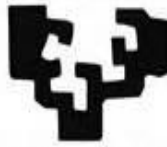


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

TESIS DOCTORAL

**O IUSINTERATIVISMO E A DECISÃO JUDICIAL IUSINTERATIVA PARA
*Justiça-nas-Decisões: uma abordagem sistêmica.***

CARLOS NEWTON DE SOUZA PINTO

DIRECTOR DE LA TESIS DOCTORAL:
DOCTOR FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS

Donostia-San Sebastián, 2015.

APRESENTAÇÃO DO AUTOR

Carlos Newton De Souza Pinto, também conhecido com Carlos Newton Pinto, é brasileiro, gaúcho da Mui Leal e Valerosa Cidade de Porto Alegre, Capital do Estado do Rio Grande dos Sul, extremo sul do Brasil. Graduou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) em 1975, cidade onde exerceu a advocacia durante 10 (dez) anos (1975-1984). Foi membro concursado do Ministério Público do Trabalho por 13 (treze) anos (1984-1996), inclusive atuando junto ao Tribunal Superior do Trabalho como Subprocurador Geral do Trabalho, tendo assumido, pelo quinto constitucional, o cargo de Desembargador Federal do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região (Estado do Rio Grande do Norte) em 06 de outubro de 1996, cargo que exerce até hoje. Exerceu a Presidência daquela Egrégia Corte Regional de 2002-2004 e por duas vezes a Vice-Presidência (2000-2002; e 2012-2013), tendo sido também seu Corregedor Regional (2002-2004) e Ouvidor (2011-2012). Exerceu o magistério superior em Direito na PUC-Rio de Introdução à Ciência do Direito, Filosofia do Direito e Direito do Comércio Internacional (1977-1983). Exerceu igualmente o magistério jurídico superior na Uni-**CEUB** (antigo **C**entro de **E**nsino **U**nificado de **B**rasília) e na Uni-**DF** (antiga **A**ssociação **E**ducacional **U**niversitária do **D**istrito **F**ederal) lecionando Processo Civil e Filosofia do Direito (durante os anos de 1993-1996). Especialista em Altos Estudos de Política e Estratégia pela Escola Superior de Guerra (1992), tendo apresentado a Monografia de Conclusão de Curso sob o título de “Movimentos de Paralisação do Trabalho: Greve e Locaute – Por uma Política Nacional do Trabalho Desenvolvimentista” publicada na Revista da Escola Superior de Guerra de 1993. Além de Desembargador Federal do Trabalho, desde 1997 é professor de Teoria Geral do Processo e de Processo Civil e de Propedêutica Jurídica (Introdução às Carreiras Jurídicas, Introdução ao Estudo do Direito, Filosofia do Direito, Sociologia do Direito e Hermenêutica Jurídica) na UnP-Universidade Potiguar. É Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio desde 1981, quando apresentou a dissertação de mestrado intitulada “Da Cláusula Compromissória e do Compromisso Arbitral no Direito Brasileiro: Uma Abordagem Dialética”. Do mesmo modo, é possuidor do título de Máster en Sociedad Democrática, Estado y Derecho pela UPV-EHU-Universidad del

País Vasco (2014) na qual obteve aprovação *Sobresaliente* da Dissertação de Mestrado (Trabajo de Fin de Máster - TFM) denominada *Interpretação da Lei e Integração do Direito: o iusinterativismo para justiça-nas-decisões (Lacunas, Princípios e Valores)* cujo trabalho além de ter sido a sua dissertação de mestrado para o curso daquela universidade basca é um preâmbulo demarcatório e orientador de sua visão jurídica. Além disso, está a concluir o Doutorado nesta mesma universidade basca, onde desenvolveu estudos e investigação acadêmica sobre o presente trabalho doutoral ora apresentado, O autor vive em Natal, Rio Grande do Norte, cidade em que atua como desembargador federal (juiz de segundo grau de jurisdição) na 21ª Corte Regional Federal do Trabalho (TRT 21ª Região), exerce o magistério superior e presta conferências e palestras sobre o direito laboral e cidadania, bem como possui vários artigos publicados em revistas e coletâneas jurídicas.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus da minha fé, o Grande Arquiteto do Universo, que me concede a força espiritual, mental e física para continuar.

Aos meus Pais, Jussy e Carlos, sempre presentes em espírito em minha mente, em minh'alma e em meu coração, sempre repletos de amor em si e em mim, por terem-me criado e educado para a Vida.

Ao meu filho, Bernardo, meu sonho tornado realidade, que a cada dia que passa, cada vez mais, me traz orgulho e me ensina lições inigualáveis de Vida, tornando-se meu verdadeiro professor.

À minha mulher, Marcia Braga, minha fortaleza paraibana, meu exemplo de perseverança e meu escudo de Vida.

Aos meus irmãos, Leci, Paulo e Henry, que talvez não tenham a medida da sua contribuição à minha Vida, mas desinteressada e incansavelmente sempre contribuíram para que eu me tornasse o ser humano de hoje, com seus exemplos de Vida.

Aos meus Assessores, jurídicos e administrativos, do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, pela paciência e dedicação ao organizarem meu gabinete de despachos, discutirem teses, conceitos, ideias e posturas jurídicas comigo, durante todo este período de investigação e escrita.

Aos meus alunos da Escola do Direito da Universidade Potiguar, vocês todos, com a sua avidez pelo saber jurídico constituem-se fonte de aprendizado diário para mim.

À Direção e Coordenação da Escola do Direito da Universidade Potiguar pela amizade e pela compreensão que sempre tiveram comigo nesses anos atribulados de construção e defesa desta Tese Doutoral.

Aos meus colegas, Professores da UnP-Universidade Potiguar, muitos com quem discuti as ideias que fervilhavam em minha mente sobre esta modesta obra.

Às Professoras e aos Professores do Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Sociedad Democrática, Estado y Derecho, de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, pela lição de Vida, Mundo e Cultura e, acima de tudo, pela fraternidade recebida e confraternização vivida.

A todos os meus Amigos no Brasil, do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina, do Paraná, do Rio de Janeiro, do Mato Grosso do Sul, do Mato Grosso, de São Paulo, do Distrito Federal, do Espírito Santo, de Minas Gerais, do Pará, do Amazonas, de Rondônia, do Rio Grande do Norte, da Paraíba, de Pernambuco, de Alagoas, de Sergipe, da Bahia, os de ontem, os de hoje e os de sempre, aos que por aqui já estiveram, aos que ainda estão e aos que ainda continuarão a estar, sempre, e que não ousou nominar aqui para não cometer as injustiças do esquecimento sem perda de memória, mas todos sabem quem são.

A todos os meus amigos, não brasileiros, que mesmo em diversidade cultural, sempre me apoiaram e me incentivaram a novas culturas e ao conhecimento superior. O meu reconhecimento.

Queria também registrar um agradecimento especial: a Irene Zapirain Lizarribar, nossa incansável Secretária do Programa de Doutorado em Sociedad Democrática, Estado y Derecho da Universidad del País Vasco, que com tanto carinho e paciência nos recebeu e orientou em relação às normativas universitárias, fazendo-nos singrar mares e oceanos de difícil navegação por rotas e caminhos de tranquilidade e bonança. *Muchas gracias, por ser ese faro administrativo*, Irene Zapirain.

Um agradecimento especial: Ao Meu Amigo e Professor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, meu Tutor de Tesina e Diretor de Tese Doutoral, que se dedicou, junto comigo, a boa parte desses sete anos de Curso às pesquisas e aos debates científicos acirrados para a construção de uma Dissertação de Mestrado e desta Tese de Doutoramento. A ele, Professor Javier Ezquiaga, que depois dessa convivência de mais de sete anos em constante contato, tornou-se meu Amigo Jatxi, a minha gratidão, o meu respeito pela ética de Vida, mas principalmente pela ética profissional e acadêmica, pelo conhecimento profundo que detém do Direito e da Filosofia e, acima de tudo, pela humildade pessoal e acadêmica que caracteriza o homem sábio. A ele, o meu carinho especial, a minha amizade fraterna e eterna.

Por último, mas jamais menos importante, e também especial, ao igualmente Amigo e Professor Francisco Javier Caballero Harriet, pela profecia realizada e por ter sonhado uma realidade que é sua, mas também de todos nós latino-americanos, sem o que não estaríamos aqui a apresentar este trabalho.

Gratidão eterna.

A todos vocês, na medida do significado do seu sentimento e da sua vida à
Minha Vida, o meu eterno Amor.

Carlos Newton Pinto

Natal, setembro/2014

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à memória de Meus Pais, Jussy Souza Pinto e José Carlos Moreira Pinto, minhas fontes e origens de inspiração e com quem aprendi os dois parâmetros e sentimentos mais essenciais à Vida: Amor, no âmbito das relações individuais e Ética, no âmbito das relações coletivas e sociais; e ao meu filho Bernardo Pinto, foz dos sentimentos que adquiri com Meus Pais e ao longo da Vida, e nascente e leito de meus mais inacreditáveis sonhos, feitos reais; à minha mulher, Marcia Braga, cujas persistência e força sertanejas potencializam o meu sentimento de peleia a arar, plantar e colher em terras nunca dantes lavradas em minha Vida.

C.N.

*Nem revolucionarismo a todo custo,
Nem legalidade a qualquer preço.*

(Karl Kautsky)

RESUMO

O presente trabalho, ao identificar as evidentes insuficiências e inconsistências do luspositivismo para realizar justiça e dirimir conflitos sociais no século XXI, tem por objetivo o estudo das consequências e efeitos da globalização nos sistemas de direito e a definição, parametrização objetiva de uma teoria da decisão judicial denominada de **Iusinterativismo** para a **justiça-nas-decisões**, da concretização do método do raciocínio judicial iusinterativo, e da técnica da interatividade entre tridimensionalidade cultural e tetravetorialidade natural que utilizando as Dimensões do Fato ou Fenômeno social, do Valor ético universal e da Norma vigente em interação com a tetravetorialidade natural dos vetores de *identidade*, de *tempo*, de *lugar* e de *finalidade*, tem por objetivo a formação de uma sentença que, por critérios objetivos, com um mínimo de discricionariedade, produza **justiça-na-decisão**. Nesta obra também há o objetivo de discutir a legitimação dos sistemas de direito considerando o Poder Legislativo e a legitimidade de seu Legislador Natural para produzir **justiça-na-lei** e, em consequência, afastar os produtos que levem a constantes crises e contradições sistêmicas com a legitimação do Poder Judiciário e a legitimidade do Juiz Natural para produzir **justiça-nas-decisões**.

Este trabalho também discute em visão iusinterativista as formas de integração do direito como *analogia legis* (analogia propriamente dita), *analogia iuris* (a aplicação de princípios ao direito) e seu entrelaçamento com os sistemas de direito romano-germânico e anglo-saxônico e as teorias de Herbert Lionel Adolphus Hart e Ronald Myles Dworkin, como forma de demonstrar a insuficiência do neopositivismo hartiano e do principiologismo dworkiniano para a produção **justiça-nas-decisões** e a necessidade de, diante da globalização, construir-se outro modo de pensar e conhecer o direito para produzir decisões justas. Este instituto (**justiça-nas-decisões**) é criado pelo autor para caracterizar a decisão que se utilizando da técnica da interatividade, do método do raciocínio iusinterativo –que preconiza a interação das Dimensões Culturais de Fato ou Fenômeno social, Valor ético universal e Norma vigente com Vetores Naturais de *identidade*, de *tempo*, de *lugar*, e de *finalidade*- tem por objetivo analisar todos os elementos existentes na causa, da causa, pela causa, para a causa e além da causa, em visão global e local para a produção de **justiça-na-decisão**. Consigna e comprova, o autor, também, a técnica de produção de **justiça-na-decisão** e suas interrogantes obrigatórias, a visão iusinterativa do sistema de direito, como dinâmico, autossuficiente, aberto, necessariamente incompleto e embasado em valores éticos universais, para constante e permanente atualização interna e fiscalização externa, de molde a ter como fim principal a aplicação e distribuição de **justiça-nas-decisões**, contestando a tese dworkiniana da única resposta correta e fundando a tese da obtenção de uma resposta concretamente justa para a causa e para a era da globalização, com o uso de parâmetros objetivos e a constatação da inaplicabilidade e insuficiência de aplicação, ao sistema romano-germânico de direito, das teorias de Ronald Dworkin e de Herbert L. A. Hart.

Palavras-chave: Sistemas de direito. Teoria da Decisão Judicial. Iusinterativismo. Raciocínio iusinterativo. **Justiça-na-decisão**. **Justiça-na-lei**.

RESUMEN

Este trabajo, por la identificación de las evidentes insuficiencias e inconsistencias del iuspositivismo en responder a las necesidades de realizar justicia y dirimir conflictos sociales en el siglo XXI, tiene por objetivo el estudio de las consecuencias y efectos de la globalización en los sistemas de derecho y la definición, parametrización objetiva de una teoría de la decisión judicial denominada de **iusinteractivismo para la justicia-en-las-decisiones**, de la concreción del método del razonamiento judicial iusinteractivo, y de la técnica de la interactividad entre tridimensionalidad cultural y tetravectorialidad natural que utilizando las Dimensiones del Hecho o Fenómeno social, del Valor ético universal y de la Norma vigente en interacción con la tetravectorialidad natural de los vectores de *identidad*, de *tiempo*, de *lugar* y de *finalidad*, tiene por objetivo la formación de una sentencia que, por criterios objetivos, con un mínimo de discrecionalidad, produzca **justicia-en-la-decisión**. En esta obra también ha el objetivo de debatir la legitimación de los sistemas de derecho considerando el Poder Legislativo y la legitimidad de su Legislador Natural para producir **justicia-en-la-ley** y, en consecuencia, alejar los productos legislativos que lleven a constantes crisis y contradicciones sistémicas con la legitimación del Poder Judicial y la legitimidad del Juez Natural para producir **justicia-en-las-decisiones**.

También se discute aquí, en mirada iusinteractivista, las formas de integración del derecho como *analogia legis* (analogía propiamente dicha), *analogia iuris* (la aplicación de principios al derecho) y su entrelazamiento con los sistemas de derecho romano-germánico y anglosajónico y las teorías de Herbert Lionel Adolphus Hart y Ronald Myles Dworkin, como forma de demostrar la insuficiencia del neopositivismo hartiano y del principiológico dworkiniano para la producción de **justicia-en-las-decisiones** y la necesidad de, delante la globalización, construirse otro modo de pensar y conocer el derecho para producir decisiones justas. Esta institución (**justicia-en-las-decisiones**) es creada por el autor para caracterizar la decisión que, utilizándose de la técnica de la interactividad, del método del razonamiento iusinteractivo –que propone la interacción de las Dimensiones Culturales del Hecho o Fenómeno social, del Valor ético universal y de la Norma vigente con Vectores Naturales de *identidad*, de *tiempo*, de *lugar*, y de *finalidad*- tiene por objetivo analizar todos los elementos existentes en el litigio, del litigio, por el litigio, para el litigio y para allá del litigio, en mirada global y local (o glocal) para la producción de **justicia-en-la-decisión**. Consigna y comprueba, el autor, también, la técnica de producción de **justicia-en-la-decisión** y sus interrogantes obligatorias, la mirada iusinteractiva del sistema de derecho, como dinámico, autosuficiente, abierto, necesariamente incompleto y basado en valores éticos universales, para constante y permanente actualización interna e fiscalía externa, de molde a tener como fin principal la aplicación y distribución de **justicia-en-las-decisiones**, replicando la tese dworkiniana de la única respuesta correcta y fundando la tesis de la obtención de una respuesta justa, en concreto, para el litigio y para la era de la globalización, con el uso de parámetros objetivos y la constatación de la inaplicabilidad e insuficiencia de aplicación, al sistema romano-germánico de derecho, de las teorías de Ronald Dworkin e de Herbert L. A. Hart.

Palavras-chave: Sistemas de derecho. Teoría de la Decisión Judicial. Iusinteractivismo. Razonamiento Iusinteractivo. **Justicia-en-la-decisión. Justicia-en-la-ley.**

SUMÁRIO

TABELA DE ABREVIATURAS.....	41
À GUIA DE HOMENAGEM - MIGUEL REALE: “POR INTEIRO, UM FILHO DO SÉCULO XX”; POR INTEIRO, UM JURISTA, VIDENTE E MAGO, PARA O DIREITO DO SÉCULO XXI.....	43
INTRODUÇÃO.....	53
1. A FORMAÇÃO DO DIREITO NO SÉCULO XXI E SEU VIÉS PLURAL E INTERATIVO.....	53
1.1. A título de exemplo de um determinismo cultural e histórico.....	60
1.2. Uma proposta de ultrapassagem de um determinismo jurídico para a formação de um direito plural, sistêmico e interativo	62
1.2.1. <i>O conceito de justiça-nas-decisões.....</i>	62
1.2.2. <i>A necessidade de uma nova mirada sistêmica e iusinterativa.....</i>	66
CAPÍTULO 1 - FUNDAMENTOS HISTÓRICO-FILOSÓFICOS DA NECESSIDADE DO IUSINTERATIVISMO PARA A JUSTIÇA NA SOCIEDADE EM GLOBALIZAÇÃO.....	71
1. NATUREZA E CARACTERÍSTICAS DA GLOBALIZAÇÃO.....	71
1.1. A globalização é um fato irreversível.....	71

1.2.	A globalização é contingente, gradativa e circunstancial.....	72
1.3.	A regência da globalização deve se dar por um sistema interativo de fenômenos sociais, valores éticos e normas vigentes.....	73
1.4.	Cuidados com a participação globalizante.....	74
2.	OS SISTEMAS DE DIREITO, SUAS NATUREZAS DISTINTAS, PORÉM DE INEGÁVEL INFLUÊNCIA POSITIVISTA, INSUFICIENTES À DISTRIBUIÇÃO DE JUSTIÇA.....	76
2.1.	A natureza positivista dos sistemas de direito.....	76
2.1.1.	<i>O sistema jurídico romanístico ou romano-germânico.....</i>	86
2.1.2.	<i>O sistema jurídico anglo-americano.....</i>	93
2.1.3.	<i>Outros sistemas jurídicos de importância geopolítica e estratégica.....</i>	97
2.2.	Crítica à metodologia tradicional. Por uma visão sistêmica e iusinterativa.....	104
3.	CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 1.....	106
	CAPÍTULO 2 - O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE UM NOVO PARADIGMA CIENTÍFICO PARA SUA ADEQUAÇÃO À GLOBALIZAÇÃO.....	109
1.	O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O IUSPOSITIVISMO E O IUSINTERATIVISMO.....	109

1.1. Questões acerca da adequação dos sistemas de direito à Globalização.....	114
2. A DIALÉTICA DE COMPLEMENTARIDADE DE MIGUEL REALE.....	117
2.1. A dialética da complementaridade e a sua importância para a construção do iusinterativismo na Era da Globalização.....	117
2.2. A natureza fenomenológica do iusinterativismo em complemento à dialética da complementaridade de Reale..	121
2.2.1. A Metodologia do Razoamento Iusinterativo.....	126
2.2.1.1. A natureza fenomenológica do Iusinterativismo e a ideia de (in)justiça-nas-decisões.....	133
2.2.1.2. A decisão que não resolve o conflito e o problema da Verdade para o Iusinterativismo.....	137
2.3. A consequente e necessária mudança do enfoque sistêmico do direito.....	143
3. A VERDADE SUBSTANCIAL E A SUA VETORIALIDADE NATURAL COMO ELEMENTO DE LEGITIMIDADE, VALIDADE E RELATIVIDADE À JUSTIÇA.....	149
4. AS MANIFESTAÇÕES DE TETRAVETORIALIDADE NATURAL E SUA RELEVÂNCIA PARA A VERDADE MATERIAL NO DIREITO E NO PROCESSO.....	160
4.1. A quebra de paradigma com vetores naturais pela busca da verdade material.....	160

4.2.	O sistema da <i>couraçã do rinoceronte</i>	161
4.3.	A crítica à intrínseca verdade formal da norma em Kelsen.....	166
5.	CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 2.....	175
CAPÍTULO 3 - A CONSTITUIÇÃO DO RAZOAMENTO IUSINTERATIVO COMO BASE A UMA TEORIA E MÉTODO DA DECISÃO IUSINTERATIVA PARA <i>Justiça-nas-Decisões</i>.....		
177		
1.	CRÍTICAS, MITOS, RESPOSTAS E CONSEQUÊNCIAS DO IUSINTERATIVISMO PARA O DIREITO E O PROCESSO.....	177
1.1.	As seis suposições <i>míticas</i> genéricas para o direito.....	178
1.2.	A qualidade da produção legislativa e suas imperfeições...	181
1.3.	Argumentos contrários ao iusinterativismo.....	183
1.3.1.	<i>Primeiro argumento: No iuspositivismo ou normativismo a hermenêutica e a interpretação do direito já realizam a justiça-nas-decisões</i>	183
1.3.2.	<i>Segundo argumento: O iusinterativismo concede um imenso grau de subjetivismo à discricionariedade judicial</i>	185
1.3.3.	<i>Terceiro argumento: A falácia do argumento da Ditadura de Toga</i>	186
1.3.4.	<i>Quarto argumento: A falácia de que o iusinterativismo é um truísmo ou uma teratologia</i>	188

1.3.4.1. <i>Existência de norma aplicável insuficiente ao fenômeno social a ser regido.....</i>	190
1.3.4.2. <i>Inexistência de norma que venha reger o fenômeno social em questão.....</i>	191
1.3.4.3. <i>Aplicação de valores éticos universais ainda na inexistência de fenômenos sociais ou normas, ou na existência de normas ou fenômenos sociais injustos.....</i>	192
2. OS VETORES NATURAIS, SEU SIGNIFICADO E APLICAÇÃO INDISPENSÁVEL AO IUSINTERATIVISMO PARA <i>justiça-nas-decisões</i>.....	194
2.1. Entendendo os Vetores Naturais.....	195
2.1.1. <i>Do requisito indispensável de interatividade entre vetores e dimensões como dinâmica do método do Razoamento lusinterativo.....</i>	199
2.2. As manifestações geodésicas e ônticas dos Vetores Naturais.....	202
3. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 3.....	207
CAPÍTULO 4 - O IUSINTERATIVISMO REAL E DINÂMICO.....	209
1. TRIDIMENSIONALISMO ESTÁTICO E POSITIVISTA.....	209
2. O TRIDIMENSIONALISMO DINÂMICO E O IUSINTERATIVISMO: ESTUDO DE CASOS E FIXAÇÃO DE FUNDAMENTOS TEÓRICOS E	

PRÁTICOS DO RAZOAMENTO IUSINTERATIVO PARA UMA TEORÍA DA DECISÃO JUDICIAL IUSINTERATIVA PARA <i>justiça-nas-decisões</i>	211
---	-----

2.1. Primeiro Caso: O Caso do Tribunal de Navarra, Espanha, acerca da determinação judicial de cancelamento da hipoteca e devolução do imóvel ao Banco por impossibilidade de cumprimento contratual diante da modificação das condições sócio-econômicas contratuais ajustadas.....	211
---	------------

2.2. Segundo Caso: O Caso do Reconhecimento Jurídico da União Estável Homoafetiva no Brasil e do Matrimônio Homofaetivo em Espanha: um estudo comparado e iusinterativo.....	227
---	------------

<i>2.2.1. O objetivo da cidadania homoafetiva.....</i>	227
---	------------

<i>2.2.2. Há um direito fundamental ou um direito humano à opção sexual no direito positivo brasileiro?.....</i>	230
---	------------

<i>2.2.3. Seria possível superar o estorvo iuspositivista que não expressa positivamente a união estável homoafetiva como um direito civil, nem como um direito fundamental e tampouco como um direito humano, no ordenamento jurídico brasileiro?.....</i>	234
--	------------

<i>2.2.4. A posição argumentativa do STF ante o pleito judicial apresentado: um argumento positivista e um argumento iusinterativo na solução da ADI 4277-DF e da ADPF 132-RJ.....</i>	236
---	------------

<i>2.2.4.1. Breve Digressão sobre a interatividade entre dimensões culturais e vetores naturais para um caso concreto.....</i>	240
---	------------

2.2.5. Aplicação prática do método iusinterativo ao caso concreto da ADI 4277-DF.....	243
2.2.5.1. Cenário Prospectivo.....	245
2.2.5.1.1. Aplicabilidade de Dimensões Culturais.....	245
2.2.5.1.2. Aplicabilidade de Vetores Naturais.....	248
2.2.5.1.3. O iusinterativismo dinâmico didaticamente explicado.....	248
2.3. Terceiro Caso: O iusinterativismo, sua relação com o Direito Intercultural e a hipótese concreta do direito penal intercultural.....	253
2.3.1. Definição e conceito.....	253
2.3.2. Bases e pressupostos universais (elementos substanciais de identificação de vetores e dimensões) para a construção de um direito (penal?) intercultural.....	255
2.3.2.1. Quanto à aplicabilidade do iusinterativismo em virtude das diferenças culturais na afirmação da Identidade Cultural.....	257
2.3.2.2. Da necessidade de coerência intrínseca do Valor	

ético universal Magno 'Preservação da Vida e da Humanidade' em relação aos demais valores consequentes.....264

2.3.3. Os Valores Éticos Universais descendentes do Valor Ético Universal Magno de 'Preservação da Vida e da Humanidade'.....267

3. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 4.....269

CAPÍTULO 5 - NEOCONSTITUCIONALISMO E SUPRACONSTITUCIONALISMO: A ESTRUTURA DO IUSINTERATIVISMO, SUAS RELAÇÕES INTERATIVO-FUNCIONAIS. MEIOS LÓGICOS PARA O IUSINTERATIVISMO. FINALIDADES ÉTICAS.....273

1. AS CONTRADIÇÕES INTERNAS DO SISTEMA IUSPOSITIVISTA E AS SOLUÇÕES VIABILIZADORAS DO IUSINTERATIVISMO.....273

1.1. Os Vetores, sua natureza invariante, e sua função no iusinterativismo.....287

1.2. As Relações Funcionais Iusinterativas.....289

1.2.1.As combinações vetoriais matriciais aplicáveis às dimensões culturais condicionantes do razoamento iusinterativo.....289

2. DA RAZÃO, ENQUANTO MÉTODO ARGUMENTATIVO, COMO ELEMENTO INSUFICIENTE PARA JUSTIFICAR A *justiça-na-decisão*.....296

2.1. Os Juízos de Inferência como espécies de juízos de valor e a sua necessidade de prática, em interação simultânea, de todos os seus tipos, para formulação de <i>justiça-na-decisão</i>	299
2.1.1. Do pensamento conjetural de Miguel Reale.....	300
2.1.2. Do juízo intuicional em Edmund Husserl.....	301
2.1.3. Do juízo conceitual de Aleksander Peczenik.....	302
2.1.4. Do juízo de probabilidade e do juízo de verossimilhança de Karl Popper.....	304
2.1.5. Do pensamento problemático de Immanuel Kant.....	305
2.1.6. Do juízo de imputação de Kelsen e o lusinterativismo.....	306
3. O MODO DE JULGAR IUSINTERATIVISTA.....	307
3.1. O lusinterativismo e a implicação de valores na teoria normativista de Kelsen.....	312
4. AS SETE QUESTÕES CRÍTICAS E SUAS RESPOSTAS INTERATIVAS PARA AVANÇO DO SISTEMA DE DIREITO EM <i>justiça-nas-decisões</i>	315
4.1. Pode o discurso racional existir sem a utilização de valores éticos?.....	315
4.2. Para a existência do discurso jurídico, basta-lhe a ocorrência da lei, da dogmática, do precedente e da jurisprudência ou se lhe requer a incidência de valores, dentro, além e afora das normas?.....	316

4.3. Poder-se-ia realmente desconectar na produção dos discursos jurídicos as questões empírico-sociológica, analítico-axiológica e dogmático-normativa?.....	316
4.4. Quando o juiz dita uma sentença baseado em uma realidade, produzindo-a com uma lógica de argumentos fundados em critérios de razoabilidade, pode-se afirmar haver sido prolatada uma decisão justa?.....	317
4.5 Uma decisão judicial sustentada na lei (subsunção do FATO á NORMA mediante o juízo de imputação) se apresenta necessariamente justa?.....	318
4.6. Pode-se afirmar que as normas técnicas ou a fundamentação técnica para um discurso racional só chegam ao justo ou ao verdadeiro quando fundamentam, em sua essência, valores ou fins determinados segundo valores?.....	319
4.7. Pode-se afirmar que os conceitos de JUSTO ou de VERDADEIRO podem ser obtidos por teorias criteriológicas ou fenomenológicas, definidoras de suas essências, tornando-se passíveis de concretude e materialidade?.....	319
5. FINALIDADES ÉTICAS. <i>NEMINEM LAEDERE</i> (A NINGUÉM LESAR).....	320
6. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 5.....	321

CAPÍTULO 6 - A RELAÇÃO ESTRUTURAL ENTRE O ESTADO CONTEMPORÂNEO (O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO OU SOCIAL DE DIREITO OU O ESTADO-CIDADÃO), A BOA GOVERNANÇA, O PODER JUDICIÁRIO CONTEMPORÂNEO, A FLEXIBILIDADE PROCEDIMENTAL, A ARBITRAGEM E O RAZOAMENTO JUDICIAL INTERATIVO NO

PROCESSO.....	325
1. AS TRÊS QUESTÕES CRUCIAIS PARA O ESTADO E A SOCIEDADE.....	325
1.1. Sobre a natureza e a estrutura do Estado.....	325
1.2. Sobre a natureza e a estrutura da democracia no Estado.....	326
1.2.1. <i>As qualificações e espécies de democracia</i>.....	328
1.3. Sobre a natureza democrática do Poder Judiciário e sua relação com a formação das decisões.....	330
1.4. A falência da democracia representativa no Estado contemporâneo como consequência e os efeitos aziagos ao Poder Judiciário.....	333
2. CARACTERÍSTICAS E PRESSUPOSTOS DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA CONSTRUÍDA NO SÉCULO XX E SUAS CONTRADIÇÕES SISTÊMICAS.....	334
2.1. Os Pressupostos de Legitimação da democracia representativa contemporânea.....	334
2.2. As sete inafastáveis contradições sistêmicas da democracia representativa contemporânea.....	336
2.2.1. <i>Do problema da fidelidade partidária para a regularidade ética do sistema</i>.....	338

2.3.O Legislador Natural: a legitimidade constitucional e ética do membro do Poder Legislativo.....	343
2.3.1. Os Sete Pressupostos de Legitimidade constitucional e ética do Legislador Natural.....	343
2.3.2. O argumento de autoridade se aplica ao Legislador Natural para a constituição de justiça-na-lei?.....	345
2.4. A natureza e a diferença entre a legitimidade do parlamentar e a legitimidade do magistrado.....	347
2.5. As contradições existentes entre os sistemas legislativo e judiciário causadas pelo sistema politico-eleitoral, pela gênese do produto legislativo e as consequências no exercício da judicatura.....	349
2.5.1. Indagações e Críticas à realidade dos sistemas de poder montesquieuanos.....	349
2.5.2. Sistemas e ambientes atingidos por mudanças em virtude da modernidade tecnológica.....	355
2.5.3. As contradições (intrassistêmicas) inerentes ao sistema de elaboração e criação de normas (Poder Legislativo).....	357

2.5.4. As contradições (intrassistêmicas) inerentes ao sistema de validação e aplicação de normas, fatos e valores (Poder Judiciário).....	362
3. INADEQUAÇÃO E CONTRADIÇÕES INTRÍNSECAS ENTRE OS SISTEMAS (INTER-SISTÊMICAS) COMO CAUSA DE RESULTADOS SOCIAIS INJUSTOS E EQUIVOCADOS EM CONFLITOS DE INTERESSES COLETIVOS E PRIVADOS E A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DE INDICADORES DE GOVERNANÇA MUNDIAL.....	364
3.1. A pluralidade legislativa criadora assintomática e o descompasso entre os Poderes jurídicos da República (Legislativo e Judiciário) criando uma sociedade <i>parcialmente</i> democrática ou <i>não-democrática</i>.....	365
3.2. A importância dos Indicadores de Governança Mundial para a verificação das contradições sistêmicas em um País.....	370
3.3. Os Indicadores de Governança Mundial, sua aplicabilidade ao Brasil e a necessidade do lusinterativismo para aplicação de <i>justiça-nas-decisões</i>.....	373
3.4. O Conceito de Democracia Interativa ou Compartilhada e a Indicação de <u>Treze Ações Efetivas em direção à Boa Governança</u> (The Interactive or Shared Democracy Concept and The Thirteen Effective Actions towards Worldwide Good Governance Indicators).....	379

3.4.1. As Treze Ações Efetivas à Boa Governança Mundial e à Democracia Compartilhada e Interativa.....	381
4. O CONTEÚDO NECESSARIAMENTE AXIOLÓGICO DOS PRINCÍPIOS OU HONESTE VIVERE (VIVER DE MODO HONESTO).....	384
4.1. Breve digressão sobre o conteúdo axiológico da Norma Hipotética Fundamental de Kelsen e da Norma de reconhecimento de Hart para uma configuração constitucional de valores e princípios.....	386
4.2. O conteúdo axiológico dos princípios para a formação de um ordenamento jurídico de natureza iusinterativa.....	389
5. A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E A ARBITRAGEM JUDICIAL COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVIDADE DE <i>justiça-na-decisão</i> E CELERIDADE NA SOLUÇÃO DO LITÍGIO.....	394
5.1. A Flexibilidade Procedimental, em conjunto com o Razoamento Iusinterativo, para <i>justiça-nas-decisões</i>, como elemento de exercício de celeridade e aplicação de justiça pelo Poder Judiciário.....	394
5.2. A arbitragem judicial por transfiguração do processo jurisdicional em arbitral.....	396
6. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 6.....	399
CAPÍTULO 7 - O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E O RAZOAMENTO JUDICIAL IUSINTERATIVO COMO ELEMENTOS DE COMPREENSÃO, DE CELERIDADE E DE <i>Justiça-na-Decisão</i> DAS DEMANDAS.....	405
1. O SURGIMENTO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO (PJ-E): PRINCÍPIOS FORMATIVOS E PRINCÍPIOS GERAIS	

PECULIARES.....	405
1.1. A natureza do Processo Judicial eletrônico.....	406
1.1.1. As características do Processo Judicial eletrônico (PJ-e) quanto a identidade e finalidade.....	407
1.1.2. As características do Processo Judicial eletrônico quanto ao tempo e ao lugar.....	409
2.PRINCIPIOS FORMATIVOS DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO (PJ-e).....	410
2.1. Princípio Formativo do Encriptamento ou Criptografia de Dados.....	411
2.2. Princípio Formativo da Participação.....	412
2.3. Princípio Formativo da Multidirecionalidade.....	412
2.4. Princípio Formativo da Permutabilidade.....	414
2.5. Princípio Formativo da Instantaneidade ou do Tempo Real.....	414

2.6. Princípios Gerais Peculiares ao Processo Judicial eletrônico (Princípios exclusivos ao PJ-e).....	415
2.6.1. Princípio da Máxima Automação.....	pág.416
2.6.2. Princípio da Imaginalização Mínima ou Datificação Pertinente.....	416
2.6.3. Princípio da Extraoperabilidade.....	417
2.6.4. Princípio da Prioridade à Função Judicante.....	421
2.6.5. Princípio da Universalidade.....	422
2.6.6. Princípio da Ubiquidade Judiciária.....	423
2.6.7. Princípio da Uniformidade ou Formalidade Automatizada.....	423
2.6.8. Princípio da Obtenção da Prova Moralmente Legítima.....	424
2.6.9. Princípio da Celeridade e Razoável Duração do Processo Eletrônico.....	425
2.6.10. Princípio da Obrigatoriedade de Observância.....	426
2.6.11. Princípio da Garantia de Sigilo e do Encriptamento.....	427

2.6.12.	<i>Princípio do Razoamento Judicial Interativo...</i>	428
2.6.13.	<i>Princípio da Transparência de Dados.....</i>	430
3.	CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 7.....	431
CAPÍTULO 8 - A IMPORTÂNCIA DO IUSINTERATIVISMO PARA A		
COMPLETITUDE E AS LACUNAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....		
1.	IUSPOSITIVISMO, A HISTÓRIA DE UM SISTEMA DE JUSTIFICAÇÃO DE INTERESSES, IDEOLOGIA JURÍDICA, CONTROLE SOCIAL E DOMINAÇÃO.....	433
2.	A CONCEITUAÇÃO E A CARACTERIZAÇÃO DE LACUNA PARA O IUSINTERATIVISMO E O IUSPOSITIVISMO E SEUS EMPECILHOS.....	435
2.1.	O primeiro empecilho: a semelhança de razões não estabelece justa disposição jurídica.....	436
2.2.	O segundo empecilho: a limitação hermenêutica pelo texto normativo.....	437
3.	A OBJEÇÃO AO MÉTODO ANALÓGICO E O EXEMPLO CONCRETO DA RELEVÂNCIA DOS VALORES PARA O IUSINTERATIVISMO.....	438
4.	A VISÃO DO IUSINTERATIVISMO: A ABERTURA, A INCOMPLETITUDE, A REGULARIDADE E A FISCALIZAÇÃO DE UM	

SISTEMA DE DIREITO DINÂMICO E APLICADOR DE JUSTIÇA <i>in concreto</i>	442
4.1. Os seis princípios do sistema de direito interativo (Sistema iusinterativo).....	445
5. A CARACTERIZAÇÃO DA LACUNA APARENTE E PROVISÓRIA PARA O IUSINTERATIVISMO.....	446
6. A NECESSIDADE DE INTERAÇÃO AXIOLÓGICA E PRINCIPIOLÓGICA PARA A VALIDEZ, A COMPATIBILIDADE E A COERÊNCIA NO SISTEMA DE DIREITO. O IUSINTERATIVISMO LEGAL E JUDICIAL.....	448
7. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 8.....	450
CAPÍTULO 9 - A APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS COMO REGRA INTERPRETATIVA NO IUSINTERATIVISMO.....	453
1. INTRODUÇÃO.....	453
2. DIFERENÇA ENTRE VALORES E INTERESSES. A COMPOSIÇÃO DO INTERESSE COMO JUSTIFICATIVA DE UTILIZAÇÃO DE VALORES.....	455
2.1. Necessidade.....	456
2.2. Adequação.....	457

2.3. Utilidade.....	457
2.4. A caracterização do Interesse e a preexistência do Valor como seu fundamento.....	459
3. A CONSOLIDAÇÃO DOS VALORES COMO UM DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS DE CRIAÇÃO DE UM SISTEMA DE DIREITO (A BASE DO <i>IUSINTERATIVISMO</i> ENQUANTO SISTEMA DE VALORES ÉTICOS UNIVERSAIS, FATOS OU FENÔMENOS SOCIAIS, PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICOS VIGENTES E ACEITOS).....	460
4. O IUSNATURALISMO FENOMENOLÓGICO OU IUSINTERATIVISMO E OS FENÔMENOS ILÍCITO, ANTIÉTICO, AÉTICO, IMORAL E AMORAL.....	461
4.1. Sobre a Ética – Definição.....	462
4.2. Sobre a Moral – Definição.....	462
4.3. Sobre a Moralidade – Definição.....	463
4.4. O Ilícito.....	463
4.5. O antiético.....	464
4.6. O aético.....	464

4.7.	O imoral.....	464
4.8.	O amoral.....	465
5.	A METODOLOGIA <i>lusinterativa</i> E A APLICAÇÃO DE VALORES E PRINCÍPIOS AO QUE CHAMO DE SISTEMA <i>lusinterativo</i> PARA A CONFIGURAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL <i>lusinterativa</i>	466
5.1.	Os vícios do sistema iuspositivista na interpretação por princípios.....	467
5.1.1.	<i>A dificuldade ao juiz, de natureza cultural, causada pelo sistema iuspositivista de direito, da eficácia em se avançar na busca de justiça-nas-decisões para o caso concreto.....</i>	471
5.1.2.	<i>A ausência de facilidades, ao juiz, para a identificação de valores éticos, princípios e fenômenos sociais em relação à norma vigente, para a implementação estruturante do processo.....</i>	473
5.2.	A possibilidade concreta de realização de <i>justiça-nas-decisões</i> pela aplicação do iusinterativismo.....	475
5.2.1.	<i>As Indagações Judiciais para formação da sentença em uso do Razoamento Judicial lusinterativo para a</i>	

	efetividade de justiça-nas decisões.....	480
5.2.1.1	<i>As Sete Indagações Judiciais Interativas Formativas de justiça-nas-decisões.....</i>	481
5.2.2.	A Formação do Raciocínio ou Razoamento lusinterativo.....	483
5.2.3.	Da aplicação de princípios na decisão judicial que põe fim ao processo sem resolver o conflito de interesses. Estudo de princípios e exemplo prático.....	486
5.2.4.	A essência, no lusinterativismo, da justiça-nas- decisões ao caso concreto.....	487
5.	CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 9.....	489
	CAPÍTULO 10 - O PÓS-IUSPOSITIVISMO DE HART E O PRINCIPIOLOGISMO DE DWORKIN: AS INSUFICIÊNCIAS PARA UM SISTEMA DE DIREITO JUSTO E GLOBAL E OS EXEMPLOS CONCRETOS DE IUSINTERATIVISMO.....	493
	1.INTRODUÇÃO.....	493
	2. O DEBATE HART-DWORKIN, A INSUFICIÊNCIA DE SUAS TEORIAS PARA PRODUZIR <i>Justiça-nas-Decisões</i> E A IMPORTÂNCIA DO	

IUSINTERATIVISMO PARA A CONTEMPORANEIDADE DOS SISTEMAS DE DIREITO.....	496
2.1. Uma visão sobre as teorias de Dworkin e Hart e a notória insuficiência de regência dos actuais sistemas de direito.....	497
2.2. As insatisfatórias justificativas estruturais do iuspositivismo para permanência e manutenção de suas insuficiências estruturais ao sistema de direito.....	502
2.2.1. <i>A justificativa da segurança jurídica</i>	502
2.2.2. <i>A justificativa ideológica</i>	505
3. A ATUALIDADE DOS SISTEMAS DE DIREITO PRECONIZADOS POR HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART E RONALD MYLLES DWORKIN E A SUA INSUFICIÊNCIA PARA A REALIDADE DO SÉCULO XXI....	509
3.1. A visão iusinterativa para a Globalização quanto à necessidade da norma de reconhecimento e das normas primárias e secundárias e as diferenças entre as regras primárias e secundárias de Hart.....	511
3.1.1. <i>Três críticas à teoria de Hart: crescimento econômico, nível de sociabilidade, eticidade material do processo</i>	512

3.1.1.1.	<i>O primeiro equívoco de Hart: a legitimidade da norma não se dá por sociedades mais desenvolvidas.....</i>	512
3.1.1.2.	<i>O segundo equívoco de Hart: a separação entre direito e moral para fixação de sua regra de reconhecimento (recognition rule).....</i>	516
3.1.1.3.	<i>O terceiro equívoco de Hart: a eticidade natural do processo.....</i>	522
3.1.1.3.1.	<i>Quanto às normas de modificação.....</i>	524
3.1.1.3.2.	<i>Quanto às normas de julgamento.....</i>	526
3.2.	O problema do principiologismo de Dworkin e o posicionamento do lusinterativismo para a <i>justiça-nas-decisões</i>.....	528
3.2.1.	<i>Discricionariedade Judicial: Casos Novos e Casos Repetitivos; e não “Casos Fáceis ou Claros” ou “Casos Difíceis ou de Penumbra”.....</i>	533
3.2.2.	<i>Primeira crítica de Dworkin a Hart e seu primeiro equívoco: “O Direito é um sistema de regras, mas também de princípios”; ao lusinterativismo o Direito “é a experiência humana obtida em um sistema interativo de regras, princípios e valores éticos segundo fenômenos sociais em tetravetorialidade natural”.....</i>	538

3.2.3. <i>A segunda crítica de Dworkin a Hart e seu segundo equívoco: a ideia de uma única resposta correta.....</i>	542
4. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 10.....	549
CAPÍTULO 11 - O SISTEMA IUSINTERATIVO: <i>THEORESIS</i> E <i>PRAXIS</i> IUSINTERATIVAS PARA <i>Justiça-nas-Decisões</i>.....	555
1. O MÉTODO DO IUSINTERATIVISMO E SUA <i>THEORESIS</i>	555
2. O RAZOAMENTO IUSINTERATIVO E SUA <i>PRAXIS</i>	557
2.1. As Dezesesseis Combinações Vetoriais Matriciais Aplicáveis aos Fenômenos Sociais (F), aos Valores Éticos Universais (V) e às Normas Vigentes (N).....	557
2.2. A Discricionariade Judicial por meio dos Juízos de Inferências parametrizados e objetivos.....	559
2.2.1. <i>Do Pensamento Conjetural (Reale).....</i>	560
2.2.2. <i>Do Juízo Intuicional (Husserl).....</i>	560
2.2.3. <i>Do Juízo Conceitual ou Coerente (Peczenic).....</i>	560
2.2.4. <i>Do Juízo de Verossimilhança e do Juízo de Probabilidade (Popper).....</i>	561
2.2.5. <i>Do Juízo Problemático (Kant).....</i>	561

2.2.6. <i>Do Juízo de Imputação (Kelsen)</i>	562
2.3. As Sete Indagações Judiciais Interativas Formativas de <i>justiça-nas-decisões</i>	562
3. A <i>justiça-nas-decisões</i> COMO RESULTADO EFETIVO DA <i>THEORESIS</i> E DA <i>PRAXIS</i> NO RAZOAMENTO IUSINTERATIVO	564
4. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 11	565
CONCLUSÕES GERAIS	567
BIBLIOGRAFIA	583

TABELA DE ABREVIATURAS

- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade.
- ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.
- ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade.
- AP – Ação Penal.
- AMATRA – Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho.
- CCB – Código Civil Brasileiro.
- CF ou CF/88 - Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988.
- CJF – Conselho da Justiça Federal.
- CM - Conselhos de Magistratura Estaduais (inerente a cada Estado-Membro da República Federativa do Brasil)
- CNJ – Conselho Nacional de Justiça.
- CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público.
- CP – Código Penal brasileiro.
- CPC – Código de Processo Civil brasileiro.
- CSJT – Conselho Superior da Justiça do Trabalho
- DF – Distrito Federal.
- LC – Lei Complementar.
- MA - Estado do Maranhão da República Federativa do Brasil.
- MG – Estado de Minas Gerais da República Federativa do Brasil.
- OEA - Organização dos Estados Americanos.
- ONU – Organização das Nações Unidas.
- PEC – Proposta de Emenda Constitucional.
- PI - Estado do Piauí da República Federativa do Brasil.
- PJ-e – Processo Judicial *eletrônico*.
- PJ-e/JT – Processo Judicial *eletrônico* da Justiça do Trabalho
- PT – Partido do Trabalhadores
- PT do B – Partido Trabalhista do Brasil
- RO – Estado de Rondônia da República Federativa do Brasil.
- STF – Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil.
- TCU – Tribunal de Contas da União.
- TSE – Tribunal Superior Eleitoral da República Federativa do Brasil.

À Guisa de Homenagem

**Miguel Reale: “por inteiro, um filho do século XX”;
por inteiro, um jurista, vidente e mago para o direito do século XXI.**

Miguel Reale¹ nasceu na cidade de São Bento do Sapucaí, Estado de São Paulo, no início do século XX, dia 06 de novembro de 1910, de pai italiano, o médico Braz Giordano Reale e mãe brasileira, Dona Felicidade Vieira da Rosa Góes Chiaradia Reale. Veio a falecer no século XXI, em 14 de abril de 2006, não sem antes tornar-se um dos maiores iusfilósofos brasileiros e do mundo ocidental do século XX e da atualidade, tendo formulado a **Teoria Tridimensional do Direito**, por meio da qual constrói a concepção de que o direito não pode ser explicado, nem entendido e muito menos aplicado, sem que tenhamos de considerar **três dimensões culturais** relativas aos **valores éticos**, aos **fatos ou fenômenos sociais** na sua amplitude e significado, bem como, às **normas vigentes escritas e/ou explicitadas**.

Em seu livro **Filosofia do Direito**, cuja primeira edição data de 1953, apresenta sua obra maior e mais completa, analisando, de maneira profunda, todas as manifestações e correntes teórico-filosóficas do direito, mas foi antes, em 1940, com o lançamento de sua tese **Fundamentos do Direito** que estabelece as bases iniciais da doutrina tridimensionalista do direito em que se afasta do iuspositivismo puro e anacrônico, por admitir a influência dos fatos sociais (sociologia) e dos valores éticos (axiologia) como elementos conformadores, formadores e atualizadores da norma e do direito (dogmática), como igualmente se distancia do iusnaturalismo absoluto e abstrato, ao entender e afirmar que o direito tem uma *natureza fenomenológica* tal, que não realiza mera subsunção de um comando normativo a valores éticos e a fatos sociais absolutos e abstratos, ambos, mas sim, é experiência jurídica dinâmica enquanto resultado e de conformidade com a atuação conjunta e concretamente integrada dessas três dimensões na realidade social.

Em 1968, lança definitivamente o texto completo e integral de sua obra **Teoria Tridimensional do Direito**², pela qual registra -e se pode observar com

¹ A biografia de **MIGUEL REALE** pode ser acessada em <http://www.monografias.com/trabajos44/miguel-reale/miguel-reale.shtml> e <http://www.miguelreale.com.br/biblio.htm>

² Na atualidade, o texto referente à *Teoria Tridimensional do Direito* é o *Título X*, incorporado à obra-prima de **MIGUEL REALE**, o livro **Filosofia do Direito**, Ed. Saraiva, 20ª edição, São Paulo, 2002, 2ª

concretidade- não se tratar da formulação de uma teoria eclética, mas sim uma concepção originalíssima, pois destaca, como esteio do conhecimento jurídico, setores relevantes do saber filosófico como a **Axiologia**, a **Sociologia Jurídica** e a **Dogmática Jurídica**, unindo-os pelo método de apreensão do conhecimento do ser, a **ontognoseologia**, no sentido fenomenológico de Husserl, também explicitado por Heidegger e Gadamer em outras vertentes, que ora utilizamos em nosso trabalho para a aplicação no direito, conformando-o enquanto experiência social e jurídica integrada e interativa.

Reale não se caracterizou apenas por ser um jurista. Era um homem de natureza versátil, jurista, poeta, escritor, cronista, um estudioso, um verdadeiro intelectual na acepção da palavra, um pensador, não apenas de seu tempo, mas para os tempos futuros. Ao mesmo tempo em que, disciplinado, de um rigor conceitual e metodológico ímpar, um verdadeiro cientista do direito, possui –e assim o trato no presente porque ainda está entre nós na presença de seu espírito e de sua alma em seus livros e suas lições- a antevisão, vidência mesmo, da modernidade, do futuro, do incremento de uma visão que proporciona a todos os povos a oportunidade de um sistema de direito verdadeiramente **justo**, afastado das injustiças do positivismo puro e formalista e fundamentadamente construído sob valores éticos e espirituais de sentidos e características universais e demonstração inequívoca de sua possibilidade de concretidade.

Um ser humano que jamais se pôs alheio ao seu próprio tempo, ao seu século e aos séculos futuros. Um ser com a preocupação de construir ideias para a melhor destinação do mundo. Teve voos políticos, mas sempre no intuito idealista de construção de um mundo melhor. Reconheceu -como ele mesmo declarou em entrevista televisiva e em textos e artigos cotidianos-³ que a política, por ser a arte da negociação, era amplamente mutável e não poderia oferecer segurança ao cidadão tal qual o direito poderia fazê-lo.⁴

tiragem, 749 páginas.

³ Vide seus artigos publicados no site www.miguelreale.com.br que também são referências textuais e científicas para diversos posicionamentos, por mim adotados, fundados na Teoria da Tridimensionalidade do Direito.

⁴ Vide no site www.miguelreale.com.br o artigo “A Classe Política” em que Reale aponta dificuldades do exercício da carreira política e como soluções novas formas de organização e expressão democráticas do sistema político, como, por exemplo, a participação dos meios de comunicação na educação política do povo e o direito de o eleitorado ter ciência efetiva e periódica da atuação de seus representantes no

Poderia ter se colocado como um jurista conservador, daqueles que se conformam com a finalidade da norma escrita, com a forma de controle social exercida pelo sistema jurídico e que trabalhe o seu –do sistema- intuito de organização e controle. No entanto, superou essa característica comum a seu tempo, foi mais além do que isso, além dessa condição, buscando, também, regalar aos sistemas jurídicos uma teoria que lhes forneceria, não a completitude intrínseca ou interna de um sistema coerente ou cerrado por sua estrutura hierárquica ou de organização formal, mas a completitude do envolvimento e conglobamento de todos os componentes vitais ao desenvolvimento da sociedade e à formação ou aprimoramento de uma Nação ou Estado e para a configuração de uma visão integral do direito e do novo conceito de **justiça-nas-decisões** que mais adiante será desenvolvido no teor deste trabalho.

Em todas as suas ideias se encontra a busca pela justiça, a menção aos valores éticos e espirituais e aos fenômenos sociais como expressões da verdade da norma e como um dos lados do prisma que congloba a unidade e a diversidade da Vida⁵.

Um apaixonado pelo Direito, Reale, utilizando conceitos, ideias e teorias, dentre outros, de Del Vecchio, Nicolai Hartmann, Emil Lask e Edmund Husserl

Poder Legislativo, tal e qual sugerimos, mais adiante, neste trabalho, para a criação e realização de Audiências Públicas Obrigatórias de Prestação de Contas de Atuação Legislativa pelos parlamentares eleitos, conforme Capítulo 6, itens 2.3., nº 6., e 3.4. e 3.4.1., nº 6, deste trabalho.

⁵ **MIGUEL REALE** era um homem católico e como tal acreditava na Bíblia e nos seus ensinamentos. Isto não lhe retirava a o rigor metodológico imparcial na apreciação dos fatos e tampouco a visão intelectual própria ao distanciamento científico. Tanto quanto Reale, temos consciência de que conceitos teológicos para o que se pretende cientificamente demonstrar, nesta obra que ora escrevo, restam muito pouco aplicáveis, mas é importante frisar que a utilização de conceitos emitidos por São Paulo –o Apóstolo Paulo-, ainda que com nítido sentido teológico-evangelizador guardam um profundo significado filosófico e apontam para o prenúncio de uma postura científica, exarado há milênios em direção a um intuito distinto –revelador e direcionador de fé- ao trazer, em Epístola aos Coríntios, capítulo 12, versículos 4-12, as seguintes considerações sobre a **Unidade na Diversidade**, a saber: “*Há, pois diversidade de graças, mas um mesmo é o Espírito; e os mistérios são diversos, mas um mesmo é o Senhor; e as operações são diversas, mas o mesmo Deus é o que opera tudo em todos. A cada um, porém, é dada a manifestação do Espírito para utilidade. Assim, a um é dada, pelo Espírito a linguagem da sabedoria ; a outro, porém a linguagem da ciência, segundo o mesmo Espírito; a outro, a fé, pelo mesmo Espírito; a outro, o dom das curas, pelo mesmo Espírito; a outro, o dom de operar milagres; a outro, a profecia; a outro o discernimento dos espíritos; a outro, a variedade de línguas; a outro, a interpretação das palavras. Mas todas estas coisas as opera um só e o mesmo Espírito, repartindo a cada um como quer.(...)*”. Em um paralelo científico e paradigmático, para este caso, seria evidente a diversidade nas características de aplicações relativas e concretas do Espírito e a sua unidade na universalidade de sua permanência, tal e qual sustentamos que ocorra com as dimensões culturais e os vetores naturais.

formulou a sua própria, fazendo crescer e se desenvolver o direito e sua concepção material, em abstração e concretude, em importância do justo ao apontar que as relações sociais que desembocam na necessidade de controle pelo direito, com a finalidade de constituírem uma veracidade de sua atuação e aplicação, precisam sempre de uma *reflexão fenomenológica* a qual, como dizia Husserl, por uma *intencionalidade da consciência* vindo a culminar, por **primeira implicação**, em uma lógica essencial entre *sujeito* de análise e *objeto* de análise –cujo *objeto* também pode ser *outro sujeito*, no dizer kantiano-fazendo, como o afirmava Heidegger, “*o Mundo mundar = Die Welt, weltet*”, sendo impossível considerar-se essa inexistência de inter-referência entre ambos *sujeito e objeto*; e por uma **segunda implicação**, a se expressar em uma polaridade entre sujeitos e objetos que desenvolve uma tensão dialética – na verdade, em meu entender, uma tensão **iusinterativa**- com evidente natureza também complementar entre seus elementos e componentes.⁶

Dessa fundamentação e consciência científica que sustentam a *reflexão fenomenológica* como início de um raciocínio científico, Reale traz a lume que o aperfeiçoamento dessa reflexão se passa por uma evolução da *experiência histórico-cultural* promovida a uma *reflexão histórico-axiológica* em que exsurge uma teoria que sustenta a **correlação da implicação, com polaridade e complementaridade entre sujeito e objeto**, que segundo ele mesmo, “*encontra correspondência, no plano prático, entre valor e realidade, aquele termo jamais se exaurindo neste, ambos pressupondo-se reciprocamente distintos, embora complementares*”. Com base nessa sua própria assertiva, Reale conclui que a “*dialética de complementaridade governa o mundo da cultura, como theoresis e como praxis*”⁷.

E, enquanto manifestação teórica, a dialética da complementaridade se expressa na principal acepção e consequência lógica de que a existência de

⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, Ed. Saraiva, 20ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, 2002, Capítulo XXVI, *O Direito e a Investigação Histórico-Axiológica*, página 365.

⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, *op. cit.*, pág. 369, e 371, afirmando em nota nessa página 371, que “Embora desenvolvendo essa ordem de ideias, CARLOS COSSIO chega a conclusão análoga, escrevendo que “*o método adequado para conhecer um objeto cultural é um método empírico-dialético, pois este é o que se constitui sobre o ato gnoseológico da compreensão. A dialética em geral é a síntese realizada pelo espírito enquanto atividade espontânea e própria de uma tese e uma heterotese em função de uma mútua implicação totalizadora, pois não é necessária que seja uma antítese como o julgou HEGEL, sendo a antítese apenas um caso particular de heterotese*” (CARLOS COSSIO, *La Teoría Ecológica del Derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1939, pág. 39)”.

pólos distintos ou de evidente e natural polaridade em qualquer relação social – portanto, também cultural- não gera, nem obrigatória, nem necessariamente, senão contingencialmente, qualquer contraposição de opostos, dando consistência à ideia de heteroteses em direção à formação de uma dialética, na forma do que sustentava Reale, e nos termos do tridimensionalismo dinâmico que construiu.

Quanto à sua **praxis**, a **Experiência Jurídica** é manifesta na unidade interativa das dimensões culturais de Reale (**FENÔMENO** ou **FATO** social, **VALOR** ético universal e **NORMA** vigente)

Não há qualquer dúvida quanto à originalidade e integral veracidade e conformação à realidade dessa própria teoria metodológica e filosófica que sustenta e embasa a teoria tridimensional do direito com tamanha adequação ao direito enquanto ciência do social.

Miguel Reale teve a **vidência** e a coragem de desafiar o normativismo puro de Kelsen e o iusnaturalismo absoluto e apontar ao século XXI um caminho concreto de justiça e sua viabilização, superando mitos de conceitos abstratos e demonstrando filosófica, metodológica, científica e dogmaticamente a concretidade de valores éticos para a interação com o fenômeno social e a norma vigente, de molde a gerar, pela simultaneidade e instantaneidade dinâmica de ocorrência e existência das três dimensões, **a experiência jurídica**.

A **magia** de Reale em consubstanciar uma teoria que constitua a realidade concreta do direito está expressa na total grandiosidade, relevância e singularidade de sua obra, mas também pode ser encontrada em suas próprias palavras quando afirma que

(...) Do conceito de cultura, que já fixamos anteriormente, devemos, pois, partir para indagar o que representa a experiência jurídica no complexo da experiência humana. Teremos, assim, uma indagação do fenômeno jurídico, segundo o ponto de vista de sua objetividade (objeto da descrição fenomenológica) e uma pesquisa complementar do ponto de vista de como o direito se manifesta histórica e axiologicamente no sujeito cognoscente

*em universal (estudo crítico-histórico). Em outras palavras, cabe-nos ver o Direito como experiência social e o Direito como compreensão espiritual, isto é, a parte **objecti** e a parte **subjecti**, em sua interpretação no plano da consciência e no plano da História.*

*Somente através desse processo de implicação, isto é, em virtude do apontado **processo dialético de implicação e polaridade**, é que atingiremos alguns resultados sobre a consistência ou a natureza do fenômeno jurídico, assim como de qualquer outro fenômeno cultural. (...)*⁸ (letras em cursiva não estão no original)

É certo que tais bases teóricas, lançadas em 1940 com o seu **Fundamentos de Direito**, foram aprimoradas ao longo dos anos e começaram, em fundamentos científicos, com a edição de sua principal obra, como já dissemos, **Filosofia do Direito**, em 1953, e tomou corpo pleno em 1968 com a finalização, por ele, da **Teoria da Tridimensionalidade do Direito**, lançada em livro próprio e anos depois incorporada ao livro **Filosofia do Direito**, no seu **Título X, Teoria Tridimensional do Direito**. Porém, não menos certo é, que Reale sempre escreveu para o século XXI, embora se dissesse um *filho do século XX*⁹.

A dialética de complementaridade construída por Reale, quando ele lhe aplica as dimensões axiológica, sociológica e normativa dá ao Direito, enquanto **Experiência Jurídica**, a integralidade necessária, não apenas empírica, quanto à certeza de que os fatos são existenciais e resultados de evidências, mas metodológica e teleologicamente, enquanto método de análise, observação e construção de pensamento, teoria, objeto e finalidade científicos,

⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, op. cit., pág. 369-370.

⁹ Por ocasião do aniversário de 95 anos de MIGUEL REALE, a Faculdade de Direito da USP - Universidade de São Paulo, a Associação de Antigos Alunos e o Centro Acadêmico XI de Agosto, organizaram imensa comemoração, em que falaram o **Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior** em nome dos seus antigos alunos, o **Dr. Celso Lafer** representando os seus colegas de Faculdade e seu filho, **Miguel Reale Júnior pela família**. MIGUEL REALE, presente à solenidade, recebeu as saudações com um discurso curto e emocionado dizendo que praticamente só teria a declarar uma coisa: “sou por inteiro filho do século XX”. Vide site www.miguelreale.com.br in artigo autoral *Variações a partir de si mesmo*, escrito em São Paulo, 17 de dezembro de 2005.

além de, enquanto dialético e complementar, servir de filosofia de vida e construção de mundo, no entendimento plausível e comprovado de que a Vida (e o Direito, em consequência) não é apenas uma contraposição de opostos, mas a existência de uma dinâmica de relações que admite, simultaneamente a contraposição e a complementaridade e que mesmo na ocorrência de ambos – afirma Reale- é importante que se admita que, em dado momento se venha a reconhecer possível que os opostos se complementem, ou os complementos, dadas certas condições, se oponham ou ainda assim, haja sempre complementaridade, mesmo que seja parcial.

Por outro lado, do mesmo modo como ele próprio se autodenominou **filho do século XX**, jamais se olvidou dos seus *filhos do direito*, os seus alunos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e todos os demais discípulos do direito, para quem escreveu com a maior dedicação a obra ***Lições Preliminares do Direito***, publicada em primeira edição em 1973, exatamente 20 anos após a primeira edição da obra-prima ***Filosofia do Direito***.

No ***Lições***, em seu ***Prefácio à Primeira Edição***¹⁰, fez destaque em afirmar que a obra surgiu em decorrência dos reclamos de alunos que solicitavam que suas preleções fossem eternizadas em obra perene e que consubstanciasse suas ideias inovadoras, a tal ponto que, na verdade, construiu um livro sem a característica comum a todas as obras propedêuticas de um manual ou de uma coletânea de escolas teóricas do direito que explicasse os inúmeros conceitos. Ao contrário de parecer unilateral por não fazê-lo eclético, construiu um livro que tratasse de todos os conceitos básicos do direito, da sua estrutura estática e dinâmica, de seus fundamentos histórico, sociológico, filosófico e normativo ou dogmático, mas sob a visão tridimensional do direito, sem deixar de demonstrar os conceitos outros que tentava, não suplantando, mas cientificamente mostrando-lhes a inadequação para a busca da justiça pelo direito sem a tridimensionalidade que criava, sem a sua visão inédita, ampliando, deste modo, a apreensão do conhecimento e a nova concepção do direito que permitia fazer chegar ao corpo discente e ao universo do direito.

A verdade é que Reale consegue materializar algo considerado impossível

¹⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito, Prefácio à Primeira Edição*, págs. XV-XVII, Ed. Saraiva, 27ª edição, 12ª tiragem, São Paulo, 2014, 391 páginas.

pelos iusdoutrinadores ou juristas, qual seja imaginar, conhecer, pensar e concretizar as ideias e conceitos referentes a valores éticos, possibilitando uma demonstração filosófica e empírica da interação entre valores, fatos e normas como uma redução a uma realidade jurídica, vale dizer, em palavras mais simples, tornar concreta a aplicação de valores ao fato social e à norma vigente, fazendo-os resultante na *Experiência Jurídica*, o que sempre foi, no mundo jurídico-positivista, considerado uma heresia jurídica.

Foram inúmeras as correntes iusfilosóficas, -às quais se faz desnecessária a citação, porque obviamente de características normativistas e iuspositivistas- que sempre sustentaram que os valores éticos são conceitos abstratos ou de tal forma absolutos que nunca poderiam ser concretizados ou considerados aplicáveis *in concreto*.

A importância de Miguel Reale é tamanha no ordenamento jurídico brasileiro e no cenário jurídico mundial, não apenas por ter construído a brilhante *Teoria Tridimensional do Direito*, ou ter formado gerações de profissionais e juristas, como também por ter presidido e participado de inúmeras associações internacionais de Filosofia e Direito, bem como, em virtude de sua relevância mundialmente jurídica foi nomeado pela Presidência da República Federativa do Brasil como o Presidente e Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil Brasileiro¹¹ elaborando-o em conjunto com uma Comissão de notáveis juristas (tais como Agostinho Alvim, José Carlos Moreira Alves, Clóvis do Couto e Silva, Silvio Marcondes, Torquato Castro e Ebert Chamoun).

Se Reale produziu equívocos? Talvez os tenha produzido no campo da política, mas prontamente os eliminou e resolveu¹², não mais atuando neste campo, mas, tornando-se, acima de tudo, um formulador do direito concedendo ao mundo a oportunidade de todo o cidadão tomar consciência de que pode existir um direito do justo que restaria, indiscutivelmente atrelado à ***experiência jurídica***, desembocadouro natural das três dimensões culturais, **fato, valor e**

¹¹ Vide link: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/discmr.htm> que contém o discurso de Miguel Reale para entrega ao Poder Legislativo (ao Congresso Nacional) do anteprojeto de Código Civil (já aprovado e em plena vigência atual desde 2003).

¹² **MIGUEL REALE** na sua juventude chegou a ser membro da Ação Integralista Brasileira de orientação conservadora ultranacionalista, tendo, logo no pós-guerra, abandonado essa participação política e se limitado às participações jurídicas em atuações governamentais. Mas sempre foi um democrata, um ser humano preocupado com a efetividade e a distribuição da justiça, daí ter abandonado as participações de conotações extremistas. Vide o link <http://www.miguelreale.com.br>

norma.

Caberia perguntar então qual a nossa contribuição à teoria de Reale?

Humildemente afirmo que, na verdade, Reale constrói essa nova visão e compreensão jurídica, e a sua aplicabilidade corporifica o direito como uma entidade mais completa na análise dos fenômenos sociais porque a partir da tridimensionalidade exsurge, no seu próprio dizer, a **Experiência Jurídica**, ou seja, o direito resultante da integração das três dimensões. O direito em dinâmica. É óbvio e inegável, portanto, o avanço que a teoria de Reale permite e provoca no âmbito do direito. Contudo, e creio não haver tido o tempo intelectual para fazê-lo, não garante que o juiz deva utilizar esta teoria para a plena aplicação da **justiça-nas-decisões** porque faltam-lhe dados metodológicos de sua aplicação. Explico.

Como integrar o Fenômeno social, o Valor ético universal e a Norma vigente ao caso concreto de modo a que se provoque uma **justiça-na-decisão**?

Fazê-lo subsumidamente em mera operação lógico-formal entre o Fenômeno social e a Norma vigente? Como? Se a lógica de Reale é a dialética da complementaridade que se apresenta tridimensional e em implicação e polaridade como estamos vendo?

Dever-se-ia constituir a **Experiência Jurídica** (o resultado da integração das três dimensões) somente por operações hermenêuticas (interpretações *extensivas, restritivas, ab-rogantes ou modificativas*) ou analógicas (*analogia legis*) ou ainda integrativas (*analogia iuris*) e correr o risco da mais ampla discricionariedade judicial para a avaliação das três dimensões (dos fenômenos sociais, do valor ético ou da própria norma vigente)?

Estas visões citadas acima são, em minha opinião, à toda a evidência, problemas pontuais para que se possa dar concretude imediata à tridimensionalidade realeana ou mesmo vir a permitir **justiça-nas-decisões**. O que há é uma evidente aproximação à **justiça-na-decisão**, como uma espécie de método que se utiliza para dar configuração de certeza à decisão assim tomada.

Mas em que momento se encontra(m) o(s) critério(s) objetivo(s) a justificar verdadeiramente **justiça-na-decisão**? Não se encontram. Há, sim, uma forte discricionariedade judicial –seja na escolha do método hermenêutico; seja na própria teoria hermenêutica adotada; seja na adoção do critério de decisão,

com um firme acento subjetivo e personalista do julgador.

Por este motivo tentei construir a ideia, o método, a teoria e a prática do que eu denominei de **Iusinterativismo**, o **Direito Interativo**. A ideia de que **Vetores Naturais** (precisos indicadores) de **identidade, tempo, lugar e finalidade** possam, mediante sua parametrização por interrogantes, dar a conformação necessária e concreta às **Dimensões Culturais** realeanas para que o magistrado possa realizar e prolatar uma sentença com **justiça-na-decisão**. Este trabalho é uma tentativa disso, que ora lhes apresento, em homenagem ao Professor Miguel Reale, à sua profícua Obra, à sua Vida, dedicada à Paz, ao Direito e à Justiça.

Conheci-o rapidamente quando eu, em maio de 1987, na condição de Subprocurador Geral do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho, e exercendo o magistério jurídico superior na UniCeub, então CEUB-Centro de Ensino Unificado de Brasília e na UniDF, então AEUDF-Associação Educacional Universitária do Distrito Federal, lecionava, em ambas, a cadeira de Filosofia do Direito e o encontrei hospedado em um Hotel de Brasília para as reuniões de elaboração do Código Civil com a Comissão de Notáveis a que fora designado para presidir. Eu utilizava a sua obra **Filosofia do Direito** para as lições de classe. Ajudado por um aluno que lá trabalhava no hotel, a ele tive acesso e dirigi-me a ele com o livro na mão a que me desse um autógrafo. Afável, sorriu um sorriso fácil e aberto, de um falar tranquilo, vindo do coração, atendeu-me com os sentidos de gentileza e fraternidade imensos e pude ver que ali estava um ser humano ímpar. Diferente. Que construía a sua Vida e Obra de modo idêntico ao sentido e significado de seu Ser. Ético. Troquei com ele algumas palavras sobre minha situação profissional e meu magistério superior e um tanto envergonhado de estar lhe causando qualquer incômodo me despedi, com todo o agradecimento possível. Creio que ali, inconscientemente, nascia o sonho, e posteriormente a tentativa, de escrever estas linhas, esta obra, esta ideia que tento apresentar e que hoje faço oferecer em homenagem ao Professor Miguel Reale em busca de **justiça-nas-decisões**.

Carlos Newton Pinto

Cidade do Natal, RN, junho, 2014, manhã promissora, ensolarada e de poucas nuvens, convidativa à Justiça e à Paz.

INTRODUÇÃO

1. A FORMAÇÃO DO DIREITO NO SÉCULO XXI E SEU VIÉS PLURAL, SISTÊMICO E INTERATIVO.

Nesta Tese Doutoral tentarei, **primeiramente**, demonstrar em abordagem e desenvolvimento de marco histórico, que, desde a origem dos povos, na sua formação, **o direito** -e conseqüentemente seus diversos sistemas de direito criados para regulação de condutas, ao longo dos séculos- tem surgido, e tem sido aplicado, aos mais variados tipos de relações comerciais e econômico-financeiras, como forma de reger a preservação da vida, seja para, inicialmente, atender à necessidade de subsistência; ou então, posteriormente, à forma do escambo; depois, naquilo que correspondeu à precisão de um controle de comércio de produtos excedentes; ou ainda, em outra época, após o surgimento da Revolução Industrial, concernente à utilização da mais-valia na mão-de-obra do trabalhador, sempre referente às mais diferentes épocas e regiões quanto à necessidade de regência dos fenômenos sociais, de maneira a conceder fundamento de direito e legitimação social aos interesses econômicos existentes nos âmbitos de convivência, ainda que anterior à formação da sociedade como a entendemos e vivemos hoje, e aos interesses de conquista e manutenção de poder entre todos os séculos da História da Humanidade.

Embora se possa vir a classificar este entendimento como “marxista”, não o é! Não é este o nosso método de análise social porque não aplico o materialismo histórico, com seu sentido determinista de que Marx falava e se utilizava.

O que desejo demonstrar é que, **efetivamente**, o direito emerge, da existência de relações humanas, sociais e econômicas, e **obrigatoriamente** da ocorrência, segundo Giuseppe Chiovenda, em um primeiro momento, de **atividades de cooperação**¹³, vale dizer a sua atuação, por meio do

¹³ GIUSEPPE CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Nápoles, Jovene Ed., 1933, *Instituições de Direito Processual Civil*, tradução de J. Guimarães Menegale, Ed. Saraiva, , São Paulo 1965, obra em que o autor destaca que o direito se expressa pela substancialidade de sua manifestação material, pela condição clara e manifesta de seu próprio exercício em cooperação e sem contestações, constituindo-se em escopo jurídico de atuação e exercício concretos por si próprio, e compreendendo-se que para sua efetividade, caso a atividade de cooperação jurídica seja violada ou não adimplida, necessita-se de um

cumprimento espontâneo, das normas¹⁴ de direito substancial ou material pelos interessados, ou, em outro momento, atua, também, na hipótese de recusa desse cumprimento espontâneo por um dos pólos da relação social estabelecida, nas *lides*, ou nos **conflitos de interesses**¹⁵ ocorridos nos fenômenos sociais decorrentes da não obtenção dessa convergência de vontades.

Assim, como afirmo, não se trata de implantar ou propor uma nova visão marxista do direito, mas ao contrário, compreender a natureza do próprio direito como solucionador de conflitos para regência e controle de fenômenos sociais e com esta compreensão viabilizar e desenvolver uma **Teoria da Decisão Judicial lusinterativa para justiça-nas-decisões**, sendo esta a nossa principal intenção.

O Direito, tanto nas eras primordiais¹⁶, como depois da formação e organização da sociedade, seja como simples expressão de um indivíduo em relação ao Outro, ou como sistema de controle social, se manifestou em diferentes maneiras de compreender a realidade. Diferentes modos que se submetiam e se diferenciavam primeiramente pelas condições de **tempo**, do **lugar** (**elementos geodésicos = a sua inserção no planeta**), e posteriormente

segundo momento distinto que é o processo para a sua configuração em visão dualista de direito e de processo.

¹⁴ Por **norma jurídica** no ordenamento jurídico brasileiro e nos sistema de direito adotado no Brasil se entende o dispositivo de lei constante do diploma legal e seu texto e linguagem. Por **preceito de lei** ou **preceito normativo** se entende o conteúdo da norma jurídica.

¹⁵ **FRANCESCO CARNELLUTTI**, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Ed. Forum italiano, Roma, 1956, compreende, contrariamente a **CHIOVENDA**, que a teoria do direito é monista ou unitária, explicitando-se que todo o direito necessariamente por meio do direito material e objetivo, é, entretanto, insuficiente a solucionar todos os casos, hipóteses em que dois direitos materiais poderiam coexistir relativamente a um mesmo fato, a u'a mesma relação jurídica, por exemplo: partes antagônicas alegando, cada uma, ter sobre o mesmo objeto de disputa (um terreno) os respectivos direitos: a parte A, alega ter o direito de propriedade e a parte B, alega ter configurada e provada, após determinado período, a posse mansa e pacífica e a consequente propriedade por usucapião. Neste ponto, **CARNELLUTTI** entende que a visão de **CHIOVENDA** seria insuficiente para conceder solução ao conflito porque haveria dois direitos materiais aparentemente justos a serem aplicados e que o direito sempre necessitaria do processo para trilhar o caminho da solução da *lide*, pois que sem essa efetividade do e no processo não encontraria, o direito material, qualquer concretude ou aplicabilidade, sendo mesmo de total necessidade ao direito a existência do processo para sua continuidade natural como direito material e sendo por isso mesmo, uma extensão de um (direito material) ao outro (direito processual) em integração, constituindo-se a figura da *lide* ou do **conflito de interesses**, aquela que faz operar o direito enquanto processo em sua totalidade, realidade e como experiência jurídica e social.

¹⁶ Nas eras primordiais, vale dizer antes da criação de sistemas de direito e da existência do próprio Estado, o direito constituía-se em expressões de **autotutela** ou de **autocomposição** realizados de acordo com as próprias circunstâncias do fato ou fenômeno social que ensejasse o conflito e normalmente de características interpessoais ou intergrupais (entre indivíduos ou entre famílias e/ou tribos).

interagidos com a **identidade** e a **finalidade (elementos ônticos = a missão de existência)**¹⁷ dos povos autóctones para, em um período posterior, vir a obter a influência de povos, nacionais ou estrangeiros –colonizadores ou colonizados- bem como em relação às necessidades de poder das autoridades constituídas ou de situações sociais e econômicas existentes –e mesmo valorativas, sempre- tornando-o mais ou menos positivista¹⁸, em total conformidade com os questionamentos da vida das comunidades e nações.

De outro modo, em **um segundo momento**, pretendo realizar e demonstrar, em uma **abordagem histórica e evolutiva**, a permanente e persistente característica normativista do sistema de direito positivo, presente nos mais relevantes sistemas nacionais de direito formados nos diferentes países do mundo e que se firmaram para a justificação da conquista, da preservação e da manutenção do poder no exercício do controle social, nas mais distantes regiões e países do planeta.

Um tanto óbvio, não? Claro que sim! Tão óbvio que jamais foi considerada como razão de construção de sistemas jurídicos, a não ser por Karl Marx, em uma concepção completamente materialista e superestrutural. E a consequência deste modo marxista de compreendê-lo ou dessa espécie de justificação filosófica, embora com algum acerto sociológico e histórico, no que respeita às suas causas, fez chegar à ocorrência de exageros de exercícios de futurologia, culminando em um determinismo histórico tal que, de sempre entendê-lo –o direito- como uma superestrutura, fez-se incorrer em **equivocos de variadas naturezas**, a saber:

1. **Natureza histórica**, porque prende o direito à repetição de fatos econômicos que nem sempre ocorrem da mesma maneira e se

¹⁷ Ao conjunto dessas **manifestações naturais** dos elementos **tempo, lugar (elementos geodésicos)** e **identidade e finalidade (elementos ônticos)**, embora possam ter naturezas distintas e serem identificadas, ora relacionadas com a natureza mineral, vegetal ou animal, ou ainda humana, se apresentam em todo e qualquer objeto de análise, estudo, teoria ou ciência, perfazendo-se essenciais no direcionamento de qualquer investigação ou pesquisa como vetores ou variáveis permanentes na sua existência, porém cambiantes e mutáveis na sua essência. As características desses elementos ônticos e geodésicos tratados interativamente fez com que eu os denominasse de **Vetores Naturais: a identidade, o tempo, o lugar e a finalidade**, aos quais, mais adiante, me aprofundarei em análise e fundamento para este estudo e trabalho.

¹⁸ O vocábulo “positivista” expresso no texto em questão está a manifestar a necessidade de regulamentação positivada, em hipóteses confirmadas por regras, ou em norma escrita ou em norma explicitada, não escrita, porém, neste caso, mediante tradição ou costume socialmente aceitos.

apresentam com variáveis e, em muitos casos, em situações de similitudes e não de rigorosas identidades, prejudicando-lhe a regência e a efetiva distribuição e aplicação de justiça-nas-decisões;

2. **Natureza cultural**, porque os sistemas variam e se põem adequados às culturas, identidades e finalidades de cada povo e região, sendo, evidentemente, impraticável e inadequada uma visão monocrática ideológico-econômica determinista;
3. **Natureza filosófica**, porque apesar da existência de valores éticos de natureza universal, admite-se, por óbvio, e em consequência, a variabilidade de apreensões culturais desses próprios valores éticos universais e princípios gerais ético-jurídicos pelos diferentes povos e regiões, e assim, embora sofram influências diretas das relações de produção e das relações econômico-financeiras, também as influenciam diretamente pela incidência desses mesmos valores éticos universais e desses princípios ético-jurídicos gerais que fundamentam a própria existência e o conteúdo das normas, porém de manifestação e aplicação relativas às distintas culturas, regiões, épocas e missões de povos e nações, como já destacado no item anterior, não importando nem mesmo os fatores econômicos para determiná-los (os sistemas de direito).

Assim, e por isso mesmo, o direito, em meu pensar, não deve ser visto como uma mera superestrutura rígida, imutável, imodificável, ou modificável ou mutável, exclusivamente, por características ou dependências de causas econômicas.

Do mesmo modo que não pode ser visto com uma visão caolha de um determinismo econômico-financeiro, porque é evidente que o direito se espraia além da mera visão econômica, determinando a aplicação e a regência da conduta humana, também ele não pode ser explicado sob a afirmação excludente de que valores éticos e espirituais e princípios ético-jurídicos, porque universais, justificaram, ao longo dos séculos, todo e qualquer tipo de aberração e violência ao ser humano e ao seu **valor ético universal magno de *Preservação da Vida e da Humanidade***, e demais valores dele decorrentes, principal objetivo do próprio direito, enquanto sistema de

garantias, de faculdades, de direitos, de prerrogativas, de sujeições, de obrigações e de deveres.

O Direito não é apenas **norma**; não se perfaz somente no **valor**; e não se constitui somente no **fato**. O Direito, em seus aspectos mais completos de forma e conteúdo, é a **Experiência Jurídica** deduzida da interação concreta dessas três dimensões¹⁹.

No dizer de Reale, esta **Experiência Jurídica** é o momento **dogmático-normativo**, no exercício da **consciência ôntica**, com um **significado axiológico**.

Portanto, Miguel Reale, ao lançar as bases de sua visão tridimensionalista, na verdade faz afirmar que o direito se consubstancia e se efetiva enquanto experiência, vale dizer, o direito é o momento empírico-sintético de sua teoria que se efetiva mediante a coexistência integrada, circunstancial, imediata, instantânea e simultânea de três dimensões sobre um mesmo Fenômeno: a dimensão **sociológica (Fenômeno ou Fato social)**; dimensão **axiológica (Valor ético)**; dimensão **normativa (Norma vigente)**, as quais são denominadas **Dimensões Culturais** por que construídas, estabelecidas e apropriadas de, por e em cada povo, território, nação ou estado. Deste modo, para Reale a confluência integrada de dimensões culturais dá efetividade ao direito e sua síntese se constitui na experiência jurídica que se manifesta **invariável e permanentemente** na sua ocorrência tridimensional conjunta.

Na verdade, na formulação dessa confluência, tais valores éticos universais e princípios gerais ético-jurídicos, tanto quanto as normas de direito ou seus dispostos normativos, exatamente porque se caracterizam, no âmbito dos sistemas institucionais, como verdadeiros instrumentos de legitimação social e política (= legitimação cidadã), sempre foram utilizados indevidamente como ideias de justificação de interesses (instrumentos ideológicos) por todos aqueles que, sem qualquer ética, necessitavam fazer legitimar o exercício da dominação do poder e sua eternização, e cujo resultado ou finalidade, nitidamente acabava por se apresentar, em sociedade. com um claro viés antiético, ocasião em que o fato já consumado, não mais detinha forma de

¹⁹ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*, Ed. Saraiva, 1ª edição, página 4, 4º parágrafo, e páginas 5 e 6, São Paulo, 1968, 294 páginas, em que destaca que as três dimensões culturais do Direito são o *Fato social*, o *Valor ético* e a *Norma vigente*,

modificação. Por outro lado, o direito obtém e se nutre, também, como em sua principal obra o sustentava Miguel Reale²⁰, das influências espirituais e éticas da sociedade, de molde que para se estabelecer a *verdade concreta*²¹, e para se espancar tais utilizações inverídicas e indevidas e buscar a distribuição da ***justiça-nas-decisões***, se necessita de uma visão ampla, holística, interativa, global.

O certo, pois, como em tudo que já se viu, é que o pensamento humano sempre tem correspondido a uma cosmovisão. Uma visão de mundo colocada pelos detentores do Conhecimento que, todavia, hoje se apresenta muito mais concreta e fundamentada na Teoria dos Sistemas, mas que sempre foi:

- a. **PLURAL**, vale dizer, **sempre foi apreendido de modo científico-natural** (=no sentido específico de que aquilo que é *natural* sofre a ação do ser humano e acaba por se tornar *cultural*);
- b. **LOCAL** (=este sentido *natural*, faz-se *cultural* no *local* e com a visão *local* do ser humano transformador);
- c. **INDIVIDUAL** (porque este conhecimento se apresenta e é apreendido pelo próprio *indivíduo*);

mas, na medida em que é assim apreendido, após tal aquisição cultural produz transformações tornando-se:

- a. **em científico-social** (o conhecimento, na medida em que se torna *cultural* se amplia ao âmbito social);
- b. **em total-universal** (resistente aos questionamentos e críticas sociais pode apresentar-se como *total-social* abarcando diversos âmbitos e momentos);
- c. **em plural** (podendo ser comprovadamente aplicável a todas as situações, identidades, épocas e lugares, portanto fazendo-se *plural*)²².

²⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, Título X, *A Teoria Tridimensional do Direito*, op. cit., páginas. 497 a 612.

²¹ Parece que a expressão “verdade concreta” é uma redundância nefasta. Não o é. Explico. O que se deseja significar com essa expressão é a obtenção efetiva da verdade material para o caso concreto em análise pelo julgador. Daí a necessidade do adjetivo “concreta”.

²² SOUSA SANTOS, Boaventura De. *Um Discurso sobre as Ciências*, Edições Afrontamento, 13ª. Edição, páginas 37-46; 46-50; 50-55; e 55-58, Porto, páginas nas quais, resumida e respectivamente afirma: **a. todo o conhecimento científico-natural é científico-social –págs. 37-46-** porque a interação efetiva entre as ciências –naturais e sociais- e seus elementos direciona ambas a uma interatividade tendo como pressuposto e objeto o ser humano; **b. todo o conhecimento é local e total –págs. 46-50-** porque a

Desta forma, temos o conhecimento como se adviesse em um crescendo, em forma espiral de hélice em constante movimento, e cada vez mais se elevando e obtendo maior conhecimento.

Além do significado conferido por Sousa Santos, como afirmado no parágrafo anterior e na nota 22, *ante*, o Professor Francisco Javier Caballero²³ despertou meus sentidos e razão para o real conteúdo basco do termo **LAUBURU**²⁴ em verdadeira apropriação científica e que nos interessa utilizar metodologicamente, porquanto confere, ao objeto ou ao ser, ou fenômeno social em análise, a transcendência da permanente transformação e da evidente dialética de conhecimento, de molde a permitir uma apreensão maior dos elementos em busca da **Verdade** para as **dimensões culturais**, porém **Relativa** em virtude da aplicação dos **vetores naturais**, mas verdadeira para a aplicação e constituição de **justiça-nas-decisões**.

É exatamente com fundamento nessa visão de constante movimento, de permanente dinâmica entre sistemas e subsistemas, de intensa interação entre todos os elementos internos e externos, objetos e seres envolvidos, e de dialética compreensão dos fenômenos sociais, dos valores éticos universais

universalidade é apropriada localizadamente e também, localizadamente, o conhecimento se expressa de modo total em suas especialidades; **c. todo o conhecimento é autoconhecimento –págs. 50-55-** porque o ato do conhecimento e o produto do conhecimento são, na verdade, inseparáveis, e que o ser humano é sujeito e objeto de si mesmo, obtendo, produzindo, reconstruindo e reobtendo o conhecimento, novamente, a cada instante em interação imediata; **d. todo conhecimento científico visa a constituir-se em senso comum –págs. 55-58-** porque o conhecimento deve traduzir-se de científico e tecnológico em sabedoria prática de vida, assumindo-se a visão crítica e prudente da metodologia científica, qual seja a forma cautelosa e oriunda de certa insegurança científica e existencial na formação do saber científico.

²³ **CABALLERO HARRIET**, Francisco Javier. *Algunas Claves para otra Mundialización*, Ed. FUNGLODE-Txalaparta, 1ª. edición, Navarra, 2010, em que destaca o dístico “**Desde o Particular ao Universal e do Universal ao Particular**” que expressa, em palavras o símbolo basco *lauburu* de fases alternantes e complementares de evolução e involução, e aponta, no seu entender, citando o *Curriculum Vasco, Itinerario Cultural, Propuesta de los Expertos*, San Sebastián, 2004, soluções para uma nova mundialização e igualmente, **MORIN**, Edgar, *Les septes savoirs nécessaires a l'éducation du futur*, Paris, 2000, págs. 57 e seguintes, a **Educação** como a ponte, o papel estelar, o elo para que a unidade da espécie humana não oculte a ideia de sua diversidade e para que esta diversidade não impeça a sua unidade, sendo, inteiramente apropriado que se conceba uma unidade que favoreça a diversidade e uma diversidade que se inclua na unidade, de maneira que “*a Cultura esteja sempre presente nas culturas e a Cultura somente exista pela contribuição das culturas*”. Neste sentido, **CABALLERO** afirma que para a efetividade da Cidadania um sistema de direito deve prover um “*direito de tal forma englobante que integre firmemente as ordens sociais extrajurídicas, para que a cultura jurídica se converta em sinal significativo da personalidade do novo cidadão verdadeiramente autônomo*”.

²⁴ O termo significa em *euskera* (língua basca) **Lau=quatro** e **buru=cabeças** e assumiu, ao longo de anos e séculos, outro significado, embora adviesse de origem celta, e tomasse o significado de um devir constante (um ir-e-vir permanente), uma constante evolução e involução, em permanente atualização, semelhante ao **motor imóvel** heraclitoano e seu devir.

aplicáveis a esses próprios fenômenos que entendo ser preciso construir uma nova forma de decidir e de ver o sistema de direito: **o Direito Interativo ou lusinterativismo.**

1.1. A título de exemplo de um determinismo cultural e histórico.

Em prosseguimento e como exemplo do que desejo comprovar com o sentido de cosmovisão de que falo, trago a primeira cosmovisão que foi o GEOCENTRISMO (Aristóteles, 384-322 **a.C.**²⁵, e Claudio Ptolomeu, 90-168 **d.C.**²⁶) em que, de tudo o que se pudesse entender, ter-se-ia o Planeta Terra como o centro, o centro do universo, o centro de tudo, e portanto, todas as ações, todos os enfoques, todo o conhecimento se submetia ao conceito geocentrista.

Com o pensamento de Nicolau Copérnico (1473-1543 **d.C.**)²⁷ que obteve provas para afirmar e desenvolver a teoria do HELIOCENTRISMO iniciada, séculos antes, por Aristarco de Samos (310-230 **a.C.**)²⁸, todo o conhecimento assim estabelecido direcionava os métodos de investigação e de raciocínio à compreensão de que o Sol –e não a Terra- era verdadeiramente o centro do sistema planetário.

A mentalidade, naquela época, o pensamento dominante, era muito claro e definido e poderia ser resumido e exteriorizado na seguinte ideia subliminarmente embutida nas mentes da época: “-*Sim! A Terra é o Centro do Mundo e os seres que a habitam são os únicos; e seus líderes ou reis, são semideuses!*”. Aquele, por exemplo, que detivesse ou exercesse, o Poder, o faria por uma interpretação que sugeriria uma concessão ou natureza divina, tal a importância do exercício do poder no Planeta Terra que “*era o centro do Universo*”.

Tudo isto se modificou quando Galileu Galilei (1564-1642 **d.C.**), confirmando o

²⁵ <http://www.biografiasyvidas.com/monografia/aristoteles>, acesso em 07/09/2014.

²⁶ Não se sabe ao certo a data exata de nascimento de Claudius Ptolomeus, porém, a maioria dos dados, em diversos sites, dão como mais provável a data de 90-168 **d.C.**, v.g.: http://www.w.net/cláudio_ptolomeu/; <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/t/tolomeo.htm>.

²⁷ <http://www.explicatorium.com/Nicolau-Copernico.php>; <http://www.siteastronomia.com/nicolau-copernico-biografia-vida-obra>, acesso em 07/09/2014.

²⁸ <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/a/aristarco.htm>, acesso em 07/09/2014.

Heliocentrismo, desenvolvido definitivamente por Nicolau Copérnico (1473-1543 **d.C.**) e séculos depois vindo a fazer justiça à visão pioneira e inovadora de Aristarco de Samos (310-230, **a.C.**), no período dominado pela visão geocentrista, vem a implantar, com a ideia heliocentrista (mais acentuadamente durante e a partir dos séculos XV e XVI) uma mudança em toda a maneira de pensar dos cidadãos com a difusão de suas teorias. Assim, se vê que, em decorrência disso, surgiram transformações na visão de mundo, na compreensão de universo, e mais uma vez se corrobora que o conhecimento plural impõe uma derrota ao misticismo, efetuando a separação definitiva entre cosmologia e teologia.

Não obstante, se pode compreender melhor que as estruturas conceituais, os fundamentos teóricos podem atuar de tal maneira no ser humano que sua consciência de mundo cada vez mais se subordine a uma realidade conduzida por uma mentira tantas vezes dita, redita e ultradita, ou a uma verdade decorrente de real e/ou material equívoco. Portanto, há que mudar e trocar a imposição de mitos teóricos, de conformações teóricas, ainda que baseadas em fatos, mas fatos deturpados da realidade, explicados retoricamente, inconscientemente ou por ausência de conhecimento apropriado e/ou ignorância, porém, da mesma forma, ainda inexplicáveis, ou inexplicados corretamente, ou com impropriedade científica, que têm servido para estruturar e avançar o conhecimento.

No entanto, em sua maioria, são fatos manipuláveis que se apresentam, agora, no Século XXI, totalmente insuficientes para compreender e explicar, por exemplo, o Direito e suas relações com a Cidadania e sua consequência ou objetivo natural, em sociedade, que é **a justiça-nas-decisões**.

Sustento, pois, aqui, como já disse, como premissa básica, a ideia de que os sistemas jurídicos surgiram como base do estabelecimento de dominação, de implantação da autoridade, seja individual e personalista, seja coletiva, seja grupal, tribal, colegiada ou singular, carismática, ou ainda tiranicamente imposta; assim, deste modo, é que surgiram sistemas muito distantes de considerar os valores éticos ou os fenômenos sociais na aplicação do direito²⁹ para que se distribuísse justiça à sociedade ou ao cidadão em geral.

²⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito, op. cit.*, págs. 497 a 612.

1.2. Uma proposta de ultrapassagem de um determinismo jurídico para a formação de um direito plural e interativo.

1.2.1. O conceito de *justiça-nas-decisões*.

A expressão ***justiça-nas-decisões***, conceito que ora crio e ousou implementar - em continuidade e amplitude ao trabalho do saudoso Professor **MIGUEL REALE-** e explicar nesta obra como um dos objetivos fundamentais e elementais para o significado de aplicação de uma justiça ***in concreto*** e específica para cada caso judicial submetido à jurisdição, merece um detalhamento maior, uma vez que como dissemos, será o nosso principal objeto e finalidade, e que tem por *desideratum* final significar a decisão concretamente mais adequada e de natureza holística e com interação dinâmica e em tempo real, de modo instantâneo, com a apreciação de todos os componentes intervenientes ***na causa, dentro e fora da causa, circundantes à causa*** e até mesmo, ***além da causa***, decisão esta destinada a, usando-se de parâmetros e elementos objetivos e interativos, dar conformação a uma resolução ***efetiva, eficiente e eficaz*** do conflito de interesses ou do fenômeno social (o litígio) posto em julgamento. O presente conceito de ***justiça-nas-decisões*** implica obrigatoriamente o uso do **método iusinterativo** (a aplicação da dialética da complementaridade à interação entre tridimensionalidade cultural com a tetravetorialidade natural), a **técnica da interatividade judicial** (a correlação instantânea e integrada de todos as dimensões culturais –fato, valor e norma- com os vetores naturais ***identidade, tempo lugar e finalidade***) e o **razoamento iusinterativo** (a identificação e fixação do conteúdo de cada dimensão cultural e de cada vetor natural interativamente, mediante a conjugação das dezesseis relações interativas matriciais com os seis juízos de inferência e as sete indagações judiciais para a formação de ***justiça-na-decisão***) que ao longo deste trabalho demonstrarei ser possível. A aparente complexidade desta teoria

metodológica, na verdade, não ocorre, pois trata-se de metodologia prática que implica raciocínio objetivo e cumprimento de parâmetros concretos resultando em rápida dicção de decisões quando devidamente apreendido o método. Embora tenha um forte elemento de aplicabilidade do princípio *aequo et bono* para o conflito social, tal conceito, a ele não está restrito, mas sim, acima de tudo, deve considerar a necessidade de aplicação de todos os elementos vigentes aplicáveis e intervenientes (como já dito e ora repito para fixação perfeita de minha expressa intenção) **na causa, da causa, além da causa, circundantes e fora da causa**, e relacionados às **dimensões culturais realeanas dos fenômenos sociais, dos valores éticos universais, e da norma vigente** aliados e dinamicamente interagentes, com o que preconizo, que são os **vetores naturais de tempo, de lugar, de identidade e de finalidade** de cada uma dessas mesmas **dimensões culturais realeanas (valor ético e norma vigente em relação ao fato ou fenômeno social em análise)** na hipótese de **insuficiência** da lei para solucionar com efetividade os conflitos de interesses e as lides e litígios apresentados jurisdicionalmente. Este é o conceito de **justiça-nas-decisões** ou de **justiça-na-decisão**.

Por vezes, pode parecer que estou a ser repetitivo na argumentação. Assim o faço, todavia, para que o leitor desta obra entenda que a imbricação necessária entre dimensões culturais e vetores naturais é sistêmica e retroalimentante, constante e dinâmica, permanente e instantânea, interativa e reiterativa, a cada instante. O que parece repetição de argumento não o é. É sim, demonstração da dinâmica do próprio método que se move, *motu proprio*, interativamente para formação de **justiça-na-decisão**.

A sua aplicabilidade, a sua técnica, a sua metodologia, a sua possibilidade concreta de aplicação a um sistema de direito e os seus resultados efetivos, em detalhe, é o que vamos ver nesta obra.

Por outro lado, faço questão de formular a objeção, neste momento, que o conceito de **justiça** ou de **justiça-nas-decisões** que preconizo para o **iusinterativismo** ou **iusnaturalismo fenomenológico não é** um conceito **a priori**, vale dizer, **não é** pré-estabelecida a sua existência, por origem divina ou da própria natureza. Assim como a existência de qualquer regra (tanto ética, quanto jurídica) de conteúdo indicativo de conduta não traz um conteúdo apriorístico, exceto a hipótese fática prevista em que ocorre, e do mesmo modo

que o direito não é um conceito **a priori**, exatamente em razão de depender da existência recíproca de seres humanos e da própria ocorrência de conflito de interesses (a lide, o litígio), a **iusitia in concreto** ou a **justiça-nas-decisões**, ao contrário de milênios em que se aceitou a compreensão absolutista e equivocada de Direito Natural ao dizer-se que todo e qualquer direito advinha ou da Natureza (direito natural de origem na natureza) ou de Deus (direito natural de origem divina).

Tal compreensão, embora deva ser –e é– considerada um valor, na verdade somente se põe no campo fático e sociológico porque depende da existência recíproca de seres humanos e da prática de suas condutas e está por isso mesmo intimamente relacionada com a Ética e com o Direito e constitui-se em uma ideia, valor e atividade de **expressão universal**, jamais absoluta –quer se dizer, ocorre de modo permanente, constante por todos os **tempos e lugares**– porém de **aplicação relativa** –vale dizer, distinta e adequável de acordo com suas **identidades e finalidades** de pessoas, coisas e objetos, em virtude dos **fenômenos sociais, valores éticos e normas vigentes**– perfazendo-se em um elemento de característica relacional, parametrizado, iusinterativo. As mais das vezes se confunde o conceito individualista e puramente empírico opinativo e subjetivo de justiça –o qual valor nenhum tem para efeito científico– com este a que estamos a sustentar, afirmando-o ser de impossível concretidade e objetividade. É como se ao ver o sol eu dissesse que não creio que ele seja um astro e nisso eu viesse a crer firmemente. Desta afirmação surge uma verdade puramente pessoal, subjetiva, obtida por uma mera convicção de natureza personalista, mas não concretada nem demonstrada cientificamente e à qual, se o seu emissor não mudar de ideia ou conceito, jamais deixará de existir, embora equivocada. Quando falo de **iusinterativismo**, de **justiça**, ou de **justiça de modo concreto**, ou ainda de **justiça-nas-decisões** estou a considerar um fenômeno concreto e específico, **não-abstrato**, oriundo de um caso judicial concreto e específico, que não admite outra decisão senão a iusinterativa por aplicar **justiça-na-decisão** para o conflito. E ser a decisão mais ajustada ou iusinterativa, ou justa, como se queira dizer, para o conflito, não é simplesmente decidi-la de acordo com as suas convicções próprias – muitas vezes eivadas de preconceitos ou de manifestações culturais pessoais indevidas a um julgador no momento de decidir– e tampouco é considerar as

provas e aplicar o que consta da lei, imaginando estar fazendo justiça. É dever do juiz conhecer os fatos, os fenômenos sociais, as normas vigentes, os valores éticos incidentes e circundantes aos fenômenos em análise e, considerando os Vetores Naturais (*o tempo, o, lugar, a finalidade e a identidade*) desses elementos e dimensões, realizar uma decisão que se apresentará mais ajustada à solução do conflito social de interesses, sendo, portanto, **iusinterativa**.

Destas minha asserções que ora faço há a possibilidade de se gerar uma dúvida teórica no sentido de que as ações, atitudes ou atos antidemocráticos ou ditatoriais e arbitrários praticados pelos diferentes sistemas de direito, em diversas nações ou Estados, poderiam ter fundamentos e parâmetros concretos em valores éticos universais ou ainda constituírem-se como fenômenos sociais e, por essa simples razão, tornarem-se elemento constituinte e integrante de um sistema iuspositivista democrático. Não estou a usar um argumento de convicção, de natureza retórica ou mesmo ideológica, no sentido de meras justificações de ideias. Falo de consequências práticas, nítidas e concretas, resultantes de aplicações inconsistentes e ineficazes do sistema iuspositivista.

A ausência de parâmetros ou de elementos objetivos no sistema iuspositivista que direcionem à aplicação da **justiça-nas-decisões, in concreto**, ao argumento –igualmente iuspositivista- de que a discricionariedade do juiz deve ser limitada pela lei (entenda-se norma escrita ou norma explicitada socialmente) acaba por impedir e emparedar o julgador no trato da aplicação da regra jurídica ou por impedir e congelar ou emparedar o julgador na utilização de valores éticos em casos em que a norma vigente resolva o processo, mas não solucione o conflito social e, conseqüentemente não distribua justiça, não faça **justiça-na-decisão**.

A discricionariedade judicial deve existir, porém, limitada à realidade verificada pela efetiva interação entre **Vetores Naturais** e as **Dimensões Culturais e sempre direcionada à resolução ética dos conflitos**.

Se, no entanto, como comprovarei nos capítulos seguintes, se puder dar ao Juiz Natural algo que não seja simplesmente u'a mera subsunção da Norma vigente ao Fato social, mas sim, **um método (Vetores Naturais de identidade, tempo, lugar e finalidade), uma técnica (a interatividade) e um**

razoamento iusinterativo (a fixação de parâmetros e de elementos objetivos de julgamento e a interação com as dimensões culturais reais - Fenômeno social, Valor ético e Norma vigente-) estar-se-á a viabilizar maior *justiça-nas-decisões* e aplicando efetividade de Cidadania ao jurisdicionado de modo a permitir a real adequação do sistema iusinterativo do direito à realidade global do século XXI e seguintes.

Isto posto, por outro lado, **em um terceiro momento** de nossa exposição, procurarei demonstrar que ao magistrado, ao juiz, ao mediador constitucional de conflitos na sociedade, àquele que tem o dever constitucional de ofício ou profissão de estudar, exercer, propor e realizar a resolução de conflitos sociais lhe ocorre uma insuficiência estrutural do sistema iuspositivista em permitir soluções que se assemelhem à *justiça-nas-decisões*, vale dizer, uma decisão que comporte a consideração e aplicação de todos os elementos constantes e envolvidos no fenômeno social e em relação ao valor ético aplicável e à norma vigente, principalmente em referência aos valores éticos, devidamente tornados objetivos e parametrizados de molde a tornar concreto –portanto, aplicado ao caso concreto- o conceito de *justiça-nas-decisões*.

Mas realizar-se *justiça-nas-decisões* aplicando-se norma vigente ao fato ou fenômeno concreto **NÃO** é simples e meramente subsumir dois elementos de diferentes natureza e valor (FATO social e NORMA vigente = e que por isso mesmo merecem uma interação de análise de razoamento). Tal forma de subsunção não garante qualquer certeza de *justiça-nas-decisões* para a resolução justa de conflitos sociais.

1.2.2. A necessidade de uma mirada sistêmica e iusinterativa.

As mais das vezes as decisões ocorrem com base nas provas dos autos, da demanda, do processo, mas não solucionam o conflito. Alguns poderiam dizer que tal insatisfação com a solução do conflito **sempre** existiria e isto em nada provaria que o conflito fora solucionado. Tal justificativa é de extrema insuficiência e de frágil fundamentação.

Tenho certeza em afirmar que meu método não garante que o desfavorecido na decisão não venha a usar de recurso contra a decisão iusinterativa (até porque

é seu direito constitucional recorrer de uma decisão desfavorável ao segundo grau de jurisdição, ou na violação de regras federais ou vulneração de normas constitucionais ir até a Corte Suprema), mas também tenho a certeza de que uma sentença (**justa-na-decisão**) concedida, pois, com a utilização do iusinterativismo se apresentará como uma decisão muito mais difícil de ser alterada ou modificada tal a apreciação de todas as questões fáticas e jurídicas com valoração ética substancial, gerando nos demais julgadores uma forte inclinação ao uso do método pela certeza assegurada na dicção da sentença. E todo aquele que pretender rechaçá-la com argumentos iuspositivistas, demonstrará claramente a brecha de sua própria fraqueza, porque deixará claro que utiliza um argumento ou um método incompleto e que não abrange a integralidade dos sujeitos e objetos envolvidos na análise iusinterativa do julgador ou, ainda que o faça integralmente, não os tenha interagido a valores, tampouco aplicado a parâmetros anacrônicos e distanciados da realidade.

Para atender-se a isto é necessária uma nova mirada, uma nova postura sobre o fenômeno social em apreciação judicial. A certeza de que esse Fenômeno Social:

- a. não se põe único e isolado no âmbito social;
- b. de que as suas causas se interrelacionam; e podem ter vários prismas (social, econômico, político, psicossocial, puramente psicológico e outros) de análise;
- c. de que o sistema social -no qual o Fenômeno Social se insere- interage com outros sistemas e subsistemas influenciando e recebendo influências, permanentemente, ainda que com:
 - c.1. alterações de tempo;**
 - c.2. modificações de espaço,**
 - c.3. câmbios de identidade** de sujeitos –ativos e passivos ou meramente intervenientes- e objetos;
 - c.4. mudanças de finalidades e resultados,**

consubstanciando uma nova compreensão, um novo pensar sistêmico e iusinterativo para o direito em que neles se encontram, por exemplo, um sistema global mundial, um sistema regional-hemisférico, um sistema regional-continental, um sistema nacional, um sistema sócio-político-econômico, um

subsistema jurídico (o ordenamento jurídico), e outros subsistemas de todos estes decorrentes.

Acerca de tais características André–Jean Arnaud e Maria José Fariñas Dulce³⁰ destacam ao método sistêmico a necessidade de aplicação dos preceitos de ***pertinência, globalismo, teleologia e agregação***, em que:

1. ***pertinência*** corresponde à interação identitária de componentes das relações nos sistemas;
2. ***globalismo*** se refere à postura obrigatória do agente (no nosso caso, o julgador ou juiz) em considerar os elementos de tempo e espaço e de inserção de mundo (global e local = ***glocal***) na relação em análise;
3. ***teleologia*** diz respeito à identificação da finalidade desejada ou obtida, ainda que acidentalmente, e sua interação com as relações sistêmicas;
4. ***agregação*** condiz com a recepção ou captação, transformação, transmissão e receptação de todas as manifestações existentes nas relações sócio-jurídicas, em permanente devir e agregação de seus resultados aos sistemas iusinterativos.

Tal posicionamento apresenta-se muito mais adequado à verdade das relações sociais e jurídicas se se acrescer a isto a posição do **Direito Interativo** ou **Iusinterativismo** como sustento neste momento e nesta obra.

Explicito, portanto, que a resposta a ser obtida é mais simples ainda. O método que preconizo e a teoria que sustento – a **Teoria da Decisão Judicial Iusinterativa para justiça-nas-decisões** que também denomino de **Iusinterativismo ou Direito Interativo**- leva o julgador à realização de um juízo de valor sobre **todos** os elementos, critérios e parâmetros existentes **na causa** ou **sobre ela influentes**, mas não apenas **da causa**, também **dentro** ou **fora dela**, mas **relativo a ela**, e em muitos casos, como já reafirmei, **circundantes a ela**. Não se trata, apenas e exclusivamente, de análise de argumentos ou diversas formas de fundamentar, por argumentos, as motivações judiciais. É uma demanda, uma exigência ao julgador que ele, no exercício de sua função judicante, exerça a relação do **fenômeno social** com o **valor ético aplicável** e a **norma vigente adequada –as Dimensões**

³⁰ ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*, trad. Eduardo Pellew Wilson, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

Culturais-. E dessa relação advém, naturalmente, a interação com os **Vetores Naturais** de *identidade, tempo, lugar e finalidade, aplicáveis à causa*, devidamente objetivos e parametrizados, viabilizando, distintamente de um juiz iuspositivista, a efetividade e a prática de **justiça-nas-decisões**.

É Kant³¹ quem nos demonstra a possibilidade de que a razão pura possa ser expressa por uma razão prática e, por esta, vir expresso o conhecimento científico pela experiência, e em consequência disso, como afirmo e para esta nossa hipótese, a **justiça-nas-decisões em concreto**. **Conhecer** é estabelecer relação com a lógica *mediante conceitos*; **Pensar** é realizar a lógica *mediante idéias*. O *Pensar* implica “*ter a idéia*”; o *Conhecer* implica “*relação com a experimentação da idéia e a formação dos conceitos*”; tais elementos não são contraditórios e podem, segundo Miguel Reale, ser complementares.³²

Não é outra, senão esta –de cognição, de natureza cognitiva- a atividade desenvolvida por todo e qualquer juiz ou magistrado no exercício da função jurisdicional e que, mediante o tridimensionalismo jurídico de Reale (**FENÔMENO social, VALOR ético, NORMA vigente**) o julgador passa a formatar o seu juízo de valor sobre a realidade. Mas para se aproximar cada vez mais dessa realidade e não de uma mera e *formal subsunção normativa* ou *argumentativa* -e por elas, em razão delas, supor estar decidindo acertadamente ou com justiça, o que é um magnífico equívoco- necessita o julgador, sim, ao revés, aplicar a estas três dimensões, **os quatro vetores naturais** de *identidade, tempo, lugar e finalidade* para a formação do razoamento iusinterativo e a **justiça-nas-decisões**.

Dessa forma, demonstrarei que diante do sistema iuspositivista existente e estabelecido para o Poder Judiciário, a contradição sistêmica cada vez mais se aprofunda e se agudiza, fazendo com que cada vez mais –repite- se distancie, no seio da sociedade, a obtenção de **justiça-nas-decisões**, sendo necessário, como será comprovado ao longo desta tese, o uso do iusinterativismo e a

³¹ **KANT**, Immanuel. *Crítica da razão pura*, tradução de Giovanni Gentile e Lombardo-Radice, 3ª. reimpressão da 2ª. edição, volume I, Bari, 1944, pág.291, *Dialética transcendental*; **idem**, *Crítica da razão pura*, Ed. Nova Fronteira/Ed. Saraivadebolso, tradução de J. Rodrigues de Menez, *Livro Segundo, Introdução – Do Juízo transcendental em geral*, páginas 132-134, Rio de Janeiro, 2014.

³² **REALE**, Miguel. *Verdade e Conjetura*, Ed. Nova Fronteira, 3ª. edição, Rio de Janeiro, págs. 32-34, quando analisa o *pensamento problemático* estabelecido por **KANT**.

demonstração de seus fundamentos e exemplos concretos de casos e sentenças de natureza iusinterativa para a prática de ***justiça-nas-decisões***.

Num quarto momento, serão discutidos e definidos os parâmetros e elementos objetivos a serem considerados pelos magistrados, pelos julgadores no exercício do iusinterativismo, efetuando-se a real distinção entre concretitude de justiça (***justiça-nas-decisões***) e justiça como valor absoluto, o método iusinterativo de razoamento judicial, os princípios iusinterativistas para a interpretação e integração de um sistema iusinterativista e, por último as nossas conclusões.

CAPÍTULO 1

FUNDAMENTOS HISTÓRICO-FILOSÓFICOS: DA NECESSIDADE DO IUSINTERATIVISMO PARA A JUSTIÇA NA SOCIEDADE EM GLOBALIZAÇÃO.

1. NATUREZA E CARACTERÍSTICAS DA GLOBALIZAÇÃO

Afirmo que há um espectro rondando o Mundo no século XXI. Rondando e inserindo-se mais forte e incisivamente no Planeta Terra como um todo. Um espectro chamado Globalização ou Mundialização. Um espectro que faz de alvo de sua interpenetração, todos os países, culturas e povos, transforma-os em objetivo de sua interexistência, torna-os alimentos e resultados de si mesmos. Por este espectro inevitável, todos os países e culturas podem ser atingidos, fazendo-se integrados de uma ou outra maneira, seja econômica, comercial ou científico-tecnológica, ou até mesmo política. E tudo se dá com imbricações inexoráveis e irresolúveis, culminando em consequências sobre o Cidadão e o Outro Individual e entre Nações e Povos. Blocos Comerciais e Políticos têm surgido nos mais diversos continentes. Até mesmo blocos então antagônicos ideologicamente se aliam em termos econômico-mundiais de molde a viabilizar essa integração globalizante. Há uma consciência de necessidade premente de os países se adequarem a esta nova situação, a estes novos fatos. A diversidade entre povos e nações é imensa, mas este espectro apresenta a irreversibilidade inerente ao que se faz universal em si próprio: o desenvolvimento científico e tecnológico aliados ao crescimento econômico e comercial inevitável no planeta. Três conclusões essenciais e inafastáveis surgem deste fato novo chamado Globalização ou Mundialização.

1.1. A globalização é um fato irreversível.

A globalização –uma inter-relação global entre países e continentes, no planeta- **é um fato irreversível**. Estamos em um planeta. Todos esses países e continentes, por meio de seus povos, exercem uma espécie de cumplicidade em seu favor, admitindo-a subliminarmente nos aspectos político-jurídicos e expressamente nos âmbitos econômico-comercial e científico-tecnológico. A

globalização científica e tecnológica acaba por desenvolver outras espécies de globalização. A globalização de natureza econômico-financeira inclusive implicando, no dizer de Francisco Javier Caballero Harriet³³, um sequestro mundial do âmbito político pelo neoliberalismo, tornando a política dependente das necessidades e interesses econômico-financeiros e entrando em evidente crise e choque com o Poder Judiciário, que passa claramente a ser um adversário da política, criando-se verdadeiras situações curiosas de *judicialização da política e da politização do judiciário*³⁴, em defesa de direitos e garantias fundamentais, dos direitos humanos, da cidadania e da dignidade da pessoa humana, o que cristalina e torna a globalização irreversível como vimos afirmando.

1.2. A globalização é contingente, gradativa e circunstancial.

A globalização, mesmo sendo irreversível não é obrigatória ou única na sua aplicação, mas sim **é contingente, gradativa e circunstancial**, pela própria

³³ **CABALLERO HARRIET**, Francisco Javier. *Algunas Claves para otra Mundialización*, Ed. FUNGLODE-Txalaparta, 1ª. edición, 2010, Navarra, 305 páginas.

³⁴ Sobre a **politização do Poder Judiciário**, nos mais diversos países da América Latina e América do Sul, inclusive, e principalmente, no Brasil, deve-se fixar atenção na tentativa, ainda em curso, de aparelhamento do Estado por meio de algumas organizações político-partidárias no sentido de envolver partidariamente ou partidizar juízes ou magistrados, seja por meio do controle político partidário de suas associações de classe, ou, ao argumento falacioso de criação de instrumentos mais democráticos, pelas nítidas tentativas de politização partidária de eleições para as presidências e gestões dos tribunais estaduais e regionais intermediários sem qualquer limitação de hierarquia de carreira para o exercício presidencial das cortes judiciais, com o objetivo de permitir que um juiz de menor hierarquia e tempo na carreira venha a exercer a presidência de uma Corte Judicial subvertendo a hierarquização da própria carreira que deixaria de ter sentido. Outra hipótese jamais vista na história judicial do Brasil, mas possível de se efetivar é o controle ideológico-partidário da Corte Suprema (o Supremo Tribunal Federal, no Brasil) em que para a nomeação de um ministro do Supremo Tribunal Federal se exige apenas que o cidadão seja portador de **reputação ilibada e tenha notável saber jurídico**, o que ultimamente não vem acontecendo nas nomeações efetuadas pelos Presidentes da República recentemente eleitos pelo Partido político detentor do Poder, havendo um justo receio de que o Supremo Tribunal Federal, nos próximos anos, venha a obter um posicionamento ideológico predominantemente político-partidário, viciando suas próprias decisões em relação à sociedade e sua imensa maioria. Se exitosas tais tentativas isto significaria evidentes apropriação e aparelhamento do Estado por um único partido político, em nítida violação constitucional ao princípio da igualdade de oportunidades e de direitos (princípio democrático). Quanto à **judicialização da política** cada vez mais se apresenta necessária, não que os magistrados estejam querendo ser representantes populares no Parlamento. Ao contrário. É o nível de corrupção no meio Legislativo que cada vez mais se opera e cresce, ou os produtos legislativos (elaborações de leis) que cada vez mais se apresentam ilegais e/ou inconstitucionais (porque elaboradas no exclusivo interesse de grupos e setores da sociedade, sem qualquer caráter de generalidade) em sua promulgação, exigindo que o cidadão comum judicialize suas demandas e seus direitos de molde a se posicionar contra leis ilegais ou inconstitucionais.

natureza de sua evolução, na complexidade do mundo atual e do imenso –em quantidade- e complexo –em natureza- número de relações produzidas em âmbito global ou mundial, porém ela é permanente em existência e desenvolvimento, e não decorre de um sistema econômico único e se mescla e se põe adequada a todo e qualquer sistema econômico e por isso, demonstra a efetiva natureza dialética e holística de sua *essência* e de sua *existência* no planeta. Esta situação –a globalização, sob o ponto de vista neoliberal econômico; ou mundialização, sob o aspecto sócio-político e humanista, como queiram- admite uma mescla de sistemas, e por isso, **contingente, gradativa e circunstancial**.

Contingente, porque não se apresenta obrigatória em todos os níveis e tampouco em todos os países, razão da própria situação e nível de desenvolvimento e crescimento econômico, cultural, social e político de cada país ou região geográfica mundial.

Gradativa, porque pela própria razão das características distintas de cada região ou país e pela forma de integração a mercados e uniões comerciais, pela forma de interação com a modernidade da ciência e tecnologia e o cumprimento de seus planos de desenvolvimento econômico e político não consegue se aplicar de modo uniforme a todos, perfazendo-se em gradação por implementação dos planos (e políticas) públicos e privados e integrações internacionais e inter-regionais.

Circunstancial, porque dependente da situação específica e circunstância, histórica, política, econômica de cada país ou região no modo de sua aplicabilidade e implementação, podendo sofrer atrasos, retrocessos ou avanços e crescimentos, enfim, à situação de uma adequação a um ambiente planetário em totalidade.

1.3. A regência da globalização deve se dar por um sistema interativo de fenômenos sociais, valores éticos e normas vigentes.

Ante a sua característica inarredável de mundialidade (planetaridade), **a regência da globalização deve ocorrer** não apenas pelas leis de mercado, ou pela interação científico-tecnológica, mas igualmente **por meio de um sistema**

integral e interativo de fenômenos sociais, normas vigentes e valores éticos que viabilize, respeite e compreenda as diversidades e culturas distintas, pelo qual se permita o exercício de um controle social adequado a cada realidade, mas que faça resultar uma harmonização aos fatos e às necessidades globais e **que se lhe reconheça aplicável à sua característica de universalidade** e permita adotar uma ética das diferenças e a inexorabilidade dos **Valores Éticos**, a singularidade dos **Fatos ou Fenômenos Sociais** e a aplicabilidade de **Normas Vigentes**, **SEJA O QUE FOR (identidade), EM QUE TEMPO FOR (tempo), EM QUALQUER LUGAR QUE SEJA (lugar) E PARA A FINALIDADE ÉTICA QUE SEJA (finalidade)**, direcionados todos, para a distribuição de efetiva **Justiça** ao Cidadão e aos povos e nações do planeta, de modo não a separar ou distinguir, mas a unir, em compreensão de sistemática de direito e de cidadania, todos os povos e culturas, guardando-se as diferenças e considerando-se essa nova natureza holística, globalizante e interativa.

1.4. Cuidados com a participação globalizante.

Consideradas essas três conclusões, como se disse, a manifestação deste espectro é irreversível, científica, tecnológica, econômica, comercial, e dir-se-ia até mesmo política, que possibilita a formação indispensável de blocos regionais econômicos e de produção e que encaminha inteiras regiões, países e continentes para uma unificação política que, em pouco tempo, além de econômico-produtiva, dar-se-á como cultural, eliminando, ou ao menos reduzindo o antagonismo das barreiras das fronteiras e das particularidades nativas e construídas de cada e em cada região.

O estudo que aqui se fez visou a atender ao Doutorado em Sociedade Democrática, Estado e Direito da Universidade do País Basco, com vistas à Globalização. Não pretendo, com ele, discutir as características da própria Globalização como política econômica neoliberal para o mundo, nem mesmo considerar outras formas mundiais de entender-se o fenômeno dessa universalização como a denominada Mundialização, pela corrente francesa que repudia a visão neoliberal, ou suas diferenças no próprio planeta, embora isso

se vá levar em consideração.

Esta Globalização de que falo não é, *necessariamente*, um mal. Na verdade, o mal que advém com esta chamada Globalização é a aplicação indiscriminada, em forma de utilidade disfarçada, do chamado **neoliberalismo** econômico, ao qual se junta o **iuspositivismo** como seu sustentáculo de ordem jurídica, e no âmbito cultural, o **consumismo**, e no âmbito ético, expresso no **banalismo** ou **liberalidade desenfreada nos costumes**, que, ao argumento de maior liberdade no exercício de direitos, vem a permitir toda e qualquer afronta aos direitos e garantias individuais e coletivos e à dignidade como elemento fundamental da Cidadania e seus valores.

A esta Globalização, poder-se-ia chamá-la de ***Internacionalização***, dado o nível de interação entre as nações que ela promove. Mas merece *cuidados*, atenções, cautelas na inserção de países em seu seio, em sua participação, a saber:

Primeiro, a preservar as culturas de cada região, ainda que venham a unificar-se algumas atitudes cosmopolitas em procedimentos universais, mas sempre reconhecendo-se o respeito à singularidade nativa de cada uma.

Segundo, de molde a assegurar que o desenvolvimento científico e tecnológico permita o desenvolvimento e a produção regionais e viabilize a adequação às realidades econômico-culturais regionais, respeitando a natureza diversa de cada região ou continente.

Terceiro, urge retomar os sistemas de direito existentes e reconstruí-los, para adequá-los a este novo espectro que ronda o Mundo e que não apenas veio para ficar, mas que já está, já existe, não somente aos fatos globalizantes, mas principalmente, àqueles em que se considere, na prática do Direito e da Justiça, as diversidades regionais e continentais, tanto aquelas oriundas dos fatos da natureza (naturais), como aquelas advindas da transformação produzida pela participação do ser humano no planeta, que agreguem conhecimento e experiência (culturais)³⁵.

³⁵ No Curso de Pós-Graduação e Formação Contínua de Doctorado e Máster em Sociedad Democrática, Estado y Derecho da UPV-EHU, conforme o Prof. FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS, o *lehendakari* —em *euskera*, o líder, o então presidente do País Vasco— JUÁN JOSÉ IBARRETXE criou o *neologismo glocal*, palavra formada do prefixo de ‘*global*’ e do sufixo de ‘*local*’ significando o sentido *global* de convivência internacional e sua interação com a cultura *local*, utilizando-se os três cuidados acima mencionados que resguardam o sentido ***glocal da integração e da interação contemporâneas***.

Para atingir este terceiro *desiderato*, referente ao estudo dos diversos sistemas de direito com a finalidade de adequá-los à globalização inevitável, é necessário reafirmar, a todo instante, como já o fizemos –para que nisso não se caia de novo- que a construção desses mesmos sistemas de direito distintos tomou como fundamentos as suas diferentes **culturas (distintas identidades nacionais), épocas históricas (distintos tempos), regiões (distintos lugares) e projetos de nação ou estado (distintas finalidades nacionais)** e desta confluência de elementos em cada região resultaram diversos ordenamentos e sistemas de direito, porém todos impondo normas para conquista e manutenção de poder aos seus súditos ou concidadãos.

Como o meu intento final é desenvolver um método de compreensão dos fenômenos sociais, dos valores éticos universais e das normas vigentes que de tal modo se associe a esses elementos e os levem em consideração e que, dessa maneira, venha a permitir, metodologicamente ao julgador constitucional (o **Juiz Natural**), no processo e no exercício de ritos e procedimentos judiciais, realizar a compreensão dos fenômenos naturais e culturais submetidos a um conflito de interesses, junto ao Poder Judicial, faz-se imprescindível, primeiramente, para a obtenção deste fim, neste caso, um breve estudo das efetivas condições de aplicabilidade dos diversos sistemas de direito vigentes do final do século XIX ao início do século XXI, a fim de que possamos situar a necessidade de mudança da metodologia e da teoria da decisão judicial para formação de juízos de valor, com valores éticos interativos no processo ainda que em diferentes regiões e culturas.

2. OS SISTEMAS DE DIREITO, SUAS ORIGENS DISTINTAS, PORÉM DE INEGÁVEIS NATUREZA E INFLUÊNCIA POSITIVISTAS, INSUFICIENTES À DISTRIBUIÇÃO DE JUSTIÇA.

2.1. A natureza positivista dos sistemas de direito.

A análise da origem e da natureza dos sistemas de direito distintos é necessária para que se veja a imprescindibilidade de criação de um novo método ou dialética de produção de juízo de valor. Não se trata aqui de demonstrar a proeminência de um sistema sobre o outro, a maior importância,

nem a sua primazia, ou relevância ou prioridade. Nem mesmo a análise detalhada de suas manifestações mais peculiares e adstritas à realidade de cada região, mas sim a origem, a natureza e a estrutura iuspositivista de sua organização e manifestação nas diferentes regiões, suas exteriorizações mais pontuais e destacadas, e também, o evidente ponto comum de aplicabilidade de um positivismo jurídico. E de como o iuspositivismo naturalmente restringe a aplicação da **justiça-na-decisão**.

Observo que tampouco é meu interesse aprofundar no estudo da natureza da cada sistema, mas sim comprovar a sua evidente natureza iuspositivista e essencialmente normativista, sem qualquer preocupação em fazer **justiça-nas-decisões** aos seus cidadãos, fazendo-se criar o mito de que justiça é fundamentalmente um conceito absoluto, abstrato e impossível de se concretizar e de que se a lei é produto de um representante, ou de um conjunto de representantes eleitos pelo povo, a atuação desses representantes produzirá, sempre, uma lei justa. Isto é um argumento retórico produtor de mitos. É preciso, de vez por todas, espancar tais mitos. Principalmente este.

