas como indispensáveis, o que as converte em condição prévia para qualquer logro de maximalismos morais.

O "clericalismo civil" leva a olvidar que matar, roubar ou mentir (defraudando a boa fé do próximo) não são imperativos morais, que, por sua importância, o direito haja de impor por força. Não matar, não roubar ou não mentir são exigências jurídicas óbvias, cujo respeito é impensável para a convivência humana. Precisamente, por isto, são elas as que geram uma conseguinte obrigação moral. Não tem sentido, pois, que a quem pretende se tomar em sério o não matar, roubar ou mentir seja acusado de querer converter os pecados em crimes. Em realidade, existem crimes tão graves que chegam a ofender a Deus, convertendo-se em pecados: matar ou estafar, por exemplo.

Quizá o barulho clerical proceda de precedentes tão antigos, que nos remontariam ao Sinai. O decálogo - dez mandamentos - não era uma coleção de exigências morais, provenientes de um Deus Todo-Poderoso. Contém, ao contrário, mínimos éticos jurídicos, como os já aludidos, junto aos maximalismos morais, como amar a Deus sobre todas as coisas, ou - não digamos - ao próximo como a si mesmo.

O direito é um mínimo ético indispensável, que gera conseqüentemente uma obrigação moral. A fé é uma valiosa claraboia, que em seu caso ajuda a ver com mais claridade tanto as exigências jurídicas como as morais. Isto, longe de habilitar para despachar imposições, atribuí responsabilidades argumentativas aos com ela privilegiados. Crer não é subscrever uma franquia de alucinógenos, destinada a amenizar a vida da comunidade com complicadas ocorrências; é, mais bem, desfrutar da possibilidade de conhecer com maior facilidade as coisas como são e se sentir responsável disto frente aos demais.

Contudo, falta um segundo elemento que explica o auge do já indicado "clericalismo civil". Quando o direito se identifica sem mais com a vontade da qual emana, sugerir que aquele gera uma obrigação moral é uma insinuação ridícula. Este é nosso segundo problema. Passamos o dia exaltando este Estado de Direito, mas - como vimos - à frente temos firmemente enraizada uma teoria jurídica falsa, que entende o direito como instrumento coativo a serviço do Estado e não como um conjunto de exigências de cujo respeito derivaria sua própria legitimidade.

O problema é que não cabe falar seriamente de Estado de Direito sem concordar, ainda que seja com um sussurro, com uma teoria jurídica hoje declarada incorreta. Foi dito no *Bundestag* alemão em ocasião solene: "A ideia do direito natural considera-se, hoje, uma doutrina católica mais bem singular, sobre a qual não vale a pena se discutir fora do âmbito católico, de modo que quase nos envergonha até mencionar apenas o termo". Voltemos, pois, ao monte Sinai e ao posterior barulho clerical. Se o direito "natural", que fundamentou o reconhecimento dos direitos humanos em terras alheias, aparte de impulsionar um direito internacional na Europa desgarrada por guerras de religião, converte-se em imposição "sobrenatural", prevenidos estamos.

É óbvio que a atual alergia à verdade, sobretudo, alimentada pelo temor de que seus afortunados proprietários nos deem com ela na cabeça, hoje, converteu o direito natural em elegante animal de companhia. Defendemos os direitos humanos como exigência indeclinável de nossa própria dignidade, mas negamos que lhes possa servir de fundamento uma realidade ética objetiva e racionalmente cognoscível. Desta forma, nos vemos obrigados a garantir direitos fundamentais sem fundamento. Não será mal lembrar a letra de uma *sevillana*, que não resulta sempre oportuna em uma romaria andaluza: "*La Virgen del Rocío no tiene dueño*"; posto que nela se somam todos da comunidade local. O direito natural tampouco é aquele no qual os jusnaturalistas creram....