Impende, também, a análise de que, por uma extrema necessidade de poder e de dominação, os sistemas de direito, com suas diversidades características das diferenças climáticas, culturais, raciais, linguísticas e das próprias relações de produção, todos, sem exceção, apresentam níveis de positivismo mais ou menos acentuado e fundam-se nessa estrutura teórica amplamente autoritária e formal, que é o iuspositivismo, indiferente à realidade social, pragmática –e, às vezes, até utilizando-as- quanto à realidade científica, e completamente desinteressada dos valores éticos e obstinada quanto à necessidade de manutenção de poder e segurança aos dominantes.

O que importa considerar -e esta é a minha preocupação para o momento- é mostrar que a natureza inerente aos diversos sistemas de direito, ainda que distintos entre si e então produzidos nas mais diversas regiões do planeta, sejam de índole religiosa, ou laica, mas política, seja visto como instrumento de dominação econômica ou como mero resultado de um iusnaturalismo nacionalista, seja em que sentido for, essa natureza sempre apresentou critérios, princípios e características de construção ou normativista, ou positivista, em seu assentamento filosófico, em suas bases, ainda que teoricamente o combatessem, porquanto pelo singelo fato de que não se

permite, para o exercício do Poder, uma estruturação de ordem jurídica que não seja positivista, coercitiva e sancionadora, tornando-se, à toda evidência, desimportante e mesmo irrelevante a distribuição efetiva da **Justiça** e de extrema relevância a solução rápida dos conflitos.

A este respeito, é interessante observar que **a distribuição de Justiça, nos sistemas jurídicos pelo mundo afora, de há muito, é um atributo individual de cada juiz, dependendo de sua atuação personalíssima e de um alto grau de discricionariedade.**

No Brasil, pelo menos, e creio que em outros países também, o Poder Judiciário não possui, ainda, uma estrutura nem organizacional-funcional, nem jurisdicional-judicial, nem mesmo administrativo-financeira, suficiente e capaz de assegurar a **justiça-nas-decisões**, sendo esta questão, um resultado, volátil e incerto, e muitas vezes, impreciso e ainda dependente da atuação personalíssima do juiz na emissão de seu juízo de valor, como também da atuação de outros Poderes da República .

Na verdade, há tentativas heróicas e programas concretos, com resultados efetivos e positivos, em elevado desenvolvimento e execução, iniciados pelo **Conselho Nacional de Justiça - CNJ**³⁶ da República Federativa do Brasil, desde sua criação, consubstanciados, apenas para citar alguns, à guisa de exemplo, nos programas **Acesso à Justiça**³⁷; no programa **Assuntos Fundiários**³⁸, contendo a **Lista Suja de Trabalho Escravo**; no programa **Direitos Humanos**³⁹, contendo o controle e a **Lista do Tráfico de Pessoas (de crianças, homens e também 'la trata' = o tráfico de mulheres)**; no programa **Eficiência, Modernização e Transparência**⁴⁰, no qual se pode encontrar 20 (vinte) programas específicos sobre o controle, o desenvolvimento, execução e atuação do **Poder Judiciário Brasileiro** (controle dos tribunais e magistrados em geral), programas esses que monitoram e criam melhores condições de julgamento, mas não extirpam,

³⁶ Vide o link <http://www.cnj.jus.br>, acesso em 07/09/2014.

³⁷ Vide o link <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica>, acesso em 07/09/2014.

³⁸ Vide o link <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/forum-de-assuntos-fundiarios/lista-suja-do-trabalho-escravo>, acesso em 07/09/2014.

³⁹ Vide o link <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/cidadania-direito-de-todos/trafico-de-pessoas>, acesso em 07/09/2014.

⁴⁰ Vide o link <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia>, acesso em 07/09/2014.

ainda, a imensa influência da subjetividade no ato de julgar, porquanto esta é decorrente da execução do próprio sistema de direito vigente, cuja natureza é amplamente iuspositivista⁴¹.

Portanto, não se trata de retirar-lhe, ao julgador, a convicção pessoal que fica— e deve ficar— sagradamente resguardada, mas há de se espantar a incidência de qualquer tipo de subjetividade maior, a não a ser aquela da avaliação objetiva do fenômeno social pelo juiz dentro de parâmetros também objetivos.

Por outro lado, e aprofundando a questão, sobreleva notar que em análises ou estudos efetuados sobre sociedades primitivas é comum a tentativa —absurda—, realizada por países de histórica natureza colonizadora, de negar-se o conteúdo jurídico a ordenamentos normativos de sociedades desse nível de evolução científica ou tecnológica, em virtude da comparação ao direito existente em sociedades científica e tecnologicamente mais evoluídas⁴², como se o menos desenvolvido econômica ou científico-tecnologicamente não pudesse ser justo ou ter critérios de justiça. Esta observação, como critério de correção metodológica deve ser efetuada.

O importante, no dizer de Mario Losano, *infra*, é que se obtenha um critério mais concreto de avaliação que consista saber com quais regras essa sociedade primitiva administra suas relações de produção e qual o desempenho dessas normas para as tarefas que lhe impõe essa sociedade, a fim de que se evitem a formação de juízos de valor e de pré-conceitos ou pré-noções de uma sociedade, de uma cultura, para outra, como se a homogeneidade fosse o ponto comum entre elas e que, em razão disso, algumas fossem melhores que as outras. Na verdade, se isto se dá com o Poder Institucional exercido, o mesmo se dá com os ordenamentos jurídicos e igualmente com a necessidade de **justiça-nas-decisões**.⁴³

⁴¹ É imperioso e relevante que se ponha em destaque, aqui, a heroica atuação do **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ** —à época presidido pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, na gestão do Min. **JOAQUIM BARBOSA**, e nas mais variadas gestões e períodos— desde o ano de sua criação até os dias atuais, em que teve atitudes e posicionamentos de ética e moralidade para com a Magistratura Nacional, depurando-a e tornando-a adequada a um País que deve ser sério e ético em suas instituições, principalmente em se tratando do Poder Judicial.

⁴² **LOSANO**, Mario G.. *Os grandes sistemas jurídicos*, tradução Marcela Varejão, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2007, página 17, *in fine*, destacando a importância, para um resultado veraz da análise da realidade, da identificação apropriada das regras e métodos utilizados pelas diferentes culturas e sociedades para solução de seus próprios litígios. E com isso, afirmo que o embrião de um direito intercultural novamente se apresenta como espectro necessário à **justiça-nas-decisões**.

⁴³ Chamo a isto de *compreensão antropológica* da metodologia de análise de um fenômeno, ou no dizer

É Losano⁴⁴ que, usando do método antropológico ou fenomenológico de compreensão cultural, destaca, *ipsis verbis*:

“(...) Não existe, portanto, um direito positivo intrinsecamente melhor que outro: existem apenas direitos historicamente mais ou menos adequados para regulamentar certas relações de produção e de propriedade.(...)”

E continua nos ensinando *verbi gratia*:

(...) Como a noção de propriedade é um aspecto de uma certa cultura, o direito limita-se a proteger a forma de propriedade típica de uma certa época histórica. Se algumas características são comuns e podem ser encontradas sempre e por toda a parte, isso se deve ao fato de propriedade e direito dependerem, em última análise, da fisiologia humana. Sendo o ser humano um animal terrestre e onívoro, sua noção de propriedade é, antes de tudo, a de propriedade da terra, uma vez que – não obstante todos os progressos científicos – ainda não se descobriu um meio mais simples e econômico que a agricultura para transformar substâncias inorgânicas em substâncias orgânicas.(...)”

E assevera, dando a compreensão definitiva de interação com vetores naturais sem se dar conta de sua importância metodológica permanente para uma decisão judicial, *exempli gratia*:

*(...)Mesmo partindo desse dado comum, contudo, o **direito se configura diferentemente, no tempo e no espaço**, assim como a paisagem assume configurações diferentes sob a mão do homem: direitos e paisagens refletem um certo tipo de propriedade. E vice-versa um certo tipo de propriedade requer certas formas climáticas e*

de EDMUND HUSSERL, a *fenomenologia da essência*.

⁴⁴ LOSANO Mario G., *op.cit.*, págs. 18-19.

*ambientais*⁴⁵, (...)”(as palavras não estão *em negrito* no original)

Diante dessas considerações que cabalmente demonstram que a diversidade de sistemas jurídicos mantém uma linearidade histórica substancial em razão das necessidades humanas -permanentes, de relações humanas e sociais- ou uma certa similitude, nos diferentes povos, regiões e países, quanto à natureza da coerção no âmbito do Estado e da sua atuação coercitiva no plano social, vamos observar, pois, a natureza dos seguintes sistemas de direito para que se compreenda melhor o nível de positivismo e normativismo⁴⁶ neles inserido e identificados como **sistemas jurídicos de relevância mundial**, segundo as classificações obtidas de John H. Wigmore⁴⁷, Alessandro Pizzorusso⁴⁸, Michel Villey⁴⁹, René David⁵⁰ e Mario G. Losano⁵¹ e que ao nosso ver, na atualidade se apresentam e são identificados nos mais diversos países e regiões, pelas mais diferentes razões, seja porque adotam sua forma e estrutura em grande quantidade de países, formando comunidades jurídicas de estruturas

⁴⁵ Como se pode observar, **MARIO G. LOSANO**, no texto acima, conjuga praticamente todos os vetores naturais que preconizo aplicáveis para formação do iusinterativismo, aplicando-os para uma adequada e iusinterativa conclusão sobre o que deva ser entendido como sistema de direito adequado a cada cultura. Com isso realiza uma análise iusinterativa, justa, correta e adequada ao fenômeno social em apreciação, tornando o sistema de direito um efetivo distribuidor de *justiça-nas-decisões*, método evidentemente nunca obtido e efetivamente desprezado por **HANS Kelsen**, diante de sua aversão à utilização da ética por não compreendê-la de aplicação relativa, ainda que de expressão universal.

⁴⁶ Neste caso, quando falamos em positivismo ou normativismo para análise das manifestações históricas dos sistemas de direito, não estamos a falar do comtismo ou do kelsenismo simplesmente, mas sim da exacerbação, do exagero, do excesso de apego à incidência normativa e sua normatização para que a sociedade tenha um ordenamento que venha a configurar segurança jurídica às relações de produção e sociais. De outro modo explicaremos que a nossa proposta não é um transplante ou uma transferência de direitos (*legal transplant*) do ou ao sistema do **Common Law**, pois neste sistema anglo-saxônico também se encontra a impropriedade positivista, mascarada sob outras técnicas de dominação e de imposição do iuspositivismo. Sem dúvida, é do Positivismo de **AUGUSTO COMTE** e do Normativismo de **HANS Kelsen** que emergem, o que hoje denominamos de Positivismo Jurídico, adornado pelo Neo-iuspositivismo de **NORBERTO BOBBIO** e pelo Pós-iuspositivismo de **HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART**, mas, na maior das vezes tais teorias de dominação do poder surgiram bem posteriormente à época do nascimento dos sistemas de direito em análise, o que respalda o nosso entendimento de que os sistemas de poder construíram as suas teorias positivistas do direito com o fim exclusivo de manutenção das conquistas de poder (*f=finalidade*) em suas mais diversas épocas (*t=tempo*), em suas mais diversas regiões (*l=lugar*) e em suas mais diversas situações (*i=identidade*).

⁴⁷ **WIGMORE**, John H., *A Panorama of World's Legal Systems*, Saint Paul, Zest Publishing Company, 1st edition, 1928, págs. 1-1146.

⁴⁸ **PIZZORUSSO**, Alessandro. *Sistemi Giuridici Comparati*, Giuffré Editore, seconda edizione, Milano, 1998.

⁴⁹ **VILLEY**, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, trad. Claudia Berliner, Martins Fontes Editora, 1ª edição, São Paulo, 2005, págs. 1-755.

⁵⁰ **DAVID**, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*, tradução de Hermínio A. Carvalho, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2002, 687 páginas.

⁵¹ **LOSANO**, Mario G., *op.cit.*, 677 páginas.

normativas comuns, seja porque demonstram a acuidade e a fidelidade acerca da natureza e fundamento religiosos para sua aplicação, seja porque possuem contornos e essências político-ideológicos iguais ou próximos à igualdade, seja porque são resultado de colonizações ou dominações em países de importância estratégica mundial, permanecendo relevantes em visão político-econômica para o século XXI e sua realidade global, a saber: **a. sistema jurídico romanístico; b. sistema jurídico anglo-americano; c. sistema jurídico russo; d. sistema jurídico islâmico; e. sistema jurídico chinês; f. sistema jurídico africano; g. sistema jurídico indiano; h. sistema jurídico israelense; i. sistema jurídico nipônico.**

Observe-se a influência normativista ou positivista na estruturação dos sistemas, ainda que os tenhamos distintos e adequados à realidade cultural de cada país: *isto significaria que suas decisões seriam injustas quando comparados uns sistemas com os outros?* Aparentemente não em razão das diferenças entre eles existentes, porém, em função da natureza positivista, da imutabilidade de preceitos e princípios, a desconsiderar a aplicabilidade de **vetores naturais geodésicos** (tempo e lugar) e **ônticos** (identidade e finalidade), isto levaria a uma situação de características insuficientes e parciais em aplicação para a solução do conflito. Mas quando se comparam os sistemas, vê-se imediatamente a adequação a cada cultura, porém, não havendo garantia de qualquer **justiça-nas-decisões** nesses sistemas.

Seria, assim, interessante indagar: “- **E mesmo que as fontes de direito, de sistema a sistema, fossem distintas, não estariam a comprovar uma hipertrofia da norma, do normativismo em todos eles, como se a norma legislada ou positivada –a norma escrita-, ou então a norma explicitada –a norma oriunda das fontes consuetudinárias, dos precedentes ou das tradições religiosas- fossem os únicos modelos jurídicos, e, por isso, deveriam ser consideradas como os únicos exemplos de justiça, porém com as imperfeições críticas do próprio sistema?**”

E, ainda que tais sistemas viessem a considerar as suas imperfeições como eventos crônicos intrínsecos e que, na verdade, decorrem do próprio objetivo do sistema de direito, não ocorreria, por exemplo, uma espécie de impossibilidade de fazer **justiça-nas-decisões**, ou **iustitia in concreto** diante do normativismo e positivismo intrínsecos ao sistema?

Vou poder demonstrar ao longo deste trabalho que a natureza normativista, formalista e positivista de todos estes sistemas faz com que se apresentem em imperfeições legislativas, sistêmicas e normativas. Entretanto, vislumbro que, na atualidade estas imperfeições, de natureza intrínseca aos sistemas iuspositivistas, em sua imensa maioria são oriundas de casos novos (ainda não decididos e que a eles não tenham qualquer regra, preceito ou princípio aplicável para o qual seja necessário o estudo e a classificação de valor ético universal mais adequado segundo o fenômeno social apresentado).

É exatamente por isso que indago, se interagíssemos a tridimensionalidade cultural realeana à tetravetorialidade natural que sustento, não teríamos, aí sim, a efetiva distribuição de *justiça-nas-decisões* qualquer que fosse o sistema?

Ainda que tenhamos distintos sistemas de direito espalhados pelo planeta observamos que a compreensão da necessidade e da existência do direito – enquanto sistema de regulação de condutas públicas e privadas e de controle social e político- é considerada ***universal e permanente, imutável em existência, mas relativa em essência***, jamais absoluta, ou seja, estabelecida e compreendida de maneira única a todos os fenômenos com os quais venha a interagir, porém conduta apreendida e realizada local e regionalmente.

O direito é um sistema de valores com expressão universal, permanente, imutável em existência, mas a sua manifestação faz-se em apropriação, em aplicabilidade das mais distintas diversidades, utilizando-se do que chamo de ***interatividade***, em que ele, o direito, deve tomar a si, as suas próprias diferenças em razão de vetores indicativos da *identidade* do povo, da *época* (ou *tempo*) de sua constituição, do *território* ou *ambiente* (ou *lugar*) em que se envolve, e dos *objetivos* ou da *missão* (ou *finalidade*) de um povo ou de um País.

Além de ser um sistema porque detém, em si, uma razão prática –a regulamentação e o controle da conduta ético-social⁵²-, também se

⁵² Chamo a atenção de que a asserção confusa de que o “**direito não é ético; ética é a relação jurídica**”, *permissa maxima venia*, guarda um evidente sofisma, pois equivaleria dizer que ‘a sociedade não é social, social é a relação havida entre as pessoas’, quando é de uma obviedade singela que sendo o **direito** um sistema repositório de normas que visam a reger condutas em relações, **ele tem de ser ético**, (sob pena de admitir relações antiéticas e ilícitas) assim como **a sociedade é o conjunto de seres em relações havidas em seu seio, e por isso mesmo, sempre, sociais**. Tanto um, quanto o outro não se

consubstancia em um valor inerente à conduta humana, enquanto razão pura do próprio ser, de sua essência e existência. Todo o ser humano -ou comunidade humana- deseja ter a certeza e a segurança de regras de conduta aplicáveis em caso de conflitos sociais. ***Mas certeza e segurança, reproduzidas muitas vezes, sem justiça, é incerteza jurídica e insegurança social, em larga escala.*** Ao contrário do que se possa pensar, certeza e segurança podem sim, ser conseguidas e obtidas socialmente com justiça e celeridade e não com apenas com celeridade e segurança, ou somente com segurança.

Porque ***justiça***, um valor, universal em expressão, porém relativo a cada caso concreto, pode ser identificado, sim, como um elemento objetivo, bastando que para isso se efetue uma parametrização de sua objetividade aos casos concretos.

É, pois, de clareza solar essa propriedade –em termos de adequação- com que esse sistema e esse valor (*o direito como expressão do valor “justiça” e enquanto valor de igualdade de tratamento a todo o cidadão*), perdõem-me a insistência, se concretiza nos mais diversos locais, regiões, povos e nações, e tem natureza manifestamente ***relativa***, adequada a Vetores Naturais –como já demonstramos alhures, de ***identidade*** (com o povo ou nação), ***tempo*** (momento ou época próprios), ***lugar*** (território) e ***finalidade*** (missão e cultura de um povo), permitindo a compreensão ***exata*** das situações objetivas e subjetivas concretas.

No mesmo sentido ocorre com a Ética que se explica e se espraia de modo universal, fazendo permanentemente presentes os seus valores éticos em

dissociam de seus objetos de regência e investigação. O argumento de que ética seria a relação jurídica desvia o ponto central de estudo do direito –que é a regência de condutas, individuais ou coletivas, por meio de normas- para uma compreensão meramente sociológica, o que não se deve supor de modo exclusivo à formação de um sistema de direito ou do próprio direito. Não se poderia admitir nem mesmo implicitamente que as normas jurídicas não contivessem uma essência ética, mesmo aquelas de finalidade organizacional, pois estabelecem elas uma relação de ordem, de obediência e de hierarquia. A afirmação inicial deste comentário de que “***direito não é ético; ética é a relação jurídica***” não guarda qualquer lógica. A conduta unilateral também se perfaz jurídica e tem de ser ética igualmente. Ora, é um tanto óbvio que não existe qualquer direito para apoiar o que é ilícito, antiético, aético, imoral ou amoral, tendo sempre, por finalidade, o regramento de condutas, no seu sentido ético, seja unilateral ou em bilateralidade, mas sempre com atributividade –porque não se pode conceber um direito que efetue regências que não sejam éticas ou tampouco se pode admitir direitos que se destinem à prática de ilicitudes, mas sim de molde a regular condutas por normas ***mais-que-perfeitas, perfeitas, menos-que-perfeitas, ou imperfeitas***. Ou regula em direção à ética ou pune o que não seja ético. Portanto, tanto o direito é ético, quanto devem, suas relações jurídicas, ser éticas também.

sentido total, global, universal, porém, se aplicados às culturas e povos distintos ganhando contornos de relatividade como tudo o que acontece quando sói aplicar-se ao ser humano⁵³, tornando-se **glocal**⁵⁴.

Veja-se, portanto, a **primeira hipótese** que desejamos demonstrar e sustentar, qual seja a de que todos os sistemas de direito, porque iuspositivistas, não apenas são sistemas de controle social, mas igualmente jamais tiveram, como ainda não tem, a menor finalidade em distribuir justiça efetiva, ou praticar **justiça-nas-decisões (iustitia in concreto)**, como resultado da resolução de seus conflitos, e ao contrário do que se apresentam, não têm essa preocupação, na sua estrutura metodológica porque se atêm somente ao método subsuntivo e silogístico de raciocínio formal à compreensão do fenômeno social, e nem mesmo no seu fundamento filosófico que o entende como pacificador social e distribuidor de justiça pela simples aplicação do direito positivado ao fato regido por lei.

Por outro lado, advirto que, metodologicamente, optei por definir os sistemas de direito que seguem abaixo por um critério de importância de natureza **geopolítica**, no sentido de dar-lhes a importância em virtude da sua liderança mundial no âmbito geográfico e político do planeta, uma vez que minha principal crítica ao Iuspositivismo e/ou Normativismo é a de cumprir o estrito objetivo de aquisição e manutenção de poder nos Estados a que serve de método de ordenamento jurídico.

Daí a inclusão, a seguir, de sistemas de direito que aparentemente não possuem uma relevância jurídica, os quais, todavia possuem grande importância estratégica mundial e que, obviamente influenciam os cidadãos do planeta, mediante a globalização tecnológico-cultural, com seus ordenamentos jurídicos e legais e seus posicionamentos político-institucionais sobre conceitos de cidadania, de dignidade da pessoa humana, de liberdade de crença e de expressão, ou de liberdade de locomoção, de democracia e de justiça, valores

⁵³ Importante considerar os conceitos que adoto e construo de ÉTICA, MORAL E MORALIDADE constantes desta obra, *infra*, Capítulo 7 - *A Aplicação dos Princípios como Regra Interpretativa no Iusinterativismo*.

⁵⁴ Observe-se os caracteres e sentidos **universal** e **relativo** que explico aplicáveis ao conteúdo dos **valores éticos universais** constantes nesta obra, no *Capítulo 4 - O Iusinterativismo Real e Dinâmico*, item 3. *O Direito Intercultural em um Mundo Globalizado: o caso concreto do direito penal intercultural*, especialmente no subitem 3.2. *Bases e pressupostos universais (elementos substanciais de identificação de vetores e dimensões) para a construção de um direito (penal) intercultural*.

éticos universais que, ao meu pensar, devem ser mantidos e consagrados globalizadamente e que preconizo neste trabalho.

2.1.1. O sistema jurídico romanístico ou romano-germânico.

Este sistema de direito, surgido do direito romano, alastrou-se, mediante conquistas e colonizações e estendeu-se geograficamente desde a Europa Continental a parte da América do Norte (México), às Américas Central e do Sul e a alguns países da África de colonização francesa, portuguesa, espanhola, alemã e holandesa.

Na verdade, nunca se configurou um sistema puro, como também não se configura único, mas sim, no dizer Wigmore⁵⁵, **compósito (composto)**, diversificado nas suas origens e até hoje distinto, em cada país, de uma diversidade criativa, mas unificado, cujo exemplo maior e mais atual é, hoje, o denominado **direito comunitário europeu**⁵⁶, com suas ramificações nacionais próprias e mantidas no que não contrastem com a generalidade da União Européia, apresentou, historicamente, até mesmo uma constituição antagônica ou de oposição nas suas origens.

Teve a forte influência germânica pelas invasões góticas, os diversos reveses históricos, inclusive de lutas, revoluções e guerras⁵⁷ que alteram substancialmente a sua natureza, mas lhe imprimiram uma conformação positivista, rígida, embora com alguma influência germânica, influência esta até hoje sentida com a liderança evidente da República Federal da Alemanha junto à União Européia.

O direito europeu e germânico teve o seu primeiro diploma escrito e

⁵⁵ WIGMORE, John H., *A Panorama of World's Legal Systems*, Saint Paul, Zest Publishing Company, 1st edition, 1928, págs. 1131-1146.

⁵⁶ POZZOLI, LAFAYETTE. *Direito Comunitário Europeu – Uma Perspectiva para a América Latina*, Editora Método, 1^a edição, São Paulo, 2003, pág.59.

⁵⁷ Apenas para mencionar as mais importantes lutas e conquistas: as guerras góticas, aculturando conquistadores e conquistados no direito germânico e no direito romano seus respectivos territórios; a guerra dos 100 anos; a revolução burguesa de França, de ordem política; a revolução industrial, de ordem econômica; a revolução bolchevique na Rússia, de ordem política e econômica, a 1^a guerra mundial de 1914-1918, a 2^a guerra mundial de 1938-1945, mas sempre, em todas estas, determinando-se a necessidade de manutenção de um sistema jurídico consequente que expressasse permanência, detenção e manutenção do poder.

compilação por meio do *Codex Euricianus*, elaborado por Leo, a mando do Rei Eurico, por volta de 480 d. C., no século V, em Toulouse.⁵⁸

Todavia, a influência gótica não transmudou a natureza do direito, embora fosse evidentemente diverso na sua constituição em relação ao direito romano. O direito germânico, por exemplo, divergia fundamentalmente do direito romano em quatro pontos fundamentais:

- a. apresentava uma **natureza autônoma** do direito romano e oriunda do **costume**, da prática reiterada e habitual no âmbito social, de **máximas morais** assentadas na prática social e **não** decorria, **nem** estava **subordinado** a uma **autoridade divina ou monárquica**;
- b. ao contrário do direito romano, **não era escrito** e sua **tradição** era **oral** repassada por verdadeiros **enunciadores do direito** (*Gesetzssprecher*);
- c. sua **organização político-jurídica** era substancialmente **grupafamiliar** sob o **comando** de uma **autoridade paterna**;
- d. a manutenção da **origem familiar** se dava pela **consanguinidade materna**.⁵⁹

O mais curioso é que no seio do direito germânico, na produção de suas normas, encontram-se claramente, não apenas no seu conteúdo jurídico, a mescla de preceitos ora consagrados consuetudinariamente, ora já advindos de leis anteriores e consagradas, mas também a inclusão e mescla linguística de textos em *mallobergo* (francônio) a fim de que a leitura da lei ficasse mais acessível ao povo⁶⁰, nas mais das vezes, estabelecendo-se e aplicando-se como **regras de direito especial** (*germânico*) e de **direito geral ou comum** (*romano*) para sua harmonização social.

⁵⁸ LOSANO, Mario G., *op.cit.*, páginas 40-41; trata-se de Toulouse na França, com forte presença visigótica e, por isso mesmo, a localização necessária para a compilação do direito visigótico existente à época; *vide*, também o link http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Eurico, acesso em 08/09/2014.

⁵⁹ LOSANO, Mario G., *op.cit.*, página 38.

⁶⁰ Veja-se a este respeito LOSANO, Mario, *op. cit.*, pág. 41; e CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, tradução de Ellen Gracie Northfleet, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, página 31.

Aliás, é notável como se identifica, na História, a preocupação, antiga, porém, também atualíssima, de se fazer lei para a compreensão do povo. Nos dias atuais, esta é uma preocupação acadêmica e doutrinária constante, porém pouco reconhecida nas técnicas legislativas e forenses. Faz-se lei, ou legisla-se, sob os argumentos e justificativas de se viabilizar cada vez mais o exercício da Cidadania pelo Povo, mas obtém-se um resultado que não garante a sua prática –de Cidadania- ao jurisdicionado, igualmente não garantindo distribuição de **justiça-nas-decisões**.

Mais. A linguagem da lei ou de seus elaboradores ou operadores do direito, e a sua forma de elaboração pelo Poder Legislativo dificultam, como veremos mais tarde, o próprio acesso à justiça, uma de nossas preocupações com a presente obra que desenvolveremos mais adiante. A linguagem forense ou doutrinária passa a se constituir em verdadeiro óbice ao acesso à justiça,

De outro lado, observa-se que mesmo no direito privado ou no direito público europeu, pelas mais variadas épocas, encontram-se diversos exemplos dessa necessidade de certeza que somente a norma positivada –segundo os sistemas de direito positivistas e suas linguagens- poderia conferir, mas, repita-se, sem qualquer preocupação da distribuição de Justiça e, sim no direcionamento exclusivo de se por fim ao conflito e pela manutenção do poder. Um exemplo disso é o encontrado por meio da Glosa de Acúrsio (1181-1263), acerca da influência da Escola dos Glosadores na tentativa de adequar a norma à realidade pela análise da **verba legis**. Já a Escola dos Comentadores ultrapassa o limite da lei e da **verba legis** preconizado pela Escola dos Glosadores e avança para a verificação do **sensus legis** em transição gradual que, tendo em Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) o seu principal mentor, funda-se na utilização da dialética aristotélica para interpretação -e não mera exegese– das glosas e identificação de seu sentido para a realidade, por meio de comentários de natureza hermenêutica extensiva. Baseou-se no **ius proprium**, levando em conta a realidade própria de cada região, harmonizando o direito romano com o direito estatutário –**statuta realia** ou **statuta personalia**- das cidades italianas e com o **Corpus Iuris Canonici**.

O argumento **ac autoritatem** e sua exacerbação levou a situações tais, como a

“A doação de Constantino”⁶¹, a “Lenda de Lotário”⁶² e sua teoria da “*doutrina da translatio imperii*”⁶³, em demonstrações efetivas do uso e abuso da autoridade e a transformação do poder como elemento maior para a constituição do direito sem qualquer preocupação com o **justo** ou com a **verdade real**. Repito: a preocupação maior era a manutenção, a concentração e o exercício do poder. Razão dessas manifestações das Escolas de Glosadores e dos Comentadores, ao longo dos anos, passou-se a compreender a necessidade de se amoldar o direito aos fatos ou fenômenos sociais e ao direcionamento material e processual para a produção de uma verdade substancial, destacando-se, na História, a mudança substancial da criação de um direito moderno a partir da Revolução Burguesa de França, ainda que com a criação inicial e notável da Escola da Exegese, relevante corrente de interpretação gramatical e literal da lei, evidentemente restritiva de significado e conteúdo⁶⁴.

Esclareço que somente a partir do advento do Código Civil Napoleônico, foi possível estabelecer-se concretamente esta escola de interpretação, pelos burgueses revolucionários e adeptos de Napoleão, como forma de impedir que a nobreza exercente da magistratura –naquele momento a única classe conhecedora das leis e do direito francês- continuasse efetuando decisões judiciais contrárias à Revolução Burguesa, criando crises políticas reiteradas, mas ainda assim, como se pode observar, a criação da Escola da Exegese foi uma medida de política jurídica de dominação do sistema político-jurídico.

Daí a necessidade de um controle da interpretação judicial, formado e estabelecido pelas regras gramaticais de interpretação fixadas no próprio Código Civil Francês editado no período da regência de Napoleão Bonaparte. Vê-se, portanto, nestas circunstâncias em análise, em distintas épocas, a preocupação de juristas independentes, direcionada para a construção de um

⁶¹ LENDA DA DOAÇÃO DE CONSTANTINO, acesso disponível no link <http://conhecereis-a-verdade.blogspot.com.br/2012/10/a-doacao-de-constantino-e-outras.html>, acessado em 19/01/2015, 23h32min.

⁶² LENDA DE LOTÁRIO E A TRANSLATIO IMPERII, acesso disponível no link <http://pt.cyclopaedia.net/wiki/Translatio-imperii> acessado em 19/01/2015,

⁶³ LOSANO, Mario G., *op.cit.*, pág. 56.

⁶⁴ MELO, Liana Holanda De. **Hermenêutica jurídica: a escola da exegese e o mito da neutralidade** no link http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9031, acesso em 08/09/2014; também neste sentido, REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*, Ed. Saraiva, 27ª edição, 12ª tiragem, Capítulo XXI - Da Hermenêutica ou Interpretação do Direito, São Paulo, 2014, páginas 277-280.

direito material justo, de um direito material que regulasse as relações sociais, contudo, impossível de se realizar ante as necessidades de manutenção do poder, situação essa que hoje não se coaduna com a realidade, porquanto nos dias atuais, tal preocupação, residente na afirmação e efetivação da cidadania é muito mais positiva e incisiva em virtude das relações globais e de um nascente direito comunitário real e atual, vigente, em plena ebulição e realização para a obtenção e constatação da verdade real e material no processo.

A adequação de sistemas nacionais ao que hoje se pretende um direito chamado comunitário regional é baseado, em origem e essência, no atual direito europeu comunitário e com raras exceções discordantes, mas pontuais, razão da dificuldade de integração econômica e conseqüente regulação de suas atividades nesse âmbito, uma vez que a Europa, enquanto continente, em sua totalidade, ainda não está inserida na União Europeia.

Mas acima de tudo, a formação de um direito comunitário ou mesmo a reunião de países tão distintos em culturas, políticas e histórias e com tradição de oposições viscerais e guerras mundialmente predatórias, em uma União Europeia faz crer, ainda mais, que esse resultado obtido se origina da necessidade de manutenção de poder no âmbito mundial, de conservação e preservação de posição no cenário mundial-econômico e sócio-político sem o que, por uma possível rarefação de atuações políticas e redução da importância comercial dos Estados europeus, isoladamente, levaria a conseqüências, como a perda efetiva de poder de barganha para qualquer negociação mundial (ou seria entre-regiões ou entre-nações?)

De toda a sorte, permanece, contudo, o debruçar sobre um direito que expresse as relações de produção, as necessidades comerciais e simultaneamente atenda aos direitos de cidadania e mantenha o respeito às diferenças, tratando desigualmente os desiguais. Esta equação é de difícil solução.

A expressão do princípio da igualdade, em concretude, somente se dá na medida em que aplicado entre os cidadãos cuja situação se apresente de modo desigual, suprindo-lhes a desigualdade em favor do mais desigual, como o dizia Rui Barbosa.

Rui apresenta e efetua distinções invidáveis sobre a atuação do estudante de

direito e as carreiras de advogado e magistrado, afirmando que o princípio da igualdade deve constituir-se em conceder-se **um tratamento desigual aos indivíduos que se apresentem em situações desiguais**. Diz Rui Barbosa, literalmente, nesse brilhante e memorável discurso e lição que denominou **Oração ao Moços**⁶⁵, em 1921:

“(...)A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. (...)Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.(...)”

Assim, no sistema de direito romanístico, de influência germânica também, em se tratando do processo e da jurisdição, importa considerar aqui que não é suficiente para a concessão do princípio da igualdade entre cidadãos, no âmbito processual e jurisdicional, a simples constatação da imparcialidade do Juiz no processo. É preciso que, na ocorrência das diferenças reais, de desigualdade de cidadania entre as partes, que lhes venha a afetar os seus direitos processuais, podendo inclusive, atingir seus direitos materiais, conjuntamente elas venham a ser tratadas desigualmente, aproximando-se o julgador, em garantias processuais, à menos favorecida, e mantendo a imparcialidade meritória e material como um todo. Aí se dá realmente a expressão da Justiça, em atitude iusinterativa do Juiz; mas, isto, somente poderá ocorrer se ao julgador e às partes envolvidas (não só às partes processuais) for garantido o direito de livremente instalar e desenvolver o processo **iusinterativo** como método de solução do conflito, com **justiça-nas-decisões** e não como mero instrumento de por fim ao processo conflituoso,

⁶⁵ **BARBOSA**, Rui. *Oração aos Moços*, edição popular anotada por Adriano da Gama Khoury, Edições Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1999, 51 páginas; sobre esse autor e essa obra por ele escrita esclareço que se trata de **RUI BARBOSA**, um dos mais eméritos brasileiros conhecedor da Língua Portuguesa brasileiro, nascido no Estado da Bahia, insigne jurista, professor, filólogo e Senador da República Brasileira, e sua obra *Oração aos Moços*, originariamente um Discurso de Paraninfo na Formatura da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, lido, em seu lugar, por seu amigo Reinaldo Porchat, para a Turma de Graduandos de 1920, porque Rui se encontrava doente para comparecer à solenidade, tornou-se uma peça clássica para a definição, conceituação e caracterização das principais carreiras jurídicas e dos princípios éticos do direito que devem ser seguidos por todos os profissionais e operadores do direito, inclusive os recém-graduados a quem fez dirigir suas palavras. Disponível em http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/doc/artigos/ruibarbosa/fcrb_ruibarbosa_oracao_aos_mocos.pdf, acesso em 08/09/2014, 18h21min.

como sói acontecer, mas, sim, cumprindo, o que denominamos de Razoamento lusinterativo proporcionando o lusinterativismo, o Direito Interativo.

Outro exemplo de manifestação do sistema de direito romanístico é o que se manifesta na América do Sul a qual tem a oportunidade de realizá-lo comunitariamente a partir do MERCOSUL para a constituição de uma verdadeira União Sul-Americana e a formação de um real direito comunitário sul-americano que, todavia deve guardar outros métodos diversos para a apreensão dos valores, a compreensão dos fatos e a aplicação das normas à realidade social e econômica.

A América Latina, representada essencial e principalmente pelas Américas Central e do Sul, ambas, sempre mantiveram e ainda mantêm a mesma configuração positivista do sistema de direito dito romanístico, mas em todas as suas manifestações, mesmo com as lutas libertárias dos povos nativos conquistados, na América Espanhola, ou ainda, no Brasil (América brasileira, de origem colonial portuguesa), apresentaram-se, do mesmo molde, apenas com pequenas influências nativas e indígenas, porém com uma natureza autoritária e, como se diz, com o direcionamento do sistema de direito para a manutenção do poder e não para a distribuição da justiça.⁶⁶ Ao contrário, são imensas e inúmeras as histórias de opressão, exploração, repressão e escravidão ocorridas tanto na América espanhola, como no Brasil (América brasileira, de origem colonial portuguesa), tendo como instrumento de dominação e controle o próprio sistema de direito positivista.

Todos sabemos que a instituição de sistemas de direito na América espanhola e no Brasil se deu a partir de guerras de conquista e de interesses de dominação de colônias implantando-se o direito do colonizador na colônia.

Até hoje estes sistemas de direito servem a esse objetivo de controle social, obviamente não mais enquanto colônias, mas enquanto países independentes cuja dominação é exercida por uma classe política e econômica ou por um acordo de dominação política vigente entre classes, mantendo-se a natureza do mesmo sistema então vigente na época da colonização, apenas atualizando-se-lho e complementando-se-lho, ainda que, nos dias atuais se

⁶⁶ **GALEANO**, Eduardo. *As Veias Abertas da América Latina*, tradução de Sérgio Faraco, Ed. LPM , Coleção LP&M Pocket, Porto Alegre, 2013 , 400 páginas.

demonstre um fim de obter justiça para solução dos conflitos⁶⁷.

O processo, como instrumento de pacificação social, no iuspositivismo, não passa de mero apêndice e expressão coativa e coercitiva do poder instituído e constituído e não um instrumento de efetividade do direito, da cidadania e de justiça, que expresse o poder judicial como um elemento pacificador constitucional de conflitos sociais, como hoje alguns de nós o entendemos, e mais, como **justiça-nas-decisões**, como o queremos finalmente.

2.1.2. O sistema jurídico anglo-americano.

Este sistema, apesar de se consistir em natureza amplamente diversa daquela do sistema de direito romanístico, deste teve influência, como também do direito germânico.

Razões históricas de cismas e dissensões famosas -que todos sobejamente conhecemos da época de Henrique VIII- com a Igreja também justificaram a influência reduzida do direito romano no Reino Unido.

De outro lado, vemos a especificidade e tipicidade do Poder Judicial que, em exercício, demonstra que a homogeneidade da classe profissional (juízes e advogados), a centralização judiciária (poucos tribunais a exercer o juízo e o direito) e a unidade judiciária (em virtude da inexistência de separação entre órgãos públicos e privados para o estabelecimento do direito e quase nenhuma distinção entre o direito administrativo e o direito constitucional) determinaram, no Reino Unido, a formação de outro sistema de direito em que o direito romano não pudesse exercer a sua forte influência normativista, legalmente reafirmativa.⁶⁸

Todavia, isto não impediu que se efetivasse, segundo Losano, a compreensão de que

“(...) em cada sistema jurídico a exigência de certeza

⁶⁷ Atualmente há um esforço de alguns dos atuais governos sul-americanos em modificar esses sistemas de direito, ampliando os direitos nacionais e fundamentais ou reconhecendo direitos interculturais e humanos que respeitem diferentes comunidades nacionais ou o chamado Estado Plurinacional, tais como na Colômbia, na Bolívia, na Guatemala, no México e em outros. No entanto, ainda estes sistemas resultantes constituem-se em tentativas incipientes de aplicabilidade de **justiça-nas-decisões**, porque ainda dependentes de uma alta discricionariedade judicial sem a fixação de parâmetros como entendo de construir nesta obra.

⁶⁸ **LOSANO**, Mario G., *op. cit.*, pág 327.

*parece prevalecer sobre a de flexibilidade (...)*⁶⁹

e ainda assim, o sistema inglês fez produzir várias manifestações jurídicas de controle social (desde o **Common Law**, passando pelo **Statute Law**, pela **Equity** e pelo **Customary Law**)⁷⁰ que acabou por fazer prevalecer, em alguns momentos, normas consuetudinárias estabelecidas pelos juizes em razão de uma mesma forma de decidir, pela Teoria do Precedente Judicial (**Common Law**); em tratamento de outros temas, as leis editadas pelo Parlamento Britânico (**Statute Law**); em outras circunstâncias e hipóteses, em virtude do costumeiro sentir *aequo et bono* do Lorde Chanceler (**Equity**); e noutros casos mais raros, mas igualmente notáveis e aplicáveis, porém de menor importância nos dias atuais, segundo o costume imorredouro de épocas antigas⁷¹ (**Customary Law**) para atendimento dos **writs, comandos e mandados ditados pelo soberano de momento**.

Mas é possível entender que a fixação de regras conformadas e preestabelecidas por tribunais, com fundamento em decisões reiteradas, todas em um mesmo sentido ou direcionamento comum ou pela utilização, na maioria das vezes, por meio de um *único* elemento lógico de conexão entre casos semelhantes, não levam necessariamente o sistema à formulação de um juízo mais adequado à realidade ou tampouco à realização de **justiça-nas-decisões**. Ao revés, configuram-no, conformam-no, cristalizam-no de tal molde a impedir uma análise mais realista do fato que venha a poder permitir até mesmo a mudança do chamado **precedente jurisprudencial**, o qual contém este elemento único, comum e lógico de conexão que lhe fixa a autoridade e validade de aplicação, expresso na decisão emblemática e cristalizado pelo entendimento reiterado dos juizes. Esse exemplo de enrijecimento ocorreu e recrudescer no Reino Unido e por essa razão adveio a histórica criação e

⁶⁹ LOSANO, Mario G., *op. cit.*, pág. 329.

⁷⁰ <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/147411/custom>

⁷¹ SLAPPER, Gary; KELLY, David. *O Sistema Jurídico Inglês*, tradução de Marcílio Moreira de Castro Ed. Forense, 1ª. edição brasileira, Rio de Janeiro, 2011, 585 páginas, e onde, na pág. 120, destacam que **os costumes** –também chamados de “**costumes de tempos imemoráveis**”- assim entendidos como legitimadamente uma norma consuetudinária, antiga e de regência atual, a ser aplicada a um fato ou fenômeno social no sistema jurídico inglês devem guardar algumas características e pressupostos essenciais de aplicabilidade como: **a)** ter existido desde o “*passado remoto*” -reconhecidos como em vigor em prática desde a data de 1189-; **b)** ter sido exercidos de forma contínua neste período; **c)** ter sido exercidos de forma pacífica e sem oposição; **d)** ter sido considerados obrigatórios; **e)** devem ser objetos de definição precisa; **f)** devem ser consistentes com outros costumes; **g)** devem ser razoáveis.

utilização da **Equity** como complemento à insuficiência de pronta resposta jurídica e dificuldade de adequação a novas situações sociais pelas Cortes do **Common Law, em aplicação da Teoria do Precedente Judicial**⁷².

Criada à época, pelo Lorde Chanceler, como válvula de escape ou mecanismo de defesa e atualização aos fatos e conflitos sociais submetidos à Justiça, mas não suficientemente decididos pelas Cortes do **Common Law**, para resolver problemas de enrijecimento jurídico e adequação social das decisões daquelas Cortes, a **Equity** (verdadeira forma de decidir adotada pelo Lorde Chanceler, com fundamento em princípios morais) tornou-se muitas vezes flexível demais –porque oriunda da subjetividade ética do Lorde Chanceler *que a exercia sem parametrização e com alta discricionariedade*- para solucionar conflitos, levando-se a uma insatisfação quanto às decisões. A necessidade de certeza jurídica ao sistema exigia mudanças. A maior crítica à sua flexibilidade foi formulada por um crítico brocardo britânico que asseverava *“equity varies with the length of the Chancellor’s foot”*⁷³. Atualmente, em virtude do **Judicature Act**, de 1873, a **Equity** é utilizada pelas Cortes Britânicas como elemento de precedência para as causas em que os dois sistemas (**Common Law** e **Equity**) entrem em conflito. Todavia, se as partes decidirem passar do processo de **Equity**, realizado pela Chancery Division –órgão competente para aplicar a **Equity** – ao processo de **Common Law**, a jurisdição de **Equity**, não podendo ser confiada a um júri, implica o deslocamento de competência da causa para a Queen’s Bench Division da High Court.⁷⁴

O advento da legislação (**Statute Law**⁷⁵) veio a atender de certo modo esta

⁷² SLAPPER, Gary; KELLY, David. *O Sistema Jurídico Inglês*, tradução de Marcílio Moeira de Castro Ed. Forense, 1ª. edição brasileira, Rio de Janeiro, 2011, 585 páginas.

⁷³ Em livre tradução significa *“a equidade varia com o tamanho do pé do Lorde Chanceler”*, a significar que a flexibilidade da aplicação da **Equity**, advinda da aplicabilidade de conceitos morais enunciados aos casos pelo Lorde Chanceler, não continha qualquer certeza, nem coerência, quanto a conduzir efetividade de princípios de direito ou de justiça para essas hipóteses análogas, desde o momento em que variasse de acordo com a subjetividade ética da pessoa que exercesse o cargo de Lorde Chanceler. Não havia qualquer parâmetro a não ser a *opinio mores* do Lorde Chanceler.

⁷⁴ Em tradução livre “Câmara da Chancelaria” (Chancery Division) e “Câmara da Alta Corte de Competência da Rainha (Queen’s Bench Division of the High Court). Esclarece-se, outrossim, que esta denominada competência da Rainha não significa que a decisão seja por ela tomada, mas que os **writs (as ordens de sustentação do pleito, a validação da petição)** são concedidos por ela, cabendo a decisão final ser prolatada em conformidade com o **Common Law** (o direito comum fundamentado no precedente jurisprudencial) pelo Tribunal (High Court).

⁷⁵ **Statute Law**, em contraposição ao **Common Law**, é o direito emanado do parlamento em forma de lei, de direito escrito, e é considerado como fonte de direito anglo-americano, SLAPPER & KELLY, *op. cit.*.

necessidade de exterminar ou reduzir a extrema flexibilidade das questões fundadas na **Equity**. Mas, a própria edição de leis, no Reino Unido, ou nos Estado Unidos da América, dos dias atuais, é limitada, embora tenha importância na estrutura organizacional do Reino e dos súditos e dos Estados Unidos da América e seus cidadãos. Entretanto, exatamente por situar-se no sistema do **Common Law**, a lei deve vir publicada em detalhes e de modo a não deixar margem a interpretações, pois dessa possibilidade de inexatidão, acabará não sendo aplicada e o juiz concederá a aplicabilidade do direito comum (**Common Law**) recorrendo ao **precedente jurisprudencial**.

De outro modo, nem mesmo o **Costume**, outra fonte de direito anglo-saxônico, nos dias atuais de rara aplicação, e o **Precedente Jurisprudencial** - este a principal fonte de direito no sistema do **Common Law** - são suficientes para permitir e conduzir o magistrado à produção de um juízo de valor mais condizente com a realidade do fato temporal que lhe é subsumido.

Quanto aos **Costumes**, porque, como já salientado *supra*, referindo-se aos tempos imemoráveis, tidos como em vigor e em prática desde a data de 1189 – na ausência de comprovação dessa realização temporal- aceitos judicialmente nas Cortes britânicas como “os costumes e usos de que alguém se lembre”⁷⁶, se, por um lado, deixa-se muito vago esse entendimento ou comprovação, de outro, se o cristaliza, imobilizando-se o fenômeno social em apreciação judicial que, ou se enquadra no aludido costume, ou por ele não é regido, resultando em autoritária subsunção e, em consequência, não permitindo a ocorrência, no próprio fenômeno, de **juízos de similitudes** ou **variáveis de probabilidade** ou **de semelhança**, ou **de conjeturas**, ou **de juízos conceituais**, ou **juízos intuicionais**, ou ainda **juízos problemáticos**, que venha a importar em aplicação de valores éticos universais ou princípios que possam formular uma aplicação de efetiva **justiça-nas-decisões**. Tudo isso sob o argumento de segurança nas decisões. Segurança a quem? Ao Estado? À Coroa? Ou ao

⁷⁶ **SLAPPER**, Gary; **KELLY**, David. *op. cit.*, pág. 120, em que explicitam entre outras palavras, que o costume, enquanto fonte do direito britânico, e muito utilizada no direito britânico arcaico, teve sua importância reduzida pela “doutrina do precedente” e hoje faz parte integrante de decisões desde que apresente a característica de “costume de tempos imemoráveis”, como afirmado na nota 71 *supra*, vale dizer, os usos e costumes locais devem estar em vigor, em prática, desde a data de 1189, ou seja, desde o final do reinado de Henrique II. Com a impossibilidade prática de provar esse período de vigência de um costume, as Cortes Judiciais Britânicas têm aplicado essa presunção relativa de imemorabilidade temporal aos costumes e usos “de que alguém se lembre”.

Cidadão? A insuficiência é gritante e desesperadora ao Cidadão.

2.1.3. Outros sistemas jurídicos de importância geopolítica e estratégica.

A alusão que faço a estes sistemas de direito que se seguem adiante é necessária por considerar que eles exercem uma influência estratégico-cultural de natureza político-econômico-jurídica, seja no âmbito de suas regiões (geográfico), no que se refere a suas religiões (teológico-confessional), no que concerne às suas posições no mercado internacional (econômico) ou ainda relativo à sua apropriação dos meios de produção (econômico-ideológica). Em todos estes sistemas, pelos breves comentários que faço, se pode verificar a aplicabilidade de um ordenamento jurídico positivista e normativista totalmente despreocupado com a distribuição de **justiça-nas-decisões**, embora ideologicamente se afirme a busca e a prática da justiça em tais sistemas.

Devo salientar que o lusinterativismo, enquanto método, não traz qualquer subversão ou solapamento de um sistema de direito ou ordenamento jurídico, mas acaba por garantir a melhor forma de decidir adequando o Juiz Natural a um razoamento objetivo e parametrizado para a decisão judicial.

Vejamos os sistemas abaixo:

a. O sistema jurídico russo.

No que se refere ao sistema jurídico russo, qualquer análise incidente possuiria grande importância durante a vigência do sistema de direito soviético, à época, efetivamente inovador, porque de característica socialista, obviamente então distinto dos demais e profundamente normativista, com a obrigatoriedade de cumprimento dos valores e regras ideologicamente alinhados com o comunismo e o socialismo. É de perfeita evidência que a busca, ou o objetivo, ou a finalidade deste sistema de direito não era a solução de conflitos de interesses, tampouco a distribuição de justiça, mas a implementação na sociedade, de estruturas ideológicas pré-concebidas, em nítida utilização do sistema de direito, não somente como superestrutura, como o dizia Karl Marx, mas como fundamento ideológico e opressivo do cidadão, com o fito exclusivo

de controlar e impedir mudanças de estruturas econômico-financeiras, além de constituir-se em um todo de direito, de uma natureza ou um viés radicalmente político-ideológico⁷⁷, guardando uma expressiva realização impositiva e ditatorial, apresentando-se em manifestação social não-libertária e anti-democrática.

Nos dias atuais, após a queda do comunismo soviético na Rússia e a formação da Comunidade de Estados Independentes (CEI) o sistema de direito russo tornou-se um sistema nacional, adepto do *civil law*, sem a imensa carga ideológica socialista ou comunista anterior, mas ainda assim de profundo viés positivista, formalista e com hipertrofia da norma jurídica, motivo pelo qual deixamos de analisá-lo mais aprofundadamente, pois guarda, em si, semelhanças e identidades próprias do *civil law*, com suas mesmas virtudes e defeitos de caráter iuspositivista, excluídos alguns institutos de nítido caráter socialista previstos no sistema soviético de direito.

b. O sistema de direito islâmico.

Neste sistema, de caráter fundamentalista–religioso, admitiu-se, em alguns países islâmicos mais abertos sob o ponto de vista religioso a influência rarefeita do sistema jurídico colonizador, porém a tendência majoritariamente prevalecente são as regras de cunho nitidamente religioso. Suas fontes são, por assim dizer, teológico-jurídicas e constituem-se no **Corão**, na **Tradição Sagrada** ou **Suna**, na **Opinião Concordante da Comunidade**⁷⁸, na

⁷⁷ Esta referência à natureza ideológica de um sistema jurídico nos leva a compreendê-lo como um sistema nitidamente fechado, de impossível modificação ou atualização, seja pelo alto grau de imposição político-econômica de um modelo (nazismo; comunismo) ou de uma compreensão filosófico-religiosa (repúblicas islâmicas ou república parlamentarista israelense) em que o entendimento do significado de justiça não se ampara no direito em direção às igualdades substanciais de tratamento ou de iguais oportunidades e iniciativas a todo o cidadão, mas sim na implementação da ideologia e na justificação de interesses em um único sentido e objetivo, evidentemente atentando contra o valor ético universal da **democracia** ou contra o **valor ético universal magno da Preservação da Vida e da Humanidade** que fica dependente da supremacia, hegemonia ou hipertrofia da justificação ideológica de determinada tendência política ou religiosa, impedindo as demais.

⁷⁸ Desta **Opinião Concordante da Comunidade**, enquanto fonte de direito islâmico, poder-se-ia dizê-la *semelhante* ao **precedente jurisprudencial britânico**, porquanto é derivado de um consenso de interpretação obtido sobre determinados casos já decididos entre **ulemá** (plural de **alim**=o jurista-teólogo, o jurisconsulto islâmico) e não da própria comunidade como o sugere sua nomenclatura. A diferença substancial é que o fundamento do direito aplicado é estritamente religioso e de origem divina e não decorre da aplicação de uma corte jurisdicional. (LOSANO, Mario G., *op. cit.*, pág. 404-409).

Interpretação Analógica⁷⁹ dos casos judiciais e normas sagradas, e no **Direito Clássico**⁸⁰, consistente do **costume (urf)**, das **decisões judiciais**, do **decreto do soberano (qanun)** e do **interesse público (maslaha)**.

Observe-se o rigorismo metodológico de análise dos fatos sociais explicado pela alta cultura e religiosidade islâmica que abrevia e amolda aos seus limites ideológico-confessionais qualquer concepção atualizada das relações sociais e econômicas. Não se faz aqui crítica à teologia muçulmana, que é bela e consistente eticamente, mas às consequências de dominação utilizada por esta teologia para sua permanência na realidade humana, do mesmo modo que preconizou e realizou a Igreja Católica com a Santa Inquisição e até mesmo posteriormente veio a realizar, todavia, sem sucesso, quanto a enfeixar em si mesma os poderes temporais e espirituais. É imperiosa, portanto, uma lógica consentânea com a realidade que aplique o direito às situações reais e a um mundo global a partir do século XXI e seguintes.

c. O sistema de direito israelense.

O sistema israelense, obviamente de modo distinto do islâmico, mas tão religioso quanto, porque se lhe dá a característica de **statuta personalia**⁸¹ dos hebreus e israelenses, e limita-se ao âmbito da família e seus semelhantes e persiste mesmo fora das fronteiras do Estado de Israel, aliado ao direito israelense, de ordem teológica, porém com efetiva base no **civil law**, de natureza pública e hodierna, este último, de natureza escrita e limitado à

⁷⁹ No que respeita à **Interpretação Analógica** esta somente se dá de modo restrito e obviamente tomando como base casos já decididos pelos **ulemá**, contudo, com extremo escrúpulo quanto à decisão prolatada, porque é tomada como sacrílega a interpretação humana das suras sagradas do Corão que é a palavra de Allah. A condição é o uso da Analogia. (LOSANO, *op. cit.*, pág 404-409)

⁸⁰ Também chamado de direito não-canônico engloba as fontes do **a) o costume local (o urf)** que se aplica a situações constituídas anteriormente à islamização; **b) as decisões judiciais**, segundo cada escola de formação de **ulemá** -plural de **alim**- (estas escolas são o equivalente às nossas escolas de direito, mas com a interpretação dos cânones sagrados de acordo com o seu **alim** - juriconsulto principal e mentor da escola-); **c) o decreto do soberano** (em árabe **qanun**, do grego **kánon**=cânone, norma) e o **d) interesse público (maslaha)** restrição efetuada até mesmo a direitos privados se a consequência de seu exercício puder atingir ou resultar em ofensa ao direito de todo o cidadão.(LOSANO, *op. cit.*, págs. 404-409).

⁸¹ **Estatutos pessoais** (ou em Latim, **statuta personalia**) são direitos pessoais que seguem o indivíduo em qualquer território em que se façam presentes e que, de natureza religiosa, devem ser aceitos, cumpridos e respeitados por qualquer Estado internacional segundo regras de **direito internacional privado (Conflict of Laws)** sob pena de exercer-se discriminação odiosa à cultura pessoal do indivíduo, nacional ou estrangeiro.

jurisdição e território israelense, guardando da mesma maneira um forte componente normativista, cerrado e formalista baseado em tradições religiosas, como já salientado. Assim, personalista ou estatal, se apresenta claramente positivista.

d. O sistema de direito africano.

Ao que se poderia chamar um sistema de direito africano, na verdade, constitui-se em um conjunto de sistemas, ora decorrentes de colonização britânica –com aplicações do **common law**, **statute law** e **equity**- , ora de colonização inglesa (Quênia, Uganda, Tanzânia, Zimbábwe e África do Sul) ora com a natureza de **civil law** em virtude das colonizações francesa, portuguesa, espanhola, alemã ou holandesa, com alguma influência de tradições tribais locais, aplicando-se-lhes algumas distinções típicas oriundas de regras explicitadas da cultura do povo (direito costumeiro) ou do território do país, porém todas de característica normativista e positivista, reunidas e integradas no **common law** (direito inglês), ou fazendo parte consistente do **civil law**, em virtude das respectivas colonizações e influências político-partidárias, nos diversos países africanos. Não há qualquer inovação, contrária ou favorável ao iuspositivismo nos sistemas do direito africano.

e. O sistema de direito indiano.⁸²

No sistema de direito indiano se observa um composto de normas oriundas das colonizações baseadas mais fortemente no **common law** (razão da colonização inglesa), as quais foram recentemente compiladas na Constituição da Índia. De outro lado, manteve-se uma liberdade de cunho religioso e a influência amplamente consuetudinária e religiosa de origem hindu (praticante do hinduísmo), muçulmana, sikh, cristã, judaica, budista e em direta combinação com a influência da codificação legal e do **civil law**, porém não tendo sido abandonada a forte tradição jurisprudencial nas cortes judiciais pelo

⁸² MARQUES, Luis Guilherme. A justiça e o direito da Índia, no link <http://jus.com.br/artigos/4552/a-justica-e-o-direito-da-india/2>; vide igualmente MENDOZA RAMÍREZ, Julia T., O sistema jurídico da Índia no link: <http://sistemajuridicoindia.blogspot.com.br/>.

common law em razão de sua colonização americana e inglesa.

De obviedade que se apresenta com fontes de direito tradicionais e outras alternativas profundamente ligadas às tradições religiosas que se de um lado levam à fixação do normativismo, do formalismo, pela lei escrita (**civil law**) ou pelo entendimento jurisprudencial enrijecido como elemento de segurança do sistema de direito (**common law**), de outro lado permanece a rigidez normativista amparada em normas de vasta natureza ideológico-confessional e cuja tentativa de estabelecimento de segurança jurídica à sociedade torna-se um mito, pois falaciosamente não produz **justiça-nas-decisões**, como sustento, deveria fazê-lo, e como entendo, inclusive acirrando contradições sistêmicas.

f. O sistema de direito nipônico.⁸³

Neste sistema, de duvidosa importância jurídica mundial, mas aqui mencionado por ser o Japão mundialmente conhecido por seu desenvolvimento econômico e científico-tecnológico, se identifica claramente a dependência do sistema da **civil law**, mesclado com alguns conceitos histórica e filosoficamente oriundos do confucionismo. Entretanto, o sistema de direito, embora baseado no **civil law** (**direito codificado pelo Poder Legislativo com limitações ao Poder Judiciário**) e **statute law** (**direito fundamentalmente escrito e legislado**) tornou-se muito semelhante ao direito norte-americano, por influência histórica, somente diferindo quanto à forma e ao regime de governo –monarquia parlamentarista-, mas assemelhando-se na temporariedade de jurisdição e atuação concedida à investidura dos magistrado e nas escolhas efetuadas pelo Conselho (verdadeiro **Senate** ou Senado) e nomeações finalizadas pelo Imperador, um Chefe de Estado de cunho vitalício, respeitadíssimo culturalmente até por seus inimigos, mas muito semelhante em atribuições a um Presidente de República. Evidente o normativismo existente no sistema e a impossibilidade de atualização célere para a solução dos conflitos restando ao magistrado na sua decisão judicial a mais absoluta e subjetiva

⁸³ **GODOY**, Arnaldo Sampaio De Moraes. **Juiz japonês tem mandato temporário e impeachment**, artigo publicado na *Revista Conjur* em 17 de novembro de 2010, <http://www.conjur.com.br/2010-nov-17/constituicao-japonesa-preve-mandato-temporario-impeachment-juizes>.

discricionariedade sem a utilização de uma visão iusinterativa.

g. O sistema de direito chinês.

Todo o sistema chinês de direitos sempre evoluiu preso a uma estrutura de conceitos e preceitos profundamente morais e éticos baseados na filosofia confuciana que praticamente subjugava a lei e o direito à ética⁸⁴, visto como sinal de corrupção moral. Se o ser humano precisava do direito ou da lei para reger-se era porque não cumpria adequadamente os preceitos éticos ou morais. Do século III até o século XIX perdurou esta ética confuciana, a qual em certos grupos sociais e familiares ainda perdura como espécie de religião. A sua base é o preceito moral (*li*) que só vem a utilizar conjuntamente o preceito jurídico (*fã*) quando o homem não cumpre o preceito moral e ético.⁸⁵

Havia uma interessante espécie de discricionariedade do juiz na aplicação das regras que se aproximava da aplicabilidade do conceito de justiça que aqui se preconiza, fazendo com que se consagrasse a atitude ética do ser e o uso da lei como norma suplementar às causas e demandas⁸⁶. Além disso, por se reconhecer culturalmente, na China, que a sucessão de dinastias constituía-se na possibilidade “*de alternância natural de decadências e regenerações morais*”, a chamada ideologia imperial vigente fazia-se universalista e por isso vinha a admitir essa compreensão mais flexível do direito e da lei, na solução e decisão de conflitos, conferindo certezas, caso a caso, mas não generalizada e sistemicamente, como ocidentalmente está caracterizado nos sistemas jurídicos romanístico ou anglo-americano.

A partir da segunda metade do século XX com a Revolução Comunista liderada por Mao Tsé Tung (Mao Zedong), paulatinamente se instala um direito mais rígido que a própria sistemática jurídica ocidental. A denominada Revolução

⁸⁴ **KUNG-FU-TZEN OU CONFÚCIO**, *Os Analectos*, tradução para o português de Caroline Chang, tradução do chinês para o inglês de D.C. Lang, Ed. L&PM, São Paulo, 2006, em que nos *capítulos* XIII.12 e XIII.13 ; XVII.23; XX.2 e XX.3, respectivamente páginas 123, 150 e 160-161, promove a seguinte concepção ética, obviamente em outras palavras, a saber: Confúcio, o Mestre, era indagado por seus discípulos sobre como poderia o homem ser um gentil-homem, um cavalheiro, um ser correto em ética. Confúcio, o Mestre, responde que o não-cumprimento das atitudes éticas levaria à necessidade de aplicação do direito para a solução de conflitos de interesses. Portanto, ao pensamento confuciano a corrupção da Ética é o que acabaria por criar o Direito.

⁸⁵ **LOSANO**, Mario G., *op. cit.*, páginas 500-501.

⁸⁶ *Idem*, *op. cit.*, pág. 501 e seguintes.

Cultural preconizada e efetivada por Mao, também chamada “*a revolução na revolução*” tinha por objetivo, mediante a ideologização comunista do povo por substituição direta de conceitos, ideias e práticas, modificar, alterar, substituir mesmo a enraizada cultura confucionista e taoista, por milênios aceita e predominante no povo e na nação chinesa.

Ao se adotar o modelo comunista de apropriação dos meios de produção na economia, e a sua ideologia decorrente, as regras jurídicas, sem distinção, recebem a influência e o controle ideológico do ‘*guia da revolução*’, o Partido Comunista Chinês, e disso resulta, na prática, em razão da impossibilidade de controle efetivo⁸⁷ a esdrúxula situação de simultaneidade de convivência de dois sistemas: um, urbano e válido para as grandes cidades; o outro, mais costumeiro e flexível, válido para o campo. Ademais, na China, encontram-se situações como a existência de leis que não são públicas⁸⁸, tendentes a um suposto desaparecimento, porquanto desde 1982 (ano da promulgação da última constituição chinesa) se preocupam em “abrir o sistema” externamente, mas dificultando-o internamente, fazendo valer a criação do dístico “um país, dois sistemas” como a reconhecer a convivência dos sistemas socialista, na China continental e o capitalista em Hong Kong e em Macau, já incorporadas ao Estado Chinês, havendo, em 1993, introduzido econômica e juridicamente, o conceito curioso de “***economia socialista de mercado***”, ainda hoje, vigente cada vez mais, como também a compreensão de que existem duas Chinas: a metropolitana e cosmopolita e a rural e conservadora.

Como se observa, o sistema chinês de direito, atualmente configura-se semelhante ao do ***Civil Law***, com profunda aproximação ao antigo direito soviético russo, ante ao elevado e rígido controle ideológico exercido pelo ‘*guia da revolução*’, alterando-se e modificando-se somente quanto ao direito do comércio exterior e quanto ao direito do trabalho.⁸⁹

⁸⁷ Na China, a grande extensão do país e a grande concentração de pessoas no campo (mais de 80% da população vive no ambiente rural) inviabiliza o controle efetivo da população e da aplicação das regras jurídicas para efetividade do sistema jurídico.

⁸⁸ LOSANO, Mario G., *op. cit.*, página 511.

⁸⁹ LOGUÉRCIO, Antonia Mara. (org. – vários autores) *A Lei Trabalhista da República Popular da China*, Ed. Anita Garibaldi, 2001, tradução do inglês para o português por Marlise Nedel Machado, 168 páginas.

2.2. Crítica à metodologia tradicional. Por uma visão sistêmica e iusinterativa.⁹⁰

Definitivamente, como demonstrado, na história desses sistemas jurídicos, há uma *natural*⁹¹ e intensa reação social, violenta ou pacífica, necessariamente cultural (de natureza social, política ou econômica) direcionada positivamente à necessidade de formulação de um direito justo (= vale dizer, que espelhasse, e efetivamente espelhe, o atendimento às relações vigentes na sociedade, que se expresse por meio de instrumentos -a ação judicial, o processo e seus procedimentos atualizados- de pacificação social com eficácia aqui entendida como 'aceitação social') que, sob uma visão iusinterativa, entre as Dimensões Culturais do Direito de Reale e os Vetores Naturais que preconizamos, institua que o direito tem de refletir as relações materiais em interação social, para isso deve estar acompanhado de um método que lhe considere o **Fato ou Fenômeno Social, o Valor Ético, e a conseqüente Norma Vigente**, todas estes componentes interagindo logicamente e formando fenomenologicamente com **Identidade, Tempo, Lugar e Finalidade**, o iusinterativismo **a fim de que concretize a justiça-nas-decisões.**

Interessante observar, para o objetivo específico do estudo das diferenças entre sistemas comportamentais, tal e qual são os sistemas de direito nos diferentes países, as críticas de Ludwig Von Bertalanffy⁹² quanto ao determinismo do paradigma científico das ciências humanas em que destaca os cinco princípios enraizadores de empecilhos metodológicos e culturais, tais como:

- 1) **princípio do estímulo-resposta (E-R, aplicável à psicologia, psicanálise, aos *mass communication media* em geral)**⁹³;

⁹⁰ Vide, nesta obra, meu posicionamento no *Prologo*, item 1.2.2. *A necessidade de uma mirada sistêmica e iusinterativa* acerca de um novo pensar, de nova postura do juiz para produzir *justiça-nas-decisões*.

⁹¹ A palavra *natural*, aqui, deve ser entendida em duas acepções: **a primeira acepção**, enquanto evidência incontrolável e expectativa de normal ocorrência do fato a que se refere; **a segunda acepção**, como *manifestação exurgente na natureza*, incidente em **tempo**, em **lugar**, com determinada **finalidade** e **identidade** próprias que lhe garantem características e sentido de **originalidade, propriedade**.

⁹² BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria Geral dos Sistemas*, tradução de Francisco M. Guimarães, Editora Vozes, 7ª edição, Petrópolis-RJ, 2013, Capítulo 8, páginas 241-245, 360 páginas

⁹³ Para o caso do princípio do E-R observa-se que tal modo de pensar e pesquisar deixa de lado muitas das formas espontâneas de manifestação sócio-cultural, reduzindo-se a possibilidade de expressão criativa ou não levando-a em consideração imediata, portanto não configurando uma verdade social.

2) **princípio do *ambientalismo*** (que refere a uma visão determinista e imutável da inserção do ser no seu ambiente -território e época imutáveis- sem considerar evolução e interatividade, gerando falsa conclusão)⁹⁴;

3) **princípio do *equilíbrio*** (como se fosse possível, na Vida Humana, estabelecer-se de modo fixo e a-evolutivo, ou imutável, um equilíbrio de situações, relações ou coisas e que disso não devesse resultar um intenso trabalho de conhecimento do desequilíbrio e sua própria manutenção)⁹⁵;

4) **princípio da *economia*** (cuja proposta é, ainda, obter o máximo de resultado reduzindo-se as exigências de construção e solidificação de conteúdo cultural)⁹⁶ e;

5) **princípio do *stress*** (que se apresenta como perigo à manutenção e desenvolvimento de Vida e deve sofrer o controle permanente que leve ao equilíbrio)⁹⁷,

suplantados pelo pensamento sistêmico, iusinterativo e não-determinista a indicar a viabilidade e necessidade de um sistema de direito ***aberto para justiça-nas-decisões***, é dizer, sabidamente ***incompleto, reatualizável e retroalimentável, autossuficiente, fiscal externamente, fiscalizado internamente e soberano quanto ao processo.***

⁹⁴ Quanto ao princípio do ***ambientalismo***, observa-se que tampouco os próprios agentes de qualquer pesquisa em que se encontre a mesma natureza ***jamaiz*** obtêm nos objetos pesquisados de igual natureza, os idênticos resultados, embora se possa encontrar um ‘fio condutor’, uma similitude de comportamento, entretanto, esta mera semelhança impede o rigor determinista científico desejado.

⁹⁵ No que concerne ao princípio do ***equilíbrio***, a própria Vida Humana não pode ser entendida como a manutenção de um equilíbrio, mas sim de crença e constatação da existência do desequilíbrio e na manutenção de desequilíbrios complementares ou criativos a fornecer evolução.

⁹⁶ No que se refere ao princípio da ***economia***, a principal crítica reside no fato de que, como **BERTALANFFY** afirma (*Teoria Geral dos Sistemas, op. cit. pág. 245*): “*Há uma ampla gama de comportamentos –e presumivelmente também da evolução- que não pode ser reduzida a princípios utilitários da adaptação do indivíduo e da sobrevivência da espécie. A escultura grega, a pintura do Renascimento, a música alemã –na verdade, qualquer aspecto da cultura- nada têm a ver com a utilidade ou com a melhor sobrevivência de indivíduos ou nações.*”

⁹⁷ Para o efeito do princípio do ***stress***, se reconhece que o retorno à situação de equilíbrio não deve ser compreendido como o objetivo maior, tampouco “*um perigo para a vida que deve ser controlado e neutralizado por mecanismos adaptativos, mas é também criador de uma vida superior.*” (**BERTALANFFY, op. cit. pág.245**).

3.CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 1.

3.1. A discrepância de fontes do direito ou de exercício do sistema legislativo e do ordenamento jurídico-normativo nos mais diferentes sistemas de direito existentes no planeta não desnatura o iuspositivismo inerente a cada um, seja com fundamento no sistema normativista (*baseado na norma escrita, legalista*), seja no sistema consuetudinário (*baseado, ora nos costumes, ora em precedentes judiciais*), ou em sistemas baseados em fundamentos ideológico-confessionais (*de natureza normativo-religiosa*).

3.2. Estas diversas naturezas, distintos fundamentos e diferentes características dos sistemas de direito, permitem que se identifique que a simples existência de sistematização ou de organização de um ordenamento, codificado ou não, nas suas mais diversas naturezas e origens, não garante a qualquer país a sua efetividade de Ordem Jurídica e nem mesmo a eficácia de sua Cidadania, direcionada à **justiça-nas-decisões** e avançaríamos bastante em dizer que, a própria existência de um Código ou de uma Constituição muito menos o garantiria.

3.3. As condições estruturais dos distintos sistemas de direito, cujas manifestações conjunturais tentam produzir adequações culturais às diversas regiões, territórios e estado, não concedem e tampouco garantem atualidade ou eficiência a seus dispositivos normativos que devem sim, ou serem atualizados constantemente sob o aspecto legislativo, o que demanda tempo, custo financeiro, objetivo firme e predeterminado e sem desvios espúrios ou políticos e levam a crises conjunturais e estruturais, permanentes entre os sistemas legislativo e judiciário ou sofrerem uma desatualização que inevitavelmente leva à **injustiça-nas-decisões**.

3.4. A necessidade de atualização ou sua própria atualização legal, ainda assim, não garante a celeridade para pronta resposta legislativa em fidelidade às necessidades sociais ou em relação àquelas normas a serem interpretadas pelo Poder Judicial de tal maneira que superem a mera identificação do **sentido da lei, do espírito da lei, da razão da lei, da ocasião da lei** para uma atualização judicial ou jurisprudencial.

3.5. Um sistema de direito para ser **iusinterativo** e obter **justiça-nas-decisões**, como resultado aos casos concretos em apreciação judicial,

necessita ser **aberto, incompleto, reatualizável e autossuficiente, fiscal externamente, fiscalizado internamente e soberano quanto ao processo.**

3.6. Tampouco o que os positivistas entendem como suficiente à atualização da norma, como o uso da **hermenêutica**, a sua interação com o **sentido do valor, o espírito do valor, a razão do valor e a ocasião do valor** e por sua vez **com o sentido do fato ou fenômeno, o espírito do fato ou fenômeno, a razão do fato ou do fenômeno e a ocasião do fato ou do fenômeno** teria qualquer efeito prático na obtenção de **justiça-nas-decisões** se não se considerar o razoamento iusinterativo como método de atualidade de parametrização da experiência jurídica e fixação da realidade de valores éticos universais, fatos sociais e normas vigentes, para formação do fenômeno jurídico, e sua interpenetração com a tetravetorialidade natural (*a identidade, o tempo, o lugar, e a finalidade*) em interação exponencial com a tridimensionalidade cultural mencionada (Fenômeno social, Valor ético universal e Norma vigente).

3.7. A denominada Teoria do Neoconstitucionalismo, que preconiza e defende a inserção de princípios, direitos e garantias fundamentais e gerais nos Textos Constitucionais, como forma de assegurar a justiça, *permissa venia*, nada garante ou assegura. Unicamente o que faz é atrelar ao sistema positivo constitucional tais princípios direitos e garantias fundamentais e gerais, enrijecendo sua própria pré-existência à norma escrita e sua hierarquia de anterioridade de aplicação e formação de conteúdo da norma, na prática, com a clara intenção de afastar a comprovada ideia e existência das normas supraconstitucionais e que devem influenciar as normas constitucionais.

3.8. A adoção da Teoria do Neoconstitucionalismo não impede a formação de um Estado antidemocrático em que se inclua, na Constituição, princípios tirânicos e restritivos de democracia e de liberdades democráticas e políticas sob argumentos de nítida natureza sócio-política como já nos demonstrou a História.

3.9. As garantias e direitos fundamentais da pessoa e do cidadão e do Estado Democrático de Direito devem estar condizentes com os valores éticos universais que servem de parâmetro para a formação constitucional da Carta Política de uma Nação, garantindo liberdade de oportunidades a todos os cidadãos, independentemente de credo, raça, cor, sexo, orientação política e orientação sexual consoante o disposto no artigo 5º, Constituição da República

Federativa do Brasil⁹⁸, e além disso, consoante as normas supraconstitucionais, principalmente o Valor Ético **Magno** “**Preservação da Vida e da Humanidade**” e todos os demais dele decorrentes, inclusive o valor ético universal “**Democracia**”.

⁹⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

CAPÍTULO 2

O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE UM NOVO PARADIGMA CIENTÍFICO PARA SUA ADEQUAÇÃO À GLOBALIZAÇÃO.

1. O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O IUSPOSITIVISMO E O IUSINTERATIVISMO.

No Brasil, as teorias positivistas ou formalistas se caracterizam como as mais aplicáveis ao Ordenamento Jurídico Brasileiro pela grande maioria dos juristas, membros do Ministério Público, membros da Magistratura e docentes jurídicos e demais operadores do direito. Clóvis Bevilacqua foi um de seus maiores fundadores ao lado de Tobias Barreto, no dizer de Mario Losano.⁹⁹ Em todos eles, presente o conceito e o método positivista, embora se desse a Bevilacqua a primazia do iuscomparatismo, vale dizer, do exercício do direito comparado como maneira prévia, primordial, de admitir-se a integração dos povos e das culturas, em sua própria criação e atuação, inclusive no meio docente e letivo, por meio da qual repassava aos seus discípulos a necessidade do estudo do Direito Comparado e do Conflito de Leis (Direito Internacional Público e Privado).

Aliás, sobre Clóvis Bevilacqua é interessante ressaltar que a construção do Código Civil Brasileiro, a primeira codificação nacional civil do Brasil, teve sua atuação intensamente majoritária (com aprovação legislativa em 1916 para vigência em 1917) e vigeu somente a partir desta segunda década do século XX (a partir de 1917), o que quer significar que até o início e na primeira década do século XX o Brasil foi regido, no âmbito do direito civil, por três séculos, pelas Ordenações Filipinas (de 1603 a 1916) com a utilização de leis esparsas para complementação do ordenamento jurídico.¹⁰⁰

⁹⁹ LOSANO, Mario G.. *Os Grandes Sistemas Jurídicos., Prefácio do Autor à Edição Brasileira, op. cit.,* pág. XXII.

¹⁰⁰ <http://cadernoconciso.blogspot.com.br/2010/03/ordenacoes-afonsinas-manuelinas-e.html>; Vide a relevante obra também de ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e ANTONIO CARLOS ARAÚJO CINTRA, *Teoria Geral do Processo, Capítulo 10, Evolução Histórica do Direito Processual Brasileiro*, Malheiros Editores, 26ª edição, págs. 111-145, São Paulo, 2013, 398 páginas. Há quem sustente (como Pontes de Miranda e o próprio Miguel Reale que, embora não tenha sido o codificador do primeiro código brasileiro, porquanto seu projeto acabou não sendo aprovado e tampouco promulgado, AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS foi o grande jurista brasileiro precursor de trabalhos de realce no mundo jurídico do século XIX com a sua *Consolidação das Leis Civis* e o seu *Esboço de Código*

Por outro lado, para demonstrar a necessidade e constante celeridade de atuação e interação axiológica, sociológica e normativa nos próprios sistemas de direito e de iusinteratividade no que respeita à constante adequação entre essas dimensões culturais e os vetores naturais ônticos –*identidade e finalidade*- e geodésicos –*tempo e espaço*- chamo a atenção para a inusitada situação de que durante praticamente um século tivemos no ordenamento jurídico brasileiro a aplicação milenar da teoria imanentista do jurisconsulto romano Celsius¹⁰¹, com o disposto normativo constante do artigo 75 do Código Civil Brasileiro, elaborado por Clovis Bevilacqua e vigente desde 1917, que, curiosa e equivocadamente, assim preconizava, *verbi gratia*:

“Art. 75 – A todo o direito corresponde uma ação que o assegura”,

demonstrando uma nítida opção por essa milenar teoria que vigeu -pasmem!- no direito brasileiro até a promulgação do Novo Código Civil Brasileiro em 10 de janeiro de 2002 –começo do século XXI-, elaborado por Miguel Reale, que acabou por revogar todo o diploma legal civil –e inclusive o referido dispositivo legal *supra*- configurando o exemplo da insuficiência do sistema iuspositivista, sem uma atuação iusinterativa¹⁰².

Assim é que, para citar as teorias mais modernas, aceitas e aplicáveis ao

Civil, com 5.000 artigos, com posicionamento e técnicas diversas de construção e codificação ao que preconizava o Código Napoleão de 1804, a tal ponto que ele, **AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS**, com seu modelo de codificação inovador e mais versátil, houve por influenciar a codificação de muitos países sul-americanos, principalmente o Código Civil Argentino ultimado pelo jurista **DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD**; *vide* a este respeito **RODRIGO DA COSTA RATTO CAVALHEIRO**, *A Vida e a Obra de Teixeira de Freitas* disponível no link https://www.google.com.br/search?q=teixeira+de+freitas+jurista&ie=utf-8&oe=utf-8&aq=t&rls=org.mozilla:pt-BR:official&client=firefox-a&channel=sb&qfe_rd=cr&ei=CTwnVKXJI6Wj8wevIID4CQ, acesso em 27/09/2014, 19:54.

¹⁰¹ A Teoria Imanentista de **CELSIUS** afirmava que “*A todo direito corresponde uma ação e a toda ação corresponde um direito*”, em evidente equívoco teórico material e processual, porquanto, comprovadamente há ações que não possuem qualquer direito a ampará-las, no que resulta a própria improcedência da ação, assim como há direitos sem qualquer direito de ação ou sem ação, como por exemplo, aqueles já prescritos, o que, à toda evidência, põe por terra a assertiva constante do texto equivocado do artigo 75 do antigo Código Civil Brasileiro de 1917 e mencionado acima e própria adequação da teoria de Celsius. O lapso existente entre o reconhecimento da insuficiência do dispositivo do artigo 75 do Código Civil de 1917 e a alvissareira e benfazeja criação do Código Civil de 2002, durante esse período, foi **suprido inadequadamente** –tanto no aspecto teórico como no jurídico- por meio de interpretações judiciais extensivas ou restritivas que acabavam por cometer verdadeiras “**ginásticas hermenêuticas**” para deixar de cumprir a regra do artigo 75 do então vigente Código Civil de 1917.

¹⁰² *Vide* **Código Civil Brasileiro de 1917** no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm e o **Código Civil Brasileiro promulgado em 2002**, e vigente a partir de 2003, e atual, pelo site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

iuspositivismo, os permanentes conceitos de Hans Kelsen¹⁰³ e de Norberto Bobbio¹⁰⁴ ou de H. L. A. Hart¹⁰⁵ (respectivamente, representantes do puro normativismo jurídico, do neopositivismo jurídico e do pós-iuspositivismo), prevalentes nas atuais doutrina e teoria jurídicas ocidentais, inclusive na doutrina e no sistema de direito brasileiro, dão-nos a certeza do encaminhamento desses sistemas vigentes para um *beco sem saída* quanto às respostas à natureza desse espectro globalizante, sob o aspecto cultural, sob esta faceta da cultura, sob o prisma do construído pelo Homem, porque essas teorias –do Formalismo Jurídico de Kelsen ou do Neopositivismo jurídico de Bobbio e do Pós-iuspositivismo de Hart—, como veremos ao longo deste trabalho, assentam, em momentos distintos, preceitos, formas e modos que inviabilizam o sistema de direito à globalização e ao próprio desenvolvimento dos conceitos e valores de Cidadania e Justiça no século XXI para essa concretidade.

É bem verdade que estas teorias e suas formulações ocorreram bem anteriormente ao surgimento da própria globalização¹⁰⁶, diriam alguns, mas a sua permanência no cenário jurídico deve ser amplamente revista, por isso mesmo. Os valores relativos à Justiça e à Cidadania, hoje, são muito distintos daqueles propagados por Kelsen a partir de 1933 ou relatados por Bobbio a partir de 1940, nos seus estudos sobre a cátedra de Filosofia do Direito, primeiramente na Universidade de Pádua e depois em Turim, embora de valor lógico e linguístico fenomenal para o direito.

Quanto a Herbert Lionel Adolphus Hart quando, em 1961, lançou sua obra *O Conceito de Direito* e sua tese sobre a norma de reconhecimento e a natureza das normas primárias e secundárias e a consequente construção de sua teoria

¹⁰³ **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, 3ª ed., Coleção Studium, Arménio Amado Editor, Sucessor, Coimbra, 1974, 484 páginas.

¹⁰⁴ **BOBBIO**, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10ª edição, trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1999, págs. 1-124; idem, *O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito*, 1ª edição, trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, Ícone Editora, São Paulo, 1999, págs. 1-239.

¹⁰⁵ **HART**, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*, pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz, tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2009, 399 páginas.

¹⁰⁶ **CABALLERO HARRIET**, Francisco Javier. *Algunas Claves para outra Mundialización*, Ed. FUNGLODE-Txalaparta, 1ª. edición, Navarra, 2010, no qual leciona que o conceito de “Globalização” não é recente, embora se possa afirmá-lo de conteúdo recente em virtude das crescentes inovações econômico-financeiras e científico-tecnológicas pelas quais passamos com desenfreada celeridade. Foi sentido, inicialmente, de forma brutal e temerária ao capitalismo, a partir de 1973, com a Crise do Petróleo.

fundada na inter-relação entre normas primárias e secundárias e a existência de três espécies de normas secundárias –*normas de reconhecimento, normas de modificação e normas de julgamento*, o que em capítulo específico será aprofundado- ao invés de remeter a uma nova mundialização ou a uma visão plural de sistema jurídico, acaba por praticar, ou permitir a prática, de um isolamento jurídico-normativo e social do sistema jurídico, inviabilizando seu crescimento teórico e prático, e sua própria atualização temporal, porque impede a solução célere dos conflitos no âmbito judicial, obrigando a que todo o sistema se atenha à norma de reconhecimento e que, necessariamente identifique e convalide normas primárias (de direito material) e normas secundárias (organizacionais, de validação, de processo e de procedimentos) exigindo a total conformidade com essa norma de reconhecimento que lhe permitiria a eficácia (aceitação social) do sistema.¹⁰⁷ Ora, a vinculação –ou seria aprisionamento?- de um sistema a uma norma de reconhecimento social (Hart) ou a uma norma fundamental *a priori* (Kelsen) subordina o sistema porque, tal e qual o sistema anglo-saxônico –não se olvide de que Herbert Lionel Adolphus Hart era inglês, nascido em Harrogate, Londres- cristaliza, congela e empareda a atuação judicial para efeito de atribuição e distribuição de **justiça-nas-decisões**, na medida em que ele, julgador, não apenas **deve**, como **tem de aplicar** a norma que concede a legitimação social ou eficácia (norma de reconhecimento ou norma fundamental *a priori*) como guia das demais regras primárias ou secundárias, –no caso da teoria de Hart- ou como hierarquia formal de normas, conseqüente e oriunda da norma fundamental *a priori* –no caso de aplicação da teoria normativista de Kelsen- não importando a efetiva solução do conflito social, mas sim, a solução da demanda.

In casu, aplicar-se-ia a norma de reconhecimento, o princípio pertinente ou o precedente judicial pensando em estar-se praticando **justiça-nas-decisões**. Ledo engano.

Todos restariam sem a verificação iusinterativa de adequação entre a dimensão dos valores, a dimensão dos fatos, a dimensão da norma e os vetores de identidade, tempo, lugar e finalidade concernentes e aplicáveis a cada uma das dimensões o que aí sim, levaria à produção de um raciocínio judicial

¹⁰⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.*, págs. 129-159.

iusinterativo cujo resultado seria **justiça-nas-decisões**.

O argumento de que por ser uma norma de reconhecimento, aceita socialmente, já estaria a configurar **justiça-nas-decisões**, *permissa venia*, é falacioso e incorre em equívoco, pois tal eficácia reconhecida –norma de reconhecimento- concede-lhe, teoricamente, apenas legitimação, mas não garante que a aplicabilidade lhe seja **justa-na-decisão** ou, ao menos, adequada, porquanto, como dito pelo próprio Hart, a norma de reconhecimento é apenas uma norma identificadora da legitimidade das normas primárias (solucionadoras de conflitos).

Em razão disso, observa-se claramente que a incidência, ao caso, do iuspositivismo –na hipótese de que falo, o pós-iuspositivismo de Hart- é evidente, sendo nítida a insuficiência de distribuição de **justiça-nas-decisões** porque desvia o objeto do direito que deveria ser direcionar o sistema à legitimação social mediante o exercício de um controle social para construção do justo com realização de **justiça-nas-decisões** para um mero controle social.

O objetivo de um sistema de direito não deve ser somente o argumento de que se está a procurar a legitimação social para obtenção do justo, mas sim a realização de critérios objetivos e concretos para a distribuição de **justiça-nas-decisões**, ou ***iustitia in concreto***, com legitimação social.

Na verdade, a ideia de justiça é uma ideia concreta, relativa ao caso concreto, e onde quer que se espraie e se explicita e se aplique, será sempre possível determinar-lhe a existência demonstrada na aplicação da decisão judicial mediante elementos objetivos, com parâmetros determinados em uma decisão judicial. Quando encontramos tais elementos conjugados e unidos em uma decisão para um consequente razoamento iusinterativo teremos sempre **justiça-na-decisão**.

Portanto, a crítica que construo em abordagem ao entendimento hartiano está aprofundada no capítulo 10 desta obra, em que discuto a aplicabilidade do iusinterativismo de molde a demonstrar as insuficiências das teorias tanto de Herbert Lionel Adolphus Hart quanto de Ronald Myles Dworkin para a construção de **justiça-nas-decisões**.

De há muito já se reconheceu que os aspectos científicos, tecnológicos, econômicos e comerciais são mais dinâmicos e maleáveis à adequação dos

povos e regiões do que o direito ou seus sistemas atuais, largamente utilizados pelos países do ocidente, e amplamente calcados no Normativismo e no Positivismo Jurídicos, já anacrônicos e superados, em virtude da maneira formalista como sempre estiveram estruturados. Também não há qualquer dúvida de que um sistema de direito **deve** e **tem de** servir para a segurança jurídica e para a ***justiça-nas-decisões***.

Mas o método que proponho por meio do iusinterativismo não impede a prevalência da norma, se ela soluciona o conflito, aplicando o valor ético universal adequado e contido no fenômeno social, não deixando, em nenhum momento, de conceder segurança jurídica, porém passa a agregar a ***justiça-nas-decisões***.

Não obstante, o que se vê, no início do século XXI é que, independentemente da formação de blocos comerciais internacionais, já é possível ao cidadão estabelecer relações econômico-comerciais além-fronteiras e realizar transferências monetário-financeiras de crédito, bem como estabelecer relações político-sociais à distância em constituição de novos inter-relacionamentos. Diante disso, cabe, por exemplo, uma indagação: “- Como estabelecer a regência de tais situações estabelecidas *na internet, com a internet e pela internet?*” “Como resultam as consequências de direito nessas inter-relações?”

Por isso mesmo, é tempo, agora, de se reconhecer com efetividade a necessidade de mudança da lógica positivista dos sistemas de direito para adequá-los a uma dinamicidade e dialeticidade no acompanhamento da incidência dos valores, dos fatos sociais e da própria aplicação mais consentânea com a realidade das normas de regência.

1.1. Questões acerca da adequação dos sistemas de direito à Globalização.

Cabem, pois, as interrogações, no tocante à estrutura da organização mundial dos sistemas de direito:

- a. O que se apresenta de necessário para que o direito e os sistemas jurídicos dos mais diversos países sejam compreendidos para atuarem em

harmonia nestas novas condições de globalização?

b. Como se poderá constituir com efetividade direitos e sistemas jurídicos nacionais se os blocos regionais ou continentais dominarão a cena econômica e restabelecerão novíssimas relações de comércio e de produção, com sérias consequências às culturas dos povos, atualizando-se por meio de uma evolução, dinâmica e constante, com características físico-geométrico-algébricas, ou vetorial, equivalente a uma fissão nuclear quanto à celeridade na mudança nas relações?

c. Como se poderia atribuir garantias à Cidadania e aos Direitos do Cidadão se o neoliberalismo é o principal inimigo das garantias de Cidadania influenciando diretamente os sistemas de direito nos mais variados países do mundo e constantemente reduzindo os direitos do cidadão a níveis e categorias de consumo, verdadeiramente criando a figura do *homo consumens*?¹⁰⁸

Este sempre foi o grande problema das ciências sociais -e principalmente do direito para fazer-se atualizado- presente à demanda de mudança e de alterações sociais.

Rejeito, aqui, veementemente, qualquer ideia ou pensamento de relegar-se a solução a uma simples argumentação tautológica de que esta é uma

¹⁰⁸ A figura do *homo consumens* exclui definitivamente a figura do homem-cidadão, o *homo civilis*, tornando-o um ser preso às condições econômicas impostas pelo neoliberalismo e pelo sistema econômico vigente e induzindo a produção de leis e de decisões judiciais adequadas a interesses de grupos econômicos predominantes no Estado e na sua organização. A importância do Poder Judicial é inimaginável no sentido de ser o Poder da República apto a ser o defensor da Cidadania, juntamente com o Ministério Público, que não conseguiu, ainda, alçar-se à condição de Poder e com isso não consegue uma relevante atuação permanente nessa espécie de defesa. Ademais, o poder decisório da Magistratura lhe dá característica de extrema relevância social em relação ao Ministério Público. Além do lusinterativismo que preconizo aqui como uma das soluções sistêmicas, algumas respostas e sugestões podem ser vislumbradas, sob os aspectos jurídico, técnico e metodológico em **EZQUIAGA GANUZAS**, Francisco Javier, *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, Ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial México, 2006, 531 páginas;; e sob os aspectos axiológico e político em **CABALLERO HARRIET**, Francisco Javier, *Algunas Claves para otra Mundialización*, Ed. FUNGLODE-Txalaparta, 1ª. edición, Navarra, 2010, *Tercera Parte – Cultura, Ciudadanía y Derecho para una otra Mundialización*, páginas 179-232.

característica das ciências sociais, ou do direito, ou porque a lei precisa reger as relações com mais cautela, sem açodamentos, sem impulsos mercadológicos e outras justificativas iuspositivistas.

Rejeito novamente, aqui, ainda, com maior veemência, a assertiva metodológica de que o direito precisa de uma lógica positivista ou de origem hegeliana para justificar a própria construção do processo ou do princípio do contraditório inerente à formação de um juízo de valor pela contraposição de argumentos e fatos. Este conceito aprisiona o julgador na sua liberdade de formular o juízo em busca da Justiça. Retira-lhe a celeridade de resposta à cidadania requerida pelo jurisdicionado. Aprisiona os fatos ou fenômenos sociais a um método de compreensão que não condiz com a sua ocorrência natural e tampouco com a produção legislativa da norma que não são de características exclusivamente antagônicas na sua formação.

Tal contraposição e formação de juízo de valor podem existir sem que necessariamente sejam contrapostos em fenômenos sociais, ou em valores éticos universais e em conformidade com as normas vigentes, admitindo-se mesmo que possam vir a se complementar em lógica que se apresente dialética, por considerar todos os valores, fatos e regras incidentes, mas não necessariamente opostos. A dialética pressupõe contraposição de ideias na formulação hegeliana e na formulação marxista, mas não pode ser absoluta de molde a vetar ou proibir outra formatação holística e interativa.¹⁰⁹

A ciência social do direito é uma ciência que deve ser compreendida ética e

¹⁰⁹ É relevante considerar como afirmado por **ESTEVES DE VASCONCELLOS**, Maria José, in *Pensamento Sistêmico. O Novo Paradigma da Ciência*, Papirus Editora, 10ª edição, revista e atualizada, Campinas, 2013, 269 páginas, nas páginas 246 e 247 que o surgimento do pensamento *sistêmico* ou da epistemologia *sistêmica*, aos quais prefiro aplicar o adjetivo *interativo*, tem por objetivo a postura científica de observar, estudar e compreender todos os **componentes internos, próprios, inerentes, auxiliares, circundantes e externos** ao objeto **‘fenômeno social’** construtor da relação social ou jurídica em apreciação judicial e entender a necessidade de se debruçar sobre as características de **complexidade ou simplicidade, de objetividade ou intersubjetividade e de estabilidade e de instabilidade** das causas e relações apresentadas. Aliás, vale ressaltar aqui, que muitos têm apreendido – e ainda o fazem- a dialética hegeliana ou marxista como um método de compreensão da Vida, admitindo sempre a ideia de contraposição de opostos e desse confronto a formação de uma síntese em formulação de nova tese e assim se concederia sempre o avanço e o crescimento históricos. Rejeito esta atitude determinista de que a Vida -e a História, como sua evolução- necessite e tenha de resultar sempre de luta e contraposições sociais, pois considero que a dialética da complementaridade prevista por **MIGUEL REALE**, com fundamento em **EMIL LASK**, **WILHELM SAUER** e **CARLOS COSSIO** e suas teorias, e o pensamento sistêmico ou interativo podem gerar a ideia e a formulação de teses e consequentes heteroteses, admitindo-se, ora complementaridade, ora oposição, ora contraposição com características complementares, todas interativamente muito mais adequadas à execução da realidade e à Vida, produzindo, com força e evidência, uma postura mais real, científica e menos determinista.

dialeticamente, dinâmica e interativamente a todos os elementos de composição da situação real postulada ou questionada, se seu objetivo for realizar e distribuir justiça.

Está-se a reger condutas sociais. E se o Direito tem por objetivo reger condutas não é crível que se possa entender que a norma **NÃO DEVA SER ÉTICA** ou que seu fundamento não se baseie na Ética. O Direito é um sistema de normas indicativo de controle para realização de condutas éticas em sociedade. O contrário não se pode nem presumir, tampouco aceitar. É urgente, precisa-se, demanda-se explicar e concretizar, com velocidade inerente a essas próprias relações e condutas sociais do século XXI, a aplicação da ética às normas jurídicas, mais ainda depois da presença da globalização no planeta. Seria um contrassenso admitir-se que o direito pudesse conter normas aéticas, amorais, antiéticas ou imorais, beirando as margens da ilicitude, não sendo este, obviamente, o pressuposto orientador tampouco o propósito finalístico de um sistema de direito, exceto quanto ao iuspositivismo jurídico que se estabelece em função do exercício do poder e sua manutenção.

2. A DIALÉTICA DE COMPLEMENTARIDADE DE MIGUEL REALE.

2.1. A dialética da complementaridade e a sua importância para a construção do iusinterativismo na Era da Globalização.

A sistemática visão de unicamente se considerar, sob o enfoque da Teoria Geral do Processo ou mesmo da Teoria da Decisão Judicial, que a verdade, material ou formal, principalmente a formal, ainda baseada no arcaico e vetusto brocardo *“quod non est in actis, non est in mundo”*¹¹⁰, somente se

¹¹⁰ Em latim, o brocardo *“Quod non est in actis, non est in mundo”* traduzido para o português como *“O que não está nos autos, não está no mundo”* vem significar a maior expressão do princípio da **verdade formal**, no sentido de que ao julgador caberia somente a apreciação ou análise do que efetivamente trazido aos cadernos processuais ou aos chamados **autos do processo**. Esta configuração tem sido amplamente criticada e mitigada por visão e prática novas em relação ao juiz, nos termos do que vem sendo defendido e preconizado por **MAURO CAPPELLETTI** e **BRYANT GARTH**, **ELIO FAZZALARI**, **CANDIDO DINAMARCO**, **ADA PELLEGRINI GRINOVER**, **ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA**, **S. TAVARES PEREIRA** e **MARIA INÊS M. S. ALVES DA CUNHA**, dentre outros, que defendem o conceito e a prática do magistrado iusinterativo e proativo e a aplicação a esse juiz de três grandes princípios e características, construtores e formadores do juiz ou julgador moderno e contemporâneo: 1. **a atuação cidadã do juiz no processo, ou seja, uma cidadanização do julgador**; 2. **a neutralidade social**; 3. **a politização institucional do juiz**. Esclareço que a expressão **“politização institucional”** significa o engajamento do

consubstanciaria no processo mediante uma função lógica de natureza dialética hegeliana (advinda apenas da contraposição de argumentos e de ideias –ou fatos-, e de uma conclusão silogística para uma suficiente distribuição da **justiça-nas-decisões**) para confluir em uma decisão que ao estabelecer o silogismo (formulação de sentença, mediante relatório, fundamentação e dispositivo) e sua conclusão, faz-se insuficiente diante da celeridade tecno-científica existente no século XXI e arraigadamente anticientífica porque não responde à necessidade de regência jurídica e legal dos fenômenos sociais em conformidade com os valores éticos universais vigentes no século atual.

Digo isto, porque a postura científica deve partir da visão crítica ampla, do questionamento –para a verificação e experimentação científica- de todas as atitudes em relação aos fenômenos sociais em estudo, não apenas aquela fundada em uma tese, antítese e síntese de ideias (Hegel) ou relações materiais (Marx), mas também na denominada dialética da complementaridade por iusinteração (fenômenos sociais, valores e normas com identidade, tempo, lugar e finalidade integradamente relacionados). Assim, no dizer de Reale, a dialética de complementaridade se apresenta como

*“(...) **dialética de implicação e polaridade, segundo a qual os elementos em contraste não se fundem, ao contrário, se correlacionam, mantendo-se distintos. (...)**”*

E continua afirmando

*“(...) **É a dialética de complementaridade aplicável no mundo jurídico, sendo, a meu ver, a norma, o enunciado resultante da correlação fato-valor, ou seja, da causalidade factual em contraposição à causalidade axiológica ou “motivacional”, conforme o dizer de Edmund Husserl. (...)**”*

juiz na defesa das instituições públicas, enquanto política institucional, **jamais político-partidária**. Hoje, com o Processo Judicial eletrônico já se afirma, segundo **S. TAVARES PEREIRA**, a necessidade de u’a mudança de paradigma em que se deve compreender que **“O que não está nos autos, está no Mundo ou num outro Sistema”** em cristalina posição de direcionamento à pesquisa iusinterativa.

“(...)De acordo com a Teoria Tridimensional do Direito, **não há norma legal sem a motivação axiológica dos fatos sobre os quais os valores incidem**. Daí a **compreensão da norma jurídica como elemento integrante da relação fático-valorativa**. Não é demais lembrar que **só surgiu a citada teoria quando se reconheceu que fato, valor e norma se dialetizam de maneira complementar**.

Daí a necessidade de ser a norma jurídica sempre objeto de interpretação, não como um objeto ideal, -como se fosse uma asserção lógico-sintética– **mas sim como um enunciado em necessária correlação com a base fático-axiológica**. (...)”¹¹¹ (Vocábulos não estão em negrito no original)

Como se vê, Reale destaca apropriadamente a necessidade de interpretação da norma vigente como “um enunciado em correlação com a base fático-axiológica”, já de modo cristalino, mas indicativo, fixando o preceito do que viria a ser a nossa proposta de método e raciocínio iusinterativo,

E acrescentava que a forma de captação e execução dessa dialética de complementaridade ao juiz, ou seja, o primeiro elemento a ser considerado para seu efetivo exercício ao juízo de valor ou de raciocínio a ser praticado pelo magistrado é o seu afastamento pessoal –e científico- de si mesmo, de todos os seus preconceitos ou prejuízos, e do objeto, formados a respeito do fenômeno social, especialmente quanto à sua transcendência ou realidade fora da consciência, assim entendido por Reale, v.g.:

“(...) como é dado na consciência, sem refrações,

¹¹¹ REALE, Miguel. **Variações sobre a Dialética**, 22 dez 2003, artigo publicado em site <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vdialeatica.htm> na internet. De acordo com MIGUEL REALE, não afasto a possibilidade da técnica interpretativa, mas tomo o cuidado de alertar para a postura, muito comum nos magistrados, de substituir qualquer busca ou realização de **justiça-nas-decisões**, com a prática do raciocínio iusinterativo, pelo resultado da interpretação efetuada, como se a simples utilização da técnica de hermenêutica já concedesse ou aplicasse **justiça-nas-decisões**, sendo temerário pensar-se assim. Há que se realizar o **raciocínio iusinterativo** e igualmente a interpretação, cuidando-se para não se deixar levar pela retórica ou pelo argumentativismo.

que resultem de nosso coeficiente pessoal de preferências, para poder descrevê-lo integralmente, com todas as suas qualidades e elementos, recebendo-o “tal como se oferece originariamente na intuição” (descrição objetiva)

Posto o sujeito perante o objeto, é necessário descrevê-lo de maneira neutra, como é dado imediatamente à consciência, sem se formular qualquer pergunta sobre a existência extramental do objeto, como algo de separável ou independente do objeto. *A análise processa-se, então, através de uma sucessão de perguntas¹¹², que vão como que desdobrando o objeto em suas camadas ou estruturas, elevando-se de uma intuição empírica à intuição da essência, desprezando-se o puramente fático e particular¹¹³(...)”* (Negritos não estão no original)

Por tais fundamentos, é, portanto, perfeitamente compreensível uma dialética que não se configure em contraposição de elementos, mas sim, em sua inter-relação que faz com que se apresentem em interação evidente dos vetores naturais que indicamos (*identidade, tempo, lugar e finalidade*) e as dimensões culturais de Reale (**Valor ético universal, Fenômeno social, e Norma vigente**) permitindo uma complementaridade ao cenário jurídico e judicial existente, com um resultado de **justiça-nas-decisões**.

¹¹² Vide, nesta obra, o Capítulo 9, itens, 5.2.1. *As Indagações Judiciais para formação da sentença em uso do Razoamento Judicial Iusinterativo para a efetividade de justiça-nas-decisões* e 5.2.1.1. *Sete Indagações do Razoamento Judicial Iusinterativo necessárias e metodológicas para formação da Decisão Judicial*, em que proponho indagações objetivas como fixação de parâmetros concretos para formação do razoamento iusinterativo, de molde a compará-los e interagí-los com as dezesseis relações funcionais iusinterativas matriciais constantes do Capítulo 5, itens 1.2. *As Relações Funcionais Interativas* e 1.2.1. *As combinações vetoriais matriciais aplicáveis às dimensões culturais condicionantes do razoamento iusinterativo* para formação desse razoamento e dicção de **justiça-nas-decisões**.

¹¹³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, Ed. Saraiva, 11ª. edição, Capítulo XXVI, *O Direito e a Investigação Histórico-Axiológica*, São Paulo, 1986, páginas 362 e 363.

2.2. A natureza fenomenológica do iusinterativismo em complemento à dialética da complementaridade de Reale e outros exemplos.

A Fenomenologia de Edmund Husserl, baseada na intencionalidade da essência, no sentido de que se pode intuir intelectualmente a essência dos fenômenos sem que se tenha que recorrer obrigatoriamente a contraposições ou comparações entre dois ou mais seres, à toda evidência, sustenta a, denominada por Reale, dialética da complementaridade, essencial ao iusinterativismo, como método de análise, mas não exclui outras demais, cuja aplicabilidade demonstraremos, mais adiante¹¹⁴, quando estudarmos as técnicas e fundamentos de formulação das decisões judiciais, que não se amparam somente em Edmund Husserl e sua *dialética intuicional*, mas igualmente no *pensamento problemático* de Immanuel Kant, nos *juízos de probabilidade e de semelhança* de Karl Popper, na *lógica conjectural* de Miguel Reale e no *juízo conceitual* de Aleksander Peczenik, todos passíveis e possíveis de utilização e enunciação pelo Juiz Natural no exercício da jurisdição e do poder de julgar para solução de conflitos sociais .

De outro modo, também, Hans-Georg Gadamer¹¹⁵ me ajuda a amparar tais conceitos e assertivas quando concretiza esta possibilidade ao usar fundamentos trazidos por Martin Heidegger¹¹⁶, e constantes na fenomenologia de Edmund Husserl¹¹⁷, afirmando e sistematizando esta espécie de valoração de conceitos e juízos, considerando a importância da linguagem, a saber:

“(...) Creio que o mérito da análise semântica tenha sido o de ter trazido à consciência a estrutura total da linguagem e de ter relacionado a essa estrutura os falsos ideais da unicidade dos signos ou símbolos e da formalização lógica da expressão da linguagem.

¹¹⁴ Vide capítulo 5, item 2.1. e subitens 2.1.1. a 2.1.6., deste trabalho.

¹¹⁵ **GADAMER**, Hans-Georg. *Verdade e Método*, Editora Vozes, Coleção Pensamento Humano, Capítulo 7, *A história do conceito como filosofia*, páginas 94-111; e Capítulo 13, *Semântica e Hermenêutica*, 4ª edição, respectivamente e páginas 204-216.

¹¹⁶ **HEIDEGGER**, Martin. *Marcas do Caminho*, tradução de Ênio Paulo Giachini e Emildo Stein, Ed. Vozes, Capítulos *A Essência do Fundamento*, págs. 134-184, e *A Essência da Verdade*, págs. 185-214, Petrópolis, RJ, 2008, 495 páginas.

¹¹⁷ **HUSSERL**, Edmund. *Ideias para uma Fenomenologia Pura e para uma Filosofia Fenomenológica*, tradução de Marcio Suzuki, Ed. Ideias e Letras, 2ª edição, Aparecida de São Paulo, 2006, 381 páginas.

O grande valor da análise semântica das estruturas da linguagem não consiste apenas em dissolver a aparência de igualdade produzida pelo signo verbal isolado, trazendo à consciência seus sinônimos. Na verdade, a análise semântica, dissolve essa aparência mostrando algo ainda mais significativo, a saber, que, em sua singularidade, a palavra-expressão é uma estrutura intransferível e insubstituível. Considero essa segunda contribuição mais significativa porque refere-se a algo que está aquém de toda a sinonímia. Na perspectiva da simples designação ou nomeação, a maioria das expressões empregadas, para o mesmo pensamento ou das palavras usadas para exprimir a mesma coisa pode admitir distinção, articulação e diferenciação. Todavia, quanto menos os signos verbais singulares forem isolados, tanto mais se individualiza o significado da expressão(...)" (negritos e itálicos não estão no original)

Como se vê, Gadamer admite a necessidade de inter-relação de signos e da palavra e a sua identificação ao valor, cuja identidade se encontra e se funda por meio da inserção semântica. Gadamer realiza esta operação fundado no aporte fenomenológico da realidade e da interpretação da linguagem, e com isso, a formação de conceitos e juízos e, indiretamente, o faz atingindo a própria atividade judicial, a qual, no exercício e prática de emissão de juízos, por atribuição deontológica, entendo que devam ser realizados de maneira ora **problematizada** (Kant); ou **intuicional** (Husserl); ou **probabilístico**, ou por **similitude** (Popper); ou por **conceitos apriorísticos** ou por **conceitos genéricos** (Peczenik); ou ainda, mediante a **lógica conjetural** (Reale); mas sempre considerando a materialidade das provas apresentadas. Porém, para segurança da prática de **justiça-nas-decisões** deve viabilizar metodologicamente o iusinterativismo como razoamento a esse fim, em seus mais diversos parâmetros lógico-filosóficos, como estou a sustentar.

Sobre este ponto da materialidade das provas apresentadas no processo é

importante trazer a tese de Michele Taruffo¹¹⁸ que discorre aprofundadamente sobre o juiz e a construção dos fatos considerando que a separação entre a premissa normativa e a premissa fática do silogismo jurídico para formação do raciocínio judicial é o único ponto artificial e que, na verdade, no seu entender, os fatos condicionam o significado da norma no ato de aplicação judicial e que esse significado (a norma jurídica) influencia a compreensão dos fatos ao determinar o que seja juridicamente relevante.

Contudo, ousou diversamente pensar, e afirmo que o ponto nodal é que a construção da norma jurídica –baseada no seu fato originário- necessariamente tem guardado um significado oriundo de um valor ético condicionado à época do nascimento legislativo da norma e que também, ao longo do tempo, ou de conformidade com o lugar, pode ter perdido seu valor, o significado inicial, ou mesmo adquirido outra finalidade.

Taruffo, ao afirmar que os fatos condicionam o significado da norma no ato da aplicação judicial para a construção de um caso, na verdade, com todo o respeito ao Mestre italiano, olvida-se acerca da importância e da essência do valor ético que, embutido na norma, quando da sua criação e nascedouro legislativo, pode –como já disse- ter se modificado ao longo do tempo, fazendo com que a influência retroativa da norma ao fato, enquanto regência para uma determinação jurídica, venha a ser prejudicial ao próprio fato que se tenta reger para conceder-lhe **justiça-nas-decisões**, seja porque o fato se modificou e não é exatamente o mesmo, mas precisa ser regulado –e a norma é a mesma de tempos de outrora- ou porque sendo o mesmo fato, a norma já se põe anacrônica em relação aos valores éticos da sociedade, ou ainda porque a norma (ou seu disposto normativo), mesmo subsumindo-se ao fato que lhe dá regência, não resolve completamente o conflito, ou porque não possui mais eficácia social, ou caiu em desuso, ou não mais contempla todas as respostas ao fenômeno ou fato social ou ainda, o fato reconhecido e amparado pela norma acaba por vulnerar o valor ético universal que contemporaneamente se apresenta diverso, ou ainda o fenômeno ou fato social ainda que criminalizado como fato-tipo –constante da lei vigente- não é mais reconhecido na sociedade

¹¹⁸ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad, El juez y la construcción de los hechos*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Colección Filosofía y Derecho, organizadores José Juan Moreso e Jordi Ferrer Beltrán, tradução do italiano para o espanhol de Daniel Accatino Scagliotti, páginas 232 e seguintes, item 3, *El juez y la construcción de los hechos*, 2010, 299 páginas.

como delito, descabendo a sua criminalização, não havendo, todavia, lei nova a caracterizar-lhe a descriminalização, podendo-se gerar injustiças sociais.

Para esta hipótese, trago o exemplo ocorrido no direito penal brasileiro e menciono o caso do **Crime de Sedução** (“CP - art.217 - *Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:*

Pena - reclusão, de dois a quatro anos) criado no texto do Código Penal, **PROMULGADO EM 1940**, hoje se encontrando este dispositivo normativo (art. 217) devidamente revogado ([Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005](#)) e que, antes de qualquer revogação formal, portanto com validade e vigência formais, já se encontrava em completo desuso e ineficácia, sem estar revogado, recebeu a presença concomitante no texto do Código Penal do **Crime de Assédio Sexual SOMENTE EM 2001** (“CP - Art. 216-A. *Constranger alguém com o intuito de obter **vantagem ou favorecimento sexual**, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos*” (...) § 2º *A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.*), ([Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001](#)), o qual (art. 216-A) a jurisprudência dos tribunais utilizava para aplicar juntamente com a ineficaz figura da sedução (art. 217) e que somente veio a obter tal revogação em 2005 pela Lei 11.106/2005 como acima citei.

Mais de 65 (sessenta e cinco) anos se passaram e foram necessários para que o Valor ético universal da **incolumidade física e sexual da mulher** fosse novamente assegurado sem que exercícios ou ginásticas hermenêuticas que contrariam o tratamento jurídico dado às normas de direito penal viessem a consumir uma irregularidade interpretativa, e para que nova regência contemporânea adequada ao Fato-tipo (**Tatbestand** ou **fattispecie**) do delito pudesse legislativamente ser estabelecida.

A Lei revogadora (Lei 11.106/2005) do hoje ineficaz e revogado **Crime de Sedução** somente veio a existir em 2005, porém somente pela **Lei 12.015/2009 –quatro anos depois de sua revogação e 69 (sessenta e nove) anos após a criação** de seu dispositivo inserto no Código Penal- é que se fez substituir o já supracitado **artigo 217, Crime de Sedução**, pela nova redação

dada ao **artigo 215 para o Crime de Violação Sexual mediante Fraude**, a inserção pela mesma lei do **artigo 217-A para o Crime de Estupro de Vulnerável**, do Código Penal brasileiro, que dizem : **Crime de Violação Sexual – CP - Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: [\(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#). Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. [\(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#). **Parágrafo único.** Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. [\(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#) e o **Crime de Estupro de Vulnerável – CP - Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: [\(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#) Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. [\(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#)**, e com isto, instituindo-se tardiamente a proteção e o amparo iuspositivista a um dos valores éticos universais mais elevados -que é a incolumidade física do ser humano feminino- e um dos fenômenos sociais antijurídicos, antissociais, mais ameaçadores e mais ocorrentes na sociedade contemporânea.**

É um tanto óbvio que a restrição social ao **Crime de Sedução** e a redução de sua criminalização como delito no Código Penal não se iniciou quando da sua promulgação a partir de 1940. Há nisso uma contagem de tempo exagerada, reconheço. Mas igualmente é não menos evidente que se considerarmos a partir do pós-guerra (1946) ou mesmo do terceiro terço do século passado (1966), a sedução não mais se apresentava como delito nas sociedades da época, exceto em caso muito excepcionais de regiões rústicas ou de crescimento ou progresso reduzido. Assim, evidentemente, como disse, perdurou a ausência de proteção ao **valor ético universal “incolumidade física e sexual do ser humano”** durante bom período do século passado até o presente século e, em consequência, uma ‘ginástica’ jurisprudencial para a não-aplicação da norma em casos que tais, ou aplicações ‘injustas’¹¹⁹ da lei,

¹¹⁹ A aplicabilidade do antigo artigo 217 -e já revogado, referente ao então **Crime de Sedução**, com este tipo legal passou a ser, então, um problema ao julgador. O indivíduo acusado de sedução no curso do pleito apresentava cerca de três testemunhas de defesa afirmando terem tido conjunção carnal com a vítima e asseverando já ter ela experiência sexual e haver dado consentimento. A improcedência da ação penal promovida pelo Ministério Público com base na ausência do fato-tipo do artigo 217 do Código Penal brasileiro seria evidente e imediatamente declarada pelo julgador frustrando a acusação do delito

fortemente agravada com o fato da impossibilidade jurídica de aplicação da analogia no âmbito penal.

Por tais razões, posso concordar com o Professor Michele Taruffo no sentido de que se constrói um caso, mas discordo no ponto em que afirmo que obviamente, com isso, não se aplica, ou não se faz, **justiça-nas-decisões**.

2.2.1. A Metodologia do Razoamento Iusinterativo.

Para o nosso objetivo é indispensável a dialética da complementaridade a demonstrar implicação e polaridade, sem a obrigatoriedade de contraposição de opostos e a necessária aplicação dos Vetores Naturais às Dimensões Culturais como acima demonstrado e que igualmente, mais adiante, demonstrarei em exemplos concretos de **justiça-nas-decisões**. Sem a aplicação dos Vetores Naturais às Dimensões Culturais a análise ou apreciação judicial de qualquer caso ou demanda pode efetivamente ser efetuada, mas não haverá qualquer garantia de que estar-se-á praticando **justiça-nas-decisões**.

É exatamente por esse motivo que entendo como permanente, como **princípio fundamental** ao Juiz Natural, o **princípio da obrigatoriedade de aplicar justiça-nas-decisões**, instituto este **–justiça-nas-decisões–** inevitavelmente unido à atuação funcional judicial e levando em consideração as **dezesesseis interações matriciais vetoriais** tendo cada uma das dimensões culturais (o **Fato ou Fenômeno social**; o **Valor ético universal**; a **Norma vigente**) como função dos Vetores Naturais (**identidade, tempo, lugar e finalidade**) segundo consta nesta obra, no capítulo 5, *Neoconstitucionalismo e Supraconstitucionalismo: A estrutura do Iusinterativismo, suas relações interativo-funcionais. Meios lógicos para o Iusinterativismo. Finalidades éticas*, nos itens 1.2. e 1.2.1., mediante a seguinte representação lógica:

F(i + t + l + f) Fenômeno social é função de **identidade, tempo, lugar e finalidade**, ou seja, deve-se analisar o fato ou fenômeno social em apreciação judicial considerando-se sua **identidade** de surgimento, seu

tempo até o momento presente, sua **localização** de ocorrência e sua **finalidade** de ocorrência;

V(i + t + l + f) **Valor ético universal** é função **de identidade, tempo, lugar e finalidade**, vale dizer, deve-se considerar a **identidade** do valor ético ao surgimento da norma, o **tempo** de permanência desse valor ético universal e se foi modificado ao longo dos anos até o presente, a sua **inserção local**, que pode alterá-lo e se a sua **finalidade** permanece, ou foi violada ou amparada pelo fato ou fenômeno social em análise e apreciação judicial;

N(i + t + l + f) **Norma vigente** é função de **identidade, tempo, lugar e finalidade**, isto é, deve-se ter em conta a **identidade** da norma quando promulgada, o **tempo** de sua promulgação e atuação até os dias atuais –se foi ou não modificada parcial ou totalmente-, o **local** de sua elaboração, promulgação e também de aplicação, e a **finalidade** para a qual foi elaborada, se ainda permanece nos dias atuais de aplicação para o caso em questão.

É de toda evidência que havida qualquer (ou cada) **mudança vetorial**, em cada uma dessas funções lógicas dimensionais retrocitadas, efetivamente pode se alterar o julgamento para a efetiva prática de **justiça-nas-decisões**, criando-se **dezesseis relações vetoriais matriciais**¹²⁰, em que se apontariam diferenças para a formação de um juízo ou julgamento com **justiça-nas-decisões**, de modo algum impedindo que se viesse a exercer, pelo juiz –o condutor do processo como instrumento de pacificação social-, o **princípio do livre convencimento motivado**, inerente à liberdade e independência judiciais, ou ainda, o **princípio da livre investigação das provas**, inerente à autonomia e liberdade do juiz para a direção e condução do processo, como o desejaria manter Michele Taruffo mediante sua lógica das inferências baseada nos quatro níveis de enunciados necessários, segundo ele, para a narração da decisão judicial¹²¹.

Não se pode admitir o exercício do Juiz Natural sem o **princípio da obrigatoriedade de justiça-nas-decisões**, porque, do contrário, seria admitir-se que o Poder Judicial existiria para **NÃO** cumprir a sua missão precípua de

¹²⁰ Vide Capítulo 5, itens 1.2.. e 1.2.1.

¹²¹ TARUFFO, Michelle. *op.cit.*, páginas 232-234.

solucionar os conflitos com justiça, ou como se poderia dizer, comparativamente, seria o mesmo que admitíssemos que o Poder Legislativo, por seu Legislador Natural criasse leis ilegais.

Entretanto, a mim parece insuficiente e pouco preocupada com a concessão de **justiça-nas-decisões** ao cidadão, com todo o respeito e admiração que tenho pelo trabalho do Professor Michelle Taruffo, a construção dos fatos e casos mediante uma lógica formalista perfeitamente criada para apreciação judicial das provas e fatos que não leve em consideração os valores éticos universais insertos na demanda para a solução dos conflitos de interesses e limite-se a fundamentos e argumentos puramente lógicos.

Desejo assim evidenciar, é claro, o sentido fenomenológico do método que preconizo e sua intensa atualidade contemporânea ao pretender desenvolver estruturas éticas universais à função jurisdicional e fixar parâmetros concretos e objetivos para u'a metodologia de julgamento.

Não obstante, Miguel Reale, ao não falar, efetiva e diretamente em suas obras, em aplicar as suas três dimensões por meio da dialética da complementaridade, na verdade, o faz quando afirma que tal dialética da complementaridade é o método mais adequado à realização da Experiência Jurídica, denominação que dá ao Direito em atuação. Assim e por isso mesmo, todos estes juízos que estamos a mencionar –e enquanto os denomino de iusinterativos e como exemplos para a formação de um método de raciocínio judicial ou mesmo de formação da decisão judicial- devem ter como aplicação metodológica a implicação e polaridade (complementaridade, por consideração de tese e heteroteses, estas últimas, não, necessariamente só antíteses) de todos os vetores naturais e dimensões culturais.

Fácil é compreender, deste modo, que é esta dialética de complementaridade, a mais adequada para permitir essa interação e aplicação real e efetiva das três dimensões culturais (tridimensionalidade em Fenômeno social, Valor ético universal e Norma vigente) a estes quatro vetores naturais (tetravetorialidade em identidade, tempo, lugar e finalidade) que preconizo como constantes elementos atualizadores e componentes indicativos de efetiva **justiça-nas-decisões** para o processo e as causas.

Por outro lado, é imperioso ressaltar que se a necessidade de controle e segurança pelo Estado das relações de produção, mediante a regulação de

mercados e de situações jurídicas reais (e não, dos meios de produção) é o principal argumento dos positivistas para que o Direito não seja subordinado às leis de mercado, não é menos certo que para regulá-las adequadamente e obter-se **justiça-nas-decisões** se deveria fazê-lo com valores, fatos e regramentos (normas positivas ou consuetudinárias), adequados **à Identidade do Objeto ou Fato, ao Momento ou Época em que se vive (ou em que se dá o Fato), ao Local em que é produzido o Fato e para que Fim se destina a regência**. Ou seja, é impossível, como já destaquei e reafirmo, a bem da verdade material, substancial no processo, deixar de se considerar a incidência destas manifestações da natureza, desses verdadeiros vetores naturais (**geodésicos** de Tempo e Espaço –ou Lugar-; e **ônticos** de Identidade e Finalidade) para o exercício correto do controle e segurança da sociedade pelo Estado e pelo Cidadão, porém de modo a fazer **justiça-na-decisão**.

Na realidade, o que importa considerar é que não há qualquer preocupação do Estado Contemporâneo, dito Democrático e Social do Direito, com a aplicação da Justiça, senão com o controle de poder e segurança do Estado para manutenção do neoliberalismo capitalista internacional em alguns casos, e noutros, de um capitalismo de Estado sob a máscara de comunismo em fase de ditadura do proletariado.

É uma falácia a assertiva positivista de que a simples aplicação subsuntiva da Lei ao Fato (ou a mera consideração de que somente se encontra regido o fato pelo direito, se existente uma lei escrita que lhe estabeleça regência) concede uma aplicação adequada ou justa da lei. **Concede apenas segurança ao Estado. Tampouco o faz ao Cidadão.**

A inaplicabilidade de **justiça-na-decisão** estaria evidente. Poderíamos vir a ter uma decisão lógica e subsuntivamente efetivada, mas isto não garantiria a análise de todos os elementos envolvidos na causa ou no processo. Mas, a fim de que a realizássemos, deveríamos considerar, **permanentemente**, em seus fundamentos teóricos a aplicabilidade a **tempo, lugar, identidade e finalidade** (essas **manifestações** -ou **vetores- naturais** porque:

- a. em primeiro lugar e em verdade, o luspositivismo jamais utilizou estes conceitos (de **identidade, tempo, lugar e finalidade**) integradamente, **interativamente** a **Fato** ou **Fenômeno social, Valor ético universal e**

Norma vigente, ou em juízo simultâneo e dialeticamente, de molde a produzir uma síntese objetiva e holística de todos os elementos implicados na relação jurídica (entenda-se= situação real que envolve direitos e deveres) então em análise;

- b. em segundo lugar, e sob qualquer argumento, o luspositivismo coloca estas manifestações, ou os conteúdos dos vetores naturais, sob o império da Lei, já entendidos como contidos no texto legal, como verdadeiros apêndices ou componentes auxiliares, do normativismo ou legalismo, limitando, o juízo de valor à aplicação da lei e, reciprocamente, limitando o próprio juízo de valor a ser efetuado somente sob o alcance da lei, obrigando-o a ser formulado mediante categorias estanques e restritas a conceitos puramente formais subordinados a um texto de lei (interpretações extensiva, restritiva, modificativa e abrogante que se prendem ao texto da lei);
- c. Em terceiro lugar, os resultados de juízos de valor assim realizados, ainda que sob as técnicas de hermenêutica e integração do direito, obviamente, tomam, se apoderam de conclusões que incontestavelmente afastam e excluem a dialética da complementaridade e a aplicação de Justiça ao caso em análise pela natural dissociação das três dimensões do direito (**Valor, Fato e Norma**) às quatro invariantes –ou vetores- naturais (**Identidade, Tempo, Lugar e Finalidade**) e pelo aprisionamento a conceitos formais e mera aplicação de um texto legal, ainda que argumentativamente fundamentada a decisão e por isso mesmo, aparentemente justa;
- d. Por quarta e última observação, ainda que com base

nas novas teorias e técnicas argumentativas de decisão, sem a utilização dos vetores naturais (*i*, *t*, *l* e *f*) interativamente considerados às dimensões culturais (**V**, **F** e **N**) a aplicação positivista redundaria, sempre, na prática de uma Verdade Formal deduzida no processo, hipocritamente deduzindo-se ser uma Verdade absoluta para o caso, o que absolutamente não corresponde a qualquer Verdade porque concluída com fundamento em situações que não procuram a raiz dos fatos concretos e verdadeiros, admitindo-os como realidade possível de ser obtida, contudo, consubstanciando-se em expressas admissões da impossibilidade humana de descobrir a VERDADE, porque não direcionada e tampouco preocupada com a **justiça-nas-decisões**.¹²²

Impende ressaltar que a realidade não é a possível. A realidade é o que se tem! É a existência! A realidade **É!** O caminho do possível é o caminho da política, do que não deve cuidar o direito, senão para exclusivamente fazer aplicar a Justiça em sociedade como sua **finalidade** maior.

Observe-se que a simples operação lógica a tomar um **FATO** ou **FENÔMENO** sob a aplicabilidade dessas manifestações naturais **Identidade, Tempo, Lugar e Finalidade** (os **Vetores Naturais**) deve permitir a construção dialética e holística do pensamento, do juízo de valor integrado em um conceito único em que tais **Vetores** tenham intercorrência simultânea, já permitindo ao ser humano (no caso, o julgador) a formulação de um juízo mais consentâneo com a realidade fática.

O luspositivismo sempre incorreu no equívoco de entendê-los (**os vetores naturais i=identidade, t=tempo, l- lugar, f=finalidade**) ou de tratá-los com total irrelevância como auxiliares à formação do juízo de valor e, por isso, na imensa maioria dos casos julgados ou em julgamento, não são nem integral, nem sistêmica, nem dialética, nem interativamente considerados. O

¹²² Vale certamente aqui uma breve digressão sobre a existência ou não da Verdade Absoluta o que mais adiante realizamos neste capítulo, a demonstrar que a Verdade pode ser inferida e diferida, o que não lhe retira o caráter de Verdade desde que relativa aos vetores naturais de **identidade, tempo, lugar e finalidade** e às dimensões culturais de **Valor, Fato e Norma**.

Iuspositivismo os recepciona e os aplica isoladamente, como elementos menores de formação de um juízo lógico subsuntivo.

Ora, os **vetores naturais** não são invenção de quem quer que seja. São manifestações naturais que ocorrem inegavelmente na própria natureza, no fato ou fenômeno social desde a criação da sociedade pelo ser humano com a sua existência. Apenas o que me cabe, neste momento, talvez, seja demonstrar a sua utilização original em inexorável aplicabilidade a todas as relações humanas que vivemos em evidente interatividade¹²³, principalmente no que respeita ao sistema de direito, interagindo de modo sistematizado com as dimensões culturais realezas e a sua tetravetorialidade.

Seria um tanto tautológica –ou autopoiética- a nossa assertiva, porque em si mesma se explica? Mas não é isto! E cada uma sempre foi vista de maneira isolada para cada fato. A análise que hoje em dia os operadores do direito – inclusive o juiz- realizam é positivista e sempre formal.

Olvida-se que obviamente cada elemento cultural possui uma incidência natural dos elementos da própria natureza e da própria sociedade, no âmbito das ciências sociais ou de seus fenômenos. E isto não leva a uma aplicabilidade tautológica e muito menos teratológica. O que se põe como essencial para que se realize este razoamento iusinterativo, esta metódica iusinterativa que estou a preconizar, é a combinação desses quatro elementos naturais (**Identidade, Tempo, Lugar e Finalidade**) em visão dialética e simultânea, imediata, integrados, interagidos às três dimensões do direito criadas por Miguel Reale.

Por vários milênios e séculos temos descuidado -talvez porque tão óbvia essa composição- de que em um **Fato ou Fenômeno social** ou em um **Valor ético universal**, ou mesmo em uma **Norma vigente** há sempre **Identidade, Tempo, Lugar e Finalidade** do **FATO**; **Identidade, Tempo, Lugar e Finalidade** do **VALOR**; e **Identidade, Tempo, Lugar e Finalidade** da **NORMA**. Quando se realiza a interação holística desses elementos, e eles se combinam adequadamente, a conclusão evidente é que estamos a praticar, inafastável e

¹²³ Na verdade, tal e qual as dimensões geométricas espaciais (largura, altura e comprimento) que fixam os objetos no mundo físico da terceira dimensão, os vetores naturais (**ônticos**=identidade e finalidade; e **geodésicos**=tempo e lugar) agem, no iusinterativismo, no Direito Interativo, como elementos invariantes, porque permanentes em todas as manifestações em sociedade, mas em relação a seu conteúdo, como verdadeiros vetores indicativos de cada uma de suas essências fenomenológicas preenchidas pelo Fato ou Fenômeno social, pelo Valor ético universal e pela Norma vigente para a solução de conflitos de interesses na sociedade.

inevitavelmente, **justiça-nas-decisões** em busca da verdade real ou material. Ocorre que, quando interagimos **Fenômeno social** ou **Fato**, **Valor ético universal** e **Norma vigente**, o fazemos pensando que a simples interação –ou juízo de valor efetuado- coloca em lógica homogênea e racional a compreensão de que todos os elementos componentes dessas dimensões foram considerados em simultâneo, em interação, o que nem sempre é verdade.

2.2.1.1. *A natureza fenomenológica do lusinterativismo e a ideia de (in)justiça-nas-decisões.*

CENÁRIO 1 - Em um cenário possível, afirmo que se o **tempo** (Vetor Natural) de surgimento do **Fenômeno social** (Dimensão Cultural) for **distinto do tempo** (Vetor Natural) da **Norma vigente** (Dimensão Cultural) aplicável e **mais anacrônico ainda** (Vetor natural) ao **Valor ético universal** (Dimensão Cultural), uma simples aplicação subsuntiva da **Norma vigente** não garante qualquer aplicação de **justiça-na-decisão** e implica em **evidente decisão injusta** porque não soluciona o conflito social, apenas o termina ou encerra junto ao Poder Judicial, realizando, por um pressuposto presumido e não real, verdadeiro, uma espécie de justiça institucionalizada, mas irreal.

EXEMPLO DO CENÁRIO 1: Valor Ético Universal de 2014 (isonomia de tratamento por aplicação dos valores de cidadania e dignidade da pessoa humana para reconhecimento de união estável homoafetiva); **Norma vigente de 1988** (art. 226, CF – menciona **somente** a união estável entre homem e mulher); e **Fenômeno social de 1980** (união estável *homoafetiva* assumida desde essa data, p. e., entre Jonas e Mário) que resulte em aplicação pela Corte Judicial competente da **Norma vigente –art. 226, CF- de 1988, declarando a impossibilidade jurídica de união estável homoafetiva.** Constata-se a dação de uma decisão de puro e extremo cunho iuspositivista, aplicando-se o conteúdo do texto constitucional do art. 226 e o texto do artigo 1.723 do Código Civil brasileiro. Houve **justiça-na-decisão**? Claro que não. O **princípio da obrigatoriedade de justiça-nas-decisões** e o seu método do **razoamento iusinterativo** exige a correlação aplicativa do **Valor Ético universal**, da **Fenômeno social**, da **Norma vigente** e de todos os vetores

naturais interativamente incidentes para a **justiça-nas-decisões**. Para o caso, somente a partir 04 de maio de 2011 com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4277-DF reconheceu-se a aplicação dos valores éticos universais **Cidadania (inclusão cidadã)** e **Dignidade da Pessoa Humana** à situação social existente de homoafetividade e ao inegável direito de opção sexual diversa das demais.¹²⁴

COMENTÁRIO DO CENÁRIO 1: O meu argumento reside no fundamento de que se um juiz dedica-se a usar o razoamento iusinterativo –com a utilização interativa de Vetores Naturais e Dimensões Culturais- e como método de formação de seu juízo de valor o resultado a ser obtido o levará a uma prática constante de **justiça-nas-decisões**. Já a mera subsunção silogística ou formal não garante esta condição no resultado da causa ou do processo.

CENÁRIO 2 – Consideremos, para este segundo cenário, que o **Fenômeno social** (Dimensão Cultural) se apresente em identidade, ou seja, possa **ser o mesmo (identidade** de Fenômenos sociais = Vetor Natural), mas o **seu lugar de ocorrência** (Vetor Natural) venha a ser **diferente**; para a **dimensão Valor ético universal** (Dimensão Cultural), o **seu** conteúdo no **tempo** (Vetor Natural)

¹²⁴ Qualquer juiz iuspositivista argumentaria ou utilizaria argumentos da Nova Retórica de Perelman, ou da Tópica de Viehweg, ou mesmo da Jurisprudência de Interesses de Heck, ou ainda fundamentar-se-ia na norma de reconhecimento de Hart, ou então no normativismo kelseniano -na Norma Fundamental de Kelsen ou na sua regência negativa de norma-, ou no próprio Neoconstitucionalismo principiológico baseado em Dworkin, a justificar a aplicação constitucional do artigo 226, já inserido na Constituição Federal a reger positiva e expressamente o tema, ou a aplicação do artigo 1.723, do Código Civil brasileiro, ambos com um sentido e um conteúdo de que a união estável **somente** estaria reconhecida juridicamente se realizada heteroafetivamente, ao considerar-se que a união estável homoafetiva teria, supostamente, sido excluída da afirmação constitucional positivada, porque mencionada, nos citados dispositivos normativos, **apenas** a expressão “**entre homem e mulher**”. Diria, pois, o juiz positivista que qualquer outra “**argumentação**” seria temerária e frágil a manter uma condição jurídica de tal monta. Na verdade, temerárias, frágeis e atentatórias aos valores éticos universais de **dignidade da pessoa humana**, de **cidadania** e de **igualdade com inclusão social (princípio isonômico)** são estas “**argumentações**” iuspositivistas. Com elas, é de evidência inafastável a necessidade de utilização do **valor ético universal** a dirimir a questão ante a impossibilidade de regência por regras específicas ou pela insuficiência ou imperfeição de regência legal por tais argumentos. É tipicamente um **caso novo**, tornando-se um **caso difícil** não pela sua complexidade, mas por não haver regência de norma e por jamais ter sido julgado algo igual. O iusinterativismo vem a sanar juridicamente tal situação de aparência permanentemente conflituosa entre o **fenômeno social** (união estável homoafetiva **de facto**) e as regras constitucional e legal (art. 226, CF e art. 1723, CCB), com **profundidade** e **elevação** (verticalidade) pelo uso de valores éticos universais a consubstanciar a norma jurídica, e com **amplitude** e **alcance** (horizontalidade) pela extensão social e humana que atende e concede ao direito diretamente autorizando todo um sistema a reger o fenômeno social, para assim permitir a decisão da questão, viabilizando ao juiz o seu uso jurídico em interação havida com a tridimensionalidade cultural de Reale (F, V, N) e a tetravetorialidade natural (*i, t, l, f*) que preconizo para a formação de **justiça-na-decisão**.

se apresente diferente do **Valor ético universal** da origem da **Norma vigente**; mas que se apresente a mesma **Norma vigente** aplicável a todas as épocas em identidade de lugares, e de finalidade da norma, **segundo seu texto legal**.

Conforme a **Norma vigente**, uma decisão judicial iuspositivista simplesmente aplicaria a norma jurídica vigente e seu disposto normativo ao **Fenômeno social**.

Já um juiz iusinterativo faria a interatividade concernente ao razoamento iusinterativo analisando e compartilhando valores éticos e aplicaria **justiça-na-decisão**.

EXEMPLO DO CENÁRIO 2: Fenômeno social (casamento com **menor de 12 anos**); **Lugar de ocorrência** (dois lugares **distintos**: Bolívia, dentro de comunidade indígena do Chaco; e em La Paz, Capital Federal, ambas situações com cidadãos bolivianos), ocorrendo o casamento em **Épocas distintas**, o primeiro, indígena, **entre nativos indígenas, há três anos atrás (2011, quando a menor tinha 09 (nove) anos**; o segundo, **atual (2014), entre cidadãos bolivianos não-indígenas** e com uma menor de 10 anos de idade sem qualquer espécie de emancipação jurídica; **Norma vigente (no ordenamento jurídico nacional)** a proibição de casamento com menor de 12 anos); **Tempo aplicável ao Valor ético universal** (de surgimento da comunidade indígena **desde tempos imemoráveis**; o **Valor ético indígena de preservação da vida e da comunidade e cultura indígenas**, para o denominado casamento ‘precoce’ e somente a partir da menina indígena se tornar mulher com a primeira menstruação; e **Tempo do Valor ético ocidental** a partir de 1999¹²⁵ e também a partir da Constituição Política de 2007¹²⁶ e o **Valor ético de proteção à infância e adolescência**, reconhecido expressamente no ordenamento jurídico plurinacional boliviano.

COMENTÁRIO AO CENÁRIO 2: Creio que o juiz positivista tenderia a aplicar o ordenamento jurídico nacional boliviano proibindo tal casamento, inicialmente, para ambos os casos. Tal atitude, discriminatória quanto à primeira hipótese aqui referida, praticada pelo juiz positivista seria tão previsível de ocorrer que, à

¹²⁵ LEY DEL CÓDIGO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE, 14 de octubre de 1999 <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-2026.xhtml>, acesso em 09/09/2014.

¹²⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO BOLIVIANO UNITARIO SOCIAL DE DERECHO PLURINACIONAL COMUNITARIO, artículo 1 y artículo 2 - <http://www.transparencialegislativa.org/wp-content/uploads/2013/04/Constitucion%CC%81n-Bolivia.pdf>, acesso em 09/09/2014.

vista dessa possibilidade, o próprio ordenamento jurídico boliviano editou a Lei de Delimitação Jurisdicional¹²⁷ (*Ley del Deslinde Jurisdiccional, nº073, de 29 diciembre 2010*), por meio da qual, no Estado Boliviano, se delimitam os âmbitos de atuação entre as jurisdições indígenas e a nacional estatal. Observo que a delimitação jurisdicional mediante lei chega a ocorrer como necessidade de respeitar as diversidades culturais existentes em evidente reafirmação de que o tratamento judicial a ser dado em tais hipóteses não pode simplesmente ser iuspositivista e legalista, vale dizer, independentemente da existência ou não da Lei de Delimitação Jurisdicional (*Ley de Deslinde Jurisdiccional – Ley 073, de 29 diciembre 2010, da Bolívia*), deveriam e teriam de ser levados em consideração, pelo Juiz Natural os Valores éticos universais de respeito ao direito à identidade cultural e de proteção à diversidade cultural para a solução de conflitos que tais.

Mas quanto tempo se passou, antes da edição da Ley de Deslinde Jurisdiccional (Ley 073, de 29 diciembre 2010, Bolivia) em que inúmeros casos iguais não foram do mesmo modo contemplados e julgados –gerando, inclusive, insatisfações na comunidade indígena boliviana- porque não havia a norma específica e tampouco não se utilizara o razoamento iusinterativo de que falo?

Cabe, contudo, asseverar que para o Estado Plurinacional boliviano uma solução positiva foi encontrada, após muitos anos de ocorrência de situações que tais, vindo a garantir às comunidades indígenas o direito mediante uma demarcação material, legal e jurídica.

O argumento positivista de que bastaria editar uma Lei de Delimitação Jurisdiccional a todo o Estado Intercultural não logra êxito geral porque se trata de uma situação de âmbito e circunstância políticas que nem sempre se sustentam ou tampouco encontram apoio social e politicamente, *et pour cause*, nem todos os estados (monarquias ou repúblicas) conseguem obter consenso para edição de uma lei demarcatória jurisdiccional de natureza intercultural, razão pela qual volta a sobrepor-se em aplicação, com relevância, o método do razoamento iusinterativo a propor uma solução em busca de **justiça-na-decisão** para casos iguais a este. Assim, na hipótese de inexistência de uma

¹²⁷ LEY DE DESLINDE JURISDICCIONAL - LEY 073, de 29 Diciembre, 2010 <http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=2769>, acesso em 09/09/2014.

Lei de Delimitação Jurisdicional e para que não ocorresse a mera subsunção lógica de aplicação de norma vigente (proibição de casamento a menor de 12 anos de idade) a conjugação interativa de Vetores Naturais e Dimensões Culturais apresenta-se muito mais aplicada a produzir tal reconhecimento de respeito às diferenças de identidades culturais e chegar-se à **justiça-nas-decisões** do que a mera subsunção positivista.

De outro lado, quanto à segunda hipótese (o casamento **entre cidadãos bolivianos não-indígenas** e com noivo com 32 anos de idade e noiva menor de 10 anos de idade, sem qualquer possibilidade de emancipação jurídica) encontrar-se-ia a proibição legal de casamento de menor de 12 anos não-indígena, o que, com razão, converge para a aplicação de valores éticos universais de proteção à menoridade e à cultura ocidental aplicada à infância e adolescência.

Neste sentido, se observa, com clareza, a importância do iusinterativismo ou do razoamento iusinterativo, enquanto método de formação de juízo de valor judicial para a aplicação ao caso concreto de **justiça-na-decisão**.

2.2.1.2. A decisão que não resolve o conflito e o problema da Verdade para o Iusinterativismo.

Postos tais cenários, observo que outra, jamais, será a conclusão desse processo dialético complementar, o qual, todavia, por si mesmo, não pode ser só e totalmente hegeliano porque prescinde da obrigatória contraposição de elementos (tese x antítese = síntese) e nem mesmo da dialética marxista (que pretende aplicar essa dialética às relações materiais sociais e de produção) porquanto a realidade pode conter elementos de adversidade ou diferenças, que nem sempre gerem antagonismos. Pode trazer óbices que podem ser suplantados mediante harmonização e não necessariamente conflitos por imposição, até mesmo e principalmente, podendo ou não fazer-se complementar, como sustenta Miguel Reale, quando preconiza a formação da sua dialética da complementaridade como elemento de sustentação metodológica de sua teoria tridimensional¹²⁸

¹²⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, Ed. Saraiva, 20ª edição, São Paulo, 2002, 2ª tiragem, págs. 1-713 e

Todavia, se as invariantes ou vetores naturais são os elementos verdadeiramente possibilitadores da obtenção da verdade real em conjunto com a sua estrita aplicabilidade às dimensões do direito, esta redução ou omissão em aplicá-las são a prova de que o seu esquecimento ou não-utilização metodológica pelo luspositivismo ou Normativismo sempre levou à prática da **não-Justiça**, embora formalmente se fizesse pensar ou se fizesse acreditar na prática da Justiça pela simples aplicação do texto da Lei.

Mesmo o pensamento neopositivista de Bobbio¹²⁹, calcado amplamente nos conceitos e análises linguísticos da construção da hipótese normativa, ressentia-se do valor impregnado na norma em comparação àquele valor impregnado no fato. **Não é o comando ou o preceito inserido na norma que deve construir a aplicação dela ao fato.** Esta visão é uma visão meramente positivista que dá mais importância ao texto escrito da norma ou ao que lhe foi elaborado legislativamente, do que ao que realmente se necessita socialmente resolver enquanto conflito. Este comando ou preceito constitui-se em um aprisionamento textual e linguístico que não demonstra o real valor ético de aplicação da norma ao fato ou fenômeno social.

O que deve construir a solução do conflito é sim o valor ético contido na execução ou realização do fato que venha a justificar a aplicação de uma norma. E uma coisa não é necessariamente equivalente à outra. A questão linguística, ao invés de remeter a norma ao formalismo jurídico enquanto solução para a questão jurídica, para o conflito de interesses, aplicando o preceito intrínseco da norma, como o afirmou Bobbio, ao meu sentir, remete claramente à análise de que a palavra exerce um poder de dissimulação do objeto desejado ou mesmo da finalidade a que se destina o valor, mesmo enquanto norma, porquanto cristaliza e torna estático um momento que, em verdade, factualmente, é dinâmico. A maior prova disso é a constante mutação semântica das palavras no seio de uma sociedade. E o que significava algo na sua promulgação, pode, hoje conter outro sentido distanciado do valor ético universal admitido pela sociedade em contemporaneidade e mesmo do valor

nota 68, *supra*, ao presente capítulo.

¹²⁹ **BOBBIO**, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Editora Universidade de Brasília, 10ª edição, Brasília, 1999, págs. 1-124; idem, *O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito*, trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, Ícone Editora, 1ª edição, São Paulo, 1999, págs. 1-239.

ético universal a ser amparado (porque violado) ou a ser reafirmado (porque uma vez exercido, ainda não foi violado, mas sim, questionado ou ameaçado) no fenômeno social em julgamento.

Nietzsche¹³⁰, Saussure¹³¹, Chomsky¹³², Lacan¹³³ e Heidegger¹³⁴, ainda que por métodos e finalidades distintas, bem asseveram a importância que a palavra possui para a finalidade de mitificar¹³⁵ fatos, fenômenos e relações, e simultaneamente desviar o preceito da verdadeira mensagem desejada, quando não esteja associada ao Outro enquanto objeto, ou à vontade pessoal,

¹³⁰ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do Bem e do Mal*, tradução de Paulo César de Souza, Ed. Companhia das Letras, 2ª edição, 9ª reimpressão, páginas 92 e seguintes, parágrafos 192-197, São Paulo, 2003, 271 páginas; *idem*, *Genealogia da Moral*, tradução de Paulo César de Souza, Ed. Companhia das Letras, 1ª edição, 2ª reimpressão, páginas 20-26, parágrafos 4-8, São Paulo, 2006, 179 páginas.

¹³¹ SAUSSURE, Ferdinand De. *Curso de Linguística Geral*, tradução de Antonio Chelini, José Paulo Paes, e Izidoro Blikstein, Ed. Cultrix, Capítulo III, *Identidade, realidade, valores*, pág.125-129; Capítulo IV, *O valor linguístico*, páginas 130-139, São Paulo, 2006, 279 páginas.

¹³² CHOMSKY, Noam. *Problemas do Conhecimento e da Liberdade*, tradução de Paulo G. Domerneck Oneto, Ed. Record, Capítulo 1, às páginas 32 e 33, corroborando o que afirmo, preleciona: “(...) Quando tentamos analisar qualquer instância específica –digamos palavras prontamente aprendidas, como “errar”, “tentar”, “esperar”, “comparar”, “morrer” ou até mesmo certos substantivos comuns– descobrimos que são precisamente as suposições mais ricas acerca do mundo de fato e as interconexões conceituais que exercem influência no posicionamento apropriado dos itens dentro do sistema de linguagem(...), (...) Trata-se obviamente de uma questão empírica, mas o pouco que sabemos a respeito da especificidade e complexidade da crença, comparado à pobreza da experiência, leva-nos a suspeitar de que é, no melhor dos casos, enganoso afirmar que as palavras que entendo derivam seu significado a partir da minha experiência(...)” E citando WITTGENSTEIN (*Blue and Brown Books*, Harper & Row, Harper Torchbooks, 1958, pág 28) que diz: “(...)uma palavra não possui um significado dado a ela, como se ela devesse sua existência a um poder independente de nós, de tal modo que poderia haver um tipo de investigação científica do que a palavra realmente significa. Uma palavra tem o significado que alguém atribuiu a ela(...)”. E eu complemento dizendo: “- de acordo com a circunstância, ou seja, o tempo, o local (elementos geodésicos), a identidade da pessoa e a finalidade (elementos ônticos) do que se deseja atribuir ao significante e ao significado”. Daí a importância, no meu sentir e entender, de se utilizar o **razoamento iusinterativo** para **justiça-nas-decisões**.

¹³³ LACAN, Jacques. *Seminários de Lacan*, <http://dave.pro/2010/09/28/seminarios-de-jacques-lacan-completos/> Classe 17, *Relación de objeto y relación intersubjetiva*, 2 de junho de 1954, http://alinkisforever.files.wordpress.com/2010/09/lacan_s1_c17.pdf, acesso em 09/09/2014, 17:35; *idem*, Classe 19, *Función creadora de la palabra*, http://alinkisforever.files.wordpress.com/2010/09/lacan_s1_c19.pdf, acesso em 09/09/2014, 18:45;

¹³⁴ HEIDEGGER, Martin. *Marcas do Caminho*, tradução de Enio Paulo Giachini e Ernildo Stein, Editora Vozes, Petrópolis, 2008, páginas 189 e seguintes.

¹³⁵ O uso do verbo mitificar é proposital! O uso comum da palavra em textos normativos (instrumento único de comunicação das vontades humanas, após o aparecimento da escrita = a simbolização gráfica da intenção sonora de nossas vontades) não fez mistificar (tornar místico) o seu sentido, o seu significado, mas sim, tornar o valor intrínseco de seu significado um *mito da verdade absoluta* e de que a sua expressão literal traria a real intenção do legislador ou do próprio preceito normativo, ou ainda que a sua interpretação baseada no texto da lei seria suficiente para extrair-lhe a verdade, o que absolutamente não se pode afirmar como tal, em virtude **das distintas épocas e lugares de aplicação do disposto normativo (=entenda-se NORMA), da variação de ocorrência do mesmo FATO em diversas épocas e lugares e da possibilidade de valoração axiológica distinta (VALOR) em épocas distintas e de lugar para lugar**, ainda mais com a possibilidade de variação de identidade (possíveis dessemelhanças ou semelhanças no **FATO, VALOR e na NORMA**) e de finalidade (possíveis diferenças de fins e objetivos elegidos na realização do mesmo **FATO, VALOR ou NORMA**).

ao fato, à sua finalidade e ao tempo, muitas vezes, mascarando o verdadeiro *desideratum* pelo agente que a produz. Suas posturas foram filosóficas, linguísticas, literário-midiáticas, psicossociais e fenomenológicas, mas em todas observa-se o viés comum da palavra mitificando e estabelecendo determinismos sobre a realidade por meio de seu simbolismo.

É certo que estes autores obviamente também consideram a palavra como veículo importante e mais adequado de comunicação, não deixando de incluí-la como essencial à Humanidade, mas com tratamentos diversos nos seus propósitos e objetivos científicos. Todavia, todos também enfatizam que o tratamento dado a ela pelo seu produtor (para o nosso caso, o Poder Legislativo) ou seu intérprete (para a nossa hipótese, o Poder Judiciário) pode gerar um ruído, uma mitificação de seus conteúdo e essência, desfazendo-lhe o verdadeiro significado, enquanto o significante permanece o mesmo, inserido no comando legal, como a atestar, por meio da subsistência da validade formal da norma (vigência), a prevalência (falsa) do valor **Justiça** nela, norma, contido. No formalismo estatal, a norma legislada não reflete necessariamente uma construção democrática, ou melhor dizendo, consentânea com o desejado pela sociedade¹³⁶.

Por outro lado, é Heidegger que tratando do conceito de **verdade** bem demonstra que temos o senso comum de entender que a **Verdade** se encontra na Realidade e cita **o exemplo da diferença existente entre o ouro autêntico e o ouro falso**, na maioria das vezes entendendo verdadeiro o que é real, pois ocorre na realidade, mas é falso quanto ao conteúdo. Como se identifica em Heidegger, um é ouro verdadeiro e outro é ouro falso, mas ambos são reais.

Ocorre que a **Verdade**, ou “**o verdadeiro**” –seja um ser, uma coisa ou uma proposição- é um elemento que reflete sempre de um lado a “**consonância** [a interação] **entre uma coisa**” [fato ou fenômeno = realidade] “**e o que dela se presume**” [valor ético desejado ao fato ou fenômeno = realidade], “**e, por outro**

¹³⁶ MANHÃES, Guilherme. **Signo, Significado e Significante**, artigo postado segunda-feira, 2 de novembro de 2009, 09:34 disponível no link: <http://meuamor-meudio.blogspot.com.br/2009/11/signo-significado-e-significante.html>, acesso em 09/09/2014, 17:23, destaca e afirma, no sentido de “(...) O que é interessante em Lacan é que o significado é outro significante, não existindo significado fixo de nenhum significante. Se pegarmos um significante e fixamos um significado com um significante e em seguida formos definir este último, vamos encontrar outro significante e assim por diante. Nas palavras do Antonio Quinet o inconsciente é constituído assim: “**Pelo desfilamento dos significantes, que deslizam sem cessar não se detendo em significados**”.

lado, a concordância [coerência axiológica = entre o valor ético existente] **entre o que é visado pela enunciação** [a norma vigente] **“e a coisa”** [e o objeto do fato ou fenômeno]¹³⁷ v.g.:

“(…) O que é ser verdadeiro? Dizemos, por exemplo,: “É uma verdadeira alegria colaborar na realização desta tarefa”. Queremos dizer que se trata de uma alegria pura, real. O verdadeiro é efetivamente o real. Assim falamos do ouro verdadeiro distinguindo-o do falso. O ouro falso não é realmente aquilo que aparenta. É apenas uma “aparência” e, por isto, irreal. O irreal passa pelo oposto do real. Mas o ouro falso também é, contudo, real. É assim que dizemos mais claramente: o ouro real é o ouro autêntico. Mas um e outro são “reais”, o ouro autêntico não o é nem mais nem menos que o falso. **O verdadeiro do ouro autêntico não pode, portanto, ser simplesmente garantido pela sua realidade efetiva.** Retorna a questão: o que significa aqui autêntico e verdadeiro? O ouro autêntico é aquele ouro real, cuja realidade consiste na **concordância com aquilo que “propriamente”, prévia e constantemente entendemos como ouro.** Por outro lado, onde presumimos que haja ouro falso, exclamamos: “Algo não está de acordo aqui (há algo errado aqui)”. O que entretanto é assim “como deve ser” nos faz dizer: está de acordo. A coisa está de acordo”¹³⁸ (**Negritos** não estão no original)

Estes fundamentos de Heidegger bem salientam o que queremos significar quando mencionamos o Valor Ético Universal –e na verdade o razoamento iusinterativo, ou seja, a tridimensionalidade (**Fato ou Fenômeno social, Valor ético universal e Norma vigente**) e a tetravetorialidade (**identidade, tempo,**

¹³⁷ HEIDEGGER, Martin. *Marcas do Caminho, op. cit.*, artigo *A Essência da Verdade*, páginas 189-214.

¹³⁸ HEIDEGGER, Martin. *Marcas do Caminho, op. cit.*, artigo *A Essência da Verdade*, página 191.

lugar e finalidade)- como o elemento multiplicador e classificador da Verdade e que a Linguagem e o Texto são apenas indicadores de Realidade e da sua apreensão em determinado momento, mas não expressam a Verdade, pois esta está inapelavelmente atrelada ao Valor concedido a cada Fenômeno ou Ser, e à sua ação, à sua colocação no real, no momento de sua ocorrência, e interagente com outros Vetores.

Ocorre que, quando tomo para construção e aplicação teórica ao meu pensamento exatamente de acordo com a afirmação e conformação heideggeriana sobre a Verdade, de que

“a “**consonância** [a interação] **entre uma coisa**” [fato ou fenômeno = realidade] “**e o que dela se presume**” [valor ético dado ao fato ou fenômeno = realidade], “**e, por outro lado, a concordância** [coerência axiológica = valor ético existente] **entre o que é visado pela enunciação**” [a norma vigente] “**e a coisa**” [o objeto do fato ou fenômeno],

posso demonstrar (desde que unidos este raciocínio lógico em demonstração dessa verdade, em estreita correlação com a apreensão da tridimensionalidade cultural e a tetravetorialidade natural e a utilização de juízos de inferência) a plena realização de um raciocínio iusinterativo e a produção de **justiça-nas-decisões** para os casos em apreciação jurisdicional, sejam eles considerados **difíceis** ou **fáceis, de penumbra** ou **claros, repetitivos** ou **novos**.

Faço questão de observar que os juízos que sustento que devem ser objeto de utilização pelo Juiz Natural -porque estabelecem, por si mesmos, **juízos de inferência**¹³⁹, tais como o **juízo conjectural** de Miguel Reale, o **juízo categorial-intuicional** de Edmund Husserl, o **juízo coerente-conceitual** de Aleksander Peczenik, o **juízo problemático** de Immanuel Kant, o **juízo de probabilidade e de verossimilhança** de Karl Popper e finalmente o **juízo de**

¹³⁹ **Juízos de Inferência**, nos termos do que pretendo afirmar são os juízos que uma vez apreendidos dos fatos, em terceiro momento (após o pensar, para chegar-se à ideia do fenômeno jurídico submetido à jurisdição, e posterior ao conhecer –atividade cognitiva- para apreender-se o conceito do que se analisa-devem ser e sofrer uma correlação interativa e não-excludente de todas as suas formas de apreensão, as quais indico, como mais adequadas para o exercício da magistratura sem qualquer intenção de esgotamento e exclusão de outras formas de juízos; apenas no exclusivo intuito de permitir, por meio do raciocínio iusinterativo e de tais **juízos de inferência**, a utilização mais completa para formulação de um juízo, consideradas todas as possibilidades de desvio e dúvidas possíveis.

imputação de Hans Kelsen- e que exatamente a partir destes variados prismas de juízos que o julgador, inicialmente, promove o racoamento de que “**algo não está de acordo aqui**” (possibilidade de inexistência de verdade, por meio do valor ético inadequado, identificado pela relação entre objeto e sujeito) ou de que, “**estando como deve ser**”, “**está de acordo**” e com isso, o juízo **é verdadeiro**. Todos este juízos apresentam-se como pontos de partida para a utilização do racoamento iusinterativo como método, da interatividade como técnica entre seus componentes, para a busca de **justiça-nas-decisões**.

Assim, ousou afirmar que aquilo que deveria estabelecer a verdade contida na norma não é o seu preceito textual, mas o valor que se está a proteger. Qual a verdadeira razão de construção da norma? Um indicativo ético sancionador? Um preceito punitivo?

Kelsen pode chegar, por seus brilhantes raciocínios e argumentos filosóficos à ideia de que o preceito sancionador é o mais importante para a fixação e coercibilidade da norma em um ordenamento jurídico. Mas pergunto: “- *O que originou a formação do preceito sancionador que Kelsen considera o principal elemento da norma jurídica?*” E respondo: “- *Certamente um valor ético universal a ser reafirmado ou protegido na e pela norma.*” Ou seja, o direito flui como um instrumento de garantia de condutas éticas em sociedade, de condutas que respeitem o conteúdo social, individual e coletivo, das relações. Daí a análise linguística não poder ser meramente formal, mas, insiste-se, tem de ser dialética, holística e teleológica, **iusinterativa** mesmo, nos moldes da dialética de complementaridade realeana conjugada à metodologia **iusinterativa** que aqui se tem a intenção de fundar como necessária à compreensão do direito para aplicação de **justiça-nas-decisões**.

2.3. A consequente e necessária mudança do enfoque sistêmico do direito.

Em um mundo globalizado como o nosso, o direito pátrio adequado e **glocal** será consequência, e não causa, de um direito comunitário que sobre ele prevalecerá, como já ocorre na União Europeia. A intensidade de relações interindividuais, grupais e interestatais, com nacionais e estrangeiros, obrigará –e já está obrigando- ao estabelecimento de modos diversos daqueles que

hoje manuseamos para compreender o direito. Isto não é um exercício de futurologia. É análise presente das relações fáticas que se espraiam ao redor do Mundo, do Planeta, em relação ao direito. E não só compreendê-lo, mas principalmente, interpretá-lo e aplicá-lo, decidindo-o com efetividade de justiça. Esta é a única maneira de enfrentar as relações globalizantes. Os povos e nações que não acompanharem essa dinâmica das relações globalizantes tanto no seu aspecto científico-tecnológico, como no econômico-jurídico estarão fadados a uma interdependência subalterna, se assim posso afirmar, destinados a uma verdadeira dependência de iniciativas e de regulamentações novas, oriundas dessas mesmas relações globalizantes e sua celeridade inevitável.

Mas não é o bastante a mera substituição do direito pátrio pelo direito comunitário, se a estrutura da Ciência Jurídica continuar sendo compreendida como Formalismo Jurídico, em nome de uma pretendida segurança jurídica, de maneira estática, formal, com preceitos insubstituíveis e invariáveis em conteúdo, tentando assim, servir de base jurisdicional para as novas relações globais que constantemente se desenvolvem a cada segundo. Isto não garantiria aplicação e distribuição de **justiça-nas-decisões**. Não haverá sincronicidade. Nem mesmo interação metodológica. A disparidade de naturezas é evidente.

Entre a globalização (=compreenda-se a interação generalizada de diversas e diferentes culturas e sistemas econômicos com mesma espécie de relações de troca e de produção) e o sistema de direito anacrônico e positivista, o que resulta de uma relação de cientificidade é a **discrepância** evidente e inerente **entre o sujeito** (o conflito de interesses econômicos de produção ou propriedade), **o objeto** (o sistema de direito, a jurisdição e o processo) e **a finalidade** (distribuição de justiça com celeridade), com o que far-se-á incrementar, por conseguinte e indevidamente, o intermitente retardamento das soluções jurisdicionais ou sua crescente dispensabilidade, e com isso, a inviabilização expressa da distribuição de Justiça e do próprio controle social, maiores objetivos da existência de um sistema de Direito, da Jurisdição e do Processo.

É preciso tomar-se uma posição sobre essa necessidade de se ter uma nova metodologia jurídica de compreensão da realidade condizente com as novas

relações globais que surgem no século XXI e estão a demandar uma mudança cultural na sociedade globalizada a qual, reafirmo, em inevitabilidade, será **a point of no return** ou **un callejón sin salida**.

A ciência do direito sempre se pôs com dificuldades de estabelecer uma regência permanente e atualizada da sociedade por culpa de seu próprio formalismo exigido para concentrar poder e autoridade. Estabeleceu-se, assim, ao longo da História do Direito e a partir de épocas distintas aos mais variados sistemas de direito da antiguidade¹⁴⁰, com base no geocentrismo, e posteriormente com fundamento nos valores religiosos e filosóficos que se mesclavam e formavam:

- a. uma espécie de **formalismo axiológico ou principiológico** pelo qual se dava, aos princípios ou valores, significados ideológico-valorativos absolutos, fixados por conceitos filosóficos predeterminados, a fim de se chegar à aplicação da Justiça no meio social, concedendo-se mais importância aos regramentos religiosos que jurídico-normativos;
- b. **um formalismo factual ou sociológico** pelo qual buscar-se-ia somente uma justificativa cultural e meramente consuetudinária para se reger e determinar a conduta humana e os fatos sociais, de molde a aplicar-se a Justiça e conseqüentemente o direito, de acordo com regras sociais consuetudinárias, a partir da influência gótico-germânica¹⁴¹; e por outro lado,
- c. **um formalismo normativo ou legislativo**, a partir de **Roma** e de influência histórico-jurídica mundial, pelo qual, somente por meio da **Lei** (entenda-se= direito escrito promulgado por órgão estatal = à época inicial, o **Senatus Consultus**), seria plausível realizar-se a Justiça no âmbito social e que, simultaneamente, asseguraria segurança jurídica aos agentes do Estado, ou detentores

¹⁴⁰ **VILLEY**, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, trad. Claudia Berliner, Martins Fontes Editora, 1ª edição, São Paulo, 2005, págs. 1-755. *Vide também LOSANO*, Mario G., *Os grandes sistemas jurídicos*, tradução Marcela Varejão, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2007.

¹⁴¹ **LOSANO**, Mario G., *op. cit.*, págs. 38-55.

do Poder Judiciário, e todavia, ao nosso ver, retirava parcela efetiva dessa segurança para o Cidadão ante a impossibilidade de garantir-lhe efetiva distribuição de Justiça para a solução do conflito de interesses.

O direito é resultado da Vida Humana, e por isso **contém a compreensão e execução de valores éticos universais** (*intrínsecos ao ser humano enquanto componente de relações produzidas por este mesmo ser humano em sociedade*), **a realização de fatos ou fenômenos sociais** (*intrínsecos à sociedade, são concretizações de valores que se preservam e se eternizam em ações e condutas humanas exteriorizadas*) e **a incidência de normas vigentes** (*que se impregnam desses valores, protegem os fatos adequados a esses valores, ou em caso contrário, os punem ou extinguem*) para, com eficácia e efetividade, resolverem os conflitos descobrindo a verdade, aplicando-a, real ou materialmente ao Direito e distribuindo-se a Justiça, de molde a controlar essas ações processuais (normas que contêm valores intrínsecos que devem ser protegidos e ações individuais –os fatos- que devem ser permitidas porque acordes com valores que dão supedâneo a estas normas). Este, o ciclo da Verdade, do Direito, da Justiça e, por fim, ao retorno para a Verdade Real.

Entretanto, para se formular e construir culturalmente, dentro do direito ou de um sistema de direito, o conceito de Justiça (e corretamente aplicar o Direito) não é suficiente a formalização de um comando de regra positivada, um comando legislativo, uma **Norma Legal**, ou uma proposta de desideologização do direito, consoante o conceito kelseniano.

Em suma, **nem mesmo a produção legislativa correta**, sem quaisquer desvios –o que é difícilimo de se obter- e tampouco a proposta kelseniana de desideologização do direito, de modo algum, garantem a aplicação de **justiça-nas-decisões**, porque, em primeiro lugar, não é a simples produção de leis justas –o que como já disse é difícilimo de se realizar- que as definirão como tais, porquanto sofrerão naturalmente a aplicabilidade de juízos de valor efetuados a cada caso pelo julgador constitucional, aí sim, a defini-las se justas ou não; e, de outro modo, tampouco um julgar não-ideológico e isento de éticas não-universais ou moralidades que irá lhes garantir **justiça-nas-decisões**.

Embora a obra “A Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen, seja um exemplo lógico-jurídico, senão o maior, do elevado e profundo estudo da coerência hierárquica e do desenvolvimento lógico-organizacional e intrínseco da norma legislada e lhe concedeu estruturação racional sobre a criação positivada, validade legislativa e aplicação da coercitividade normativa, mediante a sanção, em brilhante debruçar sobre tese da logicidade estática e dinâmica da norma no direito, essa teórica desenvolvida peca por não adentrar aos valores que dão fundamento à ocorrência do fato, equivocando-se por não atentar para as diferentes emanações de valores distintos, incidentes sobre um mesmo fato, indicado em uma única hipótese normativa, diante da necessidade de generalização da norma legal, ou limita-se a simplesmente determinar a aplicação da norma legal, sancionadora ou regulamentar, pela sua ensimesmada vigência formal, não importando a sua insuficiência material para resolver o conflito. Sabe-se, à obviedade, que o desiderato do Mestre Kelsen era exatamente produzir uma óptica não-ideológica do direito. Contudo, houve por atingir o próprio sistema de direito ao rejeitar mesmo o conceito de **Justiça** ao **Direito**, e entendê-lo como intrínseco à **Norma** (porque, ao nosso ver, obviamente, toda a norma possui valores intrínsecos e até mesmo superiores a ela) ou à sua aplicação, jogando-o por terra, ao afirmar peremptoriamente que

“ (...) As **normas constitutivas do valor jurídico** devem ser **distinguidas das normas segundo as quais é valorada a constituição do direito**. Na medida em que a ciência jurídica em geral tem de dar resposta à questão de saber se uma conduta concreta é conforme ou contrária ao Direito, a sua resposta pode ser uma afirmação sobre se essa conduta é prescrita ou proibida, cabe ou não, na competência de quem a realiza, é ou não permitida, independentemente **do fato de o autor da afirmação considerar tal conduta como boa ou má moralmente, independentemente de ela merecer a sua aprovação ou desaprovação.**¹⁴²(...)”

¹⁴² **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, Coleção Studium, Arménio Amado

Vale afirmar-se, aqui, contrariamente a Kelsen, que não importa a direção vetorial da **Norma**, se ela proíbe ou se ela permite uma conduta, como preconiza Kelsen, e sim, o **Valor** por ela protegido é quem deve indicar se o **Fato**, em razão da conduta praticada, deve ser preservado, sancionado ou extinto ou se este **Valor**, consignado intrinsecamente na **Norma**, deve persistir na sociedade como princípio a preservar, proteger, sancionar ou extinguir o **Fato**, do âmbito social.

Cito como exemplo aplicável ao que ora afirmo, a referência feita ao já revogado **Crime de Sedução** do então artigo 217 do Código Penal e os seus substitutos artigo 216 e 217-A.

Aliás, a respeito da **regra de regência negativa de KELSEN**, ao considerar pelo brocardo “*tudo que não está proibido, está permitido*”¹⁴³, *permissa venia*, parte-se de uma assertiva amplamente falsa, porque não há, entre a assertiva “*tudo que não está proibido*”, e a assertiva “[em consequência] *está permitido*” uma relação de necessidade e obrigatoriedade.

Observo, em rechaço à teoria kelseniana, que é perfeitamente possível encontrar-se fato não proibido por lei escrita –segundo Kelsen, teoricamente “permitido”-, amplamente reprovável e não permitido social e eticamente pela sociedade; ou fato “regulado” por lei amplamente rejeitado socialmente. Ambos podem ocorrer desnaturando assim os modelos sustentados por Kelsen. Destarte, os fatos regidos e fundados na **norma de regência negativa de Kelsen** são fatos que se sustentam em regência jurídica frágil, com imensas possibilidades de câmbio de regência legal ou consuetudinário-axiológica a qualquer momento. Quando Kelsen constrói essa **norma de regência negativa** o faz exclusivamente para demonstrar que seu sistema de direito preconizado em sua “teoria pura” é um sistema cerrado, que não admite influências externas e todas as consequências de direito advêm da norma jurídica em sua visão formalista, sendo assim, insuficiente à concessão e distribuição de **justiça-nas-decisões** em sociedade.

Editor, Sucessor, , 3ª ed., Coimbra, página 125, 1974, 484 páginas.

¹⁴³ **KELSEN**, Hans., *op. cit.*, página 36, segundo parágrafo, sobre a *norma de regência negativa*.

3. A VERDADE SUBSTANCIAL E A SUA VETORIALIDADE NATURAL COMO ELEMENTO DE LEGITIMIDADE, VALIDADE E RELATIVIDADE À JUSTIÇA.

Todos os exemplos na História da Humanidade bem comprovam que o conceito de Direito se encontra atrelado inapelavelmente, ao de Justiça, e de que o conceito de Justiça está inexoravelmente ligado ao conceito de Verdade (ou Realidade), ou pelo menos, de aproximação com a verdade dos fatos, embora, em favor da conquista ou da manutenção de poder, sempre se tenha manipulado esta relação direta existente entre estes elementos (Direito, Justiça e Verdade)¹⁴⁴.

Chega-se, assim, de novo, inexoravelmente, à tridimensionalidade de Miguel Reale: a **Vigência do Direito** (a norma jurídica vigente) está atrelada ao **Fundamento da Justiça** (o valor ético universal) que está intrinsecamente ligado à **Eficácia da Verdade Real** (fato ou fenômeno social).

É na busca da Verdade que o ser humano encontra o ânimo que lhe move; estabelece a direção de propósitos, a sua própria **Identidade**, a inserção nos seus **Tempo e Espaço** e a **Finalidade** de sua existência.

Todavia, a **Verdade** é um conceito permanente enquanto existência psicológica, no espírito e mente humanos, essencialmente variável e relativo porque **sempre** referido a algo ou a alguém, e se e somente enquanto essa referência tiver existência e aplicação, tal e qual **Invariantes ou Vetores Naturais**, diferindo-se, a Verdade, destas (**Identidade, Tempo, Lugar e Finalidade**) porquanto é elemento advindo do sentido filosófico da existência e não da manifestação da natureza. A **Verdade** decorre da necessidade de o ser humano encontrar, psicologicamente, alguma certeza em sua psique, em sua mente, em sua própria existência para exercê-la (a existência). Daí ter um sentido de absoluto, mas com aplicação relativa porque, como disse, sempre

¹⁴⁴ Na Bíblia, Abraão na imolação a Isaac; Moisés com o Faraó em defesa do povo judeu estabelecendo as sete pragas; o julgamento da verdadeira maternidade por Salomão; o julgamento de Cristo e o lavar as mãos de Pilatos: aí se vê a importância do conceito de Justiça para a obtenção da verdade material e real e conseqüente configuração do direito justo, até mesmo em parábolas e estórias bíblicas. Ou outros exemplos históricos não-bíblicos como o famoso Caso Dreyffus, o caso do casal Lindenberg, a Questão Sacco e Vanzetti, outros que concedem a demonstração da necessidade de relação entre a Verdade e o Direito para a Efetividade da Justiça que se reflete até hoje na elaboração de decisões judiciais mais céleres e adequadas à realidade factual e à verdade material da demanda.

posta em referência a alguém ou algo.

E, da manifestação dessa **Verdade**, o Homem sempre necessitou para segurança de si mesmo. Precisou dela, por exemplo, ao buscar a explicação do seu posicionamento no Mundo; explicou-lhe a vida estabelecida no Planeta Terra, primeiramente com fundamentos no geocentrismo, depois no heliocentrismo¹⁴⁵.

Ressalto e afirmo, com veemência, que do mesmo modo que a ideia de pecado original influencia e influenciou, pelo menos, dois milênios de gerações, com uma culpa presumida de algo que todos não praticaram individualmente – e cuja admissibilidade decorre da **FÉ**, vale dizer, da **crença na Revelação** e não da **Compreensão**, como meio de aquisição do conhecimento oriundo das ciências sociais e humanas e nem da **Explicação**, como meio de adquirir o conhecimento das ciências naturais e exatas-, de outro modo, o mesmo sentido possuía a compreensão cosmológica do geocentrismo, pelo qual o ser humano da época fundava-se psicologicamente no pressuposto de que, sendo a Terra o centro do Universo, a qualificação **divindade**, senão estava no Homem, era muito próxima ao Homem, sendo-lhe mesmo íntima, decorrendo daí as justificativas de poder e sua imposição mediante a criação de estados, monarquias ou de um sentido de nobreza, cuja natureza da autoridade eram tidos como de origem divina, situação que evidentemente começou a se alterar com a expressão racional e física, inexorável, do heliocentrismo por Nicolau Copérnico e Galileu Galilei, o que se pode ver até mesmo nas manifestações político-sociais ocorrentes às épocas vividas por ambos.

Por último, se chega na visão antropocentrista de Kant¹⁴⁶, a qual estabelece o

¹⁴⁵ A teoria do universo geocêntrico ou geocentrismo é o modelo mais antigo de compreensão cosmológica. Um de seus primeiros formuladores foi Aristóteles. O matemático e astrônomo grego Claudius Ptolomeu (83-161 d.C.), na obra *Almagesto*, deu-lhe sentido e razão astronômicos. Esta visão de mundo preconizava a Terra parada no centro do Universo, com os astros, inclusive o Sol, girando em seu redor. Este pensamento, certamente influenciou toda uma visão de mundo, não apenas astronômica, mas cultural, política e social no planeta e perdurou até o resgate da verdade pelo astrônomo polonês Nicolau Copérnico ao demonstrar física e matematicamente a teoria heliocêntrica, já então prevista pelo astrônomo Aristarco de Samos (310-230 a.C.), mas não demonstrada nem física, nem matematicamente, como o fizeram o próprio Copérnico (1473-1543) e Galileu Galilei (1564-1642).

¹⁴⁶ **KANT**, Immanuel., *Crítica da Razão Pura*, Ed. Nova Fronteira/Saraivadebolso, tradução de J. Rodrigues de Meringe, Rio, 2014 e *Crítica da Razão Prática*, tradução de Valério Rohden, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2011 baseia sua Ética essencialmente em dois conceitos de sua teoria, constantes no **IMPERATIVO CATEGÓRICO** que se resume no dístico ético: **“age como se a máxima de tua ação deva tornar-se, por tua vontade, lei universal da natureza”** e no **IMPERATIVO PRÁTICO** que se expressa pela atuação do ser humano na vida empírica como **“age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em relação à**

homem como **sujeito e objeto** de si mesmo, mas sempre na busca da configuração da **Verdade** e do **Conhecimento** através do Homem. A busca da **Verdade** é incessante. Mas, ela, em si mesma, em sua existência, é absoluta, porque permanente. Precisamos da **Verdade** como referência de Vida, como estímulo e como paradigma, como segurança de destinação. Como o navio que está no mar e não pode se por à deriva. Precisa de um destino, um porto. O ser humano assim se põe em relação à Verdade. Mas ela constantemente se relativiza, se põe em relação a elementos geodésicos (ao **tempo** e a um **lugar**) e a elementos ônticos (sempre a alguma **identidade** de sujeito e de objeto e a uma **finalidade** desejada ou procurada, por valores, interesses ou direitos).

Para melhor explicar o que se quer dizer, se narrará, adiante um exemplo que chamou a atenção deste autor. E não se trata de técnica de apresentação, dinâmica de grupo ou mesmo retórica docente. É fato real que deve ser sentido, compreendido e interpretado por todos. Não se alegue a falta de cientificidade porque dele advém posicionamento científico sério. Passo a destacá-lo. O Professor Doutor Luís Mariano Negrón Portillo, da Universidad de Puerto Rico e da Universidad del País Vasco-España, ao se apresentar no ano de 2008, para a turma brasileira de doutorandos, sediada na UnP-Universidade Potiguar, em Natal, Brasil, para o Curso de Doutorado de “Sociedad Democrática , Estado y Derecho” da Universidad del País Vasco, lecionando a disciplina “Sociologia do Direito”, antes de qualquer coisa, fez-nos sair da sala de aula e caminhar pelos corredores da Universidade Potiguar, dando exatamente uma volta em seu perímetro interno. Ao chegarmos em sala de aula pediu que todos, em silêncio, respondessem a quatro perguntas e anotassem as respostas.

A primeira pergunta indagava: - “qual a distância percorrida por todos?” A segunda pergunta questionava: - “quanto tempo havíamos despendido para percorrermos aquela distância?” A terceira pergunta nos demandava: -“quantos aparelhos extintores de incêndio se encontravam no percurso?” E na quarta e última pergunta nos arguiu: - “se durante o trajeto percorrido observamos a presença de um homem de traje branco e se podíamos dizer se ele vinha em nossa direção ou ia conosco em direção ao cumprimento do trajeto?”

tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim em si mesmo e nunca somente como um meio.”

Em resposta, foram muito poucas as coincidências quanto à distância percorrida, ao tempo despendido, ou no tocante à quantidade de extintores de incêndio existentes. A disparidade de informações era gritante. E sobre o homem de traje branco muitos afirmaram que vinha ou ia em nossa direção ou contra nossa direção. Todavia, o homem de branco fora uma invenção da imaginação criadora de nosso professor. Jamais existira esse homem de branco.

Mas, por que acreditáramos nele quanto à existência do homem de branco?

Por que percorremos juntos o mesmo percurso e não fomos capazes de responder da mesma maneira quanto à distância e ao tempo? Seria isso mera técnica de docência? Por que não conseguimos observar a quantidade exata de extintores? A resposta é simples. Quanto ao homem de branco, acreditamos e confiamos que em razão da autoridade existente, imanente, de professor, o nosso Mestre não iria nos informar algo diverso da Verdade, da Realidade. Ele possuía, para nós todos, algo de valor imenso, irreprochável, e que lhe confiava segurança no significado de suas palavras: **credibilidade** advinda da **autoridade**. O argumento *ac autoritatem*!

Quanto às demais indagações, a nossa percepção é humana. Limitada aos nossos sentidos que nem sempre são exatos porque igualmente limitados a algo que é mais limitado ainda: o nosso próprio corpo. E a nossa inserção no planeta nos faz mais limitados pela própria natureza, clima, fuso horário, meio-ambiente, hidrografia, geologia, etnias, relevo geográfico, local, religiões distintas, organizações políticas diversificadas, histórias sociais e culturas diversas, e muitos outros elementos que promovem a diferença, a limitação e a relativização da percepção humana quanto aos fatos e eventos inseridos num planeta limitado. Temos limitações evidentes quanto à observação dos fatos e sua identificação, quanto ao seu tempo, quanto à sua distância ou lugar, e até mesmo quanto à sua finalidade, embora quanto a esta última, possamos estar mais próximos porque agimos, na maioria das vezes, com um objetivo determinado.

Este simples exemplo bem demonstra que **a verdade**, na sua natureza, **pode ser única**, mas **é naturalmente relativa**, na sua apreensão pelo ser humano. Qualquer outro exemplo pode ser tomado para que se verifique a realidade da experiência.

Mas, se a verdade é relativa por que, historicamente, jamais se resolve este dissenso, este desconforto intelectual, esta situação de desconformidade entre **Verdade absoluta** –que em geral assim se pensa ser- e a **Realidade relativa**? E o que isso teria a ver com os sistemas de direito e sua formação para o espectro Globalização?

Porque como dizíamos anteriormente, o conhecimento se estabeleceu no Mundo mediante três maneiras históricas, e em períodos distintos: **a Verdade Religiosa, a Verdade Filosófica e a Verdade Legal** e perdurou e perdura, do mesmo modo que perdurou o geocentrismo por milênios, com sua influência inarredável e justificativas nefastas. Destas três, todas são profundamente insuficientes para estabelecer a Verdade objetiva, ou, também chamada em direito ou processo, de Verdade Material, em contraposição à Verdade Formal preestabelecida pelo Positivismo Jurídico ao longo dos anos, nos cadernos processuais; aquela, obtida pela busca permanente realizada pelo julgador no caso concreto; esta, pelo resultado da simples apresentação de provas lançadas nos autos processuais.

O Ser Humano aprendeu, ao longo de sua história, a receber como verdade o que lhe parecia verdadeiro, ou melhor, o que era visto como aceitável por todos, ou o que era reconhecido como **eficaz**, (entenda-se como objeto de aceitação social, vale dizer, de **Eficácia** social), assim definido por uma denominada **Maioria Social** (e em dados momentos uma ampla maioria ou quase unanimidade, a qual, absolutamente não garantia – e nem garante- o real significado de uma Verdade Relativa).

Mas durante a época do Velho Mundo ou Antiguidade, e diríamos até hoje, o Mundo todo se fez concretizar na **Verdade Religiosa**, verdade esta que, em nosso pensar, não caracteriza Verdade Material, desde o momento que parte de conjeturas ou interpretações religiosas.

Miguel Reale, em sua obra “*Verdade e Conjetura*”¹⁴⁷ destaca esta última, a conjetura, como ponto de partida para as hipóteses científicas e vislumbra o nascedouro de uma lógica da complementaridade para a compreensão do Tridimensionalismo do Direito. Mas a conjetura pode se tornar um princípio filosófico, todavia, não se insere no conceito científico sem um salto de

¹⁴⁷ **REALE**, Miguel. *Verdade e Conjetura*, Capítulo I, *O Pensamento Conjetural*, páginas 27 a 60, Ed. Nova Fronteira, 3ª edição, Rio de Janeiro, 2001, 181 páginas.

qualidade. E é sobre isso que mais adiante, se discorrerá sobre o juízo conjectural mais aprofundadamente, quando iniciarmos o estudo do raciocínio iusinterativo para o Direito e o Processo. Por agora, fica-se somente na compreensão de que a conjectura serve para a fixação de uma valoração ou um princípio, de um postulado ou uma indagação. Enquanto **Verdade Religiosa ou Filosófica**, não é uma verdade absoluta, mas permite a aproximação, por justificação de interesses e ideologias ou por verossimilhança, à Verdade Material, Real, muito mais que a **Verdade Legal**. Mas não garante a apreensão da Verdade Real ou Material. Não garante a sua efetivação, a sua realização, a sua implantação ou sua descoberta real. Insere uma direção com base na conjectura, mas precisa de um elo para estabelecer-se Verdade Material. Um elo de Valor com a Realidade, pois é o valor ético atribuído à realidade que confere à Verdade a sua materialidade, ou o atributo conceitual de **verdadeiro** como já vimos anteriormente¹⁴⁸.

Por outro lado, a **Verdade Filosófica** exsurge irreal, ilusória, sem este elo, falsa mesmo, somente no âmbito da Filosofia, a **Verdade Filosófica** serve muito para elaborar o pensamento, treiná-lo na discussão lógica, perscrutar a mente com as elucubrações teleológicas, mas é inviável, para apresentar alguma certeza quanto a fatos, valores e normas combinados entre si, acabando por permitir fundarem-se na sociedade e nos sistemas de direito, por milênios e séculos, no que concerne aos valores e princípios aplicáveis ao direito e à Justiça, os maiores equívocos ou justificativas ideológicas de poder, a-morais ou imorais, já ocorridos¹⁴⁹.

De outro lado, a **Verdade Legal** imposta pela visão racionalista e autoritária, ou então estatal, igualmente não garante, do mesmo modo, a ocorrência de uma verdade real para a busca da Justiça, porque diante de distintos fundamentos ideológicos e jurídicos ocorrentes em sociedade, foi sempre fincada uma solução de natureza formal-legislativa justificável e utilizável por qualquer ideologia, para a eliminação de conflitos de interesses de natureza estritamente social, o que não resulta, nem significa, necessariamente, em se chegar à mera aplicação ou distribuição do que seja **justiça-na-decisão**. Mais uma vez,

¹⁴⁸ Vide neste capítulo, *retro*, o item 2.2.2. *A decisão que não resolve o conflito e o problema da Verdade para o Iusinterativismo*, nesta obra.

¹⁴⁹ Situações e compreensões absurdas tais como a inferioridade da mulher ou a incapacidade, inaptidão ou desinteligência da raça negra foram estabelecidas por essa **Verdade Filosófica**.

alicerçaram-se a sociedade e seus sistemas jurídicos sob bases e preceitos falsos que jamais corresponderam à Verdade Material.

Assim, demonstro que tanto quanto à **Verdade Religiosa (bíblica até o Iluminismo)**, como à **Verdade Filosófica (a partir do Iluminismo até o advento do Código de Napoleão¹⁵⁰)** e à **Verdade Legal (a partir do século XIX)**, não é suficiente para explicar e encaminhar a demanda de Justiça ou da Verdade Material como solução para os sistemas de direito porque não conferem, por suas formas e conteúdos de interpretação, qualquer certeza ao Fato Social, enquanto fenômeno criador de conflitos encobrendo seus reais sentidos e significados, geralmente dando-lhes explicações de cunho e natureza essencialmente ideológicos. Embora a espiritualidade deva ser sempre cultuada como elemento cimentador de valores, a Verdade Religiosa está ampla e exclusivamente fundamentada na Fé, a qual advém para o conhecimento humano por meio da **Revelação** e não da **Compreensão direcionada às Ciências da Sociedade (ordenação de fatos sociais ou históricos segundo suas conexões de sentido ou de significado)** ou da **Explicação, direcionada às Ciências da Natureza (ordenação de fatos segundo nexos ou laços objetivos de causalidade ou de funcionalidade)¹⁵¹**, métodos naturais de apreensão intelectual do Conhecimento Científico e que permitem pela metodologia científica a identificação do objeto, a experimentação e a comprovação da tese apresentada. A **Fé** é o conhecimento por **Revelação**, vale dizer por **aceitação incondicional dos preceitos e pressupostos estabelecidos teologicamente**. Isto incapacitaria um sistema de direitos como elemento catalisador de soluções científicas buscadas à modalidade da Verdade Material, adequadas à mais distintas situações em atitude dialética de solução

¹⁵⁰ Para tais manifestações histórico-jurídicas codificadas, vide **STEIN, PETER**. *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, 1ª edição em 1999, 7ª impressão em 2003, Cambridge, Reino Unido. Observo que comumente se afirma que, na verdade, o primeiro código ocidental não teria sido o Código Napoleônico –que, na verdade, estabeleceu o método exegético de interpretação do direito e influenciou diversos outros sistemas de direito nacionais- mas sim outros três teriam ocorrido anteriormente à promulgação, em 1804, por Napoleão I, tais como o *Maximilianeus bavaricus civilis*, em 1756, o Código Civil Prussiano (*Allgemeines Landrecht*), em 1794, o Código Galiciano Ocidental, em 1797, cuja região, Galícia, à época, pertencia à Áustria. Todos eles anteriores ao Código Civil Francês, denominado *Código de Napoleão*.

¹⁵¹ **REALE**, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*, Ed. Saraiva, 27ª edição, 12ª tiragem, páginas 86 e seguintes, São Paulo, 2014, 391 páginas, em que **REALE** distingue a **Explicação** e a **Compreensão** como métodos de identificação e apreensão lógica, respectivamente, de fenômenos naturais e sociais.

do processo com azo de Justiça.

Deste modo, a **relativização da Verdade**, também advém da inserção do homem no meio-ambiente, na sua psique, na sua forma original e própria de apropriação dos fatos em seus momentos relacionados à Cultura (ou sua ação para transformação da Natureza) e essa diversidade é o que mais assevera a necessidade de tratamento mais específico e adequado à própria Verdade como componente essencial para a aplicação do direito e distribuição de **justiça-nas-decisões**.

A este respeito, vejamos outro exemplo a ser tomado para o acertamento de nossas ideias quanto à **Verdade Relativa**: imagine-se, paradigmaticamente, um depoimento sobre um fato ilícito criminal a ser tomado ou apresentado após um ano de ocorrência do evento criminoso por atraso na causa. É certo perguntar-se se a testemunha tem realmente não apenas a lembrança dos fatos, mas a certeza de como ocorreram, após o período de um ano de tempo passado? Muitos dirão da questão psicológica incidente à mente humana, que os traumas podem preservar o fato mentalmente, e sobre isso nada discuto, mas gostaria de me referir a outro ponto. Mesmo a preservação mental do fato ocasionada por um eventual trauma à pessoa envolvida poderia levar a um depoimento parcial, vale dizer, resultante exclusivamente de uma visão pessoal exagerada do inquirido (autor, réu ou testemunha) em razão das consequências psicológicas que sofreu o depoente, e, com isso, gerar ou um depoimento ou testemunho notavelmente contrário ou incrivelmente favorável, ou ainda meramente irreal ou surreal. A combinação do tratamento processual a ser dado pelo julgador com as invariantes ou vetores naturais e a utilização da visão tridimensional do direito com o estudo das condições fáticas, os valores envolvidos e a aplicabilidade da norma permitem, com a aplicação do raciocínio iusinterativo, em meu ver, u'a mais adequada, justa e célere formulação de um juízo de valor pelo julgador.

Assevero, neste caso, que para melhor adequar o procedimento à efetividade da prestação jurisdicional, neste caso, o julgador deveria poder efetuar uma **flexibilização procedimental**¹⁵² e utilizar o raciocínio iusinterativo. Aplicar uma regra (consuetudinária ou principiológica) processual que viabilizasse

¹⁵² Vide Capítulo 6, item 4.3 deste trabalho.

maior celeridade ao processo, diante da ocorrência de condições específicas, como:

- a. imediatidade de fenómeno social ilícito e criminal e de comoção pública;
- b. violação, no fenómeno social, de valores éticos universais;
- c. inexistência de norma vigente aplicável; ou
- d. existência de norma com conteúdo insuficiente a preservar o processo, distribuir justiça e resolver o conflito,

de maneira a vir assegurar a celeridade necessária do feito para a solução material do conflito, assegurando a incolumidade depoimental ou testemunhal e maior certeza sobre a comprovação do fato ilícito. A busca da Realidade (fato) para aplicação do Direito (norma) e distribuição da Justiça (valor) deve ser o principal elemento para a Jurisdição (experiência jurídica) e não necessariamente só o devido processo legal (ou o adequado processo de direito) que deve ser concomitante.

Além de relativizada, não só por ser referida a algo ou alguém ou pela sua apreensão naturalmente relativa pelo ser humano, a Verdade pode ser, também, manipulada, alterada, ou ainda o que se entende por Verdade, o que se está estabelecido como certo, pode ser, em realidade, um equívoco, um erro perpetrado por séculos ou milênios.

Nietzsche bem demonstra isto em seus escritos sobre a “Verdade e a Mentira em um sentido extra-moral”¹⁵³, onde faz crítica violenta à falácia e à hipocrisia da verdade estabelecida pelo Homem, em sociedade, que correspondendo ao real, acabe por se apresentar como verdadeiro diante do uso da palavra como método de credibilidade, confiabilidade e segurança históricas.

Importa aqui destacar a diferença de tratamento que deve ser dado à Verdade¹⁵⁴:

- a) enquanto Virtude ou preceito universal aplicável à Conduta humana; e
- b) enquanto Busca do ser humano para Certeza das relações sociais.

¹⁵³ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Sobre Verdade e Mentira no sentido extra-moral*, trad. Fernando de Moraes e Barros, Editora Hedra, 1ª edição, São Paulo, 2008, págs. 1-94.

¹⁵⁴ HEIDEGGER, Martin. *Marcas do Caminho*, tradução de Enio Paulo Giachini e Emildo Stein, Ed. Vozes, 1ª edição, Petrópolis, 2008, afirma nas páginas 191-192: “(...) *Ser verdadeiro e verdade significam aqui ‘estar de acordo’; e isto de duas maneiras: por um lado, a consonância entre uma coisa e o que dela previamente se presume, e, por outro lado, a concordância entre o que é visado pela enunciação e a coisa.*(...) “(...) *a verdade é a adequação da coisa com o conhecimento.*(...)”

Não se deseja falar, aqui, da Verdade enquanto virtude, que esta deve sempre ser buscada, nas ações éticas, na prática reta de bem posicionar-se no mundo a expressar atitudes individuais e solidárias condizentes com as palavras ditas e, essencialmente, reflexos, umas das outras, reciprocamente. Menciono, sim, a relativização da verdade enquanto subordinada a eventos ou fatos dos quais dependemos para estabelecer certezas sociais e cuja verificação é limitada pela *identidade* do fato, pelo *tempo* de sua ocorrência, pelo *lugar* de seu acontecimento e pela *finalidade* de sua investigação, na própria esteira do que caracteriza Heidegger em sua sábia assertiva. Isto implica uma relativização da verdade, mas não a sua eliminação como tal, vale dizer, como elemento que tenha por objetivo vir a transferir e conceder segurança sobre o fato na sociedade. Daí a necessidade de se criar uma dialética tridimensional de invariantes ou vetores naturais, um raciocínio iusinterativo, para identificá-la, objetivá-la e compreendê-la.

São de Nietzsche¹⁵⁵, por exemplo, as assertivas seguintes no intuito de demonstrar a diversidade de apreensão da Verdade pelo ser humano e o estabelecimento do equívoco ou do erro, vale dizer, da Mentira, como Verdade:

“(…) Se crio a definição de um mamífero e aí então, após inspecionar um camelo, declaro: eis um mamífero, com isso uma verdade, decerto, é trazida à plena luz, mas ela possui um valor limitado, digo, ela é antropomórfica de fio a pavio e não contém um único ponto sequer que fosse “verdadeiro em si”, efetivo e universalmente válido, deixando de lado o homem.(…) À semelhança do astrólogo que observa as estrelas a serviço dos homens e em conformidade com sua felicidade e sofrimento, assim também um tal pesquisador observa o mundo inteiro como conectado ao homem, como o ressoar infinitamente fragmentado de um som primordial, do homem, como a cópia reduplicada de uma imagem primordial, do homem. Eis o seu procedimento, ter o

¹⁵⁵ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Sobre Verdade e Mentira no sentido extra-moral (Über Wahrheit und Lüge im aussermoralischen Sinn)*, op. cit., páginas 40-41.

homem como medida de todas as coisas, algo que ele faz, porém, partindo do erro de acreditar que teria tais coisas como objetos puros diante de si.(...)Vivemos com efeito numa ilusão contínua através da superficialidade de nosso intelecto: para viver precisamos de arte a todo o instante. Nosso olho se prende às formas. Se, no entanto, somos nós mesmos a adquirir, aos poucos, esse olho, então vemos vigorar em nós próprios uma força artística. Vemos, pois, na natureza mesma, mecanismos contra o saber absoluto: o filósofo reconhece a linguagem da natureza e diz “precisamos da arte” e “carecemos apenas de uma parte do saber (...)”.

E mais adiante arremata¹⁵⁶:

“(...) Como um meio para a conservação do indivíduo, o intelecto desenrola suas principais forças na dissimulação, pois esta constitui o meio pelo qual os indivíduos mais fracos, menos vigorosos, conservam-se, como aqueles aos quais é denegado empreender uma luta pela existência com chifres e presas afiadas. No homem, essa arte da dissimulação atinge o seu cume(...). (...) Quando justamente a mesma imagem foi gerada milhões de vezes e foi herdada por muitas gerações de homens(...) então ela termina por adquirir, ao fim e ao cabo, o mesmo significado para o homem, como se fosse a imagem exclusivamente necessária(...)assim como um sonho que se repete eternamente seria, sem dúvida, sentido em julgado como efetividade.”

Eis a necessidade da Verdade por meio da interação entre tetravetorialidade

¹⁵⁶ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Sobre Verdade e Mentira no sentido extra-moral (Über Wahrheit und Lüge im aussermoralischen Sinn)*, op.cit., páginas 42-43, 94 páginas.

natural e tridimensionalidade cultural a espancar a dissimulação iuspositivista.

4. AS MANIFESTAÇÕES DE TETRAVETORIALIDADE NATURAL E SUA RELEVÂNCIA PARA A VERDADE MATERIAL NO DIREITO E NO PROCESSO.

4.1. A quebra de paradigma com vetores naturais pela busca da verdade material.

A História da Humanidade no Planeta Terra desemboca em vários afluentes do Conhecimento. Um deles, primordial e essencial, é o estudo da Ciência do Direito e suas manifestações iniciais, recorrentes e decorrentes até os nossos dias. Para melhor compreender a aplicabilidade de um sistema de regras e normas, com aplicação mais justa ao ser humano, sua evolução constante e a consequente efetivação da Justiça –com a utilização da Verdade Material e para legitimação desse próprio sistema- aos cidadãos, demanda-se o estudo das mais variadas teorias e correntes jurídicas.

Para a nossa hipótese de trabalho, qual seja, a de estabelecer uma lógica dialética suficiente, considerado o espectro Globalização, para viabilizar a apreensão dos fatos com adequação exata ao direito (e vice-versa), a fim de predeterminar, no uso da jurisdição mediante demandas processuais, a obtenção da verdade material e a solução efetiva do conflito, utilizando-se o julgador para isso, se necessário, de uma *flexibilidade procedimental*¹⁵⁷ **judicial** ou **voluntária**, torna-se imprescindível se fixar a compreensão adequada da

¹⁵⁷ Vide Capítulo 6. Item 4.3. deste trabalho; vide, também, GAJARDONI, Fernando Da Fonseca. *Flexibilização Procedimental – Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual*, Editora Atlas, Coleção Atlas de Processo Civil, Coordenação de Carlos Alberto Carmona, São Paulo, 2008, 249 páginas, em que Gajardoni no *Capítulo 5 – Flexibilização procedimental no processo civil brasileiro, item 5.1.2. – Princípio da adaptabilidade e sistemas de flexibilização do procedimento, páginas 133-222* e nas suas *Conclusões, páginas 226-227*, principalmente as de número 20 e 23, destaca, para a flexibilização de procedimentos judiciais, a utilização jurisdicional de meios alternativos para a solução de controvérsias (Conclusão 20 - Mediação, Conciliação e Arbitragem realizados pelo Poder Judicial, e a flexibilização judicial nos moldes norte-americanos, permitindo que o juiz determine tramitação, prazos e tarefas do processo a seguir) como dentro da visão jurisdicional brasileira, quatro modelos de flexibilidade procedimental (Conclusão 23 – **a. flexibilidade procedimental legal genérica; b. flexibilidade procedimental legal alternativa; c. flexibilidade procedimental judicial; d. flexibilidade procedimental voluntária**), sendo os dois últimos os de maior discricionariedade judicial, o primeiro dentre estes últimos, em que o juiz determina a adaptação do procedimento a ser utilizado para a melhor solução do conflito (judicial), e o segundo, dentre estes dois últimos, em que o juiz consulta as partes ou deixa à iniciativa delas, partes, a definição do procedimento a ser utilizado para a solução do conflito.

origem do direito e do processo sob a ótica tridimensionalista do direito, instaurando-se uma dialética tridimensional de invariantes naturais, a lógica ou o raciocínio iusinterativos.

Poder-se-ia perguntar o porquê. A resposta singela e rápida está na demonstração de que, o até hoje método predominante de compreender o direito, ou os sistemas jurídicos, em todas as escolas do Mundo, o Positivismo Jurídico, radica-se nas teses normativistas que, à falta de outro sistema existente que fundasse o senso de autoridade no seio da sociedade e do próprio Mundo, serviu para esse objetivo, de molde a implantar um binômio, aparentemente verdadeiro e seguro para o estabelecimento da Ordem e do Estado: a compreensão, positivista ou normativista, de que LEI e JUSTIÇA andam intrinsecamente ligados e um depende do outro para que construamos uma sociedade mais “justa”. Todavia, é nítido e de sabença comum se compreender que nem sempre a LEI é JUSTA e muito menos o JUSTO tenha de ser necessariamente emanado de uma LEI.

4.2. O sistema da *couraçã do rinoceronte*.

No entanto, a maioria dos sistemas de direito (e principalmente o Positivismo Jurídico, amplamente fortalecido pelo Normativismo Jurídico de Hans Kelsen e pelo posterior Pós-iuspositivismo de Herbert Lionel Adolphus Hart) assim o estabeleceu e fez inserir culturalmente este sentido, este significado nas nações e povos. Em princípio, entendia-se a **Lei** como **justa** porque advinha da autoridade máxima que possuía ligações com a divindade, ou seja, advinha do direito natural divino. Posteriormente, com a derrubada do geocentrismo e o surgimento da visão política montesquieuana, deu-se a legitimação do binômio **Lei=Justiça** pelo Poder Legislativo, por representantes do Povo.

A tal ponto se incrustou esse significado na cultura do Povo e das Nações e Estados constitucionalmente constituídos que o Ordenamento Jurídico (=entenda-se conjunto de normas e regras legais, costumeiras ou principiológicas que servem como comandos e limites de condutas em sociedade e pelo qual devem se pautar todos os cidadãos de uma sociedade)

passou a ser compreendido como Ordenamento puramente Legal¹⁵⁸ e somente a Lei passou a ser objeto de importância aos juristas e estudiosos do direito. Por muitos e muitos anos, também nos sistemas jurídicos do **Common Law**, a influência da norma legal agigantou-se, a tal ponto, que admitiu-se até mesmo nos hoje países-sede do sistema **Common Law** (Estados Unidos da América juntamente com o Reino Unido), a viabilização de Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, a incidência e aplicação cada vez maior da **Statute Law** no Reino Unido da Grã-Bretanha e a utilização de decretos presidenciais (EUA) ou despachos monárquicos (RU & GB) *ad referendum* da Câmara Alta ou mesmo de decretos legislativos, editados e promulgados pelo próprio Senado (Senate)¹⁵⁹ nos Estados Unidos da América, ou Câmara Alta (House Of Lords), no Reino Unido, alterando, adequando e interpretando, por norma legislada, o sentido primeiro da Lei Maior americana ou do conjunto jurídico constitucional britânico.

Contudo, é um tanto óbvio que o valor do **justo** não se encontra somente na **Lei**, mas, sim e em qualquer situação, se encontra na relação entre um **Fato** e os **Valores** incidentes sobre uma **Identidade** de agentes e objetos; um **Tempo** ou **Momento** de sua ocorrência; um **Espaço** determinado e ocupado -ou **Lugar**- em que se deu o **Fato**; e a **Finalidade** de sua ocorrência.

Esta relação pode ou não estar prevista em um Ordenamento Legal, pode ou não ser objeto de uma norma legislada, positivada, porém o que causa espécie é que a inatualidade ou obsolescência do luspositivismo aos dias globalizados de hoje é gritante e demanda novos sistemas para se compreender o direito e distribuir-se a Justiça.

A procura de solução de conflitos pelo homem em qualquer das épocas de sua vida e de sua experiência no planeta sempre se posicionou, primeiramente como uma busca pela **Justiça**, ainda que o conceito de **Justiça** não estivesse delineado como atualmente o compreendemos, e mesmo diante de seus conflitos interindividuais, ou grupais, ou comunitários, ou sociais, sejam em que níveis de organização social estes conflitos se apresentem, esta busca sempre se fez ocorrer como a oportunidade de o ser humano demonstrar suas necessidades e encontrar o resultado para questões que envolviam as suas

¹⁵⁸ LOSANO, Mario G., *Os grandes sistemas jurídicos, op. cit.*

¹⁵⁹ SLAPPER, Gary; KELLY, David. *O Sistema Jurídico Inglês, op.cit.*

condições mínimas de vida, subsistência e sobrevivência. Tal demanda com este grau de necessidade e nível de interesse certamente deve ser denominada de **demanda por Justiça**.

O valor **Justiça**, pensado ou meramente sentido, rudimentar ou elaborado intelectualmente, advindo ao conhecimento humano ou de forma empírica, experiencial ou de forma abstrata, intuitiva, melhor dizendo intelectualizado ou não pelo homem primitivo ou pelo homem contemporâneo, sempre foi identificado claramente pelas necessidades que deveriam ser satisfeitas, ou de forma direta ou de modo indireto. E não foram poucos os autores, historiadores e/ou juristas¹⁶⁰ que reconhecem que o homem, nos seus primórdios, determinou regras de convivência social de molde a que todos, primitivamente ou não, pudessem vir a apreendê-las. E a sua aceitação como justa, muitas vezes, não passou por qualquer avaliação intelectual, senão porque aparentava a todos que o regramento ou a solução apresentados pareciam ser justos, porque aplicável a todos, indistintamente. Surge, pois, um primeiro valor de Justiça: o sentimento de **Equidade**. A aplicabilidade a todos, indistintamente, independentemente do conteúdo axiológico intrínseco da solução apresentada ser efetivamente **justo** para a problemática apresentada em comparação com a regra produzida no grupo, pelo grupo. Não que todos os valores advindos posteriormente ao de **Equidade** e impregnados ao conceito de Justiça tivessem sofrido qualquer avaliação de qualidade. Apenas foram objeto de escolha, em virtude da sua utilidade e necessidade para a hipótese em questão, o momento vivido, o lugar em que ocorreu, e a finalidade para o qual se delineou; e alguns permanecem até hoje como valores incrustados no conceito de Justiça, sem necessariamente serem questionados ou criticados como justos ou não.

E por que não foram questionados? Porque os sistemas de direito vigentes à época, **e ainda vigentes atualmente**, não permitiam **e não permitem** quaisquer questionamentos, porquanto tais valores se incrustam nos preceitos

¹⁶⁰ **ROBERTS**, J. M.. *Breve História do Mundo*, vol. 1, tradução de Maria José de la Fuente, Editorial Presença, Lisboa, 1996, págs. 33-38; **CRUZET**, Maurice. *História Geral Das Civilizações*, tradução de E. Simões de Paula, Editora DIFEL Difusão Europeia do Livro, 7 Tomos, 17 Volumes, vide volume 1, São Paulo, 1955/1958, 4518 página; **ROMERO**, Silvio. *Ensaio de Filosofia do Direito*, Editora Landy, São Paulo, 2001, 320 páginas; ambos e tantos outros, na medida de suas teses e e posicionamentos intelectuais, como Sócrates, Platão, Aristóteles, Giordano Bruno, Galileu Galilei, Rousseau, Hobbes, Hume, Thomas Morus, e mais recentemente, Miguel Reale e Boaventura de Sousa Santos.

legais e supõe-se, por isso que o conteúdo normativo seja justo. Realiza-se um círculo vicioso. E na verdade, o que ocorre é que a norma é **injusta** porque possui valores tratados como justos em determinada época, em determinado lugar, por determinado fato causador e para dada finalidade, **que não mais se sustentam, porque são valores anacrônicos**, na maioria dos casos, sem revisão regular e habitual. Por sua vez, insito à **Norma**, o preceito **permanece vigente**, indefinidamente, porque foi produzido e contido legislativamente de modo **formal** nessa própria **Norma**, em **tempo, lugar e finalidade** diversos.

É o sistema da **couraça de rinoceronte**. Nada entra, nem sai. E os **Valores**, cristalizados no texto da **Norma**, por seu absolutismo metodológico positivista, impedem a atualização do sistema de direito, petrificando o direito e dando-nos uma sensação de que o Ordenamento Jurídico é verdadeiramente mais lento na sua resposta; de que o Direito como Ciência é belo e explica todas as manifestações vitais, mas infelizmente é estático; de que não possui meios de se atualizar e muito menos se fazer dialético ou dinâmico, como o estão a exigir as Ciências Sociais e a Sociedade. Culpamos o Poder Legislativo pela sua demora na edição e votação de Leis. Culpamos o Poder Judiciário pela sua lentidão em razão do número de causas ou de atrasos nos seus julgamentos. Culpamos o Poder Executivo pelo número das causas que proporciona ao Poder Judiciário em virtude de suas demandas contra cidadãos. **Mas não é suficiente resolver estas questões (as quais sem dúvida, são de extrema importância, para a instrumentalidade do direito e do processo) se não for tratada a principal questão em sua raiz: o reconhecimento, na prática, de que a justiça não está atrelada à norma legal e dela não precisa ser extraída para ser aplicada socialmente. O reconhecimento de que sempre há e haverá contradições sistêmicas e situações paradoxais entre o sistema jurídico e controle social versus Poder Judiciário e distribuição de justiça-nas-decisões.**

Para melhor compreender o que se está a tentar demonstrar observe-se que outros conceitos e valores, que também concorrem para a determinação do sentido de Justiça, foram inseridos culturalmente ao longo da História da Humanidade e que fazem presumir a aplicação da Justiça inerente às condutas expressas em concordâncias a eles.

Entretanto, uma análise mais acurada demonstra cristalina que não há

relação de veracidade destes conceitos e valores quanto à ideia de **justo** e que assim foram tomados como verdadeiros meios alternativos de solução de conflitos pelo imediatismo de resposta que produziam. Cito apenas alguns como exemplo:

- 1) o **estado de necessidade coletivo ou individual** – no primeiro caso, **coletivo**, justificador de ditaduras populares; no segundo caso, **individual**, excludente de punibilidade, sem a verificação da real intenção do autor do ilícito criminal que poderia estar escamoteada; situação de difícilíssima comprovação.
- 2) a **maioria relativa, ou absoluta**, para o conceito de justo em uma democracia, que necessariamente não significa a solução mais adequada, sempre dependente da sua forma de aplicação pelo gestor, quanto à obtenção da eleição ou votação, não garantindo qualquer segurança jurídica, pois deixa de considerar eventuais direitos de minorias ou estabelece determinações muito amplas e gerais desconsiderando as situações especiais; não se apresenta como um conceito democrático, embora tenha a aparência de assim ser.
- 3) a **ideia de unanimidade**, aplicável a situações jurídicas gerais ou especiais, coletivas ou interindividuais, que em muitos casos não decorre de uma apreciação adequada por todos os envolvidos do fenômeno em análise, mas simplesmente resultado de uma cooptação indevida e injusta de um universo decisor específico para a sociedade como um todo. Por exemplo, pode-se obter uma unanimidade por cooptação mediante corrupção, ou por conluio ou ainda por colusão entre as próprias partes contrárias em determinado pleito, visando a lesar um terceiro, alheio a tudo isso.¹⁶¹

Estes são alguns exemplos em que me fundamento para demonstrar que o conceito de Justiça nem sempre está –mas **tem de estar**- atrelado a um Valor ético predeterminado, a um Fato ou Fenômeno social ocorrido e a uma Norma vigente (positivada ou não) e que se modificam em Épocas, em Lugar, em

¹⁶¹ Veja-se a este respeito os conteúdos das citações de **FRIEDRICH WILHELM NIETZSCHE** constantes de sua obra *A Verdade e a Mentira no sentido extra-moral* mencionadas no item 3. *A verdade substancial e a sua vetorialidade natural como elemento de relatividade à justiça, supra*, a corroborar as nossas asserções aqui formuladas.

Identidade de Povo e Cultura, e de Finalidade, e que, se considerarmos a todos esses elementos a interação devida, o seu resultado lógico seria a produção de **justiça-nas-decisões**.

4.3. A crítica à intrínseca verdade formal da norma em Kelsen.

De outro lado, importa entender que, ainda que o renomado Kelsen¹⁶² tratasse da Justiça, de um lado ligada ao lusnaturalismo puro e absoluto como um valor absoluto qualificável ou determinável, e de outro, por qualificá-lo não pelo seu conteúdo axiológico, mas, como o fez, apenas pela exigência do aspecto formal da criação legislativa da norma destinada a reger condutas, pela sua, por assim dizer, exclusiva validade formal, ainda assim, o renomado mestre cometera um desvio de avaliação, uma evidente **contradictio in essentia**, porquanto, ao fixar o conceito de Justiça como meramente formal, positivo, vinculado às regras de vigência e validade formal de uma hipótese normativa incidente sobre um dado fato temporal e sobre esta fazer resultar um juízo hipotético, nesse momento teórico, acabou por conceder ao conceito de Justiça, outro conteúdo axiológico que não o social, ou o sociológico, ou o real e material, mas aquele puramente formalista e lógico, e, ainda assim, à toda evidência, valorativo, *permissa venia*, e por ser meramente técnico, em consequência, se apresenta falho, **insuficiente e distante da realidade social** a que se deve destinar o direito, e **anacrônico**, porque, embora possa se aplicar a qualquer sistema ideológico, porque presuntivamente alheio a isso, não traz em si, como estrutura teleológica, a busca pela solução material do conflito, tampouco o compromisso de atualidade pela aplicação da Justiça em seu conteúdo axiológico mais pleno, real, temporal, tornando-se insuscetível de uma aplicação material e verdadeira aos ditames das necessidades de formação de qualquer Nação ou de qualquer Cidadania em sua contemporaneidade.¹⁶³

¹⁶² KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003.

¹⁶³ Na sua principal obra, *A Teoria Pura do Direito*, HANS KELSEN afirma que cabe ao juiz com fundamento na norma escrita e na interpretação ou integração judicial dessa norma o preenchimento das lacunas da lei e do ordenamento, mas sempre nos limites da hierarquia normativa, da coerência do sistema e da compatibilidade com o texto da lei e do sistema, aprisionando-o ao formalismo legal do direito.

Todavia, a aplicabilidade do iuspositivismo perdura até hoje, dir-se-ia, em todos os sistemas jurídicos porque oferecem uma decantada segurança jurídica que, na verdade, só resulta em segurança ao Estado e às Autoridades, retirando do cidadão a possibilidade de, pelo exercício pleno do direito à jurisdição e ao processo, obter a verdade material para a solução de seus conflitos, ou ao menos concedendo-o parcialmente, em expressão maquiada de Justiça pela metade: tem-se, pois, a Jurisdição e Processo, mas o formalismo impede a concessão da **justiça-na-decisão**, fundada na Verdade Material, exceto quando concedida pela exclusiva discricionariedade de boa-fé do julgador, passando a depender, no iuspositivismo, de uma atuação altamente subjetiva e personalíssima do julgador.

O argumento principal de Kelsen a embasar o seu conceito de Justiça na sua Teoria Normativista do Direito é o de que a impessoalidade da elaboração legislativa (a sua produção formalista, a sua hierarquização normativa) leva, obrigatoriamente, a uma desideologização na criação da norma, produzindo, implacavelmente, a Justiça em Sociedade, por virtude da neutralidade social imposta pelo produto criado. Nada mais inverídico, insuficiente, irreal e ilusório! A Sociedade é **sempre expressão de valores éticos** (construídos à base das necessidades naturais do Homem para sua inserção no Planeta e no seu meio-ambiente geográfico), **de fenômenos sociais** (construídos à base de seu relacionamento com o Outro¹⁶⁴, individual ou coletivo) e **de regramentos jurídico-psicológicos** (construídos à base de seu relacionamento consigo mesmo, considerada a sua conduta em si mesma, ainda que se dirija ao Outro). Entretanto, essa expressão de que falamos acima faz-se presente de modo dinâmico, conjunto, simultâneo e integrado, interativo e nada ocorrendo de maneira estanque ou estática na sociedade.

A sociedade, assim construída, expressa, permanente e naturalmente vetores,

¹⁶⁴ De toda evidência que o conceito de **Objeto que indubitavelmente se refere ao 'Outro enquanto Objeto'** aqui trazido, na verdade, correspondente àquele formulado por JACQUES LACAN, in *Seminários, op. cit.*, não se perfaz, em momento algum, na concepção cristã do próximo, ou no mero conceito sociológico do solidarismo ou companheirismo, mas muito mais incidente no conceito amplo, dinâmico e variado dos diversos papéis enfrentados pelo ser humano, em sociedade, das mais distintas formas de interação psicológico-externa sofrida pelo indivíduo e que se insere na condição, ora de homem, ora de julgador, ora de indivíduo que vê, na própria existência do processo, um Outro –porque o processo em si, possui vida própria- ora de cidadão, ora de parte Autora, ora de parte Ré, enfim, um conceito tão amplo de alteridade quanto os papéis realizados, em simultaneidade de ocorrência em uma única pessoa, por qualquer indivíduo em sua inserção social.

indicadores de natureza dinâmica, que interagem em todos os fenômenos em **identidade, tempo, lugar e finalidade**, seja enquanto conjunto de seres grupalmente considerados, seja enquanto individualidades, seja enquanto totalidade.

A insuficiência de aplicabilidade do iuspositivismo para responder não apenas à globalização instaurada nos anos finais do século XX e definitivamente presente no século XXI, mas por qualquer exigência real ou material na busca de efetiva Justiça ou exercício de Cidadania é manifesta e urge apontar uma solução ao Direito.

Deste modo, é que, o predomínio do iuspositivismo (e da sua concepção cultural) se avolumou na História do Direito por dois grandes motivos:

- 1) **a própria incapacidade das estruturas sociais e econômicas, e de seus agentes, em questionarem essas imposições;**
- 2) **a própria necessidade do *status quo* na manutenção do poder**¹⁶⁵

Mas jurisdição e processo, ao positivismo jurídico ou ao normativismo, denotam e expressam o princípio da autoridade da lei, o princípio da legalidade para o qual todo e qualquer sistema de direito deve ser ordenado e guiado (vigência formal da lei). A esse exemplo, é curioso se observar que a construção da Teoria do Ordenamento Jurídico¹⁶⁶, segundo o Normativismo e o Neopositivismo, se ampara nos pilares da **completitude, da antinomia e das lacunas**, todos eles conceitos que se dirigem a uma validade formal do comando legal e sua inserção no ordenamento de direito (ou melhor diríamos, ordenamento legal?), ainda que aí também se insira a discussão sobre a Teoria da Norma Fundamental, pela qual se constrói toda a sistemática de vigência e hierarquia dos comandos legais com supedâneo extra-formal¹⁶⁷. Mas a teoria da

¹⁶⁵ Vide a este respeito **CABALLERO HARRIET**, Francisco Javier: *Algunas claves para otra mundialización*, *op. cit.*.

¹⁶⁶ **BOBBIO**, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Editora Universidade de Brasília, 10ª edição, Brasília, 1999, págs. 1-124

¹⁶⁷ **KELSEN**, Hans, *op. cit.*, págs. 277-285; *idem*, *Teoria Geral das Normas*, tradução de José Florentino Duarte, Sergio Antonio Fabris Editor, 1ª edição, Porto Alegre, 1986, págs. 328-329, em que textualmente afirma: “A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas -como evidente do que precedeu- não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal, ela é uma pura ou “verdadeira” ficção no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma. (...) O fim do pensamento da

norma fundamental apenas tenta justificar a existência de outra faceta não-formal e adequá-la à visão formalista, positivista, como se, explicando a sua ocorrência em separado, pudéssemos compreender qualquer ação dirigida à criação, obtenção, proteção, conservação, aquisição, modificação, alteração, derrogação, revogação ou extinção de direitos, **sem a existência de um valor ético ou moral** que justifique todas essas ações, como se o ato pensado que a legitima enquanto norma fundamental não fosse u'a manifestação axiológica, ética e moral. Justifica-se, assim, um tratamento filosófico não-dialético, que trata, teleologicamente, os conceitos de maneira apartada, somente correlacionando-os ao final do juízo pretendido, quando, ao invés, toda e qualquer ação relacionada a um fenômeno social, um valor ético ou uma norma vigente, guarda, inarredavelmente, substratos morais e éticos a lhe fundarem a finalidade.

Não deveria existir, também, inserta no conteúdo da Teoria do Ordenamento Jurídico, a Teoria dos Valores para estudo da sua implicação ínsita à Norma jurídica vigente e ao Ordenamento?

É relevante considerar também a abordagem de que cada ramo do direito contém a sua própria faceta de **justiça-nas-decisões** dada a singularidade de sua metodologia e objeto próprios resguardando ao seu **Fenômeno** (ou Fato) **social** tópico, ao seu **Valor ético universal** aplicável topicamente ao próprio ramo, como também às próprias **Normas vigentes** que lhes são aplicáveis em total interatividade com os Vetores Naturais.

Mesmo nas meras regras organizacionais ou técnicas em que se sobrepõe um item ao outro, em que se estrutura algo, em que um aspecto puramente técnico se avoluma, os preceitos éticos advêm aplicáveis, em todos os sentidos e em todas as coisas, das ideias de **Ordem**, de **Completitude** ou de **Perfeição**, de **Coerência**, de **Obediência**, de **Hierarquia**, valores que sustentam a própria ordem de Mundo, componentes de um Universo, e que jamais podem ser afastados.

Todavia, para o âmbito humano, jamais podem ser considerados como valores éticos de existência *a priori*, porquanto somente exurgem, ganham existência

norma fundamental é: o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, é a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como de seu sentido objetivo(...)”.

e realidade com a presença da conduta humana, da Vida humana em relação à alteridade, principal elemento de efetivação e concretização da Ética.

Até mesmo na construção da pirâmide hierárquica das normas, segundo a Dinâmica Jurídica¹⁶⁸ de Kelsen, o iuspositivismo se utiliza do **Valor** como elemento construtivo e cimentador, inserindo o conceito de estrutura valorativa e escalonada da ordem jurídica como fundamental para a formalização do sistema de direito positivista.

Intrinsecamente, Kelsen utiliza um padrão axiológico na estruturação, dando-lhe ordenamento e valorações segundo pré-noções previamente estabelecidas ao arbítrio da compreensão humana tão criticada por ele. Veja-se, a este respeito, o que nos dita o insigne iuspositivista Kelsen¹⁶⁹, verbis:

(...) A conduta real a que se refere o juízo de valor e que constitui o objeto da valoração, que tem um valor positivo ou negativo é um facto da ordem do ser, existente no tempo e no espaço, um elemento ou parte da realidade. Apenas um facto da ordem do ser pode, quando comparado com uma norma, ser julgado valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo. É a realidade que se avalia. Na medida em que as normas que constituem os fundamentos dos juízos de valor são estabelecidas por actos de uma vontade humana, e não de uma vontade supra-humana, os valores através dela constituídos são arbitrários. Através de outros actos de vontade humana podem ser produzidas outras normas, contrárias às primeiras, que constituam outros valores, opostos aos valores que estas constituem. O que, segundo aquelas é bom, pode ser mau segundo estas. Por isto, as normas legisladas pelos homens – e não por uma autoridade supra-humana – apenas constituem valores relativos. **Quer isto dizer que a vigência de uma norma desta espécie que**

¹⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, op. cit., páginas 309-338.

¹⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, op. cit., página 39.

prescreva uma determinada conduta como obrigatória, bem como a do valor por ela constituído, não exclui a possibilidade de vigência de uma outra norma que prescreva a conduta oposta e constitua um valor oposto.(...)"
(Palavras em negrito não estão no original)

Estas considerações em Kelsen não apenas demonstram uma diversa óptica ou técnica de compreensão das coisas ou relações entre sujeitos e objeto sob o aspecto cognoscitivo como se está acostumado a entender. Independentemente de que o argumento de Kelsen se dirija à crítica ao iusnaturalismo pela sua forma absoluta como expressa seus valores, o certo é que também demonstram, com todo o respeito, um desapego à realidade, uma tentativa de mascarar a influência sociológica, axiológica e normativa, interativamente consideradas, para a determinação da realidade e da própria verdade. Uma consideração com referência a uma visão absoluta sobre o que é relativo. Quero dizer, que ao falar em **"normas legisladas pelos homens apenas constituem valores relativos"** e ao referi-la a outra norma que **"não exclua a possibilidade de vigência de uma outra norma que prescreva a conduta oposta e constitua um valor oposto"**, Kelsen comete um equívoco sobre-humano porque aplica a algo intrinsecamente relativo –a norma vigente criada pelo ser humano- um conceito absoluto de análise, como se só pudessemos analisar o ordenamento jurídico sempre da mesma maneira ou como se a norma vigente devesse conter um conteúdo de tal forma permanente que por isso mesmo se tornasse absoluto. Como se o ordenamento jurídico não fosse produto de uma cultura nacional. Ou como se pudesse existir outra possibilidade de norma que não a norma com criação relativa, exatamente porque criada pelo ser humano, porque criada em consideração de outra realidade e lugar, de outra época, de outra cultura e de outro fim desejado.

Se a norma de conteúdo axiológico não-kelseniana não pode ser aceita por sua relatividade, por que deveria sê-lo a norma técnica kelseniana formalmente vigente, produzida pelo ser humano (o legislador natural) e também repleta da subjetividade de seu legislador e de relatividade?

Na verdade, a análise deve sempre ser **iusinterativa**. E isto quer dizer

adequada ao seu momento (**tempo**), ao local do fenômeno social em questão ao qual se deve aplicar (**lugar**), ao tipo de fenômeno em análise (**identidade**) e ao objetivo desse próprio fenômeno social (**finalidade**) parametrizando-o¹⁷⁰ com o **valor ético universal**, ofendido ou protegido pelo **fenômeno social** em relação à **norma vigente**, sem qualquer descuido em relação a esta, aplicando-a também. Daí a necessidade das Dimensões Culturais de Reale em interação aos Vetores Naturais.

E, em termos de ciência jurídica, isto não equivale a afastar qualquer conceito de dever-ser, ou de comando normativo, mas sim de, adequando-o à realidade, entendê-lo sempre como expressão de um **Valor Ético**, embasado em um **Fenômeno Social** e regado por esta **Norma Vigente** (comando normativo), seja, como dizíamos, para protegê-lo (o valor ético) no fato social por meio da norma jurídica, ou para espancá-lo (o fato social ocorrido) para proteção do valor ético inerente ao conteúdo da norma jurídica (comando normativo).

Em todas essas construções teórico-positivistas, como que por uma atuação mecânica e subsuntiva de lei ao fato, olvida-se, ou deliberadamente afasta-se, a busca direta pela efetivação da Justiça que, ao revés do que afirmamos, se daria, segundo o iuspositivismo, sempre, por meio da Lei. O Formalismo Jurídico (ou iuspositivismo, ou até mesmo o neopositivismo de Bobbio) impera sistemicamente na sua concepção positivista e contra ele não se brande a espada, pressupondo-o justo porque puro ou técnico e a-valorativo, sob a desculpa ideológica de ter o pressuposto de garantir segurança jurídica à sociedade sob o Império da Lei, instrumento dito amplamente democrático porque amparado no conceito montesquieuano tripartite de poder.

O Ordenamento Jurídico torna-se o Ordenamento Legal, como se a Lei fosse a única forma de expressão do direito e de distribuição da Justiça, mesmo, e

¹⁷⁰ O que denominamos de **parametrização** ou **fixação de parâmetros** é a determinação de critério objetivos para cada fenômeno em análise, critérios esses que afastam a incidência da subjetividade no âmbito da discricionariedade do juiz, conferindo-lhe a obrigação de utilizar elementos concretos de avaliação dos fatos, valores e normas. Não há dúvida de que a prevalência de um critério sobre o outro vem a apontar uma espécie de subjetividade, porém amplamente relativizada e mitigada, reduzida mesmo, na razão direta dos elementos de concretude obtidos **do fato ou do fenômeno social** -neste caso, para a identificação dos componentes objetivos-, **do valor ético** –nesta dimensão, para definição do efetivo valor a ser preservado ou rejeitado consoante a ocorrência do fenômeno social- e, **da norma vigente** –nesta hipótese, para a averiguação da adequação da norma e de seu valor ético intrínseco ao fenômeno social em apreciação- todos conjugados com os Vetores Naturais de identidade, tempo, lugar e finalidade.

principalmente, num sistema de direito positivo ou **Civil Law**, como estamos acostumados a compreender. A hegemonia é puramente da Lei.

Qual a garantia fornecida pelo sistema de que isso se torne verdadeiro ao Cidadão, se, ao se por fim formalmente ao conflito de interesses, tal sistema não o soluciona efetivamente para as partes, não atinge o conflito em essência, não lhe quebra o conflito em existência, não o cinde, não o extermina materialmente, no interesse direto das partes, solucionando-o apenas no aspecto formal, ou ainda que materialmente, mas de modo insatisfatório para as partes, porque a Norma não contempla a solução adequada, impossibilitando ao juiz impor o fim material adequado ao processo, sem a busca de uma solução verdadeira, material (relativa ao bem da vida em postulação), efetiva, fazendo-as percorrerem todas as instâncias de graduação processual, todos os graus de jurisdição, sem que a justiça propriamente dita seja alcançada?

Não caberia aqui dizer-se que sempre haverá partes (Autor e Réu) insatisfeitas. Nem que se trata de uma questão ocasional.

Não se trata de uma reação ou medida psicológica. Não se trata da existência de decisões tomadas em favor de uma ou de outra parte. Isto é uma probabilidade natural no processo e no exercício da jurisdição.

Falo da situação em que, desde o início da demanda, o julgador já tem conhecimento de que a norma determina uma aplicação ao fato em que ela (a norma) não consegue resolver o conflito, embora atinja o ponto de interesse das partes e o solucione parcialmente, todavia, desfazendo justiça. Situação em que já se sabe da insuficiência da lei a solucionar o conflito. Põe, sim, fim ao conflito, mas não resolve o litígio, está válida formalmente, com vigência, mas levará à insatisfação social e à descrença no Poder Judiciário, à perda de credibilidade do judiciário como poder eliminador de conflitos sociais, gerando o seu amplo descrédito social.

Caberia aqui outra indagação ou mesmo a crítica: de qual Justiça se está falando?

Para Miguel Reale o conceito de Justiça –embora enquadrado metodológica e cientificamente na dimensão Valor- é muito mais do que a aplicação da Lei. É o resultado da Experiência Jurídica que implica a conjugação das três dimensões culturais, **VALOR ético, FATO (OU FENÔMENO) social e NORMA vigente.**

Para mim, obrigatoriamente a **justiça-nas-decisões** somente será alcançada na medida em que interagirmos tridimensionalidade cultural com tetravetorialidade natural, vale dizer, as três **Dimensões Culturais** com as quatro **Invariantes** ou **Vetores Naturais** como: **VALOR (com identidade, tempo, lugar e finalidade)**, **FATO (com identidade, tempo, lugar e finalidade)** e **NORMA (com identidade, tempo, lugar e finalidade)**. Dessa dialética, desse raciocínio iusinterativo entre estes sete componentes, que em interação se perfazem 15 (quinze) elementos, exsurge, como já disse, inexoravelmente, a aplicação e a distribuição de **justiça-nas-decisões**.

Para o tridimensionalismo do direito, com sua dialética da complementaridade combinada com as **invariantes** (ou **Vetores**) naturais aqui desenvolvidas, em aplicação do **raciocínio iusinterativo**, torna-se profundamente relevante a ação do juiz como ator e fator preponderantes da realização dessa lógica de atuação e dessa dialética da complementaridade tridimensionalista de compreensão do direito. O raciocínio que dará fundamento a uma decisão para solucionar um conflito social e a ser utilizado pelo Juiz deve provir, inicialmente, do **pensamento conjetural**¹⁷¹, até porque advém, toda e qualquer ação processual, de um pedido e de uma contraposição a este pedido, de provas para a consubstanciação dessas evidências perante o Julgador e de um Juízo de Valor a ser formulado por esse mesmo Julgador ou quem venha fazer suas vezes .

É possível se compreender como relevantes e inarredáveis, portanto, para a formação desse razoamento judicial que a **lógica conjetural**, estabelecida por Reale, o fundamento do **pensamento problemático** de Kant, os conceitos de **intuição categorial** de Husserl, as **lógicas da probabilidade e da semelhança** de Popper e o **juízo conceitual** de Peczenik estão a demonstrar

¹⁷¹ É interessante observar os caminhos filosóficos percorridos por grandes mestres do Conhecimento Filosófico no estudo da elaboração teórico-científica em que se apresentam pontos comuns. **MIGUEL REALE** fala em **lógica conjetural** fundado no **pensamento problemático** abordado por **IMMANUEL KANT** e no conceito de **intuição categorial** desenvolvido por **EDMUND HUSSERL** e em todos se vislumbra a necessidade da conjetura como princípio fundamental do raciocínio filosófico e jurídico para a formação de um juízo de valor adequado à realidade e a verdade material para formação de um entendimento científico. Até mesmo em **KARL POPPER**, o pai da **lógica da probabilidade e da verossimilhança** como métodos lógicos de busca de certeza se encontra a conjetura como início de probabilização e de verossimilitude e finalmente **ALEKSANDER PECZENIK** com seu **juízo conceitual e coerente**. A utilização do Raciocínio Iusinterativo fundar-se-á nessas lógicas de pressupostos, dimensões culturais e vetores naturais de modo interativo, todavia devidamente parametrizada. Daí denominarmos de Razoamento Iusinterativo.

e exigir metodologicamente, com supedâneo no tridimensionalismo do direito e seus vetores naturais, um novo método de decisão judicial, a considerar não apenas o processo racional, lógico e subsuntivo do julgamento enlaçado pelo positivismo ou normativismo jurídicos, mas essencialmente, a levar em consideração o momento social contido no fato, o espírito axiológico do conteúdo ético e principiológico que é dado ao fato pela sociedade e a validade da norma (=validade formal + validade prática), cabendo ao julgador, do mesmo modo que deixa de aplicar a norma pela sua falta de validade formal, deixar de aplicá-la pela sua impossibilidade (ou ausência) de solução de conflito por inviabilidade (ou impossibilidade) prática de atuação material, real ou social da norma, ainda que tenha vigência e validade formal, em razão de se fazer inútil à distribuição da Justiça.

5. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 2.

5.1. O iuspositivismo, sobejamente aplicado a todos os sistemas de direito vigentes nos mais variados países, é uma teoria que se apresenta de característica anacrônica e insuficiente para reger e explicar as relações sociais do século XXI.

5.2. A dialética de complementaridade, a teoria da tridimensionalidade do direito e os princípios da trivalência da norma jurídica, concebidos e sustentados por Miguel Reale, constituem-se em uma das bases para a fundação e construção de uma nova teoria e metodologia de estudo do direito e de formulação da decisão judicial na prática de **justiça-nas-decisões**, que se apresente atual, contemporânea e condizente com a intercomunicabilidade real e instantânea do século XXI.

5.3. A tetravetorialidade natural configura-se como um elemento de legitimidade para a caracterização da verdade substancial em um fenômeno jurídico, dando-lhe suporte fenomenológico e realista para sua concretização na Experiência Jurídica (interação de Fenômeno social, Valor ético universal e Norma vigente).

5.4. A natureza fenomenológica do **lusinterativismo** e a verdade substancial por ele buscada –obtida do conceito heideggeriano de que ela, a Verdade, é o resultado da “**consonância [entre uma coisa e o que dela se presume e, por**

outro lado, a concordância entre o que é visado pela enunciação e a coisa”- o que para o método do Razoamento Iusinterativo torna-se a interação entre um fato ou fenômeno (a coisa, o ente, ou uma proposição) e o valor ético dado a esse fato ou fenômeno e, por outro lado, a coerência axiológica (a concordância) entre o valor ético existente, a norma vigente (enunciação) e o objeto do fato ou fenômeno (a coisa, ente ou proposição), acaba por permitir, em interpenetração com a tetravetorialidade natural apropriação e inserção de seus elementos geodésicos (*tempo e lugar*) e ônticos (*identidade e finalidade*) a obtenção da genuína materialidade das relações a produzir **justiça-nas-decisões**.

5.5. A interatividade como técnica, a tetravetorialidade natural iusinterativa do direito (aplicação de *identidade, tempo, lugar e finalidade* às dimensões do direito) e o raciocínio iusinterativo, interagindo com a aplicabilidade da intuição categorial de Husserl, a lógica conjectural de Reale, o pensamento problemático de Kant, as lógicas de probabilidade e verossimilhança de Popper e os juízos conceituais de Peczenik, permitem, mediante a criação de parâmetros objetivos, a formação de juízos com **justiça-nas-decisões**.

5.6. A **regra de regência negativa** de Kelsen (“*tudo que não está proibido, está permitido*”) não traduz âmbito de veracidade absoluta e, por isso, não pode se constituir em parâmetro para solução de controvérsias fundadas em omissões de lei, porquanto, mesmo sob o aspecto lógico-formal (o que dir-se-á sob o aspecto dialético ou fenomenológico e interativo) algo pode não estar proibido legalmente, mas totalmente reprovável e inadmissível ética e/ou socialmente, demonstrando a inconsistência jurídica do antigo preceito kelseniano.

CAPÍTULO 3

A CONSTITUIÇÃO DO RAZOAMENTO IUSINTERATIVO COMO BASE A UMA TEORIA E MÉTODO DA DECISÃO IUSINTERATIVA PARA JUSTIÇAS-DECISÕES.

1. CRÍTICAS, MITOS, RESPOSTAS E CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO E O PROCESSO.

Decorrente da visão hobbesiana¹⁷² e suas sólidas bases advindas dos conceitos de Estado, da estrutura de poder prevista em Montesquieu¹⁷³ e do conceito de vontade geral e contrato social afirmados por Rousseau¹⁷⁴, a infraestrutura sócio-político-jurídica do Positivismo e do Formalismo, arquitetada ao longo de anos, de modo impessoal e evolutivo, majoritariamente no Planeta, serviu para reforçar, pela via da necessidade absoluta de afirmação do Estado e organização estatal da sociedade, a autoridade da **Lei** enquanto único parâmetro teoricamente representativo de uma suposta vontade popular, ante a igualmente suposta e pretensa representatividade e legitimidade eleitoral do poder legislativo e desde que seguidos os princípios básicos de formação da vontade democrática segundo a clássica divisão dos poderes. Contudo, nos dias atuais, mesmo contra a visão baseada no senso-comum, se pode observar, empiricamente, assim como **nem sempre a Lei é justa**, que também **nem sempre o poder legislativo é representativo dos anseios da população** simplesmente por ser constituído pela escolha popular mediante o sufrágio universal, porque sua produção legislativa pode não servir de fundamento para a distribuição de Justiça. Para isso, deve-se combater verdadeiros **mitos** jurídicos criados ao longo de séculos pelo próprio iuspositivismo que contaminou culturalmente o ocidente. Veja-se do que estou falando:

¹⁷² HOBBS, Thomas. *O Leviatã*, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva disponível no link http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf, acesso em 03/10/2014, às 17:45.

¹⁷³ MONTESQUIEU, Charles Louis De Secondat, Barão De. *Do Espírito das Leis*, tradução de Cristina Murachco, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000. Também disponível no link <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e6/II-texto1-Montesquieu.pdf>

¹⁷⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*, tradução de Rolando Roque da Silva, Edição eletrônico, Edição Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org) disponível no link <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>, acesso em 03/10/2014, às 17:46.

1.1. As seis *suposições míticas genéricas* do direito.

Na verdade, e por isso mesmo, todas as teorias e correntes jurídicas criadas jamais tiveram qualquer preocupação em questionar a origem da norma jurídica, baseando-se em ***suposições míticas genéricas***, as quais desenvolvo abaixo:

MITO 1: SENTIDO DE JUSTIÇA INTRÍNSECO A TODO COMANDO NORMATIVO - A norma editada legislativamente já contém, em si mesma, o sentido de justiça inerente ao seu comando normativo;

MITO 2: LEGITIMIDADE DO LEGISLADOR NATURAL CONFERE AO PRODUTO LEGISLATIVO (LEI) A CARACTERÍSTICA DE JUSTO - O Legislador Natural, eleito pelo sufrágio universal, é representante do povo cujo produto legislativo por ele elaborado é uma lei justa;

MITO 3: DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL MAIS AMPLA IMPLICA MELHOR INTERPRETAÇÃO DAS LEIS E MAIOR APLICAÇÃO DE JUSTIÇA AO CASO CONCRETO - O juiz necessita da discricionariedade judicial mais ampla, beirando a subjetividade, para o exercício de sua competência a fim de exercer a melhor interpretação do direito e a subsunção do fato à norma;

MITO 4: AS TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO DAS LEIS E DE INTEGRAÇÃO DO DIREITO SÃO MEIOS SUFICIENTES A PERMITIR A JUSTA DECISÃO NA OMISSÃO DA LEI - A interpretação do direito e a integração do direito (a analogia e os princípios gerais do direito) são suficientes a solucionar os conflitos de interesses na impossibilidade de solução pela norma jurídica ou seu disposto normativo;

MITO 5: A DECISÃO JUDICIAL SEMPRE SOLUCIONA O CONFLITO DE INTERESSES E PACIFICA O AMBIENTE SOCIAL - A decisão judicial prolatada pelo juiz estabelece a solução do conflito de interesses pacificando o ambiente social;

MITO 6: ARGUMENTOS HERMENÊUTICOS CONSTITUEM ELEMENTOS DE VERACIDADE NO PROCESSO - Os argumentos jurídicos baseados em correntes e teorias de interpretação jurídica constituem elementos a produzir veracidade no processo.

Estas **suposições míticas genéricas do direito** direcionaram –e ainda direcionam- os sistemas de direito, vinculando-lhes uma compreensão (ou mentalidade) criando-se uma cultura do direito em que se obriga, desde o estudante do direito, na Academia, até o concluinte e o operador do direito – todos os práticos do direito- a pensar e agir sob estes **pressupostos** –na verdade, **estes mitos genéricos acima citados-**, quando todos nós sabemos, sem muito esforço que, **as respostas críticas** a eles cuidam de outras soluções e situações que deveriam estar sendo implementadas por todos os sistemas de direito se realmente buscassem **justiça-nas-decisões**, a saber:

- CRÍTICAS AOS MITOS DO SISTEMA IUSPOSITIVISTA -

CRÍTICA AO MITO 1 - SENTIDO DE JUSTIÇA INTRÍNSECO A TODO COMANDO NORMATIVO - A norma promulgada corresponde ao seu momento de edição e à circunstância da assembleia –ou grupo- que baseado, no consenso ou na maioria obtida, acaba por produzi-la sem qualquer intenção de **justiça-na-lei** e sim de atribuir-lhe uma suposta legitimidade baseada na legitimidade da instituição produtora, em conformidade com as circunstâncias de sua edição (da lei), porém jamais em busca de uma legitimidade social ou de um conteúdo de **justiça-na-lei**; portanto, o sentido de justiça não está intrínseco, nem inerente a todo comando normativo.

CRÍTICA AO MITO 2 – LEGITIMIDADE DO LEGISLADOR NATURAL ACARRETA PRODUTO LEGISLATIVO (LEI) JUSTO(A) - O Legislador Natural, eleito pelo povo pelo sufrágio universal, membro do Poder Legislativo, não pode –e não tem como- garantir a produção de uma *justiça-na-lei*, o que acaba por gerar uma contradição sistêmica com o Poder Judiciário, em virtude da perda e do despreendimento de legitimidade representativa dos interesses de seu eleitorado, no momento em que toma posse no cargo parlamentar, deixando de produzir, necessária e conseqüentemente, um produto legislativo justo.

CRÍTICA AO MITO 3 – DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL MAIS AMPLA IMPLICA MELHOR INTERPRETAÇÃO DAS LEIS E MAIOR APLICAÇÃO DE JUSTIÇA AO CASO CONCRETO – A discricionariedade judicial exercida atualmente pelo juiz pela utilização das técnicas de interpretação da lei, sem limites de subjetividade, ao contrário do que se possa pensar, não garante a *justiça-nas-decisões*, pois depende do sentido puramente individual e pessoal de cognição processual de cada julgador, inviabilizando critérios objetivos para concretidade da justiça.

CRÍTICA AO MITO 4 – AS TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO DAS LEIS E DE INTEGRAÇÃO DO DIREITO SÃO MEIOS SUFICIENTES A PERMITIR A JUSTA DECISÃO NA OMISSÃO DA LEI - A interpretação do direito e a integração do direito (a analogia e os princípios gerais do direito) não garantem *justiça-nas-decisões* porque perfazem uma relação meramente subsuntiva, de caráter extensivo ou restritivo ao comando da norma, na maioria das vezes inadequada à atualização do valor ético universal e limitada por texto anacrônico; aplicam, inadequadamente e como se adequado fosse, uma relação de semelhança de razões de direito entre fatos diferentes; e considera iguais, em aplicação, princípios de direito que deveriam ser sopesados em si mesmos, não podendo, por nenhuma destas hipóteses –analogia ou princípios gerais do direito-, garantir aplicação de *justiça-nas-decisões* sem parâmetros objetivos que guiem essas aplicações;

CRÍTICA AO MITO 5 – A DECISÃO JUDICIAL SEMPRE SOLUCIONA O CONFLITO DE INTERESSES E PACIFICA O AMBIENTE SOCIAL - A decisão judicial prolatada pelo juiz põe fim ao processo estabelecendo uma nova relação jurídica, mas nem sempre garante que se obteve a resolução social do conflito, tampouco com *justiça-na-decisão* porque, ainda hoje, utiliza a discricionariedade judicial com a mais ampla subjetividade nas escolhas de correntes doutrinárias ou teorias hermenêuticas e de técnicas interpretativas efetuadas pelo juiz natural para serem aplicadas ao caso concreto desqualificando, na prática a *justiça-na-decisão*;

CRÍTICA AO MITO 6 – ARGUMENTOS HERMENÊUTICOS CONSTITUEM-SE EM ELEMENTOS DE VERACIDADE NO PROCESSO - Os argumentos jurídicos são apenas veículos ou instrumentos racionais de convicção ou de convencimento de ideias no sentido desejado pelo seu emissor e não indicam ou não consubstanciam, nem verdade, tampouco justiça, necessariamente, devendo, sempre, para verificação de sua veracidade e produção na causa de *justiça-nas-decisões*, ser efetuada razão comparativa, em razoamento iusinterativo, entre Vetores Naturais e Dimensões Culturais com a realidade da causa, mediante as técnicas de interatividade.

Portanto, releva considerar que a existência desses mitos tão prontamente absorvidos na cultura jurídica dos operadores do direito, produz, no âmbito do ordenamento jurídico e sua prática, um desvio evidente de objetivos do próprio sistema de direito, seja no seu ambiente legislativo, seja no seu ambiente judicial. É de muita evidência que em relação ao Poder Legislativo a permanência de tais mitos atinge claramente a qualidade do produto legislativo, inviabilizando a espécie *justiça-na-lei*. Veja-se, a seguir, as possíveis **manifestações e imperfeições legislativas na produção da lei**.

1.2. A qualidade da produção legislativa e as suas imperfeições.

Portanto, desconstituída a veracidade das situações engendradas que refletem **os mitos genéricos do direito**, pode-se observar que **A NORMA**, ainda que, e enquanto, seja uma **produção legislativa** afinal, embora **vigente, pode se**

apresentar com:

a) Imperfeição legislativa propriamente dita = apresentar-se incompleta e insuficiente para reger o fato, em razão de restrições oriundas de discussões e propostas legislativas (imperfeição legislativa);

b) Anacronismo = apresentar-se com vigência formal, todavia já defasada a solucionar o conflito para o qual foi destinada como resposta, por decurso de tempo (atraso quando da aprovação do projeto-de-lei);

c) Revogação ou Derrogação = perder a sua vigência formal por substituição por outra norma não reguladora de todas as situações anteriormente contempladas pela norma revogada, o que não garante adequação ao fato anteriormente regulado (revogação ou derrogação insuficiente);

d) Desuso = perder a sua total aplicabilidade e eficácia ante a sua não-aceitação social (reprovação por ineficácia), ainda que com plena validade formal (desuso);

e) Insuficiência material da norma por inadequação teleológica = se apresentar totalmente vigente e aplicável às hipóteses fáticas, sem entretanto, solucionar o conflito de interesses porque a proposta de solução constante da lei é insuficiente para consubstanciar nas lides processuais a solução social ou específica mais justa (insuficiência material da norma);

f) Fundamento, Validez e Vigência = e por último, estar com fundamento, eficácia e vigência, vale dizer, com adequação a fundamentos éticos plausíveis, com aceitação social e validade formal para ser aplicada normalmente, solucionando o conflito.

Observe-se que, de um universo de todas as possíveis manifestações de existência ou nascedouro do produto legislativo e aplicabilidade normativa à sociedade, somente 1/6 (um sexto - este último item) corresponde à correta viabilidade de aplicação da norma dita perfeita, com **fundamento, eficácia e vigência**. Se é que podemos assim dizer, **certamente há algo errado neste sistema**.

Ainda assim, diriam os iuspositivistas que o iuspositivismo, com todas as suas falhas é o melhor sistema para produzir justiça e que qualquer outro que lhe advenha não assegurará o efetivo cumprimento da lei. Veja-se o que segue.

1.3. Os argumentos contrários ao iusinterativismo.

De outro modo, a seguir, apresento os argumentos, diga-se, *en passant*, em sua maioria, iuspositivistas, que estabelecem críticas ao iusinterativismo, de molde a tentar demonstrar a inaplicabilidade da visão interativa, contemporânea e atual para o direito do século XXI.

Os fundamentos de rechaços que demonstro expressam a fragilidade de eventuais críticas iuspositivistas ao iusinterativismo que possam vir a ser manifestadas e principalmente o seu total sentido anacrônico e total descabimento à realidade globalizante do século XXI. Observe-se.

1.3.1. **Primeiro argumento: No iuspositivismo ou normativismo, a hermenêutica e a interpretação do direito já realizam a justifi- nas-decisões.**

Por que se precisa utilizar de um sistema de produção de regras que já se sabe ser insuficiente para responder às exigências da realidade em que vivemos e que produz normas imperfeitas?

Por que o juiz natural não pode adequar estas normas quando se apresentam com imperfeição? O argumento contrário à minha ideia certamente deduziria que a hermenêutica e a integração do direito permitem adequadamente o preenchimento dessas inadequações ou lacunas.

Nada mais falacioso, porque se está tratando de uma hipótese em que a norma existe, tem vigência e validade formal, mas não apresenta solução (ou porque ineficaz -sem aceitação social- ou porque ineficiente –não resolve o conflito, apenas pondo fim ao método de solução desse conflito = o processo-) que ponha fim ao conflito de interesses, embora, como já disse, esteja vigente. É o próprio Ronald Dworkin que assevera que o julgador quando aplica um princípio não está a legislar, mas sim a descobrir o princípio aplicável e constante do próprio direito a preencher o fato e o valor ético aplicável ***na inexistência de norma ou de solução para decidir-se qual regra a aplicar para o caso concreto.***

E não se diga que se trata de lacuna de lei e nem de ampliação de extensão ou

do alcance da norma...

E é evidente que de qualquer interpretação desta norma não adviria **justa-na-decisão**, pois a própria norma a ser interpretada já traria em si o conteúdo defeituoso e uma interpretação injusta em essência, limitada por seu próprio texto imperfeito.

A resposta que esta teoria que ora se preconiza –o **iusinterativismo**– dá a isto, colhe a explicação de que em um sistema de direito positivista, fundado no princípio da legalidade, ou da exclusiva anterioridade da lei, ou da hipertrofia e/ou hegemonia legal, nenhum julgador, na existência de lei, ainda que insuficiente para a solução material do conflito, poderá deixar de aplicá-la sob o argumento preponderante e inafastável –porém falso– de que o conflito precisa ser solucionado. E o principal argumento normativista e positivista é a alegada segurança jurídica das relações. Relações de quem? Repito, de quem?

Ora, se as partes que desejam a solução efetiva e não a tiveram, porque a lei - a própria lei que deveria trazer segurança jurídica- não resolveu o litígio materialmente, ou resolveu-o insatisfatoriamente de modo a não solucioná-lo, indago, por que devo, como julgador, insistir em aplicá-la? O beneficiário dessa segurança jurídica é apenas o Estado, exclusivamente. Nem mesmo se poderia dizer que a segurança preconizada é a da sociedade, porque nada se garante à sociedade –e tampouco ao Estado– com a manutenção da irresignação das partes oriunda de uma decisão definitiva dos conflitos, porém insatisfatória a elas, gerando-se, ao contrário, insegurança social.

O que isso garante ao cidadão como efetividade de sua busca de Justiça no exercício da Jurisdição?

O que está a impedir que o magistrado, investido constitucionalmente de Jurisdição, um agente político-institucional do Estado, membro do Poder Judicial, possa vir a dar essa segurança jurídica, da terminação do conflito com efetividade, ao cidadão, até mesmo afastando a vigência formal da Lei insuficiente ou insatisfatória que não contemple a resolução do conflito de modo mais justo?

Neste caso, somente o arraigado positivismo da exigência de cumprimento do **princípio da legalidade**.

Quanto a esta questão, os críticos ou céticos poderiam salientar que a inevitabilidade da decisão está inserida em um dos princípios constitucionais

mais gerais da Jurisdição qual seja o da **inafastabilidade de jurisdição**. Aqui não se põe qualquer perigo de afastamento da jurisdição. Não é isso que se deseja ou se preconiza. E igualmente, todavia, não é este o caso. O que se deseja aqui é **o afastamento da lei, se insuficiente para a solução justa do conflito, ou o aprimoramento do valor ético protegido na lei**, o qual foi objeto da intenção do legislador, porquanto nos dias atuais a lei em sua forma escrita considerada, se faz insuficiente, retardatária e anacrônica para resolver, em tempo real, o conflito de interesses sob o aspecto material, real e essencialmente justo e correto.