Nestes dias, leio velhas análises de Ronald Dworkin sobre a jurisprudência constitucional norte-americana. Com independência de que não compartilhe boa parte de suas colocações, parece-me, pois, um exemplo admirável o afã de detectar exigências jurídicas derivadas da natureza humana, girando no seu caso em torno da igualdade como virtude soberana. Como em seu país se conhece sem sobressalto a ideologia de cada qual - ou quem e porque o propôs para um alto cargo - ele defende, frente aos Magistrados aos que tacha de "historicistas", com Scalia na cabeça, uma interpretação "integralista" da Constituição. Ainda que não implique no lembrete

elementar de que, sem o fundamento de uns princípios jurídicos prévios à lei - tão objetivos, como mínimos - falar de Constituição acaba sendo uma piada pesada.

Defender o Estado de Direito e menosprezar um direito natural apresentado como invenção de soluções, prontos sempre para a tomada do poder; é querer tragar e assoprar ao mesmo tempo. Pretender que alguém decida é um desafio ao princípio de não contradição, partindo da base de que não existe nada verdadeiro ao que se cabe objetivamente decidir. Se nada é verdade, nem mentira, lógico é considerar politizado qualquer Tribunal Constitucional, uma vez que toda possível reflexão resulta excluída, devorada pelo voto; resultaria obrigado contemplar e aos seus magistrados como advogados de parte. Não lhes restaria outra opção que aparecer como pintava Marx aos juristas em geral: farsantes, que apresentavam como decisões o que são apenas exigências do poder, que lhes ascendeu...

* * *

Coloco, pois, fim a estes pontos de referência. Sem constituir um decálogo, isto porque, seu número não é caprichoso. Os bons conhecedores da obra de Ives Gandra da Silva Martins terão descoberto com facilidade sua identidade em um dos textos mais significativos de sua própria autoria²³. Pretendendo, pois, expor o que seria um advogado modelo, não pode deixar de evitar a celebração de um brinde ao seu mais fiel autorretrato.

²³ *Reflexões Sobre a Vida e Decálogos do Advogado e do Trabalho Ordinário Ed Pax & Spes, 2014. Segui a versão de 1987, que se encontra disponível em <http://www.gandramanins.adv.br/decalogo.asp>.*

DIREITO, ECONOMIA E POLÍTICA: IVES GANDRA, 80 ANOS DO HUMANISTA

ADILSON ABREU DALLARI
AGOSTINHO TOFFOLI TAVOLARO
ANA REGINA CAMPOS DE SICA
ANDRÉ L. COSTA-CORRÊA
ANDRÉ LUIS CAETANO
ANDRÉS OLLERO TASSARA
ANGELA VIDAL DA SILVA MARTINS
ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ
ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL
ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA
ARGOS GREGÓRIO
ARLINDO FELIPE DA CUNHA
ARMANDO LUIZ ROVAI
BERNARDO MOTTA MOREIRA
BRUNA FICKLSCHERER
CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO
DENISE LUCENA CAVALCANTE
DIOGO LEITE DE CAMPOS
DIRCÊO TORRECILLAS RAMOS
EDISON CARLOS FERNANDES
EDVALDO BRITO
ERNANI CONTIPELLI
FABIO BRAGA RODRIGUES DE SOUZA
FATIMA FERNANDES R. DE SOUZA
FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO
FERNANDO ZILVETI
FRANCISCO PEDRO JUCÁ
FRANCISCO PETROS
FRANCISCO REZEK
FULVIA HELENA DE GIOIA
GASTÃO ALVES DE TOLEDO
HELENO TAVEIRA TORRES
JOÃO BOSCO COELHO PASIN
JOÃO RICARDO CATARINO
JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI
JOSÉ RENATO NALINI
LEONARDO GARBIN
LUCIANO AMARO
MARCELO BORGHI
MARCELO CAMPOS
MARCO AURÉLIO MARRAFON
MARIA GARCIA
MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES
MAURÍCIO PEREIRA FARO
MIGUEL DELGADO GUTIERREZ
MISABEL ABREU MACHADO DERZI
MONICA HERMAN CAGGIANO
NATHÁLIA ANTUNES COENAS
PAULO DE BARROS CARVALHO
REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA
RICARDO LODI RIBEIRO
ROBERTA DE AMORIM DUTRA
ROQUE ANTONIO CARRAZZA
SACHA CALMON NAVARRO COELHO
THAIS NOVAES CAVALCANTI
VITTORIO CASSONE