1.3.2. Segundo argumento: O iusinterativismo concede um imenso grau de subjetivismo à discricionariedade judicial.

Alegar-se-ia também o imenso grau de subjetivismo que existiria na formulação de um juízo de valor que somente considerasse a preocupação com o valor “Justiça” ou com valores éticos. Também não é disso que falo. Não trato com exclusividade de valores éticos universais embora seja um dos componentes essenciais à formação do iusinterativismo juntamente com as outras dimensões culturais realezanas e os vetores naturais.

Para toda a atuação judicial certamente também ocorrerá este elemento subjetivo, até porque se cuida de aplicar o direito a um sujeito exercente de cidadania, mas o alegado subjetivismo pessoal do julgador deixaria de existir ao primeiro crivo realizado pelo próprio julgador, aplicando o método da dialética tridimensional de vetores naturais, a técnica da iusinteratividade e o Raciocínio Iusinterativo, pelo qual ele seria obrigado a prolatar uma decisão concreta, justificando a aplicação das dimensões culturais do fato, do valor e da norma aplicáveis ao processo pelos conteúdos destes vetores invariáveis naturais (Identidade, Tempo, Lugar e Finalidade) aplicáveis àquelas dimensões e realizando assim o processo com um resultado **justo-na-decisão**.

É fato que a discricionariedade judicial deve existir, enquanto princípio de autonomia e liberdade de convicção judicial, mas também é certo que a mera dependência do juiz à lei, não garante **justiça-na-decisão**, mas sim a terminação de conflitos no âmbito social, sem uma legitimidade social inerente

à própria decisão judicial. E ao invés de pensarmos somente na beleza teórica e abstrata da expressão “***na dúvida entre a lei e a justiça, opta pela justiça***”, deve-se optar pela sua concretude, o que tornará ainda mais bela a aludida expressão.

É preciso acrescentar algo mais à decisão judicial, além **do princípio do livre convencimento motivado, do princípio da livre investigação das provas e do princípio de exigência de motivação das decisões judiciais e do adequado processo de direito.**¹⁷⁵ Este algo mais é o **razoamento iusinterativo** e a aplicação do **princípio da obrigatoriedade de justiça-nas-decisões.**

1.3.3. Terceiro argumento: A falácia do argumento da Ditadura de Toga.

Outro argumento seria a alegação de se estar criando um superpoder dentro o sistema da tripartição de poderes. Uma ditadura do Judiciário. Ao contrário. É o Poder Judiciário o grande mediador constitucional. Aquele que retira da sociedade os conflitos existentes e que constitucionalmente deve realizar a pacificação social. Dar efetivos poderes ao Poder Mediador, ao Poder Judicial, ao Poder da Jurisdição, da jurisdicionalidade (= a qualidade do que é jurisdicional, relativo à jurisdição; diferente de juridicidade = o que é jurídico), que é designado constitucionalmente para dirimência dos conflitos em sociedade e que tem por missão, como já disse, eliminá-los ou mitigá-los, podendo impor decisões heteronomamente, vale dizer, independente da vontade autônoma das partes, interessados e intervenientes. Isto -ao contrário do que os opositores do papel do Judiciário numa democracia desejam formular- não é estabelecer uma ditadura de toga, mas sim fazer cumprir a lei, o direito e a justiça, estabelecidos para todo o cidadão e toda a cidadã. Não cabe ao judiciário administrar o País. Não cabe ao Legislativo administrar o

¹⁷⁵ No Brasil, os processualistas costumam usar a expressão ***devido processo legal*** como tradução ao inglês ***due process of law*** –na Espanha, somente ***el debido proceso***-, cuja expressão brasileira considero de inadequado legalismo; mais correto ao seu significado originário seria dizer-se ***adequado processo de direito*** ou simplesmente ***devido processo***, seja legal ou oriundo de costumes, princípios e/ou tradições procedimentais.

País. Não cabe ao Legislativo eliminar conflitos na sociedade. Não cabe ao Executivo julgar ou elaborar leis. A função jurisdicional, pois, é exclusiva e essencialmente do Poder Judicial. Cabe, constitucionalmente a ele, a solução dos conflitos com **justiça-na-decisão**.

Ademais, isto seria feito, de molde a permitir a plausibilidade e a verificabilidade ampla, vale dizer, a verdadeira detecção por uma simples vista-d'olhos, que uma sentença fundada em argumentos iusinterativos e, portanto, necessariamente baseada em critérios éticos, fáticos e normativos, com aplicabilidade a todos os Vetores Naturais (**identidade, tempo, lugar, finalidade**) do **Fenômeno social** objeto de julgamento, seria, com toda clareza e nitidez jurídicas, comprovadamente mais justa e correta que a decisão iuspositivista porque fundada em critérios objetivamente demonstrados não se baseando somente em fundamentos argumentativos. E o sistema iusinterativo que preconizo não afasta a principal intenção e o forte argumento iuspositivista contrário ao iusnaturalismo de inaplicabilidade da norma vigente e solucionadora do conflito social. Restam permanentes e ativos todos os princípios gerais do processo inclusive os princípios gerais do processo de livre convencimento motivado e da exigência de motivação das decisões judiciais pelo julgador.

Como se vê, é descabida qualquer argumentação de subjetividade absoluta ou de 'ditadura da toga' ante a evidente materialidade e objetividade de aplicação do **Raciocínio Iusinterativo** (dialética tridimensional de vetores naturais) para a solução real do conflito. O julgador teria, sim, de definir e caracterizar **identidade, tempo, lugar e finalidade** aplicados aos **Fatos, Valores e Normas** incidentes ao processo e à demanda para se obter a aplicação da verdade real, fazendo-o mediante critérios e parâmetros objetivos predeterminados.

A arguição de que o julgador já pratica esta metodologia é falsa, pois apesar de analisar os fatos durante a condução do processo, nenhum julgador em sua consciência é capaz de deixar de aplicar a norma vigente ao argumento de que ela não soluciona o conflito. O normativismo impera sobre a mentalidade judicial, como que determinando o dever de ofício, aprisionando o juiz, atrelando-o a um formalismo jurídico-processual desnecessário e irrelevante para a distribuição da Justiça e muitas vezes exigindo do julgador, para a

decisão, a elaboração de argumentos não condizentes com a realidade a fim de simplesmente aplicar a lei vigente. Além de atrelar a interpretação aos limites do texto da lei, qualquer que seja ela.

Os atuais sistemas jurídicos, todos fundados no Positivismo Jurídico e no Normativismo, como estruturas e finalidades da Autoridade Jurídica do Estado, somente solucionam estas questões parcialmente, direcionando muito mais o raciocínio judicial e jurídico para a concepção de que a aplicação da **Lei** é suficiente para resolver conflitos e aplicar o **Direito** e distribuir **Justiça**.

1.3.4. Quarto argumento: A falácia de que o lusinterativismo é um truísmo ou uma teratologia.

Uma outra crítica que esta teoria poderia vir a sofrer é a de que se está a produzir uma espécie de truísmo ou teratologia. Explicar a natureza ou o direito pela sua própria obviedade, pelas suas próprias características. Ora, isto quem faz é o Positivismo Jurídico que explica a natureza do direito pela existência e império da Lei, obrigando a todos a aceitarem-na como constituída sem questionar a sua justiça de criação e aplicação.

Com toda a licença intelectual que seja permitida, penso que o que se está a preconizar é exatamente o contrário e normalmente mais difícil de se compreender e mais árduo de ser aceito, porquanto quebra paradigmas secularmente instalados, sem desejar ser um presunçoso intelectual na argumentação. A demonstração de que a interação de manifestações naturais (**Identidade, Tempo, Espaço Ocupado ou Lugar e Finalidade**) com determinadas manifestações culturais (para o Direito: **Valor, Fato e Norma**), por meio deste método, gera efetivamente algo tão dinâmico e dialético enquanto substrato de análise, como a própria vida, que certamente produz, no direito e nos seus demais sistemas coadjuvantes, tanto como objeto e como resultado, uma total adequação à realidade social vivida e uma celeridade de respostas jurídicas e judiciais aos fatos sociais emergentes. Ao revés, sem desejar apresentar-me como jactancioso intelectual, se pensa - e se deseja - aqui, em verdade, em possibilitar a quebra de algumas barreiras instituídas pelo próprio Formalismo Jurídico, durante milênios, com ampla crítica às

Escolas do Normativismo e do Positivismo Jurídicos e aos sistemas de direito, infelizmente cimentadas no conteúdo acadêmico das estruturas universitárias, conforme se demonstrou alhures.

A Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale, embora se utilize de conceitos normativistas, reconheça a existência e aplicabilidades filosóficas dos conceitos de ser e dever-ser para a Ciência Jurídica e igualmente venha a reconhecer na **Norma** uma de suas dimensões essenciais, porquanto, direito **é, foi e será, sempre**, também **Norma** (aqui incluídos os conceitos de norma legal e norma consuetudinária), esta teoria vem a expressar um modo mais dinâmico e dialético de se entender, realizar e aplicar o direito e a justiça no mundo globalizado de hoje. Talvez, dir-se-ia, a mais acertada para os tempos atuais diante das inúmeras relações de complexidade, internacionalidade e globalização geral, seja nos aspectos sociais, econômicos, políticos e jurídicos. A revisão da aplicabilidade do Positivismo Jurídico aos sistemas de direito existentes no Mundo é imprescindível e importante para permitir-se maior agilidade nas respostas destes sistemas aos fatos globalizantes e oriundos de uma interação mundial célere e moderna.

É certo que o tridimensionalismo jurídico fundado por Miguel Reale não pode ser compreendido como uma teoria iuspositivista somente porque garante a aplicação da norma jurídica.

Tampouco pode ser vista como teoria iusnaturalista porque aplica valores éticos a fatos ou fenômenos sociais e a normas vigentes.

Muito menos deve ser visto como simplesmente três facetas isoladas de um mesmo prisma triangular, mas, muito ao contrário do que os juristas positivistas, neopositivistas ou pós-positivistas pensam, o Tridimensionalismo Jurídico não é uma espécie de iusnaturalismo por se debruçar -e também apontar e identificar- sobre as causas, fundamentos e consequências dos eventos naturais que levaram o Homem a trabalhar a sua realidade, a sua natureza, por vezes, criando, alterando-a, modificando-a, conservando-a ou mesmo, destruindo-a.

A visão e a aplicação do tridimensionalismo jurídico a um sistema de direito são maiores do que isto.

Fenomenológico, perfaz-se em atuações dinâmicas, dialéticas, interativas e

integrativas entre si. E está a necessitar complementos, no entanto, naquilo que se refere à sua aplicação ao processo, este, como instrumento de aplicação da Jurisdição e pacificação de conflitos sociais.

Contemporâneo, porque fenomenológico, está sempre em constante atualização, consubstanciando-se em total dinamicidade e verdade aos fenômenos sociais e, por isso, **permanentemente contemporâneo**.

Desta maneira suas dimensões, **o VALOR ético universal, o FATO ou FENÔMENO social e a NORMA vigente**, são três fenômenos culturais e não interagem de modo estático, puramente didático, mas sim, em extrema interação factual, valorativa e normativa, simultânea e global e (como dir-se-ia nos dias de hoje, em tempo real, oferecendo aos atores do direito, da jurisdição e do processo -os sujeitos parciais, autor e réu, e o sujeito imparcial, o juiz) soluções imediatas e de aplicabilidade efetiva da justiça, em consonância com a realização e a efetividade das verdades substancial e material.

Observe-se, como prova evidente de que o **iusinterativismo** não se constitui em teratologia ou truísmo, os exercícios hipotéticos, abaixo referidos, e neles a incidência dinâmica na aplicação prática do tridimensionalismo do direito ao direito material mediante o que chamamos de **lusnaturalismo fenomenológico** ou **iusinterativismo**, realizando o fluxo da **dialética de complementaridade tridimensional de vetores invariantes naturais**, a saber:

1.3.4.1. Existência de norma aplicável insuficiente ao fenômeno social a ser regido.

Se a norma incide sobre determinado fato, o faz mediante um valor que está preservado no seio de si mesma (norma) e defende, ataca, ou extingue o fato, conforme a característica do comando jurídico e o valor que se deseja preservar. A dinâmica é total e primacial. Para o direito, se compreende facilmente esta formulação filosófica e teleológica. Se a norma não resolve o conflito, porque o seu conteúdo (o seu valor ético incrustado) não mais preserva a aplicação e tampouco coincide com o valor inerente ao fato e que deveria estar constando do comando normativo, é certo que não contém mais, esta norma (por mais vigência que tenha, ou por mais validade formal que

possua), o conteúdo axiológico para a sua validade material, vale dizer, para servir de comando normativo apto a reger uma conduta em sociedade ou mesmo propor a solução de um conflito mediante essa mesma mera validade formal, tornando-se assim, uma regra inapta para uso, com o objetivo e a função de ser parâmetro para distribuir, aplicar e efetivar **justiça-nas-decisões** judiciais. O julgador ao utilizar a dialética tridimensional de vetores invariantes naturais, aplicando exponencialmente à tridimensionalidade jurídica cultural (Valor, Fato e Norma) os vetores invariantes naturais (Identidade, Tempo, Lugar e Finalidade) vai certamente fazer surgir uma solução exatamente iusinterativa para o processo, aplicando-se os valores éticos, os princípios gerais do direito, os costumes ou a equidade por meio desses vetores invariantes naturais.

1.3.4.2. Inexistência de norma que venha reger o fenômeno social em questão.

Todavia, **se o fato existe e não há norma que o integre ao ordenamento legal**, porquanto não cumprida a formalidade de inserção no ordenamento de uma norma legal vigente que o contemple, nem por isso devemos deixar de considerar a possível existência de um direito relacionado a este fato, desde que haja um valor ético universal - e valores existem **sempre** a serem mantidos e respeitados, desde a existência do ser humano¹⁷⁶ – a

¹⁷⁶ Uma explicação à guisa de coerência científica deve ser efetuada. Poder-se-ia questionar do porquê da afirmação de que devam ser respeitados os valores. Não me parece difícil sustentar a importância dessa assertiva, porquanto são os valores que desde o início da Humanidade no Planeta Terra sustentaram a sua permanência. Pode-se afirmar que o ser humano grotesco e rude da pré-história não possuía qualquer sentido de valor e contraponho que o valor magno de **Preservação da Vida e da Humanidade** é o bem maior em qualquer situação e dele advêm todos os demais e foi exatamente ele que fez a Humanidade manter-se no planeta até os dias de hoje. Não se trata de um sentido apriorístico, mas a compreensão de que os valores surgem com a presença do Ser Humano no Planeta Terra e na exteriorização de sua conduta em alteridade; com a existência de mais de um Ser Humano, advém obrigatoriamente a necessidade de preservação da Vida, de solidariedade, de convivência. Até mesmo o sentido gregário do ser humano se deu em função da necessidade de preservação da Vida e da Humanidade enquanto forma de defesa, seja em relação ao desconhecido, seja em relação a outros gêneros ou espécies, seja em relação à sua própria espécie. A própria preservação da espécie, resultante

preservar e a orientar a necessidade de um princípio, um postulado de direito, um costume, uma máxima de direito, uma regra, uma determinação seja ela individual, grupal, ou ainda de maior nível, social, porém de caráter jurídico, ainda que não de ordem legal, ainda assim, subsiste a aplicabilidade exponencial dos quatro vetores invariantes naturais às três dimensões jurídico-culturais como melhor realização de um raciocínio judicial de valor para a solução do conflito ainda que com insuficiência de provisão legal.

1.3.4.3. Aplicação de valores éticos universais mesmo na inexistência de fenômenos sociais ou normas, ou na existência de normas ou fenômenos sociais injustos.

Por outro lado, ***ainda que os fatos não ocorressem, ou ocorressem sem qualquer relevância aparente para o direito, ainda que inexistissem regras ou normas, ainda que supostamente a sociedade viesse a ser uma sociedade justa, sem incorreções***, para usarmos os conceitos de Rawls¹⁷⁷ ou então, ***ainda que viesse a ser uma sociedade profundamente injusta***, sem quaisquer comandos reguladores, para utilizarmos os argumentos e cenários de Hume¹⁷⁸, na sua lógica utilitarista,

do acasalamento humano e posteriormente o desenvolvimento de sentimentos, à medida em que o ser humano desenvolvia sua estrutura mental, biológica e conseqüentemente psicológica, atesta essas assertivas.

¹⁷⁷ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, Ed. Martins Fontes, traduzido por Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, São Paulo 1997, 708 páginas.

¹⁷⁸ HUME, David. *Uma Investigação sobre os princípios da Moral*, tradução José Oscar de Almeida Marques, Editora da Unicamp, São Paulo, 1995, págs. 35, 37 e 39 relativamente aos **TRÊS CENÁRIOS** apontados por HUME a saber, v.g.: **1º CENÁRIO** - pág. 35, “(...) *Suponhamos que a natureza houvesse dotado a raça humana de uma tamanha abundância de todas as conveniências exteriores que, sem qualquer incerteza quanto ao resultado final, sem qualquer atenção ou dedicação de nossa parte todo o indivíduo se achasse completamente provido de tudo aquilo que seus mais vorazes apetites pudessem necessitar, ou sua faltosa imaginação pretender ou desejar(...)*”. A essa situação, HUME entende dispensável a existência de Justiça ou de Poder Judiciário; **2º CENÁRIO – Pág. 37**, “(...) *Suponha-se, além disso que, embora as carências da raça humana continuem as mesmas do presente, o espírito se tenha engrandecido tanto e esteja tão repleto de sentimentos amigáveis e generosos que todo o ser humano nutre o maior carinho pelos demais e não sente uma preocupação maior pelos assuntos de seu próprio interesse do que pelos de seus companheiros.(...)*”. Neste caso, HUME entende a hipótese de suspensão da necessidade de Justiça ou do Poder Judiciário; e, por último o **3º CENÁRIO – pág. 39**, relativo à

JAMAIS deixariam de existir valores éticos universais a nortear a conduta dos seres humanos, principalmente o Valor Ético Universal Magno de *Preservação da Vida e da Humanidade*, e todos os outros dele decorrentes, ou mesmo uma inserção de um ordenamento axiológico e, no momento social seguinte, de imediato, uma regra consuetudinária ou mesmo um comando normativo-social¹⁷⁹ acabaria por se impor diante da necessidade do grupo em obter um parâmetro de conduta único ou exemplar, igual, adequado a todo um grupo, seja ele de maior ou menor interação social intrínseca¹⁸⁰, ainda assim, pela

Carestia, “(...) *Suponha-se que uma sociedade tombe em uma carência tão grande de todas as coisas comumente necessárias para se viver, a ponto de a máxima frugalidade e trabalho não serem capazes de impedir a morte da maioria de pessoas e a extrema miséria de todas elas. Numa tal emergência admitir-se-á prontamente, segundo acredito, que as leis da justiça estarão suspensas, dando lugar aos motivos mais fortes da necessidade e autopreservação. Seria, porventura, um crime, após um naufrágio, agarrar-se a qualquer meio ou instrumento de salvação em que pudéssemos por as mãos, sem preocupar-se com as anteriores limitações decorrentes do direito de propriedade?(...)*”, HUME, nesta hipótese, quer demonstrar a utilidade da Justiça e, no caso, a sua suspensividade e paradoxalmente acaba demonstrando que mesmo quando supostamente não há necessidade da Justiça ou do Poder Judiciário, existem Valores Éticos Universais, baseados no **Valor Ético Universal Magno de Preservação da Vida e da Humanidade** que se sustentam e subsistem em todas as situações, a indicar uma regência social, ainda que na penúria ou no desespero, como forma de preservação de Vida. Veja-se a este respeito também de DAVID HUME *O Tratado sobre a natureza humana, Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*, tradução de Déborah Danowski, Ed. Unesp, 2ª edição, São Paulo, 2009 às páginas 496 e 497, no Livro 3, Capítulo *Da Moral* chega a afirmar textualmente, nesta última página referida: “(...) *Como a moral, portanto tem uma influência sobre as ações e os afetos, segue-se que não pode ser derivada da razão, porque a razão sozinha, como já provamos, nunca poderia ter tal influência. A moral desperta paixões e produz ou impede ações. A razão, por si só, é inteiramente impotente quanto a esse aspecto. As regras da moral, portanto, não são conclusões de nossa razão.* (...)” E acrescento que, alternativa e permanentemente, os valores éticos, portanto, subsistem enquanto regência social, e daí advém, certamente, a necessidade do direito e da justiça na sociedade, seja em que condição for, ou na abundância, ou na frugalidade, ou na carestia, porque devem sempre ser aplicados valores éticos universais de **ordem, obediência e organização** para que a sociedade possa subsistir.

¹⁷⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Conceito de Direito, op. cit.*, tentou estabelecer o fim dessa “falta de certeza” em relação aos direitos primários e materiais por meio da *recognition rule* –a NORMA DE RECONHECIMENTO-, norma esta de nítida característica secundária, mas verdadeira garantidora da eficácia do sistema, enquanto conjunto de regras de direito. Todavia, sua preocupação maior foi criticar a velha teoria do “hábito de obediência” de Austin que justificava a atuação dos súditos em um sistema de direito. Não se olvide que Hart era inglês. Jamais se preocupou em distribuir e aplicar justiça, mas sim eliminar a “teoria do hábito de obediência” entendendo que assim estabeleceria justiça.

¹⁸⁰ ROMERO, Silvio., *Ensaio de Filosofia do Direito*, Editora Landy, São Paulo, 2001, págs.1-320: Com a evidente assertiva deste autor a demonstrar o Maior Valor ético universal como sendo a *Preservação da Vida Humana*, nesta hipótese, nossa discussão poderia chegar ao nível de se verificar que o estabelecimento desses três cenários tem o exclusivo fito de demonstrar que não há hipótese plausível de existência dissociada entre as três dimensões destacadas por MIGUEL REALE (VALOR, FATO e NORMA) como essenciais a uma visão dinâmica do direito e que a inexistência de um desses elementos, ou sua eventual ou temporária incoerência no TEMPO, ou no ESPAÇO (ou LUGAR), é suprida imediata e naturalmente por outro dos elementos e pela complementaridade existente entre IDENTIDADE, TEMPO,

inexorabilidade da preexistência do **Valor** como elemento essencial para a aplicabilidade das invariantes naturais.

2. OS VETORES NATURAIS, SEU SIGNIFICADO E APLICAÇÃO INDISPENSÁVEL AO IUSINTERATIVISMO PARA **Justiça-nas-Decisões**.

Ainda que se compreenda a existência de leis sob a óptica utilitarista, exsurge a dúvida: como teria surgido a **necessidade de regulamentação de condutas** no mundo e ainda assim, sob uma visão tridimensional?

Couto Gonçalves já lembrou e menciona que o Estado Moderno se constituiu com a autoridade de um sistema jurídico legislativo, legal e coercitivo porquanto obteve os seus três alicerces remotos configurados em um edifício histórico-conceitual que se amparou, no seu dizer, sobre os aspectos axiológico, epistêmico e empírico¹⁸¹. Cita Silvio Romero que afirma, *ipsis verbis*:

“O homem sobre a Terra é fustigado pela necessidade; tem de conservar-se e reproduzir-se: ou ser ativo ou morrer; é o dilema terrível que o esporeia e impele para diante. Não é isso de hoje, é desde o primeiro dia em que pisou sobre o planeta”¹⁸².

A vetorialidade dessa invariantes obtidas na Natureza com a finalidade de demonstrar a **historicidade, a temporalidade a teleologia e a identidade** do significado do direito enquanto evento e fenômeno grupal e social inerente apresenta-se às condições e naturezas humanas.

Historicidade e temporalidade, que, ao meu ver, funcionam como elos que intermedeiam Quatro Invariantes Naturais (vetores de **Identidade, Tempo, Lugar E Finalidade**) que se aplicam às Três Dimensões Culturais (**Do Direito:**

LUGAR e FINALIDADE e as dimensões jurídicas, consubstanciando-se, deste modo, a necessidade de dialética tridimensional de vetores invariantes naturais, ou o que denominamos de Razoamento Iusinterativo como efetivo método de compreensão, efetivação e aplicação do direito e distribuição de **justiça-nas-decisões**.

¹⁸¹ COUTO GONÇALVES, Willian. *Uma Introdução à Filosofia do Direito Processual*, Ed. Lumen Juris, 1ª edição, Rio de Janeiro, 2005, págs. 1-203.

¹⁸² ROMERO, Silvio., *Ensaio de Filosofia do Direito*, op. cit..

Valor, Fato e Norma) que se fazem imprescindíveis para implantarmos as melhores e reais condições de realização de um juízo de valor por um julgador. Esta tem sido a nossa hipótese geral de trabalho, objetivando estabelecer uma unidade lógica e dialética para a melhor compreensão do Direito e sua mais adequada aplicação e distribuição de Justiça ao Cidadão.

A relevância da fixação dessa hipótese não é apenas uma necessidade metodológica imprescindível para viabilizar uma elaboração iusfilosófica e científica, mas antes de tudo, sem desejar parecer pretensioso, plantar uma nova visão do direito embasada verdadeiramente na realidade e nas circunstâncias do mundo que vivemos para a busca da aplicação do direito com **justiça-nas-decisões**.

Na medida em que se estabeleçam métodos ao julgador, com fundamento na Teoria Tridimensional do Direito e por meio da dialética da complementaridade e seus Vetores invariantes naturais que ora se fundam, na medida em que se concedam bases sólidas e metodológicas para a formação de um convencimento cada vez mais próximo da verdade substancial ou material, propõe-se assim, o maior afastamento da ditadura da verdade formal no processo, viabilizando maior efetividade na solução das demandas, a busca com efetividade, pelo Juiz Natural, da verdade material, o que poderá permitir um resultado pela verdadeira resolução do conflito de interesses e não um resultado que apresente u'a mera resolução de um conflito pelo Poder Judiciário com a ausência da real extinção do que levou as partes a tal litígio de interesses e à busca da jurisdição.

2.1. Entendendo os Vetores Naturais.

O pisar do Homem sobre a Terra implica dizer a primeira consciência da sua própria **Identidade**¹⁸³, a inserção em um **Tempo** de Vida, a apropriação exata

¹⁸³ **ROBERTS**, John M., em sua obra, *Breve História do Mundo*, trad. Maria José de La Fuente, 4 vols. Lisboa, Ed. Presença, 1996, vol. I, pág.33, destaca que para o Homem a **Identidade do Ser** surge após a sua apropriação do fogo. Entendo que o Homem pode deixar de ser ao menos um ente coadjuvante do tempo climático e começar a determinar o conceito de poder, alternando a sua existência entre dia e noite a partir dessa apropriação, fazendo-se mais ativo na sua presença no Planeta, podendo sair à noite, e podendo até mesmo afirmar: **EU SOU!**

do **Lugar** em que vive (meio-ambiente)¹⁸⁴ como manutenção dessa Vida e uma **Finalidade** concreta e objetiva de preservação e sobrevivência da espécie (Humanidade). Exsurge aqui, em toda a sua evidência, o Valor ético universal de **Preservação da Vida e da Humanidade**, gerador de todos os outros valores éticos universais, em menor escala ou hierarquia.

Por isso, os **Vetores Invariantes Naturais** são primordiais. São efetivamente ontogeodésicos. Atribuir-se a esses elementos (**Identidade, Tempo, Lugar E Finalidade**) a classificação de **Naturais** não é um mero exercício classificatório. Isto decorre do fato da sua inexorabilidade. São elementos sem os quais inexistente qualquer ser ou coisa. São Naturais. Advêm do sentido real de Natureza e da sua interação evidente e necessária com o Ser Humano, a partir do Ser Humano, com a existência do Ser Humano e sua sociedade. São geodésicos e ônticos. E por isso são **Naturais**.

São ditas Manifestações **Naturais** porque jamais foram elementos construídos. São dados, perfaça-se a existência, porque não são apenas ideais, tornando-se naturais em razão disso. Tal e qual a Largura, o Comprimento e a Altura como já mencionado, para o Mundo Físico tridimensional, os Vetores Naturais de Identidade, Tempo, Lugar e Finalidade se apresentam interativamente indispensáveis às Ciências do Social, onde se inclui o Direito, para uma apresentação de justiça ou de conclusões com maior adequação à própria realidade, efetuando-se **justiça-na-decisão**.

A IDENTIDADE ocorre pela simples ideia (algo ou alguém **É** pela sua simples concepção ideal e existencial, conseqüentemente real, materialmente substancial, seja corpórea ou incorpórea) e existência.

O TEMPO ocorre porque é absoluto, mesmo no Nada a sua permanência se dá o que dir-se-á em existência planetária e de uma Humanidade social.

O LUGAR OU ESPAÇO, preexiste com o Tempo, porque é o espaço ocupado pelo Tempo e pelo Ser -pela Identidade- ou pelo Nada.

A FINALIDADE se manifesta em um resultado obtido seja ele desejado ou acidental, mas sempre será o **FIM** obtido

Afirmar-se que essas manifestações não poderiam ser chamadas de naturais porque, por exemplo, o tempo pode ser psicológico, o espaço pode ser

¹⁸⁴ Aqui também se insere, segundo **JOHN M. ROBERTS**, o momento da apropriação do fogo pelo Homem, como crucial para a transformação do **LUGAR**, do **espaço ocupado**.

imaginário e a finalidade pode ser ilusória ou iludida, é mesclar elementos naturais com conceitos psíquico-culturais, coisa metodologicamente não-científica. É confundir a existência de elementos naturais com a apreensão humana de elementos naturais¹⁸⁵.

Neste aspecto, como tratamos de seres humanos e de direitos em demandas judiciais e soluções de conflitos de interesse com **justiça-nas-decisões** poderia vir o questionamento: “- **Como deixar de considerar o aspecto psicológico de simulações, fraudes, de embuste se estes são exatamente os principais problemas do Juiz Natural ao decidir as questões?**”

Na verdade, simplesmente respondo que a interação obrigatória das Dimensões Culturais de Miguel Reale com os Vetores Naturais, como proponho –formando o iusinterativismo- conferirá a análise completa do caso em apreciação judicial realizando a **justiça-na-decisão**. A utilização de todos esses componentes (**FENÔMENO social, VALOR ético universal, NORMA vigente, identidade, tempo, lugar e finalidade**) de modo isolado, ou de maneira parcial, efetivamente dissociada de sua inerente interatividade fará chegar uma decisão que até mesmo poderá coincidir com a decisão iusinterativa ou com **justiça-na-decisão**, mas terá um componente substancial de u’a imensa subjetividade e discricionariedade judiciais, tornando maior a incidência de equívoco na decisão. Importa aqui, sim, considerar a aplicação rigorosa do método iusinterativo para, como consequência, obter a **justiça-nas-decisões** de modo integral e completo o que leva à evidente identificação na causa dos ilícitos praticados.

Manifestações **Culturais** são os valores, os fatos e as normas, elementos ontognoseológicos, nos quais se inserem os aspectos psico-axiológicos, sociológicos e jurídicos que, ao se entrelaçarem com essas Manifestações **Naturais**, os vetores invariantes, certamente estabelecem outro modo de compreender a vida e o direito, mais adequado à realização do direito e à distribuição ao Cidadão de **justiça-nas-decisões** judiciais.

Estão com a Humanidade desde que ela se inseriu no Planeta, ou dir-se-ia, até

¹⁸⁵ Ao não admitirmos metodologicamente essa cientificidade não estou rejeitando o caráter de ciência à psicologia ou a outras ciências humanas, o que seria uma irresponsabilidade acadêmica e científica que me recuso a praticar. O que desejo afirmar é que seria um equívoco metodológico mesclar conceitos repletos de subjetividade pessoal, de **achismos**, quando o que proponho se expande de modo objetivo e concreto em parâmetros explícitos e materiais para a sociedade e para o ordenamento jurídico.

mesmo antes da existência da Humanidade, porquanto a idade do Planeta antecede à da própria Humanidade. E nela havia natureza (seres vivos) antes da Humanidade. E naquele momento anterior à Humanidade tais Vetores estavam referenciados a outros objetos ou a outros seres vivos.

Arelada a esta ideia está embutida a certeza de que o **Tempo** é absoluto e permanente, preexiste, existe e resiste a qualquer manifestação vital e, no entanto, somente se torna relativo quando tomado como referência a um ser (*Identidade e Finalidade*) ou a uma coisa (*Identidade e Finalidade*), em determinado **Lugar** (espaço ocupado).

Neste sentido, não apenas o **Tempo**, mas o **Espaço (Lugar)** e a *Identidade* e a *Finalidade* de SERES ou COISAS são permanentes na sua existência e dir-se-ia que até mesmo absolutos, se jamais referenciados a alguém ou a algo. Isto não é uma suposição. Alguém poderia supor que este argumento é falacioso, mas até mesmo para as Ciências Físicas não existem teorias absolutas e as relações astronômicas ou mesmo nucleares ou quânticas, inseridas na Física Moderna, pois sempre se perfazem relativas nas condições terrestres, porque são variáveis as condições dos fenômenos, ou se fazem absolutas somente para as condições terrestres, porque quando conhecidos, permanente, imutáveis e regulares os seus fenômenos. Não há termo de comparação com as ciências sociais, porque evidentemente distinta a metodologia, os princípios norteadores e o objeto de investigação, mas há a mesma relatividade e dialética científica que envolve *Identidade, Tempo, Lugar* e *Finalidade* em todo o objeto científico e, para o que pretendo provar, na sua relação com as dimensões do direito, **VALOR ético universal, FENÔMENO social e NORMA vigente**.

A interação desses sete elementos (**VALOR ético universal, FENÔMENO social, NORMA vigente, Identidade, Tempo, Lugar e Finalidade**) provoca a formação de uma nova dialética de compreensão do direito e permite concluir pela formação de novos razoamentos iusinterativos a serem praticados pelo julgador no exercício do poder de julgar.

Mas afirmo, aqui, peremptoriamente, que somente podem ser aplicadas a partir da consciência humana e de suas limitações. Não se classificam como

limitações humanas, mas sim de limitações referidas¹⁸⁶ porque oriundas da atuação dessas Manifestações da Natureza em referência ao Ser Humano inserido no Planeta. São limitações naturais ao Planeta. Se tomadas em outro Planeta certamente referir-se-iam ao Ser Humano de outro modo. Qualquer outro jurista mais afoito poderia estar a contestar ou a criticar esta ideia pelo exercício histórico, antropológico ou sociológico que se poderia estar fazendo, afirmando facilmente o distanciamento deste meu posicionamento ao Juridicismo ou ao que seja Jurídico, mas este meu argumento é parte integrante da **iusnaturalismo Fenomenológico** ou do que chamamos de **iusinterativismo** (ou **Direito Interativo**, que estabelece uma dialética tridimensional de vetores invariantes naturais) para **justiça-nas-decisões**.

2.1.1. Do requisito indispensável da interatividade entre vetores e dimensões como dinâmica do método do raciocínio iusinterativo.

O nosso diretor-orientador de tese doutoral, o eminente Professor Doutor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, em discussões preparatórias sobre minha postura teórica acerca do iusinterativismo realizou, por escrito, observações e aportes fundamentais, sempre percucientes e pertinentes, sobre a já existente aplicabilidade parcial de dimensões culturais e vetores naturais por juízes e cortes judiciais. Disse o eminente Professor:

“Muchos sistemas jurídicos contienen pautas interpretativas o de aplicación del Derecho que están destinadas a que el juez tenga en cuenta algunas de las cuestiones a las que tú te refieres (vectores o dimensiones). Por ejemplo, la propia remisión a la equidad cumpliría ese papel. O por ejemplo, el código civil español en el art. 3.1 se refiere como pautas interpretativas a la finalidad o a la realidad

¹⁸⁶ O sentido da expressão “limitações **referidas**”, na verdade, quer significar, o conceito de **parametrização** que mais tarde iremos desenvolver para comprovar a viabilidade do iusinterativismo na aplicação do valor Justiça como um valor universal, todavia concretizável, relativo e real, identificável objetivamente nos fenômenos em análise e em razão da iusinteratividade, ou seja a justiça-nas-decisões.

social del tiempo en el que han de ser aplicadas las normas. ¿Podría encontrarse acómodo legal a tu teoría en estos artículos o son insuficientes? De algún modo, plantearla como una concreta interpretación de las pautas normativas sobre la interpretación (como por ejemplo la ley introductoria al código civil brasileiro). Haría más posibilista tu teoría y la haría descender de una propuesta teórica a un método con apoyo normativo, si bien es cierto con una concreta interpretación de esa regulación.”

Agradeço às observações do Professor Javier Ezquiaga, sempre instigantes e denotadoras de seu inegável e notável conhecimento filosófico e jurídico, de todo o modo, e que por sua vez possibilitam que eu desenvolva e viabilize com maior fundamento o iusinterativismo, de modo a confirmar que não há qualquer dúvida que muitos juízes e tribunais já aplicam de algum modo uma espécie de iusinterativismo, todavia sempre parcial, a-metódico, espontâneo e sempre discricionário, ora utilizando Fato ou Fenômeno social e Norma vigente e *finalidade*, ou Valor, Fato ou Fenômeno social e *identidade* e *finalidade*, neste último caso em substituição à Norma inexistente ou omissa, mas, eu diria que, dificilmente, de maneira completa, de molde a implicar sempre em uma **justiça-na-decisão** porque nem sempre restariam apreciados todos os vetores, dimensões, evidências e provas.

É evidente que é possível, como diz o Prof. Javier Ezquiaga, produzir um ajuste legal, seja por meio da equidade, ou por meio do princípio consignado no artigo 3.1. do Código Civil espanhol¹⁸⁷, tornando minha teoria de mais concreta aplicação. É, pois, evidente, que se o iusinterativismo tiver o apoio legal do sistema de direito far-se-á mais **justiça-nas-decisões**, mas deste apoio ou estrutura legal, não poderia haver restrição à aplicabilidade do raciocínio iusinterativo ou dos próprios valores éticos universais, enquanto conteúdo ou essência de fatos ou fenômenos sociais e normas.

Assim, sempre é preciso verificar a plenitude de utilização da **interatividade**

¹⁸⁷ O artigo 3.1. do Código Civil espanhol assevera: “*Artículo 3. 1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.*”

como técnica e do **razoamento iusinterativo**¹⁸⁸ como método para que se pratique a **justiça-nas-decisões**.

Não se trata de achismo –tampouco mera especulação-. O que pretendo trazer à luz é que, por exemplo, tanto a equidade, como o art. 3.1. –este último, embora de texto brilhante, adequado, verdadeiramente contemporâneo e atual- do Código Civil espanhol, do modo como detalhado legalmente, não exigem, ambos, a apreciação e realização iusinterativa de **todos os componentes mencionados nos dispositivos normativos –ou no fenômeno sob análise da equidade- em simultaneidade e interação** em um razoamento judicial, deixando à discricionariedade do juiz o uso instantâneo e integral, com atualidade e inter-referência, em todos os elementos, com aplicação de regras jurídicas e para **justiça-na-decisão**, por isso, **iusinterativo**. Ora, deixar-se isso à discricionariedade judicial sem a exigência de objetividade e de uma metodologia ou técnica de formulação teórica suficiente e demonstradora da possibilidade concreta de **justiça-na-decisão** é muito frágil para se distribuir justiça. Não se exige a formulação iusinterativa para a interpretação por equidade que exsurge de um entendimento muitas vezes baseado no sentido da razoabilidade ou no sentido da proporcionalidade **do intérprete** e que, por essa mesma razão, não é, necessariamente, o justo, sendo apenas o proporcional ou o razoável. E a utilização dos elementos configurados no artigo 3.1. do Código Civil espanhol não se apresenta necessariamente conjugada ou integral, vale dizer **iusinterativa**, podendo ser efetuada isolada ou parcialmente, o que, evidentemente, não perfaz **justiça-na-decisão**. Efetivamente quero dizer que, se um juiz interpreta uma norma de acordo com a intenção do legislador e seus antecedentes históricos, deixando de lado o valor ético universal -e as demais interações necessárias segundo o razoamento iusinterativo- de eficácia atual e contemporânea-, estaria a cumprir o sobredito artigo 3.1. do Código Civil espanhol, mas em meu entender, não praticaria, em consequência, **justiça-na-decisão**.

¹⁸⁸ Na ideia e conceito de Razoamento Iusinterativo vamos encontrar a explicitação -no Capítulo 11 desta obra- de que nele se inserem as 16 (dezesesseis) relações funcionais vetoriais matriciais, os juízos de inferência e as Sete Indagações Judiciais para Formação de **justiça-nas-decisões**.

2.2. As manifestações geodésicas e ônticas dos Vetores Naturais.

É impossível o Ser Humano posicionar-se na História do Direito ou das Nações e Povos, ou mesmo na elaboração legislativa da Norma Jurídica, ou ainda elaborar, junto à melhor Teoria ou Ciência do Direito, a melhor Teoria luspositivista, sem inserir-se ou colocar-se como **vetores de natureza geodésica** indicativos de momento ou época (**contexto temporal**), ou de como ser posicionado em algum lugar ou espaço (**contexto espacial**), ou como **vetores de natureza ôntica**, igualmente indicativos de qual identidade específica (**contexto ontológico**) ou de como vontade ou objetivo, ou ainda, resultado obtido (**contexto teleológico**) e fazê-lo sem considerar a incidência de todos esses elementos à sua produção ou como resultado de interação com todos estes contextos. É impossível até mesmo julgar, ou melhor, realizar qualquer Juízo de Valor sem a presença desses elementos (**contextos cronológico, geográfico, ontológico e teleológico**) integrados aos **conceitos dimensionais de Valor, Fato e Norma** para a produção de algo, para a criação de u'a manifestação cultural, principalmente nos dias de hoje com a velocidade cultural de apreensão do conhecimento e a celeridade científica e tecnológica de difusão.

Mas o que são os **vetores invariantes naturais** e qual a sua importância para a dialética da tridimensionalidade e seu método de compreensão e aplicação da Justiça em um sistema de direito de modo a formarem em conjunto o chamado **iusinterativismo**? **Como se aplicam ao direito e ao processo**?

Como já se predisse acima, os vetores invariantes naturais são elementos existentes advindos da natureza e da presença do Homem na Natureza do planeta, que delimitam a sua atuação. A invariabilidade característica desses elementos aos quais se dá o nome de invariantes ou vetores naturais, ou por assim dizer, a sua natureza constante, se explica na sua própria existência do planeta. Trata-se de uma explicação físico-matemática que reside na própria constância do Universo em que vivemos. Descabe a discussão sobre o fim ou não desse Universo, mas cabe sim, a compreensão de que a natureza desse Universo exige a qualquer um dos seres vivos, ou coisas nele existentes, conscientes ou não, uma identidade, um tempo, um lugar e uma finalidade.

Pode-se, pois, compreender o porquê da formulada invariabilidade e da sua origem natural. Entretanto, são constantes de típica natureza matemática (porque geométricas, algébricas, trigonométricas) e por isso, dialéticas, variáveis em sua essência, em seu conteúdo, em sua valoração. Daí, apropriáveis pelo ser humano, em relativização social constante e, por isso, determinantes de situações diversas, principalmente para o direito, quando interagem com as suas três dimensões. São absolutas e invariantes porque PERMANENTES. Mas são RELATIVAS E VARIÁVEIS quanto ao seu conteúdo social. São VETORES E INVARIANTES porque a sua presença direciona as dimensões das normas vigentes, dos fatos ou fenômenos sociais e dos valores éticos universais, tornando-se uma constante para o relacionamento do Ser Humano em qualquer inserção sua na vida do planeta. Em qualquer ato, fato ou atuação ou produção do ser humano esses vetores invariáveis de **identidade, tempo, lugar e finalidade** se expressam, de modo constante, não na natureza, como e onde efetivamente ocorrem e de onde são oriundas, mas também essencialmente na cultura, porque produto da ação humana. Na verdade, os vetores invariantes são constantes sob o aspecto lógico-matemático enquanto itens preexistentes e permanentes cujos valores serão preenchidos a cada mudança em quantidade e qualidade. Todavia, o seu conteúdo pode variar de acordo com a própria manifestação dessas constantes e desde o momento em que se entrelaçam reciprocamente.

A IDENTIDADE é existente em qualquer ser ou coisa; algo, para existir, deve ter *Identidade* sendo, portanto, uma invariável, um elemento de consistência e existência permanentes, inerente à própria existência do ser ou da coisa, condizente com a sua essência, o que lhe confere atributos específicos e distinções relativas à sua própria natureza. Todavia, de variabilidade imensa quanto ao seu conteúdo, pois os próprios seres e coisas trazem em si, diferenças e nuances, distinções essenciais para a alteração da essência, do conteúdo, da existência e da forma. Somos o mesmo ser desde o nascimento, mas sofremos mudanças no decorrer dos anos. O ser retoma a adequação de seu próprio ser com base no tempo, no lugar, na sua finalidade e na sua identidade, todos permanentes e cambiáveis.

O TEMPO é invariável e onde quer que se possa imaginar existe o *Tempo* absoluto permanente. Mas, no momento em que o tomamos como aplicável a

um ponto de referência, quando o posicionamos em relação a um ser, quando o parametrizamos, lhe damos um parâmetro de aplicação ou a uma coisa, ou a ambos, concomitantemente, torna-se inexoravelmente variável e dependente das demais condições estabelecidas ao seu redor.

André Comte-Sponville¹⁸⁹, em seu livro *O Ser-Tempo*, afirma a relatividade do Tempo, mas não o afirma absoluto, ou melhor, afirma a ideia de que o tempo relativo é sempre referenciado a algo ou a outrem, mas afasta a ideia de que a sua existência é permanente, absoluta, e invariável, portanto. Fala no passado como se não mais existisse e no futuro como algo que não ocorreu ainda. Discordo desse posicionamento. O passado, apesar de já ter ocorrido no *Tempo* se insere no presente pelos efeitos ou resultados dos atos então praticados, dos fatos então vividos e remodela o futuro. É o referencial, a referência ao Outro, o **Alter**, o parâmetro definido anteriormente ou o parâmetro definido para o futuro, o que vem a delimitar o *Tempo*, mas ele é permanente. Em referência a algo ou a alguém, o passado e o futuro se espelham no presente. O passado, pelos efeitos ou resultados de atos praticados ou fatos vividos, como já se disse, e o futuro, nas pré-condições estabelecidas e fixadas pelo presente.

Mas qual é a importância desse comentário para este trabalho? Os conflitos sociais que resultam ou desembocam em conflitos de interesses e, portanto, resultam em demandas processuais, possuem um **Tempo relativo**. Aos seres que são seus agentes (as partes, AUTOR, RÉU -sujeitos parciais- e o JUIZ – sujeito imparcial-), aos prazos, às provas e sua produção pela partes interessadas, ao tempo para avaliação das provas, ao tempo para prolação de sentença, ao tempo para apresentação de recursos, etc.

A aplicação do *Tempo* ao **Direito** e ao **Processo** é essencial à própria sobrevivência do Direito como sistema de solução de conflitos sociais porque a Vida necessita da aplicação do Tempo. E o seu conceito de relatividade é fundamental a isso, em virtude da própria natureza do processo, permanente, mas dependente das configurações estabelecidas pelos seus agentes motores (AUTOR, principalmente, como aquele que busca uma prestação jurisdicional; o RÉU, que igualmente lhe pode gerar movimentação ou causa, por exemplo,

¹⁸⁹ **COMTE-SPONVILLE**, André. *O Ser-Tempo*, trad. Eduardo Brandão, Martins Fontes Editora, 2ª edição, São Paulo, 2006, págs. 1-145.

em reconvenção ou outra demanda própria; e até mesmo, em relação ao JUIZ, como impulsionador oficial do processo, como seu ordenador maior). Impossível, por isso, deixar de ser importante para as nossas considerações, estabelecer-se a Justiça como elemento mais essencial ao Cidadão no Direito, segundo o que se intenta comprovar. E a utilização da Dialética Tridimensional das Invariantes Naturais faz-se necessária como lógica fundamental ao Julgador para distribuir essa mesma Justiça.

Por outro lado, **O LUGAR**, como expressão do *Espaço*, possui relação direta com o *Tempo* e em face dele, *Lugar*, o *Tempo* pode se alterar, assim como o próprio *Espaço* pode receber essa influência do *Tempo*. Todavia, o *Lugar*, sendo determinante do *Espaço* ocupado, constitui-se como permanente, invariável, obtendo variação quando, da mesma forma que o *Tempo*, é tomado como ponto de referência para algo, ocasião em que seu conteúdo, sua essência, toma o condão de também alterar o conteúdo das demais invariáveis. Para o **Processo** e para o **Direito**, o *Lugar* é essencial como definição não apenas de jurisdição, como também de competência legal, de ordenamento, de sistema de direito aplicável, de regras legais, consuetudinárias, principiológicas ou até mesmo e principalmente ético-culturais, definidoras do conteúdo da **justiça-nas-decisões**.

A FINALIDADE, expressão de um *Fim* desejado ou obtido, e aqui não importa tão necessariamente o elemento volitivo, mas sim a obtenção do resultado, seja ele desejado ou não, também se apresenta como elemento substancial para determinar a aplicabilidade da dialética da complementaridade configurada por Miguel Reale na sua TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO, de vez que aponta sempre para a consecução de um OBJETIVO seja ele accidental ou provocado manifestamente. Para o **Direito** e o **Processo** a *Finalidade* precípua é a solução do conflito social apresentando-se consubstanciado nos princípios do acesso à justiça, do juiz natural e do adequado processo de direito¹⁹⁰

¹⁹⁰ O denominado princípio do *due process of law*, ao invés de ser traduzido, entendido e aplicado como princípio do *devido processo legal*, na verdade, deve ser incorporado no iusinterativismo como o princípio do **adequado processo de direito**, pelo qual o juiz natural, **mesmo na existência de lei vigente** tem o direito de utilizar, os princípios gerais do direito e do processo, o costume jurídico, a *analogia legis*, a *analogia juris*, os valores éticos universais, mas sempre em razoamento iusinterativo, como forma de solucionar com eficácia, eficiência e efetividade o conflito social submetido à jurisdição.

Aparentando ser simples e óbvia a interatividade das *Quatro Invariantes* ou *Vetores Naturais* (*Identidade, Tempo, Lugar e Finalidade*) ao que se está a preconizar, imediatamente observa-se não se tratar de tanta singeleza científica ou obviedade intelectual quando se estuda esse entrelaçamento de vetores invariáveis e sua inteira aplicação ao direito e ao processo, nos termos da óptica tridimensionalista do direito, incidentes sobre as **Três Dimensões Culturais (Valor, Fato e Norma)**.

Identidade, Tempo, Lugar e Finalidade, pela sua natureza, são constantes de existência para o Homem, mas se inter-relacionam de tal maneira que implicam, em relação necessária, resultados diversos, necessários quanto à inter-relação entre si e à sua própria existência permanente, mas contingentes no que se referem ao preenchimento de seu conteúdo axiológico e assim, se tornam dinâmicos e permitem a realização mais adequada e mais próxima da realidade e da verdade material para qualquer evento em análise. Assim, ainda que se mantenham iguais, seja em valor, seja no fato, ou pela aplicação da mesma regra, basta que qualquer uma das constantes haja se diferenciado em seu conteúdo para que se tenha uma consequência dialética distinta e um resultado diverso em demonstração clara, robusta e efetiva da dialética e da dinâmica semelhantes à própria realização da Vida Humana. Mas essa aplicabilidade não pode ser cumprida ou implementada sem considerar-se a presença das três dimensões do direito: **VALOR, FATO E NORMA** e de forma iusinterativa às quatro invariantes naturais, *Identidade, Tempo, Lugar, e Finalidade*. A dialética de complementaridade que nos fala REALE necessita da relação direta desses quatro elementos com as três dimensões do direito para determinar um método de apreensão da verdade material e consequente afastamento da verdade formal e positivista em cumprimento efetivo do tridimensionalismo concreto, ao qual denomino de iusinterativismo, sem o que essa dialética da complementaridade serviria apenas para a compreensão do mero afastamento ontognoseológico da contraposição de opostos inerente à lógica dialética hegeliana ou marxista e contra o que se insurgiu acertadamente Reale, demonstrando a viabilidade de complementaridade filosófica inerente aos componentes ontológicos, gnoseológicos e teleológicos do direito. É preciso mais. É preciso aplicar esse razoamento iusinterativo de complementaridade ao processo e isso, à toda evidência, far-se-á por meio dos

vetores invariantes naturais e do iusinterativismo considerando a interação havida entre elementos de natureza ***cronológica, geográfica, ontológica e teleológica***.

3. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 3.

3.1. As seis suposições genéricas inerentes aos sistemas positivistas do direito (1 - ***sentido de justiça na norma intrínseco a todo comando normativo***; 2 – ***legitimidade do Legislador Natural acarreta produto legislativo justo***; 3 – ***discricionariedade judicial mais ampla implica melhor interpretação das leis e mais adequada aplicação de justiça ao caso concreto***; 4 - ***suficiência das técnicas de interpretação das leis e de integração do direito como meios para permitir a justa decisão na omissão da lei***; 5 – ***a decisão judicial sempre soluciona o conflito de interesses e pacifica o ambiente social***; 6 – ***argumentos hermenêuticos constituem-se em elementos de veracidade no processo***) na verdade, **se constituem como verdadeiros mitos jurídico-argumentativos**, mais uma vez demonstrando a inadequação do sistema iuspositivista para a realidade instantânea e efetiva do século XXI, com a finalidade de produzir ***justiças-nas-decisões***.

3.2. No âmbito do **sistema de criação e elaboração de normas (Poder Legislativo)** a existência e aplicabilidade de tais mitos ocasiona desvios e inadequações na produção de leis impossibilitando ***justiça-na-lei***, assim como viabiliza e proporciona uma contradição sistêmica profunda com o **sistema de validação e aplicação de normas, fatos e valores (Poder Judiciário)** a permitir o exercício do ordenamento jurídico de forma incongruente e permanentemente conflituosa entre os Poderes da República.

3.3. As contradições são inerentes às individualidades e diferenças, humanas e sociais, mas a sua ocorrência natural não implica o acirramento dessas contradições tampouco as suas resoluções, mas sim, desvios e inadequações nos sistemas. Todavia, para a solução, é possível que os **sistemas de criação e elaboração de normas (Poder Legislativo)** e de **validação e aplicação de**

normas, fatos e valores (Poder Judiciário) primem pela realização harmônica de seus produtos com **justiça-na-lei** e **justiça-nas-decisões**. Na impossibilidade de concretização dessa harmonia, o razoamento iusinterativo é o método mais adequado para essa interação e consequente produção de **justiça-nas-decisões**.

3.4. A interatividade que proponho e deve ser realizada entre a tridimensionalidade cultural (Dimensões do Fenômeno social, Valor ético universal e Norma vigente) e a tetravetorialidade natural (Vetores de identidade, tempo lugar e finalidade) e deve dar condições ao juízo, no exercício de sua função jurisdicional, para praticar parâmetros objetivos constantes do razoamento iusinterativo, de molde a permitir a concretidade dos componentes fáticos do fenômeno jurídico relacionados com seus valores éticos universais correspondentes e o conteúdo da norma vigente aplicável a tais vetores, em plena demonstração de que os **argumentos contrários ao iusinterativismo** baseados nas asserções de que:

- 1- a hermenêutica e a interpretação do direito já realizam **justiça-nas-decisões**;
- 2- o iusinterativismo admite imenso grau de subjetividade à discricionariedade judicial;
- 3- o iusinterativismo permitiria uma Ditadura de Toga;
- 4- o iusinterativismo seria um truísmo ou o exercício de uma teratologia,

verdadeiramente **constituem-se** apenas em **falaciosas proposições ideológicas justificatórias de manutenção de poder** e não em elementos de discussão jurídico-científica da natureza de execução e aplicação de um ordenamento jurídico a um País ou Nação, que venham incentivar a possibilidade prática de **justiça-nas-decisões**.

3.5. A utilização completa e correlacional dos Vetores Naturais em seus elementos ônticos (*identidade e finalidade*) e geodésicos (*tempo e lugar*) viabilizam ao Juiz Natural a elaboração de um razoamento integral, contemporâneo, atual, instantâneo e interativo e que, quando associados por interatividade dinâmica às dimensões culturais de Reale (**Fenômeno social, Valor ético universal e Norma vigente**), resultam, no caso concreto em um juízo de **justiça-na-decisão**.

CAPÍTULO 4

O IUSINTERATIVISMO REAL E DINÂMICO

1. TRIDIMENSIONALISMO ESTÁTICO E POSITIVISTA.

Para que se observe a importância do tridimensionalismo no direito e para o processo, mesmo alguns juristas e doutrinadores eméritos¹⁹¹ convergem, de forma tímida é verdade, para a tríade, como forma de explicar o sistema jurídico e sua existência, porém, reservando-se a um conceito ainda positivista. Assim se diz e se reafirma porquanto a aplicabilidade das três dimensões do direito é algo dinâmico, jamais estático em que o Fato é analisado pela

¹⁹¹ Acerca do tridimensionalismo insuficiente à superação do iuspositivismo podemos analisar as posições de **EMIL LASK**, in *Filosofia Jurídica*, Ed. B de F, trad. Roberto Goldschmitt, São Paulo, 2008, 96 páginas, que o embasa nas *significações normativas objetivas, nos fatos sociais e nos valores ou abstrações feitas da realidade*, propondo como solução o dever-ser para o filósofo do direito como uma validade absoluta em instância supratemporal e o dever-ser para o cientista do direito que depende do dado empírico da vontade da comunidade como momento de validade concreta, vale dizer, de elaboração legislativa ou consuetudinária, não afastando o iuspositivismo; **GUSTAV RADBRUCH**, *Filosofia do Direito*, tradução Prof L. Cabral de Moncada, Arménio Amado Editor, 4ª. Edição revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor, Coimbra, 1961, *Prólogo*, páginas 51 e 52, em que Radbruch, manifestando a existência de quatro atitudes fundamentais *Ser, Valor, Sentido e Essência*, se põs a estudar a distinção entre **realidade e valor** estabelece um tridimensionalismo consequente, como sendo **o primeiro**, a referência das realidades jurídicas aos valores (*wertbeziehend*), ou seja **o direito como fato cultural; o segundo**, a atitude valorativa (*bewertend*) que considera **o direito como um valor de cultura; e o terceiro elemento**, fechando a tríade, a atitude superadora dos valores (*wertüberwindend*), considerando **o direito na sua essência ou não dotado de essência**, e entendendo que entre a categoria de **juízo de existência** e a categoria **juízo de valor** deve existir uma categoria intermediária, qual seja a de **juízos referidos a valores**, de modo que, segundo ele, entre a **natureza** e o **ideal** seria preciso reconhecer a **cultura** e a única diferença que advém e que ele estabelece é que considera o direito como fato cultural, mas não lhe altera a exigência de positividade, distinguindo cada campo de aplicação e tratando-os de modo estanque sem qualquer inter-relacionamento; **LUIS LEGÁZ Y LACAMBRA**, in *Ensaio Kelsen*, Barcelona, 1933, páginas 316 e seguintes; *idem*, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1943, páginas 207 e seguintes; *idem*, *La Filosofía del Derecho de Miguel Reale*, in <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66498/69108>; em todas estas obras destaca três ângulos distintos, quais sejam, o fenomenológico, o aporético e o ontológico, entretanto, sempre mantendo a iuspositividade para a existência do sistema; **EDUARDO GARCIA MAYNEZ**, *La Definición del Derecho, Ensayo de Perspectivismo Jurídico*, México, 1948, páginas 17, 29 e seguintes em que sustenta a existência, para o Direito, “de três noções distintas e irredutíveis entre si”, quais sejam as de “direito formalmente válido”, de “direito intrinsecamente válido” e de “direito positivo ou eficaz”, correspondendo a positividade, segundo Maynez, à sua eficácia, ao fato de observância das normas, seguindo, inclusive o ensinamento de Kelsen. Tantos outros juristas (**ROSCOE POUND, MAURICE HAURIOU, SANTI ROMANO, WILHELM SAUER** e muitos outros) agiram da mesma forma -mas que não nos cabe aprofundar aqui suas teorias, porque este não é nosso objetivo maior- os quais desenvolveram o tridimensionalismo ora denominado abstrato, ora estático. Todavia, foi **MIGUEL REALE** quem conseguiu desenvolver a Teoria Tridimensional do Direito de forma **concreta e dinâmica**, verdadeiramente unindo VALOR ético, FATO ou FENÔMENO social e NORMA vigente, resultando na materialidade da EXPERIÊNCIA JURÍDICA.

Sociologia, o Valor, pela Axiologia ou Ética, e a Norma pela Dogmática Jurídica ou Ciência do Direito, de maneira meramente didática. Na verdade, quem pratica tal espécie de análise de forma estática, o faz em perfeita visão positivista, desfazendo, desconstituindo mesmo, o teor e o rigor metodológico estabelecido por Reale quando elaborou sua **Teoria Tridimensional do Direito** e fixou-lhe uma espécie de resposta em motricidade, em agilidade, em espontaneidade de integração de dimensões, para se fazer presente às necessidades da dinâmica e celeridade sociais, mediante a atuação do tridimensionalismo abstrato e genérico e o tridimensionalismo específico e concreto, para o qual se está a propor uma lógica dialética mais adequada ao julgador e ao processo. O esforço científico de tais mencionados juristas é notável, mas o ranço positivista também é marcante.

Relembro, aqui, como já citado no capítulo anterior, as três bases remotas (axiológica, epistêmica e empírica) mencionadas por Couto Gonçalves¹⁹², embora não afirmadas por ele, diretamente como três dimensões do direito, que, como tal, resultam claramente na construção filosófica de que Miguel Reale, e alerta, tornam-se efetivamente determinantes do direito e **do processo**.

A **base remota axiológica**, condizente com a dimensão **Axiológica** (ou do **Valor**), predeterminando os valores sociais, seja em que nível de evolução histórica se preconize o fato ou o evento temporal; a chamada **base remota epistêmica**, como a dimensão **jurídica** (em que se insere o conhecimento, a apreensão pelo ser humano, seja em que estágio de evolução ele esteja, do conceito de regra, regramento, de **Norma**, distinto do conceito de **Lei**, para e de REALE) na qual o elemento epistemológico do direito brota perante o ser humano, rudimentar ou não, primitivo ou contemporâneo, mas lhe desperta o conhecimento da necessidade de um regramento, de um comando, ou costumeiro, ou mediante a força imperante e coercitiva de um sobre o outro, ou perante a astúcia, ou ainda, nos tempos modernos, perante um sistema legislativo de normas, consuetudinárias, ou legais, ou de decisões judiciais, consoante o sistema jurídico adotado; e a **base remota empírica** e que se insere plenamente na dimensão sociológica do **Fato**, porquanto como evento

¹⁹² **COUTO GONÇALVES**, Willian. *Uma Introdução à Filosofia do Direito Processual*, Ed. Lumen Juris, 1ª edição, Rio de Janeiro, 2005, 203 páginas.

ocorrente, e possivelmente recorrente, em um âmbito de grupamento ou nível de comunidade ou forma de sociabilidade, reflete consequências extra-individuais, supra-individuais, dir-se-ia mesmo, sociais, além do mero e simples âmbito individual, seja qual for o nível de organização social ou mesmo de interação entre os seus membros.

Portanto, observo que, qualquer que seja a teoria pela qual se deseje compreender o surgimento do direito, como elemento regrador de condutas em sociedade, qualquer que seja o interesse em se preservar o sistema jurídico, direcionando-se o sistema para a legitimação da Autoridade do Estado (publicista), ou para os direitos mais amplos e até pessoais do cidadão, ou ainda para a hipertrofia dos direitos particulares em detrimento do interesse público, na visão mais liberal do aspecto jurídico; em quaisquer destas facetas, **NÃO se poderá *jamaiz* espancar ou afastar a Tridimensionalidade Dialética do Direito, o Iusinterativismo e a aplicabilidade dinâmica de suas Invariantes ou Vetores Naturais e sua incidência e forma de compreensão do direito à Experiência Jurídica**, assim compreendida, sob pena de se cometer, imediatamente, um equívoco conceitual, metodológico e material, **ab ovo**, e com isso, chegar-se a resultados diversos de real e conseqüente inaplicação da Justiça, resultante na mediocrização do processo e no desvirtuamento da Cidadania, em descrença no Poder Judicial, culminando com a ofensa aos direitos mais comezinhos e fundamentais do Cidadão!

2. TRIDIMENSIONALISMO DINÂMICO E O IUSINTERATIVISMO: ESTUDO DE CASOS E FIXAÇÃO DE FUNDAMENTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS PARA O RAZOAMENTO IUSINTERATIVO PARA UMA TEORÍA IUSINTERATIVA PARA *Justiça-nas-Decisões*.

2.1. Primeiro Caso: O Caso de Navarra acerca da determinação judicial de cancelamento da hipoteca e devolução do imóvel ao Banco por impossibilidade de cumprimento contratual diante da modificação das condições sócio-econômicas contratuais ajustadas.

A notícia “*Un Juez Sentencia Que Devolver El Piso Al Banco Cancela La*”

*Hipoteca*¹⁹³ em si mesma considerada pode não chamar a atenção de ninguém, todavia provoca uma tremenda mudança na ordem jurídica. A Seção Segunda da Audiência de Navarra (o Tribunal de segundo grau de jurisdição de Navarra - Espanha) decidiu manter uma sentença de um juízo de primeiro grau da comarca de Estella a qual considerou que não havia fundamento para continuar com o procedimento de execução depois que o Banco penhorou e embargou o imóvel dado em garantia de empréstimo e postulou a sua adjudicação a fim de tornar descabida a praça que se havia convocado. O acúmulo de custas e de juros fez aumentar o valor do empréstimo relativo ao imóvel para a quantia de 71.225 (setenta e um mil e duzentos e vinte e cinco) euros e o Banco avaliou o imóvel para o contrato de empréstimo em 75.900 (setenta e cinco mil e novecentos) euros, ainda que na praça inócua seu valor tivesse chegado a somente 42.895 (quarenta e dois mil e oitocentos e noventa e cinco) euros. Por isso, a entidade financeira quis persistir no processo de execução.

A Seção Segunda do Tribunal de segundo grau (Audiência) de Navarra reconheceu que a pretensão do Banco se ajusta à literalidade da lei e que este tem o direito de efetuar o pedido como apresentado, por que não existe qualquer abuso de direito. Todavia, a mesma Seção expressou claramente a defesa do valor ético para a hipótese em análise, quando ressaltou que *“quando menos, moralmente intranquilizante”* é que *“o apartamento praceado tem hoje um valor inferior ao do momento da sua taxaço, ao próprio momento da obtenço do empréstimo, seja pela situaço de mercado, seja pela situaço econômica que se une à crise econômica mundial”*¹⁹⁴.

Somando-se a esta consideração, a **crise económica mundial** –fato notório universal-; a **má gestão do sistema financeiro** –outro fato notório; a **existência de hipotecas podres** –outro fato inegável-; fatos que o Banco jamais poderia desconhecer, entendeu, a Seção Segunda do Tribunal de segundo grau de jurisdição de Navarra, de reconhecer que a pretensão jurídica

¹⁹³ Exemplo, notas e comentários efetuados a partir da leitura da notícia **“UN JUEZ SENTENCIA QUE DEVOLVER EL PISO AL BANCO CANCELA LA HIPOTECA”** (em livre tradução em português = **“Um juiz decide que a devolução do imóvel ao Banco cancela a Hipoteca como garantia”**), oriunda do jornal *“Diario Vasco”* 27 de janeiro de 2011, em sua página 4, em San Sebastián-Donostia – Gipuzkoa, España.

¹⁹⁴ Veja-se texto no original em espanhol constante da edição do **DIÁRIO VASCO** de 27 de janeiro de 2011, na página 04, a notícia **“UN JUEZ SENTENCIA QUE DEVOLVER EL PISO AL BANCO CANCELA LA HIPOTECA”**.

legal da entidade financeira se havia constituído em um direito, que não se apresentava como um abuso de poder, porém, **era moralmente rejeitável!**

O fundamento para esta decisão, ainda que se tenha utilizado um argumento, ainda que se tenha expressado por uma argumentação, em verdade, não se manteve baseado no texto legal, sendo, mesmo, desnecessária de consideração a natureza da argumentação expendida, porque a aplicação do **Valor ético** ínsito ao **Fato** ou **Fenômeno social** em análise judicial acabou por se sobrepor ao comando da **Norma vigente**, mas realizou **justiça-na-decisão**. Desejo observar, aqui, claramente, a utilização natural e talvez inconsciente, pela parte dos juízes do Tribunal de Segundo Grau de Jurisdição de Navarra, do que tento demonstrar e classificar, com efetividade e permanência, como os Vetores Naturais -elementos existentes na Natureza- aplicáveis em todos os seres, objetos e fatos, enquanto inserção deles no Mundo e que se expressa – como vamos demonstrando ao longo deste trabalho- em quatro características, cada uma de apreensão distinta a seu conhecimento, porém interativos entre sí, que são *a identidade, o tempo, o lugar e a finalidade*, os quais, interagidos, se aplicam e se compõem em um fenômeno real, verdadeiro, exato e determinado, seja um ser, um objeto ou um fato temporal, implicando-lhes uma definição e caracterização exata para um raciocínio judicial que venha a provocar a manifestação de **justiça-nas-decisões**.

Penso que a decisão prolatada pela Seção Segunda do Tribunal de segundo grau de Navarra realmente apresentou-se como uma decisão mais justa e interativa porque baseada eticamente e também, exclusivamente nestes valores superiores ao conteúdo da própria lei, e com asserção de que a lei não garante aplicações em soluções de conflitos para **justiça-na-decisão**.

Neste caso exposto, se produziu uma interação harmônica com elementos que, como já se viu, denomino de Vetores Naturais, pois a Seção Segunda **identificou** (*identidade*) no fenômeno a postulação dos Autores adversa a uma cobrança excessiva pelo Banco, que o próprio mercado não mais sustenta, ainda que todavia o texto legal o apoie; **temporalizou** (*tempo*) e **localizou** (*lugar*) o fenômeno mediante sua inserção na crise econômica atual e regional-mundial; manteve a **finalidade** (*finalidade*) do fenômeno que era a aquisição de uma morada pelos Autores da demanda e que, por sua devolução, tenha restado totalmente paga a hipoteca, deixando de subsistir a finalidade inicial da

existência do próprio contrato.

Assim, para que se compreenda melhor, se aplicássemos os **Vetores Naturais** (*identidade, tempo, lugar e finalidade*) às **Dimensões Culturais (Fato ou Fenômeno Social, Valor Ético Universal e Norma vigente)** -antevistas, estas últimas por Miguel Reale, como manifestação, construída pelo Homem, de sua expressão social, de sua ação ética, ou de seus comandos jurídico-legais- a um fenômeno em estudo, um fato temporal, como o dizia Carlos Cossio¹⁹⁵, ou a um fenômeno qualquer passado no Mundo (na análise de Hans-Georg Gadamer¹⁹⁶ sobre a posição de Martin Heidegger, que afirmou, sobre a variabilidade e mutabilidade dos fenômenos no mundo, “**Die Welt, weltet**”, ou seja, **o mundo, munda** (criando-se o verbo ‘**mundar**’=“muda de acordo com suas relações de mundo”), inexoravelmente se terá, como resultado, um juízo sobre a **Experiência Jurídica**, para Reale¹⁹⁷, a soma ou resultado e síntese da interação entre **Fato, Valor e Norma**, e como consequência uma sentença mais **justa** e com conteúdo de mais **certeza jurídica**, principalmente seguro disso quando interagidos com os **Vetores Naturais**.

E, por que isso acontece? Porque, como venho afirmando nesta obra e reitero a assertiva, agora inserta em caso concreto, a **Norma vigente**, comparada ao **Fato** ou **Fenômeno social**, em si mesma considerada, de *per se*, conduzida a aplicar-se a este **Fato** ou **Fenômeno social**, na grande maioria das vezes, não mais expressa o comando jurisdicional necessário para estabelecer uma regência, um controle social efetivo, porque o **Fenômeno social**, em sua diversidade de caracterizações, celeridade de relações e avanços sociais não mais está posto, por inteiro, com todos seus elementos, no comando da **Norma**, e por sua vez o **Valor ético universal**, cuja natureza no passado, sustentava a própria criação da **Norma vigente** (o nascimento da **Norma**), baseado no **Fato** ou **Fenômeno social**, agora, este **Valor ético universal**, pela passagem do tempo muito semelhante ao seu significado antigo, subsiste como tal, mas contemporanizou-se –tornou-se adequado à

¹⁹⁵ **COSSIO**, Carlos. *La Teoría Ecológica Del Derecho y El Concepto Jurídico de Libertad*, 2ª. Edición, Abeledo- Perrot Editorial, Buenos Aires, 1964, 821 páginas.

¹⁹⁶ **GADAMER**, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva – vol. I - Heidegger em Retrospectiva*, trad. Marco Antonio Casanova, Ed. Vozes, 2ª Ed., Petrópolis, RJ, Brasil, 2007, 132 págs.

¹⁹⁷ **REALE**, Miguel. *O Direito como Experiência*, Ed. Saraiva, 1ª edição, São Paulo, 1968, 294 páginas; *idem*, *Filosofia do Direito*, Ed. Saraiva 20ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, 2002, págs. 539-561.

contemporaneidade- adequando-se também ao desenvolvimento e crescimento científico dos povos, nações e estados; se modificou em aplicação, em virtude da mudança de costumes, relações interpessoais, grupais, comunitárias, nacionais, e internacionais e os próprios meios de comunicação, a rede de informática internet, e tantos outros que permitem e causam a celeridade de captação e de aplicação efetiva, **em tempo real**, de **Valores éticos universais** e de **Fenômenos sociais** no Mundo e sua necessidade de regência imediata.

Todavia, enquanto este **Valor ético universal** se modificou em aplicação, mas não em existência, em conteúdo aplicativo vetorial, pelo tempo e/ou pelo lugar, e/ou por diversidade de finalidades ou pela mudança acelerada de identidade de sujeitos e objetos no seio da sociedade, ainda assim pode ser encontrado, **em todas as ordens jurídicas dos países no mundo**, o mesmo princípio condutor, o mesmo comando normativo, a mesma **Norma aplicável**, vigente, porém **anacrônica, atrasada**, dirigida ao seu significado (no Valor que ela deve proteger ou sustentar) e por seu significante (o Texto da Lei, com limites de linguagem, de que está a dimanar o comando).

De outra maneira, cito, a bem de comprovação do que afirmo, **dois exemplos de argumentos (óbvios) de decisões para este caso concreto que NÃO se apresentam JUSTOS** (ainda que o pareçam) e que também poderiam se apresentar como decisões aplicadas a este mesmo caso concreto e poderiam dizê-las ou chamá-las, os adeptos do argumentativismo alexysta, de **corretas** .

Para **a primeira hipótese**, pergunta-se: - Teria a Seção Segunda do Tribunal de segundo grau de Navarra, outra alternativa para construir uma argumentação baseada no texto legal?

Resposta: sim, claro, é a argumentação apresentada pela entidade financeira que requereu **a aplicação da literalidade da lei!**

Para **a segunda hipótese**, pergunto: - Há uma possibilidade de que a sentença judicial contivesse uma outra argumentação que não fosse nem a iusinterativa acima apontada e por mim defendida, e muito menos a argumentação legalista do Banco?

Resposta: - Claro que sim! Por exemplo, uma outra argumentação atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na tentativa de manter o texto legal aplicado como solução, todavia, fazendo incidir somente a cobrança das custas e a liquidação de juros, porém sem a totalidade dos acréscimos e

sem considerar a questão ética, aplicando-se critérios do **proporcional e do razoável**.

A simples aplicação **da LEI** ao **FENÔMENO** (legalista), ou ainda, uma interpretação **razoável ou proporcional** da norma, proponente de solução do conflito, não assegura distribuição de **justiça-na-decisão** porque não dá fundamentos ao que está a requerer o conteúdo do **FENÔMENO social** ou o conteúdo do **VALOR ético universal** -envolvido nesse FENÔMENO- que, ou foi protegido, ou foi garantido, ou foi violado, ou foi ameaçado.

Todavia, sob outro ponto de vista, e a propósito, há, aqui, no exemplo, uma **única resposta correta** para **casos difíceis** como o registravam H. L. A. Hart (**casos difíceis ou de penumbra**) e Ronald Dworkin (**a única resposta correta**) e o aceita Robert Alexy¹⁹⁸? Claro que NÃO!

Há aqui uma predisposição a ser um **caso difícil**? Claro que NÃO!

Podemos ver, com toda a clareza, que o fato de poder existir mais de uma alternativa para o caso concreto como solução do conflito:

a) **NÃO TORNA A HIPÓTESE UM CASO DIFÍCIL** porque se teria a possibilidade de aplicar a decisão legalista e isso poderia significar uma decisão admissível e **CORRETA** às vistas da ordem jurídica existente porque **coerente**;

b) **TAMPOUCO A SEGUNDA HIPÓTESE TEÓRICA PARA SOLUÇÃO O CARACTERIZARIA COMO CASO DIFÍCIL**, porque se poderia aplicar ao caso uma *proporcionalidade* de tratamento a ambas as partes, restringindo ou eliminando os acréscimos desejados pela entidade financeira e exigindo do devedor somente o pagamento dos juros e a cobrança das custas do processo, sendo ela também uma sentença (resposta) admissível e –pelos padrões de Robert Alexy- **CORRETA** pelo sistema jurídico porque aplicável o **princípio da proporcionalidade**.

Observe-se, então, que o **primeiro exemplo de argumento** que pudesse ser utilizado pela Seção Segunda do Tribunal de segundo grau de Navarra leva à aplicação da lei e supõe, segundo o **juízo conceitual** de Peczenik¹⁹⁹ uma

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. **Justicia como Corrección**, tradução de Ana Inés Haquín, disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/justicia-como-correccion-0/>

¹⁹⁹ PECZENIK, Aleksander. Papers: **A Coherence Theory of Juristic Knowledge** in 216

decisão de argumentação **coerente** porque de acordo com o texto legal e a ordem jurídica, porém, é de todo evidente que isso **NÃO É NECESSARIAMENTE JUSTO!**

O **segundo exemplo de dicção de um argumento**, no qual se encontra uma **razão de proporcionalidade**, como a justificar a cobrança de custas e juros, sem a totalidade dos débitos contratados, prova uma argumentação, como o afirma a jurisprudência da suprema corte americana²⁰⁰, e já o afirmei, de razoável, ou com razoabilidade, em cujo razoamento não se busca um critério de justiça, mas sim, de mediedade, de equilíbrio e também aqui, é de todo evidente que isso **NÃO É NECESSARIAMENTE JUSTO**, mas sim, como estamos a propor, que a proporcionalidade o a razoabilidade serão, cada uma isoladamente consideradas, com a característica de **justiça-na-decisão**, quando seu razoamento, baseado em parâmetros objetivos, derive de uma aplicação dos Vetores Naturais (*identidade, tempo, lugar e finalidade*) para cada caso, considerados o **FENÔMENO social, o VALOR ético universal e a NORMA vigente**.

Poder-se-ia dizer que a mediedade ou a busca do equilíbrio entre as relações de conflito seria uma solução de justiça. É importante fixar que o critério de JUSTIÇA está em **atribuir a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*)** e isso não se pratica apenas pela garantia da aplicação subsuntiva da mediedade às relações, e disso, do **FENÔMENO social, por meio de VALORES éticos universais à NORMA vigente**. **Justiça** é devolver o direito a quem o tinha e sobre ele veio a sofrer uma violação, ou o recebeu –ou o possui já vulnerado- ou dele foi injustamente afastado.

Desta maneira, nestas espécies, seja no razoamento **coerente**, seja no razoamento **razoável ou proporcional**, **NÃO HÁ QUALQUER CONCERNÊNCIA À JUSTIÇA**; não se lhe garante o princípio do ***suum cuique tribuere*** (atribuir a cada um o que seja seu) ao cidadão, princípio maior da

<http://upecen.edu.pe/ebooks/Derecho/Teor%C3%ADa%20del%20Derecho/A%20Coherence%20Theory%20of%20Juristic%20Knowledge%20%28and%20other%20paper%29.%20Aleksander%20Peczenik.pdf>
e **Second Thoughts on Coherence and Juristic Knowledge**, *In*
http://peczenik.ivr2003.net/documents/2_papers.pdf

²⁰⁰ **“Razoabilidade”**, aqui entendida nos termos do que primordial e originalmente foi estabelecido pela **Suprema Corte Americana** quando se pôs contrária às medidas do governo de Roosevelt e criou o **“substantive due process of Law”** com a finalidade de determinar critérios de **proporcionalidade processual** às consequências sócio-econômicas de tais medidas no período do **New Deal**.

JUSTIÇA.

Que nem se sustente ou se fale que a justiça é um critério ou um conceito de correção, como o diria Alexy, porque, ao argumento do ilustre professor argumentativista, admitir-se a ideia de justiça como possibilidade ou resultado de fundamentação ou justificação mediante razões ou argumentos, e deixá-la pendente e dependente de boas ou más justificações e/ou de argumentações singelas ou complexas é tratá-la como um instituto de muito pequena valia para sua importância para o cidadão ou para a busca da Verdade no processo judicial e seria o mesmo que se aceitar que a injustiça bem justificada ou com boa argumentação se tornasse justiça. A complexidade dos fenômenos é maior do que tudo. A este respeito, é o próprio Robert Alexy que diz:

“(...) **A tese segundo a qual a justiça é correção, portanto, *conduz diretamente à ideia da justiça como possibilidade de fundamentação, ou justificação mediante razões* (...)**”²⁰¹

Assim, embora fundamente seu conceito de justiça por meio da razão argumentativista, Alexy trata e fala de justiça como critério passível de mudanças mediante razões e fundamentações e não de certezas.

Eu afirmo que **Verdade e Justiça, ao caso concreto, são fatores de Certeza**. Fatores de busca de certeza, e de encontro de certeza, todavia por meio de certeza produzida pela interação havida com Vetores Naturais e Dimensões Culturais. Parâmetros reais e concretos. Objetivos. A Verdade não é outro critério de valoração que somente lhe baste ser utilizado por argumentos. A Verdade costuma ser utilizada por argumentos, até porque nossos razoamentos são produtos da razão e que usam argumentos, todavia, **servem os argumentos, também para confirmar ou falsear** a Verdade que está sempre conectada a FENÔMENOS vividos.

É preciso ter parâmetros objetivos de fixação da Verdade em referência a um fenômeno.

Vivemos em uma época em que se costuma utilizar argumentos tanto como instrumento de ponto de partida para legitimação de razoamentos judiciais e,

²⁰¹ ALEXY, Robert. *Giustizia come correttezza (Justiça como correção)*, pág. 163, *in fine, op. cit.*; *Justicia como corrección*, trad. de Ana Haquín, disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/justicia-como-correccion-0/>.

simultaneamente, como instrumento de legitimação de conclusão de decisões, como quanto para falsear interpretação de fatos ou fenômenos sociais que se deseja sustentar em juízo, sem que se faça qualquer outro esforço para demonstrar o embasamento real dessas espécies de declarações, sejam judiciais ou não, para demonstrar a exata e incrível compatibilidade que deve existir entre a situação fática, os valores envolvidos e a norma jurídica, sem que se mostre que uma decisão, uma sentença, um resultado judicial mediante um juízo de valor deve ter interação direta com o FENÔMENO analisado, identificando-o, localizando-o, temporalizando-o e, mais, atribuindo-lhe e identificando-lhe a finalidade de existência.

A utilização da Verdade ou sua busca mediante argumentos e justificações foi a única maneira que, por séculos, os seres humanos, a humanidade, tiveram para tentar alcançar certezas.

Todavia, era O POSSÍVEL. NÃO ERA O CORRETO. E TAMPOUCO O JUSTO! A Verdade é o fator de Justiça que se faz consequência desta. É um entrelaçamento. Uma interação. A Verdade não é absoluta. E a certeza da Justiça se apresenta sempre relativa aos fenômenos em estudo e comprovação. Porém dizê-la relativa –a Certeza- não significa reduzi-la de importância, minimizá-la, ou torná-la irrelevante. Nos dias atuais há outros meios para se chegar a elas –Verdade e Justiça-. A valoração, a caracterização e a variação da Verdade está intimamente relacionada com os Vetores Naturais e as Dimensões Culturais para o Direito e para a Justiça. Isso significa relativizá-la –a Certeza- aos Vetores Naturais (*identidade, tempo, lugar e finalidade*) e parametrizá-los ao **FENÔMENO social, ao VALOR ético universal e à NORMA vigente**. E sempre foi assim, subsumir-se a Certeza, a Verdade e a Justiça pela mera aplicação lógica e formalista da lei ao fenômeno social para exercício de controle social e manutenção de poder. Assim, nós o sabíamos e o aplicávamos equivocadamente, pensando –ou enganando-nos- que fazíamos justiça. Por séculos, como já disse, havíamos dado conta disso de maneira distinta e *permissa venia*, equivocada. Passados séculos, ainda não havíamos dado atenção ao equívoco. O juiz decidia suas questões e prolatava suas sentenças por meio de uma simples subsunção lógico-silogística do FATO ou FENÔMENO social à NORMA vigente, esquecendo VALORES, finalidades e muitas vezes, com alterações de tempos e épocas,

que poderiam levar naturalmente à mudança jurídica das conclusões da sentença e, por consequência, às próprias finalidades de existência e de compreensão do FENÔMENO social.

A interação de elementos concretos a incidir no FENÔMENO social em juízo para permitir uma argumentação judicial mais segura e mais próxima da ideia de JUSTO, demonstra que a melhor resposta ao conflito processual-judicial está no RAZOAMENTO IUSINTERATIVO. Vejamos, pois.

Kelsen tentando explicar que o Direito Natural era insuficiente para justificar a validade das normas positivas porque tal espécie de teoria naturalista do direito sempre procurou encontrar o conteúdo justo das normas em uma ordem jurídica, acaba, ao meu ver, equivocada e indevidamente, por afirmar uma incapacidade do Direito Natural de embasar a Justiça de maneira absoluta porque segundo ele, *verbi gratia*:

“Logo que a teoria do Direito natural intenta determinar o conteúdo das normas imanentes à natureza, deduzidas da natureza, enreda-se nas insuperáveis contradições. Os seus representantes não proclamaram um único Direito natural, mas vários Direitos naturais, muito diversos entre si e contraditórios uns com os outros. Isto é especialmente verdade em relação às questões fundamentais da propriedade e da forma do Estado. Segundo uma doutrina do Direito natural, só é “natural”, isto é, justa, a propriedade individual, segundo outra, só o é a propriedade coletiva; segundo uma, só é “natural”, isto é, justa, a democracia, segundo outra, só o é a autocracia. Todo o Direito positivo que corresponde ao Direito natural de uma das teorias e que, por isso, é tido como justo, contradiz o Direito natural de outra teoria e é, conseqüentemente, condenado como injusto. A doutrina do Direito natural, tal como efetivamente tem sido desenvolvida – e não pode ser desenvolvida de outra maneira – está muito longe de

fornecer o critério firme que dela se espera”²⁰²

A afirmação de Kelsen se apresenta lógica e, para muitos, correta, porque o equívoco não foi somente seu, como também dos teóricos iusnaturalistas que reconheciam o Direito natural como fundado em princípios absolutos. E Kelsen por sua vez tinha como objetivo primordial a desaxiologização ou desideologização do Direito. Assim o tratamento absoluto dado aos valores naturais e sua compreensão equivocadamente apriorística –como se fossem ora oriundos de uma compreensão divina, ora oriundos da própria natureza- efetivamente gerou uma interpretação absolutista de conceitos jurídico-teóricos eminentemente relativos. A Natureza é universal e como universais são seus valores. MAS NÃO SÃO ABSOLUTOS. Mas, para nós não há preocupação com sua pré-existência, ou com sua compreensão *a priori*. Universal é a Vida para a Humanidade como valor ético maior. Entretanto, a Natureza é fenomenológica, tanto quanto a Vida o é, porquanto a Vida, em sociedade humana, é a expressão da natureza social em movimentos –interiores ou exteriores, conscientes e responsáveis ou culposos- próprios. Em suas práticas são relativos estes fenômenos. Esta ‘*natureza social*’ nos ensina que, quando aplica seus valores universais, os aplica considerando as condições e identidades especiais de *cada ente*²⁰³, quer dizer, *fenomenológicas* e *vetoriais* (identidade), de *cada época* (tempo), de *cada território ou espaço* (lugar), e de *cada objetivo* (finalidade) tornando-os relativos ao **Fenômeno social** em análise para aplicação. A relatividade é própria das condições planetárias, da própria interação da Natureza, da própria interação da Vida e da própria interação da Humanidade e do Ser Humano em Sociedade!

E por que o Direito, ou sua aplicação, tem de ser absolutos?

Por que nos ensinam que tem de ser compreendido de modo absoluto?

Em nosso ver, o equívoco de Hans Kelsen, na avaliação do Direito Natural e na afirmação de que existem vários direitos naturais -por exemplo, o ‘**de propriedade, ora privado, ora coletivo**’, conforme o povo- para justificar que o “natural” não é justo, reside no fato de que o jurista austríaco entende o chamado “direito natural” como já vínhamos afirmando, um “direito absoluto”,

²⁰² **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, Coleção Studium, Arménio Amado Editor, Sucessor, 3ª ed., Coimbra, página 308, 1974, 484 páginas.

²⁰³ Observe-se que proclamo “ente” (e não “ser”) porquanto “ente” é a palavra que engloba, homens, animais, vegetais e coisas inanimadas ou bens em geral.

demonstrando que a sua aplicação, desta forma, guarda incoerência com o fato de ser vetorialmente aplicado de modo distinto (identidade), em cada país (lugar), em determinada época (tempo) e pelos mais diversos motivos (finalidade), concluindo ser insuficiente o iusnaturalismo puro para elucidar os conflitos sociais.

O que Kelsen não cita nem estuda –porque disso quer se afastar- é o evidente fenômeno dos valores éticos naturais e universais aplicáveis permanentemente à Humanidade, mediante critérios culturais, porque o ser humano sempre se apropria, como já salientei, vetorialmente dos elementos **naturais (geodésicos** = tempo e lugar; e **ônticos** = identidade e finalidade) de maneira **cultural** (Fato ou Fenômeno social, Valor ético universal e Norma vigente) e não de modo absoluto. E na sua concretização real efetua a distinção, que pode sim ser justa. Por exemplo, por que a monarquia inglesa, como tal, não poderia ser tão democrática quanto a república norte-americana? Mudou o conceito de democracia? Este valor se alterou? Não. O valor democracia é universal e se espraia na realidade natural e cultural de cada País ou Nação mediante os Vetores Naturais de forma típica a cada um deles próprios, realizando justiça. Daí a importância do iusinterativismo ao magistrado para aplicar a **justiça-na-decisão**.

Aproveitando a oportunidade, e aplicando aos dias atuais as teses e os **argumentos de Kelsen** sobre as deficiências do Direito Natural, identificamos **quatro argumentos falsos** porque, *exempli gratia*:

- a. **Como se poderia estabelecer com fundamento no direito natural que a propriedade justa é somente a propriedade individual, ou que reversamente o mais justo seria somente a propriedade coletiva, ou a propriedade estatal, ou seja, se as distintas teorias iusnaturalistas de que falava Kelsen apresentavam sempre, como corretas, visões parciais de um todo?**

É de toda evidência que declarar a Teoria do Direito Natural como inservível para justificar a busca da Justiça, sob o argumento de que os teóricos iusnaturalistas desenvolviam varias teorias baseados em variados direitos naturais, e em situações específicas e especiais, demonstra um desvio de

razoamento que margeia a incapacidade de compreender a interação natural das relações axiológicas, sociais e normativas e que, na obra de Kelsen, se constituiu em um erro de avaliação para a construção de uma teoria pretensamente não-axiológica e fundada na Verdade, na Realidade e na própria Sociedade por meio de um Norma Fundamental aprioristicamente axiológica, em evidente equívoco científico e metodológico.

b. Quem, em sã consciência, NÃO RECONHECE como oriundos do Estado Democrático de Direito os conceitos, a caracterização, as obrigações e direitos, as perdas e ganhos, tanto aqueles advindos do conceito da propriedade individual norte-americana e capitalista, quanto aqueles que advêm do conceito contido e praticado no Estado Democrático de Direito da propriedade coletiva estabelecida no governo socialista da Monarquia sueca ou da República de Israel, ainda que tenham estes institutos jurídico-econômicos com distintas e contrárias origens?

Kelsen, SEM RAZÃO, ASSIM NÃO O RECONHECE! Somente o reconhece baseado no aspecto formalista do sistema de direito, mas não procura estabelecer *justiça-na-decisão*.

c. De outro modo, em outra indagação aos argumentos de KELSEN, quem, em sã consciência, haveria de dizer que as Monárquicas Bélgica, Holanda e Espanha e a Inglaterra, Escócia e Austrália (estas três últimas pertencentes ao também monárquico Reino Unido) NÃO SERIAM Estados Democráticos de Direito, tal e qual os Republicanos Estados Unidos de América e Alemanha, por exemplo, e vice-versa, ainda que tenham de um lado, valores éticos universais homogêneos e de outro, valores éticos organizacionais de distintos tipos e de diversa espécie de regime e de Estado?²⁰⁴

²⁰⁴ Poder-se-ia argumentar que algum Reino ou República que contivessem uma natureza ditatorial ou tirânica justificaria o argumento de que os **Valores éticos** não seriam ou jamais poderiam ser *universais*, inviabilizando a aplicação de Vetores Naturais e das próprias Dimensões Culturais de Reale no processo de razoamento iusinterativo que sustento. Todavia, afirmo, ao contrário do que se possa pensar, que esta é exatamente a justificativa maior de utilização do razoamento iusinterativo com a aplicação de Vetores

Ora, é inegável a aplicação relativa aos Vetores Naturais (identidade, tempo, lugar e finalidade) a estabelecer a Verdade axiológica, sociológica e normativa, incidentes a cada realidade específica. Kelsen o afirmava existente, mas aplicava-lhe o conceito de direito natural absoluto! Em verdade, como podemos ver e esclarecer, **NÃO OCORRE** qualquer contradição entre teorias iusnaturalistas! O direito natural, em teoria, pode e deve ser desenvolvido de maneira que considere o conceito de JUSTO aplicável a cada FENÔMENO social, desde que em aplicação de Vetores Naturais, vale dizer, a cada região, a cada tempo, a cada identidade de sujeitos e objetos e a cada finalidade de fenômeno ou fenômenos. É possível que o Justo, para cada caso concreto, em aplicação –**a justiça-nas-decisões**- seja distinto em algum momento no Norte, do Justo em aplicação –**a justiça-nas-decisões**- no Oeste, ou no Sul, ou ainda no Leste, considerados os vetores naturais (de **tempo, lugar identidade e finalidade**) dados os elementos de parametrização e diferenças e diversidades culturais. Isto não confere (**in**)**justiça-nas-decisões**, tampouco insegurança jurídica. Ao contrário, assegura a sua aplicabilidade diante da originalidade do caso em apreciação judicial e do elemento ou nuance diferencial.

d. Então, o que conferiria segurança aos ordenamentos jurídicos se esse conceito de direito natural relativo, sendo relativo, tivesse de ser aplicado?

A evidente universalidade dos valores éticos, todos decorrentes do maior deles que é '**Preservação da Vida e da Humanidade**' e com ele, e dele e por ele, advêm todos os demais valores éticos universais que são adequados -ao planeta, à uma globalização ou mundialização ou internacionalização, ou mesmo universalização, com o nome que se queira dar- no nosso caso, por meio dessa interação entre Dimensões Culturais e Vetores Naturais que os diferenciam em aplicação dialética e fenomenológica, respeitado seu conteúdo

Naturais e Dimensões Culturais para a **justiça-nas-decisões**: a identificação dos Fenômenos sociais, dos Valores éticos universais e das Normas vigentes, em seus contextos cronológico, geográfico, ontológico e teleológico. Ademais, resta claro, que a **violação de valores éticos universais** não implica afirmar-se uma impossível ou inviável universalidade de sua ocorrência. Ao revés, reafirma-se a permanência e necessidade do amparo de sua ocorrência enquanto elemento da Ética Humana e da universalidade de seu Valor Ético Magno de **Preservação da Vida e da Humanidade**, do qual todos os demais decorrem, inclusive a **democracia**, como uma de suas espécies.

e conceito universais²⁰⁵.

Obviamente, Kelsen, assim **não** o afirmava porque toda a construção de sua teoria ocorreu em uma época em que **não existia** o conceito de Estado Democrático de Direito e sim, somente de “Estado de Direito” e estávamos em uma época conturbada de entre-guerras²⁰⁶. Assim, a teoria normativista de Kelsen anteviu a criação de um “Estado de Direito” em perfeita lógica jurídica, todavia afastando totalmente a incidência axiológica de sua teoria; valores que somente se foram incorporar na sociedade mundial e global como necessários a partir do pós-guerra e aí, sim, fazendo surgir conceitos –e consequente aplicação- de democracia, de um Estado Democrático de Direito, com a participação na construção da Sociedade e do Estado de todas as correntes e setores políticos existentes, principalmente considerando **valores éticos universais**²⁰⁷, **fatos ou fenômenos sociais e normas vigentes**, em virtude da democracia surgida pela vitória dos aliados.²⁰⁸

Assim, não me parece difícil provar que os valores éticos são apropriados pela

²⁰⁵ Aproveito a oportunidade para considerar que assim, sempre o fizemos, por operações racionais e lógicas, quando não nos deixamos levar por emoções e sentimentos. Mas, no âmbito judicial, criou-se a preocupação de facilidades ao poder de julgar e facilidades que sempre refletiram a obrigação de celeridade no julgar e a necessidade de manutenção do poder do Estado; e isto jamais foi questionado por séculos.

²⁰⁶ **HANS KELSEN** manifesta suas ideias a partir de 1933, período exatamente posterior à I GM (1914-1918) e exatamente no intervalo ocorrido, até a eclosão da II GM (1938-1945) e quando ocorre esta acaba por se isolar nos EUA, lá passando a viver, na prática, outro sistema de direito, o anglo-saxônico (baseado no *common law*, de natureza consuetudinária e jurisprudencial), diverso do iuspositivista sistema austríaco-germânico, de intensa característica legalista, o que lhe fez balançar os conceitos construídos na sua Teoria Pura do Direito e fez surgir obras como a “*Ilusão da Justiça*”, e “*O que é Justiça?*”, demonstrando a existência de dois Kelsen, o jurista formalista e purista, e o professor de política internacional, democrata e republicano.

²⁰⁷ Para a consideração da democracia como valor ético universal, ainda que em visão marxista, porém de interessante demonstração teórica, veja-se de **CARLOS NELSON COUTINHO** *A Democracia como Valor Universal*, <http://boletimef.org/biblioteca/2921/A-democracia-como-valor-universal>.

²⁰⁸ Na Europa da União Europeia (não mais do simples Mercado Comum Europeu) não se fala mais em Estado Democrático de Direito, mas em Estado **Social** de Direito, como um avanço em sentidos e princípios, inicialmente tidos como tendentes a proporcionar uma postura de mais igualdade e proporcionalidade. Assim poderia ser. Contudo, não vemos assim. A realidade tem demonstrado o contrário. Considero que o afastamento da adjetivação ‘democrático’ e sua substituição consequente pela adjetivação ‘social’ na expressão “Estado de Direito” tem, dentre outras, uma finalidade de permitir, no âmbito institucional, o avanço da teoria do direito penal do inimigo defendida por **GÜNTHER JAKOBS** e **NIKLAS LUHMANN**, vindo em verdade, a autorizar a descaracterização do cidadão e da pessoa. Esta teoria **desconsidera**, à toda evidencia, a própria democracia como um **valor ético universal**, vale dizer, o reconhecimento de que todas as pessoas devem poder viver em quaisquer lugares e épocas, sob quaisquer identidades sociais e finalidades que desejarem, desde que não violem os valores éticos universais: isto é o valor universal democracia, que reconhece o direito às diferenças, vale dizer que reconhece o direito de livre expressão de cidadania, em todos os seus âmbitos públicos ou privados, adequados, e que tenham por princípio permanente a **Preservação da Vida e da Humanidade** e o respeito ao Outro.

realidade, da mesma maneira que a Sociedade se apropria da Natureza quando faz produzir algo, atentando para suas diferenças de *identidade, tempo, lugar e finalidade* e de conformidade com valores supraconstitucionais e universais.

A interpretação de Kelsen se aplicava ao século passado quando a soberania dos Estados era presumidamente de total independência uns dos outros e o Estado Democrático de Direito ainda não era o modelo de estado internacionalmente reconhecido pelos povos do mundo. Nem ao menos a Organização das Nações Unidas havia sido criada. Não tínhamos a internet, a rede internacional de comunicações informáticas em tempo real e muitos outros sistemas integrados de tecnologia avançada que, à obriedade, acabam por mudar completamente todas as relações sociais, principalmente se projetadas em um mundo globalizante.

Pode-se compreender melhor que a aplicação de um sistema de direito previsto por Kelsen, nos dias atuais, com o propósito de afastar as influências ideológicas ou axiológicas, não logra êxito porque seu critério de justiça ou, para usar a nomenclatura kelseniana, seu critério de “direito”, não concede uma resposta efetiva à realidade, deixando de regular ou reger, ou mesmo controlar, os fatos ou fenômenos sociais, como, em seus objetivos o queria o próprio Kelsen, acabando por justificar a implantação de sistemas totalitários de direito (alemão-nazi e russo-soviético).

Portanto, resta clara e insofismável a aplicabilidade do razoamento iusinterativo ao nosso caso concreto, referente à devolução do imóvel pelo devedor ao Banco credor em razão da alteração conjuntural econômico-financeira no cenário bancário mundial tornando-se evidente que a análise judicial iusinterativa dos fenômenos sociais envolvendo toda questão de fato, de direito e de valores éticos apresenta uma decisão iusinterativa e com **justiça-na-decisão** diante do nítido conteúdo axiológico que envolve e assegura.

2.2. Segundo Caso: O Caso do Reconhecimento Jurídico da União Estável Homoafetiva no Brasil e do Matrimônio Homofaetivo em Espanha: um exemplo de estudo comparado e iusinterativo.

2.2.1. O objetivo da cidadania homoafetiva.

Para esta hipótese tento demonstrar, desenvolver, analisar e debater a decisão, unânime, do Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil constante da “**Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 4277 – DF**”, oriunda do **D**istrito **F**ederal e da “**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132 – RJ**”²⁰⁹, oriunda do Estado do **R**io de **J**aneiro, sobre a questão relativa ao reconhecimento, no ordenamento jurídico brasileiro, da validade constitucional da união estável entre homossexuais ou, como se prefere chamar nas Cortes Judiciais do Brasil, ‘**união estável homoafetiva**’. Preliminarmente, e por consideração auxiliar, estudarei também os dispositivos constitucionais pertinentes ou eventuais omissões constitucionais ‘*impertinentes*’²¹⁰.

Em relação ao tema -a homoafetividade- a sua efetiva existência e prática em sociedade, por milênios, faz pensar que antes de nosso século, e deste período em que vivemos, já existia como um direito que não ocorrera *a priori*, nem por razões divinas, tampouco por razões naturais, mas sim, de existência justificada por razões sociais, inerentes à existência de conduta humana em sociedade.

Observo que em algumas sociedades a relação homoafetiva era visivelmente praticada e, em outras, de natureza ético-religiosa era rejeitada porém, não havia garantias e nem reconhecimento moral -o conceito de moral, como mais adiante veremos, está intimamente ligado aos costumes de cada época-, tampouco textual ou positivamente.

E se era verdadeiramente reprovada por motivações de um iusnaturalismo absolutista, de um lado religioso (judaico-cristão), e de outro, também começou

²⁰⁹ Para melhor compreensão a ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade, para o caso concreto de número 4277-DF, no ordenamento jurídico brasileiro, é semelhante à Questão de Inconstitucionalidade (CI) e a ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132-RJ, também de nosso ordenamento, é semelhante ao Recurso de Inconstitucionalidade (RI) no qual se pretende que se esclareça qual é o preceito fundamental que rege a norma constitucional ou qual tem sido descumprido.

²¹⁰ Esclareço que a palavra “*impertinentes*”, aqui, significa dizer ‘descabidas’, ‘inoportunas’, ‘*que jamais deveriam ter ocorrido como omissão*’ no texto constitucional.

a sê-lo por fundamentos sociais e políticos conservadores que acabaram se misturando com disposições iuspositivistas a impor, em muitos estados nacionais, uma reprovável criminalização.

Em relação a sua denominação mais adequada e, para que não se tenha qualquer tipo de preconceito ou discriminação, utilizamos aquela pioneira criada por Maria Berenice Dias²¹¹ que preleciona:

“(…)Ao denunciar esta evidente afronta à dignidade humana e aos princípios constitucionais da liberdade e igualdade, acabei por cunhar o neologismo “**homoafetividade**”, na obra intitulada “*União Homossexual, o Preconceito e a Justiça*”, cuja primeira edição é do ano de 2000. Na primeira decisão judicial que reconheceu direitos sucessórios ao parceiro sobrevivente, que data de 14 de março de 2001 (Ação Cautelar nº7000138982, Relator Desembargador. José Carlos Teixeira Georgis), a expressão já foi utilizada, tendo sido referida no último julgamento do STJ, de 7 de março de 2006, em que foram assegurados direitos previdenciários às uniões homoafetivas (Recurso Especial nº 238.715, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros). (…)”²¹²

Desta forma, como visto, a relação homossexual -que também poderia ser chamada de ‘**relação de homogênero**’- obteve a preferência, no Brasil, do vocábulo ‘*homoafetiva*’ para designar o afeto –que é o ponto de encontro e união- entre iguais, como surgimento e manutenção da relação.

²¹¹ A desembargadora (juíza de segundo grau de jurisdição), **MARIA BERENICE DIAS**, em sua obra “**União homossexual, o Preconceito e a Justiça**”, Ed. Revista dos Tribunais, 1ª. ed. São Paulo, 2000, destacava, à época do lançamento pioneiro de sua obra, sobre a palavra ‘homoafetiva’: “*Não adianta procurar no dicionário, não está lá, ainda... Mas é uma expressão que já se incorporou ao idioma, não só ao nosso, mas também ao espanhol e ao inglês, passando-se a falar em “uniones homoafectivas” e “homoaffective unions”.* Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se “homossexualismo”. Reconhecida a inconveniência do sufixo “ismo”, que está ligado a doença, passou-se a falar em “homossexualidade”, que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais.” <http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?77,14>, acesso em 09/09/2014.

²¹² <http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?77,14>

Afora estas questões de afeição que envolvem todas as relações de formação de intimidade, amor e família, pode-se assimilar, em um mesmo plano axiológico e jurídico, a necessidade de estabelecer uma formação de Cidadania, de Inclusão Social e de Pertencimento nacional, garantindo a todo o tipo de cidadão, inclusive aos homoafetivos, a vida digna, independentemente de sua espécie de opção sexual e, com isso, sua plena integração social sem preconceitos ou discriminações.

Desde que o sentido de igualdade somente pode ser compreendido em razão das diferenças²¹³ individuais, grupais e nacionais, precipuamente culturais, e que a aplicação do princípio da igualdade depende da consideração e do respeito efetivos concernentemente a essas diferenças em busca da igualdade concreta de direitos e oportunidades a todos, o pleito judicial do Ministério Público Federal (Procuradoria Geral da República), e também de distintas organizações que se fizeram presentes processualmente, como assistentes processuais, no sentido de obter da Suprema Corte Brasileira uma definição da constitucionalidade ou não da conduta referente à união estável homoafetiva, não era apenas uma luta ética e igualmente processual, mas sim uma procura de garantias às relações sociais que cada vez mais se desenvolviam neste sentido na Sociedade e não angariavam segurança jurídica diante de inúmeras dificuldades advindas –não só patrimoniais- como precipuamente de trato social e de reconhecimento de direitos de herança –por ausência de regência constitucional sobre este tipo jurídico- e todas as suas consequências de direito, fazendo-se necessário tal beneplácito, para se estender segurança, harmonia e pacificação aos cidadãos com opção sexual distinta e homoafetiva. Para melhor entendê-lo vamos estudar, a decisão do Supremo Tribunal Federal da República Brasileira e os dois votos principais, condutores da unanimidade, seus convergentes, porém distintos, fundamentos jurídicos e suas consequências éticas e sociais que concederam pelo reconhecimento do direito à união estável homoafetiva no Brasil.

Todavia, inicialmente necessitamos fixar os textos constitucionais e legais existentes no ordenamento brasileiro e pertinentes ao caso, igualmente perguntando se, **no Brasil, a opção sexual, no direito brasileiro positivo é**

²¹³ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, op. cit.

tratada como um direito fundamental ou um direito humano?

2.2.2. Há um direito fundamental ou um direito humano à opção sexual no direito positivo brasileiro?

Antes de adentrar à resposta desta pergunta, tomo como pressuposto o cenário jurídico existente antes da decisão do STF na **ADI nº 4277 – DF** para que se possa entender a relevância da própria decisão.

Na verdade, o mais primordial e fundamental que conduz, no ordenamento jurídico brasileiro, a um direito fundamental é, segundo a Constituição brasileira, o conceito de Cidadania e com ele, aquele da Dignidade da Pessoa Humana.

Na Constituição brasileira²¹⁴, para tratar dos fundamentos da República brasileira, no art. 1º, incisos II e III se diz:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e **tem como fundamentos**:

I – (omissis);

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana; (...)”

Mais diretamente sobre isso, vamos encontrar o **artigo 3º** (definição e caracterização dos objetivos fundamentais da República brasileira), **inciso I** (este tratando de uma sociedade justa, livre solidária que pressupõe o direito mais amplo de livre escolha de vida) e o **inciso IV** (que se refere à promoção do bem-estar de todos, sem a prática de preconceitos ou discriminações), ambos **constitucionais**, tratando dos **objetivos fundamentais** da República brasileira, a dizer:

“Art. 3º Constituem **objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

²¹⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm; *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988 (CF/88), a “Constituição Cidadã”.

- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (...)**

Conforme se deseja assinalar, a referência principal posta a legitimar a construção de um direito fundamental dessa natureza seria inseri-lo na classificação de **objetivo fundamental** e vê-lo como a consequência da **promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de sexo ou outras formas de discriminação**.

Portanto, de outra maneira, sim, se poderia dizer que **não há**, em nossa **Constituição Federal de 1988, uma autorização normativa expressa a que se configure, ou se constitua, um direito nítido à união estável homoafetiva**.

Diz o **constitucional artigo 226**:

“Art. 226. **A família**, base da sociedade, **tem especial proteção do Estado**.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da **proteção do Estado**, é reconhecida a **união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar**, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.(...)”

Diferentemente do artigo semelhante da Constituição espanhola de 1978²¹⁵, o legislador brasileiro constituinte, como se pode ver, **não** se debruçou de maneira expressa sobre este ponto –a união estável homoafetiva- e certamente deixou esta função ao intérprete **magno** da Constituição que é a Corte Suprema do Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF), mas, no seu artigo 226, acima citado, **decretou clara e expressamente que a união estável entre o**

²¹⁵ Constituição da Espanha, artículo 32.1 diz: “**Artículo 32 - 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.(...)**” <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

homem e a mulher é reconhecida, constitucionalmente, como entidade familiar.

Diferentemente da brasileira, a Constituição espanhola de 1978 encontrou outra maneira de dispor normativa e expressamente sobre o tema ao registrar:

“(...) Art. 32.1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (...)”,

a demonstrar claramente que não estão subordinados ou dependentes um ao outro (homem e mulher) para tal fim (o matrimônio). Não está esclarecido, pelo texto se o verbo **tener** (verbo **ter**, em português) está dirigido a eles como **casal** ou como **individualidades** a quem é garantido este direito, tendo o livre direito de escolha quanto ao gênero do companheiro ou companheira. Assim o texto espanhol garante a liberdade de escolha e de opção sexual, embora não o mencione expressamente como, porque não o restringe específica e subliminarmente quanto à escolha do companheiro para a realização do matrimônio, e intrinsecamente admite uma opção a ser realizada pelo ser humano envolvido, ao contrário do que dispõem a Constituição brasileira e o Código civil brasileiro que exigem textualmente a união **entre homem e mulher**.

De outro modo, no texto constitucional brasileiro não se encontra a opção sexual como direito garantido, embora se afaste toda e qualquer espécie de discriminação. E tampouco se manifesta o reconhecimento subliminar de opção sexual pelo ser envolvido. Mas, a rigor e genericamente falando, não reconhecer o direito não leva diretamente a uma discriminação. Significaria que nem todos os direitos seriam reconhecidos, gerando uma dificuldade de cidadania.

Por outro lado, como dispõe o Código Civil brasileiro sobre a união estável de pessoas?

O **artigo 1.723 do Código Civil brasileiro** de 2002, assim o afirma:

“(...) TÍTULO III

DA UNIÃO ESTÁVEL

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a **união estável entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e

duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (...)”²¹⁶

Está, finalmente, exposto, com clareza, por este texto do diploma civil que o direito à união estável não comporta pessoas de mesmo sexo, com a mesma opção sexual. Tampouco é possível aqui a interpretação que foi realizada no artigo 32.1. da Constituição espanhola porque no Código civil brasileiro se declara expressamente “(...) **entre o homem e a mulher** (...)”, exigindo-lhe o surgimento parêntico aqui definido, porque a preposição **entre**, a par de outros significados quer dizer:

“(...) **entre** [do lat. *Inter.*] *Prep.* Indica, além de outras coisas:

(*omissis*)

g) escolha de, ou preferência por um que forma conjunto com outros. (...)”²¹⁷

Ou ainda na lição filológica do saudoso ANTONIO HOUAISS, *verbi gratia*:

“(...) **entre: prep. (1155) (*omissis*) 3 em relação de colateralidade a um e a outro (...)> (*omissis*) 12 em relação recíproca (...)**”²¹⁸

De outro modo, assim remanesceria, tanto na sociedade, como no ordenamento jurídico, o conflito. Subjaz aqui a necessidade de solução para integrar, na sociedade, cidadãos em que sua única diferença é sua opção sexual distinta de outra, esta outra que foi tida, por séculos como comum e correta por razões de dominação ideológica e costumes cristãos.

É bem verdade que os textos brasileiros mencionados no artigo 226, constitucional e no artigo 1.723 do Código Civil, não proíbem a relação homoafetiva, mas não autorizam o reconhecimento da união estável. De outro modo, seria forçoso concluir que a união estável homoafetiva pelo direito positivo brasileiro:

Não seria um direito civil;

Não se inscreveria como um direito fundamental.

²¹⁶ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

²¹⁷ HOLLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque De. *Dicionário AURÉLIO da Língua Portuguesa*, Ed. Positivo, 5ª edição, Curitiba, 2010, verbete **entre**, página 807.

²¹⁸ HOUAISS, Antonio. *Dicionário HOUAISS da Língua Portuguesa*, Ed. Objetiva, 1ª edição, Rio de Janeiro, 2009, verbete **entre**, página 772.

Não se configuraria como um direito humano.

Em que posição enciclopédico-jurídica se situa a união estável homoafetiva?
Que fazer diante desta situação?

2.2.3. Seria possível superar o estorvo iuspositivista que não expressa positivamente a união estável homoafetiva como um direito civil, nem como um direito fundamental e tampouco como um direito humano, no ordenamento jurídico brasileiro?

Em minha opinião, e pela ideia que defendo, penso que o ponto principal aqui é determinar se há algum valor ético universal a proteger este fenômeno social – a união estável homoafetiva- em análise. E a resposta rápida e imediata é que claramente, tanto quanto as pessoas têm o direito de pensar diferentemente, também têm o direito de se conduzirem social ou sexualmente de modos diferentes, ainda que, em todos os casos e sob qualquer opção sexual, com respeito e recato morais em sociedade.

E é fácil compreender que, se **da ideia** –que é o resultado do **pensar**- advém a **razão**; **do conceito** –que é o resultado do **conhecer**- advém a **conduta**; e que **razão** e **conduta** interagidos dão *sentido* à **ação**, refinam a **finalidade**, lhe dão **identidade** –instrumentos ônticos, porque teleológicos e psicológicos- e quando postos ao **tempo** e **lugar** –instrumentos geodésicos, porque cronológico e geográfico- a inserem –a ação- na sociedade, como resultante da interação de razão e conduta nas culturas, nações, e estados distintos, todavia devendo respeitar valores universais como **a Vida** (enquanto inserção do ser humano no Mundo e de quem se origina todos os demais valores éticos); **a Dignidade da Pessoa Humana** (enquanto inserção do ser humano em Sociedade para as relações humanas); e **a Cidadania** (enquanto inserção do ser humano em um Estado, Nação ou Território, para suas relações políticas = com **a cidade, polis, urbs**).

Penso, assim, ser importante destacar que a ideia de se ter um valor ético universal, como já explicitado alhures, que garanta uma nova conduta que não seja positivada juridicamente, à qual todavia, se compreende como tal **valor ético**, advém, também do significado simples de que, muitas situações ou fenômenos ou condutas sociais que jamais estiveram positivadas –quer dizer,

codificadas ou explicitadas no direito- ou transformadas em texto de lei, não quer dizer que não se constituíram em regra de conduta, mesmo antes de sua positividade textual. São as hipóteses do **costume** e das **máximas de conduta** que se constituem e se aplicam sem ou antes de qualquer posituação jurídica. Impende ressaltar que a existência de regra positiva no ordenamento jurídico brasileiro sobre a união estável homoafetiva e a utilização de um **valor ético universal** a dar-lhe supedâneo para sua juridicidade não se converte no uso de um conceito **a priori** e tampouco que uma vez reconhecida a sua aplicação para garantir a existência do fenômeno não se lhe possa mais retirar o reconhecimento jurídico-constitucional.²¹⁹

Porém, independentemente da manutenção ou não pelo sistema jurídico, desse direito, em termos reais ou positivados, não se lhe retira a própria existência enquanto direito ou valor ético universal antes de serem positivados ou constitucionalizados e que por isso devam ser garantidos. A supraconstitucionalidade dos preceitos deve ser reconhecida e por isso mesmo, aplicada. Este é o ponto.

De outro modo, se o juiz tiver o dever –como creio que o tem, ou pelo menos a indicação, a possibilidade- de conhecer as Dimensões Culturais pelos **fatos e os fenômenos sociais (F)**, **as normas vigentes (N)**, **os valores éticos universais (V)** incidentes aos fenômenos em análise e, considerando os Vetores Naturais²²⁰ -o **tempo (t)**, o **lugar (l)**, a **finalidade (f)** e a **identidade (i)**- desses elementos, e utilizando parâmetros específicos, produzirá uma decisão que se apresentará mais ajustada à solução do conflito social de interesses sendo, portanto, **iusinterativa**. Penso, não obstante, que há sim, por estes fundamentos, efetivas condições favoráveis para o pleno e permanente

²¹⁹ Sobre o meu entendimento do que seja e como ocorram os **valores éticos universais** veja-se o Capítulo 1 *Fundamentos histórico-filosóficos da necessidade do Iusinterativismo para a Justiça na Sociedade em Globalização*, item 2.1. *A natureza dos sistemas de direito*, do presente trabalho. De outro modo, importa considerar que, em sua maioria de oportunidades se confunde o conceito individual de justiça, puramente empírico de opinião e subjetivo—que valor nenhum tem para efeito científico— com este a que estou a sustentar, afirmando-o -obviamente o conceito **subjetivo**- ser de impossível concretidade e objetividade.

²²⁰ Vetores Naturais são **indicadores ônticos (identidade** –ontológico-, **finalidade** –teleológico-) e **indicadores geodésicos (lugar** –geográfico- e **tempo** –cronológico) que interagidos posicionam o ser humano no planeta, inserindo-o em seu meio-ambiente, em sua cultura, em sua época com sua finalidade de vida. Fazem-se importantes para definir os parâmetros de juízo de valor a serem tomados pelo juiz natural, pelo magistrado. Em conjunto com as dimensões culturais de **MIGUEL REALE FENÔMENO OU FATO** social, **VALOR** ético universal e **NORMA** vigente constituem o **razoamento iusinterativo** que preconizo para a **justiça-nas-decisões**.

reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva, se utilizarmos o raciocínio iusinterativo.

2.2.4. A posição argumentativa do STF ante o pleito judicial apresentado: um argumento positivista e um argumento iusinterativo na solução da ADI 4277-DF e da ADPF 132-RJ.

É possível compreender a dificuldade dos magistrados do Supremo Tribunal Federal brasileiro para decidir esta demanda. A ação judicial, a querela processual proposta pelo Ministério Público Federal (Procuradoria Geral da República) tinha como principal pedido ao Tribunal Supremo a aplicação do regime jurídico previsto no artigo 1723 do Código civil brasileiro -o qual afirma ser possível a união estável "(...) *entre o homem e a mulher (...)*" às uniões estáveis homoafetivas.

O Ministro Carlos Ayres Britto, relator da demanda apresentou a questão em seu voto²²¹, destacando que, ao contrário de se utilizar diretamente dos valores éticos universais, dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia de tratamento constitucional em defesa da cidadania, recorreu à interpretação do conceito de "**sexo**" e de "**preconceito**" ou "**discriminação**" e utilizou-se da kelseniana "**norma geral negativa**" aos quais, ao final, por hermenêutica justa, porém, ao meu ver, *maxima venia concessa*, frágil, acabou por aplicar, por via transversa e indireta, estes valores universais éticos de proteção à dignidade da pessoa humana, porém, ao argumento primeiro de que assim ficariam protegidos, os cidadãos de orientação sexual homoafetiva, de alguma eventual discriminação sobre "**sexo**", ou, em segundo lugar, pela eventual omissão constitucional relativa à inexistência de regência expressa do termo "**orientação sexual**", e que tal situação levaria a importar o amparo da expressão "**sexo**", à sua interpretação, para entendê-la como se fora "**orientação sexual**", diante da impossibilidade constitucional de discriminação, consoante o artigo 3º, inciso IV, CF/88.

Todavia, isto parece-me, com a devida vênia ao insigne Ministro Carlos Ayres Britto e ao seu voto prolatado, um exercício interpretativo extremado, pois não

²²¹ Íntegra do voto do Ministro-relator **Carlos Ayres Britto** na ADI 4277-DF pode ser visualizada em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>

se encontra nos Texto Constitucional a expressão “**orientação sexual**”. E “**sexo**”, como sabemos, não é sinônimo daquela expressão, não sendo possível estender-lhe o significado a este patamar, o que não traria, em resultado de uma interpretação, sob o aspecto constitucional, qualquer segurança jurídica ao próprio instituto que se deseja proteger.

Porém, como se poderia assim interpretar, se o vocábulo ou seu significante “**sexo**”, **NÃO FOI**, de modo algum, **VULNERADO** e tampouco questionado pelo Ministério Público demandante na petição inicial da ação proposta?

O pedido judicial formulado pela Procuradoria Geral da República -órgão geral e de atuação do Ministério Público Federal- foi feito em defesa dos parceiros pertencentes a uma **opção sexual diversa** da constante na lei e requerido com fundamento na possibilidade de aplicação do mesmo regime jurídico da **união estável** concedido constitucionalmente aos casais heteroafetivos. A alegação de vulneração foi apontada por uma **violação de orientação sexual** e não de **sexo**! Nenhum sentido de “**sexo**” foi violado constitucionalmente porque em momento algum se apontou, na peça inicial do pleito, o exercício do direito ao sexo ou algum impedimento ou diferenciação com base em gênero. O pedido de prestação jurisdicional lastreou-se não no biofisiologismo ou na condição biológica de seus atores (**sexo**), mas sim, na sua orientação ou opção e ação psicológica de união por homoafetividade externalizada (**união estável por orientação ou opção sexual diversa da constante em lei**) e que tanto a Constituição Federal, como a Lei Civil não mencionavam como garantida, permitindo-se, com essa ausência de menção uma insegurança cidadã aos seus optantes. Em nenhum momento, *data venia*, coube admitir-se discussão relativa a **sexo**, mas sim debater-se a **orientação sexual**.

O Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, fez citações das Constituições estaduais dos Estados-membros de Mato Grosso e de Sergipe, e ali se vê, claramente que as disposições normativas constitucionais estaduais que regulam a matéria falam especificamente na expressão “**orientação sexual**”, o que não dispõe nossa Constituição Federal e muito menos, o Código Civil brasileiro, não sendo possível aplicar-lhe, como já disse, o sentido de “**sexo**” –de que realmente fala a Constituição brasileira no art. 3º, inciso IV- ao de “**orientação sexual**”, como o fez o e. Ministro Carlos Ayres Britto, e, em consequência, estabelecendo a esse fundamento, *permissa venia*, uma interpretação *extra petita*, com nítida e

inerente fragilidade jurídica.

Além disso, seu fundamento de voto baseado na técnica da **norma geral negativa** de Kelsen, construída, como já dissemos, pelo jurista austríaco somente para tentar clausurar um sistema que ele, Kelsen, não admitia ser necessariamente aberto, e torná-lo fechado, *concessa maxima venia*, não legítima, nem convalida, tampouco abraça, juridicamente, um fenômeno social não previsto em um texto positivo, e portanto, sua aplicação ou reconhecimento para o caso, torna o argumento mais frágil, mais dificultando do que sustentando o instituto jurídico que se tenta proteger ou reconhecer.

É claro que o direito é regulamentação de fatos e fenômenos sociais e condutas previstas expressamente em lei, mas o silogismo da **norma geral negativa** parte de uma premissa falsa e que não mais se sustenta no século XXI de que “o **que não está proibido, está permitido**”, porque o fenômeno social pode não estar proibido textualmente, todavia pode ser objeto de ampla e forte reprovação social se atingir valores éticos universais, princípios gerais do direito, direitos fundamentais, ou direitos humanos, ainda não garantidos em textos, mas plenamente aceitos costumeira e socialmente²²². Ademais, o direito existe para ser construído com normas expressas. Passar a constituí-lo mediante u’a mera operação de lógica formal, ao contrário de tudo o que se afirma é não dar segurança, nem certeza, tampouco justiça aos cidadãos

²²² A ablação clitoriana efetuada às mulheres na Namíbia ou em outros países *não* se encontra tipificadamente inserida nos vários Códigos Penais Ocidentais, e tampouco nos sistemas de direito anglo-saxônicos ou outros consuetudinários-religiosos, mas de toda evidência, constitui-se em uma barbárie físico-psicológica, tornando-se um elemento de altíssima reprovabilidade social, a tal ponto que os sistemas ou se destinaram, com celeridade, a reger legislativamente tal fenômeno social, ou a tratá-lo como Crime de Lesão Corporal Grave ou Hedionda, de evidente natureza inafiançável, o que, neste último caso, não atinge, necessariamente o objetivo requerido, porquanto a pena para lesão corporal grave (a máxima para o tipo do crime de lesão corporal) jamais viria a dar o adequado supedâneo distributivo (reparatório) e comutativo (punitivo-pedagógico) a delito de tal gravidade fisiológica, psicológica e, principalmente, ofensiva à condição do pleno exercício da condição sexual humana, direito de todo o ser humano. Outros exemplos podem ser citados como aqueles referentes à utilização ilícita e indevida da rede internacional de comunicação de computadores (*internet*) para fenômenos ainda não regidos por lei nos mais variados sistemas de direito, que, no entanto, guardam uma reprovabilidade imensa nas redes sociais, criando-se, com isso uma situação de regência de norma ou de fenômeno social por meio de provedores ou gestores de redes, regência essa que é privada, efetuada exclusivamente pelo gestor do site ou da rede social, embora, se apresente com intensa e imensa natureza e atuação públicas, deslocando-se o poder decisório sobre os próprios fenômenos sociais com agilidade incomparável. É preciso tomar uma postura nova sobre o direito e seus sistemas; sobre o avanço das redes sociais e suas consequências fenomenológicas à sociedade; sobre a atuação judicial instantânea dentro das próprias redes sociais; sobre a condição de decidir, com celeridade, questões que se apresentem em tempo real, com ilicitude e com necessidade de medidas imediatas para a sua solução.

envolvidos. Assim, apenas afirmo que a inexistência de normas expressas não indica, nem legitima a inexistência de regras regentes de fenômenos sociais em sentido contrário²²³, validando e legitimando o uso de valores e princípios para solução dos litígios.

Indago pois:

- a. Por exemplo, seria possível compreender que os senhores de escravos que firmaram a **Virginia Bill of Rights** –reconhecidamente o primeiro texto em defesa dos direitos humanos- redigiram o texto para dar liberdade a seus escravos?
- b. Estariam se referindo aos seus escravos quando a redigiram?
- c. E como não redigiram o texto objetivando a liberdade de seus escravos, **deixou de existir o direito dos escravos à liberdade?**
- d. Seria, o direito, um fenômeno que somente exsurge mediante reconhecimento escrito ou legal?
- e. Necessita, o direito, ser positivamente consagrado para que seja reconhecido ou tenha existência independentemente de ser escrito, por reafirmação de um reconhecimento ético universal e a aceitação moral local (por tetravetorialidade de *identidade, tempo, lugar e finalidade*)?
- f. Necessitou haver uma relação jurídica entre os escravos para que se lhes desse o entendimento de que detinham o valor ético universal **liberdade**, e, com isso, seu direito inegável a ela, o qual somente não era concedido porque não estava positivado?
- g. Deixou de existir um **valor ético universal** que garantiria a liberdade inerente à existência –ao **Valor Ético Magno de Preservação da Vida e da Humanidade** e com ele todos os seus valores consecutórios- de todo o ser humano?

A todas essas respostas, afirmo obviamente que **NÃO!**

Mas à indagação de que não ocorre, a ele, direito, nem lhe recorre, um **valor ético universal** a garantir-lhe a própria existência, ainda que anterior a qualquer positivação que possa vir a ter, reafirmo a assertiva de reconhecer-lhe

²²³ Vide Capítulo 9, *A Aplicação dos Princípios como Regra Interpretativa no Lusinterativismo*, seu item 5.1.1. e seu texto respectivo deste trabalho.

um conteúdo prévio e axiológico de conduta correspondente a uma universalidade de ações e atitudes ocorridas em tetravetorialidade natural.

Resta clara, portanto, a insuficiência da norma de regência negativa de Kelsen para solucionar omissões legais.

2.2.4.1. Breve digressão sobre a interatividade entre dimensões culturais e vetores naturais para um caso concreto.

Por outro lado, para efeito da melhor forma de solução do conflito, e retomando a questão da união estável homoafetiva, vale efetuar uma breve digressão sobre **a interatividade** entre dimensões culturais e vetores naturais.

Na hipótese deste caso concreto, envolvendo a união estável homoafetiva brasileira ou o casamento homoafetivo espanhol, imagine-se um cenário em que, de algum modo, um tribunal intermediário pudesse considerar **indigna** a conduta homoafetiva como supedâneo para o reconhecimento jurídico dessa união estável e viesse a rejeitar tais direitos pretendidos na petição inicial da demanda proposta e, por conseguinte, aplicasse à sua decisão, entendendo-a (**a indignidade de conduta**) como fundamento da aplicabilidade do razoamento iusinterativo, ou seja, o valor ético, e o entendesse universal e o denominasse **dignidade da pessoa humana**, baseado na **preservação da Vida e da Humanidade, em nome da procriação**, e igualmente fundasse sua sentença inclusive na legislação existente consoante o **artigo 226, § 3º da Constituição Federal e o artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro** -os quais destacadamente declaram viável a união estável referindo-se somente à sua ocorrência **entre homem e mulher**- e, obviamente culminasse rejeitando o pedido inicial de reconhecimento da união estável homoafetiva em igualdade aos demais cidadãos.

Entendo que ainda assim não seria feita **justiça-na-decisão**. E por quê?

Porque o valor ético universal a preservar **não é a indignidade oriunda de uma relação que gere a impossibilidade ou inexistência de procriação**. O objetivo de todo e qualquer valor ético é a sua universalidade de significado e aplicação. Sua não-exclusão permanente, ou melhor dizendo, **o valor ético universal é um permissivo permanente de inclusão humana considerada a**

melhor convivência social. Este é o seu sentido de universalidade. Trata-se de inclusão social e de preservação de valor ético de **Cidadania** e de **Dignidade da Pessoa Humana** aplicados a todos e todas os seres humanos, sem distinção, igualando-os em tratamento, mesmo em qualquer espécie de desigualdade. Lembro que o esteio do **princípio da igualdade é tratar desigualmente os desiguais, igualando-os em substancialidade e concretitude.**

No que se refere às disposições constitucionais e legais acima mencionadas reafirmo que em nenhum momento, os seus preceitos ou comandos normativos, proíbem ou impedem a pretensão jurídica homoafetiva. Mas não a autorizam. Há que tornar translúcido o elemento iusinterativo autorizador.

Concernentemente à omissão de regência normativa e à necessidade de supri-la surge evidente **a interatividade** dos componentes do raciocínio iusinterativo como um dos requisitos indispensáveis ao sucesso do iusinterativismo e **justiça-na-decisão**. Interativo significa dizer que todos os elementos devem ser considerados de modo simultâneo e inter-relacionados em si para **justiça-na-decisão**.

Por outro lado, mesmo a utilização, por um tribunal intermediário, de um valor ético universal como a dignidade da pessoa humana para negar o direito à união estável homoafetiva, não poderia deixar de ser utilizado ou de ocorrer sem a interação de todos os vetores naturais a ele também aplicados, inclusive ao vetor natural **finalidade**, configurando **finalidade do Valor ético universal, finalidade do Fenômeno social e finalidade da Norma vigente**, assim como todas as demais combinações e interações. E é certo que, para o caso concreto da união estável homoafetiva ou para este exemplo dado, relativo à atitude do tribunal intermediário, o vetor natural **finalidade** aplicável ao Valor ético universal **dignidade da pessoa humana** não pode resultar em causar exclusão social ou reduzir ou impedir, na causa processual ou em qualquer outra relação social, a aplicabilidade de outro Valor ético universal qual seja a **Cidadania plena** ou **o direito à não-discriminação aos homoafetivos**.

Ademais, é intensamente evidente que o Valor ético universal relativo à procriação enquanto preservação da Vida Humana, para este cenário hipotético, não guarda fundamento de aplicação neste caso porque não pode se sobrepor ao valor ético universal que dá supedâneo ao **princípio da**

garantia da Cidadania plena, por apoio ao **princípio da não-discriminação e da dignidade da pessoa humana**, fundamentos do próprio pedido e pretensão jurídicos iniciais formulados e, do mesmo modo, porque a eventual impossibilidade de procriação em virtude da união homoafetiva gera **ameaça nenhuma ou mínima**, ao próprio valor ético universal **magno de Preservação da Vida e da Humanidade**, do mesmo modo que, por exemplo, o celibato religioso, quanto à impossibilidade de procriação, jamais alterou ou ofendeu a este valor ético universal **magno de Preservação da Vida e da Humanidade**. A interatividade é realizada em **dialética da complementaridade** (implicação e polaridade) e **não-excludente** ou tampouco contraditória, devendo, na aplicação do iusinterativismo, considerar a harmonização entre valores éticos universais na dificuldade em dizer qual o mais superior entre eles. Não se trata de hierarquização, mas de coerência e obediência à manutenção do **preceito magno de Preservação da Vida e da Humanidade** para o caso concreto. Assim, uma decisão do tribunal intermediário que baseada no **princípio da dignidade da pessoa humana** considerasse indigna a união estável homoafetiva por vulneração à procriação, estaria sofismando na aplicabilidade do razoamento iusinterativo porque atentaria contra outros valores éticos (=Cidadania Plena; Dignidade da Pessoa Humana; direito à diferença; direito à orientação sexual diversa) e estaria criando uma restrição ou exclusão social. Jamais faria **justiça-na-decisão**. Obviamente, não teria efetuado um razoamento iusinterativo. Estaria somente utilizando retoricamente um argumento sofista para negar o pedido. Portanto, é importante destacar, de uma vez por todas, para que fique bem claro, que o **razoamento iusinterativo** deve ser efetuado, simultânea e interativamente, considerando:

APLICAÇÃO DO RAZOAMENTO IUSINTERATIVO

VETORES - DIMENSÕES

- a.1. A *identidade* do **Valor ético universal**;
- a.2. A *identidade* do **Fato ou Fenômeno social**;
- a.3. A *identidade* da **Norma vigente**;

- b.1. O *tempo* do **Valor ético universal**;
- b.2. O *tempo* do **Fato ou Fenômeno social**;
- b.3. O *tempo* da **Norma vigente**;

- c.1. O *lugar* do **Valor ético universal**;
- c.2. O *lugar* do **Fato ou Fenômeno social**;
- c.3. O *lugar* da **Norma vigente**;

- d.1. A *finalidade* do **Valor ético universal**;
- d.2. A *finalidade* do **Fato ou Fenômeno social**;
- d.3. A *finalidade* da **Norma vigente**.

2.2.5. Aplicação prática do método iusinterativo ao caso concreto da ADI 4277-DF.

Posta esta estrutura de decomposição da próprias relações de interatividades do e no raciocínio iusinterativo, que, no entanto, assim se apresenta apenas para um entendimento didático, pode-se observar que o método interpretativo utilizado no voto do então Ministro-relator da ADI nº 4277-DF, Dr. Carlos Ayres Britto, acabou por assegurar, afinal, a inclusão da união estável homoafetiva em uma visão constitucional, todavia, como já disse, ao meu sentir, **frágil**, porque pode permitir um fácil câmbio de entendimento jurídico em razão de seu amparo na kelseniana **norma geral de regência negativa**.

Diferente método foi utilizado pelo Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello, na elaboração de seu voto convergente ao do Ministro relator, porém discrepante em fundamentos, ainda que tenha chegado ao mesmo resultado de reconhecimento jurídico constitucional da união estável homoafetiva²²⁴. Seu voto foi centrado plenamente no **princípio da dignidade da pessoa humana** – que está inserto na Constituição brasileira como vimos-, colocando-o no **tempo**, no **espaço**, e em **identidade** e **finalidade** de aplicação do **valor ético**

²²⁴ A íntegra do voto convergente do **Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello** e unicamente discrepante nos fundamentos com que concede o reconhecimento jurídico-constitucional pode ser obtida em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>

universal, do **fenômeno social** e do **princípio jurídico**²²⁵, e por último, considerando-o como “**o valor dos valores**” e utilizando-se de seu núcleo principiológico, do qual se faz emanar, no próprio dizer de Marco Aurélio, “*o respeito à dignidade humana, às suas diferenças, à liberdade de orientação sexual*”, pois reconheceu a insuficiência positiva da Constituição e do Código civil brasileiro; reconheceu que os direitos das pessoas com relações homoafetivas devem ser incorporados à ordem jurídica mesmo que não positivados, porque, em razão dessa garantia axiológica e principiológica, se inserem como pessoas e como cidadãos, obtendo a **garantia de Cidadania**, vindo o Poder Judicial, pela Suprema Corte, a praticar espontaneamente uma decisão iusinterativa e integrativa no ordenamento jurídico e bem estruturada juridicamente porque estabelece a igualdade, por meio da diferença, com base na dignidade. Nada mais ético-jurídico, cidadão, republicano e iusinterativo.

Estas duas posições foram reafirmadas pelos demais Ministros do Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando-se à unanimidade pela procedência da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade promovida pelo Ministério Público Federal (a Procuradoria Geral da República) para aplicar-se o regime jurídico da união estável contido no Código Civil brasileiro de 2002 (vigente) às uniões estáveis homoafetivas, garantindo-lhes efetividade de Cidadania. **Nenhuma violação constitucional ou legal no ordenamento jurídico brasileiro foi perpetrada.**

Após todas as considerações acima efetuadas, em que restam demonstrados, em brilhante voto do Ministro **Marco Aurélio** Mendes de Farias Melo, a possibilidade, ainda que não desejada teleologicamente, do uso, natural e espontâneo do iusinterativismo, e a sua possibilidade de repetição por este método, construo, a título de exemplo e aplicação prática e demonstro a concretização do método iusinterativo para **justiça-na-decisão**, ressaltando que a utilização do método como abaixo indicado é apenas uma forma didática

²²⁵ É imperioso ressaltar que este caso concreto da união estável homoafetiva submetido ao STF demonstra bem a necessidade do iusinterativismo para solucionar conflitos em que haja omissão de regência normativa ou a tentativa –equivocada– de incidência e aplicação da **norma geral negativa** de Kelsen, recaindo, sim, como solução efetiva, na utilização, como afirmamos, do razoamento iusinterativo para a **aplicação de valores éticos em duas hipóteses: a)** utilizando o razoamento iusinterativo com a interação de Dimensões Culturais e Vetores Naturais como julgamento mais adequado e com **justiças-nas-decisões**; e **b)** como solução de conflitos de interesses ou demandas judiciais em que inexista norma para regência e aplicação normativa (omissão de lei ou de disposto normativo).

de compreendê-lo em aplicação, sendo, na verdade sua realização algo profunda e intensamente dinâmico e imediato, porque decorre de um racoamento do juiz com o controle de todas as informações sobre a demanda e o processo, implicando um juízo de valor interativo e célere, a saber:

2.2.5.1. *Cenário Prospectivo*

- 1) a solicitação judicial de autorização constitucional para contrair matrimônio homoafetivo na Espanha; e
- 2) o pedido judicial de reconhecimento jurídico-constitucional da união estável homoafetiva no Brasil,

Fazendo-se relacionar didática, dialética e iusinterativamente as dimensões culturais de Reale como os Vetores Naturais que indico, em racoamento imediato, instantâneo e em tempo real, assim entendidos²²⁶:

2.2.5.1.1. *Aplicabilidade das Dimensões Culturais.*

- **Fenômeno social** (por exemplo, o fato de o homem e a mulher poderem contrair matrimônio na Espanha em conflito com o desejo de casal homoafetivo realizar este matrimônio; e no Brasil o fato de a união estável entre homem e mulher ser garantida em conflito com o desejo de um casal homoafetivo em obter o reconhecimento de sua união estável):

- é identificável (**identidade**) pela notoriedade do próprio fato social em si mesmo considerado;
- pode ser igualmente identificável pelos fatos narrados na petição inicial (*causa petendi*), juntamente com o **tempo** e o **lugar** que lhes são aplicáveis.
- a sua **finalidade** é encontrada no objetivo alcançado ou tentado, alegadamente ilícito, de natureza civil, empresarial, penal, trabalhista,

²²⁶Trata-se não apenas de verificar uma subsunção silogística entre a norma vigente e o fato em análise, mas sim a apreciação de todos os componentes envolvidos para se ter um racoamento adequado ao fenômeno social fazendo-se incidir aí os Vetores Naturais de *identidade, tempo, lugar e finalidade* relacionados a todas essas Dimensões Culturais indicadas (**Fenômeno social, Valor ético universal e Norma vigente**)

administrativo, tributário, constitucional, ou ainda em conflitos de natureza constitutiva, mandamental, acautelatória ou declaratória.

- **Valor ético universal** (tanto para o caso brasileiro, como para o caso espanhol, o julgador deve indagar **qual é o valor ético universal aplicável**, que, para ambos os casos, ou na Espanha ou no Brasil, de evidência clara é a **dignidade da pessoa humana** suscetível de aplicação para necessária manutenção à viabilidade da **Cidadania plena**):

- a identificação (**identidade**) do valor ético universal a ser protegido (por antecipação de amparo ou por sua violação efetiva) pode ser obtida em razão da compreensão dos fatos narrados na causa de pedir (*causa petendi*) e pode ser igualmente encontrada no pedido (*petitum*) formulado na petição inicial, pelos quais se obtém, com expressa clareza, a pretensão jurídica do autor da demanda;

- de toda evidência que o **tempo** e o **lugar** de aplicação de valores éticos pode cambiá-los, caso sejam valores assimilados regionalmente, mediante aspectos morais. Mas tempo e lugar, ainda assim são identificáveis na própria petição inicial e na defesa do Réu.

- no que toca à **finalidade** do valor ético universal, é preciso ver se assegura ou transforma o fenômeno social a ser alegadamente protegido, por amparo judicial e jurídico ou se há (ou houve) sua efetiva violação, devendo ser assegurado ou ainda, se deve ser reconhecido como tal e garantir ou continuar garantindo um direito.

- **Norma vigente** (a busca pelo julgador da norma vigente aplicável que para a Espanha seria o artigo 32.1 da Constituição espanhola que afirma que “**o homem e a mulher tem direito a contrair matrimônio em plena igualdade jurídica**” e para o direito brasileiro se insere no artigo 226 da Constituição brasileira, parágrafo 3º, e no artigo 1723 do Código civil brasileiro, que afirmam a possibilidade de união estável **entre o homem e a mulher**²²⁷. Importante

²²⁷ CF/88: “Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - (*omissis*).

§ 2º - (*omissis*).

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, **é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar**, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”; e o artigo 1723 do Código

mencionar, aqui, para melhor esclarecer os termos de meu método iusinterativo e sua técnica de interatividade e raciocínio que, por **norma jurídica** no ordenamento jurídico brasileiro e nos sistema de direito adotado no Brasil, se entende o dispositivo de lei ou disposto normativo constante do diploma legal e seu texto. Por **preceito de lei** ou **preceito normativo** se entende o conteúdo da norma jurídica o comando que encerra. Em ambas as situações tem-se um produto legislativo elaborado que **não resulta de uma interpretação**, mas sim é o produto de uma construção lógica, axiológica e sociológica **à época de propositura de seu anteprojeto de lei, tramitação de seu projeto de lei e promulgação da lei**, cujo **Valor Ético da Norma Vigente** (=a lei posta) pode ter se alterado ao longo do **tempo**, em razão do **lugar**, ou por virtude da **finalidade** do **Fenômeno Social**, modificando, por consequência a aplicação interpretativa da **Norma Vigente**. Assim, a **Norma Vigente** é sim, sempre, seja por qualquer nomenclatura que se lhe designe, parte integrante das dimensões culturais realezas. Para efeito de sua aplicação considero-a:

- identificável (**identidade**) pela sua subsunção²²⁸ ao fenômeno social que se apresentou em notoriedade ou em apresentação na causa de pedir (*causa petendi*);
- o **tempo** e o **lugar**, em relação à **Norma Vigente**, atuam de molde a apontar a sua atualidade de regência, a sua aplicabilidade em geopolítica humana e econômica e em relação ao território e sociedade considerados na ocorrência do ilícito;
- a **finalidade** da norma deve ser contraposta ou apreciada em comparação tanto ao fenômeno social ocorrido, quanto ao valor ético universal que foi protegido e deve ser mantido, ou o mesmo (ou outro) valor ético que foi efetivamente violado. Mas, em si mesma, a norma, desde seu nascedouro, possui um valor ético universal que visava proteger e amparar desde de sua promulgação. E, este, em princípio, se atualizado, deve ser o valor a ser amparado, consoante estatuído pela

civil brasileiro (CCB) que dispõe: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade **familiar a união estável entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

²²⁸ Notório é, para o iusinterativismo, que a mera subsunção lógica do fato ou fenômeno social à norma jurídica não configura **justiça-na-decisão**, sendo, pois, insuficiente a se apresentar como decisão definitiva ou definidora do conflito com **justiça-na-decisão**, servindo apenas de elemento de correspondência do fenômeno social com a norma jurídica, em subsunção sócio-jurídica.

Constituição espanhola no seu artigo 32.1.

2.2.5.1.2.. *Aplicabilidade dos Vetores Naturais.*

- **Identidade** (de Fenômeno social; do Valor ético universal; da Norma vigente; da época de ocorrência; do lugar do evento; e da finalidade das dimensões culturais);

- **Tempo** (Tempo ou Momento do lugar do evento; Tempo ou momento da finalidade; Tempo ou momento da identidade do Fenômeno; Tempo ou momento do Fenômeno social; Tempo ou momento do Valor ético universal; Tempo ou momento da Norma vigente);

- **Lugar** (Lugar do Fenômeno social; Lugar do Valor ético universal; Lugar da norma vigente; Lugar da finalidade; e

- **Finalidade** (Finalidade do Fenômeno social; Finalidade do valor ético universal; Finalidade da Norma vigente; Finalidade do Tempo ou momento;. Finalidade do Lugar de ocorrência; Finalidade da identidade do Fenômeno.

Elementos dos **Vetores Naturais** de **identidade, tempo, lugar e finalidade** para a verificação de sua exata adequação em interação para **justiça-nas-decisões com as Dimensões Culturais** como a seguir indico:

2.2.5.1.3.. *O iusinterativismo dinâmico didaticamente explicado.*

A seguir apresento a **relação de interatividade** existente entre as dimensões culturais e os vetores naturais já mencionadas e que são funcional e detalhadamente explicadas no Capítulo 5 deste trabalho. Neste momento, efetuo a sua explicitação concreta, a saber:

a.1. Fenômeno social e identidade (tanto na Espanha –requerimento para autorização do matrimônio de relações homoafetivas-, quanto no Brasil –o pedido de reconhecimento jurídico da união estável entre casais homoafetivos- o Fenômeno social é o mesmo a ser considerado independentemente a cada ordenamento para o julgamento? Se apresenta com todos os seus elementos de identificação?);

a.2. Fenômeno social e tempo (os fenômenos sociais acima referidos, tanto na Espanha, quanto no Brasil, o momento ou a época pertinente à sua ocorrência devem ser objeto de análise para a verificação de sua atualidade ou não –pode ser que o fenômeno social tenha ocorrido há muitos anos e isso possa trazer mudanças de normas e valores-);

a.3. Fenômeno social e lugar (o câmbio de lugares –Espanha ou Brasil- implica, muitas vezes, mudança de cultura ou de compreensão de fenômenos ou de aplicação de regras jurídicas distintas, de modo que ocorrer na Espanha, ou ocorrer no Brasil, podem ser dados de diferenças em essência que levariam a consequências e a resultados distintos, levando à necessidade de interação com outros vetores;

a.4. Fenômeno social e finalidade (tanto quanto a **identidade**, o Vetor Natural **finalidade**, com seu sentido teleológico, guarda também um sentido ôntico e traz uma clara necessidade de inserção de seres humanos, com orientação sexual homoafetiva, no âmbito da aquisição, preservação, conservação, modificação e extinção de direitos e deveres em sociedade, em razão do matrimônio ou de uma união estável homoafetivos, sendo essencial que tal finalidade não se tenha modificado ao longo do tempo);

b.1. Valor ético universal e identidade (Qual se deve supor que seja o valor ético universal aplicável quanto ao questionamento judicial, efetuado na Espanha, sobre a constitucionalidade do matrimônio homoafetivo(?); ou qual seria o valor ético universal que se possa aplicar à união estável homoafetiva, no Brasil, e sua possibilidade de reconhecimento jurídico-constitucional(?); em ambas as hipóteses, identifica-se, claramente, que o valor ético universal incidente ao fenômeno social matrimônio ou união estável homoafetiva é a **dignidade da pessoa humana** como condição substancial de **garantia de exercício da Cidadania** e inserção na sociedade sem preconceitos;

b.2. Valor ético universal e tempo (é importante indagar se o valor ético universal que deflagrou ou amparou a criação, tramitação promulgação e

aplicação da Norma vigente e utilizada para solução do conflito social seja quanto ao direito constitucional ao matrimônio homoafetivo na Espanha, seja quanto ao reconhecimento jurídico-constitucional da união estável homoafetiva, no Brasil, é o mesmo valor ético universal de hoje, ou em razão da cultura sofreu mudanças(?); qual a influência do tempo para o significado do valor universal e se ele –o valor ético universal- se manteve em mesmo conteúdo ao longo do tempo(?);

b.3. Valor ético universal e lugar (evidencia a mudança de espaço ou território, delimitando jurisdição ou Estado, ou Nação (Espanha ou Brasil), e modifica, por razões culturais, não o valor em si, mas a aplicabilidade de seu conteúdo difere, por questões **ônticas** (identidade ou finalidade de culturas espanhola ou brasileira) ou **geodésicas** (cronológicas/tempo –construção constitucional na Espanha, em 1978, e mencionando “*o homem e a mulher têm direito a contrair matrimônio(...)*”²²⁹ e a promulgação da Constituição no Brasil somente dez anos depois, em 1988, afirmando “*(...)Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher(...)*”²³⁰; geográficas/espaço ou lugar -clima, relevo geográfico, quantidade populacional- etc.; há, portanto, alguma modificação do valor ético universal em razão do lugar(?);

b.4. Valor ético universal e finalidade (a função teleológica aliada ao valor ético universal tem o objetivo de definir o fundamento e o sentido da ação, do ato, do fenômeno social que se deseja analisar e sobre o qual se vai decidir; assim, é de extrema relevância que se o analise em interação axiológica, sociológica e normativa para a **justiça-nas-decisões**);

c.1. Norma vigente e identidade (a identificação da norma vigente –na Espanha, pela CE, o art.32.1.; e no Brasil, a CF/88, art. 226, §3º já textualizadas- para aplicação ao fenômeno social não deve ocorrer de um único modo subsuntivo, mas sim de maneira interativa e sua identidade deve

²²⁹ Constituição espanhola de 1978, artigo 32.1. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>

²³⁰ Constituição Federal brasileira de 1988, artigo 226, §3º - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

ser o resultado dessa interação, de molde a configurar o tipo jurídico não apenas pelo disposto normativo (texto) em relação ao fenômeno social ou fato, mas do disposto normativo com o valor que o criou e do disposto normativo com o fenômeno social a reger ou a ser aplicado);

c.2. Norma vigente e tempo (o decurso do tempo é importante para o julgador definir se o texto –o art.32.1., elaborado em 1978 para a Constituição espanhola e o art. 226, §3º da Constituição brasileira- mantém sua essência inserida quando de sua promulgação e remanescendo-a, em essência contida, no atual contexto da norma, e se se fazem congruentes e assim, permitem ou não, uma adequação de aplicação normativa ao Fenômeno social e ao Valor ético universal para a realização do juízo de valor com ***justiça-nas-decisões***).

c.3. Norma vigente e lugar (o território que estabelece a jurisdição de aplicação da norma é fundamental para destacar-lhe a aplicabilidade dentro de determinados contornos de aplicação e não foge à responsabilidade de formação do direito material e da formação de um raciocínio judicial para a solução do conflito apresentado. Se a questão é de relação homoafetiva, a aplicabilidade da norma ao âmbito territorial de Espanha, delimita a solução encontrada, ou no Brasil, em que os limites jurisdicionais também dão conformação à interpretação. É importante destacar que o iusinterativismo não impede, ao contrário, preconiza e viabiliza, um poder judiciário mais atuante e comunitário, dinâmico e versátil jurisdicionalmente, podendo julgar questões que envolvam jurisdições multiculturais ou interculturais, ou ainda intercomunitárias.)

c.4. Norma vigente e finalidade (o aspecto teleológico da norma vigente decorre de uma espécie de interpretação, todavia que se expressa inerente ao próprio texto que delimita e restringe o seu âmbito de objetivo, extensão e alcance. Tanto para o exemplo espanhol –art.32.1. da CE/1978- como para o caso brasileiro -art. 226, §3º, CF/1988- e, em ambos os casos, a teleologia, o seu óbvio sentido finalístico indica, para o caso espanhol, desde a formação dos textos constitucionais, sem qualquer hipótese de interpretação destoante ou forçada, que estes dispostos normativos se dirigem à garantia jurídico-

constitucional de que os casais heterossexuais tenham direito de unir-se em compromisso público e jurídico para a formação de uma família, ou como no direito brasileiro –art.226, §3º, CF/88-, de que seja reconhecida “a união estável entre homem e mulher como entidade familiar”; para estas hipóteses, a **finalidade** da norma deve ser interagida com os demais vetores naturais (**identidade, tempo e lugar**) e a **Norma vigente** interagir com as outras dimensões culturais (**Valor ético universal aplicável e Fenômeno social em análise**).

Este método de razoamento judicial, e que leva ao iusinterativismo acresce, ao próprio cidadão, o significado prático de Cidadania²³¹, porque passa ele a ter, na prática, o direito de exigir uma decisão iusinterativa, se por acaso, qualquer um dos juízes de um país vier a utilizar este método de adequação à **justiça-nas-decisões**. Quer-se, na verdade, dizer que a utilização de dimensões culturais com vetores naturais para a formação do juízo de valor judicial para a realização dessa **justiça-nas-decisões demonstra e comprova**:

- a. a versatilidade que se concede ao julgador para adequar o fenômeno à análise de época;**
- b. a atualidade quanto à apreciação e a influência do lugar em que ocorre o fenômeno social, podendo colher em tempo real os costumes da região;**
- c. a perfeita adequação e acuidade para identificar o próprio fenômeno e todos os seus agentes, partes e intervenientes;**
- d. a necessidade de análise, pelo juiz natural, da finalidade ou dos objetivos do fenômeno ou fato social em julgamento, da finalidade**

²³¹ A menção ao conceito de Cidadania faz-se importante porque tem o objetivo de distinguir **a pessoa** com amplos direitos de exercício de cidadania, independentemente do conceito legal de **cidadão** no Brasil como sendo aquela pessoa que necessita ter condições de eleitor habilitado, para o seu exercício de cidadania. Cidadania é algo que deve independe de sua condição de eleitor e deve ser aquele direito que deve advir da plena condição de indivíduo residente no País, nacional ou estrangeiro, e que possa exercer em plenitude os seus direitos constitucionais de livre manifestação e expressão, sem qualquer espécie de restrição legal, exceto aquelas que ofendam a própria lei e os bons costumes. Assim, por exemplo, a mera alteração do vocábulo **Cidadão** para o vocábulo **Pessoa** apenas para se atender, ou melhor, evitar, a discriminação eleitoral odiosa praticada no Brasil em relação à pessoa humana, ou **Cidadão** que ainda não tenha o título de eleitor ou o direito de votar, na forma do que preleciona a Constituição Brasileira, *permissa venia não contribui* para a afirmação e constituição do Estado de Cidadania que desejamos implantar e construir.

ou dos objetivos do valor ético universal incidente ao caso, e da finalidade e dos objetivos da norma vigente aplicável ao fenômeno social para completa *justiça-nas-decisões*.

De outro modo, esclareço que não pretendo, em nenhum momento impor qualquer espécie de exclusividade de método decisório, tampouco, excluir-se a liberdade do julgador para melhor decidir sob outro método, mas sim, agregar, acrescentar, acrescer às tantas outras correntes de interpretação ou de métodos de interpretação ou de decisão, um novo pensar sobre as decisões judiciais, de molde a viabilizar um raciocínio judicial que leve à ***justiça-nas-decisões***.

2.3. Terceiro Caso: o Direito Intercultural e o lusinterativismo: a hipótese concreta do direito (penal) intercultural.

2.3.1. Definição e conceito.

O Direito Intercultural é o estudo da relação existente, no mínimo, entre dois sistemas de cultura que procuram compreender fenômenos sociais de mesma natureza e origem, mas já explicitados e solucionados por regras imputáveis e sancionáveis oriundas de culturas distintas para apreciação, manutenção e aplicação das ***justiça-nas-decisões***. É a interculturalidade que permite a aproximação dos povos por ser razão de compreensão das diferenças. Por isso mesmo, propõe-se a estudar diferentes culturas no pressuposto de identificar diferenças, realizar compreensões e comparações que levem à formação de um juízo amplo que considere as distinções culturais, unindo-as e aperfeiçoando a condição de exercício de cidadania para todo e qualquer cidadão, ainda que culturalmente desiguais, e em busca da igualdade cultural com o respeito às diferenças e manutenção da identidade cultural de cada povo.

Embora se refira indiretamente à questão do multiculturalismo no século XXI porque reconhece a existência das diferenças identitárias culturais, o direito intercultural, não pretende o afastamento, nem o isolamento de culturas, mas

sim, a compreensão das diferenças, a descoberta e aplicação de pontos de compreensão, aproximação e solução entre direitos de culturas distintas, preservando suas peculiaridades.

Desde que se compreende que o princípio da igualdade concreta consiste em “**tratar desigualmente os desiguais**”²³² nota relevante da interculturalidade – ou multiculturalismo-, num mundo que cada vez mais cumpre os vaticínios da Marshall McLuhan²³³ de que “**o meio é a mensagem**” –**medium is the message**- e de que nos tornamos “**uma aldeia global**” –“**a global village**”-, perfaz-se mais relevante ainda, a presença e a atuação de um direito intercultural, um sistema que estude, interprete e aplique organizadamente conjuntos de regras oriundas de culturas diferentes como forma de harmonização e solução de conflitos em regiões de jurisdições limítrofes ou concêntricas.

Neste propósito, inúmeros autores²³⁴ tem se dedicado à essa tarefa em investigações de extrema relevância para a delimitação do objeto metodológico e científico do direito intercultural, notadamente no seu âmbito penal, de aplicação mais concreta e eficaz à diversidade cultural.

²³² BARBOSA, Rui. *Oração Aos Moços*, op. cit..

²³³ McLuhan, Marshall. *Os Meios de Comunicação como extensões do Homem*, http://pt.slideshare.net/sergio_victor/mcluhan-marshall-os-meios-de-comunicacao-como-extenses-do-homem, acesso em 10/09/2014, 03:21.

²³⁴ Vide PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, páginas 253 e seguintes, que destaca a utilização do sistema puro de direito penal como instrumento de dominação pelo Estado de classes menos abastadas e afirma que o Direito Penal Intercultural poderá vir a atuar como forma de aplicação e decisões mais justas (de **justiça-nas-decisões**) e de democracia ao considerar e respeitar as diversas formas culturais de aplicação de sanções, retirando-lhe o caráter meramente punitivo e sancionador, ao meu sentir, viabilizando o meu conceito de **justiça-nas-decisões**, vale dizer, de justiça por valores universais de expressão relativa e com supedâneo em vetores naturais consideradas as dimensões culturais realeanas; HÖFFE, Otfried., *Derecho Intercultural*, Ed Gedisa, Barcelona, 2000, páginas 252-256, que especificamente questiona quem poderia estabelecer um valor universal supremo ou arrogar-se nessa tarefa para o estabelecimento de um começo de direito intercultural baseado nessa consequente hierarquia de valores; BARCELONA, Pietro., *Alzata com pugno. Dentro la crisi della sinistra*, Citá Aperta, Troína, 2002, pág 110, em que se questiona sobre se poderia se estabelecer uma ética universal; SINGER, Peter., *Um solo mundo. La ética de la globalización*, Barcelona, 2003, em que indaga de onde viria o poder decisório para definir o ato ou a ação que pode ser produzido para atingir tais valores ou direitos pertencentes a tais pessoas; BECK, Ulrich., *La democracia y sus enemigos*, capítulo *De vecino a judío*, Ed. Àidós, Barcelona, 2000, páginas 149-150 questiona por que algumas diferentes identidades culturais e não outras, são estigmatizadas ou discriminadas, principalmente como inimigos do Estado?

2.3.2. Bases e pressupostos universais (elementos substanciais de identificação de vetores e dimensões) para a construção de um direito (penal?) intercultural²³⁵.

Antes de qualquer assertiva cabe indagar: seriam estas bases e pressupostos somente aplicáveis a um direito **penal** intercultural? Tais princípios de interculturalidade ou, como eu denominaria, de iusinterativismo, poder-se-iam aplicar a outros ramos do direito?

Antes de qualquer resposta, tenho o dever de alertar que não é meu propósito, aprofundar o estudo dos valores éticos das comunidades indígenas, mas sim demonstrar que à sua existência não se lhe opõem valores éticos ocidentais, havendo efetiva e concretamente a possibilidade de subsistência comum entre eles, considerada a prática do respeito aos Valores Éticos Universais. E é sobre isto que tratarei.

Para responder, antes, extraio de Guillermo Portilla Contreras, em seu artigo intitulado *Direito Penal Intercultural e o Sistema de Justiça Comunitária*²³⁶, escrito em coparticipação de Ester Pomares Cintas, publicado e apresentado no Curso de Mestrado da Universidad del País Vasco (UPV-EHU) lecionado na Cidade do Natal, Estado do Rio Grande do Norte, Brasil, para o período de 2013-2014, **07 (sete) indagações**²³⁷ acerca dos requisitos e pressupostos para

²³⁵ Cabe indagar: Seriam estas bases e pressupostos somente aplicáveis a um direito **penal** intercultural? Poder-se-iam aplicar a outros ramos do direito tais princípios de interculturalidade, ou como seria possível fazê-lo? No meu entender, o iusinterativismo o permite e o realiza amplamente.

²³⁶ **PORTILLA CONTRERAS**, Guillermo; **POMARES CINTAS**, Ester, artigo **Derecho Penal Intercultural y el Sistema de Justicia Comunitaria**, direção de Bernal del Castillo, no livro *Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Ed. Atelier, Barcelona, 2014, pp. 231-252, apresentado para estudo de casos no Curso de Mestrado da Universidad del País Vasco, módulo pedagógico-científico de Direito Penal Intercultural”, de 13 a 20 de janeiro de 2014, Cidade do Natal, Estado do Rio Grande do Norte, Brasil.

²³⁷ Cito, baseado no supracitado artigo de **GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS** e **ESTER POMARES CINTAS**, o fato de que estes autores com fundamento em argumentos e justificativas teóricas de **OTFRIED HÖFFE**, **PIETRO BARCELLONA**, **PETER SINGER** e **ULRICH BECK** formulam as seguintes indagações que, a seguir, denomino de **Questionamentos Pomares-Portilla**, porque compiladas e sistematizadas por ambos em estudo comum, para uma identificação cultural e que menciono no idioma original dos autores no intuito de respondê-las no corpo do texto desta tese doutoral, a saber: “(...)¿Puede aspirarse a la construcción de un proyecto de emancipación del ser humano que tenga en cuenta, en régimen de igualdad, la complejidad de las diferencias culturales? ¿Es factible un derecho penal intercultural, esto es, un sistema que reconozca reglas y procedimientos culturales distintos del canon occidental de justicia?(...) (...)¿Existe un canon universal que pueda interpretarse como atributo de todas las culturas?; ¿Es posible armonizar el paradigma de los derechos fundamentales con el relativismo cultural?(...); (...)¿Cuál es el valor universal desde el que comparar a los demás; y, con ello, ¿quién se arroga la potestad de definir esas bases morales y los medios adecuados para el

a identificação de valores universais e construção de um sistema de direito intercultural considerando a complexidade de aplicação universal desses valores para efeito de um sistema jurídico nacional, como igualmente para a constituição de um sistema de direito penal intercultural, como já efetuado pelo Professor Guillermo Portilla Contreras.

Estes mencionados questionamentos que abaixo reproduzo e aos quais apresento respostas e justificativas condizentes com meu entendimento levam a uma problematização essencial para que se estabeleça a **práxis** do conceito e significado de **Valor ético universal**²³⁸ e sua possibilidade de conjugação da **universalidade** e da **permanência** (ou **constância**, pela utilização e incidência dos Vetores Naturais de **tempo** e **lugar**) com a **relatividade** e a **adequabilidade** (pela utilização dos Vetores Naturais de **identidade** e **finalidade**) de sua aplicação, para que se realize **justiça-nas-decisões** ou **iustitia-in-concreto**.

Assim, antes de adentrar à resposta às indagações anteriormente efetuadas descrevo abaixo os elementos substanciais para a identificação e caracterização de Vetores e Dimensões em sua relação com as diferentes sociedade e culturas para efeito da Interculturalidade e do Multiculturalismo entendendo:

- a. **Universalidade** = como a possibilidade concreta de aplicação do **Valor ético universal** a todos os povos, estados, nações e países, sem limitações ou restrições, dada a globalização existente;
- b. **Permanência ou Constância** = como a continuidade de apresentação e existência do **valor ético** em questão, em vetorialidade e relatividade de **tempos** e **lugares**;
- c. **Relatividade** = como a apreensão cultural localizada do valor ético enquanto reconhecimento e respeito de uma **identidade** cultural e local

establecimiento de la ética universal? ¿Quién decide cuándo se produce un acto que conmueve esas bases? ¿Quién o qué es moralmente "superior" sin caer en el absolutismo decisionista schmittiano?(...)".

²³⁸ Vide, igualmente, nesta obra, o *Capítulo 1. Os sistemas de direito, suas origens distintas, porém de inegáveis natureza e influência positivistas, insuficientes à distribuição de justiça. Item 2.1. A natureza positivista dos sistemas*, em que demonstro a simultânea natureza universal e relativa do valor ético universal, explicando-a.

ou regional, vale dizer, como a identificação de suas características de dignidade cultural, respeitados os valores éticos universais;

- d. **Adequabilidade** = como a aceitação e uso das diversidades culturais (**diferentes identidades e finalidades**) e vetorialidade de identidade e finalidade do valor ético universal, junto ao fenômeno social e à norma vigente.

Poder-se-ia argumentar que eu deveria ter adentrado a exemplos específicos referentes aos casos de nações indígenas (Bolívia, Peru, Equador, outros) ou mesmo nações desenvolvidas cuja cultura é muito própria e original (Na Espanha, as Comunidades Autônomas do País Basco, de Navarra, da Galícia, da Catalunha, da Andaluzia tal como em outras situações). Entretanto, se se encaminhasse o estudo para este objetivo, acabar-se-ia em desvio intelectual de finalidade e foco do presente trabalho, qual seja, a demonstração, construção e comprovação de uma nova forma de pensar o ordenamento jurídico e viabilizar um método de decisão judicial para **justiça-nas-decisões**. Isto posto, e no caso específico, as respostas às indagações manifestadas por **Pomares-Portilla**²³⁹ ficam mais fáceis de serem entabuladas e compreendidas pelo leitor, que saberá distinguir e identificar uma parametrização, uma concretude, no sentido de materializar tais questionamentos. Veja-se a seguir.

2.3.2.1. Quanto à aplicabilidade do lusinterativismo em virtude das diferenças culturais na afirmação da Identidade Cultural.

Passo, portanto, a responder os **Sete Questionamentos Pomares-Portilla, essenciais à formação e concretização e afirmação de** tais bases valorativas e gerais relativas às **identidades culturais**, a seguir:

- a. **“Poder-se-ia aspirar à construção de um projeto de emancipação do ser humano que leve em consideração**

²³⁹ Conceitos desenvolvidos pelos Professores Doutores **GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS** e **ESTER POMARES CINTAS**.

em regime de igualdade, a complexidade das diferenças culturais?”

RESPOSTA: Respondo afirmativamente. E com a superação do formalismo jurídico. O reconhecimento de que é possível estabelecer-se a segurança jurídica do Estado –se esta é a preocupação dos formalistas ou iuspositivistas- simultaneamente à distribuição de justiça na sociedade, com a efetiva superação do formalismo jurídico, por meio da criação de regras oriundas dos produtos legislativos emanados do Poder Legislativo e direcionados ao cumprimento de valores éticos universais realizando ***justiça-na-lei*** conjugado com a utilização do iusinterativismo no âmbito judicial, desde o momento em que se reconheça a insuficiência da norma formalista para a aplicação de ***justiça-nas-decisões***. Como já dissemos amplamente, é possível trabalhar-se, não em nível de argumentação, mas em nível metodológico e técnico e principalmente, em nível de utilização de valores éticos universais como componentes de atualização da norma e direcionadas à sua essência e ao conteúdo do fato ou fenômeno social, mediante parâmetros objetivos e específicos de investigação e constatação.

b. “É factível um direito penal intercultural, isto é, um sistema que reconheça regras e procedimentos culturais distintos do cânon ocidental de justiça?”

RESPOSTA: Sim, porque embora existam valores éticos universais sua aplicação, tal qual a individualidade, é distintamente cultural, necessitando de uma análise específica de cada caso. Se nos perguntarmos por que o Poder Judicial julga caso a caso, respondemos rapidamente porque necessitamos ser justos. Assim como cada processo penal baseia-se em fatos e fenômenos sociais distintos ainda que tratem da mesma tipificação legal e necessitam ser julgados autonomamente. Assim, mais se justifica, ainda, em se tratando de culturas diferentes. Devemos fazê-lo considerando-se a necessidade de estudo do valor ético aplicável e incidente à interculturalidade apontada e ocorrida no fenômeno social. Desse mesmo modo já o afirmaram e realizaram inúmeros e

distintos povos nos primórdios e que jamais tiveram contato entre si. A História bem demonstra que os erros e violências advieram das conquistas e tentativas de aquisição e preservação de poder colonial mediante extinção da cultura de outros povos.

Tomando-se por base o valor ético universal da “**Preservação da Vida e da Humanidade**” -que, a partir de agora, denominarei de Valor ético universal **magno**-, do qual decorrem tantos outros como a ***convivência com igualdade de direitos e oportunidades, o respeito às diferenças de qualquer tipo ou espécie, o direito à obtenção de um trabalho legítimo e lícito para o sua própria sobrevivência e aperfeiçoamento***, apenas para citar alguns exemplos de importância e hierarquia, não há qualquer dúvida de que, diferentemente do cânon ocidental de justiça, podem existir outras formas distintas das sanções punitivas em que se baseie um direito penal e em que igualmente se assentem tais valores éticos universais como elementos diretivos para uma convivência também conduzida ao Bem Comum para todos.

c. “Existe um cânon universal que se possa interpretar como atributo de todas as culturas?”

RESPOSTA: Sim. Como respondido no questionamento anterior existem valores éticos atemporais e universais aplicáveis a todas as culturas e de graus distintos e que devem ser praticados no planeta, como forma de manutenção da espécie humana e da Vida para todas as espécies. Como já se disse, este cânon universal –e do qual decorrem todos os outros valores éticos-, longe de ser compreendido como um objetivo ilusório ou utópico, perfaz-se claramente no objetivo mais tópico, pontual e concreto da atualidade, diante de tantos fenômenos sociais de destruição e violência, qual seja a **Preservação da Vida e da Humanidade**, seguido, como já salientamos, da ***Convivência com Igualdade de Direitos e Oportunidades, do Respeito às Diferenças de Qualquer Tipo ou Espécie, do direito à autodeterminação dos Povos e do Direito à Obtenção de um Trabalho Legítimo e Lícito para a sua própria Sobrevivência e Aperfeiçoamento***.

d. “É possível harmonizar o paradigma dos direitos

fundamentais com o relativismo cultural?”

RESPOSTA: Sim. Reconhecendo-se, entretanto, que os direitos fundamentais possuem valores éticos universais que lhes sustentam a existência e que lhes são bases. Antes de serem reconhecidos como direitos fundamentais já existiam como valores éticos atemporais e universais e continuam existindo como tal, ainda que se modifiquem os direitos fundamentais. Verifiquemos os dois exemplos abaixo:

EXEMPLO 1. ESCRAVIDÃO HUMANA. Em um cenário em que tivéssemos um ordenamento jurídico que determinasse e reconhecesse a escravidão humana como instituto jurídico previsto constitucionalmente –como efetivamente assim já ocorreu na História, inclusive do Brasil-, alterando-se assim a própria configuração dos direitos fundamentais como hoje os entendemos, ainda assim teríamos a existência –e no meu entender também a prevalência- do valor ético universal “LIBERDADE INDIVIDUAL DO SER”, todavia, apenas não reconhecido por um sistema de direito, justificando-se a luta do cidadão pela concretização dessa liberdade. Daí a minha afirmação, da existência de normas supraconstitucionais²⁴⁰ que, primeiramente, não se constituem em normas fundamentais, mas sim e antes, em valores e conteúdos éticos diretos do sistema e do estado de direito democrático, seja qual for a cultura que os absorva ou que os rejeite;

EXEMPLO 2: REGIME NAZI DO TERCEIRO REICH. Em segundo cenário, imagine-se a vitória nazista na II Guerra Mundial e o estabelecimento do III Reich²⁴¹. Obviamente os direitos fundamentais seriam todos criados dentro da ideologia nazista, no sentido de somente serem reconhecidos como cidadãos os biologicamente arianos e de conformidade com a ética *nazi* estabelecida em sua obra *Mein Kampf (Minha Luta)*, em que se preconizava a criação do III Reich. Ainda assim, sustento que, considerado o valor ético universal magno “*Preservação da Vida e da Humanidade*”, os direitos fundamentais de origem nazista que fossem fixados estariam a contrariar todos os demais valores éticos

²⁴⁰ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*, tradução de Cardoso da Costa, Ed. Atlântida, Coimbra, 1977, páginas 62-63; GOMES, Luiz Flávio.; OLIVEIRA MAZZUOLI, Valério De., *Direito Supraconstitucional – Do Absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista do Direito*, Coleção Direito e Ciências Afins, volume 5, Ed. Revista dos Tribunais, 1ª edição, páginas 141 a 144, São Paulo, 206 páginas.

²⁴¹ O Primeiro Reich é historicamente considerado o Sacro Império Romano-Germânico, que findou com a Casa dos Habsburgos; o Segundo Reich, construído pela Casa Imperial de Hohenzopern desde 1871, terminando, em razão do Tratado de Versalhes, com a abdicação do Kaiser Wilhelm, em 09 de novembro de 1918, em virtude da derrota na I Guerra Mundial; o Terceiro Reich, em alemão, *Das Dritte Reich*, seria construído por Adolf Hitler, impedido que foi com a sua derrota na II Guerra Mundial pelos Aliados em 1945.

atemporais e universais decorrentes daquele valor ético *magno* existente, e tais direitos fundamentais *nazi* jamais poderiam fixar uma restrição absoluta a qualquer ser humano sob qualquer espécie, origem, raça, crença, cor, sexo, orientação política, ideológica ou sexual sem a violação direta a tal Valor ético universal *magno* (*Preservação da Vida e da Humanidade*). É preciso, portanto, compreender, que isto não leva a qualquer restrição de soberania nacional ou de jurisdição de qualquer Poder estatal, como evidentemente não acontece, por exemplo, no caso de participação de Estados nacionais em Convenções e Tratados Internacionais de Organismos Internacionais (ONU, UNESCO, OIT, OMS, etc.) em que se verifica a sua absoluta adesão e submissão, em sentido supranacional, a tratados e convenções que contêm valores éticos universais e planetários que levem à preservação desses preceitos maiores. Assim, pode-se manter a *identidade/diversidade cultural* de qualquer nação ou região e preservarem-se os valores éticos universais e atemporais em aplicação regional utilizando-se do razoamento iusinterativo que ora apresento.

Como observo, isto somente corrobora que um paradigma, ou vários paradigmas de direitos fundamentais realmente podem se harmonizar com o relativismo cultural na modalidade e método iusinterativos que ora afirmo.

e. ***“Qual é o valor universal pelo qual se inicie a comparação aos demais; e, com isso, quem poderia se arrogar o poder de definir essas bases morais e os meios adequados para o estabelecimento da ética universal?”***²⁴²,

RESPOSTA: Como já disse, o valor universal é a vida humana e sua preservação. Deste **Valor Ético Universal Magno (*Preservação da Vida e da Humanidade*)** decorrem todos os outros valores éticos atemporais e universais. É preciso, no entanto, como sustento nesta obra, a criação de um razoamento iusinterativo que utilize todos os vetores naturais em conjugação com as dimensões culturais, não apenas para o Poder Judicial para a produção de ***justiça-nas-decisões***, mas também ao Poder Legislativo para a elaboração de ***justiça-nas-leis***. Por outro lado, é o Juiz Natural e constitucional, mediador e pacificador social em qualquer Estado Democrático de Direito a autoridade

²⁴² **HÖFFE**, Otfried. *Derecho Intercultural, op. cit.*; **BARCELLONA**, Pietro. *Alzata com pugno. Dentro la crisi dela sinistra, op. cit.*.

competente para definir as bases ético-jurídicas para o caso concreto e o raciocínio e a forma de decisão judicial que sustento dariam ao julgador condições de decidir com **justiça-nas-decisões** baseado em parâmetros concretos e objetivos. Além disso, a ONU, a UNESCO a OIT em muitas de suas Convenções e Tratados, e muitos Tribunais Constitucionais²⁴³, em suas sentenças constitucionais, já têm utilizado alguns critérios objetivos, todavia de forma assistemática e com isso, efetuado definições e caracterizações que tais, em nada violando direitos. Ao contrário, assegurando-os, aplicando-os aos casos concretos.

f. – “Quem decide quando se produz um ato que perturba essas bases?”²⁴⁴,

RESPOSTA: Normalmente quem decide isso é o próprio interessado, vítima do ato ilícito, ou a família da vítima, ao procurar o acesso à justiça nativa ou à justiça ocidental ou estatal e submeter a questão a alguma jurisdição, apontando a existência do ilícito civil ou penal ocorrido e requerendo o amparo do Poder Judicial respectivo, ou da comunidade, ou da jurisdição ordinária. A sua alegação será objeto de apreciação e análise. Além disso, o Juiz Natural constitucional, como mediador e pacificador social pode exercer, com legitimidade constitucional e eficácia jurídica, esse papel de justo solucionador de conflitos sociais.

g. – “Quem ou o que é moralmente “superior” para isso, sem cair no absolutismo decisório²⁴⁵ schmittiano?”

²⁴³ Tribunais Constitucionais da Bolívia, Colômbia e Guatemala têm decidido de modo a considerar válidas as diferenças de identidade cultural, preservando assim, o direito a uma cultura distinta da ocidental e à manutenção de seus hábitos, máximas, costumes e experiências, inclusive no que concerne ao direito penal, desde que não se oponham a Valores Éticos Universais e, como reafirmo, tampouco ofendam ao Valor Ético Universal **Magno de Preservação da Vida e da Humanidade**.

²⁴⁴ **SINGER**, Peter Albert David. *Un solo mundo. La ética de la globalización*, op. cit.; **ULRICH BECK** “De vecino a judío”. Em, *La democracia y sus enemigos*, op. cit..

²⁴⁵ Vide **PORTILLA CONTRERAS**, Guillermo. *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, op. cit.; e **CABALLERO HARRIET**, Francisco Javier. *Algunas Claves para Otra Mundialización*, Ed. FUNGLODE – Fundación Global Democracia y Desarrollo, 1ª edição, Santo Domingo, 2009, 308 páginas; Ambos, **PORTILLA** e **CABALLERO**, com objetivos distintos, entretanto, comungam da mesma compreensão de que o neoliberalismo sustenta e modifica a estrutura do sistema de direito, atingindo a própria sociedade como reflexo desse sistema econômico. **PORTILLA**, demonstra em sua

RESPOSTA: Para esta resposta, com toda a licença possível, não se trata de ser eticamente “**superior**”, na visão absolutista e impertinente de Carl Schmitt, mas de aplicação de valores que garantam **a permanência da Vida como Maior Valor Ético Atemporal e Universal à Humanidade** e de todos os tipos de Vida e demais valores éticos dele decorrentes. Para isso, projetam-se nos povos aspirações na construção de Estados Democráticos de Direito que na verdade se constituem em valores mutáveis ao sabor dos interesses neoliberais e consoante uma ética econômica, não preocupada com o tema social, porém humana. Exsurge uma ética, complementar à econômica, dita ‘da segurança estatal’, advinda do 11 de setembro que atingiu a América do Norte e, indiretamente, a Europa, submetendo os direitos fundamentais a restrições ignominiosas. Se o fim maior é a aplicação de valores éticos universais e atemporais, que tem na **Preservação da Vida e da Humanidade** o seu principal fundamento, pode-se até mesmo reconhecer a existência de diferenças e as momentâneas disparidades ou desigualdades econômicas existentes, seja entre países, ou mesmo entre classes num mesmo país, mas deve-se lutar para mitigá-las, reduzi-las ou eliminá-las em busca da realização dos valores éticos universais, descendentes daquele valor ético universal maior, como dele descendem os de **Convivência com igualdade de direitos e oportunidades**, do **Respeito às diferenças de qualquer tipo ou espécie**, o **Direito à autodeterminação dos Povos**, e do **Direito à obtenção de um trabalho legítimo e lícito para a sua própria sobrevivência e aperfeiçoamento**. Não se trata de implantação de ideologias, mas de valores universais que devem ser perseguidos e praticados por todos os povos do

obra que o direito penal se constitui como reflexo dessa imposição econômica em formulação ideológica do Estado, utilizando o instrumento jurídico do sistema de coerção. **CABALLERO**, o afirma no mesmo sentido, porém utilizando a constituição de u’a macrovisão e, com isso, sugerindo a necessidade de um câmbio de cultura e de atitudes sociais e econômicas que acabariam por exigir uma reestruturação do sistema de direito. Ambos reconhecem que o neoliberalismo econômico é pernicioso à Cidadania e à preservação e proteção aos Direitos Humanos. Porque interessa ao neoliberalismo econômico sustentar a forma como o sistema jurídico se apresenta para manutenção do **status quo**, deixando em dado momento de viabilizar democracia em favor da ‘democracia’ de mercado. Em outro momento, porque igualmente o neoliberalismo econômico exige ao sistema de direito a transformação e lhe impede uma atuação –diria eu- de **justiça-nas-decisões**, no sentido de que ele –neoliberalismo econômico- impõe a exigência de aplicação formal da lei, sendo irrelevante se justa ou injusta, mas desde que mantenedora de segurança ao Estado. Para uma visão mais aprofundada do tema sugiro a leitura das obras acima referenciadas nesta nota e na nota anterior.

planeta. De modo algum se conseguirá em planetaridade, paz e desenvolvimento, ou crescimento econômico, propondo-se a não-aplicação de tais valores éticos universais ou o seu desvio em favor de interesses econômicos, embora este seja o interesse de muitos grupos. Assim, o que mais importa, em qualquer sistema de direito, é a neutralidade social e imparcialidade processual do Juiz natural para o caso concreto de conflitos de interesses submetidos à jurisdição a permitir esta iusinteração de vetores naturais e dimensões culturais de que falo. A definição desses valores ou sua conceituação ou aplicação pelo juiz natural jamais se caracterizaria, na hipótese em estudo, como um “**absolutismo schmittiano**” porque o raciocínio iusinterativo (aplicação de **Vetores Naturais a Dimensões Culturais** para o estabelecimento de um juízo de valor com **justiça-na-decisão**) consideraria a cada caso, não apenas as provas da demanda, como as suas particularidades regionais e culturais, mas também aplicaria a universalidade do conteúdo de seus valores éticos universais e atemporais de molde a propor e implementar a permanência de sua atualidade.

De outro modo, respondendo a principal questão se o direito intercultural possui outras aplicabilidades que não a criminal, respondo que sim, nos temas concernentes à responsabilidade civil e às áreas relativas a obrigações, contratos, direito de família e direito das coisas.

2.3.2.2. Da necessidade de coerência intrínseca do Valor Ético Universal Magno ‘Preservação da Vida e da Humanidade’ em relação aos demais valores consequentes.

Neste particular, é importante frisar que alguns poderiam objetar que o **Valor Maior “Preservação da Vida e da Humanidade”** poderia ser aceito como tal e com isso, ainda vir a justificar todos e quaisquer atos de violência, de crueldade, de desigualdade, de injustiça sob tal pretexto, como o fizeram historicamente as invasões europeias nas Américas, as colonizações forçadas na América Latina, as Guerras de Conquista na Europa, na Ásia e na África e as invasões e guerras “cirúrgicas” contemporâneas em países do Oriente sob pretexto de uma Paz Mundial...

Isto seria inadequado e inverídico.

Ou mesmo afirmarem que o Valor Maior seria a Paz Mundial.

Sofisma e argumento falso.

A Paz Mundial embora possa ser considerado o maior valor desejado por todos (todos?) reside muito mais concretamente no âmbito de **objetivo ou finalidade** do que de **fundamento** e produz uma característica de profunda abstração porque de difícil concretização, considerando todas as regiões mundiais e suas desavenças. **A Preservação da Vida e da Humanidade** é, de evidência, um parâmetro concreto e diretivo, um **fundamento** orientador de condutas e facilmente verificável em todos os âmbitos e por isso se apresenta mais adequado a tal posição.

Na verdade, acerca dessa possibilidade de desvio de aplicação do **Valor Ético Magno** de **Preservação da Vida e da Humanidade** e qualquer tentativa de legitimação de valores econômicos anti-sociais e antiéticos fundada em valores éticos universais não passa de argumentação retórica e dissimulação ideológica neoliberal, porquanto o seu conteúdo ético não resiste à menor comparação com a realidade ética mediante um razoamento iusinterativo (de Vetores Naturais e de Dimensões Culturais).

Pode-se indagar: “- *Como identificamos uma conduta ética? Como saber que ela -a conduta- corresponde ao sustentado eticamente?*” E respondo que é o bastante verificar se o que foi afirmado oralmente pelo interlocutor ou orador – ou seja, suas palavras e comprometer-se assumidos- guardam coerência e obediência às suas ações ou prática social. Se ainda assim a ação é prejudicial de algum modo tem-se que compará-la em proporcionalidade ao cumprimento do Valor Ético Magno “**Preservação da Vida e da Humanidade**”, indagando-se se as ações referidas apóiam, incrementam ou desenvolvem tal **Valor Magno** ou se o ofendem direta ou indiretamente, ou seja, se isto é conduta ética, não importa se de natureza pessoal, política, jurídica, econômica, médica, contábil ou outras. Já a ilicitude da conduta decorre do grau de reprovabilidade e não-permissão social à conduta em conjunto com a proteção aos valores éticos universais, levando igualmente a uma vulneração direta de um valor ético.

Assim, o **valor ético universal Magno “Preservação da Vida e da Humanidade”** guarda em si uma necessidade objetiva intrínseca de coerência com os valores que dele descendem e reciprocamente se referem reafirmação

e validade. O contrário implica a sua própria e nítida violação. Por exemplo, é claro, pois, que por mais que se afirme que uma *jornada de trabalho excessiva de 14 –quatorze- horas ininterruptas* pode ser argumentativamente sustentada como válida e lícita, arguindo-se aplicável o *valor ético de direito ao trabalho e à sustentabilidade econômica da vida do trabalhador*, isto consiste apenas um argumento retórico que não resiste à comparação com o **Valor Ético Magno de Preservação da Vida e da Humanidade**, porque o fenômeno social praticado, e em apreciação judicial –o *trabalho ininterrupto em jornada excessiva de 14 (quatorze) horas-*, ainda que totalmente remunerado, é amplamente violador e ofensivo ao **Valor Magno**, e da Vida Humana e sua continuidade longa, bem como àquele referente à **proteção à saúde do trabalhador**, não importando estar ou não positivado em um ordenamento jurídico, porque fere os valores éticos de medicina, saúde e higiene do trabalho, que por serem especiais ao trabalho, são igualmente universais.

É de evidência cristalina, portanto, que um valor universal referente à **eficácia**²⁴⁶ **do mercado**, no sentido neoliberal, aqui entendida como a *plena adequação tecnológica e das finalidades de seres e coisas ao consumo e ao mercado* neoliberal, do qual decorre fatalmente uma exclusão sócio-econômica dos hipossuficientes ou daqueles de menor poder econômico, ainda que de certo modo se argumente que viria a ‘*preservar a vida e a humanidade por uma seleção natural*’, **certamente viola** este **valor ético universal magno** porque acirra as contradições econômico-sociais, criando uma hipertrofia de desigualdades e diferenças, em perfeita violação à ‘**Preservação da Vida e da Humanidade**’, e assim sucessivamente, demonstrando-se, neste caso, a clara contradição entre valores éticos e econômicos e a necessidade de predominância do Valor Ético Universal **Magno** e aqueles outros hierarquicamente dele consequentes. De outro modo, exige-se, inexorável e obrigatoriamente, a coerência intrínseca de **identidade e finalidade**, e a adequação a **tempo e lugar** entre o **Valor Ético Universal Magno** e seus descendentes.

²⁴⁶ **CABALLERO HARRIET**, Francisco Javier. *Algunas Claves para otra Mundialización*, Ed. FUNGLODE-Txalaparta, 1ª. edição, Navarra, 2010.

2.3.3. Os valores éticos universais descendentes do Valor Ético Universal Magno de 'Preservação da Vida e da Humanidade'.

De outro modo, entendo que é possível constatar a existência de alguns **valores éticos universais** decorrentes e descendentes do **Valor Ético Universal Magno 'Preservação da Vida e da Humanidade'** que corroboram, reafirmam e fundamentam o Estado Democrático de Direito.

Cito, abaixo, **33 (trinta e três) valores éticos universais** em tentativa de **sugestão exemplificativa** em relação ao **Valor Magno**, mas **não** reciprocamente subordinatória ou hierárquica entre si²⁴⁷, para a observação judicial e para enumeração de suas possibilidade e coerência práticas tais como:

1. a convivência entre os povos, e em sociedade e solidariedade, com igualdade de direitos e oportunidades;
2. a democracia como sistema político de atuação compartilhada, interativa e equitativa de direitos, fundada na efetividade de cidadania;
3. o respeito à soberania do Estado Democrático de Direito.
4. o respeito, entre os seres humanos, às diferenças de qualquer tipo ou espécie;
5. o direito à autodeterminação dos povos a qualquer momento e sem restrições;
6. o direito à igualdade substancial, tratando-se desigualmente os desiguais;
7. o respeito à liberdade individual;
8. o respeito à liberdade de ir-e-vir;
9. o respeito à liberdade de reunião, manifestação e expressão do pensamento;
10. o respeito ao domicílio;
11. o respeito à liberdade de iniciativa e empreendedorismo;
12. o direito à obtenção de um trabalho legítimo e lícito para sua própria sobrevivência e aperfeiçoamento profissional;
13. o respeito à liberdade de exercício do trabalho legítimo, lícito e autônomo;

²⁴⁷ Em relação aos Valores não há hierarquia entre eles, exceto em relação ao **Valor Magno do qual todos descendem ou decorrem**. É possível que, conforme o Fenômeno social em apreciação judicial, a incidência de um valor ético universal seja maior do que a de outro para a solução do conflito. O sopesamento correto fica por conta da demonstração judicial da aplicação do razoamento iusinterativo com a comprovação e comparação dos parâmetros e elementos objetivos de cada Dimensão Cultural e de cada Vetor Natural utilizado em interação com as relações matriciais, os Juízos de Inferência e as Sete Indagações Judiciais Formativas de **justiça-nas-decisões**.

14. o direito-dever à educação;
15. o direito-dever à saúde;
16. o direito-dever ao trabalho;
17. o direito ao juiz natural, competente e insuspeito;
18. o direito de acesso à jurisdição (ao Poder Judicial);
19. o direito ao contraditório e à ampla defesa;
20. o direito ao devido processo legal ou o direito ao devido processo;
21. o direito à imparcialidade judicial;
22. a liberdade de contratar;
23. a ética e a boa-fé como pressuposto de conduta;
24. o dever de não locupletar-se ilicitamente;
25. o dever de manter o equilíbrio nos contratos e a proibição de ônus excessivos a um dos contratantes;
26. a preservação da autonomia da instituição familiar, seja de que natureza se apresente;
27. a função social da propriedade;
28. a economia das formas e dos atos de procedimento;
29. a subordinação da atividade administrativa aos preceitos legais;
30. a proteção à rápida circulação e à distribuição de riquezas a todos;
31. a proteção à crescente formalização de crédito;
32. a exigência de justa causa e licitude nos negócios jurídicos;
33. o cumprimento dos pressupostos da responsabilidade civil e penal para sua exigibilidade.

De toda evidência que existem tantos outros valores éticos que aqui eventualmente não foram nominados, e cuja ausência não significa atribuir menor importância a eles e tampouco qualquer dificuldade de aplicação do lusinterativismo, ou Direito Interativo, que sustento.

Na verdade, como a prática desses valores, vale dizer, a sua defesa e exercício efetivos, decorrem clara e expressamente do **Valor Universal Magno ‘Preservação da Vida e da Humanidade’**, e a garantia de sua proteção, assegura todos os direitos que dele são oriundos, torna-se mais evidente ainda que a presença e a incidência desses Valores Éticos Universais no auxílio da solução do conflito em exercício do tridimensionalismo dinâmico **tem de ser**

concreto, é dizer, relativo e específico ao Fenômeno social sob apreciação judicial e é essa análise judicial que determina a hierarquia de aplicação de cada valor ético universal segundo a sua **necessidade, adequação e utilidade**²⁴⁸ ao fenômeno social em estudo.

Não é uma questão de iusnaturalismo como se fora uma hipertrofia de valores, tampouco de um determinismo normativista como se fosse uma relação de causa e efeito entre o fato e a norma, mas sim, de fenomenologismo (aplicação fenomenológica da Norma, dos Fatos e dos Valores mediante a interação com Vetores de Identidade, Tempo, Lugar e Finalidade).

É uma questão de existência decorrente de interação relacional e intersubjetiva de cidadãos por meio da essência de suas próprias ações e relações em sociedade e sua permanência como tal. Não se admite, em lugar algum, que as atitudes éticas tomadas possam ser compreendidas no sentido da destruição ou morte de outrem.

Por exemplo, a **guerra** ou a **declaração de guerra** é um recurso extremo e irracional, ainda que se possa afirmá-lo conscientemente decidido, porque submete o planeta, ou grande parte de suas regiões, a uma situação de violência absurda e letal, na maioria das vezes dependente de interesses econômicos ou de razões políticas de manutenção ou conquista de poder, de mercado, ou de superioridade hegemônica, planetária, hemisférica ou regional. A sua declaração deve ser profunda e extensamente sopesada em compartilhamento com a população, principalmente nos dias atuais em que a intercomunicação global é instantânea e ocorre em tempo real, se é que se deseja por, em prática, um Estado Democrático de Direito.

Do contrário, é evidente o descumprimento do **Valor Ético Universal Magno** e de muitos outros dele descendentes, constituindo-se uma insegurança generalizada e um *status* manifestamente antidemocrático.

3. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 4.

3.1. A utilização do método do razoamento iusinterativo pelo juiz natural implica a exata identificação jurídica do **fenômeno social** em conflito (*vetor*

²⁴⁸ Vide neste trabalho, o Capítulo 9, itens 2.1. Necessidade, 2.2. Adequação e 2.3. Utilidade.

identidade), a sua temporalização adequada em relação à **norma vigente** e aos **valores éticos universais** aplicáveis (*vetor tempo*), a localização desse fenômeno no âmbito geodésico e ôntico-cultural (*vetor lugar*) e a análise da finalidade de sua ocorrência na sociedade e no ordenamento jurídico (*vetor finalidade*) da mesma forma como, por exemplo, realizado pela Audiência de Navarra.

3.2. Para os caso concretos mencionados neste capítulo relativos: **a)** à decisão da Audiência de Navarra cancelando o contrato de financiamento do imóvel por alteração da realidade vigente, ou **b)** à decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre a união estável homoafetiva e o Texto Constitucional de Espanha referente ao matrimônio sobre sua interpretação dirigida às relações homoafetivas, ou **c)** ao caso concreto dos direitos penais interculturais envolvendo diversas culturas e povos a técnica de aplicação dos Vetores Naturais aplica-se mediante o seguinte método iusinterativo:

- **Identidade** (de **Fenômeno social**; do **Valor ético universal**; da **Norma vigente**; da época de ocorrência; do *lugar* do evento; e da *finalidade* das dimensões culturais);
- **Tempo** (Tempo ou momento do **Fenômeno social**; *Tempo* ou momento do **Valor ético universal**; Tempo ou momento da **Norma vigente** *Tempo* ou Momento do *lugar* do evento; *Tempo* ou momento da *finalidade*; *Tempo* ou momento da *identidade* das Dimensões Culturais;);
- **Lugar** (*Lugar* do **Fenômeno social**; *Lugar* do **Valor ético universal**; *Lugar* da **Norma vigente**; *Lugar* da *finalidade*, *Lugar* do *tempo* e *Lugar* da *identidade* das dimensões culturais.)
- **Finalidade** (do **Fenômeno social**; do **Valor ético universal**; e da **Norma vigente**; *Finalidade* do *Tempo* ou momento;. *Finalidade* do *Lugar* de ocorrência; *Finalidade* da *identidade* das dimensões culturais).

3.3. O método do raciocínio iusinterativo a ser usado judicialmente para **justiça-nas-decisões** tem como fundamento não apenas a tetravetorialidade natural, mas principalmente, no âmbito das dimensões culturais, a aplicação de **valores e princípios éticos universais** em dialética de implicação e polaridade (interatividade) com o fenômeno social e a norma vigente.

3.4. O iusinterativismo, por sua técnica de interatividade e seu raciocínio iusinterativo tem o objetivo substancial de demonstrar a concretude da dimensão axiológica da justiça para os processos judiciais e igualmente o de afastar o juízo subsuntivo efetuado pelo julgador permitindo-lhe a efetivação de **justiça-nas-decisões**.

3.5. Os **valores éticos universais** constituem elemento preponderante e relevante a apontar o fundamento do conteúdo da norma tanto no seu nascedouro, como na sua manutenção, pelas épocas e lugares em que se aplicaram ou se aplicam, como igualmente são fundamentais para determinar o conteúdo do fenômeno social, se este protege um valor ético universal que deve ser apoiado e mantido no fenômeno sócio-jurídico ou se o viola e denigre, devendo ser repellido por aplicação adequada da norma ou de outro preceito mais atual, contemporâneo e instantâneo.

3.6. É possível, sim, diante da concretude, de cada caso judicial, com fundamento em valores éticos universais, em direitos fundamentais e em direitos humanos, estendidos tanto à vítima como ao criminoso, compreender a existência de um **Valor ético universal Magno, ou Maior**, qual seja a **Preservação da Vida e da Humanidade** do qual decorrem todos os outros valores éticos universais e se constituem em modelos ético-normativos orientadores ao ordenamento jurídico e à conduta dos cidadãos em sociedade.

3.7. A identificação do **Valor ético universal Magno** com o conteúdo de **Preservação da Vida e da Humanidade** não é uma invenção absolutista e schmittiana, mas ao revés um **fundamento universal ético-constitutivo** que deve ser praticado em todas as culturas, por todas as nações e estados e deve permear todas as ações, projetos, planejamentos, políticas e decisões tomadas, consideradas em globalidade, como forma de proteção da Vida e da Humanidade no Planeta Terra.

3.8. **A guerra** ou a **declaração de guerra** é um recurso extremo e irracional, ainda que se possa afirmá-lo conscientemente decidido, porque que submete o planeta, ou grande parte de suas regiões, a uma situação de violência absurda e letal, na maioria das vezes dependente de interesses de mercado ou de razões políticas de manutenção ou conquista de poder, de mercado, ou de superioridade hegemônica, planetária ou regional. A sua declaração deve ser profunda e extensamente sopesada em compartilhamento com a população,

principalmente nos dias atuais em que a intercomunicação global é instantânea e ocorre em tempo real, se é que se deseja por em, prática um Estado Democrático de Direito, de molde a preservar-se assim o **Valor Ético Universal Magno de Preservação da Vida e da Humanidade**.

CAPÍTULO 5

NEOCONSTITUCIONALISMO E SUPRACONSTITUCIONALISMO: A ESTRUTURA DO IUSINTERATIVISMO, SUAS RELAÇÕES INTERATIVO-FUNCIONAIS. MEIOS LÓGICOS PARA O IUSINTERATIVISMO. FINALIDADES ÉTICAS.

1. AS CONTRADIÇÕES INTERNAS DO SISTEMA IUSPOSITIVISTA E AS SOLUÇÕES VIABILIZADORAS DO IUSINTERATIVISMO.

Outro ponto de relevância para análise é aquele que se refere à uma insistência dos positivistas -eventual ou permanente, dependendo do formulador da crítica e sua teoria- em considerar a possibilidade de vida do sistema normativista ou positivista do direito no século XXI e a manutenção da erradicação de valores (ou seja, erradicação da influência axiológica no direito). Aqui, considero que há um evidente ponto crítico no sistema, um calcanhar de Aquiles pelo qual se prova a fragilidade da teoria positivista ou normativista. Explico.

É que no sistema de direito positivista também se permeia uma contradição que costuma suscitar uma crise de validade e de legitimidade constitucionais e que, por mais que seja afirmada como resolvida, pela teoria do neoconstitucionalismo, ainda permanece como um paradoxo sistêmico.

É a contradição intraconstitucional que produz questionamentos sobre as normas constitucionais ***inconstitucionais***, ou seja, aquelas insertas na Constituição que opostas a outras normas constitucionais não se sustentam, porque não se fundam em valores éticos, não estão garantidas por um direito supraconstitucional ou suprapositivo ou então não são suficientes a garantir sua manutenção no texto constitucional pelo simples confronto com dispositivos constitucionais que refletem direitos naturais.

Estou falando de valores e ainda permaneço falando sobre eles. Não é a formalidade de inserir na Constituição quaisquer valores que a eles são assegurados validade e legitimidade.

A dicção de Otto Bachof²⁴⁹ a ensinar que os valores são aplicados supraconstitucionalmente para assegurar coerência e segurança ao direito natural nas normas constitucionais é preciosa para lecionar reconhecendo que:

“(...) se uma norma constitucional infringir uma outra norma da Constituição, afirmativa de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, contrária ao direito natural (...)”,

E reafirmo, *exempli gratia*, usando os argumentos de Debora Macedo Duprat De Britto Pereira, dizendo que a norma **NÃO** se revela inconstitucional, como normalmente se costuma acusá-la ao não se fixar de acordo com a coerência constitucional. Diversamente, **se revela inválida**, não por violar a

“(...) norma da Constituição, afirmativa do direito supralegal, porém sim, por não haver, o constituinte originário, observado esse direito suprapositivo que lhe impõe estes limites. *Tal vinculação não importa em questão de inconstitucionalidade, mas sim de ilegitimidade da Constituição no que toca a esse dispositivo, e para resolvê-la não tem o Supremo Tribunal Federal*²⁵⁰ –ainda que se admita a existência desse direito suprapositivo– competência. (...)”²⁵¹

²⁴⁹ BACHOF, Otto, *op. cit.*.

²⁵⁰ Sobre existir ou não competência do Supremo Tribunal Federal para interpretar as normas supraconstitucionais e superar o eventual paradoxo existente entre normas constitucionais –embora não seja este o nosso objetivo de estudo e discussão nesta obra– destaco que em razão da Constituição Federal “Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, (...)*”, pode a Excelsa Corte Federal interpretar a norma constitucional arguida de inconstitucionalidade e declarar a constitucionalidade de uma delas, declarando inválida, a norma em oposição, para, no exercício da guarda da Constituição, vir a restabelecer a coerência lógico-estrutural da Carta Política, mas exatamente por ser seu dever constitucional ‘guardar a Constituição’, não pode decidir contrariamente a valores suprapositivos de molde a atentar contra valores éticos universais e com isso alterar a coerência e a interação entre a Constituição Federal, o sistema de direito e as interrelações com seus subsistemas. Observo que esta informação se encontra disponível no link http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

²⁵¹ DUPRAT BRITTO PEREIRA, Débora Macedo. Vice-Procuradora Geral da República Federativa do Brasil, representante do Ministério Público Federal – Procuradoria Geral da República junto ao Supremo Tribunal Federal da República Federativa de Brasil – nota 4 ao parecer emitido em 31 de maio de 2010, apresentado no processo de competência do Supremo Tribunal Federal de Brasil na *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4078 – ADI 4078-STF*, a cargo e exercício do Ministério Público Federal, para sustentar, na hipótese em análise, a existência de normas constitucionais inconstitucionais que devem ser afastadas do diploma constitucional não por serem inconstitucionais, mas sim por serem **inválidas** e

E outra não é a ideia do Professor Jorge Miranda quando ensina, e.g.:

“(...) não cremos que ocorrida qualquer forma de contradição ou de violação dessa axiologia, se esteja diante de uma questão de inconstitucionalidade, todavia, sim, **diante de uma questão que a ultrapassa para ter de ser enfrentada e resulta em plano distinto -no da Constituição-. O que não poderá haver será inconstitucionalidade: seria incongruente invocar a própria Constituição para justificar a desobediência ou a insurreição contra suas normas(...)**”²⁵²

Destarte, pode-se ver que sistematicamente, há uma preocupação com normas suprapositivas às quais alguns denominam princípios e eu denomino de **valores**, porque de **evidência comum, se antepõem aos princípios**. Estes, os valores, são princípios, mas dão prévia substância a princípios jurídicos porque não estão concomitantemente inseridos nos campos da Epistemologia Jurídica –onde se insere a Dogmática Jurídica ou Ciência do Direito- e da Deontologia Jurídica –onde se insere a Ética Jurídica- donde estes costumam ser classificados, como parte-norma e parte-dever-ser, mas sim, se localizam - **os valores**- unicamente na Deontologia Jurídica enquanto são efetivos valores éticos que preenchem os fatos ou fenômenos sociais, e as normas vigentes, e se assentam em toda a sociedade, em todos os seres humanos, não como elementos de coercibilidade e obrigação normativa, mas como fundamento de experiência, fundamento de vivência, de própria forma de organização gregária natural da vida, como também na Filosofia, sim, inseridos entre a Deontologia - o dever-ser- e a Culturologia –as diferentes culturas-.

E assim insertos como **valores éticos universais**²⁵³ –, que dão permanente sustentação ou reprovação a **fenômenos sociais** e a **normas vigentes**, nem

não satisfazerem o significado do direito suprapositivo ou supraconstitucional assegurado constitucionalmente.

²⁵² **MIRANDA**, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, volume II, Ed. Coimbra, Coimbra, 1983, página 293.

²⁵³ *Vide* nota ao item 1.4. do Capítulo 2 desta obra: os valores éticos universais bem poderiam receber a denominação de **glocais** porque de manifestação e existência **global** se perfazem de apropriação cultural **local**, formando-se o neologismo **glocal** no dizer costumeiro do *Lehendakari* (líder, presidente, comandante do País Basco) **JUAN JOSÉ IBARRETXE**.

mesmo podem, suas finalidades de aplicação, ser objeto de restrições ou limitações pelo uso, seja da razão ou de discursos argumentativistas, seja de qualquer espécie de retórica a diminuí-los ou ampliá-los em nome de coerência, de razoabilidade, de proporcionalidade ou de correção.

Poder-se-ia perguntar, em questionamento compreensível, qual seria o tipo de valor supraconstitucional a ser aplicado para solucionar esta espécie de antinomia? Certamente a qualidade e hierarquia de um **valor ético universal** e a sua extensão e alcance universais seriam as formas de resolver tal aplicabilidade, tendo como limite o caso apresentado e o pedido formulado. De certo modo, a caracterização e limitação dos valores éticos universais, próprios à causa e a serem apreciados na causa, são efetuadas pelos atores do universo processual (Autor, Réu e Juiz), quando se estabelece a ação para apreciação judicial, quando há uma causa para tanto, um ponto de litígio, um conflito de interesses ou, no dizer de Carnellutti, **uma lide**, por exemplo:

- **FENÔMENO SOCIAL – Situação de fato** envolvendo o deputado federal Natan Donadon, o qual é condenado na Ação Penal nº 396 - RO²⁵⁴, mediante decisão transitada em julgado²⁵⁵, pelo Supremo Tribunal Federal pela prática dos crimes previstos nos arts. 288 e 312 c/c arts. 29 e 69, todos do Código Penal (*crimes de formação de quadrilha e de peculato, em concurso material e*

²⁵⁴ STF - Ação Penal 396 oriunda do Estado de Rondônia (AP 396 – RO) vide decisões no link disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2316196> produzindo a seguinte ementa da decisão: “**Decisão:** O Tribunal, por maioria, resolveu a questão de ordem suscitada pela Relatora no sentido de reconhecer a subsistência da competência do Supremo para a causa, contra o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio. Por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, rejeitou todas as preliminares alegadas pelo réu. Por maioria, o Tribunal julgou procedente a ação e reconheceu a prática dos delitos previstos nos artigos 288 e 312 do Código Penal, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), que absolvía o réu pelo crime do artigo 288. O Tribunal condenou o réu às penas de 11 (onze) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 66 (sessenta e seis) dias-multa, pelo crime de peculato, e de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão pelo crime de quadrilha, num total de 13 (treze) anos, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 66 (sessenta e seis) dias-multa, em regime inicial fechado, vencidos, quanto à fixação da pena pelo crime de peculato, a Relatora e os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que aplicavam a pena de 13 (treze) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 230 (duzentos e trinta) dias-multa, e o Presidente, que aplicava a pena de 11 (onze) anos 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 66 (sessenta e seis) dias-multa, sem prejuízo das demais cominações constantes do voto da Relatora. Não votou no mérito e na dosimetria da pena o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelo Ministério Público, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos e, pelo réu, o Dr. Bruno Rodrigues. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 28.10.2010.”

²⁵⁵ A expressão “decisão **transitada em julgado**”, ou “**coisa julgada**”, ocorrida na Ação Penal 396 –RO – STF, para o ordenamento jurídico brasileiro tem o mesmo sentido da expressão “decisão **firme**”, em espanhol, aquela que não mais possa ser modificada judicialmente e da qual não caiba mais qualquer recurso ou inconformidade por qualquer das partes envolvidas na causa.

de pessoas). A Constituição Federal brasileira é expressa em considerar que a condenação criminal transitada em julgado (sentença **firme**) é hipótese de perda de mandato parlamentar, nos termos do seu artigo 55, inciso VI²⁵⁶: Em razão disso, a Corte Suprema entendendo de aplicar o §2º do artigo 55, CF/88 afirma que a sua cassação²⁵⁷ deve ser ultimada pela Mesa da Câmara Federal e votada naquela Casa Legislativa. A Câmara procede à votação em sistema de voto secreto e o deputado apesar de condenado e preso, **NÃO** é cassado pela Câmara dos Deputados, vale dizer, esta, por maioria de votos, decide não determinar a perda do mandato do deputado, criando-se com isso uma situação inusitada de ter-se no ordenamento jurídico brasileiro um condenado, cumprindo pena restritiva de liberdade com exercício pleno de direitos políticos, configurando-se a seguinte situação de um deputado, na ativa, arrestado em condição prisional, em expressa violação constitucional.

- **A QUESTÃO JURÍDICA – A Situação jurídica paradoxal** surge. Se é deputado, exerce direitos políticos; se é preso, com condenação firme, transitada em julgado, ocorre a perda compulsória do mandato parlamentar e a suspensão de seus direitos políticos pelo tempo de prisão, não podendo exercê-los. Qual a antinomia axiológica e constitucional? É claro que reside na contradição entre o valor liberdade individual do representante político de exercer seu mandato e seus direitos políticos e o interesse público e social em se ter alguém que, condenado pela Suprema Corte com decisão **firme** e transitada em julgado, por comprovada e julgada malversação de patrimônio ao Erário e de dinheiro público, não venha mais a exercer funções públicas, até mesmo em proteção ao próprio patrimônio do Estado. Então, o que deve prevalecer? Qual a forma de solução desse conflito?

- **A SOLUÇÃO - A solução iusinterativa** está na evidente hierarquia axiológica que brota da finalidade do Valor ético universal a ser protegido para o Fenômeno social que se pôs, qual seja, o reconhecimento de valores

²⁵⁶ Constituição Federal brasileira de 1988, artigo 55, inciso VI, que diz: “(...) **Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...) VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.**(...)” http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

²⁵⁷ Diz a Constituição Federal no seu **Art. 55 (...) - § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013)**. O termo **cassação** no direito brasileiro significa a perda compulsória do mandato parlamentar.

supraconstitucionais de prevalência do interesse público e que se põem acima dos direitos políticos de natureza individual do deputado federal –já retirados pela condenação **firme (transitada em julgado)** da Suprema Corte- e que se constitui, certamente, em um direito supraconstitucional e suprapositivo às normas regulamentares do Congresso e da Constituição, embasado em **dois valores éticos universais** que são:

- a. a proteção e defesa ao Erário (patrimônio público);**
- b. o reconhecimento e respeito às decisões transitadas em julgado (firmes) do Poder Judiciário.**

Tal situação obrigou a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados a realizar uma segunda votação sobre a cassação do mencionado deputado federal, ao argumento de que a primeira reunião havia sido realizada sob um viés inconstitucional da prática do voto secreto (o disposto normativo e a prática constitucionais para tais hipóteses é o voto aberto) de molde a permitir-se, com o voto aberto, o conhecimento de toda a Nação brasileira, ocasião em que definitivamente o deputado federal teve o seu mandato definitivamente cassado, para o bem do serviço público.

O argumento utilizado pela defesa do deputado de que ao cassarem seus direitos políticos estavam retirando o direito de representação de seus eleitores não logrou êxito pela óbvia falsidade, inerente ao argumento utilizado em contraposição, de que seus eleitores não lhe haviam transferido o mandato parlamentar -e nem poderiam fazê-lo- para cometer ilicitudes ou improbidades como o desvio e apropriação privada de dinheiro público.

Observo que, para a hipótese mencionada, o Valor ético universal “**Respeito ao patrimônio e interesse públicos**” deve se sobrepor a qualquer interesse particular, em nome do **valor ético universal “primado do interesse público sobre o privado”**, não se justificando qualquer entendimento em contrário. Argumentativamente a tese da defesa do deputado acusado seria interessante porque tentava desfocar as atenções do evento (ou acusação) principal (a malversação de dinheiro público e a quebra-de-confiança em relação ao objetivo do mandato conferido pelo eleitorado) para a sua base (a representação popular advinda da eleição) cuja ocorrência (a

representatividade popular) não confere legitimidade à prática de qualquer ilícito ou delito, por quem quer que seja. Assim, sustento que, mesmo à **eventual inexistência de norma jurídica** específica sobre o tema, a utilização do **Razoamento lusinterativo** aprimora, aperfeiçoa a aplicação dos **Valores éticos universais** incidentes sobre o **Fenômeno social** em apreciação de e por meio da técnica interatividade (Vetores Naturais e Dimensões Culturais) a estabelecer **justiça-na-decisão**.

Por outro lado e em verdade, as argumentações ou técnicas retóricas tendentes a solucionar tais questões, pelo pensamento iuspositivista (normativista, formalista ou argumentativista) se traduzem em verdadeiros meios de encobrir os reais valores ético-jurídicos aplicáveis, reais tentativas de justificação de interesses pessoais, de justificações ideológicas para os casos concretos nos fenômenos que se desnudam ante a aplicação de vetores naturais interativamente às dimensões culturais $[V(i.t.l.f) + F(i.t.l.f) + N(i.t.l.f) = J$ (Justiça)]²⁵⁸ para o FENÔMENO social em análise judicial.

De outro modo, para entender-se melhor como é construído o sistema racional e paradoxal do iuspositivismo, veja-se o razoamento e a argumentação de Maccormick²⁵⁹ no preâmbulo de seu livro, tentando demonstrar que a razão é o método para resgatar a aplicação exata da lei, em uma visão pós-normativista, vem a considerar que a argumentação jurídica, deve ser compreendida como ramificação da argumentação prática que se põe como método para a aplicação da razão por parte dos seres humanos para decidir qual a forma correta de conduzir-se em situações nas quais se deve escolher algo.

Para demonstrar a total inaplicabilidade e a evidente anti-eticidade da visão argumentativista basta-nos verificar este trecho exemplar do pensamento maccormickiano²⁶⁰, senão vejamos:

“(...) **Subjacente ao objetivo prático da**

²⁵⁸ A expressão formular que apresento traz a seguinte equação lógica de *identidade, tempo, lugar e finalidade* em função do VALOR que relacionado à *identidade, tempo, lugar e finalidade* em função do FATO que relacionado à *identidade, tempo, lugar e finalidade* da NORMA, resulta em **justiça-nas-decisões**. Donde as **DIMENSÕES CULTURAIS** são **V, F e N = VALOR, FATO e NORMA**; donde os **Vetores Naturais** são **i,t,l,f = identidade, tempo, lugar e finalidade** formando o **RAZOAMENTO IUSINTERATIVO** para a análise do **FENÔMENO judicial e a prática efetiva, como já dissemos, da justiça-nas-decisões**.

²⁵⁹ **MACCORMICK**, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, tradução de Waldéa Barcellos, Ed. Martins Fontes, 1ª ed., São Paulo, 2006, 381 págs.

²⁶⁰ **MACCORMICK**, Neil., *op. cit.*, páginas 18 e 19.

persuasão, existe, ao que me parece, **uma função** de justificação, pelo menos **de justificação ostensiva(...)** (...) **Em todos os momentos** de um processo semelhante, **a falta de sinceridade é uma possibilidade evidente**: um **advogado experiente pode conseguir convencer um juiz de que uma reivindicação que ele próprio não considera válida está justificada nos termos da lei. Um juiz pode** (como ficamos sabendo **com bastante frequência**) **dar uma sentença favorável a uma querelante com um rostinho bonito ou proveniente de determinada classe social**, na realidade porque gosta do rosto ou da classe (ainda de modo mais insidioso, por um preconceito favorável ao rosto ou à classe), mas ostensivamente pelas razões que apresentar para sua decisão, et coetera e tal... **(segue-se um encadeamento cuidadosamente elaborado e ostensivamente impecável de razões de cunho legal para a sua decisão. Assim pode acontecer; assim, às vezes, quase com certeza deve acontecer.(...))**

“(...) Logo, **a noção essencial é a de dar** (o que se entende por, e é apresentado como) **boas razões justificatórias em defesa de reivindicações ou decisões. O processo que vale estudar é o processo de argumentação como processo de justificação (...)**”(os negritos não estão no original)

Observe-se, neste argumento de Maccormick, a evidente necessidade de que se efetue mitigação da discricionariedade judicial e da aplicação de sua subjetividade para o processo. Ao contrário, não digo que não deva existir subjetividade judicial e tampouco discricionariedade, mas sim, que ela se apresente limitada ao objeto do processo mediante parâmetros objetivos a ele –processo- inerentes e demonstrados efetivamente no razoamento judicial interativo, ou como denomino, iusinterativo. Usando-se o método iusinterativo,

o julgador chegará a maior isenção de julgamento e apresentará uma decisão, de tal maneira ampla e interativa para o direito a ser aplicado que dificilmente será reformada, se vier a considerar também todos os elementos do iusinterativismo.

Por outro lado, para o que sustento, é importante este comentário de Maccormick. Demonstra-nos uma preocupação com a sinceridade das argumentações enquanto métodos que são de justificação ostensiva de interesses. Os instrumentos dessa justificação ostensiva são a razão e os argumentos. Porém, em contrapartida, evidencia a total despreocupação, o total desinteresse com a obtenção de **justiça-nas-decisões**, admitindo-se, subliminarmente, até mesmo a criação, com base em sofismas argumentativos, de uma espécie de justiça em inversão de valores, ou como se o Poder Judiciário fosse –como o tem sido- o desembocadouro de belas e bem apresentadas justificações de interesses por hábeis mandatários especializados em retórica e procedimentalismo, ou ainda que viesse a gerar uma prevacente decisão fundamentadamente antiética e, por isso, injusta ao afirmar textualmente que “**o que vale estudar é o processo de argumentação como processo de justificação**”. Certamente esta não é a finalidade constitucional do Poder Judiciário e tampouco o método mais apropriado para a distribuição de **justiça-nas-decisões**.

Para mim, usando em parte o conceito de Maccormick, porém, conceituando por meus termos, **compreendo que todo o argumento jurídico é uma justificação ostensiva de um fenômeno social em busca de uma valoração que fundamente a aplicação da norma no sentido do interesse de seu formulador**. Não se procura aplicação e distribuição de justiça. Esta é a função do **juiz natural**. Observe-se que Maccormick utiliza, para o caso, a interação da tridimensionalidade de Reale, mas sem preocupação de aplicação de justiça²⁶¹.

²⁶¹ Deixo claro que **MIGUEL REALE** ao criar a Teoria Tridimensional do Direito certamente não esgotou o assunto, mas teve o imenso mérito e brilhantismo de construir uma visão de integração do sistema de direito e todas as suas facetas sociais, superando o tridimensionalismo abstrato e admitindo que o resultado da aplicabilidade conjunta e simultânea de suas três dimensões (**Fenômeno social, Valor ético e Norma vigente**) seria a **Experiência Jurídica**. Reafirmo, por outro lado, tentando agregar à Teoria Tridimensional do Direito ideias, conceitos e teoria novos, que a interatividade das Dimensões Culturais de Reale (**Fenômeno social, Valor ético e Norma vigente**) com os Vetores Naturais (**identidade, tempo, lugar e finalidade**) que proponho, gera o iusinterativismo e, quando aplicada, resulta em **Justiça-nas-**

Por outro lado, o embasamento em argumentos demonstra que, ainda assim, somente baseados em argumentos, eles podem existir, verdadeiros ou falsos. O argumento que se enquadre nas Dimensões Culturais (FENÔMENO ou FATO social, VALOR ético universal e NORMA vigente) em interação com os Vetores Naturais (*identidade, tempo, lugar e finalidade*) certamente se configurará como verdadeiro se o compararmos ao FENÔMENO social em apreciação judicial. Exceto, é claro, se partir de uma análise fenomenológica falsa, com apresentação à jurisdição de evidente falseamento de dados e desvio de informações,²⁶² o que será facilmente detectável por meio da própria interação dos Vetores Naturais em aplicação ao Valor ético universal, tendo como parâmetro a Norma vigente e a comparação ao Fenômeno social em análise judicial. Ao contrário, partindo de uma análise fenomenológica verdadeira –e isso novamente é fácil de constatar- sua configuração exata aos Vetores Naturais e às Dimensões Culturais, em iusinterativismo, reafirmo, levará à **justiça-nas-decisões**.

Por outro lado, e bem a propósito, verificamos que a NORMA pode ser positivada como o argumentava Kelsen e seu objetivo de regulação estar contido em sua essência, no entanto, isto **Não Permite Certeza** quanto a uma aplicação atualizada e não anacrônica da lei, para ser suficiente à solução do conflito.

Vamos procurar entender da seguinte maneira: **existem quatro formas de considerar uma decisão legitimada para o sistema jurídico positivista:**

- 1) **Legalista ou formal:** cuja a validade está assentada na simples visão normativista e kelseniana de subsunção da norma ao fato ou fenômeno social enquanto inserta na tipificação normativa;
- 2) **Coerente ou adequada:** segundo Peczenik e Perelman²⁶³, a hipótese em que a situação e o fenômeno social são perfeitamente recebidos

Decisões.

²⁶² Aqui não se apresenta qualquer fragilidade do sistema iusinterativista. Pelo contrário, demonstra-se que o sistema se baseia na **interatividade**, reside na constante correção de informações, na dinâmica aquisição de informações exatas e corretas, porém de modo amplo, genérico, com **instantaneidade, participação, multidirecionalidade e permutabilidade**, efetivamente brindando-nos perfeitamente com um resultado em **justiça-na-decisão**.

²⁶³ **PERELMAN**, Chaim. *Ética e Direito*, tradução de Maria Ermantina Galvão, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002, páginas 157-158, em que o autor afirma que o conceito de justiça somente se pode estabelecer mediante critérios definidos em lei e de conformidade com o auditório ao qual será ela dirigida. Para o meu entender, nesta teoria de Perelman não se busca a consecução de um conceito de

pelo ordenamento jurídico, normativa ou consuetudinariamente por todos os seus elementos considerados na lei ou por uma admissibilidade apriorística de seus tipos jurídicos formulando a coerência entre os fatos e as previsões legais;

- 3) **Razoável ou proporcional:** em um conflito entre situações ou fenômenos sociais de difícil solução, a razoabilidade como aplicação de uma decisão proporcional aplicando a norma de modo equivalente a ambas as partes ou interpretando a lei sob o aspecto de uma solução aparentemente equilibrada, mas sem solucionar verdadeiramente o conflito;
- 4) **Correta:** segundo o raciocínio de Rawls e de Alexy²⁶⁴ como fundamento de razões jurídicas e argumentos acordes com os textos de lei, perfazendo-se a correção da interpretação judicial como tal consequência.

Estas são as maneiras pelas quais McCormick²⁶⁵ afirma e caracteriza a ideia de que a razão, enquanto método de apreensão da realidade, por vezes a sustentar **argumentos de coerência** (para se aplicarem os textos da ordem jurídica), por outras, **argumentos de razoabilidade** (a se aplicarem princípios de proporcionalidade), e por algumas outras, **argumentos de equidade e de correção** (a ser aplicada a comutatividade de que falam distinta e respectivamente Rawls e Alexy), ou ainda em conceitos (o conhecer) e ideias (o pensar) neoconstitucionalistas, todos em tentativas de identificação de fatos ou fenômenos sociais, compreensão de valores, e justificação de decisões vêm a tentar justificar uma decisão **justa**, mas, em verdade, justificam, como já

justiça-nas-decisões, por meio do qual se deveria relativizar o **Fenômeno social** mediante parâmetros geodésicos (tempo e lugar) e ônticos (identidade e finalidade) dos **Vetores Naturais** para aplicação aos **Valores Éticos** incidentes no **Fenômeno Social**, consideradas as **Normas Vigentes**. Diferentemente do iuspositivismo que se funda no texto e no produto legislativo emitido pelo legislador e assim limitado, a Escola da Retórica de Perelman se vincula ao mesmo texto, mas com a finalidade de convicção e objetivos definidos pelo Orador em direção ao Auditório, ou como dir-se-ia em outras palavras, pelos argumentos do líder em direção ao grupo ou à sociedade tendo como base a norma vigente. Ainda assim não se provoca e tampouco se realiza *justiça-nas-decisões*. Pode-se explicar a realidade ocorrida em muitos casos, porém acaba-se explicando o fenômeno social em conformidade com um argumento excludente do líder ou orador, mas não se a transmuda ou a altera em direção à *justiça-nas-decisões* sem o uso do iusinterativismo.

²⁶⁴ **RAWLS**, John. *Justiça como Equidade- Uma Reformulação*, tradução de Claudia Berliner, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003, 306 págs.; **ALEXY**, Robert. *Giustizia come correttezza*, op. cit..

²⁶⁵ **MACCORMICK**, op. cit., págs. 21 e 22, *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, tradução de Waldéa Barcellos, Ed. Martins Fontes, 1ª ed., São Paulo, 2006.

disse, uma decisão ou coerente, ou razoável, ou adequada, ou correta.²⁶⁶

Todavia, estas qualificações não são suficientes a garantir ao cidadão uma aplicação ou distribuição de **justiça-nas-decisões**.

Afirmo veementemente que tais qualificações baseadas em qualquer teoria, ou ao contrário, qualquer teoria que desenvolva uma conclusão que leve ao uso destas características a dizer que uma decisão **é justa** porque ou é coerente, ou é razoável, ou é adequada, ou é correta **está estabelecendo e construindo uma realidade mentirosa, falsa, falaciosa**, ainda que bem fundamentada em razoamentos lógicos!!! E por quê? Porque necessariamente não estabelece correlação com todos os **valores, fatos e regras** envolvidos e tampouco todos os vetores de *identidade, tempo lugar e finalidade* aplicáveis a tais dimensões culturais, acabando por fundar-se em ampla discricionariedade e subjetividade judiciais. Isto **é puramente verdadeiro**.

Portanto, uma **DECISÃO JUSTA OU IUSINTERATIVA (=entenda-se, que aplicou o iusinterativismo)** é uma decisão sim:

- a. **COERENTE** (do ponto de vista ético e moral, não necessariamente LEGAL, mas aplicativa do **razoamento iusinterativo**);
- b. **RAZOÁVEL** (não necessariamente expressa, como no iuspositivismo, uma mediedade, nem necessariamente uma proporcionalidade, porém atribui o direito a quem verdadeiramente o mereça ou detém ou deveria deter, em prática de Vetores Naturais e Dimensões Culturais interativamente),
- c. **ADEQUADA** (porque expressa uma adequação a princípios e VALORES contidos na Ordem Jurídica, inclusive e principalmente, suprapositiva e iusinterativamente); e
- d. **CORRETA** (porque demonstra que seus argumentos estão conduzidos a uma solução de interação com argumentos baseados em Dimensões Culturais e Vetores Naturais, em aplicação do Razoamento Iusinterativo, e não simplesmente razoamentos baseados em argumentos de todo o

²⁶⁶ O termo **correção** para **ROBERT ALEXY (Richtigkeit)** (*op. cit.*), decomposto, como o fazia **NIETZSCHE**, é a qualidade do **co-reto** (deste modo escrito, ou seja, **também reto= que é exato, que não se torce ou não se verga**), quer dizer, aquilo que se põe **direto (do Latím, de rectus = que não se desvia, que levou a directus)**, a qualidade do que é **reto**, de modo **reto**, sem desvíos, até o final de sua proposição em um sentido, compreensão ou determinação, por um argumento ou fundamento, que busca a satisfação do interesse de alguém. Não há **CONCERNÊNCIA** com a **JUSTIÇA**, mas sim com a **RETIDÃO!**

tipo a dar à decisão um sentido de correção meramente lógica, senão mediante a aplicação da lusinteratividade, a qualidade de interação para os fundamentos social, axiológico, normativo, cronológico, geográfico, teleológico e psicológico e, neles todos, incrustado, obviamente, o fundamento lógico.

Por isso, é importante dizer que, *ab initio*, seja em Kelsen, em Maccormick, em Alexy ou em qualquer teoria de outro jurista (Dworkin, Perelman ou H. L. A. Hart, por exemplo), que não há qualquer dúvida de que a razão trabalha com o processo de definição de escolhas ao ser humano, sendo a argumentação o meio concreto de se utilizar o método racional para organizá-las em prioridades e segundo interesses, seja baseado na argumentação prática ou jurídica, seja baseado nos processos dedutivo ou indutivo, ou dialético ou interativo de compreensão.²⁶⁷ Todavia, para uma compreensão judicial, que se deseja imparcial, tampouco parcial no processo (não sustentada, na demanda processual, por nenhuma das partes), para formulação de uma decisão justa, o método racional, por seus instrumentos argumentativos, deve utilizar o **Razoamento lusinterativo** em virtude de sua completitude de abordagem do **fenômeno**.

Por outro lado, devemos compreender que para a formulação da razão, todas as coisas, insertas no mundo, têm valores naturais, vale dizer, valores que, ainda que se manifestem na natureza, se expressam de acordo com sua própria existência e essência de entrelaçamento, de interação, sejam coisas ou seres, animados ou inanimados, corpóreos ou incorpóreos, minerais, vegetais ou animais, características apreendidas enquanto sujeito ou objeto de qualquer relação, principalmente humana, na qual faz diferir a Humanidade, enquanto

²⁶⁷ Quanto a processos metodológicos de pesquisa ou investigação científica ou de elaboração de ideias ou teses é importante considerar que a aplicação de um método puramente indutivo, ou puramente dedutivo, ou ainda exclusivamente dialético (ou materialista ou idealista) não comporta a visão científica que deve ser praticada a partir do século XXI, que, ao meu sentir, deve utilizar **a interatividade** como elemento essencial para construir uma metodologia científica de investigação. A este respeito “*O Discurso sobre as Ciências*” de **BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS** e as ideias de **FRANCISCO JAVIER CABALLERO HARRIET**, consignadas no seu livro “*Algunas Claves para una otra Mundialización*”, os fundamentos científicos de **EDGARD MORIN** e o *Curriculum Vasco, Itinerario Cultural, Propuesta de los Expertos*, San Sebastián, 2004, bem assentam um sentido de aplicação da metodologia educacional e científica prevista e embasada no significado do símbolo basco em espiral permanente –o **LAUBURU**–, o qual foi compreendido sob o âmbito científico metodológico cujo conhecimento advém do particular para o universal e apropriado por esse âmbito universal retorna em conhecimento e valores universais ao âmbito particular.

gênero animal ou qualquer gênero vital. Além disso, não é da razão, como ideia ou conceito, mas sim enquanto método de apreensão de conhecimento, da realidade, que advém a avaliação de fenômenos naturais ou sociais.

A razão, então, se constitui em um método mental de compreensão de conceitos ou ideias e correlações conceituais entre esses elos mentais, porém o conteúdo desses conceitos, quer dizer, a essência ou valoração, inerentes aos fatos experimentados –quer dizer, em experiência- na vida, são concedidos pela apropriação ética e valorativa que estabelecemos através do razoamento, ou seja, da própria razão inicialmente tomando por base nossa própria sobrevivência, preservação e conservação de vida, e posteriormente outros valores daí decorrentes. Todavia, não é ela, a razão, em si mesma considerada, a provocadora dessa manifestação axiológica, mas sim a importância que damos à nossa própria vida ou à manutenção dessa vida ou à construção dessa própria vida e seu desenvolvimento. A isso, denominamos valores éticos ou valores éticos universais.

Razão disto, contra a ideia de justo ou inerente a ele ou em lugar-comum, desferidas contra o próprio conceito de justiça, encontramos as **TRÊS SEGUINTE CRÍTICAS SISTÊMICAS E CRÔNICAS** formuladas pelo **positivismo jurídico** de que:

- a. **todos os conceitos axiológicos se constituem em abstração iusnaturalista, como a lhes impedir eternamente, em argumentação positivista, u'a materialização jurídica, porque o justo, por ser valor ético, seria imaterial por definição;**
- b. **a apropriação mental do conceito de justo é algo individualista e egoísta, dependente do juízo de cada um, porque não se pode ter um conceito de justo aplicável socialmente por meio de critérios e elementos objetivos;**
- c. **as diferenças de identidade, de tempo, de lugares e de finalidades não podem estabelecer justiça ou democracia ou mesmo direitos; ao contrário, por serem relativas, e não absolutas, estabelecem injustiças.**

1.1. Os Vetores, sua natureza invariante, e sua função no iusinterativismo.

Em virtude de tais críticas iuspositivistas e por tais razões, sustento, com veemência, e para melhor compreendê-los, a identificação desses valores e sua aplicação prática ao direito sem que se receba, em acusação infundada, a pecha de abstratos pois já vimos, em antecipação, que **Valores** éticos, quaisquer que sejam, podem, sim, ser aplicáveis a **Fenômenos** sociais –como parâmetro de sua ocorrência imediata- e em **Normas** vigentes –como verificação do valor que lhe deu causa **para o anteprojeto-de-lei** de seu nascedouro e igualmente como valor **intrínseco à lei, aplicável na sentença** e que não são os mesmos-, sendo, por isso mesmo, passíveis de materialização, ou seja, de comprovação prática, segundo esses **Fenômenos**, se utilizamos o Razoamento Iusinterativo conjugando **Vetores Naturais** (*Identidade, Tempo, Lugar e Finalidade*) com as **Dimensões Culturais** construídas por **MIGUEL REALE** (**FATO social, VALOR ético universal e NORMA vigente**).

Constato, por exemplo, que matematicamente e filosoficamente existem grandezas que possuem somente magnitude, inferindo-se daí só a quantidade de determinado bem ou coisa, ou a sua qualidade. Entretanto, há grandezas matemáticas que se mesclam com outras estabelecendo uma característica relacional única e interativa de força, aceleração e velocidade, e com isso, destacando-se a aplicação conjunta e imediata de magnitude, direção e sentido, para o campo das ciências exatas. A essas grandezas, tal a sua característica de complexidade e de interação céleres denominamos **VETORES**.

Destarte, no âmbito humano e social, para as ciências humanas e sociais, há igualmente elementos naturais que se constituem e agem como se incógnitas matemáticas fossem.

VETORES, INVARIANTES em sua permanência e existência:

(identidade = [i] = de seres e/ou coisas;

tempo = [t] = momento do evento e permanência ou duração no tempo;

lugar = [l] = localização do evento e suas consequências; e

finalidade = [f] = objetivo de existência ou de destinação),

atuando com celeridade, magnitude, direção e sentido e que, aplicáveis à Vida, à toda evidência, são preenchidas por **conteúdos VARIÁVEIS humanos e sociais** (*seres e/ou coisas; momentos ou épocas; locais e/ou territórios; e objetivos ontológicos psicossociais ou sócio-psico-ontológicos*), que guardam com isso a concretização por meio de sua integração com a realidade nos âmbitos **histórico-sociológico** (Culturologia), **ético** (Axiologia) e **normativo** (Dogmática jurídica) em aplicação das **Dimensões Culturais** previstas sabiamente por Miguel Reale²⁶⁸ com seus atributos de **Eficácia** para o **Fenômeno** social ou **Fato**, com **Fundamento** para o **Valor** ético universal, e com **Vigência** para a **Norma** vigente (aos fenômenos sociais e que assim, apontam caminhos de caracterização material de fenômenos naturais ou sociais) de afetação direta à Humanidade, por estes indicadores de grandezas **-Vetores Naturais-** de **identidade**, de **tempo**, de **lugar** e de **finalidade**, encontrados em todos os seres e objetos, de maneira a espancar, fantasticamente, das decisões judiciais do século XXI e seguintes, o vetusto e inservível positivismo jurídico.

Assim, para aplicação estrita ao direito e ao processo, creio, verdadeiramente que o **razoamento iusinterativo** havido pelo entrelaçamento destas **DIMENSÕES CULTURAIS (FATO social, VALOR ético universal e NORMA vigente)** e dos **VETORES NATURAIS (identidade, tempo, lugar e finalidade)** estabelece **justiça-na-decisão** decorrente de interações inerentes à **EXPERIÊNCIA JURÍDICA**, obtendo-se, assim, avaliações éticas (VALOR ético universal), avaliações fáticas (FATO social), e por sua vez, a incidência normativa, na qual se insere o direito, com regras principiológicas convencionais, consuetudinárias e legais, em **interatividade** de fenômenos iguais ou diferentes, que possam vir a acontecer em outro lugar no Mundo, e que poderiam ter respostas jurídicas, sem a consideração do VALOR ético universal permanente e aplicável aos FATOS sociais iguais, porém **DISTINTOS**, muitas vezes, por uma implicação vetorial de lugares, por tempo, ou por identidade de Autores e de Réus, porém que acabem por convergir em finalidade igual, somente para demonstrar a viabilidade de sua funcionalidade. A seguir, a demonstrar estas asserções, apresento as seguintes **relações**

²⁶⁸ **MIGUEL REALE**, *Filosofia do Direito*, Ed. Saraiva, 20ª edição, 2002, São Paulo, Capítulo XXVIII - *Fundamento, Eficácia e Vigência*, págs. 586-617.

funcionais iusinterativas:

1.2. As Relações Funcionais Iusinterativas.

Em atendimento a este exemplo e com este fito, a seguir e abaixo, explico didática e cientificamente a **interação** havida entre as **Dimensões Culturais** e os **Vetores Naturais** produzindo o juízo que afirmo **justo-na-decisão** e que concebe a **Certeza** sobre um fenômeno, e por isso, a **Experiência Jurídica**, segundo a tridimensionalidade prevista por Reale, sob as seguintes **Relações Funcionais do Razoamento Iusinterativo**:

RELAÇÕES FUNCIONAIS IUSINTERATIVAS

$V(i.t.l.f)$ = VALOR é função de **identidade-tempo-lugar-finalidade**;

$F(i.t.l.f)$ = FATO OU FENÔMENO é função de **identidade-tempo-lugar-finalidade**;

$N(i.t.l.f)$ = NORMA é função de **identidade-tempo-lugar-finalidade** :: donde:

□ O RAZOAMENTO IUSINTERATIVO = $V(i.t.l.f) + F(i.t.l.f) + N(i.t.l.f) = J$
(Justiça)

E com a possibilidade de alteração e/ou mudança nos **vetores** incidentes sobre o **fenômeno** em análise podemos vir a ter uma quantidade considerável de **multifunções** ou **multirrelações** interagindo, cuja aplicação e interação com as **dimensões culturais** junto a esse **fenômeno** acabará por conceder ao juiz uma visão completa para um **razoamento e juízo interativos e justo-na-decisão**.

1.2.1. As combinações vetoriais matriciais aplicáveis às dimensões culturais condicionantes do razoamento iusinterativo.

Seguem abaixo, as **dezesesseis relações vetoriais-interativas**, as quais em evidente aplicação, como já dito anteriormente dos conceitos de **participação**, **multidirecionalidade** e **permutabilidade**, a interagir com as dimensões culturais do **Valor** ético universal, do **Fato** ou **Fenômeno** social e da **Norma** vigente produzem, pelo menos em relação a um **fenômeno jurídico** em

estudo, **quarenta e oito possibilidades de uma decisão interativa** exata, as quais terão ainda u'a maior variabilidade de conformidade com as evidências e provas apresentadas, de acordo com as partes e intervenientes na causa, mas também e principalmente, acorde com os elementos de composição do conflito de interesses, permitindo ao juiz a produção pelo Razoamento Lusinterativo, de uma decisão justa.

Apenas destaque, em antecipação à compreensão de sua aplicabilidade, que não se trata de engessar a atuação judicial mediante fórmulas. Seria uma compreensão muito mesquinha do que pretendo construir e viabilizar. Ao contrário, o objetivo maior de estabelecer segurança jurídica, judicial, processual e procedimental ao juiz, às partes e aos interessados intervenientes quanto a fatos e parâmetros objetivos de avaliação processual para a causa de molde a conferir maior certeza aos elementos em análise e, com isso, permitir a produção de **justiça-na-decisão**. Senão, veja-se:

AS DEZESSEIS COMBINAÇÕES VETORIAIS MATRICIAIS APLICÁVEIS AO FENÔMENO SOCIAL (F), AO VALOR ÉTICO (V) UNIVERSAL E À NORMA VIGENTE (N).

1. $(=i.\neq t.\neq l.\neq f)$ = □ **MESMA Identidade** (=i) de sujeitos e objetos; **Épocas DIFERENTES** ($\neq t$); **Lugares DIFERENTES** ($\neq l$); e **Finalidades DIFERENTES** ($\neq f$);
2. $(=i.=t.\neq l.\neq f)$ = □ **MESMA Identidade** (=i) de sujeitos e objetos; **MESMA Época** (=t); **Lugares DIFERENTES** ($\neq l$); e **Finalidades DIVERSAS** ($\neq f$);
3. $(=i.=t.=l.\neq f)$ = □ **MESMA Identidade** (=i) de sujeitos e objetos; **MESMA Época** (=t); **MESMOS Lugares** (=l); **Finalidades DIFERENTES** ($\neq f$);
4. $(=i.\neq t.=l.\neq f)$ = □ **MESMA Identidade** (=i) de sujeitos e objetos; **DIFERENTES Épocas** ($\neq t$); **MESMOS Lugares** (=l); e **DIFERENTES Finalidades** ($\neq f$);

5. $(=i.\neq t.\neq l.=f)$ = **(IGUALDADE RELATIVA ENTRE VETORES)** □ MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; DIFERENTES Épocas ($\neq t$); DIFERENTES Lugares ($\neq l$); e MESMAS Finalidades (=f);
6. $(=i.=t.\neq l.=f)$ = □ MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; MESMA Época (=t); DIFERENTES Lugares ($\neq l$); e MESMA Finalidade (=f);
7. $(=i.\neq t.=l.=f)$ = □ MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; DIFERENTES Épocas ($\neq t$); MESMOS Lugares (=l); e MESMA Finalidade (=f);
8. $(=i.=t.=l.=f)$ **(IGUALDADE ABSOLUTA DE ESSÊNCIA DOS VETORES)** = □ MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; MESMA Época (=t); MESMOS Lugares (=l); e as MESMAS Finalidades (=f);
9. $(\neq i.=t.=l.=f)$ = □ DIFERENTES Identidades ($\neq i$) de sujeitos e objetos; MESMA Época (=t); MESMOS Lugares (=l); e MESMAS Finalidades (=f);
10. $(\neq i.\neq t.=l.=f)$ = □ DIFERENTES Identidades ($\neq i$) de sujeitos e objetos; DIFERENTES Épocas ($\neq t$); MESMOS Lugares (=l); e MESMAS Finalidades (=f);
11. $(\neq i.\neq t.\neq l.=f)$ = □ DIFERENTES Identidades ($\neq i$) de sujeitos e objetos; DIFERENTES Épocas ($\neq t$); DIFERENTES Lugares ($\neq l$); e MESMAS Finalidades (=f);
12. $(\neq i.=t.\neq l.=f)$ = □ DIFERENTES Identidades ($\neq i$) de sujeitos e objetos; MESMA Época (=t); DIFERENTES Lugares ($\neq l$); e MESMA Finalidade (=f);
13. $(\neq i.=t.=l.\neq f)$ = **(DIFERENÇA RELATIVA ENTRE VETORES)** - DIFERENTES Identidades ($\neq i$) de sujeito e objeto; MESMA Época

(=t); MESMO Lugar (=l); DIFERENTES Finalidades (≠f) .

14.(≠i. ≠t.=l. ≠f) = DIFERENTES Identidades(≠i) de sujeito e objeto;
DIFERENTES Épocas (≠t); MESMO Lugar (=l); DIFERENTES Finalidades (≠f);

15.(≠i.=t.≠l.≠f) = DIFERENTES Identidades (≠i) de sujeito e objeto;
MESMA Época (=t); DIFERENTES Lugares (≠l); DIFERENTES Finalidades (≠f);

16.(≠i.≠t.≠l.≠f)(DIFERENÇA ABSOLUTA DE ESSÊNCIA ENTRE OS VETORES) = □ DIFERENTES Identidades (≠i) de sujeito e de objeto;
DIFERENTES Épocas (≠t); DIFERENTES Lugares (≠l); e DIFERENTES Finalidades (≠f).

Assim, pode-se ter um número grande de quantidade de relações ou equações semelhantes às duas seguintes e ABSOLUTAS, demonstrativas dos extremos de relações entre as quais acontece uma série de outras equações determinantes de distintas situações em que os **Vetores Naturais *identidade, tempo, lugar e finalidade*** se apresentem com igualdades ou diferenças em direção às **Dimensões Culturais**, como **VALOR ético universal, FATO** ou **FENÔMENO social** e **NORMA vigente**, materializando o modelo de **razoamento iusinterativo** estabelecendo possíveis diferenças no julgar e viabilizando concretamente o método de aplicação de **justiça-nas-decisões**:

RAZOAMENTO IUSINTERATIVO – RELAÇÕES ABSOLUTAS

IGUALDADE ABSOLUTA

$$V(=i.=t.=l.=f) + F(=i.=t.=l.=f) + N(=i.=t.=l.=f) = J$$

DIFERENÇA ABSOLUTA

$$V(≠i.≠t.≠l.≠f) + F(≠i.≠t.≠l.≠f) + N(≠i.≠t.≠l.≠f) = J,$$

OU

IGUALDADE RELATIVA

$$V(=i.\neq t.\neq l.=f) + F(=i.\neq t.\neq l.=f) + N(=i.\neq t.\neq l.=f) = J$$

DIFERENÇA RELATIVA

$$V(\neq i.=t.=l.\neq f) + F(\neq i.=t.=l.\neq f) + (\neq i.=t.=l.\neq f) = J$$

simplesmente se fossem consideradas as variações dos conteúdos das DIMENSÕES CULTURAIS [V, F, e N] e dos conteúdos dos VETORES NATURAIS [i, t, l e f] para uma produção do RAZOAMENTO E JUÍZO INTERATIVO, JUSTO, EXATO e CERTO.

Contudo, ainda que tenhamos efetuado uma expressão matemática para explicar a interação existente, é certo que este Razoamento Iusinterativo não se dá mediante fórmula matemática porque suas **DIMENSÕES culturais** e seus **VETORES naturais** possuem conteúdos sociais, éticos, geográficos, culturais, perfeitamente variáveis e mutáveis e não são exatos como as grandezas matemáticas. Esta maneira formular e didática, de demonstrá-lo em sua interação e celeridade de ocorrência, nos serve, como em todo o juízo de valor ou razoamento judicial, para uma análise sistematizada de valores éticos universais, de fenômenos sociais e de normas vigentes e aplicáveis em que se deve, obrigatoriamente, considerar a dinâmica racional na iusinteratividade, dessas interações em relações sociais com entrelaçamentos conclusivos lógico-mentais, de modo célere, **consideradas em primeiro momento, todas as provas, alegações, e em segundo momento, mas não menos importante, os argumentos, para a busca da verdade real no processo, se a pretensão, a finalidade e a missão do Poder Judicial seja realmente realizar A DISTRIBUIÇÃO DE JUSTIÇA na sociedade civil e não simples e meramente a APLICAÇÃO OU SUBSUNÇÃO DA LEI AO FENÔMENO.**

Miguel Reale²⁶⁹, leciona, esclarecendo os conceitos de **Experiência Jurídica** e das **Três Dimensões Culturais do Direito**:

“(…) Para o conhecimento integral do direito, seja de um ponto de vista estático, seja de um ponto de vista dinâmico, é indispensável, todavia, que essa

²⁶⁹ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*, Ed. Saraiva, 1ª edição, 1968, São Paulo, página 52.

descrição fenomenológica se eleve ao plano da compreensão histórica. **Nesse sentido, entendo que a investigação fenomenológica** não deve se recair, afinal, na subjetividade transcendental, visando aos “conteúdos intencionais da consciência” e culminando, assim, numa “experiência reflexa” ligada ao EU puro ou à subjetividade transcendental, à maneira de Husserl, mas ao contrário, **não pode deixar de “se refletir” no desenvolvimento histórico das ideias ou da cultura.**(...)

(...)Desse modo, como **a experiência histórica do direito coincide com a “objetivação histórica das ‘intencionalidades’ constituintes do direito”, nenhuma descrição objetiva da realidade jurídica atual**, tal como se nos oferece no plano da consciência **poderá deixar de refletir-se no desenvolvimento histórico das ideias**, neste se inserindo como momento necessário, e só assim logrando plenitude de significado.

Ora, **essa análise, ao mesmo tempo “fenomenológica” e “histórico-axiológica do direito”** leva-nos a **discriminar na realidade jurídica três dimensões**, mais do que elementos, que representam qualidades essenciais a toda experiência jurídica e **que denomino fato, valor e norma. O direito é**, com efeito, **“uma realidade histórico-cultural tridimensional de natureza bilateral atributiva”**, ou seja, uma realidade espiritual (não natural, nem puramente psíquica, ou técnico-normativa, etc....) **na qual e pela qual se concretizam historicamente certos valores, de sorte que as relações intersubjetivas são sempre ordenadas segundo sistemas de regras que representam “sínteses históricas de fatos e**

valores”

Fato, valor e norma, são, por conseguinte, elementos ou dimensões da experiência jurídica(...)²⁷⁰

Assim como afirmado por Reale, observo, portanto, que para uma justa aplicação e distribuição de justiça a fenômenos sociais, é relevante ressaltar que **não é mais possível se considerar aplicável a tão predita mera SUBSUNÇÃO de um FATO a um TEXTO DE LEI** (em visão normativista dos sistemas ocidentais, e também islâmico, israelense, chinês, japonês, indiano e africanos, com algumas, porém, notáveis diferenças de cultura) advinda de um argumento ou justificação, ou tampouco de **UM FATO submetido a um COMANDO DE PRECEDENTES JUDICIAIS** (em visão anglo-saxônica), ou inclusive, tampouco de **UM FATO subordinado a um COMANDO CONSUECUDINARIO-NORMATIVO DE ORDEM IDEOLÓGICO-RELIGIOSA** (parte do direito anglo-saxônico sobre o costume; o direito islâmico e israelense; e o direito socialista ou comunista), que devesse tornar mais justa a declaração judicial do direito em sociedade.

Todas estas hipóteses (**o texto de lei; o comando de precedentes judiciais; ou o comando baseado no costume de natureza ideológico-religioso**), em verdade, sendo produtos de sistemas de direito determinantes de poder e não de justiça, estabelecem soluções normativas de inteira natureza positivista e formalista porque a regra é prescrita sem que se possa admitir uma superposição de valor sobre esta regra, pois a proposição tem característica normativa, ainda que seja **oriunda da lei** (o que é óbvio!), ainda que seja **oriunda de um precedente judicial**, ou ainda que seja **oriunda do costume ou do preceito religioso-ideológico** e assim, fazendo-se puramente formalista, impedindo o uso dos valores éticos contemporâneos pelo juiz para a formação de sua sentença ou decisão, o que à toda evidência não leva a qualquer propósito de distribuição de **justiça-nas-decisões**.

Assim, ainda que se tenha um discurso racional a desvelar objetivos ético-axiológicos ou fático-sociológicos, morais ou sociais, os positivistas jurídicos já o afirmam contidos na própria norma, e de que a razão, seja sob a forma de

²⁷⁰ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*, op. cit., página 53.

razoamento dedutivo ou indutivo, seja sob o método dialético, materialista ou idealista, ou sob qualquer outro argumento utilizado, guardaria, a estas teorias, implicações diretas e necessárias com o sentido axiológico referentes às pessoas ou às coisas, e, segundo tais correntes formalistas, já estariam embutidos no texto legal, isto tudo, ao meu sentir, não garante, nestes casos o **JUSTO**, e sim, somente o **adequado**, ou o **razoável**, ou o **coerente**, ou o denominado **correto**, **sem qualquer justiça**, e portanto, todos, resultados **insuficientes** a garantir **justiça-na-decisão** ao cidadão na solução de seus conflitos de interesses, ainda que pela aplicação de sistemas em que a norma advém de distintas origens, até por ser o elemento **razão**.

A conclusão a que chego, pelos fundamentos expostos, é que se devo considerar que **a razão** é simplesmente um método de apreensão e correlação lógicas de conceitos e juízos, ela não consegue mudar ou alterar os limites estabelecidos pelas proposições de caráter nitidamente textual, positivo, normativo e formal, ainda que se tenha ou se use a técnica argumentativista.

A razão, como método de apreensão e correlação lógicas não transmuda, por si só, os conceitos textuais, positivos, normativos e formais, reapoiando-os, reestimulando-os em aplicabilidade social. Isso ocorre por meios outros como ideias e conceitos adquiridos e absorvidos pela **razão** e mediante outro método –aí sim, o iusinterativo- que vêm a estimular as atitudes e ações das pessoas e do magistrado, na ação e no processo, em total interatividade de análise.

2. DA RAZÃO, ENQUANTO MÉTODO ARGUMENTATIVO, COMO ELEMENTO INSUFICIENTE PARA JUSTIFICAR A **Justiça-na-Decisão**.

Esta mesma **razão**, tal e qual estamos acostumados a mencionar em estudos filosóficos, constitui-se no sentido de compreensão, pelo ser humano, dos fatos, de normas e valores que lhe permita apreender, em operações lógicas, o significado adequado da ação das pessoas e da utilização das coisas em sociedade. É racional aquilo que emitido por operações lógicas que guardem certa coerência de formulação e resultado entre ações realizadas ou apreendidas e sua compreensão.