EDITORA
IASP



Associação Brasileira de Direito Jurídico



ORGANIZADORES:
FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO
JOÃO BOSCO COELHO PASIN
JOSÉ FRANCISCO SIQUEIRA NETO

COORDENADORES:
JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO
RUY MARTINS ALTENFELDER SILVA

SÉRIE BARÃO DE RAMALHO

Organizadores:

Felipe Chiarello de Souza Pinto
João Bosco Coelho Pasin
José Francisco Siqueira Neto

Coordenadores:

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro
Ruy Martins Altenfelder Silva

DIREITO, ECONOMIA E POLÍTICA: IVES GANDRA, 80 ANOS DO HUMANISTA

1ª Edição | 2015

Introdução

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro | Ruy Martins Altenfelder Silva

Prefácio:

Felipe Chiarello de Souza Pinto | João Bosco Coelho Pasin | José Francisco Siqueira Neto

Apresentação

Angela Vidal da Silva Martins

Autores:

Adilson Abreu Dallari
Agostinho Toffoli Tavoraro
Ana Regina Campos de Sica
André L. Costa-Corrêa
André Luis Caetano
Andrés Ollero Tassara
Angela Vidal da Silva Martins
Anna Candida da Cunha Ferraz
Antonio Carlos Rodrigues do Amaral
Antonio Claudio Mariz de Oliveira
Argos Gregório
Arlindo Felipe da Cunha
Armando Luiz Rovai
Bernardo Motta Moreira
Bruna Ficklscherer
Carlos Mário da Silva Velloso
Denise Lucena Cavalcante
Diogo Leite de Campos
Dirceô Torrecillas Ramos
Edison Carlos Fernandes
Edvaldo Brito
Ernani Contipelli
Fabio Braga Rodrigues de Souza
Fatima Fernandes R. de Souza
Felipe Chiarello de Souza Pinto
Fernando Zilveti
Francisco Pedro Jucá
Francisco Petros

Francisco Rezek
Fulvia Helena De Gioia
Gastão Alves de Toledo
Heleno Taveira Torres
João Bosco Coelho Pasin
João Ricardo Catarino
José Antonio Dias Toffoli
José Renato Nalini
Leonardo Garbin
Luciano Amaro
Marcelo Borghi
Marcelo Campos
Marco Aurélio Marrafon
Maria Garcia
Marilene Talarico Martins Rodrigues
Maurício Pereira Faro
Miguel Delgado Gutierrez
Misabel Abreu Machado Derzi
Monica Herman Caggiano
Nathália Antunes Cocenas
Paulo de Barros Carvalho
Regis Fernandes de Oliveira
Ricardo Lodi Ribeiro
Roberta de Amorim Dutra
Roque Antonio Carrazza
Sacha Calmon Navarro Coêlho
Thais Novaes Cavalcanti
Vittorio Cassone

Posfácio:

Ruy Martins Altenfelder Silva | Ney Prado | Robson do Boa Morte Garcez | Hécio de Abreu Dallari Júnior



EDITORA
IASP

ISBN 978-85-69419-03-7

DIREITO, ECONOMIA E POLÍTICA: IVES GANDRA, 80 ANOS DO HUMANISTA

1ª Edição - Novembro de 2015

© Edição e Distribuição da Editora IASP

Os colaboradores desta obra gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

ACADEMIA PAULISTA DE LETRAS JURÍDICAS – APLJ

CNPJ: 12.446.082/0001-81

Rua Maestro Cardim, 370 - Bela Vista - CEP 01323-000 - São Paulo - SP - Brasil

Telefone: (55 11) 3040-4214

Site: www.aplj.org.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

Lei 9.610/1998

Revisão: Academia Paulista de Letras Jurídicas

Capa e Diagramação: Kriando / Brandium

Impressão: Orgrafic

Impresso no Brasil: [11-2015]



**EDITORA
IASP**

EDITORA IASP

Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP

CNPJ: 43.198.555/0001-00

Rua Líbero Badaró, 377 - 26º andar - CEP 01009-000 São Paulo - SP - Brasil

Telefone: (55 11) 3106 - 8015

Site: www.editoraiasp.org.br

E-mail: editora@iasp.org.br

SÃO PAULO, NOVEMBRO DE 2015