Poderíamos estabelecer algumas classificações quanto à racionalidade das

condutas. A verificação racional das condutas majoritárias e minoritárias. Das condutas éticas e antiéticas. E das condutas normais e anormais ou desviantes.

A conduta desviante, antiética ou anormal em sociedade (dita fora da normalidade ou anormal, é aquela que realiza operações mentais que aparentemente não expressa coerência de ações com resultados pretendidos e desejados por valores éticos universais) exatamente por isso é tida como anormal, o que não implica dizer que seja afastada de qualquer tipo de valor ético ou de apreensão pela razão.²⁷¹ Normalmente encaminha-se como se tivesse fundamento ético, mas não se sustenta a uma análise mais estruturada das ações praticadas por seus emissores. Observo que isso (a conduta denominada anormal, desviante ou antiética) em verdade, pode ser até mesmo uma conduta aceita majoritariamente²⁷², mas evidentemente violadora de preceitos e valores universais.²⁷³

De outro modo, conduta minoritária²⁷⁴ não significa conduta anormal, tampouco

²⁷¹ Importa observar aqui a possibilidade de apropriação do **valor ético universal** por épocas diferentes e lugares diferentes resultando em consequências distintas. Podemos salientar, apenas a título de exemplo, que nos primórdios da Antiguidade Clássica (Grécia e Macedônia Antigas) a homoafetividade não era nem punida, tampouco vista como conduta desviante. Com a hegemonia do Cristianismo e da Ética católica que se instaurou no Mundo –baseada nos conceitos de amor para a procriação- a conduta homofaetiva passou a ser considerada uma conduta contrária à Ética e à Moral e passou a ser vista como desviante e anormal. Recentemente, eu diria, a partir do final do século XX e princípio do século XXI até os dias atuais, o cidadão com conduta homofaetiva é reconhecido como cidadão integral do Estado, em nada podendo ser discriminado.

²⁷² No Brasil, em 1976, uma peça publicitária do cigarro Vila Rica, da empresa Cigarros R. J. Reynolds, protagonizada pelo jogador de futebol da seleção brasileira campeã mundial de futebol de 1970, Gérson, culminava por afirmar o seguinte bordão: “- **Gosto de levar vantagem em tudo, certo? Leve vantagem você também, leve Vila Rica!**”. Tal mensagem, expressa na peça publicitária, de tal modo impregnou-se no inconsciente coletivo brasileiro que passou a ser regra, na ética do brasileiro, levar vantagem em tudo, dizimando, socialmente, os conceitos e os valores de humanidade e de solidariedade, com tamanha agudeza e gravidade que os solidários eram tidos como inocentes, ingênuos, fracos, idiotas ou incapazes. À toda evidência que tal espécie de valor de natureza egoísta e egocêntrica e de evidente sentido negativo-social, mesmo que incorporado na sociedade pela sua maioria, é claramente violador de um valor ético universal, quais sejam a humanidade e a solidariedade social que deve permear toda e qualquer sociedade e Estado Nacional. A esse respeito, para ver a peça publicitária acesse e veja no link <http://www.youtube.com/watch?v=YPnxqgFrpW8>

²⁷³ Vide a este respeito, **PORTILLA CONTRERAS**, Guillermo. *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pois o direito penal intercultural é rico em exemplos dessa natureza em que valores éticos universais devem ser sustentados e amparados junto a pequenas comunidades raciais ou tribais de modo relativo e de conformidade com os costumes da raça ou da tribo e ainda se o ato ou fato ilícito cometido não tenha sido praticado no âmbito da jurisdição nacional, mas sim junto à própria comunidade ou ainda, como estabelecido pelo Tribunal Constitucional colombiano, um critério profundamente axiológico e igualmente normativo, porque ético, relativo ao **grau de nocividade social** do ato ou fato ilícito praticado.

²⁷⁴ Desejo ressaltar aqui, ao longo da História e dos Costumes, a alteração –e evolução- ética, ao menos

desviante, e muito menos, significa verdadeiro critério de anormalidade e tampouco de ilogicidade, mas de conduta praticada fora da prática majoritária em sociedade.

Em muitos casos, a conduta minoritária, por ser diferente da maioria, é nítida expressão da democracia, porque, se não ofende o Valor Magno de **Preservação da Vida e da Humanidade** e tampouco o de **Respeito à Convivência Universal e Comum**, registra a amplitude da natureza de liberdades e de manifestações que podem se expressar na sociedade, concedendo-se a mais vasta gama de oportunidades, a quem quer que seja, de liberdades, de manifestação e de expressão, de sustento, de trabalho, de profissão, de produção de riqueza em uma nação, com paz e ao lado da família formar.

Na verdade, deveríamos considerar como anormal uma conduta que estivesse fora dos padrões aceitos por valores éticos universais, como a exigirmos que todos os assuntos em sociedade contivessem essências éticas, permeando-os. Desta maneira, qualquer que seja a conduta, majoritária ou minoritária, no iusinterativismo ela tem de ser praticada sob a valoração ou a apropriação avaliativa espiritual ou material, corpórea ou incorpórea, axiológica mesmo, que o ser humano realiza.

Já o demonstrei com o exemplo da Seção Segunda da Audiência de Navarra - Espanha- retro apresentado, e tantos outros iremos demonstrar neste estudo, a expressar que as estruturas conceituais axiológicas e éticas, consideradas equivocadamente de modo absoluto, como abstratas, pela imensa maioria dos teóricos do positivismo jurídico, quando interatuante com as **Dimensões**

no direito brasileiro, do tratamento jurídico dado ao homossexualismo –hoje denominado ‘relações de homoafetividade’ que era reconhecidamente compreendido em muitas regiões do Brasil como o crime do artigo 216, Código Penal brasileiro - *Atentado ao pudor mediante fraude - “Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena: de um a dois anos; - Parágrafo único – Se a ofendida é menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze) anos: Pena: reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.*-([Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009](#))”, na redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005, posteriormente revogada pela Lei nº 12.015, de 2009 que criou, praticamente em substituição, o crime do artigo 216-A do Código Penal brasileiro, de *Assédio Sexual*, excluindo o de *Atentado ao pudor mediante fraude* que continha, em seu tipo penal, a figura da prática de **ato libidinoso** diverso da conjunção carnal. É evidente a modificação –e é claro, a consequente evolução ética e cidadã- no sentido de reconhecer o direito, inegável ao cidadão, de escolhas quanto à sua própria orientação sexual homoafetiva. Como se pode ver, não se trata de ser minoria, tampouco de se avaliar a positividade ou negatividade de uma conduta, mas sim de reconhecer-se à conduta minoritária o exercício e a prática concreta dos valores éticos universais, se a eles ela puder se adequar sem violação de outros valores éticos universais.

Fática, Normativa e propriamente **Axiológica**, vetorial e positivamente identificadas (**Identidade**), temporalizadas em determinada época ou momento (**Tempo**), localizadas em certa região ou sitio (**Lugar**), sob objetivo específico (**Finalidade**) **se tornam concretas**, sempre que inexoravelmente direcionadas em aplicabilidade e objetividade e por isso mesmo relativizadas ao **Fenômeno** em análise.

Novamente advirto que os sistemas jurídicos mencionados *supra* jamais tiveram esta preocupação e claramente não realizam esta interação, impedindo, com a hegemonia dos limites preestabelecidos por suas regras e normas, que o cidadão realize sua pretensão **justa e de certeza** de busca da **Justiça**. O formalismo e a busca de manutenção do Poder, historicamente embutidos nos sistemas jurídicos jamais a permitiram.

E insisto no alerta porque constantemente, em virtude de milênios de pensamento incrustado, temos o costume inconsciente, de voltar a pensar, manter e exercer a ideia de que justiça é algo abstrato que não se pode tornar concreto. E com isso deixarmos de praticar a justiça. É preciso que se exerça uma constante vigilância do e pelo próprio Juiz Natural na formulação de seus juízos de valor para **justiça-nas-decisões**.

2.1. Os Juízos de Inferência como espécies de juízos de valor e a sua necessidade de prática, em interação simultânea, de todos os seus tipos, para formulação de *justiça-na-decisão*.

Para sanar as insuficiências naturais da razão na formulação ou em apresentação de uma completitude de formação de juízos, para efeito de qualquer emissão de um juízo racional de avaliação, como já salientamos anteriormente, também dito um juízo de valor, ou suposta e contrapostamente um **juízo de realidade**, ou ainda de um **juízo conceitual** segundo Aleksander Peczenik, um **juízo problemático** segundo Immanuel Kant, ou os **juízos de probabilidade ou de verossimilhança** segundo Karl Popper, ou um **juízo intuicional** segundo Edmund Husserl, ou um **juízo conjetural** segundo Miguel Reale, sob qualquer discurso ou argumento racional ou qualquer teoria argumentativista, há sempre uma valoração, um sentido axiológico contido no

argumento utilizado, normalmente adequado ao **interesse** do interlocutor, ou da **conduta** prestada pelos agentes ativo e/ou passivo, os quais podem reafirmar o **Valor**, ou contradizê-lo, os quais podem ameaçá-lo, ou protegê-lo.

É importante considerar que para que o juízo de Valor –ou juízo racional de avaliação de um fenômeno- se apresente de modo completo sobre determinado fato social, ou fenômeno, em análise judicial é indispensável a utilização do raciocínio *iusinterativo*, e nele, simultaneamente, lançar mão de todos os juízos de inferência, em interatividade e concomitância.

Se pudéssemos elaborar e sugerir uma ordem de uso dos juízos de inferência como formas complementares e simultâneas de compreensão aos julgadores, seria mais ou menos assim:

2.1.1. Do pensamento conjectural de Miguel Reale.

Miguel Reale²⁷⁵ adverte e ensina que o **pensamento conjectural** está baseado no conceito de que

“**Conjeturar**²⁷⁶ é sempre uma tentativa de pensar além daquilo que é conceitualmente verificável, mesmo na linha do provável, por admitir-se a necessidade de cogitar-se de algo correlato, que venha completar o experienciado, sem perda do sentido do experienciável que condiciona a totalidade do raciocínio. Esse “ir além” só pode valer enquanto suposição ou pressuposição, num discurso crítico, embora de natureza diversa dos discursos demonstrativo e probabilístico, por não culminar em soluções axiomáticas, ou mesmo relativamente certificáveis, mas apenas em “soluções plausíveis”

Deste modo, claramente afirmo que a **conjetura** é uma forma de raciocínio que também deve ser utilizada no raciocínio *iusinterativo* para uma conclusão de **justiça-na-decisão** e que consagre certeza jurídica ao juízo sobre o fenômeno em análise, certificado que o juiz utiliza um juízo de

²⁷⁵ REALE, Miguel. *Verdade e Conjetura* Ed. Nova Fronteira, , 3ª. ed., São Paulo, 2001, 188 páginas.

²⁷⁶ REALE, Miguel, *idem* , pág. 46.

verossimilhança essencial, por exemplo, à configuração de antecipação das tutelas de urgência e de inibição ou inibitória²⁷⁷.

Poder-se-ia dizer que todo o sentido axiológico, toda a valoração é ínsita ao fenômeno em si mesmo (*identidade*), cabendo aos distintos discursos ou argumentos a eles pertencentes, sejam de que natureza se apresentem, a tentativa de interpretá-la, com a mudança da compreensão, da interpretação do fenômeno, também pelo câmbio de qualquer que seja o interlocutor e sua *finalidade*, em seu *tempo* e seu *lugar*, modificando-se em diversidades de explanações do mesmo fenômeno e bastando-se aplicar a **Norma** ao **Fato**.

No entanto, a utilização de discursos ou argumentos racionais não assegura a distribuição de justiça pela simples conjugação das dimensões culturais em sua integralidade (**Valor** junto ao **Fato** e à **Norma**), devendo, sim, o juiz atualizá-las e aplicá-las a todo o fenômeno em análise e acrescê-las em interação aos Vetores Naturais (*identidade, tempo, lugar e finalidade*) como temos salientado durante todo este trabalho. Se assim não for, a realidade (o **Fenômeno social**) torna-se afastada do **Valor ético universal** e da própria aplicação da **Norma vigente**.

2.1.2. Do juízo intuicional em Edmund Husserl.

Após debruçar-se sobre conjeturas relativas ao fenômeno em apreciação importa ao julgador considerar, em apreciação fenomenológica, a *intuição categorial*, vale dizer, a intuição do fenômeno em relação aos sujeitos e objetos envolvidos, de conformidade com suas essências.

O grande filósofo fenomenologista Edmund Husserl²⁷⁸, escrevendo seu “*Ideias*

²⁷⁷ No Brasil, a tutela inibitória segundo o Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) se constitui baseada no seu artigo 287 cuja principal ideia apresenta: “Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A).[\(Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002\).](#)” Sobre este tema, **MARINONI**, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória*, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo, 2000, págs.55-76, entende deva ser ampliado o conceito de tutela inibitória também para o artigo 461 do CPC, que dispõe: “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [\(Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994\)](#) .

²⁷⁸ **HUSSERL**, Edmund. *Ideias Para Uma Fenomenologia Pura e Para Uma Filosofia Fenomenológica*, trad. Marcio Suzuki, Ed. Idéias e Letras, 1ª ed., Cidade de Aparecida, Estado de São Paulo, Brasil, 2006, 383 páginas.

Para Uma Fenomenologia Pura e Para Uma Filosofia Fenomenológica”, considera que o ser individual é sempre contingente, quer dizer, está sempre relacionado a um tempo-espaço e a um conteúdo de realidade que pode mudar sua essência podendo modificar-se quando é faticamente imutável ou modificar-se de maneira distinta do que normalmente se altera. E, por isso, passa a considerar que o **juízo de essência** que advém desta mudança é um **juízo axiológico pela intuição** (a visão de essência do ser), ou seja, uma possibilidade de essência adquirida da mudança intuída pelo ser individual.

Destarte, **grosso modo** explicado, o razoamento resultante é tido como um razoamento de essência, mas intuicional, **um juízo intuicional**, contingente às circunstâncias, seja de tempo, de lugar, de finalidade ou de identidade, e exatamente por isso fenomenológico. Ao juiz seria também possível utilizá-lo, contingente, todavia de modo mais seguro, preciso, certo e com **justiça-na-decisão** por meio do razoamento iusinterativo. É que Husserl ainda que tivesse demonstrado a necessidade de uma abordagem mais interativa, a considerar todos os fenômenos, apresentava-a, **in essentia**, de modo intuicional, centrado no ser, subjetivo, como se não pudesse estabelecer-se de modo objetivo e seguro, concreto e fosse dependente do agente, do ser, ou da apropriação do próprio conhecimento, quando, nos anos do século XXI, isto se passa de molde extensivamente objetivo, científico, tecnológico e célere.

A minha colocação é de que o **razoamento judicial interativo ou razoamento iusinterativo-**, enquanto método, faz e estipula critérios objetivos de apreensão da realidade sem recair na crítica kelsenista ao iusnaturalismo de que o direito natural sempre foi um elemento abstrato e genérico de impossível aplicação concreta, principalmente porque o que estamos a fixar não é iusnaturalista mas sim um método iusfenomenológico e concretamente aplicável.

2.1.3. Do juízo conceitual ou coerente de Aleksander Peczenik.

Por outro lado, Aleksander Peczenik²⁷⁹ defende o **juízo conceitual** ou **coerente**

²⁷⁹ PECZENIK, Aleksander. *A Coherence Theory of Juristic Knowledge y Second Thoughts on Coherence*
302

no sentido de que os juízos realizados nos sistemas jurídicos devem se ater a conceitos de coerência ou adequação, integrados ao próprio sistema jurídico e a suas normas com características de **enunciados de todas-as-coisas-consideradas** avaliáveis (***all-things-considered statements***), em visão global do problema ou fenômeno e a aquelas que com características de **enunciados *prima facie*** (***prima facie statements***), no sentido de que se apresentam de maneira imediata com um significado que exsurge com relevância e é compreendido à primeira vista em relação ao fenômeno em análise. No pensamento de Peczenik caberia, agora sim, com estas formulações conceituais, a busca (e o encontro) da verdade ou da falsidade de suas ocorrências, pelos argumentos expendidos por seus interlocutores sob estes conceitos, considerada a relação de coerência e adequação de suas emissões lógicas com o sistema de direito e suas normas. Daí, em explicação **grosso modo**, chamar-se de “**Teoria da Coerência para um Saber Jurídico**”.

Todavia, Peczenik, ao meu sentir para no meio do caminho! Descobre um maravilhoso meio de conceber juízos de natureza interativa aos quais chama de ***all-things-considered***, porém, *permissa venia*, pratica o erro de não avançar e não aplicar-lhe um método de interação²⁸⁰ com fenômenos, mas somente com interação de ideias e conceitos presentes na hora do juízo de valor formulado, sempre tendo como base a norma no ordenamento jurídico e culmina com outro erro de considerar que os ***prima facie statements*** por apresentarem manifestações imediatas de adequação ao ordenamento já se apresentariam completos em seu juízo, como se fosse possível no estudo de um fenômeno processual-judicial uma pura aplicação de norma por **enunciados *prima facie*** e preestabelecidos juridicamente, sem uma razão ou razoamento social ou ético pelos juízes que lhes sustente intrinsecamente a decisão e sem considerar que a Norma e os Fatos, juntamente com os Valores aplicáveis, em um mesmo Fenômeno jurídico em análise, possam mudar com a ação do tempo, do lugar, da finalidade ou pior, com a mudança da identidade

and Juristic Knowledge, citado por GRAÇA NETO, Antonio. in **Uma Visualização de Aleksander Peczenik e da sua Inserção no Cenário Contemporâneo da Filosofia do Direito**, Revista *Videre*, ano I, nº 2, página 135-160, jul/dez, Cidade de Dourados, Estado de Mato Grosso do Sul-MS, Brasil, 2009)

²⁸⁰ Ao meu ver, este método é o **razoamento judicial interativo** que permite a interação das **dimensões culturais (Fato, Valor e Norma)** com os **vetores naturais (*identidade, tempo, lugar e finalidade*)** que estamos a defender para a formulação de **justiça-na-decisão**.

das coisas ou pessoas neste mesmo Fenômeno jurídico, embora mantenham a mesma natureza. Seria como considerar o fenômeno social, ou fato, aplicável à mesma pessoa (igual identidade), porém enquanto criança e após enquanto adulto. Há uma evidente consequência jurídica distinta em razão de uma característica vetorial temporal. É claro que as consequências seriam diferentes. E ainda mais, se se apresentassem em lugares diferentes e com finalidades distintas.

Para a utilização dos conceitos de Aleksander Peczenik e sua Teoria da Coerência Para Um Saber Jurídico considero que o iusinterativismo é um excelente método de complementaridade para obter-se **justiça-nas-decisões** com maior completitude.

2.1.4. Do pensamento problemático de Immanuel Kant.

De outro modo, muito antes do nosso tempo, já o afirmava Immanuel Kant,²⁸¹ em sua obra ***Crítica da Razão Pura***, falando do pensamento problemático como aquele que ao distinguir entre pensar (segundo ideias) e conhecer (segundo conceitos) no sentido de que se o pensamento pode chegar a todos os objetos, neles se identifica insuficiente, porque embora enquanto ideia relacionado a outros conceitos não se faz conhecer como verdade objetiva porque o conhecimento não se o permite a todos os objetos e porque nem todos os objetos são passíveis de conhecimento imediato, gerando pensamento problemático, sendo possível chegar-se a este conhecimento por meio do uso prático da razão pura (moral ou ético). Nestas hipóteses chegamos aos **casos novos** –de que falo-, ou **casos difíceis** (Dworkin) ou casos **de penumbra** (H. L. A. Hart).

Em nosso caso, para aquilo que tentamos provar, ou seja, para a formulação de um raciocínio judicial que leve a uma decisão justa, as dimensões culturais e os vetores naturais, em interatividade, o permitem na prática. Entretanto, o pensamento problemático de Kant, compreensivelmente, por razão de sua própria época, não poderia chegar à interatividade como formulação de juízos, mas havia chegado ao seu começo. Colocou e

²⁸¹ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, trad. Alex Marins, 1ª ed., Ed. Martin Claret, São Paulo, 605 páginas; também citado por REALE, Miguel. *Verdade e Conjetura*, Ed. Nova Fronteira, 3ª. ed., São Paulo, 2001, página 22.

estabeleceu o sentido da diversidade entre objeto e sujeito e a disposição de que o sujeito também pode, em determinado tempo ou momento, ser seu próprio objeto, como normalmente ocorre nas demandas judiciais. Assim, não a estabeleceu, nem a desenvolveu, porém deslanchou o começo do sentido da interatividade em seu método de análise ao considerar a universalidade de destinação e objeto da conduta humana.

2.1.5. Do juízo de probabilidade e do juízo de verossimilhança de Karl Popper.

Preocupado com o ingresso e certeza de apropriação e colocação de ideias e conceitos para uma metodologia científica, Karl Popper²⁸², em sua obra *Conjetura e Refutações*, afirma que, no **juízo de probabilidade** o interlocutor se vale de um conceito de aproximação à verdade por graus de caráter tautológico, por meio de uma diminuição gradual do conteúdo informativo, distinguindo-a do **juízo de verossimilhança** porque esta é a ideia de aproximação da verdade compreensiva, culminando por dizer que **o juízo de verossimilhança combina a verdade com o conteúdo**, enquanto que **o juízo de probabilidade combina a verdade com a ausência de conteúdo ou confirmação e sua perda progressiva**.

Esta maneira de compreensão é um auxílio evidente ao magistrado na formulação de seu raciocínio judicial. Todavia, Popper não faz, e tampouco propõe, a interação entre dimensões culturais e vetores naturais, partindo, na verdade, do princípio de que o simples juízo, seja **de verossimilhança** (*com a ideia da aproximação da verdade compreensiva de forma a combinar a verdade com o conteúdo da norma*) **ou de probabilidade** (*aproximação à verdade por meio da diminuição gradual do conteúdo informativo, combinando a verdade com a ausência de conteúdo ou confirmação e sua perda progressiva*) já constituiria uma evidente aproximação à verdade, sem adequar-lhe raciocínio a critérios objetivos e justos, exatos, demonstrados pelos vetores naturais. Faltar-lhe-ia atingir a **justiça-na-decisão** mediante a utilização do raciocínio iusinterativo.

²⁸² **POPPER**, Karl. *Conjetura e Refutações*, trad. Sergio Bath, Ed Universidade de Brasília, Brasília, páginas 260 e 262, citado em **REALE**, Miguel. *Verdade e Conjetura*, Ed. Nova Fronteira, 3ª. ed., São Paulo, 2001, página 24.

2.1.6. O juízo de imputação de Kelsen e o iusinterativismo.

O raciocínio judicial positivista ou normativista, em muitos casos, costuma aplicar os Vetores Naturais, porém considera o **Fato** e o **Valor** já integrados na **Norma**, necessitando-lhe somente, como havia prelecionado Kelsen, do juízo de imputação, em evidente descompasso temporal ou cultural da norma, no esquecimento de que **Fato** e **Valor** são celeremente cambiáveis, mutáveis e que verdadeiramente, não há mais uma dependência e muito menos uma hegemonia de uma dimensão cultural (ou **Valor**, ou **Fato**, ou **Norma**) sobre a outra.

Na verdade, o juízo de imputação, ou melhor, o juízo de imputação de Kelsen, é um aspecto estático do sistema de direito porque se destina a obter respostas sobre o caso concreto previamente contido no tipo textual da norma, mediante uma lógica referencial, não implicando sua possibilidade de mudança célere se também o **Fenômeno** se modifica. O argumento principal de Kelsen é de que se houver modificação de fenômeno social outra norma vigente será aplicada para atribuição de responsabilidade ou responsabilização de autoria. E se o fenômeno é novo? E se não existe norma? Kelsen responde que o juiz natural tem o dever de imputar-lhe o direito com base nas regras de integração do direito (costume, analogia, princípios gerais e equidade) ou em critérios interpretativos.

Reafirmo que tal deficiência jurídica solucionada por este meio implica evidente **injustiça-de-soluções**, em que certamente deixa-se de buscar a realização de **justiça-nas-decisões** para usar-se os remédios paliativos do iuspositivismo e resolver-se a causa ou demanda, mas não a prática de Justiça. Todos estes remédios integrativos apontam em seu cerne para razões jurídicas distintíssimas do fato novo e que somente a ele seria aplicadas por interpretações ou argumentos que seriam extensivos ou restritivos de direitos, não configurando **justiça-na-decisão**.

Destarte, Kelsen faz aplicar o **Texto da Lei** ao **Fato**, só permitindo ao juiz a interpretação da **Norma**, a qual limita as ações de iusinteratividade do magistrado para realizar distribuição de **Justiça**, porque, como já sabemos, sua preocupação não era a **Justiça** e sim a aplicação da **Norma** em ocorrência

de uma imputação de direito, vale dizer, uma atribuição de responsabilidade jurídica ou uma responsabilização normativa segundo a **Norma** e conforme o ordenamento jurídico!!!

Então, ainda que seja ou se permita um juízo de valor imputável a uma conduta sob condição de cumprimento de determinados tipos jurídicos, também está, a razão de imputação, limitada sob o texto raramente mutável, em conteúdo e significado social, da lei.

Também é possível que o razoamento iuspositivista ou formalista usado para a resolução do fenômeno ou questão submetida a julgamento, se lhes aplique única e somente as dimensões culturais, na tentativa de fazer um juízo **Justo** e **Certo**, em evidente não-utilização ou olvido dos Vetores Naturais incidentes inexoravelmente sobre o **Fenômeno**.

3. O MODO DE JULGAR IUSINTERATIVISTA.

Todavia, quando o juiz vai expor e afirmar que a norma já contém ínsito o valor desde sua criação, na prática se lhe advém, em seu discurso e argumento decisivo, um anacronismo axiológico, e atua como que verdadeiramente proibindo que o valor se faça aplicável por sua mudança e se atualize na sociedade, no momento atual, quando, em verdade o **Valor** é de conteúdo modificável ao longo do **tempo**, em relação a **lugares** e de conformidade com as **finalidades** a que se destina, adequado aos instantes contemporâneos e fundado na aplicação dos próprios **Vetores Naturais** que identificam a duração e a extensão destes valores no **Fenômeno** em juízo e que não dependem da estrutura normativa, mas sim da compreensão de sua inserção no **Fato** ou no **Fenômeno**, considerados os **Vetores Naturais**.

Portanto, não é difícil compreender que, ainda que as argumentações tenham as suas diferenças de caracterizações ou justificações oriundas de distintas sustentações ou diferentes pontos de partida teóricos ou argumentos diversos²⁸³ e dos díspares interlocutores, o **Razoamento Iusinterativo** (ou seja,

²⁸³ Sobre as diferentes formas de argumentação jurídica e judicial *vide o* exaustivo, completo e descomunal trabalho realizado pelo Professor **FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS** em sua primordial Tese Doutoral publicada no México e na Espanha denominada *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho* (México, Ed. Tribunal

a interação do **Fato, Valor e Norma** em função de suas **identidades, tempos, lugares e finalidades**), com sua completude, permitirá a identificação dos seres e objeto certos e justos em relação ao fenômeno em estudo (**identidade**), a inserção do fenômeno em sua época própria (**tempo**), a localização aplicável ao fenômeno (**lugar**) e o objetivo de ocorrência do fenômeno (**finalidade**) para a produção do produto judicial com **justiça-na-decisão** (sentença ou decisão justa).

Como normalmente dizia Heidegger “**a verdade do ser é a essência**”²⁸⁴, ou, mais detalhadamente para compreender melhor o significado deste enunciado poderíamos dizer que:

A certeza do que se põe diante de nós, sujeitos, é a interação que advém do contato ou do encontro em relação ao objeto.

E o objeto pode ser um bem, ou um ser.

E, é pensando na construção teórica acima, de Heidegger, em paráfrase de Husserl, acerca de seu **pensamento intuicional**, referindo-me também ao **pensamento problemático** de Kant, aos **juízos de probabilidade e verossimilhança** de Popper, ao **juízo conceitual** de Peczenic e ao **pensamento conjectural** de Reale que **para a CERTEZA de um enunciado, juízo ou produto judicial (decisão ou sentença), formulo quatro pontos essenciais como modo de julgar iusinterativista**, entendendo que:

1. Deve-se pensar nas **diferentes atuações de todos os interlocutores e objetos** (postulações e bens em disputa processual) no processo judicial direcionadas ao uso do Poder Judicial e à provocação da Jurisdição;
2. Deve-se pensar nas **diferentes condições de lugar** (ambiente, espaço) **aplicáveis ao fenômeno** em análise pelas partes, pelos intervenientes e pelo julgador junto ao Poder Judicial.
3. Deve-se pensar nas **diferentes épocas ou momentos incidentes**, tanto sobre o fenômeno em estudo, como ao tempo de coleta de provas,

Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, 1ª edición, 531 páginas) em que estuda e ensina a existencia e o uso dos argumentos interpretativos **analógico, a partir dos princípios, sistemático (sedes materiae e a rubrica), a fortiori, a contrario, psicológico, da não redundância, apagógico, pragmático, de autoridade, histórico e teleológico**. Para a formação de uma teoria do conhecimento hermenêutico judicial e para a aplicação concreta a decisões judiciais o livro se apresenta como obra única de imprescindível leitura e estudo, em demonstração óbvia de sua utilidade científica à hermenêutica e ao direito.

²⁸⁴ HEIDEGGER, Martin. *Marcas do Caminho*, op. cit., pág. 194 em que diz: “**A não-verdade da coisa (inautenticidade) significa o desacordo de um ente com sua essência.**”

como ao tempo para solução do conflito, sem retardos, exclusivamente para se dar algum sentido temporal aos valores e às diferenças incidentes no conteúdo temporal dos vetores para o processo judicial.

4. Deve-se pensar nas **diferentes finalidades de incidência sobre um mesmo fenômeno ou fato**, ou no mesmo processo e que se modifiquem durante a tramitação da causa e que estabeleçam diferenças para a solução do conflito, considerados todos os sujeitos e objetos interagidos.

Agora sim, posso asseverar, ao contrário de que pressupõe Kelsen ou Maccormick²⁸⁵ que a fórmula **racional** simples que expressa a subsunção do **Fato à Norma** para a realização de um **JUÍZO = N + F = C** (“**Normas mais Fatos gera Conclusão**”) não é essencial para efeitos de apresentação e realização de um juízo de valor justo e de certeza, exatamente por não satisfazer a realidade dos fatos e do direito, satisfazendo somente a razoabilidade, a adequação, a denominada correção ou coerência lógica dentro de um sistema de direito. Por estes métodos, teorizados por Kelsen ou Maccormick ou Alexy, **NÃO** podemos afirmá-la inadequada ou incorreta, ou incoerente, porém, seguramente, **podemos afirmá-la injusta!**

E por que tivemos, e ainda hoje temos, de pensar e compreender que o justo (ou o certo) é impossível de obter-se materialmente?

Sempre se estabeleceu o pensamento de que os conceitos de justiça, de verdade, de bondade, e outros tão sentidos e compreendidos como abstratos eram conceitos que se constituíam de impossibilidades concretas de realização, e, por isso, critérios como *mediedade*, *razoabilidade*, *proporcionalidade*, *adequação*, *coerência*, *correção* foram utilizados, por

²⁸⁵ Desejo mencionar que **KELSEN** (*Teoria Pura do Direito*, op. cit, págs. 33-38.) e **MACCORMICK** (*Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, op. cit, *Preâmbulo*, pág. X.) -para citar dois juristas no âmbito dos distintos sistemas jurídicos romano-germânico e anglo-saxônico- se posicionaram no mesmo sentido de que é suficiente a subsunção do FATO à NORMA somente diferenciando-os; o fundamento de que em **MACCORMICK** os argumentos contêm diferentes pesos (ao meu pensar o argumento é uma tentativa de fixar na razão do Outro uma **convicção de imputação** segundo **KELSEN**) para a definição do Fato à incorporação da Norma reafirma a segurança da ideia de **MACCORMICK**, entretanto não garante que o argumento não seja uma justificação de interesses ou de objetivos sem qualquer relevância ou atenção a Fatos e Valores, mas sim, somente Interesses e a Normas. No **juízo de imputação** de **KELSEN** este lhe transfere do conceito intrínseco da Norma e do sentido de dever-ser, e com isso, a essência da imputação como se fosse “**o que pode vir a ser aplicado**” porque advém de um comando oriundo de um juízo hipotético. Em nenhuma destas hipóteses se objetivou **justiça-nas-decisões**. Objetivou-se regularidade e aplicação do direito sem qualquer questionamento à atualidade do preceito ou da norma a reger o fenômeno social.

séculos e séculos como elementos de justiça, entretanto, de especificação abstrata, sempre dependente de argumentos a preencher seus conteúdos.²⁸⁶

Sem qualquer dúvida, esses são critérios axiológicos, todavia não guardam o sentido de justiça senão quando as pessoas envolvidas no fenômeno o demonstrem por um desejo subjetivo de buscar Vetores Naturais para formular uma decisão quanto a estes valores. São as chamadas **voluntariedade processual** –por partes dos **Sujeitos Parciais**, os Autores, Réus e Intervenientes- e **discricionariedade judicial** –por parte do **Sujeito Imparcial**, o **Juiz Natural**-.

Eu não proponho a perda de liberdade do juiz na análise do **Fenômeno social**, e muito menos o abandono da **Norma vigente**, mas sim, que seguindo o método iusinterativista possa, o **Juiz Natural** (o agente político-institucional do Estado constitucionalmente investido do poder jurisdicional para julgar os demais concidadãos) usar essa discricionariedade para o fenômeno social com valores éticos universais e segundo normas atualizadas por esses tais valores. Valer dizer, por exemplo, a mediedade de que falava Aristóteles²⁸⁷ só representa equilíbrio, materialmente, na decisão judicial, se as partes têm, no juízo de valor que lhes é aplicado, uma posição semelhante, ainda que duvidosa sobre o objeto em disputa, em razão da análise da **finalidade** de suas pretensões, das implicações e conexões da mudança do **tempo** ao fenômeno, da influência do **lugar** onde se passou o fenômeno e do próprio fenômeno considerado durante o processo ou na data da publicação da sentença e concomitantemente uma deficiência em relação ao outro. A necessidade de equilíbrio se antepõe desde o início.

De outra maneira, uma tentativa de aplicação de razoabilidade ou de proporcionalidade a um **Fato** em que o interesse jurídico ou o direito sejam mais prováveis ou mais verossímeis a uma ou a várias das partes, em um dos

²⁸⁶ Defino os **argumentos** como veiculos, como meios, que presumidamente utilizam a razão, para a transmissão de encadeamentos lógicos do raciocínio mental, e que, por meio de sons –palavras- e símbolos –linguagem escrita-, portanto, expressos em fala ou em escrita, permitem chegar-se à sustentação de manifestações de valores, de interesses, de desejos ou de vontades.

²⁸⁷ **ARISTÓTELES**, *Ética a Nicômaco*, tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, da versão inglesa de W. D. Ross, Editor Victor Civita, Livro II, Capítulo 1, páginas 67 e seguintes, vide o link: http://sumateologica.files.wordpress.com/2009/07/aristoteles_-_metafisica_etica_a_nicomaco_politica.pdf ; **HOBUSS**, João., artigo **Sobre a Mediedade em Aristóteles: Generalização e Circunstância**, publicado na Revista *ethic@*, Florianópolis, v.3, n.1, p. 47-60, Junho, 2004, <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/14699>.

polos da relação processual, em contraposição aos pertencentes de outro polo da relação, **caracteriza-se**, na verdade como **uma injustiça**, ainda que se configure a aplicação do princípio da razoabilidade consubstanciado filosoficamente pelo princípio da mediedade aristotélica, porque não atribui, a cada um, o que seja verdadeiramente seu, mas sim estabelece uma decisão proporcional sem considerar o verdadeiro detentor do direito. Por esta forma, como se pode ver, se aplicável de maneira direta a todo e qualquer evento na sentença, sem qualquer comparação vetorial, a mediedade ou proporcionalidade não asseguram **justiça-na-decisão!**

O mesmo se dá quando temos uma evidente desigualdade de suficiência econômica em um dos polos da relação processual. Ou um hipossuficiente; ou um menor incapaz; ou um deficiente físico ou mental. Por mais que entendamos que a mediedade, a razoabilidade ou a proporcionalidade sejam critérios de discricção e parcimônia, em tese possibilitando justiça, jamais se chegaria a isso, porque não se atingiria a igualdade processual, princípio básico à realização do **devido processo legal**, ou o que seria verdadeiramente correto e justo para o processo, **do adequado processo de direito**. Para chegar-se à igualdade processual, **a virtude não estaria no meio, mas sim, na evidente compensação de posição e situação ao polo desigual.**

De outro modo, um argumento de origem prática, acerca da aplicação de valores, agora teórico, além do Caso da Sentença de devolução do Imóvel ao Banco por cancelamento da Hipoteca, se faz necessário demonstrar para que se entenda que muitas vezes dizemos que praticamos justiça por um hábito de singela aplicação da Lei, entretanto, na verdade, jamais a tivemos realizado!

Mais teórico que o primeiro, entretanto em dedutiva metodologia e de consequências práticas, deve ser ressaltado, que o argumento prático se volta a Kelsen e sua Teoria Pura do Direito no qual o mestre austríaco conclusivamente afirmava que o Direito ou sua norma era um dever-ser, um comando normativo a ser executado pelos cidadãos e prescrito no Direito Objetivo, o direito positivo. No entanto, se o direito verdadeiramente não é ser e ainda que seja um dever-ser, no dizer de Kelsen, é relevante destacar que Kelsen e sua Teoria Pura do Direito foram importantes para aprofundar e fazer compreender um sistema jurídico em sua estática e em sua dinâmica, internas e externas, ou seja, em sua organização hierárquica normativa, sua validade

intrínseca e em sua eficácia normativa para o exercício da autoridade judicial e sua vigência formal.

Contudo, para justificar a incompatibilidade de sua teoria pura do direito para explicar a incidência de valores éticos e sua mudança social permanente no mundo -em razão da sua apropriação regional e dos câmbios temporais em épocas diversas- e na sociedade a gerar inclusive mudanças de fenômenos sociais e inclusive naqueles já absorvidos pelas normas, Kelsen não logrou qualquer êxito, ainda que se diga que essa não foi a sua preocupação nodal teórico-científica. Era, entretanto, uma questão de coerência lógica a afastar as interrogantes ideológicas ou axiológicas *a latere* de sua proposta.

Entendeu de afastá-las da maneira mais simples: construir um sistema tão fechado, formal e não-ideológico, a-valorativo que, *de per se*, excluiria o tema axiológico por meio das teorias da imputação versus causalidade e da contraposição teórica entre dever-ser e ser, embora no mundo dos fenômenos -no qual a Vida se inclui-, ou no mundo real, tudo o que **deve ser** somente se apresente em **dever-ser**, ou seja, se faz relevante, em razão da pré-existência de uma conduta, de um **ser**, da conduta do **é**, da comparação da conduta praticada por um ente, na realidade. Do contrário não existiria **dever-ser**. Tudo isto, como se fosse possível, no mundo real, deixar de comparar coisas e seres para a realização do direito e da ética!

Como a síndrome do avestruz com o rosto sob a terra e o corpo todo exposto! Portanto, entendo que é indubitável e imperioso reconhecer-se que o direito tem sua conexão obrigatória com a realidade, por meio de vetores naturais com os valores éticos, o fenômeno social e a norma vigente, sendo insuficiente o juízo de imputação de Kelsen a estabelecer **justiça-na-decisão**.

3.1. O iusinterativismo e a implicação de valores na teoria normativista de Kelsen.

Mesmo o raciocínio normativista de Kelsen de que a validade da norma jurídica se opera e se constitui em hierarquia de normas que sustenta e justifica a legitimação da norma inferior, em pirâmide vertical ascendente até a norma constitucional, e posteriormente até a **Grundnorm** (Norma Fundamental) ele

coonestou, em sua Teoria Pura do Direito, a utilização de clara teleologia e axiologia para constituir Valores de **Ordem (valor de organização)**, de **Hierarquia (valor de classificação de seres)** e **Obediência (valor de sujeição)** a seu engendrado sistema de direito e primou por conceder **Validade (valor de legitimação)** ao conteúdo normativo em razão dessa implementação axiológica ao seu sistema de direito, ainda que com este argumento de natureza formal, entretanto em evidente uso ético-valorativo de construção teórica para estruturar e significar o comando jurídico inerente à norma, a eles viesse a negar aplicação.

Validade, para mim, é um conceito axiológico determinado pela comparação com outro elemento que lhe dá legitimidade ou configure aceitação ou coerência dentro de um sistema. A própria **legitimidade** é um conceito axiológico porque necessita de um complemento a injetar-lhe ou colocar-lhe finalidade (Alguém ou algo **é legítimo para quê?** É, por tanto, um conceito traslativo e transitivo) e a ideia de **coerência** pressupõe ordem e congruência lógica de motivações sob determinados pressupostos valorativos (pressupostos de avaliação que ditam o sentido de **ordem na razão (lógica)** para que haja **coerência**).²⁸⁸

A exemplificar o que digo, por variadas vezes Kelsen²⁸⁹ afirma que a Norma Jurídica contém valor e por isso detecta os juízos positivo (conduta acorde com a norma positivada) ou negativo (conduta infratora) aplicando-lha o sentido de valor inerente à sua existência, entendendo vigência como um valor inerente à existência formal da norma.

Por outro lado, insiste Kelsen²⁹⁰ em dizer que Ser e Dever-Ser são duas esferas distintas. E realmente o são; porém não são – como o afirma Kelsen – níveis de conhecimento que não se possam contactar, que tampouco não se possam relacionar intimamente. E tanto constantemente se relacionam que reciprocamente se impregnam de conteúdo. Na verdade, são dois prismas de um mesmo objeto. A dialética de complementaridade aplicada por Reale ao

²⁸⁸ E para implantar este conceito, faço a observação de que as palavras **validade, ordem, hierarquia, obediência, legitimidade, comparação, aceitação e coerência**, que acima propositadamente escrevi em **itálico** e em **negrito**, na oração em referência, são conceitos de conteúdo **necessariamente valorativo e determinável material e objetivamente em cada fenômeno social considerado**.

²⁸⁹ **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito, op.cit.*, páginas 24, 33 e 38.

²⁹⁰ **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito, op.cit.*, página 40.

tridimensionalismo dinâmico para este caso incide integralmente a realizar interação entre **Fenômeno social, Valor ético universal e Norma vigente**.

Penso que Ser e Dever-Ser mesmo não possam ser afastados nem subtraídos na sua interação porque são complementares da realidade e da aplicação das normas aos fatos e valores, em real interatividade para formação de **justiça-na-decisão** (de Justiça e de Certeza). Necessitam-se reciprocamente sempre um (Dever-Ser) ao outro (Ser) para a formação de um juízo completo sobre qualquer fenômeno!

Maccormick²⁹¹ fala do juízo hipotético de Kelsen e o reafirma, fazendo-o dedutivamente. Estabelece um racoamento justificativo, ideológico, alguns diriam, entendido como justificção de interesses. Entretanto, assevero que o racoamento dedutivo é insuficiente para explicar o direito em atualidade a qualquer sistema ou ordem jurídica que pretenda fazer justiça e não somente exercer controle social. Prende-se exclusivamente à relação havida entre o fato e o comando hipotético (Norma), os quais (Fato e Norma) não consideram todos os fenômenos interatuantes no evento ou no processo judicial, inclusive porque não se trata, no direito, para o direito, de uma relação de causalidade, mas, sim, de uma **relação de interação**, vale dizer, mais de que uma relação dialética,²⁹² ela se constitui de fenômenos dinâmicos tão entrelaçados e interdependentes entre Fato ou Fenômeno social, Valor e Norma e de maneira tão próxima e necessária que a ocorrência ou não ocorrência de qualquer destes fenômenos por seus **Vetores Naturais de identidade, tempo, lugar e finalidade**, pode gerar a mudança total do resultado ou da decisão judicial, determinando-se, por isso, uma necessidade quase imperativa de presença do racoamento iusinterativo para a inteira e segura distribuição e aplicação de justiça no sistema de direito pelo Poder Judicial.

²⁹¹ **MACCORMICK**, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, op. cit..

²⁹² A **relação de interação** ou **iusinterativa** se distancia e se perfaz mais ampla que a relação dialética porque não se constitui somente pela contraposição de opostos em busca de uma síntese, ela igualmente pode se apresentar em dados momentos em formas de complementaridade (em implicação e polaridade) e em outros, no mesmo fenômeno, em formas de contraposição, em circunstâncias simultâneas de continuidade e instantaneidade. *Tese + Heterotese (heterotese prop. dita e/ou antítese) = Síntese em Complementaridade*, a qual não implica, obrigatoriamente, exclusão de qualquer elemento.

4. AS SETE QUESTÕES CRÍTICAS E SUAS RESPOSTAS INTERATIVAS PARA AVANÇO DO SISTEMA DE DIREITO EM *Justiça-nas-Decisões*.

Sem pensar no cometimento de uma heresia, e para que se compreenda a insatisfação gerada pelas teorias vigentes sobre o sistema de direito a fim de que se implante justiça na sociedade, entendo que **Sete Questionamentos Críticos** devem ser direcionados, por exemplo, à Teoria argumentativista de Robert Alexy²⁹³, ao neoprincipiologismo de Ronald Dworkin²⁹⁴, e à visão argumentativo-principiológica de Manuel Atienza²⁹⁵, e devem ser apresentados em nome do avanço da filosofia do direito e da filosofia do processo, por exemplo:

4.1. **Pode o discurso racional positivista existir sem a utilização de valores éticos?**

RESPOSTA: A teoria positivista do direito é insuficiente para praticar justiça social porque se limita a aplicar somente a lei sem considerar valores e fatos atuais, em plena contradição e oposição à celeridade de realização das comunicações e fatos em um mundo global. Um discurso que se ofereça racional deveria se fazer *iusinterativo*, vale dizer, *considerar de modo instantâneo e atuante, em conformação inter-relacional, todos os elementos e componentes da relação social e jurídica submetida ao Poder Judicial e conter um propósito (identidade); devendo se inserir em uma temporalização, devendo se referir a uma época relativa a um vetor (tempo), devendo se localizar em linguagem e fato estabelecendo relações coerentes com o lugar (lugar); e deve encontrar e definir um objetivo a ser alcançado ou pretendido pelas partes ou pelos valores éticos (finalidade)*, não simplesmente procurar justificar, com

²⁹³ **ALEXY**, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, tradução Zilda Hutchinson Schild Silva, Landy Editora, 2ª edição, São Paulo, 2008, 334 páginas.

²⁹⁴ **DWORKIN**, Ronald Myles. *Levando os direitos a sério*, tradução de Jefferson Luiz Camargo, Ed. Martins Fontes, 2ª edição, São Paulo, 2007, 568 páginas; *idem*, *O império do direito*, tradução Jefferson Luiz Camargo, Ed. Martins Fontes, 2ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, 2010, 513 páginas.

²⁹⁵ **ATIENZA**, Manuel. *As Razões do Direito – Teoria da Argumentação Jurídica*, tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, Landy Editora, 3ª edição, São Paulo, 2006, 238 páginas.

argumentos, a todo e qualquer interesse, aplicando-se-lhe a simples subsunção do **Fato** à **Norma** e certamente em utilização racional terá de considerar valores para sustentar um sentido lógico e teleológico, o que somente e sempre ocorre no iuspositivismo de modo anacrônico;

4.2. Para a existência do discurso jurídico, basta-lhe a ocorrência da lei, da dogmática, do precedente e da jurisprudência ou se lhe requer a incidência de valores, dentro, além e afora das normas?

RESPOSTA: O discurso jurídico racional é incompatível com a distribuição do valor **justiça** porque se ampara em razoamentos coerentes ou adequados, intrínsecos ou extrinsecamente formais, não materiais, amplamente limitados pelo texto legal, ou seja, acordes exclusivamente com o sistema ou com a ordem jurídica vigente, sem considerar necessariamente os valores éticos, antigos (da data da promulgação da lei) ou atuais (da data da ocorrência do fato) , aplicáveis ao fenômeno em juízo. A teoria argumentativa do direito pode servir para eliminar ou reduzir, ao máximo o conteúdo ideológico que se afirma existente no conceito de **justiça**, porque pode mudar de conformidade com o interlocutor, com a identidade do fenômeno ou fato, de acordo com o lugar, com o tempo e o momento e com a finalidade do discurso, a finalidade do interlocutor e a finalidade do fenômeno, mas, na verdade, a ocorrência da lei, da dogmática, do precedente e da jurisprudência, garantem, apenas, segurança de estrutura no sistema de direito, não assegurando segurança ou coerência axiológica ou **justiça-nas-decisões** ao cidadão;

4.3. Poder-se-ia realmente desconectar na produção dos discursos jurídicos as questões empírico-sociológica, analítico-axiológica e dogmático-normativa?

RESPOSTA: Uma eventual **desconexão do discurso com a realidade empírica** produz uma justificação retórica e fundamentada, porém isolada e afastada de toda base real e valorativa, ínsita a todos os fatos, que lhe traga conformação exata com a verdade, e não faz configurar segurança às relações

sociais porque descarta o significado que se põe por detrás dos ou oculto nos próprios fatos, constantes de seu fundo, de sua essência, descartando também a distribuição de justiça na sociedade; uma **desconexão do discurso em relação a uma teoria analítico-valorativa**, na tentativa de retirar o elemento subjetivo do raciocínio ou juízo que será efetuado, faz produzir, como resultado, na decisão judicial, um evidente equívoco e contradição de valores que devem ser guarnecidos e identificados com exatidão para a configuração segura do fenômeno social desde o seu nascimento ou desde a ocorrência do conflito de interesses posto à jurisdição até as suas configurações axiológica, fática e normativa atuais; uma **desconexão do discurso com a estrutura dogmático-normativa** –aqui por mim entendida esta moldura (o texto legal) como um parâmetro mínimo de compreensão do controle estatal sobre os fatos sociais, o disposto normativo- pode subsistir se o valor que se contraponha ao texto legal lhe seja superior em universalidade e generalidade, de acordo com a interação de vetores e dimensões segundo o raciocínio iusinterativo ou então, se a norma não viabiliza, de modo efetivo, a solução do conflito apresentado ao Poder Judiciário, a juízo objetivo e fundamentado do Juiz Natural.. Portanto, como é fácil concluir, a conexão do discurso jurídico com a moldura normativa não garante aplicação de **justiça-nas-decisões!** Garante, somente, a aplicação da LEI, o que não transforma os fundamentos da decisão em um discurso iusinterativo, **justo-na-decisão**, exato e seguro;

4.4. Quando o juiz dita uma sentença baseado em uma realidade, produzindo-a com uma lógica de argumentos fundados em critérios de razoabilidade, pode-se afirmar haver sido prolatada uma decisão justa?

RESPOSTA: Quando uma sentença é ditada somente com base na razoabilidade, seu critério, seu fundamento estabelece uma mediedade, uma característica circunstancial de solução baseada em uma proporcionalidade. Ou em uma possibilidade política²⁹⁶ de equilíbrio diante de um conflito. Não

²⁹⁶ A denominação '**possibilidade política**' tem o escopo de indicar a obtenção da viabilidade de conciliação de interesses naturalmente opostos de molde a eliminar um acirramento maior. Daí dizer-se

significa que seja o justo, pois o intuito não é o de atribuir a cada um o que seja efetivamente seu (*suum cuique tribuere*), quebrando o preceito de **justiça-nas-decisões**. A decisão que se utiliza dos critérios de proporcionalidade e de razoabilidade não tem o objetivo de realizar **justiça-nas-decisões**, mas sim de resolver conflito em que o prejuízo maior que se apresenta não decorre da existência do próprio conflito, mas sim das circunstâncias em que a sua permanência –do conflito- prevalecendo em tempo e espaço torna-se mais prejudicial do que a própria justiça intrínseca ao conflito. O que me parece é que tais critérios de soluções judiciais de naturezas políticas aplicados a causas judicializadas acabam por retirar do Poder Judicial sua principal característica de mediador de conflitos, com imparcialidade e **justiça-nas-decisões**, e por isso mesmo, tornando-o um decisor político, o que não contribui para assegurar e formar a Cidadania no século XXI e tampouco para o iusinterativo sentido de **justiça-nas-decisões** como sustento!

4.5. Uma decisão judicial sustentada na lei (subsunção do FATO á NORMA mediante o juízo de imputação) se apresenta necessariamente justa?

RESPOSTA: A decisão judicial apoiada em fundamentos legais, positivistas ou jurisprudenciais ou consuetudinário-ideológico-religioso, todavia limitados a uma regra formal ou a um texto da lei, ainda que utilizado o juízo de imputação, somente será justa se o fato e o valor estiverem rigorosamente contidos no tipo legal, com atualidade (identidade e tempo), com objetivo (finalidade) e referida ao mesmo local cultural ou ético (lugar) pois, ao contrário, correr-se-á um forte risco de ter-se um anacronismo dependente da época da criação da lei quando viesse a ser aplicada, e ainda que se pratique o juízo de imputação, este será dependente, para a atualização do disposto normativo, de uma interpretação dentro dos limites da lei e, portanto, normativista e positivista, realizando uma

‘*política*’, pois origem e resultado de negociação interpartes. Contudo, isso não implica afirmar-se que seja realizada **justiça-nas-decisões**, mas sim, que com tal busca de equilíbrio se elimine um perigo maior que seria um conflito ilimitado ou permanente. Mas, ainda assim, se mantém um distanciamento da busca de **justiça-nas-decisões**. Nestes casos, ao contrário de busca de **justiça-na-decisão**, existe, sim, uma decisão política de acomodação de interesses.

incompletude e afastando do FENÔMENO em análise o conteúdo de *justiças-decisões*, por seu natural distanciamento dos valores e fatos contemporâneos;

4.6. Pode-se afirmar que as normas técnicas ou a fundamentação técnica para um discurso racional só chegam ao justo ou ao verdadeiro quando fundamentam, em sua essência, valores ou fins determinados?

RESPOSTA: As normas técnicas, ao iuspositivismo, são somente as denominadas normas sem subjetividade ou sem valores. Em meu considerar, ao contrário, todas as normas têm uma valoração inserta em sua existência. Normas técnicas dão conformidade e aplicação a **valores de ORDEM (valor de organização), OBEDIÊNCIA (valor de sujeição), HIERARQUIA (valor de subordinação), REGULARIDADE (valor de adequação), REGRAS E LIMITES** e tantos outros que, se quiséssemos, poderíamos identificá-los e aplicá-los, de molde a tornar o que é aparentemente subjetivo em amplamente objetivo, com apropriação subjetiva dependente da materialização de cada fenômeno ou fato. Este é o conceito de parametrização que pretendemos utilizar para estabelecer objetividade a valores éticos em casos concretos;

4.7. Pode-se afirmar que os conceitos de JUSTO ou de VERDADEIRO podem ser obtidos por teorias criteriológicas ou fenomenológicas, definidoras de suas essências, tornando-se passíveis de concretude e materialidade?

RESPOSTA: Todos os conceitos denominados de subjetivos só são assim entendidos porque têm uma valoração apropriada por um caráter individual dependente de um Eu. Todavia, não é este caráter individual que lhe impede de se transformar em material e objetivo. O que determina a materialidade e importância de um fenômeno, muitas vezes visto como individual, singelo e não relevante, é a implicação e a polaridade constantes de uma dialética mais ampla que a simples dialética hegeliana ou marxista que somente admite uma

síntese advinda de uma antítese, ou de uma constante oposição de elementos. Na verdade, podemos muito bem concluir que, de uma tese, podem advir vários tipos de heteroteses que se consubstanciem em homeoteses (semelhanças) e antíteses (contrariedades), não apenas a imputativa para o direito como o afirmara Kelsen, mas que apresente uma correlação e interação produzida com outros elementos em dado fenômeno multifatorial, fazendo com que seja possível, mediante correlação objetiva de fatos, sua objetivação e conseqüentemente, se encontrar a Justiça aplicável e a Verdade material e objetiva ao fenômeno em estudo, tanto em complementaridade como em contraposição, cabendo ao julgador utilizar o raciocínio iusinterativo para essa atuação a fim de praticar **justiça-na-decisão**.

5. FINALIDADE ÉTICA. *NEMINEM LAEDERE* (OU A NINGUÉM LESAR).

Assim, como estabelecido até agora, o ponto que devemos por em relevo e demonstrar, é a possibilidade de existência de uma forma de raciocínio judicial que permita ao juiz, ao decidir, que se aplique ao caso parâmetros e fundamentos concretos de **Justiça e Certeza ao Fenômeno Social e Jurídico** em análise.

Creio já haver demonstrado na primeira parte deste Capítulo, no ponto ***suum cuique tribuere*** (atribuir a cada um o que seja seu) a possibilidade deste atributo a casos concretos fáceis ou difíceis, pela evidente identificação concreta de valores por Vetores Naturais interagidos com as Dimensões Culturais em aplicação do Raciocínio Iusinterativo.

Para que esta espécie de raciocínio judicial iusinterativo sobreviva na Teoria das Decisões Judiciais e que se possa manter, em qualquer País, o desejo e a finalidade de colocar e implantar a distribuição de **Justiça para A Ninguém Lesar (*Neminem Laedere*)**, creio que outro problema deve ser discutido, estudado e sofrer apresentações de propostas para sua resolução, inclusive, emendas às Constituições Federais ou Imperiais, Republicanas ou Monárquicas. Uma análise mais acurada sobre isto merece ser efetuada sobre este tema para explicar a influência aziaga e profunda que a teoria e a corrente do iuspositivismo causa a um sistema jurídico e judicial. E isto o faremos no

capítulo seguinte. Por ora, vejamos as conclusões deste Capítulo 5.

6. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 5.

6.1. Há normas supraconstitucionais consubstanciadas em valores supranacionais e universais que, em nome do **Fundamento Ético** que permeie as relações de interação do próprio sistema de direito e seus subsistemas, se aplicam ao ordenamento jurídico nacional independentemente de estarem constando do Texto Constitucional e que mesmo quando inseridas não podem contrariar essa supraconstitucionalidade sob pena de se tornarem inválidas para a Constituição porque incongruentes à universalidade do sistema e seus valores éticos.

6.2. Aos casos concretos que apresentem valores e princípios ético-constitucionais em oposição, os valores éticos, universais e supraconstitucionais, conjugados com a tetravetorialidade natural (identidade, tempo, lugar e finalidade) constituem-se na melhor solução do conflito, viabilizada, deste modo, em concretidade, a **justiça-na-decisão**.

6.3. A utilização do **Razoamento Iusinterativo** aprimora e aperfeiçoa a aplicação dos **Valores éticos universais** incidentes sobre o **Fenômeno social** em apreciação, por meio da técnica interatividade (Vetores Naturais e Dimensões Culturais) para que se forme a **justiça-na-decisão**.

6.4. Ao sistema iuspositivista para efeito de suas influências e consequências sistêmicas é importante compreender que **todo o argumento jurídico é uma justificação ostensiva de interesses sobre um determinado fenômeno social em busca de uma valoração que fundamente a aplicação da norma no sentido do interesse de seu formulador e nunca na preocupação de estabelecer justiça-na-decisão**.

6.5. Razão e argumento são elementos de fundamentação lógica e retórica, mas não podem, exatamente por isso, serem considerados como de expressão absoluta da verdade, porque sempre se expõem com relatividade aos fenômenos sociais produzidos, e, deles dependentes; somente podem se manifestar, com verdade e realidade, quando em aplicação de tetravetorialidade natural e tridimensionalidade cultural constitui-se, a sua

consequência interativa em consonância com o que se presume do fenômeno social, e por outro lado, na concordância entre o que é visado pela enunciação preferida e a coisa desejada.

6.6. Se a finalidade da missão a ser exercida pelo agente político do Poder Judiciário é não apenas aplicar a lei e o direito, mas fazê-lo com distribuição de justiça, para a elaboração judicial de um **juízo de realidade**, é necessário que o Juiz Natural se utilize de um **juízo conceitual** segundo Aleksander Peczenik, um **juízo problemático** segundo Immanuel Kant, ou dos **juízos de probabilidade ou de verossimilhança** segundo Karl Popper, ou de um **juízo intuicional** segundo Edmund Husserl, ou do **juízo conjetural** segundo Miguel Reale, e com auxílio direto da técnica da interatividade e do método do raciocínio iusinterativo, em interação da tetravetorialidade natural e da tridimensionalidade cultural sobre os sujeitos e objetos da causa, a resultar em **justiça-na-decisão**.

6.7. O **modo de julgar iusinterativista**, o qual utiliza integradamente o pensamento ou juízo intuicional, o pensamento problemático, os juízos de probabilidade e verossimilhança, o juízo conceitual e o pensamento conjetural para a CERTEZA de um enunciado, juízo ou produto judicial (decisão ou sentença), além do **raciocínio iusinterativo**, necessita exercer **quatro atitudes processuais essenciais** pra chegar-se ao resultado da **justiça-nas-decisões** tais como:

- a. Deve-se pensar nas **diferentes atuações de todos os interlocutores e objetos** (sujeitos, postulações e objetos –materiais e/ou imateriais, pessoais e/ou reais- em disputa processual) no processo judicial direcionadas ao uso do Poder Judicial e à provocação da Jurisdição;
- b. Deve-se pensar nas **diferentes condições de lugar** (ambiente, espaço) *aplicáveis ao fenômeno* em análise pelas partes, pelos intervenientes e pelo julgador junto ao Poder Judicial.
- c. Deve-se pensar nas **diferentes épocas ou momentos incidentes**, tanto *sobre o fenômeno em estudo, como ao tempo de coleta de provas, como ao tempo para solução do conflito*, sem retardos, exclusivamente para se dar algum sentido temporal aos valores e às diferenças incidentes no conteúdo temporal dos vetores para o processo judicial.

- d. Deve-se pensar nas **diferentes finalidades** de incidência sobre um mesmo fenômeno ou fato, ou no mesmo processo e que se modifiquem durante a tramitação da causa e que estabeleçam diferenças para a solução do conflito, considerados todos os sujeitos e objetos interagidos.

6.8. Para a efetividade de realização do raciocínio iusinterativo (ou judicial interativo) trago à balha as **relações funcionais interativas** em **dezesseis combinações vetoriais matriciais** que devem ser dialeticamente integradas às dimensões culturais produzindo (junto com os **sete questionamentos judiciais iusinterativos** constantes da Conclusão nº 17), o método iusinterativo para prolação de **justiça-nas-decisões**:

AS DEZESSEIS COMBINAÇÕES VETORIAIS MATRICIAIS APLICÁVEIS AO FENÔMENO SOCIAL (F), AO VALOR ÉTICO (V) UNIVERSAL E À NORMA VIGENTE (N).

1. $(=i.\neq t.\neq l.\neq f)$ = MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; Épocas DIFERENTES ($\neq t$); Lugares DIFERENTES ($\neq l$); e Finalidades DIFERENTES ($\neq f$);
2. $(=i.=t.\neq l.\neq f)$ = MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; MESMA Época (=t); Lugares DIFERENTES ($\neq l$); e Finalidades DIVERSAS ($\neq f$);
3. $(=i.=t.=l.\neq f)$ = MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; MESMA Época (=t); MESMOS Lugares (=l); Finalidades DIFERENTES ($\neq f$);
4. $(=i.\neq t.=l.\neq f)$ = MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; DIFERENTES Épocas ($\neq t$); MESMOS Lugares (=l); e DIFERENTES Finalidades ($\neq f$);
5. $(=i.\neq t.\neq l.=f)$ = **(IGUALDADE RELATIVA ENTRE VETORES)** MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; DIFERENTES Épocas ($\neq t$); DIFERENTES Lugares ($\neq l$); e MESMAS Finalidades (=f);
6. $(=i.=t.\neq l.=f)$ = MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; MESMA Época (=t); DIFERENTES Lugares ($\neq l$); e MESMA Finalidade (=f);
7. $(=i.\neq t.=l.=f)$ = MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; DIFERENTES Épocas ($\neq t$); MESMOS Lugares (=l); e MESMA Finalidade (=f);
8. $(=i.=t.=l.=f)$ **(IGUALDADE ABSOLUTA DE ESSÊNCIA DOS VETORES)** = MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; MESMA Época (=t); MESMOS Lugares (=l); e MESMAS Finalidades (=f);
9. $(\neq i.=t.=l.=f)$ = DIFERENTES Identidades ($\neq i$) de sujeitos e objetos; MESMA Época (=t); MESMOS Lugares (=l); e MESMAS Finalidades (=f);
10. $(\neq i.\neq t.=l.=f)$ = DIFERENTES Identidades ($\neq i$) de sujeitos e objetos; DIFERENTES Épocas ($\neq t$); MESMOS Lugares (=l); e MESMAS Finalidades (=f);

11. $(\neq i. \neq t. \neq l. = f)$ = \square DIFERENTES Identidades ($\neq i$) de sujeitos e objetos; DIFERENTES Épocas ($\neq t$); DIFERENTES Lugares ($\neq l$); e MESMAS Finalidades ($= f$);
12. $(\neq i. = t. \neq l. = f)$ = \square DIFERENTES Identidades ($\neq i$) de sujeitos e objetos; MESMA Época ($= t$); DIFERENTES Lugares ($\neq l$); e MESMA Finalidade ($= f$);
13. $(\neq i. = t. = l. \neq f)$ = (DIFERENÇA RELATIVA ENTRE VETORES) -DIFERENTES Identidades ($\neq i$) de sujeito e objeto; MESMA Época ($= t$); MESMO Lugar ($= l$); DIFERENTES Finalidades ($\neq f$).
14. $(\neq i. \neq t. = l. \neq f)$ = DIFERENTES Identidades ($\neq i$) de sujeito e objeto; DIFERENTES Épocas ($\neq t$); MESMO Lugar ($= l$); DIFERENTES Finalidades ($\neq f$);
15. $(\neq i. = t. \neq l. \neq f)$ = DIFERENTES Identidades ($\neq i$) de sujeito e objeto; MESMA Época ($= t$); DIFERENTES Lugares ($\neq l$); DIFERENTES Finalidades ($\neq f$);
16. $(\neq i. \neq t. \neq l. \neq f)$ (DIFERENÇA ABSOLUTA DE ESSÊNCIA ENTRE OS VETORES) = \square DIFERENTES Identidades ($\neq i$) de sujeito e de objeto; DIFERENTES Épocas ($\neq t$); DIFERENTES Lugares ($\neq l$); e DIFERENTES Finalidades ($\neq f$).

6.9. As Sete Questões Críticas e as suas respostas iusinterativas recomendam e auxiliam ao Juiz Natural e ao operador do direito uma atitude científica mais adequada para a compreensão, nos ordenamentos jurídicos, da existência de nítidas insuficiências à produção de **justiça-nas-decisões**:

- a. no **racionalismo iuspositivista** (ou *legalista* –romano-germânico-, ou *jurisprudencial* –anglo-saxônico-, ou *ideológico-confessional* –islâmico ou israelense-, ou *ideológico-político* –comunista ou socialista-);
- b. no **racionalismo argumentativista** (a Nova Retórica de Perelman, ou as teorias argumentativas e de MacCormick ou de Alexy);
- c. no **normativismo kelseniano**;
- d. no **neopositivismo jurídico** de Bobbio;
- e. no **pós-positivismo** de Herbet Lionel Adolphus Hart; e
- f. no **principiologismo jurídico** de Ronald Mylles Dworkin.

CAPÍTULO 6

A RELAÇÃO ESTRUTURAL ENTRE O ESTADO CONTEMPORÂNEO (O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO OU SOCIAL DE DIREITO OU O ESTADO-CIDADÃO), A BOA GOVERNANÇA, O PODER JUDICIÁRIO ATUAL, A FLEXIBILIDADE PROCEDIMENTAL, A ARBITRAGEM E O RAZOAMENTO JUDICIAL INTERATIVO NO PROCESSO.

1. AS TRÊS QUESTÕES CRUCIAIS PARA O ESTADO E A SOCIEDADE.

Como já disse ao final do anterior Capítulo 5, a fim de que esta espécie de razoamento judicial interativo sobreviva na Teoria das Decisões Judiciais e que se possa manter, impõe-se a discussão, estudo, proposição de questões que devem nortear a ação do Poder Judiciário como Poder de Estado, bem como, a possibilidade de apresentação de emendas às Constituições Federais ou Imperiais, Republicanas ou Monárquicas para constituição de um Estado-Cidadão ou Estado-Cidadania, sendo bastante, para isso, que se assegure a plena efetividade de Cidadania aos seus cidadãos ou súditos, em caso de forma republicana de Estado, ou de forma monarquista de Estado. A manutenção da aplicabilidade efetiva dos valores éticos universais deve ser o principal ponto a ser propalado, defendido e executado pelo Estado, pela Sociedade e por todos os seus jurisdicionados. Veja-se a seguir:

1.1. Sobre a natureza e a estrutura do Estado.

Seria suficiente que a natureza do Estado contemporâneo se apresentasse, enquanto Estado republicano –em contraposição ao Estado monarquista absolutista, elitista e, por essência, criador ou mantenedor de privilégios-, ou mesmo enquanto Estado democrático e social de Direito –em contraposição ao mero Estado de Direito, que pode ser também ditatorial e não garantidor de liberdades democráticas- para que viessem a ser considerados como Estado Democrático e Social de Direito?

Esta primeira indagação é feita para que se possa partir de um ponto em que

se discuta a necessidade que o Estado Contemporâneo vem sofrendo, de câmbios imediatos, instantâneos e a mudar inclusive sua natureza intrínseca, ora com um Estado mais policialesco e antiterrorista, ora um Estado mais socializante e estatista contra a própria ideia da globalização, ou em apoio à formação de blocos ou nichos estatais continentais ou mundiais em conformação economicista e não-ideológica, ou em outras associações grupais em nítida formação ideológica. A expressão Estado-Cidadão, ou Estado-Cidadania²⁹⁷ ao revés de constituir-se em manifestação paradoxal, tem o objetivo específico de pontuar e de explicar que, de um lado, em muitas situações não é suficiente ser um Estado Republicano para que se garanta, nele, a existência de um Estado que tenha na Democracia o seu valor universal e todos os demais valores universais garantidos por sua existência enquanto Estado, podendo mesmo u'a Monarquia constitucionalista perfazer-se em um Estado-Cidadão ou Estado-Cidadania desde que garanta e preserve o exercício desses valores e princípios éticos, direitos humanos e direitos fundamentais universalmente direcionados à proteção do cidadão.

Assim a natureza do Estado Contemporâneo deve ser, obviamente, a democrática, enquanto expresse todas as chances de oportunidades liberdades e direitos, preserve a Vida e a Humanidade e estabeleça o respeito à convivência em comum, porém sempre na defesa do **Valor Magno ético e universal de *Preservação da Vida e da Humanidade***.

1.2. Sobre a natureza e a estrutura da democracia no Estado.

De outro modo, ainda que entendamos que a Democracia seja um valor universal e que deve estar expresso em todo o Estado ou Nação, para exercício e defesa do Povo, sua concretização pode ser diversa, em

²⁹⁷ Alguns autores propõem outra denominação, a de *Estado Constitucional e Humanista do Direito* (LUIZ FLÁVIO GOMES e VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZIOLI, in *Direito Supraconstitucional, Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*, Editora Revista dos Tribunais, Coleção Direito e Ciências Afins, volume 5, coordenação de Alice Bianchini, Luiz Flavio Gomes e William Terra de Oliveira, São Paulo, 2010, 206 páginas) com supedâneo em outros fundamentos, porém assentados na ideia da supraconstitucionalidade ou de um direito supraconstitucional, à qual embora afirmem a existência e a possibilidade de regras principiológicas –às quais denomino e compreendo como valores éticos universais- na visão desses autores ainda necessitariam ser inseridas no Texto Constitucional para serem admitidas ao Estado Constitucional e Humanista do Direito. É um caso típico, ao meu sentir, de Neoconstitucionalismo.

conformidade com as distintas culturas, havendo mesmo quem não aceite a expressão Estado Democrático de Direito preferindo a de Estado Social e Democrático de Direito²⁹⁸. Todavia, a diversidade de aplicação da democracia não se prende -e nem pode permitir-se, sob pena de democracia não ser- a quaisquer restrições de liberdades ou de direitos, devendo, sim, construir-se na formação de uma ordem constitucional elaborada com base nas mais amplas garantias concedidas por uma Assembleia Nacional Constituinte, na ordenação de exercício de direitos, tal e qual em um Código Civil, na regulação de direitos econômicos e sociais e na mais ampla abertura de oportunidades e iniciativas a todo e qualquer cidadão.

Em razão das experiências do nazismo e das repúblicas comunistas do século passado que se autodenominavam repúblicas democráticas –porque alegavam terem obtido o apoio popular para sua conquista do Estado-, mas se caracterizavam por imensas restrições à pluralidade política, inclusive com a instituição do Partido único e de perseguições políticas a raças, credos e orientações políticas distintas, em evidentes violações aos direitos fundamentais e humanos, tornou-se muito expressiva a antipatia, de alguns teóricos ou estudiosos, ao termo ou designação ‘democracia’. Nestes aspectos, e por estas razões, sendo a democracia um valor universal que deve, concretamente ser implementado em todos os Estados, reafirmo que a denominação Estado Democrático não é suficiente e o que o torna ‘Democrático’ e ‘de Direito’, não é a simples nomenclatura ou *nomen iuris* aplicado, mas sim a efetividade com que são assegurados esses valores éticos universais, princípios e direitos e obrigações a todo e qualquer cidadão, sem qualquer distinção e com a concessão de todas as oportunidades sociais, políticas e econômicas possíveis.

²⁹⁸ O Reino de Espanha se autodefine como um Estado Social e Democrático de Direito no seu artigo 1.1., a saber: *Artículo 1 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*

1.2.1. As qualificações e espécies de democracias

Muito tem se adjetivado a democracia. Fala-se no sentido montesquieuano em **democracia representativa**, moderna e inicialmente praticada nos Estados Unidos da América e amplamente centrada no sufrágio universal; atribui-se novo adjetivo no sentido de fazê-la **democracia participativa**, em que, mediante prévios conselhos ditos ‘populares’ estar-se-ia ampliando a participação de todos os cidadãos, mas na verdade, admitindo-se a participação apenas dos cidadãos interessados e organizados politicamente.

Entretanto, como entendo que a democracia é um valor universal que não se prende somente à organização política, enquanto apenas expressão partidária da sociedade, mas ao revés, deve se expressar no resguardo e defesa dos mais amplos valores éticos universais, parece-me que neste aspecto, o máximo que se poderia vir a sugerir é que se fizesse uma **democracia compartilhada ou interativa** (*shared or interactive democracy*) em que o contato do representante do povo dar-se-ia mais diretamente com o seu eleitor²⁹⁹, restando claro que é dever do representante submeter constantemente seu mandato ao crivo de seus próprios eleitores nas mais variadas formas e constantemente, comprovando e compartilhando com o eleitorado a sua postura permanentemente ética no exercício do mandato.

Portanto, justifica-se a reafirmação que faço, com veemência, da universalidade do valor **democracia**³⁰⁰ -o qual adveio do maior valor de todos, a **Preservação da Vida e da Humanidade**- ressaltando que proponho como melhor denominação de um Estado que conceda e preserve todas as garantias e direitos aos seus concidadãos, a de **Estado-Cidadão**, ou **Estado-Cidadania** e a de **democracia compartilhada** ou **democracia interativa** a justificar, conceituar, definir e realizar um Estado, como disse, preocupado em assegurar aos seus cidadãos as mais amplas oportunidades e que com as suas atuações

²⁹⁹ A possibilidade cada vez mais efetiva de intercomunicação global em tempo real e instantâneo entre eleitor e eleito admite um a espécie de controle e cobrança imediatas daquele em relação ao seu mandatário.

³⁰⁰ **COUTINHO**, Carlos Nelson. *A Democracia como Valor Universal*, no link: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=OCB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fboletimef.org%2Fbiblioteca%2F2921%2Fartigo%2FA-democracia-como-valor-universal.pdf&ei=iHC7U57WMuigsQSpsYC4Aw&usq=AFQjCNEjxSvt_v0Bs0ax9Hp55pbookKETdA&sig2=ajq_gNQrnlKhYbyCgNqxi4w&bvm=bv.70138588,d.cWc, acesso em 10/09/2014, 14:31.

sociais conceda a garantia de direitos de cidadania, de direitos fundamentais, de direitos humanos, de direitos sociais, políticos e econômicos e de direitos públicos e privados, com fundamento em todos os valores éticos universais e nas liberdades democráticas e políticas inerentes ao próprio cidadão, como também ele, cidadão, exija o cumprimento dos **princípios de realização do Estado**, tais como, **a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência**, consoante ao artigo 37, da Constituição da República Federativa do Brasil e mandam os valores e princípios constitucionais e administrativos.

É importante ressaltar, por outro lado, que a **democracia compartilhada e interativa** tem como uma de suas missões a Ética na Política e para tanto a garantia do não-aparelhamento do Estado por qualquer partido político, identificado pela primeira vez por Marx, em relação à classe dominante, apropriação essa potestativamente consciente e ideologicamente inconsciente³⁰¹ no que se referia à classe burguesa na época de sua obra “O Capital”.

Após o alerta ideológico marxista sobre o conceito de classe dominante e a constituição das visões leninista-revolucionária e gramscista-reformista, distintas, porém convergentes em finalidade, a luta pelo poder adquiriu conformações conscientes e direcionadas à sua conquista e manutenção, a tal ponto que os sistemas de direito passaram a ser utilizados mais consciente, concreta e estrategicamente com esse objetivo em relação ao Estado e do Estado por todas as classes.

No entanto, isto não significa que não se possa, no exercício do Estado Democrático de Direito buscar-se a distribuição de justiça aos casos concretos –ou principalmente, garantir-se a neutralidade social do Estado-, heteronomamente, vale dizer, de maneira a independe da vontade das partes envolvidas e em nome da constituição definitiva de Cidadania, na prática.

³⁰¹ Marx ao tratar da classe dominante expressa seu conceito como uma classe que detém a apropriação do modo de produção capitalista e, por isso, pontua que a manutenção dessa apropriação eterniza o sistema capitalista e intrinsecamente viabiliza e acirra as contradições de classe, inoculando nas classes exploradas a necessidade da revolução para mudança dessa condição de exploração. Por isso afirmo que em relação à manutenção do poder tratava-se de uma apropriação consciente e quanto à ideologia de sua conquista e manutenção, apresentava-se como inconsciente porque sua preservação, no dizer de Marx, pela burguesia, antes do marxismo, não era buscada como um objetivo a cumprir, mas sim como consequência natural do seu próprio exercício de poder, no qual se inclui, segundo ele, Marx, como superestrutura, o sistema de direito e “a exploração do homem pelo homem”.

Neste aspecto, importa considerar, entretanto, que reconhecer-se a primazia do interesse público sobre o interesse privado não significa adotar-se a hipertrofia do Poder Executivo e tampouco a socialização dos meios de produção, ou ainda a retirada total ou a restrição parcial do direito à iniciativa privada, que, em nome do princípio da mais ampla liberdade de oportunidades e de empreendimentos deve-se consagrar.

De verdade, a primazia do interesse público sobre o privado é uma forma de defesa do direito de todos –e não do direito de se apropriar do que é público– contra o direito individual ou particular de apropriação do que é, por natureza, dirigido ao benefício de todos e assim deve ser consagrado e respeitado.

1.3. Sobre a natureza democrática do Poder Judiciário e sua relação com a formação das decisões.

Na esteira desse razoamento de garantias e efetividade de Cidadania ao cidadão³⁰² pode-se compreender a posição a que é alçado o Poder Judiciário no âmbito da construção, formação e fixação do Estado Democrático do Direito, tornando-se, na prática, o Poder garantidor da Cidadania ao Povo.

Em virtude da necessidade de que o Poder Judiciário se apresentasse com modernização, célere atualização contemporânea e efetivação de uma resposta imediata e instantânea à rapidez dos fatos e à intercomunicabilidade que impõe uma espécie de ubiquidade (presença permanente, ainda que

³⁰² Embora seja verdadeira, é um tanto paradoxal ou pleonástica a expressão “garantias de Cidadania ao cidadão”, pois se ‘é cidadão’ já deve supostamente ‘deter as garantias de Cidadania’. Esta *contraditio in terminis*, na verdade, ocorre, exclusivamente, em razão das desigualdades sociais e econômicas, contrariamente aos dispostos constitucionais expressos nos seguintes dispositivos “ **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – (...); II - a cidadania; (...)**”; “**Art. 3º** Constituem **objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil: IV - **promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**”; “**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País** a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. Assim, tem-se por pressuposto constitucional que todos os residentes no Brasil, nacionais ou estrangeiros, são cidadãos e possuem direitos constitucionais assegurados. Entretanto, as desigualdades sociais e econômicas profundas e extensas, existentes no País, estabelecem diferenças de efetividade prática de realização da Cidadania entre indivíduos e famílias, concedendo, a alguns, absurdamente, mais Cidadania que outros. O Estado necessita ser exercido neutral e imparcialmente, e é, por isso mesmo, o responsável pela garantia a todos, em pé de igualdade substancial, da realização da Cidadania sem discriminações. Para os artigos constitucionais, veja-se o link http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

virtual, mas presente) a todos os fatos, consideradas as características do alto desenvolvimento e crescimento científico e tecnológico globalizado, de elevada interatividade globalizada pelo uso instantâneo –como já disse- das intercomunicações mundiais, (?)seria possível estudar e formular a criação de um Processo Judicial eletrônico, com suas características de imediatidade (ou instantaneidade), celeridade, participação, multidirecionalidade e permutabilidade, a fim de efetivar garantias de aplicação às soluções dos conflitos de interesses nas demandas judiciais?

Não há qualquer dúvida de que a criação de uma ferramenta tecnológica e informática que intente aplicar ao Poder Judicial **os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e que venha a garantir adequação e rapidez na solução dos conflitos sociais submetidos à jurisdição, vem ampliar a efetividade dessas soluções jurisdicionais. Todavia, nada mais faz do que inserir, no âmbito do Poder Judiciário, um elemento tecnológico, um aspecto e técnica de pronta resposta, de molde a viabilizar:

1. **o afastamento do uso do papel como base física para registro dos fatos, argumentos e decisões na demanda;**
2. **a presencialidade virtual dos agentes institucionais, dispensando-se a presença física das partes e do juiz para a realização do processo;**
3. **o uso em tempo real (imediatidade, instantaneidade) do processo, por meio virtual, com pronta resposta (apresentação de requerimentos, petições, peças recursais, decisões e sentenças) ainda que inexistente a presença física das partes e do juiz natural;**
4. **o registro e arquivamento virtual e eletrônico das informações contidas nas causas em outros pontos geofísicos distintos do âmbito jurisdicional, sem a ocupação de longos espaços em razão da inexistência de volumes físicos;**
5. **a apresentação segura pelas partes e o manuseio e apreciação restrito aos juízes de provas tecnologicamente adquiridas e fornecidas (vídeos, gravações audiofônicas, instrumentos e/ou aplicativos eletrônicos);**

6. a constante atualização de desenvolvimento programático dessa ferramenta e imediata correção de procedimentos em atendimento a comandos e ordens judiciais (prioridade de atuação judicial).

Mas isto produz uma outra e séria consequência a qual faço questão de rememorar para a realização do juízo de valor pelo Juiz Natural: **i)** o estabelecer relações segundo ideias (*pensar*) para produzir um câmbio de razoamentos em relação a conceitos; e **ii)** estabelecer relações segundo conceitos (*conhecer*) para a consumação da atividade cognitiva do Juiz Natural; e **iii)** utilizando-se essa ferramenta, as decisões também devem estabelecer uma construção do razoamento a fundamentar a decisão da demanda em análise.³⁰³

A utilização dessas três funções racionais **deve ser** realizada de modo mais amplo e sistemático, porém menos mecânico, a exigir um razoamento judicial iusinterativo. A tamanha **imediatez**, **tempo real** de exigência e resposta e a **celeridade** resultante, com **multidirecionalidade** e **permutabilidade** intensas, requerem, naturalmente, outra espécie de raciocínio ou razoamento para a formulação de um juízo de valor que leve à **justiça-nas-decisões**. Este é o **razoamento judicial iusinterativo** que proponho.

Seria possível aplicar o Razoamento Iusinterativo às decisões judiciais nas condições atuais dos sistemas de direito existentes? A resposta é evidentemente **afirmativa**, ainda que modulada ou moderadamente e referindo-se a todo e qualquer sistema de direito, desde o mais fechado e religioso (o direito islâmico e o direito israelense), passando pelo direito anglo-saxônico, de característica normativista (regido pelo Common Law, pelo Statute Law, pela Equity e pelo Custom) e o direito romano-germânico, amplamente legalista, porque a iusinteratividade e seu razoamento permitem a atualização do juízo para e pelo juiz e sua adequação à contemporaneidade na inter-relação histórico-cultural (interação) entre dimensões culturais e vetores naturais. Entretanto, se não se procurar tomar como medida permanente a iusinteratividade de aplicação do direito, algumas modificações que a seguir estudo, também poderiam ocorrer como modo de assegurar melhor aplicação

³⁰³ REALE, Miguel. *Verdade e Conjetura*, op. cit., pág.33.

de ***justiça-nas-decisões*** com a tarefa de evitar contradições sistêmicas e entre poderes constitucionais.

1.4. A falência da democracia ‘representativa’ no Estado contemporâneo e as consequências aziagas ao Poder Judiciário.

Aquilo que desejo questionar neste ponto é que o sistema de democracia representativa e de tripartição de Poderes, criado por Charles Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, está definitivamente superado para o século XXI, como igualmente os sistemas de direito que ainda hoje praticamos e que este sistema de organização tripartite de poder não mais atende às necessidades públicas de governo e de democracia para a sociedade.

E o que isto tem a ver com o iusinterativismo que preconizo para a ***justiça-nas-decisões*** judiciais? E em que sentido não servem mais? Simplesmente porque não são mais capazes de estabelecer viva e seguramente a democracia representativa de molde a assegurar iguais oportunidades a todos³⁰⁴, ou seja, os elos éticos, sociais e propriamente políticos, que devem manter os cidadãos vinculados a seus representantes políticos, não mais resistem, nem se sustentam e/ou se apresentam translúcidos e puramente rotos em perspectiva, na qual a cidadania não mais exerce qualquer controle sobre o elo ético, sobre o elo social, tampouco sobre o elo político, e mais ainda, tampouco exerce qualquer controle ao pretendido elo jurídico. A malha social, política e econômica que constitui o ***homo civilis***, ou o ***politikós***, o ente ou ser cidadão, está desfeita. Não mais se entrelaçam e não são consequentes ou se constituem de maneira isolada na sociedade, gerando fortíssimo individualismo de atuação social e política, abrindo caminho à corrupção e à improbidade.

E a consequência disto é o que denomino a ***magna contradictio do ordenamento jurídico*** que se caracteriza como a impossibilidade permanente

³⁰⁴ Gostaria de observar que não se pode deixar de pontuar ou enfatizar esta necessidade de “***assegurar iguais oportunidades a todos***” sob o argumento escusativo de que não se consegue a perfeição no mundo, pois se em algum país isto é possível, se em algum sistema isto se alcança, é evidente a sua integral viabilidade de concretização e prática, sendo perfeitamente crível e aceitável sua busca e perquirição social, jurídica e política, enfim, sua concretidade social.

de coerência entre as leis promulgadas pelo **sistema de elaboração e criação de normas (Poder Legislativo)** e a sua aplicação pelo **sistema de validação e aplicação de normas, fatos e valores (Poder Judicial)** no objetivo de produzir *justiça-nas-decisões*.

Uma pequena digressão sobre este tema faço, a seguir, para explicar a influência aziaga e profunda que isso causa a um sistema jurídico e judicial em uma nação.

2. CARACTERÍSTICAS E PRESSUPOSTOS DA DEMOCRACIA 'REPRESENTATIVA' CONSTRUÍDA NO SÉCULO XX E SUAS CONTRADIÇÕES SISTÊMICAS.

2.1. Os Pressupostos de Legitimação da democracia 'representativa' contemporânea.

A democracia 'representativa' está legitimada:

- a. no sufrágio universal mediante adequada e instantânea fiscalização do livre exercício do direito de voto pelo cidadão sem qualquer tipo de pressão, nem antecipada, nem em tempo real, seja psico-estatística ou sócio-econômica;
- b. na organização partidária livre;
- c. num sistema eleitoral com garantias de captação e apuração limpa e isenta de votos para um resultado democrático e justo;
- d. na certeza permanente de que os representantes democraticamente eleitos pelos cidadãos eleitores devem manter elos éticos com estes durante seu período de mandato;
- e. em programas de ideias predefinidos por partidos políticos ou por vinculação de interesses partidários, ou por vinculação com as ideias de seus cidadãos eleitores correligionários.
- f. no pressuposto fundamental de que um representante eleito por sufrágio universal, com organização partidária livre, com captação e apuração de votos, limpas e isentas, com elos permanentes para representação dos interesses de seus eleitores durante o período

de mandato e com vinculação com as ideias de seus cidadãos eleitores, atuando nos debates, na tramitação legislativa e na deliberação em comissões e no plenário do Congresso venha a criar um produto legislativo que realiza *justiça-na-lei*³⁰⁵

O fundamento de tal legitimação está na eficácia e na efetividade de tais requisitos, vale dizer, na efetiva prática social de todos estes pressupostos garantidos a todos os cidadãos.

Entretanto, em muitos países, a realização de tais pressupostos **não** se efetiva condizentemente de molde a poder conceder efetividade aos direitos fundamentais eleitorais.

Se tais elementos constitutivos não se efetivam, sua legitimidade entra em crise e se esvai socialmente.

Insisto, pois, em afirmar que o cumprimento de todas estas condições de legitimação da democracia representativa **não torna concreta** qualquer garantia de que a ***lei será justa***. E o argumento principal daqueles que desejam manter uma “liberdade” –a qual na verdade, constitui-se em **liberalidade**- “de atuação”, no sentido de se afirmar que justiça é um critério abstrato, e com isso, **NÃO PRODUZIR LEIS JUSTAS**, seria apenas um fundamento retórico de utilização político-jurídica iuspositivista e neoliberal.

Não é suficiente afirmar a existência ou aplicabilidade de políticas públicas ou de princípios para a solução dos conflitos. Tampouco reconhecer aplicabilidade de regras apriorísticas de legitimação e de ordenamentos jurídicos.

Os motivos pelos quais se impossibilita a legitimação social dos pressupostos a que me referi antes são muitos e não raro ocorrem em razão dos interesses políticos e econômicos estatais e neoliberais, da vida profissional e familiar dos cidadãos nas metrópoles onde as tribulações diárias e os deveres funcionais e sociais, as mais das vezes limitam o próprio exercício pleno da cidadania a

³⁰⁵ O conceito de ***justiça-na-lei*** que apresento neste momento guarda a ideia de que, ainda que a política deva ser a “*arte de negociação para atendimento a todos os interesses da Nação*” sua formulação deve ser **sempre ética** considerando-se o alto grau de responsabilidade e representação política exercido por um representante popular legislativo. A conduta ética de um membro do Parlamento não se restringe à conduta pessoal do parlamentar, mas principalmente na elaboração de leis que não atingem a ética dos direitos dos cidadãos consagrada nos valores éticos universais e nos princípios supraconstitucionais, como também nas normas relativas aos direitos fundamentais, direitos humanos e nas éticas constitucionais inseridas na Constituição Federal. **A produção de *justiça-na-lei* é um dever do Legislador Natural.**

conteúdo, como também ocorrem desvios éticos de exercício de mandatos eletivos pelos próprios parlamentares. Mas há mais. Há contradições crônicas e sistêmicas.

2.2. As sete inafastáveis contradições sistêmicas da democracia 'representativa' contemporânea.

Todavia, esta estrutura toda está completamente rota, rompida, desfigurada, podre. E simplesmente porque se apresentam, também, com as seguintes **sete inafastáveis contradições sistêmicas**:

- 1) **O sufrágio universal** (o voto eleitoral exercido em condições de liberdades democráticas e políticas) **legitima apenas o momento da escolha**³⁰⁶ e a **escolha efetuada**, não sendo a eleição condição de legitimidade para o exercício do mandato que, para sua manutenção, exige atuação efetiva, ética e proba do parlamentar eleito;
- 2) **A livre organização partidária concede apenas liberdade de associação, porém** não concede a liberdade de postulação de candidatura, inviabilizando um pleito efetivamente democrático, pois condiciona os postulantes à candidatura a controles político-partidários estabelecidos dentro das próprias organizações partidárias e à aceitação de uma política interna de troca de interesses, para obtenção do beneplácito partidário³⁰⁷;

³⁰⁶ Muitas vezes a mera existência do sufrágio universal, da forma como é exercido, tampouco garante eleições legitimadamente livres e democráticas, tornando-se, um verdadeiro e mero simulacro de liberdade eleitoral, consoante acontece, ainda em ditaduras de esquerda e de direita no mundo contemporâneo. Ao meu sentir, a questão eleitoral é muito densa de relações, complexa em interesses e polêmica em finalidades, tornando-se necessário ser objeto de uma Assembleia Nacional Constituinte e com permissão de fiscalização popular mediante Audiências Públicas Periódicas Fiscalizatórias de Mandatos Legislativos.

³⁰⁷ No periódico “NOVO JORNAL”, da Cidade do Natal, Estado do Rio Grande do Norte, Brasil, no dia 24 de setembro de 2014, foi publicado o *lead*, em primeira página, “Ronconi acusa PSL de negociar sua candidatura” referente à notícia “TU O DIZES”, constante de página 03, inteira, (NOVO JORNAL, Editoria Principal, Editor Everton Dantas, Natal, 24/09/2014) em que o candidato ao Senado Roberto Ronconi acusa o candidato a Governador de seu Partido Social Liberal (PSL), Araken Farias (também Presidente Regional do partido), de influenciar a renúncia de seu irmão, Roberto Farias, segundo suplente de Senador da chapa do candidato Roberto Ronconi, dez dias antes da eleição a fim de que o partido –que deveria exercer em cinco dias o direito à substituição do candidato à suplência resignante- em reunião do Comitê Partidário houvesse por decidir que não realizaria tal substituição exigida por lei, o que pela legislação eleitoral brasileira inviabilizaria a candidatura da chapa na vaga ao Senado como um todo,

- 3) **A inexistência, na lei eleitoral, da possibilidade de candidaturas cívicas independentes e apartidárias** leva o pré-candidato a se submeter a todo tipo de pressões para a participação política, ofuscando a figura do verdadeiro partícipe ideológico-partidário;
- 4) **As garantias de captação e apuração de votos isentas e limpas, por meio de urnas eletrônicas**, deve estar precedida de uma prévia e ampla fiscalização, por todos os partidos políticos e pelo Estado, do sistema eletrônico utilizado e da programação informática efetuada para cada evento eleitoral e contra possíveis invasões (hackers) de dados no programa eleitoral eletrônico (hardware e software);
- 5) **A realização de pesquisas de eleitorado prévias até exatamente poucos dias antes do imediato momento da votação** direcionam e conduzem o eleitorado em determinado sentido eleitoral, viciando completamente o pleito e o seu resultado, devendo ser permitidas somente até uma semana antes das eleições, ou então proibidas integralmente para as eleições majoritárias;
- 6) **O representante eleito pelo voto, após sua eleição, não mantém vínculo permanente, construído durante as eleições, com os cidadãos eleitores**, fazendo-o somente até a posse no cargo; após isto, passa a ser um representante das orientações do partido –as quais podem muito bem ser modificadas e tornarem-se contrárias à orientação do eleitorado- e depois de certo tempo, tampouco segue a orientação partidária, obedecendo até mesmo, em muitos casos, a u’a maioria parlamentar formada ocasionalmente e dirigida por interesses outros (formação de oligarquias e grupos econômicos neoliberais ou

possibilitando a cassação do registro da candidatura ao Senado do candidato Roberto Ronconi que já havia sido aprovada pelo partido. Em reunião do Tribunal Regional Eleitoral a candidatura foi devidamente cassada e esta decisão está pendente de julgamento pelo Tribunal Superior Eleitoral, mas não foi julgada a tempo das eleições de 05 de outubro de 2014. Ronconi, principal crítico da candidatura ao Senado da candidata pelo Partido do Governo não mais pode participar da campanha eleitoral, não mais tendo espaço na mídia. Não desejo discutir o mérito ou a justiça, ou ainda a veracidade ou não das críticas e acusações de Ronconi à candidata ao Senado pelo Partido do Governo, ou a finalidade ou as justificativas que levaram o Comitê Partidário a agir de tal maneira, mas sim, a certeza de que a organização e a expressão político-partidária no Brasil não pode controlar a livre expressão e manifestação política de quem quer que seja, assegurada constitucionalmente, quanto mais a de uma candidatura já formulada e manifesta nas ruas e nas propagandas políticas. E a melhor maneira de impedir-se isto seria a candidatura cívico-independente a obstar finalmente qualquer dependência partidária nesse sentido. <http://novojournal.html5.fivepress.com.br/index.php?id=edicao.open.php>. Acesso em 24/09/2014, 17:02.

ideologicamente alinhados no Parlamento) e completamente distintos daqueles sustentados, preconizados e reafirmados durante a campanha ou propaganda eleitoral, e com isso tornando o sufrágio universal um sistema objeto de dolo, simulação ou fraude eleitoral e de apropriação de parcela de poder do sistema legislativo, sem que tenha sido esse o seu objetivo inicial³⁰⁸;

- 7) **Os partidos políticos não mais sustentam ideais políticos predefinidos de configuração ideológica por uma visão de mundo, tampouco por uma concepção de construção do Bem Comum na sociedade, para o Estado ou para a Nação**, ou mesmo por semelhança de ideias político-econômicas para a sociedade, apresentando-se, na verdade, como verdadeiros feudos políticos –ou ideológicos, ou econômicos- para consecução e realização de poder “fisiológico”, pró-pessoal ou pró-grupal, no interesse de aquisição, manutenção e preservação de poder político e de conquista permanente do Estado.

2.2.1. Do problema da fidelidade partidária para a regularidade ética do sistema.

A esse respeito é importante analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral da República Federativa do Brasil quando os parlamentares filiados a um partido político seguem a orientação partidária de outro, em nítida caracterização de infidelidade partidária. Neste sentido, a criação do instituto da “**fidelidade partidária**”, em meu sentir, ora atinge a constitucional liberdade de expressão e manifestação do cidadão político, ora exige-lhe a legal coerência e lealdade ao partido que lhe concedeu apoio político para a eleição e posse ao cargo parlamentar. O questionamento torna-se mais interessante ainda quando se sabe que, apesar de existir norma constitucional sobre o tema assegurando o direito de livre manifestação e

³⁰⁸ No Brasil, há famílias inteiras representadas no Parlamento há mais de 70 anos em eleições reiteradas pelo bisavô, avô, pai, neto, bisneto e trisneto formando verdadeiros feudos eleitorais e legislativos, apenas alternando-se na disputa de cargos, ora, em eleições majoritárias para os cargos executivos, ora em eleições proporcionais para os cargos legislativos, e com isso eternizando-se no poder.

expressão política ao cidadão, não há qualquer restrição constitucional **expressa** a esta liberdade, tampouco que venha a restringir o direito de voto ou de escolha partidária, ainda que filiado ou não a determinado partido político. De outro modo, a fim de evitar-se a constante e antiética troca de partidos para formação de circunstanciais e eventuais maiorias congressistas ou parlamentares em câmbio de vantagens ou benefícios econômicos ou políticos, de ordem pessoal, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução 22.610³⁰⁹, de natureza infraconstitucional, determinando regras e sanções à possibilidade de troca de partidos políticos como forma de organizar, eticamente, o uso do mandato parlamentar conferido popularmente ao seu congressista eleito (deputado federal ou senador) a fim de que a cooptação política, durante todo o período do mandato parlamentar, seja reduzida ou mitigada consideravelmente. A própria existência da Ação Penal 470-DF (o denominado “processo do Mensalão”³¹⁰) no Supremo Tribunal Federal foi uma efetiva reação da nação brasileira à tentativa de conquista do Estado por um partido político mediante troca de vantagens e benefícios com congressistas. O teor dos votos dos Ministros bem assevera esta natureza de tentativa de aparelhamento do Estado e repele esta espécie de conduta reprovável e antirrepublicana.³¹¹

³⁰⁹ Vide http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade_partidaria/res22610.pdf e vide igualmente o link <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-df-informativo-tematico-tema-8-infidelidade-partidaria>

³¹⁰ **MENSALÃO** é o apelido midiático dado ao caso referente à **Ação Penal 470** em razão do objetivo do esquema montado por seus partícipes e executores pelo qual os gestores públicos (detentores de acesso aos cofres públicos) obtinham mensalmente dinheiro e aportes financeiros de grande soma, oriundo de instituições privadas ou do Erário, que eram desviados e mensalmente pagos por tesoureiro do Partido do Governo (Partido dos Trabalhadores – PT) a parlamentares e Partidos da base aliada de sustentação política do Governo e que se comprometiam a acompanhar e a votar favoravelmente a projetos legislativos do Partido do Governo, mantendo-se a maioria governamental em todos os tipos e hipóteses de votação. Veja-se a decisão no seu inteiro teor disponibilizada no link [ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor AP470.pdf](ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf), acesso em 15/09/2014, às 01:51.

³¹¹ Recentemente descobriu-se o desvio de verbas de natureza pública pertencentes à principal empresa brasileira **PETRÓLEO BRASILEIRO SOCIEDADE ANÔNIMA – PETROBRÁS S/A** e o uso indevido que levou à perda de cerca de 472 bilhões de dólares e gerou a criação no Congresso Nacional de duas Comissões Parlamentares de Inquérito. Uma, Mista com a Participação de membros do Senado Federal (maioria de membros do Partido do Governo) e membros da Câmara dos Deputados; e outra, formada apenas na Câmara dos Deputados com a participação de seus membros, Casa Legislativa em que os membros partidários do Governo Federal não possuem a maioria absoluta. Os meios de comunicação já criaram o apelido midiático a esse novo escândalo envolvendo **novamente** o Partido do Governo (Partido dos Trabalhadores – PT) e a sua administração desastrosa da **PETROBRÁS** como sendo o **PETROLÃO** em alusão ao **MENSALÃO**, primeiro escândalo envolvendo o partido do governo e sua tentativa de apoderamento do Estado. Encontra-se tal feito, até o momento em nível de investigação e inquérito.

Outra hipótese interessante a ser citada é a denominada Lei da Ficha Limpa³¹² e que impede o registro de candidaturas por candidatos condenados por um juízo colegiado ou em que se apresente uma decisão passada em julgado (ou ‘firme’).

Tais posturas e medidas de maior controle efetivo da atividade representativa e legislativa se fazem cada vez mais necessárias em razão do crescimento notório de ações de corrupção ativa e passiva no âmbito legislativo e a possibilidade cada vez maior de grupos de pressões (**lobbies groups**) atuando nos Paramentos.

E por que assim se passa?

Na verdade, a ética que se realiza neste sistema, e dentro dos sete paradoxos que apresentamos, advém de três espécies de posturas ideológicas que sempre se antagonizaram entre si:

- a. o posicionamento **econômico neoliberal** que lenta e gradualmente faz desaparecer a figura do Cidadão –o **politikós**, enquanto ser integrado à Cidade, à **polis**, à sociedade, à **societas**- desestimulando a participação na esfera pública, de maneira a transformar o cidadão –**homo civilis**- em consumidor –**homo consumens**-;
- b. o posicionamento **ideológico social-comunitarizante**, realizado pelos netos do comunismo e socialismo falidos, que ainda entendem que o Estado deve ser o grande controlador de todas as ações em um País, de molde a atingir todos os direitos cidadãos e transformar países e cidadãos em meros números estatísticos e consequências, deixando de ser o **homo civilis** ou **politikós**, para tornar-se o **homo laborans**, sem qualquer criatividade ou produtividade, exceto aquela que o próprio Estado determinar; e
- c. o posicionamento **social-democrata** que entende que o Estado deve apenas exercer fiscalização –ou regulamentação- sobre a Economia e seus fatos relevantes, permitindo a liberdade de iniciativa e o empreendedorismo ao cidadão na parceria com o Estado.

É preciso, sim, uma postura cidadã sobre a sociedade civil e a realidade

³¹² **LEI DA FICHA LIMPA - LEI COMPLEMENTAR Nº 135**, de 04 de junho de 2010, disponível no link http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm, acesso em 15/09/2014, 03:12.

experienciada, postura que se admite até mesmo, em certos casos, ou em sua maioria, como ideológica, mas acima de tudo cidadã e democrática, a permitir que todos possam amplamente se manifestar sobre suas ideias cidadãs (*políticas, não-partidárias*), sem restrições, induções ou proselitismos de qualquer ordem.

No que se refere ao liberalismo econômico, há, no dizer de Caballero, “*um verdadeiro sequestro do âmbito político pelos próprios políticos neoliberais*”³¹³ estabelecendo a **racionalidade do mercado** (=entenda-se **Consumo**) em hipertrofia no confronto com a **racionalidade da sociedade** (entenda-se = **Cidadania**), pois para o âmbito do sistema econômico neoliberal não se necessita do fundamento axiológico até o ponto de que o poder político concentrado nos preceitos democráticos normais encontre dificuldade de se fazer presente enquanto direito regulador e simultaneamente contrário aos princípios neoliberais de mercado, porque evidentemente injustos e desiguais. Muda-se a ética da sociedade para atender-se à ética neoliberal e sequestra-se o âmbito político, o âmbito cidadão, cambiando-se assim a compreensão e atuação do sistema de direito.

Para esta espécie de ética neoliberal e o exercício de um poder efetivo, frequente e atual é mais relevante o resultado imediato das medidas legalistas adotadas e tomadas do que a legitimidade intrínseca que possui a possível **justiça-nas-decisões** porque o princípio da eficácia neoliberal³¹⁴ é que se perfaz como critério substancial. Neste caso, é o bastante a legitimação na capacidade de gestão e nunca o critério axiológico de justiça. Entretanto, este critério de distanciamento do elemento axiológico é, também, uma opção axiológica só que, neste caso, ideológica. Apenas se perfaz tendenciosa

³¹³ CABALLERO HARRIET, Francisco Javier. *Algunas Claves para otra Mundialización*, 1ª. edição, Ed. FUNGLODE-Txalaparta, Navarra, 2010.

³¹⁴ CABALLERO HARRIET, Francisco Javier. *in op. cit.*, assevera que os princípios ou valores do sistema neoliberal fundam-se, em relação a seres e coisas, na **Utilidade** (enquanto plena adequação e finalidade às necessidades do **consumo** e do **mercado**), na **Competência** (enquanto preparação meritória pessoal para o incremento do exercício ou utilização da produção de algo em direção ao **consumo** e ao **mercado**) e na **Eficácia** (plena adequação tecnológica e das finalidades de seres e coisas **ao consumo e ao mercado**). Observe-se que o direcionamento dos ‘**valores neoliberais**’ se conduzem, em identidade e finalidade, enquanto proteção e amparo **ao consumo e ao mercado** como principal *desideratum*. Não buscam a ‘**Preservação da Vida e da Humanidade**’, como valor ético **magno**. O *homo oeconomicus* deixa de ser o *homo civilis*, passando de um nome ou de um sujeito de cidadania, ou de direitos constitucionais assegurados a um número, à uma identidade de um cartão de crédito, ou a um nível de crédito bancário que possua, ou a participações acionárias que detenha ou ainda a um número de assistência social. Quaisquer outros valores, para o neoliberalismo, não se perfazem necessários.

porque exclusivista, excludente de demais membros componentes do âmbito social geral (entenda-se = **a sociedade democrática**, em participação igualitária aos diferentes grupos sociais), optante por critérios fundados em uma ética consumerista e desigual, animando e sustentando uma espécie de “democracia” que realiza uma ideologia funcionalista de gestão.

Por outro lado, pelas considerações e posturas relativas à tomada de um **posicionamento ideológico social-comunitarizante**, não se deseja provocar, atingir ou inocular no cidadão uma atitude consumerista, mas, ao contrário, realizar-lhe substituição de valores éticos em que o estatal ou o geral deverá **sempre** se sobrepor ao particular ou privado, incorrendo-se no risco social profundo da perda da crítica, no aprisionamento do próprio espírito científico, na redução da capacidade criadora ou na eliminação da iniciativa individual, todas molas mestras do arranque, do avanço e do crescimento e desenvolvimento científico e tecnológico, quiçá econômico e social.

O próprio conceito de família enquanto unidade autônoma de organização social tende a ser desfeito ou dissociado de eventuais modos de produção, quando se sabe, que, como célula-mater da sociedade, sob qualquer forma que se apresente, é também, uma espécie de micromodo de produção autônomo e não controlado pelo Estado.

No que concerne, ao meu ver, **à visão social-democrata**, colhe maior êxito sem qualquer tendenciosidade de postura científica, porquanto, se apresenta com maior versatilidade, podendo, ora utilizar de critérios mais estatais e estatizantes, e em outros momento, vislumbrar a privatização como solução. Creio que o fato de a amplitude de atuação ser maior nesta postura permite e torna mais adequado se viabilizar **justiça-nas-decisões** se o sistema de direito abre possibilidades amplas para as formas de propriedade em sociedade.

Vê-se, pois, que não é totalmente suficiente, para que o Poder Judicial possa decidir com **justiça** ou que se faça a **distribuição de justiça** simplesmente transformando suas decisões e sentenças em sentenças e decisões interativas pela utilização do razoamento iusinterativo.

É preciso, também, e enquanto **Juiz Natural**, compreender a necessidade de mudança da forma de decidir por meio de um método iusinterativo a fazer retornar a ética em todos os meios institucionais da República. Tudo isto é possível, mas não perdurará muito tempo se não houver alguma mudança, em

sentido ***macro*** e substancial no **sistema de elaboração e criação de normas (Poder Legislativo)** e no **sistema de validação e aplicação de normas, fatos e valores (Poder Judicial)** em suas naturezas. O que também não significa dizer que estamos a tratar de uma utopia, pois, o lusinterativismo é uma realidade, em sentido ***micro***, e o método do Razoamento lusinterativo é possível de ser realizado e fazer-se concreto para um julgador, no caso específico, enquanto técnica permissiva, interativa e democrática de produção de ***justiça-nas-decisões***.

Na verdade, precisamos tratar e apontar soluções e sugestões para:

- a. o problema de representatividade popular do próprio Poder Legislativo que queremos;
- b. a relação do Poder Legislativo com o Poder Judiciário;
- c. a representação legítima dos membros do Poder Judiciário;
- d. os respectivos produtos legislativo (lei) e judicial (sentenças ou decisões) em direção à distribuição da justiça na sociedade.

Tudo isso está intimamente conectado à legitimidade da norma, como produto legislativo, e à legitimidade da ***justiça-nas-decisões*** judiciais.

2.3.O Legislador Natural: a legitimidade constitucional e ética do membro do Poder Legislativo.

A legitimidade da norma aplicada pelo Poder Judiciário advém da autoridade pública de seu criador –o legislador-, ou seja, dos pressupostos de que, tanto o julgador é aquele que está investido constitucionalmente do poder de julgar em sociedade (o **Juiz Natural**) -e assim o admitimos e reconhecemos como tal- quanto o criador constitucional da norma é o **Legislador Natural**, ou seja é aquele que, por obrigação constitucional, deve:

2.3.1.Os Sete Pressupostos de Legitimidade Constitucional e Ética do Legislador Natural:

1. Estar autorizado constitucionalmente para legislar, representando o seu eleitorado;

2. Ser eleito pelo voto popular livre para esta finalidade ampla e genérica (sem quaisquer restrições, exceto a de realizar com justiça e ética o seu mister, efetuar *justiça-na-lei*);
3. Representar os interesses de seus eleitores, não exclusivamente os de seus partidos políticos;
4. Participar dos debates legislativos que sustentem ou fundamentem a criação do produto legislativo com propostas e projetos de lei que reflitam os compromissos assumidos com seus eleitores e de acordo com os interesses deles;
5. Atuar com ética, transparência e probidade no desempenho de suas funções públicas;
6. Prestar contas periodicamente de seus atos legislativos a seus eleitores³¹⁵;
7. Criar produtos legislativos com *justiça-na-lei*³¹⁶.

A ausência de qualquer um destes requisitos fundamentais, no meu entender macula completamente o mandato e sua representatividade legislativa além de interferir diretamente no processo de criação das normas no Poder Legislativo, igualmente ofendendo o **princípio do Legislador Natural** de molde a não garantir que seu produto final venha a trazer qualquer espécie de justiça a ser aplicada em qualquer País que seja, ainda que este produto final (**a Lei**) venha a ser interpretada, para seu esclarecimento de sentido e significado, pelo Poder Judiciário e que passe por sua apreciação (o **Acórdão, a Decisão, ou a**

³¹⁵ Vide, para a certeza, dentre outros, de tais direitos e deveres, no link <http://www2.camara.leg.br/a-camara/eticaedecoro> o Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados o artigo 3º, que dispõe: “Art. 3º São deveres fundamentais do Deputado:

I – promover a *defesa do interesse público* e da soberania nacional;(…)

IV – exercer o mandato com dignidade e respeito à coisa pública e à *vontade popular*, agindo com *boa-fé, zelo e probidade*;(…)

VIII – *prestar contas do mandato à sociedade, disponibilizando as informações necessárias ao seu acompanhamento e fiscalização*(…)”.

³¹⁶ Como já me referi antes, mas reitero o conceito para sua fixação adequada, *justiça-na-lei* significa a obrigação de efetiva construção pelos parlamentares de um texto legislativo com conteúdo ético fundado no respeito aos valores éticos universais, aos princípios supraconstitucionais, aos direitos fundamentais, aos direitos humanos, como também aos princípios ético-constitucionais insertos na Carta Política.

Sentença)³¹⁷. É a própria aplicação da Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados ao processo legislativo. Entretanto, não se considera e não se entende assim! Não se pratica assim! Por quê?

2.3.2. O argumento de autoridade se aplica ao Legislador Natural para a constituição de justiça-na-lei?

Para esse efeito, Jeremy Waldron³¹⁸ afirma que a intencionalidade ordinária e democrática da produção da norma, do produto legislativo, pode ocorrer, porém observa que em determinados momentos essa intencionalidade se dilui, como que quase deixando de existir ante a intensidade e a quantidade de diferentes posições na elaboração legislativa, muitas vezes desnaturalizando e modificando ou desfazendo a proposta intencional inicial. Sustenta a legitimidade do produtor legislativo (o **Legislador Natural**) baseada no processo eleitoral como instrumento democrático e afirma que, em razão disso, o produto legislativo é essencialmente democrático ainda que haja, ou não, maior ou menor grau de intencionalidade ordinária democrática na produção legislativa.

Estabelece que a autoridade do produto legislativo se funda na ‘**autoridade**’ decorrente do conhecimento técnico ou moral do legislador, no campo a que se

³¹⁷ No direito brasileiro há diferença entre **sentença** e **decisão** ou **acórdão**, embora, ambas sejam parte do gênero **Decisão**. **Sentença** é toda a decisão monocrática que põe fim ao processo, com ou sem resolução do mérito, ditada por um juiz de primeiro grau de jurisdição; **Decisão**, propriamente dita ou **Acórdão** é toda a decisão colegiada ditada por um tribunal, seja por seu órgão em composição plena (Tribunal Pleno) ou em composição fracionária (Turmas ou Câmaras do Tribunal). Observe-se o constante do Código de Processo Civil, recentemente promulgado (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), com validade determinada para daqui a 01 (um) ano, nos seguintes dispositivos:

“Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos artigos 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no §1º.

§3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.

§4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.

Art. 204. Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais.”

³¹⁸ **WALDRON**, Jeremy, in Cap.9 - *As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional*, in “Direito e Interpretação”, org. **ANDREI MARMOR et alii**, trad. Luís Carlos Borges, Ed. Martins Fontes, 1ª edição, 2000, São Paulo, 2ª publicação, 2004, 694 páginas.

conduz a lei. Assim, por presumidamente ser, o legislador, um especialista no tema, os cidadãos comuns devem anuir às diretrizes contidas em seus dispostos normativos em lugar de confiar na atuação jurisprudencial do poder judiciário, o intérprete constitucional das leis em qualquer país. E afirma Waldron, *verbi gratia*:

“(...)A autoridade do Direito, afinal, é uma **questão da autoridade de X**, e essa autoridade é definida prescritivamente como a **probabilidade de que será melhor para os outros aquiescer a ela**. Assim, um **argumento a favor da autoridade** do Direito baseado no fato de que o legislador é mais esclarecido que seu público **pode gerar um argumento para que se recorra também à intenção legislativa** como base adicional de esclarecimento na determinação **do que um cidadão ou funcionário deve fazer**. (...)”³¹⁹

Em virtude disso, Waldron, usando o **argumento de autoridade**, afirma que o cidadão comum deve conceder anuência ao produto legislativo, porém acresce e culmina por dizer que essa intencionalidade não mais pode ser reconhecida como creditada unicamente a um só legislador, porquanto o produto legislativo é consequência de variadas manifestações de grupos, de negociações, muitas vezes até contrárias em seu conteúdo e essência ao próprio anteprojeto ou projeto de lei, ou mesmo entre si, e acabariam por serem não-intencionais, mas sim, acidentais –como acidentes de percurso de tramitação legislativa resultantes de acordos circunstanciais e momentâneos- ou consequentes da conjuntura vivida³²⁰. Assim, fica evidente, uma vez identificada a “**pluralidade legislativa**” na elaboração do produto legislativo, que **os atos legislativos são ‘intencionais’ e verdadeiros efeitos e consequências de “acordos” e “negociações”**, os quais, digo eu, não asseguram, nem garantem (e não têm esse objetivo de garantir, ainda que devessem tê-lo) a incidência ou aplicação do resultado ético **Justiça-na-lei** nesse produto.

³¹⁹ MARMOR, Andrei; WALDRON Jeremy, *et alii*, *op. cit.*, 2ª publicação, março, 2004, pág. 497.

³²⁰ MARMOR, Andrei; WALDRON Jeremy, *et alii*, *op. cit.*, 2ª publicação, março, 2004, pág. 408.

Ademais, releva considerar que pelo argumento de Waldron a '*probabilidade*' de ser mais benéfico aquiescer com a suposta 'autoridade' técnica do legislador para legislar adequadamente, pode resultar que a população-alvo da lei entenda que isto concede um poder pra determinar o que um cidadão ou um funcionário público deve realizar. Seria isto mesmo possível? De uma '*probabilidade*' de autoridade técnica legislativa resultaria uma regra determinante aos cidadãos ou funcionários?

Ora, importa constatar que, ao contrário do que afirma Waldron, **nem todo legislador é um especialista no tema sobre o qual legisla**, razão pela qual **o argumento de autoridade não pode ser aplicado** sob pena de incorrer-se em evidente simulação e imposição de resultado legislativo injusto e ilícito ao povo. O que normalmente acontece. E isto implica uma questão paradoxal e contraditória entre sistemas. Uma contradição permanente de legitimidades funcionais e de resultados institucionais gerando uma constante situação crítica inerente ao sistema.

2.4.A natureza e a diferença entre a legitimidade do parlamentar e a legitimidade do magistrado.

Também se faz interessante e oportuno considerar aqui, *a latere* de todo o exposto, contudo, bem a propósito, as distintas naturezas existentes entre a legitimidade do produtor legislativo (o parlamentar) e a legitimidade do produtor judicial (o magistrado) às quais não se pode atribuir maior ou menor grau de legitimidade pela distinta origem de investidura, e que sua eficácia de legitimidade se expressa baseada nas atuações éticas de seus membros e em defesa permanente do interesse público. Isso é que se lhe transmite a legitimidade do e no exercício do cargo.

Não se trata de uma disputa de legitimidade –como muito oportunamente alguns sustentam, tentando tirar proveito próprio eleitoral- pelo fato de um, haver sido eleito popularmente (**o parlamentar, pelo princípio democrático**) e outro, haver disputado um certame público de conhecimento meritório, logrado êxito e haver sido nomeado (**o magistrado, pelo princípio da meritocracia**). O fundamento é que ambos estão constitucionalmente assegurados como

representantes sociais legitimados para o exercício de suas funções constitucionais, mediante legítimas e constitucionais formas de provimento do cargo.

Entretanto, precisamos observar, esta, **a legitimidade**, tanto de um aspecto formal (técnico-jurídico) de provimento, como de um aspecto material (ético-social), advém da forma de escolha em complexidade com a nomeação e posse no cargo ou na função (como um ato administrativo derivado e complexo da administração pública) e do grau de aceitabilidade e reconhecimento sociais em virtude do exercício funcional, sua missão social e no cumprimento de deveres ético-sociais de cada um dos produtores institucionais (o parlamentar e o magistrado), então, nessa condição, **agentes políticos (institucionais) do Estado**, ou seja, efetivos representantes do Estado no exercício das suas funções enquanto instituições públicas do Estado.

Observo que qualquer que seja a compreensão desenvolvida por qualquer teórico ou por qualquer teoria, seja em Marmor³²¹, Waldron³²², Raz³²³, ou qualquer outro estudioso da ciência do direito constitucional, a verdade é que, individual ou grupalmente considerada, conseqüente do consenso ou produto de um embate deliberativo, a produção legislativa é, por toda obviedade, **intencional, conjetural, et pour cause**, parte de uma **verdade construída, circunstancial e conjunturalmente**, em razão de valores e fatos que influenciam esse comando legislativo produzido em tempo e lugares próprios e limitados em finalidades (Vetores Naturais).

E, por isso mesmo, enquanto verdade construída **circunstancial e conjunturalmente** e pelo simples fato de seus produtores (os parlamentares legisladores) ocuparem seus cargos de forma democrática, pela via do sufrágio universal, isso **NÃO lhes confere** (aos legisladores) a condição inerente de construtores permanentes de **um produto legislativo democrático** (=aqui

³²¹ **MARMOR**, Andrei, in Cap.6 - *Três conceitos de objetividade*, in "Direito e Interpretação", org. ANDREI MARMOR *et alii*, trad. Luís Carlos Borges, Ed. Martins Fontes, 1ª edição, 2000, 2ª publicação, 2004, São Paulo, 694 páginas;

³²² **WALDRON**, Jeremy, in Cap.9, *As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional*, in "Direito e Interpretação", org. ANDREI MARMOR *et alii*, trad. Luís Carlos Borges, Ed. Martins Fontes, 1ª edição, 2000, 2ª publicação, 2004, São Paulo, 694 páginas;

³²³ **RAZ**, Joseph, Cap. 5 – *Interpretação sem restabelecimento* in "Direito e Interpretação", org. ANDREI MARMOR *et alii*, trad. Luís Carlos Borges, Ed. Martins Fontes, 1ª edição, 2000, 2ª publicação, 2004, São Paulo, 694 páginas.

entendido como dirigido ao bem-estar do povo ou ao Bem Comum) ou **um produto legislativo justo** (=aqui compreendido como capaz de solucionar efetivamente os conflitos de interesses e/ou de direitos interindividuais, ao contrário de, principalmente, apenas colocar fim ao processo judicial) e tampouco **um produto legislativo eficaz** (=aqui destacado como de clara e expressa aceitação e realização social), porquanto, *in casu*, a natureza democrática de investidura e a ocupação do cargo público, as quais necessariamente advêm da eleição, e resulta na atuação ética e respeitosa do parlamentar ao interesse público, da mesma maneira que o juiz –este, por ser, constitucionalmente, órgão pacificador social- devem seguir o sentido de imparcialidade e ética em sua atuação e por isso mesmo, são infinitamente distintas da natureza autoritária e individualista do próprio exercício legislativo (do cargo) e também da própria elaboração, construção e produção da lei, enquanto produto legislativo, hoje de extremo sentido individualista, principalmente, porque subordinado a negociações e busca de consensos grupais decididos pela vontade individual do legislador em aceitar ou não “negociações” e “acordos”.

E uma (a natureza democrática de investidura e a ocupação do cargo público) não está subordinada à outra (a natureza autoritária e individualista do próprio exercício legislativo -do cargo- e também da própria elaboração, construção e produção da lei) e vice-versa, como normalmente se nos faz assim pensar.

2.5. As contradições existentes entre os sistemas legislativo e judiciário causadas pelo sistema político-eleitoral, pela gênese do produto legislativo e as consequências no exercício da judicatura.

2.5.1. Indagações e Críticas à realidade dos sistemas de poder montesquieuanos.

Bom, em consequência do que afirmo, torna-se mais uma vez **evidente a contradição sistêmica, produtora de uma injustiça social crônica e inevitável em seu resultado**, e, em razão disso, formulo, por este fundamento, algumas questões, representativas de nossas mais profundas críticas ao

sistema montesquieuano tripartite de poderes e ao sistema de direito positivista e normativista, a saber:

PRIMEIRA QUESTÃO: -“ *Se a produção legislativa é fruto de conjeturas e negociações circunstanciais e se apresenta como essencialmente conjuntural, por que o sistema de validação e aplicação de normas, fatos e valores (Poder Judiciário) tem de ser formalista na elaboração do juízo de valor e aplicar e garantir o normativismo ou o positivismo em seus julgados e decisões, sob o argumento de praticar a Justiça, desconsiderando a concepção e a análise conjetural e conjuntural criadoras da norma e o próprio momento de ocorrência do fato ilícito em relação à época da dicção da sentença ou decisão?*

SEGUNDA QUESTÃO: -“*E por que, na sentença, segundo a teoria dominante (normativista) da ordem jurídica, não se poderia (e não se deveria) permitir a concretização ou materialização e utilização de um raciocínio iusinterativo para a produção de um Juízo de valor de molde a utilizar todos os Vetores Naturais (identidade = [i] = de sujeito e objeto de seres e/ou coisas; tempo = [t] = momentos ou épocas quando ocorrem; lugar = [l] = sítios e/ou territórios onde ocorrem; e finalidade = [f]= objetivos ontológicos psicossociais ou socio-psico-teleológicos de existência ou destinação), incidentes sobre o FENÔMENO ou FATO social (F), o VALOR ético universal incidente(V) e a NORMA vigente(N), suprindo-se a ausência de eficácia de uma norma ou mesmo de falta de uma identidade de metodologia na obtenção e aplicação dos dois produtos característicos (lei/sentença ou decisão) dos dois sistemas respectivamente de produção (legislativa) e de aplicação (judicial) do parâmetro mínimo de cidadania, baseado em valores éticos, que é a NORMA em abstração (produto legislativo = LEI) e a NORMA em concretidade (produto judicial = SENTENÇA)?*

TERCEIRA QUESTÃO: - “*Por que se deveria manter essa já identificada inadequação interna e metodológica, verdadeiro paradoxo, entre o sistema de elaboração e criação de normas (Poder Legislativo) e o*

sistema de validação e aplicação de normas, fatos e valores (Poder Judiciário), ambos teleologicamente destinados à garantia de cidadania em uma Nação, um País, para a construção de um Estado Cidadão ou Estado Cidadania e uma Sociedade Democrática?”

Alguns poderiam afirmar que a evidente diferença metodológica existente entre os dois sistemas (***de elaboração e criação de normas*** – Legislativo - e ***de validação e aplicação de normas, fatos e valores*** – Judiciário -) advém de três situações de gêneses e finalidades peculiares, a seguir explicitadas:

1ª Situação: Das diferentes formas de provimento de seus cargos:

- a. eleição por sufrágio universal e posse para o legislador;
- b. certame público, aprovação e conseqüente nomeação e posse, para o juiz.

Neste particular a diferenciação de provimento não altera a legitimidade de nenhuma das investiduras, porém pode alterar a **legitimidade de seu exercício**³²⁴. Mas, ao ponto ao qual nos debruçamos é relevante demonstrar que eventual –ou permanente(?)– diferença metodológica entre estes dois sistemas decorre do tratamento dado aos seus próprios produtos por seus próprios operadores (legisladores, de um lado, para a Lei a ser produzida; e juiz, de outro, para a sentença a ser ditada);

2ª Situação: Das diferentes formas de obtenção de seus produtos:

- a. **A LEI e sua tramitação própria para consecução de uma regra de conduta social;**
- b. **A SENTENÇA OU DECISÃO e seu modo de obtenção de um juízo de valor para solução de conflitos sociais.**

³²⁴ Vide a respeito da **legitimidade** de provimento, investidura e de exercício dos cargos de legislador e juiz o nosso comentário infra no item 2.5.2. *Sistemas e ambientes atingidos por mudanças em virtude da modernidade tecnológica*, 2.5.3. *As contradições inerentes ao sistema de elaboração e criação de normas (Poder Legislativo)*, e 3.1. *A pluralidade legislativa criadora assintomática e o descompasso entre os Poderes jurídicos da República criando uma sociedade parcialmente democrática ou não-democrática*, deste Capítulo.

Como se vê, em decorrência desse tratamento diverso, dado por seus próprios operadores –**o legislador e o juiz**- é possível distinguir, inclusive, maior ou menor grau de credibilidade ao legislador e ao resultado que produziu, enquanto produto que deve ser recebido, em sociedade, como um produto institucional. Assim, se nos detivermos mais rigorosamente na matéria-prima de cada produto, vamos observar a incongruência metodológica, uma vez que são o fato social e os valores éticos, inerentes à toda e qualquer evidência de vida, que sendo considerados e tratados como fato jurídico, gerador de direitos e obrigações, estão a merecer um tratamento metodológico comum, pois, no primeiro caso, enquanto produto legislativo, para proteger e reger tais fatos e valores em sociedade (**NORMA em abstração = lei**), devem considerar sua adequação à realidade para regência e controle social eficaz com aplicação ética, e no segundo caso, enquanto produto judicial (**NORMA em concretude = decisão judicial**), para aplicar o produto legislativo e realizar **justiça-nas-decisões** deve atuar seguindo essa necessidade de regência e controle sobre o fenômeno social com necessária aplicação ética, como pacificador na solução de conflitos de interesses e/ou direitos na sociedade.

3ª Situação: Das missões distintas de cada sistema (Poder Legislativo e Poder Judiciário) e supostamente distintas quanto ao conteúdo de sua finalidade.

- a. PODER LEGISLATIVO: MISSÃO: elaboração de regras para a regência da sociedade;**
- b. PODER JUDICIAL: MISSÃO: formulação de decisões para a solução de conflitos sociais.**

A simples obtenção dos produtos relativos a cada sistema ou poder nos dá a certeza das limitações de finalidade, de alcance e de profundidade do produto se com ele não vier embutida a ideia e o conceito em execução de ética aplicada.

Elaborar a lei é uma missão honrosa, mas resta insuficiente e gera dificuldades à sociedade democrática se a lei não for ética ou não houver a preocupação

com o cumprimento de **justiça-na-lei**. A despreocupação e a desvinculação de parlamentares e congressistas na produção de **justiça-nas-leis** ou uma, talvez, incompreensão de que o cumprimento de valores éticos universais, de princípios supraconstitucionais, o respeito a direitos fundamentais, aos direitos humanos, aos princípios ético-constitucionais e a direitos civis não impedem a discussão e o debate parlamentar sob qualquer assunto e tampouco a aprovação de leis em qualquer sentido, desde que respeitados tais pressupostos, é que leva ao efetivo cenário de produção de leis sem qualquer preocupação ou conteúdo éticos.

Por outro lado, é **exigência legal** dirigida ao magistrado a prolação de decisões estritamente **secundum legem**, proibida a solução criativa aplicada ao conflito de interesses (ou social), exceto se a norma (ou lei) for omissa.

Todavia, ao meu sentir, o lusinterativismo entende que deve ser aplicado ao Poder Judicial –e ao magistrado ou juiz- **o princípio da obrigatoriedade de realização e distribuição de justiça-nas-decisões**. Sem o cumprimento desta característica de missão institucional, não há finalidade institucional.

Assim, por consequência, afirmo, com clareza, que como **verdade conjuntural**, o produto legislativo expressa **o momento de sua produção** e não pode ser compreendido como resultado definitivo para aplicação imutável oriundo do Poder Legislativo, embora deva apresentar esta característica para oferecer à sociedade uma garantia inicial e momentânea de estabilidade.

Postos tais comentários, naturalmente, devo indagar: **“Qual é a maior garantia de estabilidade, tranquilidade e pacificação social em uma sociedade, Estado ou País?”**

E naturalmente a resposta viria pronta e evidente: **“É O SENTIMENTO E A EFETIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO DE JUSTIÇA PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL!”**

Mas a **justiça**, diriam, é um elemento subjetivo. Como se poderia estabelecê-la **in concreto?**

Na verdade, muitos hão de me acusar estar propondo uma insegurança jurídica e social ou ser um visionário utópico por entender **não imutável** o produto legislativo a que denominamos lei, coisa que nem mesmo o Poder Legislativo reconhece porque inclusive admite o refazimento, a revogação ou derrogação de suas próprias leis.

Não. Rejeito e rechaço, veementemente esta acusação e alerta para a necessidade de efetiva construção do **Estado-Cidadão** ou **Estado-Cidadania** e para a necessidade de inserção universal do Direito no século XXI como um dos elementos atores e modificadores contra o anacronismo de uma dogmática e de um sistema jurídicos que atendem necessidades de poder e de mercado, e jamais buscam a concretização da *justiça-nas-decisões*, permitindo e perfazendo contradições sistêmicas radicais, muitas vezes de natureza legal ou até mesmo constitucional, que se mostram insuficientes, por paradoxais e opostas, para atender à realidade de uma mundialização de clara natureza informática e econômica, e aos avanços e evidente universalidade de direitos humanos, de direitos de natureza fundamental, de defesa de valores éticos universais e exigências sociais, e de desenvolvimento científico-tecnológico.

Penso que, para estas finalidades, devemos estar alertas para apresentar uma nova lógica de compreensão e adequação de sistemas de direito e sua metódica decisória judicial, em viabilização de *justiça-nas-decisões*, como missão fundamental e precípua de todo o magistrado.

É importante observar que para se chegar a esta situação de crescimento econômico e tecnológico e sob o fundamento de uma globalização causante de uma nova concepção de Estado –não mais nacional, todavia mais possivelmente comunitário e global- com as sobreditas características demonstradas ao longo dos séculos, a formação histórica do Estado teve uma compreensão ideológica e utilitarista perpetrada subliminarmente –e em alguns casos explicitamente –pelo positivismo em geral e, nos sistemas de direito, pelo normativismo jurídico kelseniano, com o objetivo expresso de consolidação do Poder e da Ordem, segundo os governantes, sem qualquer escrúpulo com a distribuição da justiça.

A tal ponto essa falácia de que o produto legislativo, por ser produzido por quem eleito pelo sufrágio universal, resultaria em uma lei democrática e justa, que, no âmbito social, se constituiu em uma verdade³²⁵ -eu diria que em uma

³²⁵ Sobre a assertiva de que “*uma mentira muitas vezes repetida vem a tornar-se uma verdade se não contestada*”, utilizada por **JOSEPH GOEBBELS** na II GM, veja-se neste trabalho o Capítulo 2, item 4. o texto respectivo e as notas 92, 93 e 94 e leia-se a obra de **FRIEDRICH WILHELM NIETZSCHE**, *Sobre Verdade e Mentira no sentido extra-moral*, 1ª edição, trad. Fernando de Moraes e Barros, São Paulo, Editora Hedra, 2008, págs. 1-94 em quem certamente se baseou **GOEBBELS** para criar esta frase. O interessante que se deve notar é que **NIETZSCHE** afirmou essa possibilidade como crítica ao ser humano

realidade mentirosa- que chegou-se a compreender que a simples aplicação da lei já se constituiria em aplicação, distribuição e efetividade de Justiça, quando realmente encobre os interesses de poder dos governantes e dos colonizadores. São inúmeros os exemplos históricos, atuais, e até bíblicos de injustiças praticadas por aplicação da Lei e de justiças praticadas por decisões ***ope legis, contra legem e praeter legem, todas antiéticas***. A insuficiência de atuação dos poderes montesquieuanos para distribuição de ***justiça-nas-decisões***, em sociedade, no século XXI é, pois, evidente.

2.5.2. Sistemas e ambientes atingidos por mudanças em virtude da modernidade tecnológica.

Estamos em um século de modernidade, crescimento e desenvolvimento de criatividade nos mais distintos setores da ciência e do conhecimento e de uma globalização exercida pela rede mundial de informática, pela celeridade comercial e económica e pela necessidade de resposta rápida do direito aos fatos, fazendo cada vez mais ampla essa busca. E seus resultados imediatos acabam por atingir os setores jamais cobertos por essa atualidade dinâmica e em tempo real, tornando possível um desenvolvimento efetivo jamais visto nas áreas sociais e humanas e de natureza diversa da que se estivesse acostumado a viver, tais como:

- Ambiente de relações sociais e humanas mais massivas e imediatas, embora mais individualizadas e mais interativas, porém sem qualquer contato físico direto, causadas pela rede internacional de comunicação informática (***internet***) com suas redes sociais e acesso direto à informação com instantaneidade, ou seja, em tempo real;

- Sistema de acesso e publicização legislativa (publicidade e

e sua sociedade praticante de falsa moral e falsa ética, propondo a construção de um novo homem, baseado em uma nova ética adequada às suas necessidades vitais, não aos interesses económicos ou políticos de poder.

acesso legislativos atualizados imediatamente em vários ordenamentos jurídicos mediante processos informatizados);

- **Sistema de representação política** (expressão político-eleitoral enquanto desenvolvimento, com segurança pública, da liberdade de expressão, de manifestação e de opinião em relação às eleições político-partidárias e de apuração de resultados em tempo real, de forte influência dos meios de comunicação e investigações públicas, porém de pequeno vínculo representativo com o povo, e maior relação com os partidos políticos, todavia, não-ideológica);

- **Sistemas tecnológico e metodológico de interpretação e julgamento** (desenvolvimento das condições do Poder Judiciário para a interpretação, juízo e aplicação das normas ao caso concreto, mediante aplicação de sistemas de informática em julgamentos, tornando-os viáveis e com mais celeridade de decisão, podendo-se realizar julgamentos de casos iguais em bloco –de uma só vez porque **casos repetitivos**-, cabendo ao advogado ou à parte interessada a demonstração da inexistência de repetição de temas, a caracterizá-los como **casos novos**);

- **Ambiente de acesso aos órgãos político-institucionais** (desenvolvimento e aplicação de mecanismos e instrumentos adequados para a garantia e efetividade aos princípios da Cidadania, baseado na mais ampla liberdade e autodeterminação dos povos e nações e com a criação e implementação das técnicas e da tecnologia informatizada de celeridade de acesso e comunicação no âmbito processual constitucional, civil, criminal, laboral, tributário, administrativo e eleitoral, permitindo ao cidadão mais acesso à justiça);

- **Ambiente econômico-financeiro global de natureza neoliberal com desenvolvimento ilimitado das relações**

comerciais entre Estado e Nações e de mudanças em nível mundial em extrema celeridade e interdependência econômico-financeira e monetário-cambial, estimulado pela rede internacional de comunicação informática (*internet*) e suas trocas de informações internacionais em tempo real.

Além disso, para a correlação entre estes sistemas e ambientes, afirmo que longe de estabelecer uma congruência do **sistema de elaboração e criação de normas (Poder Legislativo)** com o **sistema de validação e aplicação de normas, fatos e valores (Poder Judiciário)** a característica de configuração interna do Legislativo, relativa ao modo de legitimação para a representação popular e à forma de legitimidade para a construção e produção da norma, impede qualquer coerência com as decisões do Poder Judiciário, levando inexoravelmente a uma **contradição sistêmica profunda** e jamais à harmonização de Poderes, embora se possa argumentar pela existência de uma espécie de independência entre poderes que, todavia, ao contrário, se constitui em **verdadeira interdependência** entre eles, a qual, ainda assim, não sugere, nem aponta, nem coloca, uma solução de conflitos em sociedade.

2.5.3. As contradições (intrassistêmicas) inerentes ao sistema de elaboração e criação de normas (Poder Legislativo).

Esta **contradição intrassistêmica** se estabelece mediante **três características fundamentais** existentes no **sistema de elaboração e criação de normas** (Poder Legislativo), na medida em que:

- a. **o sistema de elaboração e criação de normas tem a legitimação de seu agente legislador mediante eleição popular para a posse em cargo público parlamentar, todavia depois da investidura e posse, na realidade, se desfaz o vínculo político-eleitoral com a população que o elegeu, e se constrói outro vínculo obedecendo o mandatário somente aos interesses de seu Partido político, mediante negociações e conchavos partidários e jamais aos anseios e**

interesses da sociedade mandante que o elegeu, ou seja, sem controle externo imediato ao exercício do mandato legislativo;

b. a elaboração e criação do produto legislativo, não é fruto de uma competência técnica ou moral de seu produtor sobre o tema tratado na norma, sendo, na verdade, um resultado híbrido oriundo de negociações e acertos, na imensa maioria das vezes, quase sempre distantes dos valores éticos ou dos interesses dos eleitores que legitimaram os agentes políticos legisladores, descaracterizando e distanciando a própria lei dos interesses majoritários da população eleitora;

c. o produto legislativo não se apresenta como resultado eficaz socialmente e nem é eficiente para a distribuição da justiça, não porque a lei tenha características abstratas, como o afirmam os positivistas, comumente, mas essencialmente pelo fato de que quando ele (o produto legislativo) se apresenta de elaboração concluída, enquanto lei, não reflete os interesses da população, mas sim, os interesses de grupos dominantes encastelados no Poder Legislativo, relegando esta função (de distribuição de justiça) exclusivamente ao sistema de validação e aplicação de normas, fatos e valores (Poder Judiciário), o qual, em atuação restrita por determinação constitucional e pela própria lei ordinária e comum (esta, tida no âmbito social e jurídico, inadequadamente como instrumento de justiça) não pode deixar de aplicá-la, resultando, na verdade, em distribuição de injustiças sob a promulgação e os auspícios da lei e, indiretamente, do Poder Judiciário.

Desta forma, melhor se pode compreender o que digo sobre a criação da **Norma**, pois ainda que e enquanto seja uma produção legislativa, esta poderá se apresentar, sempre, conforme destacado no Capítulo 3, item 1.2., deste trabalho, com **Fundamento, Validez e Vigência naturais da Norma**,

portanto, sem qualquer imperfeição ou, ainda que promulgada e publicada, repetidamente, ser acompanhada das seguintes e naturais inadequações³²⁶:

- a. Insuficiência material da norma por inadequação teleológica quando da sua elaboração e destinação;
- b. Desuso;
- c. Anacronismo;
- d. Revogação ou Derrogação;
- e. Imperfeição legislativa.

É importante ressaltar e reafirmar que, sob o aspecto estatístico³²⁷, a Lei (=o produto legislativo) quando sai promulgada, **em sua ampla maioria**, se **apresenta defeituosa**, ou porque a **regência dos fenômenos sociais a que se destina é propriamente insuficiente à solução do conflito**, em virtude dos debates e das mitigações ocorridas que lhe atingem a finalidade primeira; **ou** por cair em **natural desuso** por promulgação vetusta, em razão do retardo na aprovação pelos debates parlamentares e cuja aceitação social não ocorre; **ou** por estar fora de seu próprio tempo, propondo medidas em **natural anacronismo**; **ou** porque já trazem em seus textos a impropriedade que leva à necessidade de **revogação integral ou parcial**; **ou** por **imperfeição legislativa** em que os acordos, negociações e embates produzidos provocam a promulgação de uma lei válida, vigente, mas com impropriedades técnicas que não garantem uma aplicação suficiente ao Poder Judiciário.

Em todos estes casos a lei se apresenta com vigência e formalidades legais e constitucionais devidamente cumpridas, mas **com alguma imperfeição à sua finalidade**.

Se assim é em relação ao Poder Legislativo, observo que em relação ao Poder Judiciário e aos fenômenos sociais que possam ser classificados ou em

³²⁶ Vide, nesta obra, o detalhamento, as definições e caracterizações destacadas no Capítulo 3, item 1.2., sobre as inadequações permanentes do produto legislativo.

³²⁷ Observe-se que de um universo de elaboração e criação do produto legislativo (a Lei) somente 1/6 (um sexto) de todas as características de produtos emitidos pelo sistema de elaboração e criação de normas (Poder Legislativo) realmente se fazem perfeitas e prontas para sua utilização pelo sistema de validação e aplicação de normas, fatos e valores (Poder Judiciário).

atividades de cooperação (atividades em que o direito é exercido na sociedade sem qualquer ilicitude ou com o cumprimento efetivo das normas aplicáveis) ou como **conflitos de interesses** (atividades que geram litígios interindividuais, intergrupais, sociais ou coletivos), ao contrário do que se possa pensar, estatística e quantitativamente, as **atividades de cooperação ocorrem em muito maior número**, sendo menor na sociedade a existência de conflitos de interesses -o objeto de apreciação pelo Poder Judiciário- todavia, ainda assim, com um número sobre-humano de causas, considerada a pouca quantidade de agentes políticos do Estado-Juiz (juizes e magistrados) a atendê-las³²⁸.

Por outro lado, para que se veja a relevância que acabou se incorporando ao argumento falacioso da ínsita natureza justa da lei, incrustada na cultura jurídica universal, mesmo depois do advento do Estado Republicano³²⁹, mediante a utilização de Vetores Naturais -na **identidade (i)** de suas mais

³²⁸ O Conselho Nacional de Justiça - CNJ efetuou o projeto, pesquisa e levantamento denominado **Justiça em Números** em que encontrou número total de 17.077 (dezessete mil e setenta e sete) juizes e magistrados disponível no site www.cnj.jus.br e no link http://www.cnj.jus.br/images/eventos/lan%C3%A7amento_do_Justi%C3%A7a_em_Numeros_2013/Relat%C3%B3rio_Justi%C3%A7a_em_N%C3%BAmeros_-_Panorama_Nacional.pdf, no país, que considerando o total da população brasileira em aproximadamente 197.000.000 de habitantes, chega-se a um quociente de um (01) juiz por 11.535 habitantes; já a Associação dos Magistrados Brasileiros em seu documento *Judiciário Brasileiro em Perspectiva* http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/Judiciario_brasileiro_em_perspectiva.pdf apresentou, em 2007, no quadro relativo à Carga de Trabalho, incluídas apenas as jurisdições federais, estaduais e do trabalho chegou-se a um número de 7.171 ações ajuizadas por 100.000 (cem mil) habitantes, com uma relação, à época (2007), de 5,3 juizes por 100.000 (cem mil) habitantes, que gerava u'a média de 1.357 ações ajuizadas por juiz, no país.

³²⁹ É necessário ressaltar que o Estado Republicano cujo advento surge em oposição à Monarquia absolutista como símbolo de Estado democrático não garantiu a si mesmo a exclusividade do valor democracia e tampouco o seu fundamento republicano garante sua execução democrática. Surgiram democracias monarquistas que mantiveram os títulos nobiliárquicos puramente sob aspecto formal, retirando-lhes constitucionalmente quaisquer privilégios. Efetivamente o que garante ao aplicação do valor *democracia* é a sua interação concreta e efetiva entre Fenômenos Sociais, Valores Éticos Universais e Normas Vigentes e *identidade, tempo, lugar e finalidade*, com oportunidade a todos, sem distinção. O nascimento dos Estados Republicanos advindos com a guerra de independência americana; do Estado Republicano Italiano nascido no imediato pós-guerra, depois da monarquia; do Estado Republicano Brasileiro depois do natural soçobrar da monarquia brasileira; do Estado Republicano bolchevique nascido na Rússia depois da queda da monarquia czarista e hoje uma república de natureza mais diversa ainda (Comunidade de Estados Independentes), dentre outros, todos eles foram exemplos concretos de necessidade de aplicação dos vetores naturais à construção histórica, para uma melhor compreensão dos eventos, ou seja, de que as garantias oriundas do Estado Republicano não garantem, nem asseguram a distribuição de Justiça em sociedade, como também é necessário dizer, que ao se afirmar que a distribuição de Justiça (**justiça-nas-decisões**) deva ocorrer em um Estado dito Democrático de Direito, nem sempre assim, também, se constituiu ou ocorreu, em virtude de o Estado nem sempre, ser democrático, ou tampouco ser de direito.

diversas formas, em **tempos (t)** diversos de sua instauração e ocorrência, nos **lugares (l)** e territórios nacionais os mais distintos e sob um argumento **finalístico (f)** ou teleológico permanente que teoricamente gere democracia de governo e igualdade de oportunidades aos cidadãos- e a visão histórico-evolutiva de que se estaria a fixar, de uma vez por todas, as principais garantias de:

- a) **cidadania;**
- b) **separação de Poderes;**
- c) **consolidação de um Poder Judiciário independente;**
- d) **sufrágio universal;**
- e) **realização de eleições livres,**

como seus principais objetivos, em oposição ao Estado Monarquista não-constitucional e nem democrático (por **democrático** entenda-se = sem privilégio ou privilegiados), e criação de todas estas características substanciais do Estado Republicano juntamente com a aplicabilidade e a distribuição da Justiça, estas situações sempre estiveram condicionadas ao texto da Lei (L) ou ao disposto normativo(N), cuja produção legislativa oriunda de um sistema de elaboração e criação de normas (Poder Legislativo) que **nem sempre** correspondeu a uma formação democrática da norma, e seu agente produtor, o legislador, que **nem sempre se constituiu em titular de uma “autoridade técnica ou moral”** para que o resultado desejado viesse realmente a tornar-se em efetividade de Justiça.

Poderiam me condenar, por estar praticando uma tautologia quando digo que com a aplicabilidade dos Vetores Naturais se poderia chegar naturalmente a esses resultados, ou seja, **diferentes identidades, diferentes tempos ou épocas, diferentes lugares e diferentes finalidades**, para a regência de fenômenos aplicáveis às Dimensões Culturais de Reale, como o **FATO, o VALOR e a NORMA**.

Poderiam querer afirmar e me criticar também a dizer que estou tratando da construção teórica do reverso para o anverso, em uma teoria de desconstrução e conseqüente construção. Tenho a ousadia intelectual suficiente de dizer, utilizando o conceito de desconstrução do Mundo de Heidegger, que o faço

baseado no estudo da fenomenologia dos seres, no sentido de que o ser é sua própria essência e que a essência das normas é a razão dos fatos regulados por valores realizados em eventos e fenômenos, na necessidade de priorizar o **Valor** como supedâneo e objetivo final do Direito, consubstanciado na concretização da **Justiça**. E, em razão disso, afirmo que a construção metódica de produção de um juízo de valor para emissão de uma decisão ou sentença, de acordo com o que proponho e diferentemente do que normalmente é praticado, requer a avaliação de todos os elementos convergentes ao **Fato**, de todos os componentes éticos inseridos no **Valor** e de todos os preceitos normativos constantes da **Norma**, aplicáveis ao **Fato Temporal** e ao **Valor Ético Atemporal**, todavia, **não absoluto**. porém, sim, **materializável** por ele mesmo! E para essa construção se faz necessária a consideração de todos os elementos presentes ao **Fato** e inseridos na **Norma** e subjacentes enquanto em interação imediata e dinâmica que desaguarão no **Razoamento lusinterativo** para um **Juízo de Valor Justo e Certo!** Uma espécie de desconstrução para a compreensão interativa e construtiva do fenômeno social enquanto conhecimento da essência desse próprio fenômeno em apreciação judicial.

2.5.4. As contradições (intrassistêmicas) inerentes ao sistema de validação e aplicação de normas, fatos e valores (Poder Judiciário).

Por outro lado, para que num olhar mais contemporâneo e ajustado ao desenvolvimento científico e tecnológico atual e globalizado se venha a entender a estruturação e aplicação de toda esta interatividade, de todo este razoamento ao direito ou a um sistema jurídico, antes há que apontar a existência de **contradições sistêmicas** já referentes ao **sistema de validação e aplicação das normas, fatos e valores** (Poder Judiciário), na medida em que:

- a) **O sistema de validação de normas, fatos e valores** (Poder Judiciário) possui restrição sistêmica legal, material e processual às decisões

judiciais, podendo o juiz somente efetuar a aplicação do direito dentro de limites expressamente legais, admitindo-se-lhe a emissão de decisões fundamentadas numa **sistemática restritiva ao texto legal**³³⁰ e *excepcionalmente* baseadas na analogia, no costume e nos princípios gerais do direito, quando lhe *falta* ou é *omissa a Lei*;

- b) **A elaboração do resultado judicial** (a decisão) ainda que produzida com fundamento e analogia –em quadro comparativo de ***fatos, valores e normas***- terá a ***limitação dos parâmetros linguísticos e semiológicos*** da Norma, ou ainda que produza, dentre tantas outras, uma hermenêutica teleológica –com o objetivo de investigar a finalidade de seu preceito -, ***o será nos termos e limitações do texto preceptivo*** e não de **valores éticos atemporais e universais** inerentes ao fato, passíveis de adequação à norma ou que predominem sobre a norma, se essa for insuficiente, tanto para a solução do conflito, como para a distribuição efetiva da justiça. A **amplitude** que o intérprete lhe consignar estará SEMPRE LIMITADA ao **alcance** do preceito ético-normativo e à **extensão linguística** do texto ou disposto normativo, deixando de atender necessariamente à produção de justiça por valores ou preceitos suprapositivos ou supraconstitucionais.³³¹

³³⁰ A utilização da expressão “*sistemática restritiva ao texto legal*” por mim, de toda evidência, **não** se refere à denominada **interpretação restritiva da lei**, mas sim à **limitação linguística e semiológica do texto legislativo**, produzido enquanto comando normativo (= *comando que deve indicar e produzir uma conduta social –simples ou complexa-, limitado às palavras utilizadas para demonstrar os significantes do comando e de molde a viabilizar e traduzir um significado limitado*). Isto se passa inclusive nos grandes e principais sistemas jurídicos vigentes no mundo atual do século XXI (romano-germânico, anglo-saxônico, israelense, islâmico, russo, chinês, nipônico, indiano e africano).

³³¹ Não deixa de ser brilhante o estudo doutrinário, teórico e metodológico, da Hermenêutica e de seus doutrinadores na tentativa de explicar as correntes jurídicas e distintas formas de interpretação da norma; nem mesmo pretendo afastar qualquer tipo de estudo neste sentido; ao revés, pretendo estimulá-lo com o iusinterativismo, com a necessidade de se agregar vetores naturais e dimensões culturais à hermenêutica e não apenas nos prendermos a uma única imagem interpretativa de 45, 90 ou 180 graus de visão cognitiva, mas sim uma visão iusinterativa -de 360 graus de interpretação-.

3. INADEQUAÇÃO E CONTRADIÇÕES INTRÍNSECAS ENTRE OS SISTEMAS (INTER-SISTÊMICAS) COMO CAUSA DE RESULTADOS SOCIAIS INJUSTOS E EQUIVOCADOS EM CONFLITOS DE INTERESSES COLETIVOS E PRIVADOS E A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DE INDICADORES DE GOVERNANÇA MUNDIAL.

Esta inadequação intrínseca a ambos os sistemas internos potencializa e eleva a contradição oriunda dos resultados sociais a serem obtidos em sua utilização pelo cidadão, gerando, em qualquer situação, uma verdadeira impossibilidade de se produzir justiça no âmbito da sociedade –qualificando a ideia de justiça como abstração permanente- o que somente ocorreria ou por diligência da parte na própria demanda, ou por coincidência material na causa, ou por uma discricionariedade ética judicial, o que é muito pouco a se considerar para uma sociedade civil inteira e seu povo, inerentes a uma nação, a um país.

Quanto a isso, o que desejo destacar e concluir é que a estrutura de poderes prevista pela Teoria Tripartite de Poderes de Montesquieu se apresenta agora já inteiramente anacrônica ao século XXI, totalmente **INEFICIENTE** (*Incapaz, por seu exercício, de chegar à finalidade para a qual foi proposta de estabelecer democracia*) para atender à característica da globalização, **INEFICAZ** (*incapaz de produzir aceitação social*) para o provimento do interesse público, social, comunitário e também individual, em busca da justiça, e **INEFETIVA** (*incapaz de produzir apropriação de ganho patrimonial jurídico ou utilidade prática aos direitos do cidadão*) para a segurança das relações jurídicas, que possa vir a resultar em real independência e harmonia de Poderes que garantam a plena aplicação e reconhecimento de cidadania ao povo jurisdicionado, em seus diferentes âmbitos.

Segundo afirmado por Waldron,³³² *verbi gratia*:

“(…) Se compreendemos a legislação à maneira hobbesiana – “onde um homem diz ‘**faça isto**’ ou ‘**não faça isto**’, sem esperar outra razão além do Arbítrio, daquele que o diz” – podemos, realmente,

³³² **WALDRON**, Jeremy, in Cap.9, “*As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional*”, in “Direito e Interpretação”, páginas 497-498, org. **ANDREI MARMOR et alii**, trad. Luís Carlos Borges, Ed. Martins Fontes, 1ª edição, 2000, 2ª publicação, 2004, São Paulo, 694 páginas.

estar propensos a voltarmos para as intenções do legislador como base para interpretar as leis que ele aprovou. Isso porque, se há algo a respeito de sua vontade que confere autoridade ao seu comando original, parece natural recorrer a essa vontade – tanto quanto é possível determiná-la- quando se necessita de orientação adicional para colocar o comando em vigor. (...)”

E continua Waldron³³³:

“(...) as **leis modernas não são a obra de autores especialistas isolados. São produzidas por deliberações de grandes assembleias, com vários membros, cuja reivindicação ao autor**, no sentido de RAZ (se, na verdade, eles podem fazer esta reivindicação) **consiste na sua capacidade de integrar uma diversidade de propósitos, interesse e objetivos entre seus membros no texto de um único produto legislativo.** A situação moderna, em outras palavras, não é a de uma pessoa ter autoridade, mas (no máximo) de um grupo possuir autoridade, e **de ter essa autoridade apenas em virtude da maneira como combina os interesses e os conhecimentos de seus membros no ato de legislar.** (...)”

3.1. A pluralidade legislativa criadora assintomática e o descompasso entre os Poderes jurídicos da República (Legislativo e Judiciário) criando uma sociedade parcialmente democrática ou não-democrática.

Observo que, no parágrafo anterior, Jeremy Waldron identifica o que chamo de a **pluralidade legislativa criadora assintomática**, ou o que poderíamos

³³³ WALDRON, Jeremy, *op. cit.*, pág. 498.

entender como a impossibilidade de criação da norma ou lei de maneira democrática porque reflexo sempre de interesses grupais (**pluralidade legislativa**) e expressões de uma dominação ocasional e setORIZADA, apropriadora do bem público (**criação assintomática da lei**)³³⁴, certamente geradora de injustiça social a qual deveria, classicamente, ser compreendida como oriunda da autoridade originária da legitimação social advinda da eleição do representante legislativo, ou seja, do próprio legislador eleito no interesse do eleitorado e assim o é enquanto argumento ideológico ou justificativa de interesses grupais. Entretanto, não o é eticamente e muito menos juridicamente o seria, porquanto o próprio Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados o assevera como uma das infrações ao exercício do mandato legislativo³³⁵.

Todavia, se Waldron assim o faz e entende, é óbvio que é porque os atos legislativos são intencionais e decorrentes de acordos e negociações que não garantem nem qualquer incidência de uma preocupação com o valor **Justiça** no produto legislativo, ou seja, não há qualquer verdade em se admitir, no que se refere à legislação, que exista um produto legislativo, coerente, coeso e resultante de uma única intencionalidade ou de um único autor-legislador – individual, grupal, ou comunitário- a produzir um sistema logicamente considerado e coeso internamente sob o aspecto da distribuição da justiça em sociedade, como um todo sistêmico. E tampouco se fosse produzido por um grupo homogêneo –ou não-, a intenção do legislador não é a distribuição da **justiça-na-lei** mas sim o cumprimento dos interesses econômicos vigentes em sociedade e que não necessariamente refletem os interesses dos eleitores, o povo. Reflete apenas os interesses conjunturais de grupos, de formação espontânea, momentânea e acidental, por interesses pontuais, não públicos, mas privados, em formação de hegemonia. Neste caso, que se observa de característica permanente, se inclui, desgraçadamente, a distribuição de

³³⁴ A **pluralidade legislativa criadora assintomática** se refere à criação da lei pela atuação e participação de inúmeros legisladores ou grupos legislativos circunstanciais (**pluralidade legislativa**) de modo completamente desordenado em combinação espontânea sobre as matérias a legislar ou, por vezes consensual, mas circunstancial (**assintomática**) para **criação** do produto legislativo.

³³⁵ Claramente, como já salientei neste trabalho, o Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados no artigo 3º, dispondo sobre os **deveres fundamentais do Deputado afirma que deve** (inciso I) **promover a defesa do interesse público** (...); (inciso IV) **exercer o mandato com dignidade e respeito** (...) **à vontade popular, agindo com boa-fé, zelo e probidade**; e (inciso VIII) **prestar contas do mandato à sociedade, disponibilizando as informações necessárias ao seu acompanhamento e fiscalização**(...)

justiça, porquanto, esta é apenas um detalhe, um resultado casual do produto legislativo e dependente de um outro sistema e das próprias partes envolvidas em um conflito.

Posso afirmar, por exemplo, que o espírito legislativo neoliberal e contemporâneo constitui-se em uma moral destrutiva, conflitiva e paradoxal, por natureza, consubstanciada na seguinte ideia amparada pelo iuspositivismo, pelo normativismo e pelo formalismo jurídico: “- **Nós (Poder Legislativo) fazemos as leis legitimados pelo povo por meio do voto popular. Se são justas, ou não, que o diga o Poder Judiciário!**”

Na verdade, também **é obrigação do Poder Legislativo a produção de leis justas** e adequadas aos interesses do eleitorado e do povo legislado.

É claro que não estou a propor que um representante legislativo venha a exercer um mandato legislativo com a ingenuidade de que o Parlamento não seja um caudal e desembocadouro de classes e interesses distintos da Nação. Mas que, ao menos, se atue, no exercício mandatário, com a ética e a probidade mínimas para a produção de leis, em respeito à vontade popular, com a primazia do interesse público sendo respeitada, e reiteradas prestações de contas do mandato aos seus eleitores, principalmente à sociedade como um todo, em total transparência, e ainda, total disponibilização de informações necessárias ao seu acompanhamento e fiscalização.

Como se sabe, durante séculos, as manifestações populares têm sido produto de elites ou de pequenos grupos com ampla liderança de certos “iluminados”. Todavia, a globalização certamente mudou estas relações permitindo que pessoas de todas as regiões mundiais se comuniquem e se decidam em conjunto, de maneira mais espontânea e instantânea, sem atrasos nem distanciamentos, tal a proximidade virtual estabelecida e permitida pelo câmbio célere e imediato de informações. Isso altera a natureza das relações, dos próprios direitos, da própria sociedade e da legitimidade das representações políticas e sociais e da legitimidade dos próprios direitos e interesses resultantes³³⁶, atingindo de modo igualitário todas as camadas e classes

³³⁶ O que não se pode alterar em nome de qualquer tipo de liberdade é o nível de segurança pública a ser mantido à população. Um dos maiores direitos fundamentais é o de liberdade de expressão e manifestação que deve ser garantido em qualquer território sob pena de restrição ao próprio valor ético atemporal e universal “**democracia**” ou mesmo como garantia e objetivo ou fundamento de um Estado **Democrático** de Direito. Assim na Constituição brasileira (CF/1988) espanca-se o anonimato em qualquer

sociais, o que democratiza a participação cidadã.

Em u'a macrovisão, impende ressaltar como necessário, por todo o exposto, um câmbio evidente do sistema montesquieuano de tripartição de poderes.

Não se faz mais possível e realizável esta tripartição da maneira como se apresenta, diante de séculos de corrupção, de prevaricação, de tentativa de manipulação do poder sobre a representação popular por interesses grupais e/ou partidários, ou pessoais predominantes sobre a maioria ou sobre as chamadas minorias 'majoritárias', as quais, quando juntas se tornam maioria pela cidadania, no entanto são grupos minoritários, distintos, uns dos outros, em natureza, características, interesses e finalidades (os negros, as mulheres, os deficientes fisiológicos, os homoafetivos, as nacionalidades minoritárias, os punks, os skinheads, os nazi, etc.

Não há aqui qualquer sentido discriminatório, mas sim o de lembrar que nem mesmo a vontade da maioria deve ser imposta às minorias, como tampouco a vontade das minorias 'majoritárias'³³⁷ deveria ser imposta à maioria.

E poder-se-ia indagar: “- **Como se levaria adiante uma Nação, um Estado Republicano, com tais diferenças?**”

Respondo marcadamente que **o princípio da igualdade substancial e material de que se deve tratar desigualmente os desiguais, reconhecendo-se os direitos à diferenças e aos direitos de minorias e maiorias.**

Entretanto, é assim que se passa? Embora se saiba que em uma sociedade democrática exista, em nome do Estado Democrático de Direito, a tripartição montesquieuana de poderes e o Poder Legislativo com suas competências constitucionais, **é possível se admitir, velada ou declaradamente, subliminar ou liminarmente, que um Poder Constitucional não busque a distribuição de Justiça na criação de seus produtos, na produção da Lei? E é este produto legislativo que a Nação e o Povo de qualquer País deseja**

manifestação em seu artigo 5º, inciso IV que dispõe: “(...)Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança** e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - **é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;**(...)”.

³³⁷ Denomino de **minorias 'majoritárias'** aquelas que, sendo blocos minoritários no Parlamento se unem circunstancialmente a outros blocos minoritários e perfazem u'a maioria relativa de molde a derrotar em votações específicas a maioria proporcional e eleitoralmente constituída e existente nas Casas Parlamentares.

que seja apresentado ao Poder Judiciário a gerar, por sua interpretação, validação e aplicação, JUSTIÇA NA SOCIEDADE?

E, além disso, **tem, esse Povo, o direito constitucional de exigir a apresentação de produtos legislativos (entenda-se = LEI) adequados à sociedade para que sejam apresentados à ela e ao Poder Judiciário para aplicação de Justiça?**

Se não houver essa reformulação, **o resultado judicial será justo, certo, exato e seguro?** Haverá *justiça-nas-decisões*?

Ainda que tivéssemos a formação de um produto legislativo coeso e coerente de maneira plural (e não singular como atentamos acima) do mesmo modo seria identificada a ausência de preocupação com a distribuição de **Justiça** na construção da **Lei**, enquanto produto legislativo.

Assim desejo observar, com ênfase, que há que se criar, não apenas audiências de fiscalização de atuação do mandato, mas meios éticos de ponderação do poder no exercício do mandato legislativo, tal e qual os Códigos de Processo (Penal ou Civil) efetuam restrições éticas de poder e atuação judicial nas causas, com hipóteses de impedimentos e suspeições ou incompetências para participar das deliberações legislativas.

Do contrário, estaremos todos brincando de fazer e aplicar leis que sabemos **não são justas, nem certas e tampouco** exatas ou seguras...

Mas são leis, e... devemos aplicá-las?

Há um evidente descompasso entre nossas instituições balizadoras dos direitos em sociedade, verdadeiros poderes jurídicos da República, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, e a velocidade das relações sociais, principalmente depois da rede internacional de informática, das relações mundiais entre nações, de suas diplomacias e contatos entre sí, e das relações dos governos nacionais com seus próprios povos que não sentem mais uma legitimidade nacional e buscam uma legitimidade maior que este âmbito.

É sintomático captar, estudar e entender o desenvolvimento fenomenal e incontrolável das redes sociais com imensa e intensa interatividade e em muitos casos, com participações cívicas e críticas e simultaneamente identificar que os sistemas de poder nada fazem ou podem fazer para a maior participação social senão tentar exercer maior controle jurídico e jurisdicional.

E como se põem os sistemas de direito em relação a isso? Com total

descompasso e anacronismo, gerando cada vez mais insatisfações políticas e revoltas sociais dos cidadãos!

Assim, vale ressaltar como importante observação sobre a natureza da legitimidade do produto legislativo que esta é conferida, nos atuais sistemas de produção legislativa por meio da forma de provimento dos cargos não por sua atuação ética, em evidente malversação dos fundamentos da natureza da própria legitimidade. Afirmando, por isso mesmo, que toda e qualquer legitimidade é axiológica e valorativa por sua natureza!

E se essa é uma conclusão inevitável, mais inevitável ainda, em consequência, é considerar a completa dessemelhança e direta **contradição inter-sistêmica existente** entre **o sistema de elaboração e criação de normas (Poder Legislativo)** e **o sistema de validação e aplicação de normas, fatos e valores (Poder Judiciário)**, tornando-se também evidente que qualquer esforço judicial interpretativo da vontade do legislador e que seja efetuado independentemente do momento ou da época de sua elaboração e sem a consideração do momento e da época de ocorrência do **Fato** ou **Fenômeno** que deflagrou a necessidade de que se providenciasse a regência de uma **Norma**, também jamais corresponderá à real intenção do legislador se não se considerar o **Valor** ínsito à **Norma** e constante do **Fato** ou **Fenômeno** (como violado ou ameaçado, ou ainda amparado ou assegurado) regulado à **época de sua produção legislativa**, em comparação com o **Valor** contido e subjacente à **Norma**, se protegido ou não o **Fato** ocorrido no presente. Portanto, aplicar a **Lei**, não resulta aplicação de **Justiça**. Esta deve ser efetuada, repito e segundo o que proclamo, por meio deste **Razoamento lusinterativo**, que ora sustento.

3.2. A importância dos Indicadores de Governança Mundial para a verificação das contradições sistêmicas em determinado País.

Além da minha proposta de método de decisão judicial e de compreensão de um sistema jurídico que efetuo, em busca da aplicação da **justiça-nas-decisões** em sociedade, e no intuito de propor uma melhoria e

desenvolvimento de elaboração e aplicação das leis e seus sistemas de direito, entendo, como sugestão de posicionamento iusinterativo e holístico³³⁸, que a observação de determinados indicadores e condições de natureza social e política, existentes nos mais variados países, auxiliam e levam à formação de u'a macrovisão –uma visão total das condições, não apenas de países, individualmente considerados, mas também de regiões planetárias- a qual não está longe de ser aplicada por um juiz para efetuar razoamentos e prolatar decisões de modo iusinterativo, considerando uniões comerciais e/ou políticas que resultem em comunidades regionais entre diversas nações³³⁹ e que venham a necessitar de controle judicial para **justiça-nas-decisões**.

É de total imperiosidade e evidência que qualquer magistrado, ao exercer a sua judicatura, o poder jurisdicional, o poder especial de julgar o seu semelhante – poder esse que somente é concedido pela Constituição, tal a sua relevância cidadã e social- não deve, nem pode, decidir –ditar uma decisão-, sem considerar uma visão integral, secular, nacional, continental e mundial, sendo necessário posicionar-se diante de indicadores éticos de Boa Governança.

Pensando em tais condições verificáveis de forma generalizada e na sua ampliação nos mais largos espectros políticos, no planeta, ante a Globalização é que três consultores, os dois primeiros, **Daniel Kaufmann e Massimo Mastruzzi** do Instituto do Banco Mundial e o terceiro **Aart Kraay**³⁴⁰ do Grupo de Macroeconomia do Departamento de Pesquisa do Banco Mundial, criaram um projeto que apresentou os **Indicadores de Governança Mundial -Worldwide Governance Indicators-** cujo objetivo de estudo permanente consistiu em viabilizar melhor diagnóstico sócio-político-econômico da situação dos países considerando a globalização e a sua interação, servindo para identificação da

³³⁸ Metodologicamente, mesmo uma visão de mundo **especialista –não-generalista-** deve basear-se **em todos os fenômenos sociais** (o fato objeto de análise pelo especialista), **nos valores éticos universais** (valores comuns a todos e de ordem organizacional, e de atuação ética do profissional especialista) e **nas normas vigentes** (as normas e regras aplicáveis para estabelecer igual procedimento e tratamento isonômico na realização da especialidade). À toda evidência, que, no caso de um **generalista**, por natureza de seu modo de visão, certamente considerará todos os elementos que mencionamos, pois se não o fizer, incorrerá em evidente equívoco de constatação da realidade e consequente interpretação.

³³⁹ O exemplo maior disso é a própria União Europeia, a formação do MERCOSUL com o propósito de organização de uma União Sul-Americana de Países e tantas outras existentes no Planeta.

³⁴⁰ KAUFMANN, Daniel, KRAAY, Aart & MASTRUZZI, Massimo – **GOVERNANCE MATTERS VIII - Aggregate and Individual Governance Indicators 1996-2008**, *The World Bank Development Research Group Macroeconomics Team*, June, 2009. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=718081

prática de tais indicadores como também para criação de políticas públicas mais adequadas às necessidades de cada país e igualmente como pressão política para ampliar direitos e liberdades fundamentais, harmonizando os setores políticos, sociais e econômicos dos países.

Estes indicadores, à primeira vista, constituiriam apenas um dado de verificação da estabilidade política do país analisado para as consequências de estudo e implementação de investimentos econômicos do Banco Mundial.

Entretanto, diante da Globalização e da rede internacional de informações em tempo real (*internet*), tornaram-se confiáveis índices das condições político-sociais existentes em cada país e de extrema importância para se verificar o nível de desenvolvimento político e social e de contradição sistêmica dentro do próprio país, vale dizer, até que ponto a participação do Povo com **Voz e Responsabilidade** é ouvida se considerarmos a **Eficácia de Governo**, a **Estabilidade Política** ou a **Qualidade Normativa Regulatória**, o **Regime de Direito** –o ordenamento jurídico- e o **Controle da Corrupção**³⁴¹, dentre outros indicadores aplicados por outras instituições e com outros parâmetros sociais. A inter-relação entre todos os indicadores é essencial e determinante do nível de evolução democrática do País.

A importância da utilização de tais indicadores, que evidenciam as contradições sistêmicas entre Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário e de tantos outros indicadores internos que temos no Brasil, alguns deles criados pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça³⁴², bem demonstra a dedicação do Poder Judiciário brasileiro na tentativa de administração e implementação da justiça aos seus jurisdicionados –o povo nacional e estrangeiro residente no Brasil- e, com isso, o aperfeiçoamento na distribuição da **justiça-nas-decisões**, o que por agora tento construir como teoria, método, atividade jurisdicional e técnica judicial decisórios.

³⁴¹ **ZEBRAL FILHO**, Silverio, **Indicadores Globales de Gobernanza del Banco Mundial**, *IPPM, Texto 2-2013, Graduate School of Political Management-OEA*. Para acessar o texto, vide o link https://www.academia.edu/4988938/GOBERNANZA_DE_LAS_POLITICAS_PUBLICAS_Gestion_Politica_para_la_Gobernabilidad_Democratica.

³⁴² Vide neste trabalho o Capítulo 1, item 3.1. e o link <http://www.cnj.jus.br>

3.3. Os Indicadores de Governança Mundial, sua aplicabilidade ao Brasil e a necessidade do lusinterativismo para aplicação de *justiça-nas-decisões*.³⁴³

a. Indicador Voz e Responsabilidade (*participação na escolha do governo e garantia de liberdades fundamentais e livres meios de comunicação*).

No Brasil, para a verificação deste Indicador que se refere à efetividade de participação popular na escolha governamental e na garantia da liberdade de escolha e de expressão e manifestação e bem assim em relação à liberdade de Imprensa encontramos dificuldades claras quanto a:

a.1.Apresentação de Proposta de Emenda Constitucional nº 33 que submeteria as decisões do Supremo Tribunal Federal ao crivo do Poder Legislativo. (A Proposta de Emenda Constitucional nº 33 está suspensa de tramitação, mas não foi retirada do Parlamento);

a.2. Eleição e Posse como Presidente do Senado do Senador Renan Calheiros, acusado, à época, pelo Procurador Geral da República por crimes de peculato, falsidade ideológica e desvio de verba pública, com demanda processual já instaurada no Supremo Tribunal Federal (sendo relator sorteado, o Ministro Ricardo Lewandowski), processo até o momento não relatado e nem julgado, o que permite ao Senador acusado continuar exercendo o mandato de Presidente do Senado Federal;

³⁴³ **FRANCOIS**, Renaud, **El Índice de Gobernanza Mundial**, *FnGM, Serie Cuadernos de Propuestas*, octubre, 2008.

a.3. Tentativa de controle governamental da mídia mediante criação de Lei de Imprensa (anteprojeto de Lei) que permitiria um controle prévio das matérias dos jornais e periódicos brasileiros e emissoras de televisão e rádio.

b. Indicador Estabilidade Política e Ausência de Violência e/ou Terrorismo (probabilidade de desestabilização governamental por métodos inconstitucionais ou violentos).

Este indicador no Brasil tem pouca viabilidade e aplicação porquanto o País se apresenta embora em estabilidade política em virtude de uma política de alianças que garante a governabilidade do País. Todavia, não se pode deixar de considerar a facilidade de utilização de métodos pacíficos inconstitucionais e a contínua fragilidade do sistema jurídico-político, pouco ético e pouco garantidor dos direitos políticos do cidadão.

Existe, portanto garantia de governabilidade, as Forças Armadas estão em posição constitucional, a Imprensa age constitucionalmente, há ausência de violência ou de terrorismo ideológico ou político interno –por meio dos Partidos Políticos- ou externo –por meio de organizações do terrorismo internacional-. Todavia, manifestaram-se situações, com possibilidade de natureza incontrolável, mas ainda controladas institucionalmente, que poderiam desestabilizar a governabilidade, a saber:

b.1. Ação Penal 470 de competência do STF – Supremo Tribunal Federal (o denominado **Caso Mensalão**) qual seja a tentativa de captura do Estado por meio do controle do Poder Legislativo por formação de quadrilha malversação de dinheiro público e fraude, com a condenação e prisão dos envolvidos.

b.2. Crise entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário consubstanciada na PEC 33/2011³⁴⁴ (que submete as decisões do Supremo Tribunal Federal à aprovação do Poder Legislativo) e na discussão sobre a competência para cassar membro do Poder Legislativo. (Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011 apenas de tramitação suspensa e não arquivada).

b.3. Investigação pela Polícia Federal da **Operação Lava Jato**, com Inquérito Judicial ainda em curso, sob o comando judicial do Juiz Sérgio Moro, que trata de desvios e apropriação partidária de fundos e investimentos públicos e corrupção ativa e passiva na PETROBRÁS em montantes bilionários de dólares (o denominado **Caso Petrolão**).

c. Indicador Eficácia Do Governo (*qualidade da oferta de serviços públicos, competência da administração pública, independência de pressões políticas e qualidade da formulação de políticas*).

Neste indicador, no âmbito nacional brasileiro ouve melhoria na concessão de alimentação, vestuário e previdência social, que são os demais itens constitucionais de satisfação básica do cidadão.

c.1. A formulação de políticas públicas é boa e transparente, porém com baixa ou pouca execução e fiscalização, gerando dificuldades à eficácia de

³⁴⁴ **PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL - PEC - Nº33/2011**, do Deputado Nazareno Fonteles do PT – Partido dos Trabalhadores, que, de modo espúrio, visa retirar a independência que deve existir entre os poderes da República, submetendo as decisões do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, ao crivo do Poder Legislativo. Vide <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/876817.pdf>, acesso em 15/09/2014, 11:45.

governo.

c.2. Crise entre o Ministério Público e a Instituição Policial (Polícia) em razão da Proposta de Emenda Constitucional nº 37³⁴⁵ (PEC 37 já rejeitada pelo Congresso Nacional) que determinava o controle da atividade policial investigatória pela instituição fiscal.

c.3. Formação ou preenchimento dos postos-chave da Administração Pública por indicação política, não sendo, necessariamente, objeto de indicação meritória.

c.4. Baixa qualidade dos serviços públicos nos principais itens constitucionais de satisfação do cidadão (art 7º, inciso IV, Constituição Federal - educação, moradia, saúde, saneamento básico, transporte).

d. Indicador Qualidade Normativa ou Regulatória (*capacidade do governo de fornecer políticas e normas sólidas que habilitem e promovam o desenvolvimento do setor privado*).

d.1. Há preocupação governamental em agir de forma regulatória e executiva (PPP –Participação Público-Privada), mas a prática assistencialista do governo inibe a complementaridade e harmonização dessa regulamentação. A administração pública é forte e exerce o controle da regulação econômica.

³⁴⁵ **Vide** inteiro teor da **PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL PEC - Nº 37/2011**, já rejeitada pelo Congresso Nacional, disponível no site da **Presidência da República – Legislação**, por meio do link http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PEC+37/2011 . Acesso em 15/09/2011, 12:00.

d.2. A aplicabilidade dessa regulação normativa é extremamente rígida e positivista, legalista mesmo, admitindo somente a interpretação das normas quando conflitantes entre si, ou na ocorrência de omissão da ordem regulatória, a interpretação em favor do interesse público, em virtude do primado do público sobre o privado; há que considerar, todavia, que muitas vezes o público se confunde com o privado em virtude do *patrimonialismo* –a apropriação privada e patrimonial dos bens públicos-

e. Indicador Regime de Direito (*confiança e prática dos agentes de conformidade com as regras e leis da sociedade, qualidade na execução dos contratos, direitos de propriedade, a polícia e os tribunais, probabilidade de crime e de violência social*).

e.1. Confiança abalada nas Instituições relativas à Administração da Justiça.

e.2. Execução dos contratos é viável, mas dependente da realidade econômica vivida (tributação alta e escassez financeira).

e.3. Direitos de propriedade nem sempre preservados = MST (Movimento dos Sem-Terra) invade terras somente próximas às cidades e às estradas, recusando-se ao desenvolvimento agrícola distante das metrópoles.

e.4. Polícia e os tribunais vistos, em geral, pelo povo, como corruptos. Surgimento dos Conselhos Nacionais (de Justiça, do Ministério Público) desde

2004 melhorou a fiscalização institucional e aumentou a credibilidade na instituição Poder Judiciário.

e.5. Crime e violência social = baixa segurança social nas metrópoles e grandes capitais, com baixo controle do crime organizado. Tentativas de controle do crime organizado considerando a necessidade de realização de eventos desportivos mundiais (Copa do Mundo de Futebol Junho-2014 e Olimpíadas do Rio de Janeiro em 2016).

e.6. Crise entre o Legislativo e o Judiciário praticamente permanente, porquanto o Poder Legislativo não aceita as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal (guardião da Constituição e principal órgão do Poder Judiciário brasileiro), em vários eventos públicos e demandas notórias.

f. Indicador Controle da Corrupção (*verificação da probabilidade de exercício do poder público em benefício privado; pequenas e grandes formas de corrupção e possibilidade de “aprisionamento” e/ou “conquista” do Estado pelas elites e pelos interesses privados*).

f.1. O primeiro aspecto, a captura do Estado, refere-se a práticas corruptas que distorcem a formulação de leis e regulamentações e objetivam a corrupção ativa e passiva para o efetivo controle partidário governista por meio de votações de projetos de lei no Poder Legislativo. Ex.: Ação Penal

470 – STF, o denominado Caso Mensalão; o caso do Petrolão; a compra superfaturada da Refinaria de Pasadena; o superfaturamento da Refinaria de Abreu e Lima, apenas para citar alguns exemplos.

f.2. O segundo, a corrupção da administração pública, distorce a implementação dessas leis e regulamentações. Ex.: Constantes práticas de corrupção ativa e passiva na administração pública em licitações e concorrências demonstradas na mídia televisiva.

3.4. O Conceito de Democracia Interativa ou Compartilhada e a Indicação de Treze Ações Efetivas em direção à Boa Governança (The Interactive or Shared Democracy Concept and The Thirteen Effective Actions towards Worldwide Good Governance Indicators).

O Conceito de **Democracia Compartilhada e Interativa** deve ser compreendido de maneira concreta, mas distante do que se encontra na história política mundial. Não se trata de socializar incondicionalmente os direitos da população e meramente tornar a democracia representativa em democracia popular, sem qualquer controle, como se os movimentos sociais pudessem expressar a verdade da composição civil da sociedade, pois expressam somente, verdades parciais.

No caso da **democracia compartilhada e interativa**, na verdade, impõe-se reconhecer os direitos de cidadania no seu sentido mais amplo, estabelecendo-se, na prática, o exercício efetivo do direito de manifestação da sociedade civil (não da sociedade política), abrindo canais de participação civil e descaracterizada da organização político-partidária. A democracia compartilhada e interativa implica admitir a participação cívico-independente do cidadão por meio de audiências públicas periódicas de justificação de mandatos legislativos, com ampla divulgação midiática, por meio de candidaturas cívico-independentes e por meio da atuação de organizações da

sociedade civil sem cunho e natureza partidária., diferentemente da democracia representativa inteiramente subordinada a partidos políticos ou a movimentos civis impregnados de ideologia político-partidária, cuja manifestação se dá por meio de suas convenções municipais, estaduais e nacionais e sua presença organizada em eleições e representação em governos.

A **democracia compartilhada e interativa**, como o próprio nome descreve,, por óbvio, não exclui a organização e formação partidária como meio de expressão política da sociedade civil, mas afasta, obrigatoriamente a dominação e predominância de partidos políticos ou movimentos civis partidarizados em canais de participação política típicos da participação cívico-independente e ínsitos à organização livre da sociedade civil, na mais ampla concepção de liberdade de expressão, manifestação e associação, constitucionalmente assegurados.

A proposta que me ocorre dessa **democracia compartilhada e interativa** não se dá apenas pelo que já se afirmava e sustentava, quanto a todos estes indicadores e características de nível mundial e global que citei, mas torna-se mais clara em razão da falência própria do sistema montesquieuano da tripartição de poderes³⁴⁶, e da derrocada de uma pronta resposta jurídico-política da democracia representativa às mudanças exigidas pelas relações comerciais e econômicas demonstrando a imprescindibilidade da criação de mecanismos de fiscalização cívico-independente da atividade legislativa e político-partidária, dentro do sistema político, não exatamente nos moldes do que já praticado pelas **organizações parajudiciais** (CNJ – Conselho Nacional de Justiça; CJF – Conselho da Justiça Federal; CSJT – Conselho Superior da Justiça do Trabalho; CM - Conselhos de Magistratura Estaduais) e **organizações parafiscais** (CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público e Conselhos dos Ministérios Públicos Estaduais) mas (além da fiscalização do

³⁴⁶ A referência à possibilidade de aplicação recente ou tardia do sistema montesquieuano de tripartição de poderes, quando de seu surgimento, obviamente considero como aplicação e avanço em relação ao seu próprio século de nascedouro, em que o mundo político relevante constituía-se apenas na América, os Estados Unidos, a Europa e parte do Oriente Médio e da Ásia Menor, considerados aí Rússia e China e excepcionalmente o Japão. Além desta compreensão geopolítica, os países dominantes comercial e politicamente não consideravam relevantes ou de importância político-comercial ou econômica quaisquer outros fora do eixo central do hemisfério norte, constituindo-se perfeitamente aplicável a teoria tripartite de poderes porque não existia qualquer interação político-comercial imediata como hoje atingimos em instantaneidade, com a rede mundial de computadores.

próprio **TCU** - Tribunal de Contas da União em relação ao Poder Legislativo) outras completamente extra-institucionais, públicas –em alguns casos populares- porém, talvez, mediante determinadas sugestões que abaixo listo, constante de **Treze Pontos à Boa Governança**³⁴⁷ em efetiva contribuição à efetividade dos **WGI - Worldwide Governance Indicators** e da Cidadania do e para os países no Mundo.

Em continuidade ao que venho expondo para uma configuração inicial da **democracia compartilhada e interativa**, sugiro, então, as **Treze Ações Efetivas em direção à Boa Governança**, inclusive dirigidos, também à República Federativa do Brasil, por meio dos quais entendo que, se implementados podem levar o produto legislativo, a **Lei** em geral, a uma formulação e resultados mais justos que não causem contradições sistêmicas quando for aplicada, aliada ao razoamento judicial iusinterativo como modo de proporcionar **justiça-nas-decisões**. Segue abaixo a minha sugestão com as Treze Ações Efetivas:

3.4.1. As Treze Ações Efetivas à Boa Governança Mundial e à Democracia Compartilhada e Interativa.

Para este objetivo –a Boa Governança em cada Estado, País, ou Nação e à instalação da Democracia Compartilhada e Interativa - proponho:

- 1. Eleição com voto distrital misto;**
- 2. Os representantes eleitos (deputados e senadores) terão somente ajuda de custo e nunca salário;**
- 3. Parlamentares de Casa Alta ou Baixa (Senado ou Câmara Federal) eleitos ficam vinculados a suas profissões e percebem os salários relativos a elas e não tem direito a aposentadorias pelas Casas Legislativas às quais foram eleitos –em virtude da natureza**

³⁴⁷ Para a obtenção dos *Indicadores de Governança Mundial* acesse o site www.govindicators.org.

de relação temporária no exercício da legislatura-, percebendo apenas ajudas-de-custo para atuação, permanecendo o direito à jubilação por suas profissões;

4. As candidaturas eleitorais não serão somente cívico-partidárias, podendo também ser cívico-independentes (autônomas, individuais e apartidárias), permitido o apoio partidário a candidaturas cívico-independentes;

5. Poderá haver subvenção financeira pública com limitação de valores percebidos para as candidaturas e para os partidos; as subvenções privadas deverão ser declaradas, identificadas e registradas no Tribunal Superior Eleitoral, até o limite de determinado valor, tanto para candidaturas cívico-partidárias, como para candidaturas cívico-independentes, de característica apartidária, implicando, o seu descumprimento, à retirada da candidatura, partidária ou não, do pleito eleitoral;

6. Cada candidato eleito deverá apresentar e registrar, com antecipação de três meses, para o debate nacional, a sua plataforma eleitoral -as propostas de administração do Estado brasileiro, no caso da Presidência da República- tanto para as eleições majoritárias, como para as eleições proporcionais, submetendo-se, a cada seis meses na região pela qual foi eleito, ao crivo de seus eleitores, em *audiência pública oficial e obrigatória de prestação de contas e justificação do mandato e de sua atuação parlamentar*,³⁴⁸

7. Candidato, partidário ou cívico-independente, condenado em primeiro grau de jurisdição por qualquer crime, ainda que não transitada em julgado a decisão, exatamente em virtude da defesa do interesse público, não pode ser candidato até que se julgue o

³⁴⁸ *Vide À Guisa de Homenagem, Miguel Reale, jurista, vidente e mago para o direito do século XXI, nota 3, supra.*

processo, porque paira sobre ele uma condenação ainda não revista e nem retirada, não sendo um candidato idôneo para concorrer³⁴⁹;

8. Servidor público ou agente político do estado, candidato, partidário ou cívico-independente, acusado de crime contra o patrimônio público ou corrupção será imediatamente afastado do cargo que exerce a fim de permitir a livre investigação em seu caso concreto;

9. Representante popular eleito não pode ser nomeado para ocupar cargo administrativo no Poder Executivo porque irá atingir a fidúcia conferida na eleição à sua proposição como candidato à ocupação de vaga no poder legislativo, porquanto a legitimidade socialmente obtida foi para o exercício legislativo;

10. Candidato, partidário ou cívico-independente, condenado por crime de improbidade administrativa ou malversação de dinheiro público ou qualquer outro crime que venha a quebrar a confiança pública ao seu mandato parlamentar ocasiona a perda do seu direito de ser eleito por tempo indeterminado a fim de não poder mais administrar orçamentos públicos, podendo somente votar e eleger;

11. Proíbe-se a reeleição a qualquer tipo de mandato de natureza pública em todo o país (executivos, legislativos ou administrativos);

12. Necessidade de controle externo do poder legislativo nos moldes do Conselho Nacional de Justiça, com a criação do

³⁴⁹ Na hipótese, defende-se o primado do interesse público sobre o privado, vale dizer, não há qualquer ofensa a direito constitucional sobrepondo-se a esta ofensa constitucional a presunção de inocência ou de direito de defesa, porquanto a acusação, envolvendo atividades antiéticas, ilícitas ou de improbidade administrativa ou malversação de dinheiro público implica, primeiro, com a mera suspeição legal do acusado, a permanente proteção aos interesses do Erário e da possibilidade de evasão do patrimônio público ou de violação da ética e do mandato legislativo. Daí a proibição de candidatura até que se declare o fim do processo. A mera suspeição legal deve ser elemento suficiente para impedir qualquer candidatura ante o primado do interesse público e a defesa do Erário.

Conselho Nacional do Legislativo, composto de forma mista com representantes de todos os Poderes da República;

13. Autonomia entre os poderes e entre instituições públicas para o exercício de suas funções constitucionais e legais tanto entre os Poderes da República³⁵⁰, como entre o Ministério Público Estadual e Federal e a Polícia Civil Estadual e a Polícia Federal³⁵¹.

Sem a efetivação de tais pontos e em consequência do que afirmo, torna-se cada vez mais aguda, incisiva, evidente e profunda a *magna contradictio* - contradição sistêmica- produtora de uma injustiça social crônica e inevitável em seu resultado ao cidadão, em qualquer sistema e ordenamento jurídico.³⁵²

4.O CONTEÚDO NECESSARIAMENTE AXIOLÓGICO DOS PRINCÍPIOS OU HONESTE VIVERE (VIVER DE MODO HONESTO).

Para muitas pessoas este título levaria a se conduzir para uma digressão e estudo ético do viver de alguma maneira relativo ao indivíduo e sua conduta em sociedade. Não deixa de ser assim. Todavia este não é o ponto principal de meus estudos.

Aqui pretendo demonstrar a necessidade de que:

a. os sistemas se façam mais interatuantes entre si mesmos, em sua relação interativa concedendo

³⁵⁰ A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 33 se refere a uma proposta de controle das decisões do Supremo Tribunal Federal que, se envolverem matérias referentes ao Poder Legislativo, deveriam passar pela concordância do Parlamento. O propósito de violação ao princípio da independência e autonomia republicana dos Poderes da República é evidente e a Proposta de Emenda Constitucional nº 33 é, também, evidentemente inconstitucional.

³⁵¹ A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 37 se referia ao controle da investigação policial pela instituição do Ministério Público retirando-se a autonomia policial de investigação de crimes que ficaria dependente da iniciativa fiscal. Em um Estado Democrático de Direito é importante que as instituições asseguradoras de direitos e liberdades fundamentais, humanos, sociais e individuais exerçam seus misteres de forma autônoma umas das outras com evidente fiscalização recíproca e não subordinada.

³⁵² Sei que seria muita jactância de minha parte assegurar qualquer fim de corrupção a partir dessas Treze Ações Efetivas, mas tenho certeza absoluta de que se constituem em medidas que reduzem sensivelmente a atuação dos agentes da corrupção, criando mesmo, uma cultura anticorruptiva ou de profundo Valor Ético no povo e na compreensão do que seja o ordenamento jurídico e sua aplicabilidade.

prioridade aos valores que dão conteúdo a essas relações iusinterativas³⁵³;

- b. que se reconheça que os operadores destes sistemas (*do sistema de elaboração e criação de normas = os legisladores = Poder Legislativo e/ou do sistema de validação e aplicação de normas, fatos e valores = os juízes = Poder Judiciário*) devem cumprir seus destinos constitucionais baseados e garantidos nos valores supraconstitucionais (os princípios gerais da ética do interesse público) estabelecidos pelo povo de um País;
- c. que sejam assegurados, espontânea ou obrigatoriamente, na ordem jurídica, a aplicação prevalente sobre toda e qualquer norma, dos valores supraconstitucionais insertos nos *princípios da Preservação da Vida e da Humanidade, da autodeterminação dos povos, da liberdade das pessoas e de oportunidades a todos, da defesa e preservação dos direitos do cidadão de conformidade com os princípios gerais da ética e do interesse público*;
- d. que os eleitores exerçam, periodicamente, poder de *fiscalização de atuação de seus representantes legislativos por meio de Audiência Públicas periódicas, no sentido da preservação desses valores supraconstitucionais ou éticos universais*;

Desta maneira, compreende-se com facilidade, não se pode pretender obter ***justiça-na-decisão*** de modo integral e sistêmico, conjugado, com outro

³⁵³ No dizer de Montesquieu os poderes devem ser independentes e harmônicos entre si. Desejo demonstrar que, na atualidade, os poderes são **interdependentes e conflitivos** entre si. Não se dispõem a uma harmonia em seus objetivos e em suas relações. Ao contrário, estabelecem, entre si, constantemente, uma disputa de poder pela eficácia do produto legislativo (a Lei) que resulta, pela maioria das vezes, em injustiça social e na produção de conflitos de interesses que se convertem em causas judiciais.

sistema (legislativo e judiciário) se um desses sistemas (ou ambos) como um todo, se apresenta(m) desqualificado(s) ou insubsistente(s) a esta permanência ou característica de perenidade ética em seu seio.

Tampouco isto significa dizer, no caso do Poder Judiciário, da impossibilidade da utilização, como pretendo, do lusinterativismo ou do seu método, o Razoamento lusinterativo para **justiça-nas-decisões** restando explícito o relevante sentido axiológico que possuem as normas supraconstitucionais para qualquer dos sistemas em questão.

Registro, todavia, para a definição desse conceito de valores e princípios supraconstitucionais que o **VALOR** é um elemento que se antepõe a todo o **PRINCÍPIO** e se faz na essência do **PRINCÍPIO** como uma substância que o preenche (ao **PRINCÍPIO**), fazendo-o dependente de seu teor ético, ainda que se entenda que o **PRINCÍPIO** tem uma força normativa por estar ordenado filosoficamente entre a epistemologia e a deontologia, ou seja entre a dogmática jurídica e a ética jurídica.

4.1. Breve digressão sobre o conteúdo axiológico da Norma Hipotética Fundamental de Kelsen e da Norma de reconhecimento de Hart para uma configuração constitucional de valores e princípios.

Por esta razão é importante fazer-se, a este respeito, uma pequena digressão para aportá-la ao conceito de **Norma Hipotética Fundamental** de Kelsen.

Hans Kelsen justificava sua **Norma Hipotética Fundamental** como uma norma pressuposta e não positiva. Anteposta e prefixada à Constituição que a acolhia em seu seio constitucional e a transmitia por meio de **VALIDADE** em **HIERARQUIA** às demais normas infraconstitucionais e assim, entendia Kelsen, que esta **Norma Hipotética Fundamental** era uma causação imaterial não-ideológica das normas positivadas porquanto teria, na sustentação teórico-jurídica de sua criação e admissibilidade, que admitir-lhe a intenção de uma preexistência de organização normativa, ou seja, como um sentido amplo,

abstrato e genérico de todo o cidadão pela busca e aplicação ordenada e hierárquica de uma Carta Magna.

No entanto, não é assim que penso, porque assim não acontece. E, retomando a análise e dicotomia entre valores e princípios, não apenas afirmo isso porque tenha a pretensão de diferir de Kelsen, mas sim porque toda e qualquer Constituição, em qualquer país, é, antes de tudo, uma **Carta de Intenções e de Compromisso da Vida em Comum para regência do Bem Comum em uma Nação**, ou seja, de um conjunto de pessoas que se expressam mediante os mais variados sentidos e direções em exercício de liberdade de expressão, manifestação, pensamento, a demonstrar valores e a realizar uma convalidação desta Carta, e que, por isso mesmo devem obter o respeito de todos em todos os sentidos, em conformidade com valores éticos universais e supraconstitucionais, causando uma verdadeira **regra de reconhecimento**, muito além dos limites e significados atribuídos por H. L. A. Hart³⁵⁴, porque entendo que a regra também é uma **regra de validação**, enquanto congruência com valores insertos na Carta Magna por uma **determinada população, num determinado território, por um determinável tempo e com várias e distintas finalidades que atendam os interesses deste povo a expressar, SEMPRE, um sentido de ORDEM, de OBEDIÊNCIA, de COMANDO ÚNICO, de DEVER DE PERTENCIMENTO, de SENTIMENTO DE CIDADANIA, DE CONSCIÊNCIA DE NACIONALIDADE. Valores éticos.**

Porém, insisto em perguntar: -“**Que é reconhecimento?**”

Definitivamente, **RECONHECIMENTO é o ato pelo qual sobre alguém se afirma ou algo é afirmado como, estando em determinada situação, em descrição de sua natureza aparente ou essencial, verdadeira ou falsa; ou em que se declara o que é ou se lhe afirma ou reafirma sua essência, fazendo-se uma observação para estabelecer uma compreensão ou um juízo de valor a ser formado sobre o objeto, com supedâneo em valores éticos atemporais e universais.** Todo o reconhecimento é um **juízo de VALOR** ou de **VALIDADE**.

³⁵⁴ **HART**, Herbert Lionel Adolphus (**HART**, H. L. A.). *O Conceito de Direito*, pós-escrito organizado por Penelope Bulloch e Joseph Raz, trad. Antonio de Oliveira Sette-Câmara, Ed. WMF Martins Fontes, 1ª ed., São Paulo, 2009, 400 páginas, citado por **LORENZETTI**, Ricardo Luís. *Teoria da Decisão Judicial*, trad. Bruno Miranda, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., São Paulo, 2011, pág. 73; ver igualmente o Capítulo 10 da presente obra.

A **regra de reconhecimento** de que fala H. L. A. Hart, em seu argumento, afastando-lhe a incidência do valor ético como se fosse somente uma manifestação empírico-social, somente embasada em um fato, ou em fatos, esquece de que este fato ou fatos, para aceitação e reconhecimento, é construído por valores ético-sociais do povo, pela opinião pública, por regras máximas de direito baseadas no sentido cultural do povo, em valores criados e vividos pela própria sociedade, para sua preservação, sua manutenção, em sua existência, em sua história, de natureza ética, atemporal e universal. Hart sustenta que a **norma de reconhecimento** advém da coerência que surge entre as normas secundárias e as primárias em virtude do ordenamento jurídico existente e dos fatos por ele controlados. É concebida por ele como o **elo**, em nível de coerência jurídica, **que une o direito material** baseado nos fatos, **as normas de organização, as normas de julgamento e as normas de modificação**. Mas o problema é que os fatos contêm valorações traduzidas na experiência fático-axiológica-normativa, o que leva o neo-empirismo de Hart a uma evidente insuficiência teórico-jurídica.

Em Kelsen, embora seja uma **Norma Hipotética Fundamental** é inaceitável que não se admita que contenha o **VALOR** que se infunda à Constituição, seja de que regime e/ou forma de governo fosse, sua verdadeira natureza democrática ou tirana, de um estado republicano ou de um estado monarquista, de um estado capitalista ou socialista, de um estado liberal ou um estado comunitarista.

Para a formação do Estado, são de suma importância os pressupostos axiológicos de uma Assembleia Nacional ou um Congresso Constituinte que movem toda a criação de uma novel Constituição que seja a Federal, ou a Unitária, a Republicana ou a Monárquica, Presidencialista ou Parlamentarista, e que se devem equivaler aos valores existentes no seio da sociedade de qualquer país e sempre estará dependente dos valores éticos universais que este povo construa e use como regime e forma de governo e que devam estar assegurados em seus termos e dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Entretanto, tais pressupostos axiológicos, tais valores, claramente são valores de natureza supraconstitucional do mesmo modo que cada norma, em conteúdo deles decorrentes.

Insisto em dizer ou chamar de valores **supra**constitucionais³⁵⁵ (com o prefixo destacado) porquanto entendo que a simples existência de uma Constituição não permite a dedução objetiva de que se está a viver em um Estado Democrático de Direito –ou como sustento, um Estado-Cidadão, ou Estado-Cidadania- e tampouco se toda a sociedade acaba por votar e eleger, por exemplo um ditador ou uma Constituição ditatorial.

Há **VALORES** e **PRINCÍPIOS** que, a partir do século XXI, por tudo que se tem modificado e por mais que as identidades, os tempos ou épocas, os lugares ou sítios ou territórios e as finalidades se alterem e se transformem, não mais se admitem seus distanciamentos da realidade humana e **jamais** podem ser abandonados em sua prática para a segurança do Ser Humano, da Humanidade e do ambiente político e social do Ser Humano e da Humanidade (seu Estado e sua Sociedade) e tampouco podem deixar de ter a interação aos **Vetores Naturais** (as suas circunstâncias de aplicação permanente, ‘*identidade*’, ‘*tempo*’, ‘*lugar*’ e ‘*finalidade*’) para a caracterização e realização efetiva de seus sentidos e dimensões (dos Valores, dos Fatos e da aplicação das Normas).

4.2. O Conteúdo axiológico dos princípios para a formação do ordenamento jurídico de natureza iusinterativa.

Neste propósito, Lorenzetti³⁵⁶ distingue os **princípios** dos **valores** lecionando que **princípio** é

“(...)um enunciado normativo amplo, que permite solucionar um problema e orienta um comportamento, resolvido em um esquema abstrato através de um procedimento de redução a uma unidade da multiplicidade de feitos que oferece a

³⁵⁵ **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, Coleção Studium, Arménio Amado Editor, Sucessor, 3ª ed., Coimbra, 1974, 484 páginas; sobre valores e direitos supraconstitucionais, *vide GOMES*, Luis Flávio; **OLIVEIRA MAZZUOLI**, Valério De. *Direito Supraconstitucional – Do Absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*, Coleção Direito e Ciências Afins, volume 5, coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, 206 páginas.

³⁵⁶ **LORENZETTI**, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial*, trad. Bruno Miranda, Ed. Revista dos Tribunais, *Definição de princípio*, página 123, 2ª ed., São Paulo, 2011, 395 páginas.

vida real. Nesta definição encontramos que o princípio é um enunciado, e dentro dessa categoria é um enunciado normativo. Possui, igualmente, uma formulação abstrata e um procedimento de identificação próprio. Finalmente, tem funções que dizem respeito à solução de problemas e orientação de comportamentos (...)"

Ainda que subliminarmente se compreenda, como acima o afirma Lorenzetti, que os princípios são enunciados normativos amplos de formulação abstrata e procedimento de identificação próprio, não se constitui qualquer exagero se afirmo que o preenchimento ou o conteúdo dessa formulação abstrata se dá pela imputação do significado de valores éticos, concretamente aplicáveis aos fatos objetivos e ocorrentes, formando-se assim os princípios *in concreto*.

Princípios, *permissa maxima venia*, é verdade, são enunciados normativos, porém, de valores universais e permanentes previamente considerados e aplicáveis ao **Fenômeno jurídico** em questão. E sua relativização e apreciação concreta se dá por meio de **Vetores Naturais** quando interagem a *identidade*, o *tempo*, o *lugar* e a *finalidade* no **Fenômeno**, considerados e interagidos o **Valor**, o **Fato** e a **Norma**.

Esta interação produz um resultado inapelavelmente conclusivo por meio do **razoamento judicial iusinterativo**, culminando em *justiça-na-decisão*.

Para que se possa entender melhor, ao meu ver, **PRINCÍPIO É**, como o nome indica, sempre, **UM PONTO DE PARTIDA, OU UM INÍCIO DE RAZOAMENTO OU ARGUMENTO, UM COMEÇO DE PROPOSIÇÃO OU PRECEITO QUE, BASEADO EM ALGUM VALOR ÉTICO, SERVE DE FUNDAMENTO, BASE OU PROPOSIÇÃO A UMA TEORIA OU SISTEMA.**

Deste modo, não é por uma questão de anterioridade ou apriorística (à qual faço questão de demonstrar a minha rejeição, até porque os valores existem somente a partir de considerada a existência humana pela qual coexistem valores permanentes e princípios repletos de valores relativizados, ou seja, valores aplicados a casos concretos tomados, como já fixei, por *identidade*, *tempo*, *lugar* e *finalidade*), **mas sim**, em verdade, **por uma questão de direção existencial de fundamento, por exemplo, de manutenção de vida em comum, o VALOR se lhe advém ou se lhe antepõe ao PRINCÍPIO, dando-**

lhe conteúdo e força de existência, substância para existir como enunciado normativo e aplicando-se relativamente, especificadamente a cada Vetor Natural, de conformidade com cada Vetor Natural, perfazendo-se concretos a cada um deles, enquanto interage a cada um deles, vetores.

Posto desta forma, é relevante perguntar, para melhor compreensão:

- a. Qual grau de normatividade poderia ter um PRINCÍPIO se não se concebesse a ele, em forma, a proteção a um VALOR intrínseco em seu enunciado?
- b. Seria o VALOR o elemento a dar, ao PRINCÍPIO, essência ou conteúdo e sentido de existência, permitindo-lhe atuar com um grau de força normativa?
- c. Qual a relevância da PRINCÍPIO, se por meio do VALOR, enquanto sua essência e seu sentido de existência, não se lhe pudesse relacionar com os Vetores Naturais (identidade, tempo, lugar e finalidade) a dar-lhe (ao PRINCÍPIO) aplicação concreta em relação aos FATOS ou FENÔMENOS?

Concretamente, em um exemplo, seria, mais uma vez, oportuno indagar:

“- Como é possível, por exemplo, a aplicação do princípio do contraditório no processo –que garante às partes o direito de, se afirmado algo por uma delas, a outra parte vir a ter imediatamente o direito de ciência do afirmado e de contrapor-se e contradizê-lo mediante argumentos e provas contra o que foi dito- sem a existência do valor ético –prévia ao conflito- que exige o tratamento igualitário e isonômico às pessoas em sociedade, na hipótese de surgimento de um conflito?”

Como se sabe, o princípio do contraditório e da ampla defesa nada mais é do que o Valor Ético Universal da Igualdade de Oportunidades e de

Convivência a Todos, sendo garantido em aplicação no processo judicial.

O que fazemos, normalmente, é compreender que o princípio se aplica para efetivar um valor no processo. E o entendemos como se o valor, sem o princípio não tivesse existência. Não!

É evidente que o que seria, *ab initio*, uma mera consequência de aplicação técnica do princípio do devido processo, traz, em sua essência, o valor de isonomia de tratamento, de igualdade e de imparcialidade, valores universais que dão conteúdo ao processo.

O processo possui eticidade em virtude dessa prévia existência de valores que dão conteúdo a princípios a ele –processo- aplicáveis.

A resposta a estas questões bem demonstram que **Valor e Princípio** interagem e são interdependentes e **UM NÃO EXISTE SEM O OUTRO**, não podem subsistir sem uma coerência entre eles, sem uma congruência íntima que lhes crie um elo essencial. **Princípio** é o continente; **Valor** é o conteúdo. **Valor** preexiste ao **Princípio** porque este possui a força normativa. Mas deve-se entender que a força normativa de um **Valor** –e de sua natural aplicabilidade ao caso- está na conformidade de seu próprio conteúdo ao Fenômeno social e aos Vetores Naturais.

A Força Normativa de um Valor Ético Universal está na intrínseca legitimidade ética de sua essência fenomenológica.

Como pudemos estabelecer neste capítulo, há uma relação direta entre a natureza do Estado contemporâneo, a necessidade de Boa Governança, a relação entre os produtos (entenda-se = as imbricações existentes entre os resultados da atuação legislativa com os resultados da atuação judiciária considerados o mesmo objeto –a Lei-) dos Poderes Legislativo e Judiciário, a necessidade de criar-se um razoamento próprio para atender a essa disparidade e conceder **atualidade, instantaneidade e contemporaneidade às decisões**, de conformidade com Valores Éticos Universais, segundo fatos e atendendo às normas vigente para realizar-se **justiça-nas-decisões**.

A evidência da **magna contraditio** (a permanente contradição entre o sistemas de *elaboração e criação de normas* = os legisladores = Poder Legislativo e o *sistema de validação e aplicação de normas, fatos e valores* = os juízes = Poder Judiciário) quanto à origem, valor ético e eficácia de seus produtos (**Lei e Sentença**) leva a uma inerente **(in)justiça-nas-soluções** para os conflitos

sociais.

A consequência natural disso, sob o aspecto da governabilidade nacional ou de conformação de uma **Sociedade Democrática**, em conjunto com o **Estado** e o **Direito**, para realizar o exato propósito do que me destinei atender, é a perda ou a redução do adimplemento dos **Indicadores de Boa Governança** bem como a impossibilidade de cumprimento das **Treze Ações Efetivas** que sugiro neste momento e com isso a perda da natureza de **Sociedade Democrática** e de **Estado Democrático de Direito**.

Resta claro que, em macrovisão, para a solução dessa *magna contraditio* e da viabilidade de uma **Sociedade Democrática**, de um **Estado-Cidadão** e um **Direito justo-nas-decisões** deve persistir a efetividade desses **Indicadores de Boa Governança** e das **Treze Ações Efetivas**, aliados em microvisão à formação e aplicação, para o Poder Judicial, do razoamento iusinterativo por meio do processo judicial eletrônico, com o fito de *justiça-nas-decisões*.

No Brasil, de 2004 para os nossos dias, com a Emenda Constitucional nº 45³⁵⁷, desenvolveu-se a criação de órgãos parajudiciais, paralegislativos e parafiscais, fiscalizadores da atuação administrativa dos Poderes e instituições tais como o **Conselho Nacional de Justiça** (parajudicial), o **Conselho Nacional do Ministério Público** (parafiscal), o **Conselho da Justiça Federal** (parajudicial), o **Conselho Superior da Justiça do Trabalho** (parajudicial), os **Conselhos das Magistraturas Estaduais** (parajudicial) de cada Estado-Membro da Federação.

Ao Poder Legislativo Federal essa fiscalização já era exercida pelo **Tribunal de Contas da União**, órgão do próprio Poder Legislativo, mas com poderes para fiscalizar a respectiva gestão administrativa e atuação de todos os seus membros na administração da verba e patrimônio públicos, como a todos os órgão da administração pública direta e indireta.

Na verdade, a criação de tais órgãos de parafiscalidade administrativa somente vem comprovar o que afirmo:

a completa falência do sistema de democracia montesquieuana fundado na tripartição de poderes e igualmente a bancarrota da ultrapassada ideia

³⁵⁷ O inteiro teor da **Emenda Constitucional nº 45/2004**, já está integralmente incorporado ao Texto Constitucional de 1988 e se encontra disponível e pode ser visto em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm.

de democracia representativa que não mais sustenta nem fidelidade ao eleitorado, tampouco legitimidade do representante eleito, para atuação vinculada a quem o elegeu, ao tomar posse e iniciar o exercício do mandato parlamentar e muito menos ainda, a credibilidade dos partidos políticos na utilização da máquina estatal.

Por isso, a nossa sugestão constante do item 3.4.1. deste próprio capítulo, relativa às **Treze Ações Efetivas à Boa Governança Mundial**, no intuito de criar mecanismos que ampliem a apreensão cultural do valor ético universal **democracia** e lhe estabeleçam objetividade, concretidade e amplitude de aplicação.

De toda evidência, que outras sugestões podem ser encaminhadas para que o sistema de direito se direcione a **justiça-nas-decisões**.

A conjugação dos **Indicadores de Boa Governança Mundial** com as **Treze Ações Efetivas para a Boa Governança Mundial** que proponho, em macrovisão sistêmica, com a utilização do **Razoamento lusinterativo**, a técnica da interatividade reafirma o método de **justiça-nas-decisões** em microvisão e como forma de atuação processual para efetividade e de concretidade de **justiça** para aplicação em qualquer sistema de direito, sob qualquer fundamento e/ou corrente filosófica em que se sustente.

5. A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E A ARBITRAGEM JUDICIAL COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVIDADE DE **Justiça-na-Decisão** E CELERIDADE NA SOLUÇÃO DO LITÍGIO.

5.1. **Flexibilidade Procedimental, em conjunto com o Razoamento lusinterativo para justiça-nas-decisões, como elemento de exercício de celeridade e aplicação de justiça pelo Poder Judiciário.**

Este assunto –a flexibilidade procedimental- talvez merecesse um capítulo à parte tal a sua importância para a concretização do processo como instrumento de solução de conflitos, entretanto, e na verdade, constitui-se como elemento de celeridade e de aplicação de **justiça-nas-decisões** pelo Poder Judiciário.

A solução de conflitos sociais amplamente delineados e absorvidos nos

conflitos de interesses submetidos ao Poder Judiciário demonstram a relevância de se realizar alterações de procedimento durante os pleitos jurisdicionais com a estrita finalidade de atender às necessidades e lícitos interesses das próprias partes³⁵⁸ para a consecução, seja de resultados comuns oriundos da conciliação desses interesses em oposição, ou da mediação, já que a arbitragem no direito brasileiro não é vista, ainda, como manifestação da jurisdição ordinária, sendo tratada como jurisdição especial, extraordinária que é, ou mesmo da arbitragem específica em ponto ou tema exclusivo e especial de desavença, resolvidos e julgados todos os demais itens de um litígio extrajudicial.

Ora, as partes podem eleger um juiz concursado como árbitro de uma controvérsia em jurisdição arbitral, o que não se apresenta ilícito, ilegal ou inconstitucional à luz da Lei de Arbitragem³⁵⁹, na conformidade do seu artigo 13 que permite a nomeação, como árbitro, pelas partes em controvérsia, de qualquer pessoa capaz, em que se tenha confiança para elucidar e/ou resolver o conflito.

De outro modo, o juízo arbitral não é uma das competências ou funções jurisdicionais do Juiz Natural, senão para ordenar e organizar a formação do processo arbitral (artigos 3^a a 10, Lei de Arbitragem)

Por outro lado, disso não se trata nos processos e nos procedimentos comuns, dos quais nos fala Fernando Gajardoni. O interessante na possibilidade de utilização da flexibilidade procedimental que entendo de viável aplicabilidade ao processo é que a mediação ou conciliação decorrentes dessa transformação de procedimentos poderiam eliminar a continuidade processual longa e a utilização procrastinatória de quaisquer recursos ou apelações judiciais por inconformidade com a decisão conciliatória com a mediação efetuada, em

³⁵⁸ A utilização da **flexibilidade procedimental, de lege ferenda**, teria de obter no processo para sua conversão ou convolação, à toda evidência, ou a autorização legal prevista no ordenamento jurídico, ou a anuência das partes para o caso específico, de molde a jamais caracterizar violação ao adequado processo de direito –o que chamamos de devido processo- e tampouco ao direito das partes de acesso à jurisdição. Entretanto, se realizado pelo próprio Juiz Natural da causa, **a pedido das partes, ou por iniciativa do Juiz Natural da causa e concordância expressa das partes** na transfiguração de rito ordinário para o extraordinário-arbitral, entendo desnecessária a autorização constitucional ou legal, formando-se, no dizer de **GAJARDONI**, a flexibilidade procedimental voluntária e a flexibilidade procedimental judicial.

³⁵⁹ Lei nº 9.307, de 23 de novembro de 1996 (Lei de Arbitragem), link disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm

solução pelo gestor jurisdicional na qualidade de conciliador ou mediador, reduzindo-se sensivelmente e em função disso, destarte, a remessa de feitos aos Tribunais em grau recursal e concedendo-se maior relevância às decisões do juízo de primeiro grau de jurisdição, vale dizer, ao juízo que efetivamente trava contato direto com as partes e suas questões e conflitos e melhor condições tem para decidir as questões de fato e de direito.

Creio ter sido esta, também, além da busca por celeridade e justiça, uma das preocupações que Fernando Gajardoni, em sua Tese de Doutorado³⁶⁰, em que culmina por estudar e classificar em quatro formas ou modelos de flexibilidade procedimental no processo, a fim de permitir que o juiz tenha o direito de, seja baseado em lei autorizadora da flexibilização (***flexibilização legal genérica***); ou, em procedimento padrão do sistema brasileiro, em que, mediante lei, se admite a flexibilização procedimental, mas predeterminados legalmente os atos processuais a serem adequados à situação concreta (***flexibilidade legal alternativa***); ou ainda, quando inexistente procedimento específico ou previsão legal para tanto, competiria ao juiz proceder à adaptação procedimental ainda que para isto tenha que afastar o regime normativo (***flexibilidade procedimental judicial***); ou por última hipótese, a espécie em que competiria às partes eleger o procedimento processual adequado, ou relativo a alguns atos processuais que seriam realizados em série (***flexibilidade procedimental voluntária***).

Mas importa ressaltar que a todas essas espécies de flexibilidades procedimentais teria de haver, antes, a autorização constitucional ou legal para tanto, e é exatamente isto que estou a preconizar e sugerir de *lege ferenda*.

5.2. A arbitragem judicial por transfiguração do processo jurisdicional em arbitral.

É de relevância também considerar outro cenário precioso ao avanço do processo no Ordenamento Jurídico.

Do mesmo modo que se autoriza e se considera possível a atuação judicial e jurisdicional como mediador ou como conciliador, ou até mesmo a participação

³⁶⁰ GAJARDONI, Fernando Da Fonseca. *Flexibilização Procedimental*, Ed. Atlas, 1ª edição, Coleção Atlas De Processo Civil, coordenador Carlos Alberto Carmona, São Paulo, 2008, 249 páginas.

intraprocessual³⁶¹ de um juiz, nomeado com fundamento na Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) com a função de ser mero árbitro, na qualidade não de Juiz Natural, mas de cidadão, vislumbro outra possibilidade de real importância para o processo e para a solução de litígios.

Trago à balha a discussão de que, em amplitude de flexibilidade procedimental possa, *de lege ferenda*, o Juiz Natural, proceder à transfiguração de sua participação, eu diria, **endoprocessual**³⁶², transformando, durante o próprio trâmite da causa, o procedimento comum ou especial no processo, em procedimento arbitral, e em consequência a jurisdição de ordinária para extraordinária e tornando-se ele mesmo, juiz natural, o árbitro e, é claro, desde que haja a anuência das partes litigantes, que se louvarão na sua decisão de natureza irrecorrível, por haver se convalidado, de comum acordo, entre todos os sujeitos processuais, a jurisdição ordinária em arbitral.

Esta transformação de jurisdição ordinária comum –de juízo de direito- para jurisdição especial extraordinária –juízo arbitral de equidade ou de direito- no mesmo feito em andamento na jurisdição ordinária teria de ter não apenas o comando judicial nesse sentido, como também e principalmente dito acima, a anuência clara e manifesta das partes que abririam mão de seus recursos da sentença e se louvariam na decisão arbitral, igualmente obrigando ao juiz natural a bem decidir –utilizando o **razoamento iusinterativo**- em busca de **justiça-nas-decisões**, à elaboração de sentenças arbitrais melhores, com u'a maior acuidade nos julgamentos e emissão dos fundamentos judiciais.

Para esta espécie de jurisdição extraordinária justificar-se-ia a irrecorribilidade recursal porquanto a própria natureza das causas e o interesse das partes requerem a celeridade de decisão e o desentrelaçamento na solução do conflito de interesses ante a necessidade de continuidade das relações contratuais econômico-comerciais que permanecem válidos mas com entraves temporários solucionados.

Como já disse, *de lege ferenda* poderiam ser criadas, nos Tribunais de Justiça,

³⁶¹ Desejo expressar com o termo **intraprocessual** aquela atuação judicial que ocorre **dentro** do processo, não nascendo necessariamente de modo intrínseco ao processo.

³⁶² Por outro lado, para o termo **endoprocessual** desejo expressar toda a participação judicial que nasce internamente ao processo e nele permanece, de dentro para dentro, porém com outra natureza, a arbitral.

Câmaras Cíveis Arbitrais³⁶³ para juízo arbitral de questões contratuais desde que assim o requeassem as partes e o Juiz de Direito teria a mesma competência e atribuições de mediador e pacificador social agindo em jurisdição extraordinária.

Todavia, a legitimidade judicial do agente político do Estado, o Juiz Natural, para o exercício dessa condição arbitral estaria confirmada em dois aspectos substanciais:

- a. **na sua condição de pacificador de conflitos sociais constitucionalmente investido desta condição;**
- b. **na anuência expressa das partes para a transfiguração processual e procedimental de jurisdicional para arbitral, com todas as suas consequências jurídico-processuais.**

Haveria certamente, algumas espécies de flexibilidades processuais, as quais como nos fala Gajardoni³⁶⁴, de natureza **judicial e voluntária**, por exemplo, que com muito mais razão, deveriam utilizar conjuntamente o **razoamento iusinterativo que ora proponho**, materialmente permitindo que o juiz possa julgar com parâmetros objetivos e aplicando valores superiores, inclusive, a decidir –em uso das normas supraconstitucionais e dos valores éticos universais- **contra legem**, se a lei se põe **contra valorem**, tendo o **FATO** como balizamento no **FENÔMENO jurídico** em análise; a interatividade entre a tridimensionalidade cultural e a tetravetorialidade natural e o **Razoamento iusinterativo** como método de aplicação de **justiça-na-decisão** a conceder a oportunidade superação dos conflitos sociais.

Assim, essa amplitude processual e procedimental poderia ser tomada *de lege ferenda*, para os efeitos de adequação do processo à concretude de **justiças-decisões**: a liberdade de o juiz, o pacificador social legitimado

³⁶³ Seria possível, igualmente, estender-se a jurisdição arbitral ao âmbito criminal (criação de Câmaras Criminais Arbitrais), nos delitos de menor potencial ofensivo, cujas sanções pudessem se limitar somente à restrição de direitos, somente a punições pecuniárias ou a sanções pedagógicas referentes a prestações de serviços às comunidades, o que à toda evidência, conferiria maior celeridade à resolução de questões conflituosas sociais.

³⁶⁴ **GAJARDONI**, Fernando Da Fonseca, *op. cit.*.

constitucionalmente, para transformar, ***ainda que não autorizado por lei, mas em comum acordo com as partes***, o processo jurisdicional em processo arbitral, criando a arbitragem realizada pelo órgão jurisdicional, na medida em que as partes litigantes, estabelecido o conflito, seus parâmetros, suas questões de direito que não importem em larga escala de provas, mas com o litígio jurídico devidamente prefixado, possa, o julgador jurisdicional, convalidar-se em árbitro, louvado em sê-lo na vontade das partes e legitimado constitucionalmente como mediador e pacificador constitucional.

Para este caso, portanto, haveria somente a necessidade de criação da arbitragem **endoprocessual**, mediante a anuência de todos os sujeitos do processo (juiz, autor, réu) para a transformação do processo de jurisdicional em arbitral pelo juiz como modo mais célere de solucionar conflitos, na criação de mais um âmbito jurídico para efeito de uma jurisdição verdadeiramente apaziguadora de conflitos.

6. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 6.

6.1. A relação estrutural entre o Estado Contemporâneo e seus tipos edificados no século XXI (**o Estado Democrático de Direito ou Social de Direito ou Estado-Cidadão**), a Democracia como valor universal, a Boa Governança, o Poder Judiciário, como pacificador social constitucional e a distribuição de ***justiça-nas-decisões*** ao povo jurisdicionado, implica a formação de um ordenamento jurídico consubstancialmente, não-ideológico, mas axiológico, sociológico e normativo, segundo uma aplicação interativa e tetravetorial de valores éticos universais, fenômenos sociais e normas vigentes (tridimensionalidade cultural) e a utilização do método do Razoamento lusinterativo no processo.

6.2. A natureza e a estrutura econômica e jurídica do Estado define e restringe as condições de exercício do ordenamento jurídico, limitando a atuação do Poder Judiciário como poder definidor de Cidadania em Estados e Nações nos quais as desigualdades se apresentam gritantes, agudas e incisivas.

6.3. A natureza da democracia praticada no Estado ou Nação permite dar a característica da dimensão de Cidadania garantida ao Cidadão e os limites de

suas garantias e exercícios, gerando permanentes contradições sistêmicas entre o **sistema de elaboração e criação de normas** (Poder Legislativo) e o **sistema de validação e aplicação de normas, fatos e valores** (Poder Judiciário) provocando resultados jurídico-sociais injustos na aplicação da lei.

6.4. A democracia representativa, nos moldes montesquieuanos, não mais atende às necessidades contemporâneas, necessitando de reformas que a tornem adequada às exigências democráticas do século da globalização imediata e da intercomunicação digital instantânea (século XXI).

6.5. O **Legislador Natural** necessita de atuação ética e de recíproca e **constante intercomunicação em tempo real** (troca de informações por redes sociais) com seu eleitorado em atualização permanente de suas ações legislativas.

6.6. O **Legislador Natural** deve cumprir os **sete pressupostos de legitimidade constitucional ético-legislativa** para uma **democracia compartilhada e interativa** que são:

1. Estar autorizado constitucionalmente para legislar, representando o seu eleitorado;
2. Ser eleito pelo voto popular livre para esta finalidade ampla e genérica (sem quaisquer restrições, exceto a de realizar com justiça e ética o seu mister, e efetuar *justiça-na-lei*);
3. Representar os interesses de seus eleitores, não exclusivamente os de seus partidos políticos;
4. Participar dos debates legislativos que sustentem ou fundamentem a criação do produto legislativo com propostas e projetos de lei que reflitam os compromissos assumidos com seus eleitores e de acordo com os interesses deles (*realização de justiça-na-lei*);
5. Atuar com ética, transparência e probidade no desempenho de suas funções públicas;
6. Prestar contas periodicamente, mediante realização de audiências públicas, em sua região de origem, de seus atos legislativos a seus eleitores;
7. Criar produtos legislativos com *justiça-na-lei*.

6.7. As **sete contradições sistêmicas da democracia representativa abaixo indicadas** demonstram, inequivocamente, diante da globalização inevitável e

irreversível, a necessidade de construção, não de uma democracia participativa, mas sim, de uma **democracia compartilhada e interativa**:

1. O sufrágio universal (o voto eleitoral exercido em condições de liberdades democráticas e políticas) legitima apenas o momento da escolha e a escolha efetuada, não sendo a eleição condição de legitimidade para o exercício do mandato que, para sua manutenção, exige atuação efetiva, ética e proba do parlamentar eleito;
2. A livre organização partidária concede liberdade de associação, porém não concede a liberdade de postulação de candidatura, inviabilizando um pleito efetivamente democrático, pois condiciona os postulantes à candidatura a controles político-partidários estabelecidos dentro das próprias organizações partidárias e à aceitação de uma política interna de troca de interesses, para obtenção do beneplácito partidário
3. A inexistência na lei eleitoral da possibilidade de candidaturas cívicas independentes e apartidárias leva o pré-candidato a se submeter a todo tipo de pressões para a participação política, ofuscando a figura do verdadeiro partícipe ideológico-partidário;
4. As garantias de captação e apuração de votos isentas e limpas, por meio de urnas eletrônicas, deve estar precedida de uma prévia e ampla fiscalização do sistema eletrônico utilizado e da programação informática efetuada para cada evento eleitoral e contra possíveis invasões (hackers) de dados no programa eleitoral eletrônico (hardwares –equipamentos adequados- e softwares –programas informáticos ajustados aos fins desejados-);
5. A realização de pesquisas de eleitorado prévias até exatamente poucos dias antes do imediato momento da votação podem direcionar ou conduzir o eleitorado em determinado sentido eleitoral, viciando completamente o pleito e o seu resultado, devendo ser permitidas somente até uma semana antes das eleições, ou então proibidas integralmente para as eleições majoritárias;
6. O representante eleito pelo voto, após sua eleição, não mantém vínculo permanente, construído durante as eleições, com os cidadãos eleitores, fazendo-o somente até a posse no cargo; após isto passa a ser um representante das orientações do partido –as quais podem muito bem ser modificadas e tornarem-se contrárias à orientação do eleitorado- e depois de certo tempo, tampouco segue a orientação partidária, obedecendo até mesmo, em muitos casos, a u’a maioria parlamentar formada ocasionalmente e dirigida por interesses outros (formação de

oligarquias e grupos econômicos neoliberais ou ideologicamente alinhados) e completamente distintos daqueles sustentados, preconizados e reafirmados durante a campanha ou propaganda eleitoral, e com isso tornando o sufrágio universal um sistema objeto de dolo, simulação ou fraude eleitoral e de apropriação de parcela de poder do sistema legislativo, sem que tenha sido esse o seu objetivo inicial;

7. Os partidos políticos não mais sustentam ideais políticos predefinidos de configuração ideológica por uma visão de mundo, tampouco por uma concepção de construção do Bem Comum na sociedade, para o Estado ou para a Nação, ou mesmo por semelhança de ideias político-econômicas para a sociedade, apresentando-se, na verdade, como verdadeiros feudos políticos –ou ideológicos, ou econômicos- para consecução e realização de poder “fisiológico”, pró-pessoal ou pró-grupal, no interesse de aquisição, manutenção e preservação de poder político e de conquista permanente do Estado.

6.8. É imperioso utilizar-se de parâmetros objetivos como **os Indicadores Mundiais de Boa Governança** e igualmente as **Treze Ações Efetivas em direção à Boa Governança** para a formação e preservação de um Estado Democrático de Direito, ou de um Estado Social de Direito ou de um Estado-Cidadão.

6.9. O não-cumprimento de níveis otimizados aos **Indicadores Mundiais de Boa Governança** e às **Treze Ações Efetivas pela Democracia Compartilhada e Interativa** comprova e demonstra a completa falência do sistema de democracia montesquieuana fundado na tripartição de poderes e igualmente a bancarrota da ultrapassada ideia de democracia representativa, que não mais sustenta nem fidelidade ao eleitorado, tampouco legitimidade do representante eleito, para atuação vinculada a quem o elegeu, ao tomar posse e iniciar o exercício do mandato parlamentar e muito menos ainda, a credibilidade dos partidos políticos na utilização da máquina estatal.

6.10. O Estado Democrático de Direito deve corresponder à garantia e preservação de valores éticos universais, liberdades, direitos fundamentais e humanos, com a mais ampla abertura de oportunidades e iniciativas a todo e qualquer cidadão, perfazendo-se assim a Cidadania.

6.11. É preciso fazer integrar ao Estado, à sociedade e ao ordenamento jurídico o conceito que defendo e sugiro de **democracia interativa**

compartilhada (*shared interactive democracy* ou *democracia interactuada compartida*) o qual se põe como a necessidade de exercício ético e prova constante, por meio dos agentes políticos do Estado –parlamentares, magistrados e administradores- do cumprimento permanente das missões e deveres constitucionais conferidos em razão do cargo.

6.12. A atuação do Poder Legislativo na criação de seu produto (entenda-se= Lei ou Norma) sem qualquer preocupação de produção de **justiça-na-lei**, na imensa maioria das vezes, gera **imperfeições legislativas** ínsitas às normas criadas, tais como: **i) anacronismo** (normas criada para produzir regência a fatos já **fora** de seu tempo, já ultrapassados); **ii) desuso** (normas que não obtêm o reconhecimento social para sua aplicação efetiva por inaptidão cultural); **iii) revogação ou derrogação** (declaração de invalidade total ou parcial da norma por emissão de outra que a substitui segundo determinação do Parlamento); **iv) imperfeição legislativa propriamente dita** (imperfeições oriundas da construção das normas por discussões e embates legislativos que as tornam mancas na sua promulgação); **v) insuficiência material da norma** (insuficiência normativa por inadequação do seu conteúdo teleológico para solução dos conflitos sociais) oferecendo ao Poder Judiciário um produto contraditória (Lei) para a solução de conflitos sociais de molde a gerar uma crônica e crítica contradição sistêmica.

6.13. A **democracia compartilhada e interativa** é baseada na ampla cooperação entre os poderes constituídos e sua prática radicalmente ética, todavia com amplo exercício de fiscalização mediante audiências públicas de justificativas periódicas de atuação em cargos públicos, e baseada em Indicadores Mundiais de Boa Governança e nas Treze Ações Efetivas em direção à boa governança.

6.14. É garantia de uma **democracia compartilhada e interativa**, em sentido estrito, a aplicação, pelo **sistema de validação e aplicação de normas fatos e valores**, (Poder Judiciário) **do razoamento iusinterativo** aos casos concretos, na busca efetiva de realização de **justiça-nas-decisões**.

6.15. Para maior efetividade de atuação do Poder Judicial na dirimência de conflitos de interesses é forçoso reconhecer a importância da **flexibilidade procedimental** nos seus âmbitos **flexibilização legal genérica; flexibilidade legal alternativa; flexibilidade procedimental judicial; e flexibilidade**

procedimental voluntária. Todas estas espécies de flexibilização procedimental nas causas estão aptas a levarem maior celeridade aos processos e ao encontro de solução direcionada à maior satisfação do interesse e da vontade das partes litigantes.

6.16. A condição de **Juiz Natural** e de mediador e pacificador constitucional e social, conferem, *de lege lata*, ao magistrado a competência constitucional para determinar, **por sua iniciativa e com expressa anuência das partes litigantes**, a **flexibilidade procedimental judicial** na causa, estando apto igualmente para acolher o pedido efetuado pelas partes de **flexibilidade procedimental voluntária** no sentido de, em ambas as situações, exercer **a transfiguração processual** de um **processo jurisdicional e ordinário para o processo arbitral e extraordinário**, eliminado-se por interesse e vontade das partes a possibilidade de recursos (decisão arbitral irrecorrível) e admitindo-se a celeridade na solução da controvérsia, com a aplicação do método do razoamento iusinterativo e conseqüente ***justiça-na-decisão***.

CAPÍTULO 7

O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E O RAZOAMENTO JUDICIAL IUSINTERATIVO COMO ELEMENTOS DE COMPREENSÃO, DE CELERIDADE E DE *JUSTIÇA-NA-DECISÃO* DAS DEMANDAS.

1. O SURGIMENTO DO PROCESSO JUDICIAL *ELETRÔNICO* (PJ-E): PRINCÍPIOS FORMATIVOS E PRINCÍPIOS GERAIS PECULIARES.

Antes de iniciar propriamente esta parte de nosso estudo, aconteceu-me que alguém poderia suscitar qual a importância, para este trabalho e seu propósito, deste próprio *Capítulo 7 O Processo Judicial eletrônico e o razoamento judicial interativo como método de compreensão da demanda e de justiça-na-decisão*.

A par dessa possibilidade, esclareço que a aporção deste tema ou capítulo a esta obra é uma das próprias razões de ser da obra. Não se pode pensar em **lusinterativismo** ou **razoamento iusinterativo** sem determinados objetivos a serem buscados ao longo do caminho, como:

- a. **a necessidade de adequação do direito à tecnologia** e à ciência do século XXI, com a **interatividade** como elemento principal de **celeridade e certeza jurídicas**;
- b. **a necessidade de distribuição de justiça-nas-decisões** processuais a partir do século XXI;
- c. **a necessidade de criação, desenvolvimento e manutenção de uma ferramenta tecnológica e eletrônica** adequada, permanente, instantânea e constante para a **tramitação do processo judicial**, com celeridade, certeza e segurança, eletrônicas para **justiça-nas-decisões**;
- d. **a necessidade de criação de um método, um razoamento e uma técnica decisórios** que levem à adequação dessa espécie de ferramenta eletrônico-processual a todos os elementos envolvidos no processo **para a distribuição de justiça-nas-decisões**;
- e. e finalmente, a **necessidade de segurança de informações**, colhidas e trabalhadas e, conseqüentemente de **segurança e exatidão de**

processamento (em razão do controle eletrônico) do método oficial **de solução de litígios** (o **processo como instrumento da Jurisdição**, o poder jurisdicional do Juiz Natural) sem qualquer possibilidade de desvios de provas, direitos e argumentos utilizados nas causas.

Este é o objetivo deste meu trabalho e grande parte deste meu estudo e igualmente o objeto deste capítulo.

1.1. A Natureza do Processo Judicial eletrônico (PJ-e).

Para a consecução deste *desideratum*, há que se considerar que na República Federativa do Brasil desde a promulgação da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 (Lei da Informatização do Processo Judicial)³⁶⁵ o processo judicial hoje se faz de maneira distinta dos processos denominados físicos em que o corpo do processo era físico, construído com petições, demandas, com papéis impressos e firmados fisicamente.

Hoje, no Brasil, temos o processo judicial eletrônico (PJ-e) em atuação virtual, digital, informática e eletrônica, no qual se dispensa o papel, e os requerimentos processuais são exclusivamente feitos por meio da rede mundial de computadores (internet), com toda a segurança garantida e assinaturas e certificações digitais asseguradas por instituições de certificação informática reconhecidas oficial e publicamente como idôneas.

Depois da Lei 11.419/2006 o Conselho Nacional de Justiça editou as Resoluções nº 70, nº 90 e finalmente a de número 121 que regulamentou o Processo Judicial Eletrônico (PJ-e)³⁶⁶, seguido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) que editou a Resolução nº 94, de 23 de março de 2012³⁶⁷, normas regulamentares essas que organizaram o desenvolvimento

³⁶⁵ A Lei da Informatização do Processo Judicial (Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006) pode ser acessada no hiperlink http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm

³⁶⁶ Para acessar as Resoluções referidas os hiperlinks são:
<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/resolucao-n-70> ;
<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12205-resolucao-no-90-de-29-de-setembro-de-2009> e
<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12239-resolucao-no-121-de-5-de-outubro-de-2010>

³⁶⁷ Para acessar a Resolução nº 94 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho que trata do Processo Judicial Eletrônico o hiperlink é: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucao-csjt-94-2012.htm>

desta espécie nova de procedimento, requerendo um novo olhar sobre o direito do século XXI, sobre as partes, sobre os intervenientes, os argumentos, as espécies de provas, e os novos juízos de valor a estabelecer a decisão aplicável. É aí que entendemos que deve existir um novo raciocínio judicial a ser feito pelo juiz em sua atuação de pacificação social, quando em sua postura de análise de fenômenos submetidos a sua apreciação mediante esse Processo Judicial Eletrônico.

1.1.1. As características do Processo Judicial eletrônico quanto a identidade e finalidade.

Uma nova Teoria Geral do Processo Eletrônico, por novos postulados de uma nova realidade são fundamentais para a implantação deste novo método (e tecnologia) mais célere e mais adequado para a humanização dos processos. No entanto, há que mudar o raciocínio judicial. Há que fazê-lo iusinterativo e não apenas subsuntivo ou exurgente de uma concepção silogística formal. Perfaz-se evidente que uma nova postura mediante alteração de novel tecnologia aplicável contagia os operadores do direito, mas garante uma não homogeneização das expressões culturais, tal qual, no dizer de Manuel Castells quando se refere aos sistemas de comunicação do século XXI como ordens geradoras de uma virtualidade real em que

“É precisamente devido a sua diversificação, multimodalidade e versatilidade que o novo sistema de comunicação é capaz de abarcar e integrar todas as formas de expressão, bem como a diversidade de interesses, valores e imaginações, inclusive a expressão de conflitos sociais”.³⁶⁸

Afirma ainda que um sistema de comunicação que gera virtualidade real

“É um sistema em que a própria realidade (ou seja, a experiência simbólica/material das pessoas) é inteiramente captada totalmente imersa em uma composição de imagens virtuais no mundo do faz-

³⁶⁸ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*, vol. I, São Paulo, Paz e Terra, 2006, pág. 461.

de-conta, no qual as aparências não apenas se encontram na tela comunicadora de experiência, mas se transformam na experiência”³⁶⁹

Assim é que o Processo Judicial eletrônico cria uma interação em vários modos de comunicação em rede interativa (**hipertexto e metalinguagem**) e com isso obriga a mudança de raciocínio judicial para a formação da decisão judicial, mais perfeita e menos dependente da virtualidade real, mas sim **iusinterativa**.

Por meio do uso da ferramenta **HIPERTEXTO** cria-se a desnecessidade de citações ou cópias de textos e de transcrição de jurisprudência ou de acórdãos, pois apenas **com um só clique se visualiza o texto**. Mas exige, imediatamente a certeza ou certificação da fonte ou origem da informação, quem é a parte ou interveniente produtora, qual o seu interesse no feito, etc. Cito o exemplo imediato do que estou a fazer aqui neste momento. Se alguém quiser acessar imediatamente as citações que fiz pela internet ou web, se estiver lendo este texto em instrumento informático (telefone móvel, tablet, pc ou Mac, notebooks...) é o bastante usar dos hiperlinks disponibilizados e terá com imediatidade o texto citado, a fonte, o teor exato do que foi dito, para ser com toda a amplitude compreendido em contexto integral. De evidência, isto é muito distinto de citações parciais e texto físico (de papel) e que necessitavam ser confirmadas segundo a obra, a página, o conteúdo ou o contexto em que se inseria, demandando tempo e retrabalho. Mas há a necessidade da certificação (autenticação) da página consultada visualizada.

O Processo Judicial eletrônico admite também em sua utilização tecnológica a experiência da **METALINGUAGEM** que se caracteriza no acesso ilimitado a todo o tipo de linguagem de comunicação somente com **um clique**. Porém, igualmente, necessita-se, para efeito de segurança do sistema, da certificação da origem ou fonte dessa linguagem utilizada.

Deste modo, compreende-se que mesmo a definição de uma alta tecnologia de informação e de intercomunicação ou de tramitação célere de atos sequenciais de administração e justiça e de direitos e deveres do cidadão à luz de regras estatais institucionais e jurisdicionais, não apenas detêm **finalidade** de controle social e de garantia de direitos, como também uma **identidade** cidadã que

³⁶⁹ CASTELLS, Manuel. *op.cit.*, página 459.

efetivamente amplia o conceito e a prática da Cidadania a todos.

1.1.2. As características do Processo Judicial eletrônico quanto a tempo e lugar (espaço).

Outra característica substancial que ocorre, sem qualquer dúvida, com a utilização desta nova tecnologia é aquela referente à alteração dos conceitos de **tempo e lugar** para o processo e para a demanda ou pleito judicial, em que a distância não mais se põe como empecilho para a produção dos atos judiciais e tampouco o tempo necessitaria ser certificado mediante certidões, atestados ou declarações pessoais. No Processo Judicial *eletrônico* se algo ou alguém está no processo virtualmente integrado, o está dentro do prazo e assim reconhecido como tal; se não, não adentrou ao processo e se põe comprovadamente fora do prazo processual inapelavelmente. O processo judicial e eletrônico não admite inserções de petições ou de documentos, certificadoras de justificações de fatos extemporâneos por oficiais ou auxiliares da justiça no processo, exceto a própria determinação judicial, que ainda assim, deve ocorrer dentro de prazo estipulado e sempre fundamentadamente. O sistema não permite modificações senão aquelas admitidas pelo próprio sistema. Por exemplo, a interposição de um recurso nem mesmo é admitida dentro do sistema eletrônico se a peça recursal está fora do prazo. A peça não entra no sistema como recurso. Pode entrar como petição avulsa, mas **jamais** será objeto de análise como se recurso fosse. Não há mais a possibilidade de que a peça seja juntada ao processo e vir a ser admitida por decisão de um juiz, se foi apresentada ao sistema fora do prazo.

Por outro lado, o processo judicial eletrônico, como sistema em criação, realização e movimento, em instantaneidade, admite a sua correção a cada circunstância, a cada momento, em tempo real, levando, esta característica, a certos atrasos ou retardamentos, não quanto à sua aplicação às demandas, mas quanto à sua execução operacional sob os aspectos de suas ações intraprogramáticas, pois se põe em constante aperfeiçoamento. Por isso mesmo, por tais necessidades de correção de passos ou de opções programáticas, nem sempre o processo judicial eletrônico se oferece capaz de

exercer a celeridade para a qual foi programado. Compreende-se que seus comitês de análise de sistemas e de decisões processuais ao realizarem seus estudos acabem por retardar, algumas vezes, a própria fixação do sistema, porém, isto não se trata de retardo inerente à condição da própria ferramenta, mas sim do constante aperfeiçoamento de exercício do processo eletrônico, ao que se exige também um raciocínio adequado como o *iusinterativo* que estou a propor.

Todas estas considerações bem aportam que se faz amplamente necessário um novo raciocínio judicial a que denominei, como já venho demonstrando, de **iusinterativo**, sendo uma síntese, em dialética de complementaridade (implicação e polaridade) e interação, entre dimensões culturais e vetores naturais para a produção de **justiça-nas-decisões**.

Gostaria de esclarecer que, ao meu sentir, e para este tipo de raciocínio que ora construo, importa utilizar o conceito de Interatividade, definido por Pierre Levy,³⁷⁰ e utilizado no Brasil por Aline Weber,³⁷¹ e André Lemos³⁷² para as intercomunicações, conceito que se apresenta como a qualidade da Interação informativa e informática, com todos os seus elementos e características ou, como pretendo aplicar, a partir deste trabalho, como o Raciocínio *iusinterativo*, e que para o Processo Judicial eletrônico, se compõe de **Princípios Formativos** e de **Princípios Gerais (peculiares) do Processo Judicial eletrônico** (denominado de **PJ-e**) que a seguir dou tratamento.

2. PRINCÍPIOS FORMATIVOS DO PROCESSO JUDICIAL *ELETRÔNICO* (PJ-E):

Para que se compreenda a viabilização do Processo Judicial *eletrônico* importa igualmente compreender seus princípios **formativos** ou **informativos** (no sentido de que informam ao seus usuários os meios empregados para a sua

³⁷⁰ LEVY, Pierre. *A Conexão Planetária*, tradução de Maria Lucia Homem e Ronaldo Entler, Editora34 Ltda., 1ª edição, São Paulo, 2001, 189 págs.; LEVY, Pierre. *A Inteligência Coletiva – por uma antropologia do ciberespaço* - tradução por Luiz Paulo Rouanet, Edições Loyola, 7ª edição, São Paulo, 2011,, 212 páginas.

³⁷¹ WEBER, Aline, **Afinal, o que é Interatividade?** <http://www.revistapontocom.org.br/edicoes-antiores-artigo/afinal-o-que-e-interatividade>)

³⁷² LEMOS André; LÉVY, Pierre. *O Futuro da Internet – em direção a uma ciberdemocracia planetária*, Paulus Ed., 2ª edição, São Paulo, 2010, 258 págs.

concretização) que fixam a sua caracterização com a realidade de seu exercício tecnológico e que são originários da própria legislação³⁷³ que cria o processo judicial informatizado, no Brasil, tanto quanto as Resoluções do CNJ- Conselho Nacional de Justiça e dos demais Conselhos nacionais, administradores de cada tronco da Justiça brasileira ou de seus órgãos auxiliares (CSJT-Conselho Superior da Justiça do Trabalho; CJF-Conselho da Justiça Federal; CNMP-Conselho Nacional do Ministério Público . Portanto, vejamos:

2.1. Princípio Formativo do Encriptamento ou Criptografia de Dados.

O denominado **encriptamento** ou **criptografia de dados** é atividade inerente ao uso da tecnologia de informática no que concerne à necessidade da proteção e segurança dos dados e informações obtidos e ingressados no processo ou na causa pelo sistema informatizado com a finalidade de manter a sua integridade original sem qualquer possibilidade alterações indevidas ou mesmo invasões e interferência indesejadas que possam vir a macular o objetivo maior das causas objetos de análise pelos julgadores constitucionais. Além de ser um princípio formativo, de tão importante, constitui-se também em um princípio *geral peculiar* ao processo judicial eletrônico a fim de garantir a segurança de todos os dados e provas constantes das causa e dos processos tal e qual o é, por exemplo, o princípio da economia processual ou da instrumentalidade das formas que como princípio econômico figura como princípio formativo do processo em geral (“*O processo procura obter o maior resultado com o mínimo de dispêndio de tempo, esforço, ou dinheiro.*”) e como princípio da economia processual ou instrumentalidade das formas afasta a prática desnecessária de qualquer formalismo exagerado no processo durante a tramitação da causa. A mesma forma de operacionalidade ocorre com o Princípio do **Encriptamento ou Criptografia de Dados** que atua, como princípio formativo na defesa do sistema e seu software, bem como programa-

³⁷³ Vide, *retro*, no item 1.1., **A Natureza do Processo Judicial eletrônico (PJ-e)**, deste Capítulo 7. as informações legais e normativas relativas à origem dos Princípios Formativos do PJ-e que ora salientamos.

aplicativo na defesa dos dados e informações oferecidos como argumentos, provas, testemunhos e documentos apresentados na causa à solução do conflito de interesses no âmbito judicial.

2.2. Princípio Formativo da Participação.

Para o processo judicial eletrônico a identificação e a atuação das partes e intervenientes se tornam imprescindíveis à composição do fenômeno social em análise judicial interativa e devem estar apresentadas à Jurisdição (ao Poder Judiciário) sem uma obrigação de serem contrapostas, porém com a necessidade efetiva de intervenção dessa mesma jurisdição (Poder Judiciário) para solucionar a aplicação da lei a um conflito de interesses ou de análise de um **Fenômeno** passado em sociedade. Interessante notar que não se constituem em partes exclusivas na figuração de Autor ou Réu, mas sim consideradas todas as espécies de Participação no processo –intervenientes, auxiliares, fiscais, etc..).

2.3. Princípio Formativo da Multidirecionalidade.

A priori, constitui-se o processo no instrumento utilizado pelo cidadão para obtenção do acesso à jurisdição para garantia e defesa de seus direitos e obrigações por meio de uma sequência de atos e ações processuais e judiciais (procedimentos) com a finalidade de chegar-se a um provimento jurisdicional que leve à solução do conflito existente entre os pólos ativo (Autor) e passivo (Réu) da relação processual.

Esta relação interativa (que terá a aplicação de Vetores Naturais) pode, deve e tem que ser, em sua maioria³⁷⁴, conduzida pelo juiz (o agente político-institucional do Estado-Juiz) destinada a toda e qualquer pessoa que esteja e

³⁷⁴ Utilizo a expressão *em sua maioria* porque existe momentos processuais em que as partes ou os intervenientes podem tomar a iniciativa dos atos processuais e requerer ao juiz a prática de ações ou de atos que venham a por fim ao conflito, sem qualquer decisão jurisdicional solucionadora de conflito, mas sim, conciliadora e homologatória da vontade das partes. Todavia, o juiz é sempre o condutor do processo enquanto instrumento de pacificação social, cabendo a ele a homologação, por sentença, da autocomposição proposta pelas partes e por elas levada a cabo.

possa ser considerada no fenômeno em juízo e produzindo uma criação conjunta do direito mediante a configuração dos argumentos mais variados e contrapostos, examinados nos *Vetores Naturais* a considerar *identidades diversas, tempos diversos, lugares diferentes e finalidades distintas* e nas **Dimensões Culturais de Valor ético universal, Fenômeno ou Fato social e Norma vigente**, sem limites dos Vetores Naturais já referidos de *identidade, de tempo, de lugar e/ou de finalidade*.

A multidirecionalidade a que se refere Pierre Lévy não é a da concepção jurídica e se dirige a uma previsibilidade da heterorreferibilidade³⁷⁵ que todo o sistema deve possuir no sentido de admitir não apenas a conexidade ou conectabilidade dos sistemas como também a referência a todos os agentes possíveis de acesso e ingresso no processo considerado como instrumento de solução de conflitos e de garantia de direitos e obrigações. Somente neste último aspecto é que a **multidirecionalidade** se apresenta jurídica.

É imperioso compreender uma dinâmica de procedimento aplicável ao processo judicial eletrônico diversa do formalismo processual de um sistema iuspositivista e retrógrado. Faz-se essencial entender que a multiplicidade de referências, interferências ou intercorrências se realiza em perfeita interatividade e instantaneidade de interligações e elos de comunicabilidade (conexões em teletransmissão) em tecnologia de informação e celeridade de intervenientes no processo eletrônico, o que implicará em modificações substanciais no processo, enquanto instrumento de juízos para dirimência de conflitos de interesses e atribuição exata de direitos e obrigações na conformidade do sistema de direito. Passa-se a considerar o processo como um elemento de multireferência e não apenas de uma referência bilateral, além de constituir-se em componente de mudança e atualidade constantes porque, por exemplo, seus registros são efetuados instantaneamente e obtida ciência imediata de todos os atos praticados por todos os interagentes no momento de sua produção no próprio pleito, com identificação de momento de produção, autoria, referência de destinação e finalidade (tetravetorialidade natural intrínseca ao próprio processo).

³⁷⁵ Por **heterorreferibilidade** entende-se a diversidade de referências ou interferências ou intercorrências que se pode ter a respeito de ou em uma única relação objetiva, seja material, virtual ou ideal.

2.4. Princípio Formativo da Permutabilidade.

Tal princípio formativo permite a interação processual imediata, instantânea, com possibilidade de câmbios imediatos e em tempo real de distintos agentes, procedimentos e conexões ao FATO ou FENÔMENO social, ao VALOR ético universal e à NORMA vigente, e condicionada à aplicabilidade integral dos Vetores Naturais identidade, tempo, lugar e finalidade ao FENÔMENO em análise judicial sem limites de aplicação destes mesmos Vetores (identidade, tempo, lugar e finalidade), viabilizando uma **interpenetração** de agentes ativos, passivos, complementares, intervenientes, auxiliares e **interdependentes** no processo em visão mais ampla do que a simples bilateralidade processual de polos (ativo e passivo).

2.5. Princípio Formativo da Instantaneidade (Tempo Real)

O princípio da instantaneidade se apresenta como o maior avanço tecnológico de todos os tempos porque consagra a informação com imediatidade real a distâncias inimagináveis dentro do planeta Terra, vale dizer, a qualquer ponto do planeta servido por sinais via satélite e com ondas eletrônicas específicas é possível fazer chegar uma ordem, uma sentença, uma decisão, um comando judicial ou normativo, um conteúdo de voto decisório, uma decisão interlocutória ou de mero expediente a reger determinada conduta ou a solucionar um dado conflito ou a dar andamento processual, ou a comunicação instantânea de um fato, evento ou fenômeno social.

Qual a importância de nosso trabalho para isso?

Cinge-se ao fato de que a utilização de tal tecnologia levará à alteração imediata e cada vez mais intensa e aguda da forma de compreender e solucionar os fatos em visão mais dialética e iusinterativa. Para isso, compreendamos, a seguir, os **13 (treze) princípios gerais peculiares ao processo judicial eletrônico**

2.6. Princípios *Gerais Peculiares* ao Processo Judicial eletrônico (Princípios *exclusivos* ao PJ-e).

Os Princípios *Gerais Peculiares* (exclusivos) ao Processo judicial eletrônico, em sua conformação mais completa, específica à eletrônica e à informática, e atual e contemporânea à tecnologia globalizada, acabaram por advir de distintos aportes e contribuições científicos propostos por diversos juízes, estudiosos e juristas que, ao analisarem o surgimento e o desenvolvimento do deste novo instrumento processual eletrônico, e suas modificações ao longo de sua implementação, aplicação, crescimento e desenvolvimento, avaliando os valores inerentes a este mesmo processo, os propuseram (*os princípios gerais peculiares*), alguns deles baseados nos seus conhecimentos científicos, nas suas experiências pessoais e nos seus trabalhos intelectuais, como por exemplo, os juristas e desembargadores federais S. Tavares Pereira, e Maria Inês M. S. Alves da Cunha, aos quais homenageio pelo pioneirismo de seus estudos para a propositura e organização de conceitos iniciais.

Aqui, apenas, neste momento, como contribuição, resolvi classificá-los, porque entendi que se apresentam complementares e pedagógicos para efeito da melhor compreensão do desenvolvimento dessa nova tecnologia que vem para alterar e adequar a relação jurídico-processual e a realidade do direito e do processo inclusive em relação aos princípios gerais do processo propriamente ditos (tais como: do **devido processo legal** –ou **do adequado processo de direito**-, do **juiz natural**, do **acesso à justiça**, da **inércia de jurisdição**, da **ação e da demanda**, do **livre convencimento motivado**, da **exigência de motivação das decisões judiciais**, da **disponibilidade** ou da **indisponibilidade**, da **economia processual** ou **instrumentalidade das formas**, da **livre investigação das provas**, da **publicidade**, do **duplo grau de jurisdição**, dentre tantos outros) ainda inteiramente aplicáveis. Assim, procurei demonstrá-los –**os princípios gerais peculiares com independência em relação aos princípios gerais do processo**- de molde a traçar um conjunto de princípios gerais que dão bem a conformação do processo eletrônico e demonstram a conseqüente necessidade do **princípio do razoamento judicial iusinterativo** para a implementação, no processo judicial em geral, dos

princípios gerais do processo. E identifiquei como se pode ver abaixo, **13 (treze) princípios gerais peculiares do processo judicial eletrônico.**

2.6.1. Princípio da Máxima Automação.

“Tudo o que for passível de automação deve ser automatizado, respeitados os princípios jurídicos materiais e processuais.”

A ideia principal é a automação virtual do processo evitando a sua materialização física, tornando-o informatizado, imaginalizável e virtual, devidamente desmaterializado, não mais físico. Material em conteúdo, mas não fisicamente.

A referência ao respeito aos princípios jurídicos materiais e processuais implica, dentre outras coisas, garantir, mesmo no uso desta ferramenta tecnológica, que todos os envolvidos na causa possam se utilizar indistintamente do **devido processo e da ampla defesa e do contraditório** e tantos outros direitos fundamentais, humanos e inclusive processuais, porém efetivamente desmaterializando-o, retirando-lhe o caráter de processo físico manuseável, que exige a sua constituição em papel.

Um dos principais objetivos é a defesa da ecologia e do meio-ambiente sustentável, afastando-se o uso da celulose e consagrando-se a sua utilização somente em situações e documentos de extrema necessidade e alta inevitabilidade para sua comprovação e uso. A outra, consequente, é a evidente celeridade que disso resulta.

2.6.2. Princípio da Imaginalização Mínima ou Datificação Pertinente.

“Se o dado existir em formato adequado para a instrução processual deve ser desprezada a imagem.”

OU

“O dado deve chegar ao Processo Judicial eletrônico na forma mais adequada para a máxima automação.”

O ingresso de dados ou imagens nesta ferramenta tecnológica denominada

Processo Judicial eletrônico deve atender aos meios de instrução para a exata conformação dos direitos já existentes no patrimônio jurídico de qualquer das partes, então violados, ou que devem ser assegurados, ou ainda que, inexistentes, devem ser adquiridos em virtude do cumprimento de certos requisitos legais, por uma das partes ou ambas, e que devem se apresentar em datificação pertinente às exigências tecnológicas do ingresso de provas, de acordo com esta ferramenta tecnológica, ou mediante dados escritos em **pdf** (*portable document format*) ou **html** (*hyper text markup language*) ou, em casos especiais, pela **imaginalização** (vídeo ou fotos) em virtude do alto dispêndio de energia e tempo para efeito de transmissão e recepção de dados em imaginalização.

Assim, devem as partes e seus advogados, o juiz natural, o membro do ministério público, os auxiliares da justiça, enfim, o escrivão, o perito judicial, o avaliador judicial, o depositário judicial, o intérprete e tantos outros, inserir os seus dados em conformidade com o modo mais adequado ao processo judicial eletrônico para a sua melhor automação ou utilização virtual informática a fim de que o direito se expresse em sua forma mais segura e genuína para apreciação judicial e em celeridade como o requer o seu subsistema.

2.6.3. Princípio da Extraoperabilidade.

“O Processo Judicial eletrônico deve ser concebido como um subsistema autônomo e estruturalmente conectado e conectável.”

O sistema do Poder Judiciário se constitui de vários subsistemas, a exemplo do que determinado pelo Conselho Nacional de Justiça consoante se vê do seu site na internet.³⁷⁶ A formação deste princípio baseia-se nos conceitos de auto-referência e de heterorreferibilidade constituídos por Niklas Luhmann³⁷⁷ que afirmava que os subsistemas sociais aos quais considera equiparar-se o

³⁷⁶ <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica>; <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/forum-de-assuntos-fundiarios/lista-suja-do-trabalho-escravo>; <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/cidadania-direito-de-todos/trafico-de-pessoas>; <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia>.

³⁷⁷ **LUHMANN**, Niklas. *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*. Tradução para o italiano de Alberto Febrajo e Reinhard Schmidt, Introdução à edição italiana de Alberto Febrajo, Bolonha, Società Editrice Il Mulino, 1990, 761 páginas.

procedimento judicial, ou o processo -embora este tenha duas características substanciais de procedimento formal e de relação jurídica entre sujeitos- se formam por diferenciação funcional e autonomia entre eles. Afirma S. Tavares Pereira³⁷⁸, citando Niklas Luhmann, por exemplo:

“ “O sistema e o ambiente concorrem sempre para a realização de todos os efeitos (...) Não existe sistema sem ambiente e ambiente sem sistema”³⁷⁹ (...) [tradução livre] Niklas Luhmann acentua, assim, o problema da conexão entre subsistemas, elevando sobremaneira a importância da ideia de comunicação: “Se pode assim dizer que o conceito de comunicação tende não mais a se apoiar no conceito de função, mas a substituí-lo como conceito-guia”³⁸⁰ (...) [tradução livre], chegando a dois outros conceitos chaves: **interpenetração e interação (...)** (negritos e cursivas não estão no original)

Destarte, de conformidade com Sebastião Tavares Pereira³⁸¹ o antigo brocardo **Quod non est in actis non est in mundo**, normalmente usado pelo sistema de direito iuspositivista para determinar de modo lógico a verdade parcial e formal obtida no processo em virtude do que somente foi demonstrado nos cadernos físicos processuais, não mais se aplica ao processo.

Segundo Tavares Pereira, temos que compreender no **PJ-e** um novo paradigma metodológico: **O que não está nos Autos, está no Mundo ou num outro Sistema**. É oportuno ressaltar a menção que Luhmann faz tanto à **interpenetração** como à **interação** e a correlação dessas duas categorias com o que denomino de **Iusinterativismo** ou **Direito Interativo**.

³⁷⁸ TAVARES PEREIRA, Sebastião. **Processo eletrônico, extraoperabilidade e máxima automação: da imagem para o dado e a inteligência no processo**, síntese de conferência ministrada por S. Tavares Pereira, no evento “O processo eletrônico e as novas tecnologias” durante o Encontro das Escolas das Amatras do Sul – 2009, Florianópolis, Estado de Santa Catarina, Brasil, de 26 a 29 de março de 2009, promovido pela Escola Judicial e de Administração Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região e pela Amatra XII.

³⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, op. cit., cf. páginas 89-90.

³⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, op. cit., página 19.

³⁸¹ TAVARES PEREIRA, Sebastião. **Processo eletrônico, extraoperabilidade e máxima automação: da imagem para o dado e a inteligência no processo**, op. cit., página 6-7.

Justifica-se a configuração de inter-relação imediata e instantânea do instrumento processual como método de solução de conflitos entre todos os intervenientes (*interpenetração*) e a relação dialética de complementaridade, de polaridade e implicação, *não necessariamente antitética*, que existe entre sujeito e objeto, por meio da apreciação interativa entre a tridimensionalidade cultural e a tetravetorialidade natural (*interação*) a produzir *justiça-nas-decisões*.

Um exemplo é a indagação modelar do verdadeiro sentido metodológico e tecnológico do Processo Judicial eletrônico efetuada por S. Tavares Pereira:

“- Por que um advogado deve copiar por scanner os envelopes de pagamento de um empregado, dos últimos cinco anos, para juntar eletronicamente aos autos (imaginalização), se o sistema de folha de pagamento pode gerar um arquivo pequeníssimo, digital, criptografado, compactado e certificado, para entregar ao sistema processual e colocar nos autos toda a riqueza de informação contida (mas não tratável) num conjunto desordenado de imagens?”

Desta indagação emblemática de Tavares Pereira se extraem **três preocupações**:

- a. **A primeira das preocupações** referente à necessidade de adequação e interação e interpenetração tecnológica entre sistemas e subsistemas informáticos e tecnológicos de organização documental, mediante o uso de ferramentas como **hipertextos**, **hiperlinks** e **metalinguagem**, em que se concede a oportunidade de que mediante um único apertar digital se transfira ou se acesse, para transferência, todos os dados necessários à comprovação de um direito ou de vários direitos, ou de interesses ou vários interesses, eliminando tempo administrativo e viabilizando mais rápida análise judicial;
- b. **A segunda preocupação** reside na também necessidade de que o usuário do sistema venha a realizá-lo com total adequação jurídica de postulação, como o exige o direito processual a qualquer

requerimento, assim como, por exemplo, de modo principal, à petição inicial, no momento de sua apresentação ao poder judiciário, exigindo-lhe a apresentação de provas e documentos organizadamente de acordo com as normas processuais de ingresso na ação e, no caso do processo judicial eletrônico, as exigências à adequação tecnológica ao PJ-e (por exemplo, escaneamento adequado das petições, juntada de provas admitidas em direito, mas adequadas ao sistema do processo judicial eletrônico; a certificação digital dos advogados e representantes das partes e intervenientes como Ministério Público, Peritos, Contadores, Oficiais de Justiça e auxiliares da justiça em geral);

- c. **A terceira preocupação**, e igualmente outro exemplo que ponho à apreciação dos que me lêem, só para citar uma das hipóteses, é o da necessidade de um câmbio na postura do magistrado para a análise dos Fenômenos sociais –que se transformam em fenômenos jurídicos, em maior ou menor grau, à medida que são apreciados pelo juízo- como nos casos submetidos ao Poder Judicial, por meio de seus processos físicos, o julgador identificava em suas capas envelhecidas e rotas, a demora na solução da lide e o drama vivencial das próprias partes envolvidas, em muitas situações em relação ao tempo que a causa demandava para ser julgada. Com o Processo Judicial eletrônico (PJ-e), tal drama físico não se apresenta no mero manuseio dos autos, mas sim na leitura efetiva das provas e argumentos do feito, necessitando-se de uma nova postura, de um novo raciocínio, não apenas mais atento, mas mais **iusinterativo**, para fazer frente ao questionamento da veracidade dos argumentos expendidos, conjugados com a exigência de celeridade e instantaneidade processuais.

Como faço questão de observar, a tela ou monitor de vídeo do *personal computer* do usuário do Processo Judicial *eletrônico* (PJ-e), embora faça constar a data de início da postulação ou querela, não mostra, tampouco põe

de manifesto, em suas formas luminosas e retangulares, a denúncia ou a delação do tempo que o processo vem levando para ser decidido, como, por exemplo, em mera apresentação visual, já o certificava a capa, rota ou esfarrapada, em papel, do processo judicial físico. Também esta falta, como já disse, demanda u'a modificação de postura e de raciocínio ao juiz no enfrentamento da questão jurisdicional.

2.6.4. Princípio da prioridade à função judicante.

“O Processo Judicial eletrônico deve orientar-se pelo apoio máximo à função judicante estrita (o ato de julgar).”

O **Juiz Natural**, princípio constitucional assegurado na **CF, artigo 5º, incisos XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; e LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;** ensina que, no caso de sua perfeita e adequada implantação ao PJ-e, segundo S. Tavares Pereira, tal ferramenta (PJ-e) deve estar:

- I – programada para atender ao Juiz (e não a outros agentes ou usuários);**
- II – adequadamente alimentada para as necessidades judiciais;**
- III – seguindo o princípio da extraoperabilidade, estar estruturalmente acoplada (ou conectada) ou viabilizar a conexão com demais sistemas do mundo virtual de molde a auxiliar o magistrado na sua função judicante.**

A função judicante é a determinante da própria existência do PJ-e, que, *in casu*, se apresenta e funciona como instrumento de celeridade e de segurança jurídicas, mas igualmente deve se apresentar como meio e veículo de **justiças-decisões**, através de um razoamento que se perfaça **iusinterativo**, sob pena de vir a causar injustiças em razão de possível açodamento no decidir por mera subsunção fática ao direito positivo.

Com tal grau de avanço tecnológico, é imperioso criar-se metodologia inovadora, atual, que desenvolva no julgador –daí a prioridade à função judicante-, critérios de objetividade, devidamente parametrizados e que viabilizem uma sentença mais adstrita à demanda em análise, produzindo,

assim, **justiça-nas-decisões**, ao invés da tão propalada e realizada dedicação iuspositivista à produção de juízos justos por mero subjetivismo ou vontade pessoal, ainda que emanada de um **juiz natural**, como constitucionalmente deve ser.

2.6.5. Princípio da Universalidade.

“O Processo Judicial eletrônico (PJ-e) deve aplicar-se a todos os graus de jurisdição e a todas esferas processuais, não havendo limites de tempo, nem de espaço ou lugar para sua aplicação, exceto a jurisdicional prevista em conformidade com a Lei e a Constituição.”

O intuito maior deste princípio do Processo Judicial eletrônico é centrar e instalar, não apenas ao seu usuário, em geral –partes, advogados, membros do Ministério Público, intervenientes e auxiliares da justiça- mas principalmente ao **juiz natural**, que a virtualidade processual se aplica a todos os graus de jurisdição, de forma ilimitada, em que tempo e espaço não mais agem de forma limitativa, restritiva ou impeditiva de direitos e tampouco à solução ou pacificação social dos conflitos, missão maior do Poder Judiciário, o mais democrático de todos os poderes pela sua finalidade de assegurar direitos de forma imparcial a toda a sociedade.

Na verdade, o sentido de **universalidade** não apenas se estende à ideia e ao conceito dessa ilimitação de tempo e espaço, mas ao sentido de que se dirige a todos aqueles que são reconhecidos e autorizados no próprio subsistema para operá-lo, como do mesmo modo e especificamente a que todas as espécies de direito e de conflitos, para pacificação, estão contemplados neste processo virtual, como método de garantia de celeridade, certeza e **justiça-nas-decisões**, mediante um razoamento adequado e **iusinterativo** a ser efetuado pelo **juiz natural**.

A única limitação existente a este princípio da **universalidade** seria a própria limitação oriunda do conceito de soberania, intrinsecamente atrelado às ideias e conceitos de território e jurisdição, determinados pela Constituição Federal e pela Lei, até que, **de lege lata**, se venha a admitir a realização de Comunidades Sul-americanas ou Latinoamericanas, nos moldes do que realizado com a

União Europeia.

2.6.6. Princípio da Ubiquidade Judiciária.

“O Processo Judicial eletrônico (PJ-e) deve permitir o acesso ilimitado aos seus usuários, sejam jurisdicionados, magistrados, membros do ministério público ou auxiliares de justiça, sem restrição de local, seja para comunicação, transmissão, recepção e processamento.”

Em efetiva complementação ao princípio da **universalidade** os princípios *gerais peculiares* ao Processo Judicial eletrônico se inter-relacionam e interligam, tal e qual se dá com este princípio da **ubiquidade judiciária** que permite ao **Juiz Natural** –e aos demais usuários- a sua utilização sem qualquer limitação de acesso ao processo e à ferramenta, viabilizando a comunicação imediata e instantânea, a sua transmissão para o ingresso de dados e informações, a garantia de plena recepção pelos órgãos jurisdicionais e do imediato e efetivo processamento dessas informações e dados (argumentos e provas) para a solução dos conflitos de interesses.

2.6.7. Princípio da Uniformidade ou Formalidade Automatizada.

O Processo Judicial eletrônico (PJ-e) deve apresentar-se, receber, processar e transmitir, de modo uniforme, todos os dados do processo, convertidos eletronicamente, sem distinção de qualquer espécie.”

Como se trata de uma ferramenta tecnológica cujo objetivo é tornar-se instrumento de celeridade, certeza para a tramitação regular e imparcialidade do processo jurisdicional, ela deve, em total conformidade com o anterior princípio da **ubiquidade judiciária**, viabilizar com uniformidade de tratamento a todos os participantes o recebimento, o processamento, e a transmissão, **sem distinção de qualquer parte ou interveniente** que venha a utilizá-lo.

Qualquer tratamento diferenciado no processo implicaria a violação do princípio da isonomia de tratamento, ou princípio da igualdade³⁸², excetuando-se o

³⁸²Constituição Federal brasileira: “(...) Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer

tratamento processual desigual que culmine na concessão da igualdade substancial aos já efetivamente desiguais³⁸³, na esteira do que preconizado por Rui Barbosa, senador da República, juriconsulto, jurista, parecerista, escritor, filólogo, em sua obra *Oração aos Moços*³⁸⁴.

2.6.8. Princípio da Obtenção da Prova Moralmente Legítima.

“No Processo Judicial eletrônico (PJ-e) são admissíveis todos os meios de prova lícitos, hábeis a comprovar a verdade dos fatos, principalmente aqueles moral e eticamente legítimos, inclusive o eletrônico.”

A obtenção de **provas por meio lícitos** é o objetivo de todo o processo, seja ele, eletrônico ou físico e o PJ-e não poderia deixar de atuar desta maneira digna e honesta.

Mas o Processo Judicial eletrônico (PJ-e), exatamente por se constituir em forma tecnológica e interativa de obtenção da verdade deve permitir e acolher em seu seio todos os meios lícitos de prova -da verdade dos fatos e dos direitos, **como também aqueles moral e eticamente legítimos-** para expressão da verdade obtida eletronicamente, esta facilmente identificável quanto à sua veracidade original, em imagens produzidas em **pdf** (*portable document format*) e vídeos e formas audíveis, judicialmente autorizadas.

Estas espécies de provas embora não estejam consignadas constitucionalmente, encontram-se autorizadas no Código de Processo Civil³⁸⁵,

natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;(...)"

³⁸³ Aos cidadãos acometidos de **a)** qualquer tipo de paralisia; **b)** qualquer tipo de doença mental que impeça o livre discernimento; **c)** indígenas; **d)** infantes e adolescentes; e **e)** incapazes de todo o tipo e gênero, inclusive ao hipossuficiente econômico –o pobre ou necessitado- é assegurado tratamento especial para que venha a obter o pleno exercício de seus direitos, **inclusive o acesso gratuito à justiça.** (Lei nº 1060/1950 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm)

³⁸⁴ “(...) A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha na verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.(...)”http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/doc/artigos/rui_barbosa/fcrb_ruibarbosa_oracao_ao_s_mocos.pdf , *Oração aos Moços*, Fundação Casa de Rui Barbosa, pág. 26.

³⁸⁵ Código de Processo Civil brasileiro: “(...) **Art. 365.** *Fazem a mesma prova que os originais: (...) VI - as reproduções digitalizadas de qualquer documento, público ou particular, quando juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias,*

inseridas pela Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial³⁸⁶ e garantem o seu fundamento legal e a sua legitimidade judicial.

2.6.9. Princípio da Celeridade e Razoável Duração do Processo Eletrônico.

“O Processo Judicial eletrônico (PJ-e) permite a total celeridade processual eliminando rotinas e empecilhos burocráticos e tempos improdutivos de pessoal, de molde a viabilizar atuação em tempo real e efetivo de usuários, auxiliares da justiça e operadores do direito.”

Um dos maiores objetivos do PJ-e, além de viabilizar maiores garantias aos direitos dos cidadãos, operadores do direito e usuários, de reafirmar certezas e seguranças na operabilidade e na extroperabilidade do processo e do sistema, de assegurar ao julgador maior tempo para o estudo de **casos novos e matérias mais inovadoras**³⁸⁷ para o amparo de direitos questionados, violados ou que se entende devam ser mantidos e ainda não possuem um parâmetro de resposta judicial, também se perfaz em permitir mais proficiente a utilização de mão-de-obra judiciária, com a eliminação de rotinas excessivas de trabalho, de uma burocracia administrativa desnecessária, liberando ao melhor treinamento profissional, à maior especialização técnica e à correta readequação administrativa os servidores e auxiliares da justiça.

A ferramenta passa, assim, a ser um instrumento de possibilitação de maior cidadania ao jurisdicionado, àquele que deseja obter o acesso ao Poder Judicial, culminando por garantir a celeridade processual preconizada pelo Pacto de São José da Costa Rica³⁸⁸ do qual a República Federativa do Brasil é

pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos ou privados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização. (Incluído pela Lei nº 11.419, de 2006). § 1º Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no inciso VI do caput deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para interposição de ação rescisória. (Incluído pela Lei nº 11.419, de 2006). § 2º Tratando-se de cópia digital de título executivo extrajudicial ou outro documento relevante à instrução do processo, o juiz poderá determinar o seu depósito em cartório ou secretaria. (Incluído pela Lei nº 11.419, de 2006).(...)”

³⁸⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm

³⁸⁷ Alguns doutrinadores (ALEXY, DWORKIN, ATIENZA) chamariam de **casos difíceis**, expressão que entendo inadequada e que oportunamente trato no Capítulo 10 neste trabalho.

³⁸⁸ **A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969** (Pacto de São José da Costa Rica) disponível

signatária e cujo disposto normativo está inserto constitucionalmente no artigo 5º, inciso LXXVIII, determinando precipuamente a todos a razoável duração do processo.

2.6.10. Princípio da Obrigatoriedade de Observância.

“O Processo Judicial eletrônico (PJ-e) deve ser aplicado por todos os órgãos jurisdicionais, indistintamente³⁸⁹, como técnica de celeridade para solução dos conflitos, sem o que estar-se-á violando o princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal .”

A obrigatoriedade de aplicação e observância do Processo Judicial eletrônico por todos os órgão jurisdicionais implica um exercício de soberania estatal. É o Estado que determina o processo como instrumento de pacificação social para o exercício do poder jurisdicional em seu território. **Soberania** é um instituto que se exerce dentro da delimitação de **território** para aplicação de suas regras de solução de conflitos, por meio do exercício do poder jurisdicional do Estado (**jurisdição**), impondo decisões heteronomamente³⁹⁰ para a solução de

no link <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/san jose.htm> dispõe em seu “(...) Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro a Emenda Constitucional nº 45, de 2004 inseriu o inciso LXXVIII no artigo 5º, com o seguinte texto: “(...) - LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)(...)” <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/san jose.htm>

³⁸⁹ Em relação à Justiça do Trabalho, este princípio teve aplicação mitigada até a definitiva implantação em todos os órgão jurisdicionais, no País, do **PJ-e**, por decisão unânime do CSJT - Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Relator o Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, no Acórdão (decisão) no processo CSJT nº 188.141/2007-000-00-00.5.

³⁹⁰ Por **heteronomia** deve-se entender, no âmbito jurídico e judicial o dever de impor decisões a outrem, independentemente da vontade das partes ou de terceiros, de molde a solucionar os conflitos de interesses na sociedade. Nestes casos, qualquer irresignação deve se apresentar mediante canais processuais regulados por normas específicas, legal e ordinariamente codificadas, cujos instrumentos, no ordenamento jurídico processual brasileiro, são denominados **recursos, apelações, agravos ou embargos** –excetuados os remédios heróicos constitucionais que são **o mandado de injunção, o mandado de segurança, o habeas corpus, o habeas data e a ação popular**, que também oferecem irresignações, mas não dirigidas a reforma de sentenças, e sim com o objetivo de manutenção de direitos e prerrogativas- e diferem, entre si, de natureza, circunstância e finalidade e que visam à revisão das decisões eventualmente desfavoráveis a uma das partes, ou a ambas, ou ainda a terceiros que foram

conflitos de interesses na sociedade.

Ora, o **território** é o limite físico e, simultaneamente, o campo de aplicação da **jurisdição** e que juntos permitem e reconhecem o poder soberano de um país ou uma nação para criar, delimitar, organizar, exercer, preservar, interpretar, aplicar e extinguir normas soberanas para resolução de conflitos dentro de seu próprio território nacional, perfazendo-se em um Estado com ordenamento jurídico soberano.

Assim entendido, todos os órgão jurisdicionais, representantes do Poder Judicial e que possuem a missão de solucionar tais conflitos nos diversos âmbitos de competência³⁹¹ constitucional da jurisdição **devem**, pois, utilizar com exclusividade para a formação dos processos em julgamento e viabilização de suas decisões, esta ferramenta denominada Processo Judicial eletrônico, segundo a Lei de Informatização Judicial, a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006³⁹².

2.6.11. Princípio da Garantia de Sigilo e do Encriptamento.

“Todo o Processo Judicial eletrônico possui a garantia de sigilo mediante critérios seguros de criptografia que impedem o acesso de terceiros não-autorizados ou não-partícipes legalmente das relações processuais, assegurando-se o encriptamento em várias sedes informáticas como forma de recuperação imediata dos dados no caso de interferência ilícita.”

A construção informatizada do PJ-e traz, como consequência natural dessa própria ferramenta, assegurar ao jurisdicionado, mediante a criptografia de dados das causas e processos, a confidencialidade natural e ínsita às relações judiciais e processuais submetidas a juízo, garantindo-se deste modo, a impossibilidade de interferências externas indesejadas que possam violar a

admitidos na demanda.

³⁹¹ No dizer de ENRICO TULLIO LIEBMAN -citado por ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO DINAMARCO, e ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, in *Teoria Geral do Processo*, Malheiros Editores, São Paulo 2014: “Chama-se **competência a quantidade de jurisdição** cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos.”

³⁹² Veja-se o seu inteiro teor em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm

continuidade e utilização do próprio sistema com segurança a todos os seus partícipes.

Não se trata de impedir a publicidade processual que é garantida a todo o cidadão com acesso digital conhecido e autorizado, tampouco de impedir o acesso por sigilo de justiça. A garantia de sigilo significa a garantia de impedir a modificação da veracidade dos dados ingressados pelas partes e admitidos pelo julgador como integrantes do pleito, garantindo, também a integridade de provas e informações trazidas e apresentadas ao processo eletrônico. Daí a necessidade do encriptamento, a criptografia de dados mediante uso de caracteres e signos distintivos e diversos que dificultam a identificação dos processos, causas e seus conteúdos. Tal encriptamento além de se constituir em um princípio formativo é, pois, um princípio *geral peculiar* do processo eletrônico.

2.6.12. Princípio do Razoamento Judicial Interativo.

“Na aplicação do Processo Judicial eletrônico (PJ-e), o magistrado, para decidir, deve pautar-se por seguir um razoamento judicial que leve em consideração: 1) a participação simultânea e interativa de agentes diversos (participação); 2) a ubiquidade e o número incalculável dos interlocutores (multiplicidade, permutabilidade e instantaneidade) ; e 3) o câmbio constante e célere de interagentes e seus diferentes papéis e dos fenômenos a analisar na solução do conflito (interação e interpenetração).”

A criação e formação continuada e permanente de uma ferramenta tecnológica verdadeiramente inovadora como o Processo Judicial eletrônico implica a compreensão de que este instrumento se cria e se aperfeiçoa a cada instante diante de eventuais problemas surgidos no exercício e implementação do processo, desenhando uma dinâmica processual e sua adequação à realidade de acordo com as necessidades de **instantaneidade**, ao revés de *rapidez*, de **certeza**, ao revés de *segurança*, e de **fidelidade**, ao revés de *verossimilhança ou probabilidade*.

Desta forma, se considerarmos que para a aplicação do Processo Judicial

eletrônico necessita-se da efetiva realização dos seus Princípios *Gerais Peculiares* tais como os já mencionados

1. ***Princípio da Máxima Automação;***
2. ***Princípio da Imaginalização Mínima ou Datificação Pertinente;***
3. ***Princípio da Extraoperabilidade;***
4. ***Princípio da Prioridade à Função Judicante;***
5. ***Princípio da Universalidade;***
6. ***Princípio da Ubiquidade Judiciária;***
7. ***Princípio da Uniformidade ou Formalidade Automatizada;***
8. ***Princípio da Obtenção da Prova Moralmente Legítima;***
9. ***Princípio da Celeridade e Razoável Duração do Processo Eletrônico;***
10. ***Princípio da Obrigatoriedade de Observância***
11. ***Princípio da Garantia de Sigilo e Encriptamento;***
12. ***Princípio do Razoamento Iusinterativo;*** e o seguinte
13. ***Princípio da Transparência de Dados,***

vamos, evidentemente, conceber que há que se formar e firmar uma espécie de razoamento pelo juiz, um razoamento ***judicial*** que estabeleça a interação ou venha a integrar todos estes princípios não apenas na ferramenta tecnológica, mas igualmente na concepção do julgador como um método, tanto de pensar, apreendendo mediante ideias e argumentos, como de conhecer, estabelecendo conceitos, em virtude das operações lógicas de avaliação de evidências e provas no processo, e decidindo-o e expressando-o no que denominamos de ***razoamento iusinterativo*** que vem a utilizar dimensões culturais e vetores naturais para efetividade de ***justiça-nas-decisões***.

A participação dinâmica no Processo Judicial eletrônico (com simultaneidade e interação de diversos agentes), a **multidirecionalidade processual** (constante de sua ubiquidade e número incalculável de interlocutores) e a sua **interatividade de funções** (expressa no câmbio constante e célere de interagentes e de seus papéis no processo), três princípios formadores do Processo Judicial eletrônico, simultaneamente asseguram e exigem ao Juiz Natural a utilidade de um método de razoamento que implique a certeza de ***justiça-nas-decisões***, impondo que se abandone e se ultrapasse o método positivista e subsuntivo do Fato social à Norma vigente para estabelecer a

interação de todos estes princípios e realizar toda esta conformação jurídico-processual a aplicar-se, então, o **razoamento iusinterativo**.

2.6.13. Princípio da Transparência de Dados³⁹³.

“Na aplicação do Processo Judicial eletrônico ou Técnica Eletrônica Judicial, deve garantir-se, aos seus usuários da causa, a transparência de dados³⁹⁴ na instituição judicial, como garantia da plena aplicação do devido processo legal, tanto no âmbito jurídico, como no administrativo judiciário, respeitados, por dever constitucional, o direito à defesa da intimidade e o interesse social.”³⁹⁵

Assim como o princípio do acesso à justiça tem o fito de garantir a todo o cidadão que possa usar do Poder Judicial da República para a defesa de seus direitos e o princípio do devido processo legal tem por finalidade a garantia de um procedimento imparcial às partes e de conformidade com as disposições legais sem estabelecer distinções, prioridades ou preferências, também a **transparência de dados**, vale dizer, também se deve assegurar a ampla publicização e o acesso para conhecimento público das provas, evidências e quaisquer dados, transmitidos e recebidos no processo judicial eletrônico, de todo o tipo e natureza, desde que, obviamente, moralmente legítimas e lícitas e dentro dos padrões de segurança do próprio subsistema como os de

³⁹³ O princípio da publicidade, para efeito da aplicação do Processo Judicial eletrônico, (PJ-e), deve ter aplicação relativa em razão da necessidade de resguardo e proteção das informações e dados constantes na tecnologia.

³⁹⁴ O processo judicial eletrônico (PJ-e) é público para as partes e para o Ministério Público ou para qualquer advogado que tenha o acesso à rede do PJ-e e esteja habilitado a ela mediante certificação digital, tal e qual constante do § 6º, artigo 11, Lei 11.419/2006 - “Os documentos digitalizados juntados ao processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio de rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça.” Já o artigo 14 da mesma lei garante a publicidade com a proteção de documentação e das próprias partes, conforme disposto no Art. 14, da Lei 11.419/2006 – “Os sistemas a serem desenvolvidos pelos órgãos do Poder Judiciário deverão usar, preferencialmente, programas com código aberto, acessíveis ininterruptamente, por meio da rede mundial de computadores, priorizando-se a sua padronização.” Este último disposto constante do artigo 14 deve ser sopesado juntamente com o referido no artigo 6º, em que facilmente se compreenderá que a menção a código aberto refere-se a todos aqueles que obtêm o acesso em um órgão de identificação e certificação públicas, e que a expressão “ininterruptamente” não significa “acesso ilimitado” a qualquer um, mas sim aos já autorizados e certificados eletrônica e digitalmente por órgão público de certificação digital.

³⁹⁵ Vide o teor integral da Lei 11.419/2006, no link: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm.

autorização para uso (usuário), certificação e identidade digitais reconhecidas no próprio subsistema.

Isto implica afirmar-se também que se admita às partes, aos intervenientes, aos terceiros interessados, aos auxiliares da justiça e aos operadores do direito o acesso, com identidade e certificação digital autorizados por autoridade digital e informática à **liberação dos dados**, em total visibilidade processual, com a exceção das hipóteses em que o processo judicial eletrônico tenha de correr ou tramitar em segredo de justiça na forma da lei, ou outra qualquer interferência ilícita e ilegal, ante a contundência de suas informações, a sua gravidade ética, a agudeza ou crueldade de fatos, ou a presença de crianças e adolescentes em que, por determinação legal, se deva preservar os menores de idade³⁹⁶ de situações que possam atingí-los ética, pessoal, psicológica ou fisicamente, ou mesmo as partes, de eventuais ataques ilícitos.

3. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 7.

3.1. A globalização, a crescente intercomunicação informática mundial e o desenvolvimento intenso das técnicas e instrumentos eletrônicos, no planeta, criaram, às instituições públicas, obrigações e necessidades de se ajustarem a essas nova realidades mundiais, passando a exigir, principalmente do Poder Judiciário, uma nova postura e missão institucional.

3.2. Essa nova postura, mais célere no andamento de suas causas, mais exata na admissibilidade e certeza de suas provas e mais seguras no cumprimento perfeito de seus prazos, em utilização de parâmetros objetivos, significa um avanço à isenção e à eticidade processuais que são demonstradas ao cidadão no exercício da jurisdição, aqui entendida como o poder estatal exercido pelo Juiz Natural, competente e insuspeito, de julgar o cidadão com imparcialidade solucionando-lhe o conflito de interesses que submetera ao Poder Judicial.

3.3. A criação, na República Federativa do Brasil, do **Processo Judicial eletrônico (PJ-e)**, pela Lei 11.419/2006 (Lei de Informatização do Processo Judicial) consagra ainda mais, os **princípios gerais do processo de Acesso à**

³⁹⁶ *Estatuto da Infância e da Adolescência*, Lei nº8069, de 13 de julho de 1990: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

Justiça, do Juiz Natural e da Inércia de Jurisdição, pilares da ação, da defesa, da jurisdição e do processo, bem como os princípios da **Imparcialidade**, da **Ampla Defesa e do Contraditório** e finalmente, do **Devido Processo**, viabilizando aos seus usuários (juízes, jurisdicionados, intervenientes e auxiliares) certezas de tempo e lugar e de identidades e finalidades e **justiça-nas-decisões**.

3.4. Os Princípios Formativos ou Informativos do Processo Judicial *eletrônico* (PJ-e) do **Encriptamento ou Criptografia de Dados**, da **Participação**, da **Multidirecionalidade**, da **Permutabilidade** e da **Instantaneidade** são essenciais para determinar a natureza, o alcance, a profundidade e a extensão da ferramenta eletrônica denominada “**Processo Judicial eletrônico**” na garantia de direitos materiais e processuais.

3.5. Os **treze princípios gerais peculiares** ao **Processo Judicial eletrônico**, mencionados e explicitados no corpo deste Capítulo 7 organizam e garantem a plena implementação e realização desta ferramenta e concedem, a todos os seus usuários os seus mecanismos, dados e informações, a segurança e a integridade intrínsecas, de molde a que este software cumpra o objetivo maior de servir à função judicante na missão constitucional de solucionar conflitos sociais.

CAPÍTULO 8

A IMPORTÂNCIA DO IUSINTERATIVISMO PARA A COMPLETITUDE E AS LACUNAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

1. IUSPOSITIVISMO, SISTEMA DE JUSTIFICAÇÃO DE INTERESSES, IDEOLOGIA JURÍDICA, CONTROLE SOCIAL E DOMINAÇÃO.

Além de haver demonstrado nos capítulos anteriores a adequação e necessidade do iusinterativismo à modernidade e globalização do século XXI se é que se deseja realmente a prática de um sistema de direito atual e contemporâneo direcionado à concretitude de **justiça-nas-decisões**, há que se desenvolver o estudo ao aspecto teórico-jurídico com a finalidade de sustentar o conteúdo do iusinterativismo enquanto sistema plausível.

A visão teórica da completitude do ordenamento jurídico como plasmada por Kelsen³⁹⁷ e por Bobbio³⁹⁸, caracterizando a ordem jurídica como um sistema fechado e completo a justificar que lacunas e incompletitudes sempre estariam resolvidas, ou pela edição de leis ou pelas decisões interpretativas judiciais a

³⁹⁷ Os argumentos e assertivas de **HANS KELSEN**, ao falar, nas páginas 338 e seguintes, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, 3ª ed., Coleção Studium, Arménio Amado Editor, Sucessor, Coimbra, 1974, sobre a existência de lacunas do direito, com todo o respeito à grandeza científica de sua obra sob o aspecto puramente normativo, são de tal modo retóricas que fundamentaram, como efetivamente regido pelo ordenamento jurídico, fato não previsto em lei, apenas para justificar que este **fato lacunoso** estaria amparado pelo sistema de direito por ele, **KELSEN**, preconizado desde que não proibido. Mas, pergunto: como poder-se-ia **reger** (vale dizer, afirmar-se estar amparado pela ordem jurídica, como se fora previsto pelo ordenamento, segundo o próprio **KELSEN** assevera, como sendo um conjunto de leis positivas e válidas formalmente) **fato concreto que não está previsto na ordem jurídica**? Dizê-lo **permitido, porque não proibido**, não determina a regência pelo ordenamento ou sistema de direito, porque, sendo uma permissão **por omissão de regência**, o fato **concreto** continua lacunoso, sem regência específica. Desta maneira estar-se-ia a admitir uma lacuna **in abstracto**! E não existe lacuna **in abstracto**! A lacuna, por óbvio, sempre existe de um **fato concreto** não regulado! E se não há regramento, **lacuna consumata est!!!** Veja-se a este respeito o texto incongruente de **KELSEN**, abaixo destacado da pág. 338, **ipsis litteris**: “Do que fica dito resulta que **uma ordem jurídica pode sempre ser aplicada por um tribunal a um caso concreto, mesmo na hipótese de essa ordem jurídica, no entender do tribunal, não conter qualquer norma geral através da qual a conduta do demandante ou do acusado seja regulada de modo positivo, isto é, por forma a impor-lhe o dever de uma conduta que ele, segundo a alegação do demandante privado ou acusador público, não realizou. Com efeito, neste caso, a sua conduta é regulada(?) pela ordem jurídica negativamente(?) isto é, regulada pelo fato de tal conduta lhe não ser juridicamente proibida, e neste sentido lhe ser permitida. Este caso, porém, é entendido –sob certas condições– como uma “lacuna” da ordem jurídica.**”(negritos, *itálicos*, sublinhas e interrogações? **NÃO** estão no original).

³⁹⁸ **NORBERTO BOBBIO**, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, tradutores: Tercio Sampaio Ferraz Junior, Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos, Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 2ª reimpressão, 1991, 184 páginas, *vide* Capítulo 4, item 5, págs. 134 e 135.

demonstrar um sistema perfeito e com isso, criar um sentido subliminar de pré-existência de justiça pela simples ocorrência de promulgação de leis ou pela mera prolação de decisões judiciais em um sistema de regras lógica e hierarquicamente pré-estabelecidas, ao contrário do que parece, com todo esse entendimento, âmbito e fundamento argumentativo que estes ilustres juristas lhe imprimem de molde a tentar caracterizar uma suposta regularidade formal e ilusoriamente *'justa'* ao sistema de direito, na verdade, guarda um profundo e constante matiz ideológico.

Esta visão foi então formada e daí permaneceu, como já dissemos e é relevante repetir, para justificar ideologicamente a criação de um sistema de exercício e controle de direitos e de fiscalização de poder, até mesmo em relação àquele que já existia historicamente, ou seja, o poder enquanto dominação, exclusivamente com esse fim, embora isso jamais tenha sido declinado, o que não lhe afasta o objetivo final de justificação de interesses de dominação e de poder.

A História, como temos visto ao longo deste trabalho, enquanto sistema permanente de evolução, de avanços, e de descrição real de conquistas e retrocessos das sociedades humanas, bem expõe melhor compreensão de que, em muitos casos as conquistas e avanços não são imediatos e tampouco acontecem de maneira total, integral e espontânea, refletindo sempre as circunstâncias do **tipo de evento, de época própria, de lugar ou região específica, e de distintas finalidades perseguidas.**

Neste particular, se entende com mais propriedade que a preocupação com a distribuição de justiça, nas épocas em que a formação do Estado ainda estava por se consolidar, não se apresentava como o principal elemento, de foco indispensável, mas sim, a construção de um sistema rígido de controle de condutas sociais que pudesse garantir a segura implantação do Estado, e posteriormente do Estado de Direito³⁹⁹.

³⁹⁹ É importante destacar que antes da obra de **KELSEN** os sistemas de direito eram um conjunto de regras sem consciência de vida própria ou sistemática *suis generis*, sem que se identificasse na norma o grande objeto do Direito e sua estrutura e essência normativa de relevância para a sociedade. Nem mesmo se detinha o sentido de que o ordenamento jurídico constituiria um Estado de Direito. O Estado era compreendido ou como uma conjunção de interesses ou concessões individuais baseado em Rousseau ou na ideia hobbesiana de um ser dominante e autoritário. Kelsen tem o crédito e o contributo de tornar o Estado uma instituição construída e constituída logicamente por um sistema hierárquico de normas válidas que vem a se tornar o "Estado de Direito", importante à época para se caracterizar um

Os argumentos das várias correntes do pensamento jurídico-positivista deitados sobre a formação do sistema de direito em razão da necessidade de sua completitude e clausura, como se pode observar de qualquer estudo teórico-científico efetuado, jamais foram direcionados à obtenção de justiça. Ainda que se afirme que o objetivo foi, era, é e será, sempre a criação e constituição de um arcabouço teórico que justificasse uma neutralidade sistêmica e anti-ideológica, para subliminarmente, se justificar ‘o *justo*’, o que se acabou por perpetrar, ao longo da História, foi o mais profundo e intenso ataque e gravame contra a Sociedade e, mais diretamente, contra toda e qualquer organização jurídico-normativa, desde a mais ampla em toda a sua extensão normativa –constituições nacionais- até a de mínimo alcance – decisões judiciais ou resoluções administrativas de corporações públicas- criando-se, com isso, um sistema de justificação de dominação e de poder de tal maneira que houve por dar fundamento e existência, inclusive, às ditaduras modernas, nazista e comunistas, do século XX.

2. A CONCEITUAÇÃO E A CARACTERIZAÇÃO DE LACUNA PARA O IUSINTERATIVISMO E O IUSPOSITIVISMO E SEUS EMPECILHOS.

Posta a questão histórica que nos mostrou a necessidade de formação de um sistema de direito que se apresentasse sob as características de completitude e clausura para viabilizar a sua permanência e regularidade secular e com isso impedir a sua modificação e alteração, senão dentro de suas regras de própria sobrevivência orgânica, totalmente descompromissado com a concepção de distribuição de justiça ao cidadão, passa a ser importante, nos dias atuais, para modificar este estado de coisas autoritário, antidemocrático e antissocial, o estudo e a compreensão dos métodos de interpretação das leis para o afastamento das lacunas do direito e mudança de paradigma quanto a qual seja a natureza e a constituição de um sistema de direito que, hodiernamente

Estado não-ditatorial, muito comum ao final do século XIX e início do século XX. A inclusão posterior, nesta expressão, de adjetivos como “Democrático” e “Social” decorrem da definição e caracterização da amplitude, alcance e natureza dos institutos jurídicos mais ou menos consagrados nas respectivas Cartas Políticas nacionais a partir do último terço do século XX em nítida limitação ao poder absoluto do Estado.

comporte uma visão globalizante, dinâmica, dialética, não formalista, profunda e extensamente fenomenológica e essencialmente interativa a todos os eventos.

O método integrativo que, de um lado, se utiliza da analogia para interpretar a regra e conceder-lhe extensão ou alcance maiores pela técnica de comparação de razões lógicas e conseqüente aplicação da mesma disposição de direito –a *analogia legis* por meio do brocardo *ubi eadem ratio, ibi idem juris dispositio*⁴⁰⁰- **ou de outro lado, em virtude da integração do direito** dá oportunidade de inserção do fato lacunoso ao ordenamento jurídico por meio de princípios gerais –*analogia iuris*- **não é suficiente**, em meu entender, a plasmar o sistema de direito como um sistema dinâmico e em constante atualização e renovação, seja para a tentativa de aplicar a mesma razão, seja para integração ao ordenamento jurídico, porquanto **dois empecilhos** inerentes ao luspositivismo surgem.

2.1. O primeiro empecilho: a semelhança de razões não estabelece justa disposição jurídica.

O primeiro, refere-se à analogia legis em si mesma considerada. Tratando-se de uma inexistência de lei (lacuna) a aplicar-se ao fato concreto, a comparação lógica efetuada por utilização de outra disposição de direito entendida *similias rationis* –à semelhança das razões- não estabelece **justa** disposição jurídica ou **justa** aplicação do ordenamento jurídico, por si própria. Estar-se-ia, desta maneira, utilizando texto de lei **semelhante**, com razão lógica **semelhante**, para aplicar-se disposição de direito –norma- **diferente, insuficientemente**, em seu conteúdo, pois, **à distribuição de justiça**.

Uma decisão que aplicasse este procedimento seria evidentemente **injusta**, embora pudesse tentar justificar uma aproximação de aplicação de regras de direitos ao **justo** pela utilização da **razão semelhante**, porém, jamais configuraria **justiça-nas-decisões**, mas somente, e de acordo com as circunstâncias da causa, ou *razoabilidade* ou *proporcionalidade*, meras justificativas hermenêuticas distintas para imposição de um sistema de controle

⁴⁰⁰ Em livre tradução do Latim: “*onde se encontra a mesma razão, aí se encontra a mesma disposição de direito*”.

social e fiscalização e aplicação de poder.

Não resta dúvida de que a isso se aplica uma hipótese de solução viável. O luspositivismo **não é inviável**. O luspositivismo **não é inexecutável**. O luspositivismo **não é impossível**. O luspositivismo **não é ininterpretável**. O luspositivismo **É, SIM, INJUSTO**. Não produz *justiça-nas-decisões!*

2.2. O segundo empecilho: a limitação hermenêutica pelo texto normativo.

O segundo empecilho é a própria característica da hermenêutica utilizada enquanto método de esclarecimento de textos de regras de direito, mas igualmente, no processo, no seio do pleito judicial, instalado em sua tramitação, um método à base da apreciação de fatos e de argumentos para o aclaramento de verdades mascaradas, de fatos inconsistentes, de uma verdade formal que necessita ser transformada em **real e material, e nunca o é, senão circunstancial e eventualmente, dependendo da discricionariedade judicial interpretativa consagrada pela teoria positivista do poder discricionário judicial**.

Deste modo, e servindo a este fim, o método hermenêutico positivista do direito, na imensa maioria de suas vertentes, é fundado, intensa e extensamente, vale dizer, quanto à profundidade de suas raízes históricas e ao imenso alcance de todos os sistemas de direito existentes no planeta, na análise da existência da profundidade, extensão e alcance, ou não, dos direitos consagrados no texto constante da norma jurídica, seja ela de que nível hierárquico for, levando em consideração os limites do idioma e da linguagem, os limites da própria constituição ativa e verbal do texto e os limites de significante e significado das palavras utilizadas para comporem a regra de direitos, segundo um contexto textual e insertas no texto.

O luspositivismo prende esta hermenêutica à existência de um texto de lei e aos seus limites. Não ao texto própria e exclusivamente dito, mas a uma existência atemporal da norma, do preceito constante do texto, de tal modo que age como se a norma, quando criada, refletindo uma época ou fenômenos ou fatos respectivos da época de sua criação, ou como uma resposta legislativa a demandas sociais da época de sua promulgação, obrigatoriamente devesse

possuir uma característica e natureza de permanência ou eternidade na ordem jurídica, no ordenamento de direito, e que isso viesse a configurar, em constância, segurança jurídica e tranquilidade ou pacificação social na manutenção de uma razão semelhante para uso analógico.

Ledo engano.

Nem confere justiça, nem confere segurança.

Nem mesmo para o uso efetivo interpretativo, tampouco para o uso integrativo do direito.

A norma, com a passagem do tempo, se descaracteriza em razão do princípio primário –o princípio que lhe deu origem para ser um produto legislativo- e desprende-se deste preceito, passando a ter uma significação própria, regendo fatos atuais, mas sem necessariamente conter um princípio ético e temporal, atual, sendo amparado e contendo, ainda, um texto elaborado no passado e ora anacrônico em sua linguagem. Assim, em muitos casos concretos, desta maneira, surge a **omissão de regência com presença de norma**, porquanto a regra não mais comporta os fatos de amplitude maior. E gera uma lacuna. É a **lacuna positiva da lei, calcada na insuficiência material da norma. A norma, que uma vez existente, não mais soluciona o conflito social.** Esta atualização, por meio analógico, implica uma profunda objeção nossa por evidente caminho aberto ao equívoco judicial na decisão.

3. A OBJEÇÃO AO MÉTODO ANALÓGICO E O EXEMPLO CONCRETO DA RELEVÂNCIA DOS VALORES PARA O IUSINTERATIVISMO.

A objeção que nos instiga e nos interessa tratar e fixar quanto a esta espécie de método analógico para uma justa integração do direito e da lei no ordenamento jurídico em razão da atuação judicial do magistrado, para o uso do que denomino de **iusinterativismo**, é efetivamente o tratamento que se deve dar a este problema das lacunas.

Por exemplo, um teórico iuspositivista argumentaria certamente que estes dois empecilhos continuariam a ocorrer mesmo em outros sistemas ou teorias de compreensão ou estudo do direito porque seriam inerentes à vida humana, às suas manifestações duvidosas, às suas limitações próprias da realidade e

aparentemente estaria a dizer a verdade.

A diferença é que o iuspositivista **reconhece a imprecisão dos instrumentos (analogia, interpretação do texto da lei e integração do direito) e a aceita (a imprecisão)** como normal e comum, aplicando-lhes aos casos concretos e definindo a solução dos litígios, entretanto, **jamais** se preocupando em exercer a **atitude iusinterativa** de superá-la, mediante a verificação dos valores éticos aplicáveis a cada caso, aplicáveis a cada fato ou fenômeno social, ou aplicáveis a cada norma vigente com possibilidade de incidência sobre o fato ou fenômeno social, criando-se condições de se praticar **justiça-na-decisão**.

Sem querer parecer pretensioso, a verdade é que as lacunas **sempre existem**, ou na lei, ou no sistema, ou no ordenamento. Não se pode dizer que existe sistema jurídico fechado e completo, perfeito, sem lacunas. Coerente, válido e compatível, sim, mas completo, não.

Por mais que Karl Bergbohm, pelos idos de 1892 -com o apoio de Santi Romano na Itália- por sua obra *Jurisprudência e filosofia do Direito*⁴⁰¹ afirmasse a teoria do espaço jurídico vazio e do espaço jurídico pleno, ao fundamento de que o campo jurídico –aquele do espaço jurídico pleno- insere-se obrigatoriamente no âmbito do ordenamento do direito e o que se implanta ou ocorre no denominado espaço jurídico vazio, obrigatoriamente insere-se no âmbito da liberdade do ser humano e que, neste particular, não depende de qualquer regramento a limitá-lo, prescindindo, assim, de qualquer regulação, tornando-se atividade indiferente ao direito, não se pode simplesmente aceitar este raciocínio. Bergbohm conclui por dizer que, como expressa Bobbio, *tertium non datur*. Segundo ele, pois, não há uma terceira solução. Nenhuma mediedade, nenhum *tertium genus*. Na sua visão, ou a norma é parte do ordenamento jurídico e se insere no âmbito do espaço jurídico pleno, ou sendo parte do âmbito da liberdade humana insere-se no campo do espaço jurídico vazio, sendo indiferente ao âmbito jurídico.

É-nos permitido entender o porquê dessas formulações teóricas nos idos do século XIX ou mesmo no século XX, épocas em que, em razão da necessidade de reafirmação internacional de poder econômico e político não se admitiria a

⁴⁰¹ **BERGBOHM**, Karl. “*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*”, 1892, citado em **BOBBIO**, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, tradutores: Tercio Sampaio Ferraz Junior, Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos, Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 2ª reimpressão, 1991, 184 páginas, vide Capítulo 4, itens 3 e 4 e págs. 128 e 129.

simples existência de uma norma lacunosa ou mesmo de um fato não regulado por lei, mas que gerasse direitos. Esta postura foi gerada, como já salientamos, em virtude da necessidade de instalação, conservação, desenvolvimento e crescimento dos conceitos e práticas para formação do Poder e do Estado, cada vez mais crescentes e hipertrofiantes.

De outro modo, afirmar-se que onde o direito não alcança haveria, não lacuna do direito, mas sim atividade indiferente ao Direito, *permissa venia*, é um razoamento absurdo e inaceitável. É uma formulação meramente ideológica e positivista, com o único intuito de justificar a necessidade de controle dos direitos existentes em sociedade pelo princípio da legalidade exclusiva e da completude do ordenamento jurídico, principais pilares do luspositivismo, um sistema teórico-jurídico de mera justificação de poder, sem qualquer preocupação com a distribuição de justiça. Explico a seguir.

Veementemente contrário ao luspositivismo, afirmo e reafirmo que é perfeitamente possível serem identificados, com objetividade e interatividade, fática e juridicamente, fenômenos (valores, preceitos, regras e fatos) inclusive mais amplos e complexos que um simples fato social, constantes do âmbito da liberdade humana e da realidade social, que mesmo não regulados, nem mesmo regidos constitucionalmente, não contêm qualquer indiferença ao direito, mas ao contrário, faz-se de total necessidade que sejam protegidos em virtude dos valores éticos cujos preceitos impregnam essas realidades fenomenológicas e devem ser considerados e preservados até mesmo, e principalmente, por sua característica de universalidade.

E juridicamente se justificam mais ainda. Sejam tomados como exemplo os próprios direitos decorrentes da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, os quais, ressalvado semelhante tratamento por inclusão incipiente, genérica e antecipada de determinados princípios na Constituição dos Estados Unidos da América, construídos pela Revolução Norte-Americana em 1776, em hipótese alguma, eram constantes de quaisquer Constituições ou Leis Fundamentais no mundo quando proclamada aquela Declaração Universal em Paris. Foram reconhecidos como direitos, mesmo antes de serem inseridos em alguma ordem constitucional nacional, mas verdadeiramente seus valores já preexistiam desde o momento em que a conduta humana se constituiu como tal em comparação a outra conduta. Nem mesmo por isso, deixou-se de se

compreender a existência de direitos de natureza e característica universais, com supedâneo no ***Iusnaturalismo Fenomenológico***, que justifiquem a sua **eficácia** (aceitação e validade social e universal), o seu **fundamento** (preceito e validade éticos) e as suas **vigência** e proteção (validade formal enquanto enunciado normativo = princípio) independentemente de existência de uma norma legal, porquanto o valor/princípio (*identidade*), embora não escrito, nem vigente legalmente, se apresenta jurídico em todos os seus termos de direito⁴⁰², vale dizer com indicativo de regramento e exigibilidade evidente em determinada época (*tempo*), em dada região (*lugar*) e para algum objetivo (*finalidade*).

Comprova-se, mais ainda, desta maneira, a concepção de que existem valores, princípios e normas supraconstitucionais que se sobrepõem à própria Norma Fundamental kelseniana –e a inspiram- e formam e informam as Constituições em quaisquer sistemas jurídicos vigentes. Há valores que são garantias de existência do Ser Humano –o próprio **Valor Ético Magno de Preservação da Vida e da Humanidade** -ou de existência de uma Nação. Há valores que são garantias da existência de uma Constituição. Há valores de todos os tipos e graus, os quais, no entanto, muitas vezes não são incluídos em sua totalidade nos sistemas de direito porquanto, ainda que tenham a natureza universal somente incidem, ocorrem e se aplicam a situações culturais específicas. Mas são universais e se aplicam a todo o ser humano dadas as circunstâncias de sua atualização, de sua eventualidade. Esta objeção é uma das preponderantes a demonstrar a necessidade de compreensão dos Vetores Naturais em interação às Dimensões Culturais para proporcionar uma decisão judicial iusinterativa e, por isso, justa, afastando-se o simulacro de decisão judicial justa mediante a utilização da analogia, exclusivamente produzida à base do insuficiente *similias rationis*.

Nem mesmo a concepção de que somente é jurídico o que se encontra sistematizado, codificado ou positivado em um ordenamento –em um conjunto

⁴⁰² O posicionamento teórico-jurídico que sustenta o argumento ou a referência a uma possível **metajuridicidade** desses valores/princípios é conclusão iuspositivista que toma como modelo ou parâmetro de compreensão do sistema de direito a **lei** ou a **norma escrita** e não se aplica à hipótese ora versada, embora assim se tente argumentar. Na verdade, afirmo a juridicidade dos valores e princípios baseado nas relações autênticas de que se tratam de evidentes regências de conduta social independentemente da regra escrita, tal e qual ocorre com o costume ou as máximas de comportamento, dentro do sistema de direito.

de regras- nos afasta dessa ideia porque ao próprio ordenamento subsistem os valores reguladores e preenchedores de normas. Afirmar, como o fazia Kelsen⁴⁰³, que a coerção, ínsita à norma pelo sentido de sanção, transformava a norma em coação estatal, dando-lhe um sentido exato de existência formal a prescindir de seu conteúdo axiológico, *venia concessa* ao Mestre austríaco, não afasta qualquer sentido de valor ético universal **preexistente** e **suprapositivo** ao significado da norma quando da sua própria criação com a constituição de todos os seus componentes de formação como o **linguístico** (*elaboração do texto, morfologia, sintaxe e semântica consideradas*), o **formal** (*formação interna da norma onde se põe, ou não, o comando e a sanção*⁴⁰⁴), o **axiológico** (*o conteúdo valorativo ético universal de regência do fato ou fenômeno social*) e o **sociológico** (*contido na manifestação fenomenológica da sociedade que necessita reafirmar o valor ético ou garantir sua proteção contra vulnerações*).

4. A VISÃO DO IUSINTERATIVISMO: A ABERTURA, A INCOMPLETITUDE, A REGULARIDADE E A FISCALIZAÇÃO DE UM SISTEMA DE DIREITO DINÂMICO E APLICADOR DE JUSTIÇA IN CONCRETO.

Assim, entendido isto, e retomando a nossa discussão acerca da existência ou

⁴⁰³ **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*, op. cit., pág. 63, a corroborar o que dissemos, afirma: “(...) O Direito é uma ordem coactiva, não no sentido de que ele –ou mais rigorosamente a sua representação– produz coacção psíquica; mas no sentido de que estatui atos de coacção, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens económicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos. Pressuposto deste gênero é, em primeira linha –mas não exclusivamente, como já observámos e mais tarde melhor veremos–, uma determinada conduta humana que, pelo facto de ser tornada pressuposto de um acto coercitivo que é dirigido contra a pessoa que assim se conduz (ou contra seus familiares), se transforma em conduta proibida, contrária ao Direito e que, por isso, deve ser impedida, devendo a conduta oposta –socialmente útil, desejada, conforme ao Direito– ser fomentada. (...)”

⁴⁰⁴ Explica-se aqui a expressão ‘**ou não**’ referida às distintas classificações das normas de acordo com a sanção que utilizo no texto pela ideia simples de que o comando normativo pode ocorrer enquanto norma como: **a) Normas mais que perfeitas** - são aquelas cuja violação do seu conteúdo possibilita a nulidade ou anulabilidade do ato ou negócio, com o restabelecimento da situação anterior, sem prejuízo da imposição de uma penalidade –sanção– ao seu ofensor. **b) Normas menos que perfeitas** – são aquelas que preveem a aplicação de uma sanção ao violador, sem a declaração de nulidade ou anulabilidade do ato ou negócio jurídico. **c) Normas imperfeitas** - a violação dessa norma, em geral por sua característica programática, não acarreta qualquer sanção ou consequência jurídica, como acontece com muitas normas constitucionais ou legais. **d) Normas perfeitas** – aquelas que trazem em seu conteúdo somente a previsão de nulidade ou anulabilidade do ato, fato ou negócio jurídico.

não de lacunas na lei, no sistema de direito ou no ordenamento jurídico, observo que a tese da completitude ou plenitude do ordenamento jurídico é sempre uma consequência da necessidade do preenchimento de lacunas e, nisso, realmente o iusnaturalismo simples, como o mencionava Kelsen⁴⁰⁵, não as resolve, mas sim o **iusnaturalismo fenomenológico**, ou **Interativismo Jurídico**, ou **iusinterativismo**, como denomino a **Teoria da Decisão Judicial Iusinterativa para Justiça-nas-Decisões** baseada na irrestrita atuação do magistrado na busca implacável, incessante e determinada da aplicação de conceitos de Justiça, não apenas aos fatos, como se fossem uma matéria-prima da lei, alijando-se os valores, mas essencialmente no constante tratamento e observação judicial, simultâneos, do **Fato, do Valor e da Norma**, não isoladamente, mas como um Fenômeno próprio e conjunto, integrado e interativo, dinâmico, a Vetores Naturais –**identidade, tempo, lugar e finalidade**- tomando sempre os valores éticos de natureza universal como os parâmetros primeiros de direcionamento do conceito de Justiça.

O fato de a lei ser preenchida por interpretação ou por integração, de o sistema ser preenchido por nova edição de lei ou por interpretação judicial de normas, ou de o ordenamento ser preenchido por edição de novas leis, por interpretação judicial, por *analogia legis (analogia)* ou por *analogia juris (princípios gerais do direito)*, ou ainda por aplicação do costume, não indica, **em momento algum**, a inexistência de lacunas.

Ao contrário, somente reforça a existência deste fenômeno que se justifica pela própria imperfeição da natureza humana em atender a todos os fenômenos e fatos que se oferecem às suas realidades e vivências, natureza essa que, de outro modo, constrói uma realidade humana –porque **cultural**- diversa das Leis da Natureza.

O Mestre polonês Aleksander Peczenik, citado por seu amigo, o também Professor Javier Ezquiaga⁴⁰⁶ ressaltou o conceito de lacuna como sendo o fato

⁴⁰⁵ **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito op. cit.*, pág. 308, afirmava que o iusnaturalismo caracterizava-se como um sistema *estático* porque todas as normas para encontrarem sua validade deveriam reduzir-se ao Direito Natural, compreendendo-o como direitos absolutos que não poderiam ter apreensão limitada por tempo e espaço sendo de inviável concretização. O que proponho é um sistema dinâmico e fenomenológico, com a aplicação de direitos relativos a cada identidade, tempo, lugar e finalidade aplicáveis a Fatos ou Fenômenos sociais, a Valores éticos universais e a Normas vigentes conforme um raciocínio iusinterativo.

⁴⁰⁶ **EZQUIAGA GANUZAS**, Francisco Javier. *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros*

concreto que não estando regulado pelo Direito, o deveria estar, ou seja, como o interpretou o eminente Professor Basco “**não cabem lacunas em abstrato, a lacuna está sempre referida a um problema jurídico concreto ao qual o ordenamento não dá resposta**”.

Assim, podemos afirmar, com toda a certeza, que se a lacuna existe em face de um problema concreto, mais concretamente ainda se pode dizer que para aquele **Fato ou Fenômeno social corrente**, também corresponde um **Valor ético prévio** -que reafirma e apoia a ocorrência do Fato ou que rejeita ou reprova a manifestação desse Fato- mas, se não existe a possibilidade de aplicação, para este nosso caso em estudo, a regra de direito, a lei escrita, a Norma referente à ordem legal, **a lacuna do sistema** –e da lei- se espria, desmascarando-o como **incompleto**, como **não-pleno**, como insatisfatório, a demonstrar claramente que o ordenamento jurídico, nos moldes do que sustentado por Kelsen⁴⁰⁷ ou por Bobbio⁴⁰⁸ **jamaís foi, é ou será, completo**.

De outro modo, a complementar esta nossa postura, seguindo o razoamento de Aleksander Peczenik, se a lacuna se refere **sempre** a um caso que **não está regulado** e é referente a um problema jurídico **concreto** –porque não seria lógico, conforme já demonstrado, a existência de lacuna em abstrato- em consequência, compreende-se, com mais evidência ainda, que a lei e o ordenamento jurídico são **insuficientes e lacunosos** porque a característica de **completitude ou plenitude absoluta** não se põe no sistema jurídico.

Mas para melhor compreensão do problema tratemo-lo de modo científico e especificadamente, apresentando **seis princípios de um sistema iusinterativo, essenciais** para melhor compreender a realidade característica **de um sistema de direito interativo no século XXI**, à graça de exemplo:

problemas de aplicación e interpretación del Derecho, Tribunal Electoral del Poder Judicial, México, 2006, 531 páginas, citado à pág. 3, nota 7.

⁴⁰⁷ **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, Coleção Studium, Arménio Amado Editor, Sucessor, 3ª ed., Coimbra, 1974, página 304, 484 páginas.

⁴⁰⁸ **BOBBIO**, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, tradutores: Tercio Sampaio Ferraz Junior, Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos, Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 2ª reimpressão, 1991, 184 páginas, *vide* Capítulo 4, itens 3 e 4 e págs. 128 e 129.

4.1.Os seis princípios do sistema de direito interativo (Sistema lusinterativo).

1. **Princípio da não-clausura externa** - Não se pode afirmar que o sistema de direito é um sistema fechado porque está sempre em possibilidade de complementação externa por meio do direito comparado e do **legal transplant**⁴⁰⁹;
2. **Princípio da incompletitude** – A estrutura de um sistema de direito é necessariamente de incompletitude. Não se pode afirmar que um sistema de direito é um sistema completo, porque o próprio Estado prevê, na atuação de suas duas funções jurídicas, a legislativa e a judicial, a possibilidade de edição de normas e regras inconclusas e imperfeitas que acabam por necessitar, ou de leis, decretos ou regulamentos que supletivem as leis primárias ou de interpretação ou integração de normas pela judicatura, inclusive no próprio âmbito constitucional;
3. **Princípio da regularidade interna do sistema** – Todo sistema de direito para apresentar-se com **regularidade jurídica (regularidade de direitos, não de normas)** deve conter as características de:
 - a. **coerência lógica e sistêmica internas**;
 - b. **validades ética, social e formal**;
 - c. **compatibilidade formal e material**; todas, características relativas ao sistema e entre as suas normas (internas).
4. **Princípio da abertura interna e reatualização normativa** - Todo o sistema de direito é um sistema coerente, válido, compatível, **mas necessariamente aberto internamente** porque **precisa** dessa característica para estar em constante **atualização real e normativa** às realidades objeto de controle social.

⁴⁰⁹ **Legal transplant**, expressão inglesa que, amplamente utilizada nos Estados Unidos, em tradução literal “*transplante legal*”, na verdade, significa idiomáticamente “**transferência de lei**”, incorporada em sistemas nacionais de direito, distintos, em evidente utilização de institutos de direito comparado baseado em outros ordenamentos jurídicos.

5. **Princípio da fiscalização externa** - Todo o sistema de direito é um sistema que necessita de **fiscalização externa** quanto à manutenção de sua **coerência, validade e compatibilidade**, não em relação a si mesmo, mas em **relação à realidade histórico-social** na qual se insira, da qual adveio e se constituiu e sobre a qual pretende exercer o controle ou regular, permitindo freios e contrapesos (*checks and balances*).

6. **Princípio da soberania, processo e fiscalização interna** - Todo o sistema de direito é um sistema que, tendo por objetivo o exercício do controle social para distribuição de justiça, deve dispor de instrumentos de soberania e controle interno que permitam ao cidadão exigir do Estado a manutenção da **coerência, validade e compatibilidade internas** do próprio sistema e em relação à sua aplicabilidade externa.

Assim, como se pode vislumbrar, com supedâneo nestes seis princípios característicos, o sistema de direito no século XXI deve ter existência aberta – **tem o dever de se fazer iusinterativo**- para poder se apresentar em busca da perfeição, em constantes atualizações e revisões, sejam doutrinárias, oriundas de teorias jurídicas, ou sejam ainda legais e legislativas, ou, na melhor das hipóteses, jurisprudenciais e judiciais todavia, um sistema repleto de consciências de sua permanente imperfeição e impossibilidade de distribuir justiça se não forem tomadas medidas de redução do legalismo e luspositivismo implantado nos sistemas.

As lacunas fazem, pois, parte evidente e permanente do sistema de direito e por isso mesmo, devem induzi-lo a ser constantemente revisto e revigorado mediante instrumentos de atualização dinâmica e constante como as Dimensões Culturais e os Vetores Naturais e o iusinterativismo.

5. A CARACTERIZAÇÃO DA LACUNA APARENTE E PROVISÓRIA PARA O SISTEMA DE DIREITO INTERATIVO (IUSINTERATIVISMO).

Por outro lado, sobressaem também as concepções de que os sistemas de direito obtêm lacunas meramente **aparentes e provisórias**. Aos teóricos do

direito⁴¹⁰ que utilizam o argumento de que as lacunas existentes nos ordenamentos jurídicos são **aparentes**, com todo o respeito, não consigo vislumbrar seriedade científica, respeitando, evidentemente todo o seu trabalho científico até agora realizado, todavia, nele encontrando um imenso viés ideológico em favor do positivismo jurídico e da manutenção do poder pelo poder, tendo o ordenamento jurídico como instrumento de dominação e seus argumentos como mera justificação de interesses. Explico.

Não se pode mesmo entender como **aparente** ou **provisório** o que **sempre se faz e se apresenta de existência concreta** e o que **sempre persiste em existir**. A sua existência é crônica. O objeto –ente, fato ou fenômeno- que ao ser analisado logicamente, para sua existência somente pode ser referenciado a um caso concreto e para o qual se identifica evidente a ausência de regramento ou de norma aplicável, ou ainda uma impossibilidade de ser regrado ou regulado por qualquer dispositivo de lei ou constitucional, este objeto –ente, fato ou fenômeno- somente pode ser compreendido, em termos de ordenamento ou sistema jurídico, como tendo gerado a identificação de uma **lacuna**. Isto, à toda evidência, não pode ser considerado como **aparente**, desfazendo qualquer outro conceito ou definição lógicos sobre este instituto lógico: **a aparência**.

De outro modo, não se poderia afirmar que as lacunas possuem característica **provisória**, ao simples argumento de que a cada preenchimento desse vazio jurídico por interpretação ou integração do direito, os consequentes fatos preenchidos e protegidos juridicamente, obrigatoriamente levariam a uma completitude do sistema e as lacunas deixariam de existir.

Provisoriedade de lacunas existe, mas **não é** uma provisoriedade **legal** (em virtude de lei), **nem** provisoriedade **sistêmica** (em virtude do sistema), **tampouco do ordenamento** (em virtude do conjunto de leis em determinado país).

410 **LENOBLE**, Jacques; **OST**, François: *Droit, mythe et raison. Essai sur la derive mytho-logique de la rationalité juridique*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelas, 1980, pág. 137; também citado pelo Professor Doutor **FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS**, in *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial, México, 2006, 531 páginas, à pág. 4, notas 9, 10 e 12.

É apenas uma provisoriedade **particular**, para **cada caso em espécie**, em virtude do **caso concreto** do qual se gerou ou gera a lacuna⁴¹¹. Porém, para a lei, para o sistema de direito, e para o ordenamento jurídico, a lacuna **não é aparente, e nem mesmo provisória: é real, evidente e permanentemente legal, sistêmica** e assim se espalha **no ordenamento jurídico; crônica** que é, faz parte de um sistema relativo, cambiante e dinâmico que lhe dá origem.

É preciso reconhecer-lhe a dinâmica de existência à lacuna no próprio sistema de direito compreendido segundo o lusinterativismo e conforme a realidade. Porque o sistema de direito para o lusinterativismo é sempre dinâmico, em permanente e instantânea transformação, em constante revisão, mas **coerente** na verificação das dimensões culturais (**Valor ético, Fato ou Fenômeno social e Norma vigente**), **compatível** por intermédio de seus Vetores Naturais (**identidade, tempo, lugar e finalidade**) e **válido e iusinterativo** enquanto resultado da aplicação da tridimensionalidade cultural e da vetorialidade natural (**dimensões e vetores**), relações funcionais interativas, juízos de inferência e indagações judiciais iusinterativas formativas do objetivo final de **justiça-nas-decisões**.

6. A NECESSIDADE DE INTERAÇÃO AXIOLÓGICA E PRINCIPIOLÓGICA PARA A VALIDEZ, A COMPATIBILIDADE E A COERÊNCIA NO SISTEMA DE DIREITO. O IUSINTERATIVISMO LEGAL E JUDICIAL.

Estas três interações havidas transferem a **validade, a compatibilidade e a coerência** ao sistema de direito não porque estão com normas hierarquizadas, tampouco porque se compatibilizam ou não ao sistema, ou porque apresentam incoerência sistemática, mas sim porque as normas cumprem o sentido dos

⁴¹¹ Como faço referência neste mesmo Capítulo 8, no item 4. *A visão do lusinterativismo: a abertura, a incompletitude, a regularidade e a fiscalização de um sistema de direito dinâmico e aplicador de justiça in concreto*, no dizer de FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS, *op. cit.*, página 03, nota 07, “**a lacuna está sempre referida a um problema jurídico concreto ao qual o ordenamento não dá resposta**”, vindo a reforçar meu entendimento de que não se trata de aplicar **in abstracto** o conceito de *similia rationis (ubi eadem ratio, ibi idem iuris dispositio)*, mas exige-se o caso concreto como pressuposto de aplicabilidade deste preceito, o que ainda assim, não garante **justiça-na-decisão**.

valores que lhes são acometidos como embasamento axiológico em virtude dos fenômenos que se apresentam em relação aos próprios valores insertos na origem do ordenamento, do sistema e da lei. Estes valores e princípios é que lhes dão a destinação evidente de **coerência, compatibilidade e validade** asseguradas por uma organização formal incrustada em um sistema de direito. Veja-se os seguintes questionamentos:

1. Como pode ser efetivamente válida uma norma formalmente vigente pelo simples fato de estar amparada por um texto de norma superior se não encontra qualquer aceitação social ou ética pela sociedade à qual se destina?

A norma encontra vigência formal, mas não se perfaz válida porque falta-lhe outro elemento de validade que é a **eficácia social**. Kelsen diria que isso seria um problema de eficácia da norma enquanto validade, mas é não menos óbvio que a vigência formal não sustenta qualquer regra se não houver a aceitação social da norma, a sua própria eficácia.

2. Como fazer-se compatível uma norma pelo simples fato de uma vez elaborada dentro de um sistema de hierarquias e devidamente hierarquizada e votada pelo Poder Legislativo deva ser considerada coerente porque inserida em um sistema de direito e com vigência formal, se se lhe caduca completamente o exercício?

A norma encontra vigência formal, mas o anacronismo –a sua incompatibilização com os fatos contemporâneos- ou a **caducidade** –a perda do direito consagrado na norma pelo seu não exercício ou pela sua inutilidade- se lhe põe **total incompatibilidade sistêmica** e impede o exercício legal. Dir-se-á em resposta: “-Isto não ofende o sistema de direito positivo porque está previsto no próprio sistema.”, e respondo: “-Claro, mas ainda assim provoca-se a **insuficiência da norma, do sistema e do ordenamento**, porque não se lhe oferece solução ao conflito oriundo do fato que deveria estar regido com a aludida norma caduca. E não se lhe repõe, com celeridade, uma resposta jurídica a uma necessidade de resolução social de um conflito, com uma norma para regência do fato no intuito de se fazer **justiça-na-decisão**.” Ou mais ainda,

3. E se a norma válida e vigente não se mostra compatível com outra norma vigente porque possui imperfeições técnicas oriundas da espécie de u'a maioria legislativa obtida e encontrada no Parlamento para aprovação legislativa?

O que fazer? Deixar o conflito subsistir? Resolvê-lo com a norma – **insuficiente à sua solução**- que se tem? Esta seria a atitude de um juiz iuspositivista, gerando insuficiências sociais. O juiz iusinterativo utilizaria a interatividade entre Vetores Naturais e Dimensões Culturais aplicando os Valores éticos universais. E mais.

4. Como apresentar-se coerente se pela sua derrogação (perda parcial de sua vigência formal) por substituição de outra norma não reguladora de todas as situações nela anteriormente contempladas, não garante a adequação e regência de todos os fatos anteriormente regulados?

Como se pode observar atentamente, não são as normas que conferem a segurança jurídica ao sistema, mas sim, **os valores éticos universais e os princípios que os conduzem** aplicáveis a elas, que dão sustentáculo à **validade, à compatibilidade e à coerência** do ordenamento, do sistema e da própria lei. E esta visão é **iusinterativa**, porque se lhes atribui –ao ordenamento, ao sistema e à lei- uma análise fenomenológica, global e essencialmente axiológica, principiológica e ética, contribuindo, ao juiz para que, na decisão do conflito social possa vir a prolatar uma decisão **iusinterativa** e, com isso realizar **justiça-nas-decisões**.

7. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 8.

Há, pois, a necessidade de uma nova mirada, um novo olhar, uma nova postura sobre a **Teoria das Lacunas e do Ordenamento Jurídico** a demonstrar:

7.1. Um sistema de direito não pode mais ser simplesmente considerado um

sistema fechado se se deseja construir e aplicar um sistema de direito em, busca de **justiça-nas-decisões**.

7.2. O desenvolvimento célere das relações interindividuais, grupais, coletivas, sociais, nacionais, internacionais alterou a própria natureza dos sistemas de direito implicando uma celeridade de resposta jurídica e judicial na própria ordem jurídica e que a lacuna, embora seja afirmada como uma das maldições do sistema de direito, é ínsita, na verdade, ao próprio sistema que se propõe ser **aberto, incompleto, reatualizável, fiscal externamente, fiscalizado internamente e soberano quanto ao processo**.

7.3. A lacuna, de outro modo e conseqüentemente, **não é aparente, e nem mesmo provisória**: é **real, permanente**, atinge a lei e o sistema e assim se espalha **no ordenamento jurídico; crônica** que é, faz parte de um sistema relativo, cambiante e dinâmico que lhe dá origem. **O iusinterativismo** é o sistema para compreender e atuar nestas questões de molde **a viabilizar a justiça-nas-decisões**.

7.4. **Assim, um sistema de direito, em visão iusinterativa é, necessariamente, um sistema vivo, crescente, transformável e transformador, mutável e permanente, renovável e constante, tal e qual o é a sociedade que ele reflete, baseado em fenômenos sociais, em valores éticos e normas vigentes aplicáveis interativamente em identidade, tempo, lugar e finalidades dessas dimensões culturais**.

7.5. **A analogia**, como método de integração do direito em um ordenamento jurídico, deve ser entendida como um vetor indicativo de uma solução, porém, jamais como a solução do conflito, porque, baseada na aplicação de razão semelhante a fatos semelhantes, mas com diferenças de natureza, não traduz **justiça-na-decisão**, mas mera acomodação jurídica com suposta decisão por similitude de soluções, não garantindo verdadeira aplicação de **justiça-nas-decisões**.

7.6. A **validez**, a **compatibilidade**, a **coerência** e a **vigência** das regras no ordenamento jurídico iuspositivista não guardam congruência entre si porque não possuem o compromisso de interação com valores éticos universais, e com isso acabam por gerar contradições intrassistêmicas e conflitos críticos legais e jurídicos internos que agravam crises sociais.

7.7. O sistema de direito para o século XXI tem de se apresentar como aberto,

em **dinâmicas e constantes atualizações e revisões**, sejam doutrinárias, oriundas de teorias jurídicas, ou sejam ainda legais e legislativas, ou, principalmente, jurisprudenciais e judiciais, exatamente em razão do exercício da consciência pelos operadores do direito e da justiça de que é um sistema com a natureza repleta de permanentes imperfeições e impossibilidades de distribuição de justiça, de molde a que não continue se constituindo no sistema de direito cristalizado ou emparedado que é, viabilizando-se a redução do legalismo e do luspositivismo intrinsecamente implantados e produzindo-se, sim, um **sistema de direito e justiça mediante aplicação de parâmetros objetivos de julgamento (a interatividade entre tridimensionalidade cultural, tetravetorialidade natural, os juízos de inferência, as dezesseis relações interativas matriciais e as sete questões de formação do juízo de valor interativo)**.

CAPÍTULO 9

A APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS COMO REGRA INTERPRETATIVA NO IUSINTERATIVISMO.

1. INTRODUÇÃO

Como já disse, incansavelmente, a criação de um sistema jurídico e de seus princípios -estes últimos como forma de resolver ou indicar os preceitos ou normas a serem aplicados ou para tornar uma regra mais clara, ou para decidir uma questão concreta- deveria se pautar sempre pela busca, aplicação e distribuição de justiça.

Não obstante isto, a construção de sistemas ou ações de poder –neles incluídos os sistemas de direito surgidos espontânea e naturalmente, como a cumprir os interesses de conquista e de poder- **sempre** foi efetuada, natural e espontaneamente, mediante justificação de interesses e manutenção de valores que justificassem tais poderes e que, em nome dessa preservação, nem sempre eram manifestados expressamente ou de forma clara aos súditos ou aos cidadãos, tampouco se conduziam à construção e constituição de uma sociedade democrática ou justa.

Quem realizava e exercia o poder, obviamente, jamais se preocupou em explicar porque e como o poder era exercido da maneira como o era nas mais distintas épocas, e, é claro, por razões óbvias. Tais justificações se encontram sobremaneira na História⁴¹².

Desta maneira, mediante esta metodologia, durante séculos⁴¹³-, se estabeleceu a criação de sistemas, de poder e de suas justificações de interesses, vale dizer, de sua ideologia. Até mesmo na criação de Universidades como já vimos

⁴¹² **ROBERTS**, John Morris (J. M.). *Breve História do Mundo*, vol. I, tradução de Maria José de la Fuente, Editorial Presença, Lisboa, 1996, págs. 33-38, deixa claro que o *homo erectus* jamais soube fazer o fogo, mas aprendeu a conservá-lo, tendo criado verdadeiros guardiães do fogo, uma espécie de categoria distinta dos demais membros do grupo, o que nos dá certeza de que o ser humano, desde as épocas mais primitivas até o mais recente período contemporâneo, sempre teve, e demonstrou ter, a vontade de conquista e conservação de poder; **CRUZET**, Maurice. *História Geral Das Civilizações*, tradução de E. Simões de Paula, Editora DIFEL Difusão Européia do Livro, 7 Tomos, 17 Volumes, vide volume 1, São Paulo, 1955/1958, 4518 páginas.

⁴¹³ **LOSANO**, Mario G.. *Os Grandes Sistemas Jurídicos. Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*, tradução Marcela Varejão, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2007, págs. 71-91.

ou por ordens, fraternidades, sociedades ou seitas secretas⁴¹⁴.

Com o advento do mercantilismo e da Revolução Industrial e o surgimento das Corporações de Ofício, apareceram com maior constância organizações de preservação de poder por concentração de conhecimento técnico e profissional. Desde aquela época já se sabia que informação é poder a tal ponto que muitas sociedades secretas formadas a partir de um conhecimento gnóstico –nutridas exclusivamente pela busca do conhecimento, portanto, não necessariamente profissionais e tampouco confessionais- passaram a administrar esse conhecimento somente aos seus iniciados e acabaram por formar associações verdadeiramente profissionais diante de um conhecimento técnico adquirido e mais especializado, vindo a repassá-lo e, em muitos outros casos, vindo a produzi-lo e desenvolvê-lo em um conhecimento também teológico ou confessional.⁴¹⁵

Toda e qualquer atitude de sistematizar o poder tinha um valor por detrás que justificava um determinado interesse. Fosse profissional, técnico, social, econômico ou político, místico ou religioso, sempre houve um valor ético a justificar a criação ou utilização de princípios, organizados e sistematizados para determinar uma ordem valorativa de regras para justificação do exercício do poder.

Princípios, ou seja, a fixação de proposições e dogmas foram utilizados,

⁴¹⁴A Universidade Al-Azhar, <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/85372-universidade-al-azhar.shtml> assim chamada por estar sediada contiguamente à Mesquita de Al-Azhar, na Cidade do Cairo, no Egito, foi criada em 972 d.C., -116 (cento e dezesseis) anos antes da criação da Universidade de Bolonha, é tida como a primeira do mundo- com o objetivo de viabilizar e aprimorar o estudo da Teologia Muçulmana a todo e qualquer crente muçulmano. Não é considerada por muitos a primeira universidade, porquanto não guardou a característica de universalidade de transmissões de conhecimento tendo sido só inicialmente uma escola de teologia, mas seu objetivo era o estudo da teologia muçulmana relacionado a todas as coisas, em visão universalista, daí o termo à época. Ao contrário, a Universidade de Bolonha, além de situar-se no Ocidente, quando criada, assemelhava-se mais ao conceito contemporâneo de Universidade, pois eram ministrados cursos de Direito, Medicina e Teologia e posteriormente de Humanidades. Atualmente a Universidade de Al-Azhar oferece cursos das mais distintas especialidades, desde o Direito Islâmico à Engenharia e Medicina e outros, porém todas ligadas aos ensinamentos islâmicos de orientação sunita. De outro modo, sociedades discretas, surgidas originariamente secretas, tais como Iluminati, Maçonaria, Templários e tantas outras surgiram como forma de viabilizar a divulgação do conhecimento a poucos, de maneira a resguardar parcela de poder na sociedade e influenciar os desígnios dos povos estados e nações. Mas, todas estas sociedades, eram formas de ampliar a divulgação do conhecimento represado totalmente pela Igreja Católica, à época e hoje, embora ainda existentes, reduziram sua influência.

⁴¹⁵<http://mundoestranho.abril.com.br/materia/onde-e-quando-surgiu-a-primeira-universidade>;pode-se verificar que mesmo sendo uma forma de ampliação de transmissão de conhecimento, era direcionado a pessoas e famílias abastadas, o que restringia o universo de pessoas para a transferência e a apreensão do conhecimento.

desvirtuadamente, para justificarem ideias; e ideias para justificarem conquista ou conservação de poder. Daí advém o **conceito de ideologia**, enquanto **teoria de justificação de interesses**⁴¹⁶.

Em tudo e por tudo e por todos, os interessados no poder (seja na sua conquista ou na sua preservação ou conservação) utilizavam-se de valores e de sua justificação de interesses. Falamos de valores e de interesses. Mas o que são valores e interesses para o nosso objetivo?

2. DIFERENÇA ENTRE VALORES E INTERESSES. A COMPOSIÇÃO DO INTERESSE COMO JUSTIFICATIVA DE UTILIZAÇÃO DE VALORES.

A definição mais clássica e conhecida do direito e que utiliza o interesse como conceito é a criada por Rudolf Von Jhering,⁴¹⁷ ao defender inicialmente a teoria do direito como interesse e afirmar que o direito consubstanciava-se no *interesse juridicamente protegido*, o que nos leva, imediatamente, à compreensão de que o direito deveria ser entendido como um valor que formula uma pretensão direcionada pelo indivíduo a uma finalidade e que deve se encontrar protegido por uma norma, um costume ou um princípio, sendo, o *interesse*, esse bem da vida assim adequadamente protegido, conforme o que

⁴¹⁶ **ENGELS**, Friedrich. *Ludwig Feuerbach e o fim da filosofia clássica alemã*, in *Textos de Karl Marx e Friedrich Engels*, volume 1, Edições Sociais, São Paulo, 1975. Neste caso, afirmo que, ainda que em visão originariamente materialista, **ENGELS** fundamenta e explica a existência da ideologia enquanto justificação de interesses ao longo de séculos, ora acusando **KANT**, por entendê-lo ilusório ou fictício em seu imperativo categórico, ora culpando **SCHILLER** por adotar a fenomenologia, e, em parte, enaltecendo **HEGEL** por sua lógica dialética, que segundo ele, **ENGELS**, desconstrói qualquer ideologia, possibilitando a dialética materialista e o fim da filosofia clássica alemã. Mas, ao assim agir intelectualmente, se olvidou de que acabava por construir não apenas uma visão dialética materialista, como, nela mesma, uma nova forma ideológica e axiológica de compreensão das relações sociais, efetivamente justificadora de interesses; *vide* igualmente **MARX**, Karl; **ENGELS**, Friedrich, *A Ideologia Alemã*, versão eletrônica disponível in <http://www.jahr.org> e igualmente pode ser encontrada em http://www.histedbr.fae.unicamp.br/acer fontes/acer_marx/tme_03.pdf em que **MARX** e **ENGELS** afirmam no seu **Prefácio**: “(...)Até agora, os homens formaram sempre idéias falsas sobre si mesmos, sobre aquilo que são ou deveriam ser. Organizaram as suas relações mútuas em função das representações de Deus, do homem normal, etc., que aceitavam. Estes produtos do seu cérebro acabaram por os dominar; apesar de criadores, inclinaram-se perante as suas próprias criações. Libertemo-los portanto das quimeras, das ideias, dos dogmas, dos seres imaginários cujo jugo os faz degenerar. Revoltemo-nos contra o império dessas ideias. Ensinemos os homens a substituir essas ilusões por pensamentos que correspondam à essência do homem, afirma um; a ter perante elas uma atitude crítica, afirma outro; a tirá-las da cabeça, diz um terceiro e a realidade existente desaparecerá(...)”.

⁴¹⁷ **JHERING**, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. (Zweck im Recht), Tradução de José Tavares Bastos, Ed. Martin Claret – Coleção: “A obra prima de cada autor”. São Paulo, 2002.

entendemos pelo vocábulo **direito** na ampla acepção de um Estado *Democrático* de Direito. Nem sempre foi considerado assim. Mesmo que talvez se tenha que melhor e mais acuradamente definir estes conceitos para o que denominamos de **lusinterativismo**, verificamos que a definição de direito de Rudolf Von Jhering contém a subliminarmente embutida ideia de valor e de norma enquanto definição de conceito de direito.

Se **direito é o interesse juridicamente protegido**, para sabermos o que é direito devemos primeiro identificar o que seja interesse.

Começamos pelos interesses para chegarmos aos valores que lhes são prévios e posteriormente ao direito como resultado de criação de todo um sistema, para afinal e imperiosamente, chegar-se ao conceito de justiça, como o principal elemento de busca para a solução dos conflitos sociais⁴¹⁸. E para isto veremos as insuficiências do sistema e suas necessidades de transformação.

Todo o **interesse**, em qualquer teoria que se utilize, verificar-se-á que é formado por três elementos substanciais, sendo, para sua efetiva realização (do interesse) um deles obrigatório e outros dois contingentes, que atuam conjunta e simultaneamente e formam o **interesse**. **São eles a necessidade (obrigatório), a adequação (contingente) e a utilidade (contingente).**

2.1. Necessidade.

Para que um ser humano tenha **interesse** sobre algo é **obrigatório** que isso se apresente **necessário** de alguma maneira à sua vida. O ser humano **deve precisar**, no mínimo, ou de um fato, ou de um ser ou de um objeto de alguma maneira e por algum motivo. A **necessidade** advém de um obrigatório valor prévio de subsistência ou um valor antecipado de manutenção de um estado de coisas ou situação (**statu quo**) em virtude de algo maior e vital. Guarda em si **um valor positivo de aquisição, de manutenção** ou **de modificação** vale dizer, em qualquer hipótese, **para suprir algo que mantenha a vida e que pode ser caracterizado como uma simples aquisição, manutenção ou mudança de situação (statu quo) ou de posição (status) para a efetivação do interesse do ser humano.**

⁴¹⁸ Acerca do conceito de **justiça-nas-decisões**, para sua compreensão adequada, além do constante no teor desta obra, remeto o leitor à nota 5 do Capítulo *À Guisa de Homenagem*.

2.2. Adequação.

Faz parte integrante de nossa vida, para que possamos conviver socialmente, que consigamos, além do **quanto necessário** (*quantum necessitatis, vel quantum satis*) que venham a se apresentar os meios, que eles –os meios– possam **satisfazer** essa manutenção de vida. É de relação **contingente** com a necessidade e com o próprio interesse, porque por vezes, pode existir um meio não tão **adequado**, mas **útil à necessidade**. Ou não tão **útil**, mas **adequado ao interesse**, e obviamente, à **necessidade**. Não se faz suficiente obter o necessário à vida ou à sua preservação **se o meio não é adequado**, ou não permite a sua manutenção por longo tempo. A obtenção de **meios proficientes** e que atendam à necessidade e permitam realizar o objetivo os torna **adequados**. Possui, portanto, **relação direta com a necessidade, mas é de relação contingente com ela**. Assim, **se algo é adequado**, em qualquer hipótese, **o é, porque o meio ou instrumento utilizado faz ou torna um objeto –um fato, um objeto ou um ente- conquistado ou obtido, permanente aos objetivos desejados, no mínimo**.

2.3. Utilidade.

A ideia de utilidade nos faz incrementar e compreender ainda mais o sentido de interesse já estabelecido pela **necessidade** e pela **adequação**. É que esta –a **utilidade**– nos demonstra que todo e qualquer fato, objeto ou ente, além de se apresentar como:

- a. **necessário** como um *valor positivo de aquisição, de manutenção ou de modificação para que se supra algo que mantenha a vida e que pode ser caracterizado como uma simples manutenção ou mudança de situação ou de posição;*
- b. **adequado** *porque o meio ou instrumento utilizado faz ou torna um objeto –um fato, um objeto ou um ente- conquistado ou obtido, permanente aos objetivos desejados, no mínimo, e*

c. **útil**, porque o ente, objeto ou fato deve trazer um uso, enquanto resultado, teórico ou prático, espiritual ou material, corpóreo ou incorpóreo ao indivíduo e que lhe acrescente algo.

Entretanto, a **utilidade** é de relação **contingente** com a **necessidade** e igualmente com o **interesse**, porquanto algo pode ser **necessário** e **adequado** e **não ser necessariamente útil** –caracteriza-se aqui o interesse momentâneo e voluptuário, por exemplo- e nem assim deixaríamos de encontrar o **interesse**.⁴¹⁹

De outro modo, é praticamente a **utilidade** que emoldura a **necessidade** e a **adequação** que dão configuração ao **interesse**, porque estando atrelada –a **utilidade**- à ideia de uso para determinado fim, confere ao **interesse** um aspecto concreto (de efetivo uso ou prática de que se obtenha resultado, **fazendo-se a ele, o interesse, obrigatória**, não contingente), no mínimo de um fato, de um ente ou de um objeto, obtidos, ainda que se apresentem imaterial ou material, corpóreo ou incorpóreo, porém isto não a torna –a **utilidade**-, em relação à **necessidade** e à **adequação**, um elemento de prática concreta e obrigatória, mas de realização abstrata e contingente à vontade do indivíduo. **Assim, algo é útil porque estes fato, objeto ou ente, isolados ou conjugadamente, podem trazer um uso efetivo de que resulte ou venha ser produzido concretamente ao indivíduo em seu ser, um acréscimo ou ganho teórico ou prático, espiritual ou material, corpóreo ou incorpóreo, de acordo com seu interesse.**

Mas não há **interesse** sem **necessidade**, obrigatoriamente.

Todavia pode haver **interesse**, com **necessidade** e **adequação**, mas sem **utilidade**. Assim como, pode haver **interesse** com **necessidade** e **utilidade**, mas sem **adequação**. Para melhor compreender essa relação de interesse, necessidade, adequação, utilidade, obrigatoriedade e contingência, em

⁴¹⁹ Quando falo de **necessidade**, refiro-a à necessidade **vital**, vale dizer à necessidade das relações de sobrevivência que geram valores de permanência da Humanidade, enquanto gênero, no Planeta Terra. Porém, também não é menos óbvio que a relação do ser humano, por exemplo, com a Estética ou a Arte, rigorosamente não estabelece como obrigatoriedade à sua utilidade de existência, mas sim, enquanto relação de contingência, o que, também, à evidência não implica dizer que não possam, eventualmente, e em casos concretos, se apresentarem em utilidade e em virtude disto, se demonstrar o interesse à sua – da Estética e da Arte- existência e que isto seja ou venha a ser, como já se demonstrou, por milênios, uma efetiva, digna e útil manifestação da conquista pelo ser humano do Planeta Terra.

interação, precisamos entender a preexistência do Valor como fundamento.

2.4. A caracterização do Interesse e a preexistência do Valor como seu fundamento.

O interesse, portanto, existe como necessário: *é um valor obrigatório e de aquisição, manutenção ou modificação para suprir algo que mantém a vida e que pode ser caracterizado como uma simples manutenção ou mudança de condição, situação ou de posição;*

O interesse deve ser adequado: *contingente, por meio ou instrumento, que faz ou torna permanente, no mínimo, um objeto, ou um fato, ou um ente, conquistado ou obtido;*

O interesse deve ser útil -*que, através de um contingente uso efetivo, dele produza um resultado de acréscimo ou ganho, teórico ou prático, espiritual ou material, corpóreo ou incorpóreo, no mínimo ao indivíduo, de acordo com seu interesse e gerando nele alguma espécie de satisfação- para a obtenção do direito.*

Todo o interesse, pois, é gerado por uma necessidade de objetivos, por adequação de meios e instrumentos para obtenção desses fins e para a utilidade do resultado a ser obtido para suprir o *interesse*.

Entretanto, previamente ao interesse, que se caracteriza por necessidade, adequação e utilidade, como acabamos de explicar, previamente a todos os momentos em que ele se manifesta, surge, nas relações humanas, no mínimo, bilaterais e atributivas de direitos e de deveres, de faculdades e de sujeições, o **valor** como elemento essencial à própria Vida Humana.

Assim, torna-se compreensível e certificável que o **valor** é um elemento subjacente que justifica o surgimento da vontade e do interesse em entes, em relação a fatos e a objetos em todos os fenômenos da Vida.

É o **valor** que estimula a vontade do Ser Humano e lhe confere ou agrega o interesse à sua finalidade de existência. Não há **valor** sem a presença do ser humano, ou melhor sem a presença de Vida, de qualquer espécie. Porque o maior valor de todos, em qualquer espécie de Vida é a **Preservação da Vida e da Humanidade** e deste **valor ético universal** decorrem em graus, imediata e hierarquicamente, inferiores, os demais valores éticos universais. Esta

concepção é de suma importância para o Iusinterativismo.

3. A CONSOLIDAÇÃO DOS VALORES COMO UM DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS DE CRIAÇÃO DE UM SISTEMA DE DIREITO (A BASE DO *IUSINTERATIVISMO* ENQUANTO SISTEMA DE VALORES ÉTICOS UNIVERSAIS, FATOS OU FENÔMENOS SOCIAIS, PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICOS VIGENTES E ACEITOS).

Por adentrarmos aos valores, como essenciais à própria Vida Humana poderíamos ser criticados por estarmos trazendo uma teoria supostamente velha e já amplamente debatida. Mas não é tão simples assim e não é disto que se fala. Afirmar ser iusnaturalista qualquer concepção que busque a aplicação de valores é um reducionismo iuspositivista aberrante, insuportável e anticientífico! É preciso reconhecer e demonstrar –constantemente– que a existência de **valores éticos universais** anteriores à própria existência da lei, (porém simultâneos à existência humana, porque nascentes com as relações humanas) enquanto norma jurídica, já efetuava regências nas sociedades primitivas baseadas no costume e em princípios não-costumeiros –verdadeiras listas de regramentos ditados por um sacerdote ou pelo grupo–, mas, eram verdadeiros valores éticos, relativos ao respeito e à dignidade do ser humano para manutenção, condução, avanço e preservação da Vida Humana em dada coletividade.⁴²⁰

A existência desses valores éticos é permanente e universal e nisto, há um evidente sentido de Direito Natural. Mas não é um direito natural apriorístico. Ele nasce com a existência e as relações humanas. Não é divino e tampouco metafísico.

⁴²⁰ Ainda que se venha a afirmar que a Luta pela Vida (*Darwin's struggle for life*), no âmbito animal, nos promórdios da vida no Planeta Terra, não continha qualquer valor ético ou mesmo relação com o que hoje denominamos de valores éticos universais, contesto veementemente esta assertiva, destacando que o sentido, ainda que instintivo, inicialmente, de **Preservação da Vida e da Humanidade** é o **maior dos valores éticos universais** que todos nós –humanos– temos a proteger, porquanto asseguramos, assim, a preservação da Humanidade e com ela todo o próprio sentido axiológico do que seja –ou veio a tornar-se– a Vida Humana. Talvez, como podemos ver em uso dos Vetores Naturais, naquela época (**tempo**), em territórios inóspitos (**lugar**) com seres de consciência rudimentar não existisse a exata consciência ética (**identidade**), na forma científica, pedagógica e didática que a conhecemos hoje em dia, mas certamente já era sentida, por nossos antepassados, a sua missão (**finalidade**) de preservar a Vida e conquistar o Planeta.

Depois de formada a existência humana, e suas próprias relações humanas, primordiais ou não, nasce esta espécie axiológica de **direito à vida, direito à liberdade, direito à dignidade da pessoa, direito ao trabalho digno como forma de identidade social e de sustento humano** e os demais valores decorrentes destes⁴²¹, em segunda e terceira geração e nas seguintes, e assim por diante.

Contudo, a aplicabilidade do iusnaturalismo, em sentido absoluto, como o sustentou Kelsen, para formular suas críticas -que até hoje insistem os iuspositivistas em praticar e fazer permanecer no universo teórico-jurídico- é inteiramente descabida⁴²², sendo crucial, no século XXI, a utilização do **iusinterativismo**, por meio do qual os valores éticos do Direito Natural se reconhecem permanentes e universais, mas inteiramente aplicáveis em interação relativa e distintamente, guardando adequação com a verificação e o estudo da **Identidade dos fenômenos em análise; da Época –ou Tempo- de sua produção; do Lugar –ou o Espaço- de sua ocorrência; e da Finalidade –ou Objetivo- de sua eventualidade**. A estes elementos, nos capítulos iniciais desta obra, denominei de **Vetores Naturais**, porque, como já disse, exercem a função de determinar o direcionamento da investigação do Fenômeno social ou jurídico, de acordo com a Natureza e em qualquer *sociedade e/ou tempo e/ou local e/ou finalidade*.

4. O IUSNATURALISMO FENOMENOLÓGICO OU IUSINTERATIVISMO E OS FENÔMENOS ILÍCITO, ANTIÉTICO, AÉTICO, IMORAL E AMORAL.

Existem então, pelo que se demonstra, valores éticos materiais e valores éticos imateriais. Mas há justificação de **valores éticos** imateriais e materiais e de

⁴²¹ A tentativa de classificação exata desses **valores éticos universais** em um futuro próximo poderá ser objeto de outra investigação e trabalho a ser procedido por mim. Por ora, contentemo-nos com algumas exemplificações consistentes e notáveis (vide Capítulo 4, item 2.3.3. da presente obra e Conclusão Geral nº 36) para demonstração prática do que desejo provar junto à realidade social, importando destacar a real possibilidade de concretidade desses valores éticos universais e a necessidade de compreensão e de identificação de sua existência como forma de orientação para busca e aquisição do conceito e da prática de **justiça-na-decisão**.

⁴²² **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*, *op. cit.*; entendo, entretanto, que com a pretendida inaplicabilidade axiológica da teoria purista de **KELSEN** e a inadequação metodológica com a criação da GRUNDNORM -a Norma Fundamental- construída a partir de valores primordialmente rejeitados como fundamento em sua teoria pura há uma contradição inerente ao próprio purismo desejado pelo autor austríaco.

valores **não-éticos** materiais e imateriais. Entretanto, mesmo para o direito e sua organização como sistema em busca de **justiça-nas-decisões** aos valores materiais e imateriais a aquisição têm de ser ética, sob pena de se situarem no campo do **ilícito**, do **antiético**, do **aético**, do **imoral** ou do **amoral**, os quais não são, em nenhum momento, sinonímias, como podemos ver em seguida, tampouco objetivo ou método do direito, e impedem a concessão da decisão judicial **iusinterativa** ou, como poderíamos chamar, **a justiça-nas-decisões**.

Ao **iusinterativismo** que trabalha precipuamente com os **valores éticos universais** como uma das dimensões culturais de Reale, e portanto requer o uso incessante da Ética no Direito, não conseguindo compreender norma que não tenha conteúdo ético, porquanto toda a regra contém um preciso princípio mínimo de ordem para ser norma em si mesma e seria uma contradição em essência –verdadeiro paradoxo- afirmar-se não-ética qualquer regra reguladora de conduta, mesmo as mais técnicas, porque referindo-se a controle de qualquer conduta ao fazê-lo de maneira **antiética** –ou supostamente **aética**- evidentemente acarretaria profunda injustiça social e, com isso, desigualdades, tratamentos discriminatórios, gerando cada vez mais conflitos sociais.

Contudo, para prosseguirmos nesta análise, faz-se necessário definirmos os conceitos de **Ética, Moral e Moralidade**, a fim de que não sejam feitas desnecessárias e equivocadas afirmações e valorações sobre o que afirmamos acerca de tais elementos conceituais.

4.1. Sobre a Ética - Definição

ÉTICA, em nosso entender, **é a cognição e estudo dos valores e princípios éticos universais que coordenam e orientam a conduta humana em sociedade.**

4.2. Sobre a Moral - Definição

MORAL é a apreensão cultural e regulação consuetudinária dos valores e princípios éticos universais e a sua formulação prática de modo conjugado e interativo em cada identidade (tipo de sociedade ou povo ou

peessoa), cada tempo ou época, cada lugar e com variada finalidade a cada realidade.

4.3. Sobre a Moralidade - Definição

MORALIDADE é a instrumentalização desses valores e princípios éticos universais em condutas humanas e sociais adequadas a fim de conseguir-se que a subjetividade de cada ser humano seja limitada ao âmbito da individualidade e que a objetividade se aplique, preferencialmente, à esfera da coletividade determinada em limites de tempo e lugar, ou a casos concretos, individuais ou coletivos, visando ao bem-estar na convivência social.⁴²³

Estabelecidos estes parâmetros podemos fixar o nosso entendimento do que seja *ilícito, antiético, aético, imoral, amoral ao iusinterativismo* para a continuidade de nosso trabalho. Vejamos pois:

4.4. O Ilícito.

O ilícito, porque amparado etimologicamente no conceito latino do *non licet*, não se consubstancia somente no que não é permitido, vale dizer, não apenas no que não está autorizado a ser realizado, por falta de regência normativa praticada pela autoridade (ou omissão), como também não se consubstancia somente no que está proibido, ou seja, no que está expressamente vedado pela norma. Também se consubstancia como o fenômeno em que, inexistente a vedação expressa, faz-se ilícito em virtude da qualidade antiética do fato em análise ou julgamento contrariando diretamente um valor ético universal, ou em que, sobre esse fato em análise, se verifica ineficiência de regência normativa, de competência da autoridade legislativa, em que também lhe falta, em razão disto, o elemento ético a dar-lhe fundamento e existência, a dar-lhe legitimidade. Neste caso, há efetiva e direta ofensa a um valor específico para

⁴²³ Para formação dessas definições por este autor cf. **BITTAR**, Eduardo C. B.. *Ética Geral e Profissional. Curso de Ética Jurídica*, São Paulo. Editora Saraiva, 2007, pág. 105, nota 139; cf. **RANGEL JUNIOR**, Hamilton. *Princípio da moralidade institucional, conceito, controle e aplicabilidade na Constituição Federal de 1988*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2001, página 26.

a ocorrência da ilicitude.

4.5. O antiético.

O antiético, porque exata e diretamente contrário aos valores universais da ética se subsume a uma invalidade oriunda de uma ineficácia social –ausência de aceitação social- de sua realização por ofender expressa e concretamente os valores universais da ética e supraconstitucionais criadores do direito e do sistema.

4.6. O aético.

O aético, porque indiferente aos valores éticos, os fenômenos materiais podem produzir situações e efeitos que não se preocupem com a subsistência ética do fenômeno, o que não quer significar com isso que o fenômeno não tenha advindo de um valor ético e não possa contrariar um determinado valor de forma indireta. Deixa-se, abandona-se, com isso, a proteção ao valor ético em virtude da indiferença de decisão ou de atitude, realizando-se uma espécie de vulneração indireta ao valor ético por omissão de regência e de controle, em virtude da indiferença do conteúdo da decisão.

4.7. O imoral.

O imoral porque embora existam valores éticos universais a serem cumpridos quando se deparam com a cultura de um país, ou de uma região, ou de um determinado local ou área populacional, é um fenômeno que, embora se fundamente na aparente utilização desses valores éticos, vem a contrariar expressamente a interpretação cultural costumeira e local desses valores éticos universais. É preciso que o juiz venha a sopesar a predominância entre os valores objeto do Fenômeno Social em análise, em interação com a Norma Vigente e os Vetores Naturais para realizar **justiça-nas-decisões**. Tende a, nos dias atuais, sofrer uma mitigação forte, diante da facilidade de intercomunicação tecnológica mundial e constante troca de informações acerca de costumes e praxes locais e regionais, muitas vezes transplantadas e

assumidas por aculturação⁴²⁴.

4.8. O amoral.

O amoral se manifesta porque, à existência de valores éticos universais acolhidos pelos mais distintos povos e regiões do planeta, a apreensão e realização local, desses valores, pela natureza de seus costumes ou regras culturais, não produz contrariedade, realizando-se, agindo-se, todavia, em verdadeira indiferença à aplicação desses valores e, com isso, de modo indireto, permitir a vulneração dos valores éticos universais e permanentes, em razão da omissão ou deturpação de aplicação desses mesmos valores.

Não vamos trabalhar, portanto, como se vê, do modo como o faziam Kelsen ou Bobbio, com os conceitos restritos e relativos de **permitido** ou **proibido**, porque se apresentam limitados para a realidade que vivemos no século XXI. Entre a permissão e a proibição há um vasto campo neutro, em que se admite tudo.

Todo e qualquer sistema de direito e regras, para o *iusinterativismo*, por mais fundamento legal que apresente ou contenha, é injusto e insuficiente, se não se apresentar ético, ou melhor, se não aplicar normas de conteúdo ético.

Já que compreendemos a origem do sistema de direito iuspositivista, a diferença ente *valor e interesse*, a composição do interesse e a distinção entre seus elementos *necessidade, adequação, e utilidade* e a identificação do que seja **ÉTICA, MORAL, MORALIDADE** e *ilícito, anti-ético, aético, imoral e amoral*, podemos agora vir a trabalhar com os princípios, enquanto **preceitos impregnados de valor** e estudar-lhes a eficácia, a eficiência e a efetividade para o *iusinterativismo*.

⁴²⁴ Alguns casos se apresentam como exemplos modelares: A adoção, por *lobbies* ou grupos de pressão, de subornos para a garantia de obtenção de leis mais favoráveis a determinado setor da economia; a indicação pessoal e política para preenchimento, por meritocracia, de cargos públicos em disputa, desviando-se do critério objetivo meritocrático e tantos outros que demonstram a prática da imoralidade na administração pública.

5. A METODOLOGIA *iusinterativa* E A APLICAÇÃO DE VALORES E PRINCÍPIOS AO QUE CHAMAMOS SISTEMA *IUSINTERATIVO* PARA A CONFIGURAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL *iusinterativa (justiça-nas-decisões)*.

Como considero, pois, cientificamente, que a aplicação dos princípios **i)** seja como argumento interpretativo particular nas demandas judiciais (usado pelos advogados na defesa de seus representados ou pelos juristas quando emitem pareceres e que denomino **doutrinário**); **ii)** seja como método de interpretação legislativo (usado pelo legislador, que nomeio **autêntico**); ou **iii)** aqueloutro judicial (usado pelo magistrado e que é nominado como **usual**)⁴²⁵ é essencial observar qual é o sistema de direito, sobre que sistema há de se debruçar essa análise de fenômenos, e qual o propósito desse sistema. Isso, porque na maioria das vezes, os sistemas de direito construídos ao longo dos séculos, como já disse, jamais se preocuparam com a aplicação e distribuição da justiça.

Quero dizer, se vou realizar uma análise doméstica –ou seja, a verificação dos princípios do nosso próprio sistema nacional-, ou se o propósito é análise interpretativa de um fenômeno estrangeiro e fora do sistema jurídico nacional – portanto relativo e condizente a um sistema de direito estrangeiro-, o tratamento dos princípios em hermenêutica, necessariamente, não pode ser o mesmo. Se assim o fizesse –como o luspositivismo sempre cumpre e pratica aos sistemas de mesma origem, se **civil law** ou **common law**-, equivaleria, metodológica e cientificamente à mesma atitude antropológica e inadequada de se analisar os costumes e moral de uma tribo africana com os preceitos da moral e dos costumes brasileiros, por exemplo. Seria evidente o equívoco de resultado obtido.

A resposta ao equívoco está, por exemplo, em se considerar que uma adequada análise antropológica da tribo africana somente se pode dar na compreensão efetiva de sua moral e de seus costumes próprios distintos, afastados da moral brasileira, compreendidos em sua própria circunstância nativa, assim como, é imprescindível ressaltar que na busca da distribuição de

⁴²⁵ **MACHADO NETO**, Antonio Luiz. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, Editora Saraiva, São Paulo, 1988, 281 páginas.

justiça –se é exatamente isto o que se deseja como finalidade a um sistema de direito- não se pode entender como sendo a simples leitura e aplicação de um texto legal elaborado e publicado há anos atrás seja o componente suficiente para se identificar o princípio aplicável à aplicação de justiça a um fato ou fenômeno social recente.

O **juiz *iusinterativo*** utilizará do sistema *iusinterativo* aplicando os princípios, porém analisando-os, como o dizia Reale em avaliação histórico-axiológica e que, eu, mediante a interatividade destes valores –ou princípios- com Vetores Naturais, denomino de *iusinterativo* para ***justiça-nas-decisões***.

5.1. Os vícios do sistema *iuspositivista* na interpretação por princípios.

De outro modo, mesmo quando recorremos ao nosso próprio sistema doméstico temos alguns vícios de análise impregnados do *iuspositivismo*.

Isto, porque, quando o sistema de direito recorre à interpretação por princípios, na verdade, os seus intérpretes, os principais operadores do direito – **advogado, legislador ou juiz**- utilizam um método que, à primeira vista, além de se direcionar à identificação do preceito ***escrito*** que rege a norma, buscam, à evidência, esclarecê-la, procurando dar-lhe um significado concreto ao fato analisado, porém obtido do que está ***contido –exclusivamente- no texto escrito***. Contudo, deste modo, nem sempre se consegue obter o significado mais adequado ao fenômeno social concreto que se põe em julgamento.

Seria fácil, oportuno -e bem apropriado- realizar algumas indagações para melhor situar o que quero significar:

- a. - **“Mas se é a lei⁴²⁶ –portanto, a norma positivada ou a norma explicitada- que estabelece o parâmetro de justiça na sociedade, onde está o equívoco?”**

⁴²⁶Aqui o sentido de lei é o mais geral possível. Regra. ***Law***, em inglês. Estamos falando dos mais variados sistemas de direito no mundo, dentre os quais os do ***common law***, ou mesmo aqueles outros de evidente natureza confessional ou semiconfessional –como o islâmico, o israelense, o indiano- em que não apenas a norma escrita ou positivada –***statute law***- se perfaz como norma legitimada institucionalmente, mas também, o costume ancestral e a jurisprudência do precedente trazem um forte caráter de regra *iuspositivista* porque editada ou promulgada sem qualquer intenção de produzir ***justiça-***

Resposta: A esta questão eu argumentaria em contrário que a norma positivada **não** estabelece parâmetro de justiça na sociedade, mas sim, parâmetro **mínimo** de conduta jurídica e social e que este critério de justiça estabelecido pelo iuspositivismo é de altíssima discricionariedade e subjetivismo exercidos pelo julgador, refletindo uma aplicação de um poder e **status quo** pré-constituído, exatamente ao contrário da proposição efetuada pelo iusinterativismo de criação de critérios objetivos de julgamento para fixar-se, assim, a **justiça- nas-decisões**. Ao contrário do que se possa pensar a norma pode muito bem ser injusta e, em nenhum momento produzir justiça, refletindo somente interesses sociais, econômicos ou políticos, circunstanciais, transformados em perenes por interesses econômicos;

- b. –“A lei, elaborada e promulgada pelo Poder Legislativo, já não seria justa por ter sido produzida por quem eleito para esse fim?”

Resposta: Como já tive a oportunidade de manifestar, reitero que a eleição do representante popular como fundamento de democracia representativa nas teorias constitucionais confere teoricamente legitimidade ao representante eleito, mas não confere coerência e continuidade a essa legitimidade advinda da escolha popular. Mas legitimidade é conceito real, fático. Ninguém é legítimo **ope legis**. Necessita de confirmação social. Não se diz que alguém é legítimo se, **de facto**, não o é. Em razão disso, essa legitimidade não pode ser considerada absoluta, devendo depender das condições de atuação e de efetiva representação aos interesses de seus eleitores. Esta equação não possui coerência social, tampouco factual. Na maioria das vezes, nem o eleito, em sua atuação legislativa, e nem o produto legislativo obtido pela participação do representante eleito

condizem com os interesses do seu eleitorado e sim com o consenso momentâneo obtido na hora da votação de projetos legislativos e com as pressões externas (*lobbies*) exercidas junto aos representantes eleitos, colocando-se no ordenamento jurídico e na sociedade civil um produto legislativo (**a lei**) ilegítimo, em relação à representatividade e incoerente em relação à sua materialidade, porém vigente formalmente, o que gera, necessariamente e obrigatoriamente, injustiça na sua aplicabilidade e futura e permanente contradição inter-sistêmica e um verdadeiro paradoxo entre os Poderes da República;

- c. **-”E a aplicação judicial da norma positivada, fazendo-a concreta ao fenômeno em apreciação, pondo fim ao processo, já não configura *justiça-nas-decisões*?”**

Resposta: Sem dúvida alguma, transfere-se ao Poder Judiciário a solução de uma contradição inter-sistêmica. Deve, pois, o Poder Judiciário receber um produto legislativo pronto e acabado para aplicá-lo, o qual não representa os interesses da sociedade civil e sim do grupo que se encontra legislando e que, completamente dissociado de seus eleitores produz regras, muitas vezes inconstitucionais e em seu próprio interesse? As indagações consequentes desta necessariamente são:

c.1. **“- Como se pode julgar com *justiça-nas-decisões* utilizando-se de produtos legislativos (*entenda-se = a Lei*) *anacrônicos, contraditórios e imperfeitos* no seu nascedouro e que na maioria das vezes não põem fim ao conflito submetido ao Poder Judiciário?”**

c.2. **“- Por que razão, vale dizer, qual o fundamento ético-jurídico pelo qual devo acreditar que a *norma positivada* é o elemento que permite *justiça-nas-decisões à solução do conflito* entre demandante e demandado quando aplicada textualmente pelo**

juiz?”

A contradição é, pois, entre os sistemas de direito legislativo e judicial e produzida no atual sistema de direito judicial, inerente, visceral, originária, a qual se deve enfrentar com mudança de sistema e de razoamento como estou a propor.

Assim, para estabelecer uma regra interpretativa ou *iusinterativa* (neste último caso, **com a interação de um fato ou fenômeno social, de um valor ético e de uma norma vigente à identidade, tempo, lugar e finalidade de cada uma dessas dimensões realeanas**⁴²⁷) que leve em consideração todos os princípios éticos, fáticos e jurídicos incidentes e *sub examine* é uma tarefa que além de **difícil, não é fácil**, mas não se apresenta **impossível** pela busca e obtenção da justiça. E não se trata de retórica verborrágica. Explico.

E assim exponho porque os primeiros ataques que certamente receberei pelo que estou a escrever serão de que esta proposta é **de difícil eficácia** se aceita pelos juristas ou mesmo por meus colegas, juízes; de que, se possível, **não será fácil** a sua **implementação estruturante**; ou de que, seria uma proposta de **impossível concretização** em virtude de sua natureza abstrata ou apriorística.

Não se trata de estabelecer grau de dificuldade ou impossibilidade. Tampouco isto se constitui em exemplar de retórica verborrágica. Realmente, trata-se de compreender como se estruturam –e se estruturou ao longo dos anos, guardando os critérios metodológicos e científicos, que constantemente utilizamos como se fossem os mais adequados- os sistemas de direito, em crescente e evolutiva ilusão ideológica de que a identificação -e a consequente interpretação ou integração ao ordenamento- de princípios é algo abstrato ou etéreo de que dificilmente se possa valer em concreto o magistrado julgador.

⁴²⁷ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*, Ed. Saraiva, 1ª edição, São Paulo, 1968, página 53; *idem*: *Filosofia do Direito, Título X - Teoria Tridimensional do Direito, Capítulo XXXVIII - Fundamento, Eficácia e Vigência*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, págs.495-616.

5.1.1. A dificuldade ao juiz, de natureza cultural, causada pelo sistema iuspositivista de direito, da eficácia em se avançar na busca de justiça-nas-decisões para o caso concreto.

Difícil é, porque, o operador do direito, na maioria das vezes, cai na tentação de realizar o caminho mais fácil de simplesmente se voltar à norma –ou ao seu texto- para captar qual o princípio que, ele pensa, ela está a resguardar, recaindo em uma insuficiente ilusão jurídica sobre o verdadeiro princípio a ser protegido. O que salta aos olhos, de imediato, parece-lhe mais convincente. Mas nem sempre é assim. Inúmeras vezes o princípio a ser protegido não está na norma e nem no fato, mas nos fenômenos circundantes ao fato e à norma, em verdadeiros valores éticos culturais.⁴²⁸ Aquilo que, axiologicamente se encontra na norma, em texto, e em valor embutido no texto, quando o juiz vai

⁴²⁸ Indico como exemplo de decisão com fundamento em valores éticos universais *circundantes* o voto do **MISTRO MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELO**, no Supremo Tribunal Federal do Brasil ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 – DF (Distrito Federal – Acórdão de 04/05/2011 – Plenário - ADI 4277-DF - <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?segobjetoincidente=11872>, **Peça 39-ACÓRDÃO**) envolvendo as relações homoafetivas, não encontrou no ordenamento jurídico brasileiro norma expressa autorizadora do reconhecimento jurídico como matrimônio das relações homoafetivas, mas em voto condutor pelo Ministro Relator **CARLOS AYRES BRITTO** aplicado ao fato determinou a incidência do princípio insculpido constitucionalmente no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal brasileira de promoção do bem de todos “sem preconceitos de origem, raça, **sexo**, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O que se passa é que, a par do brilhantismo dos votos proferidos pelo então Ministro Relator **CARLOS AYRES DE BRITTO** e pelo Ministro **MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIA MELLO**, e do benéfico e justo resultado obtido de reconhecimento de direitos de dignidade e de igualdade de tratamento a cidadãos nacionais ou estrangeiros, com opção sexual pela homoafetividade, *permissa venia*, alguns equívocos de fundamento foram cometidos exatamente por não se utilizar do iusinterativismo ou por fazê-lo de forma transversa e indireta, quase dificultando a concessão e reconhecimento do direito. Como facilmente se pode observar, em nenhum momento a Constituição Federal brasileira de 1988 usa a expressão “**orientação sexual**”, como equivalente a “**sexo**” ou vice-versa. Posta a dificuldade, à toda evidência que não poderia ser a utilização da kelseniana “*norma geral negativa*” a justificar a interpretação do conceito de “**sexo**” e de “preconceito”, como se fora “orientação sexual” e justificando-se a defesa de valores éticos universais, dos princípios da dignidade da pessoa e da isonomia de tratamento em defesa da cidadania. Mas, como se poderia assim interpretar, se o “**sexo**” não fora violado, nem tampouco questionado? A alegada violação, o pedido e o questionamento constitucionais na ADI 4277-DF foram direcionados à “**orientação sexual**”, não a “**sexo**”! Já o Ministro **MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIA MELLO** certamente reconhecendo a inexistência de regência expressa do termo “**orientação sexual**” -vale dizer *qualquer tipo de discriminação(?)* referente a “**sexo**”- porém renunciando à utilização da kelseniana “norma geral negativa”, centrou seu voto totalmente no princípio da dignidade da pessoa humana, inserindo-o no tempo, no espaço, em identidade e finalidade, considerando-o como “o valor dos valores”, e utilizando-se desse **valor ético circundante** e de seu núcleo principiológico, dele fez emanar “respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual” e assim houve por praticar uma decisão propriamente iusinterativa. **Observe-se que a solução foi encontrada em valores e princípios circundantes às normas.**

analisá-la, já se encontra amplamente superado sob o aspecto ético universal. Têm ocorrido séculos de cooptação e aculturação sistêmica no sentido de chamar-se o produto legislativo de **LEI** e compreendê-lo automaticamente como de aplicação *justa(?)*, daí concluindo-se que a liberdade de convicção do juiz é extrema –**dentro do processo (sic)**- porém, limitando-se esta própria liberdade judicial ao uso de analogia, dos princípios gerais do direito e dos costumes, somente na hipótese de omissão da norma escrita (=entenda-se **a lei**, o produto legislativo) ou, no que concerne à decisão por equidade, somente por permissivo legal⁴²⁹.

A dificuldade oriunda dessas cooptação e aculturação iuspositivistas é profunda e vai às raízes do próprio sistema. São elas sentidas pelos estudantes na duração de pelo menos cinco anos de bancos universitários nas Escolas do Direito, sendo instruídos no iuspositivismo, ou mesmo nos Tribunais e Cortes de Justiça, nas quais prevalece, em sua maioria, e muitas vezes por omissão ou costume, o entendimento iuspositivista.

Neste particular, devem os docentes de direito, e seus demais profissionais, sempre considerar o objetivo da aplicação da lei com o intuito exclusivo de busca e realização da justiça e não apenas do ordenamento legal ou jurídico. Deve-se, ainda que se tenha a obrigação primeira de aplicação da lei, buscar aplicá-la com fundamentos (valores) éticos que resolvam o conflito de interesses submetido ao Poder Judicial.

Observo, como exemplo de cooptação e aculturação e simultaneamente de tentativa de superação dessa realidade, o que consta na nota *retro* e consoante o inteiro teor do próprio acórdão (decisão) do Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil, em reunião plenária de 04 de maio de 2011, que pode ser encontrado no acesso à rede internacional de computadores (*internet*) na coluna lateral à esquerda do site do STF – Supremo Tribunal Federal, onde se lê na **PEÇA 39 – ACÓRDÃO**, prolatado na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade número 4277 oriunda do Distrito Federal (Brasília) e

⁴²⁹ Vide os artigos 126 e 127 do Código de Processo Civil brasileiro (Código de 1973, Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973) disponível no link http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm que reza: “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; **não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.** (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)”; e “Art. 127. O juiz só decidirá por **equidade** nos casos previstos em lei.”

julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal se estabelece claramente a divergência de fundamentos e dos recursos argumentativos utilizados pelo Ilustre Relator Ministro Carlos Ayres de Britto em relação àqueles usados pelo Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello. Este último (*vide* nota nas páginas retrasada e passada), diferentemente do voto do Relator, porquanto reconheça intrinsecamente a impossibilidade de aplicação direta do dispositivo constitucional do artigo 3º, inciso IV da Carta Magna, por nítida omissão de regência –o dispositivo referido como solução não contém regência sobre “orientação sexual”, mencionando apenas a palavra “sexo”- fundamenta-se cristalinamente em valores éticos universais, em posicionamento iusinterativo, concedendo a proteção jurídica à espécie requerida por intermédio dos valores e princípios de dignidade e solidariedade humanas que dão essência e conteúdo à cidadania⁴³⁰

5.1.2. A ausência de facilidades, ao juiz, para a identificação de valores éticos, princípios e fenômenos sociais em relação à norma vigente, para a implementação estruturante do processo com justiça-nas-decisões.

Não é fácil – e aqui não significa afirmar-se que é difícil- porque implica dizer, sim, que os métodos, para identificarmos os verdadeiros valores éticos e princípios, ambos universais, requerem de nós magistrados, ou de intérpretes e operadores do direito, uma atenção maior para chegarmos a um resultado mais justo ou iusinterativo ao fenômeno em julgamento. Entram aí, nessas situações mais complexas, componentes mais densos como os argumentos ou teorias argumentativas. Digo densos, porque os argumentos, baseados na razão, nem sempre se baseiam nos fatos, ou baseando-se neles, acabam por construir outra visão distinta do fenômeno real, na busca de sustentações dos pretensos direitos da parte formuladora ou postulante em outro prisma da mesma estória

⁴³⁰ **CABALLERO HARRIET**, Francisco Javier, em sua obra, *Algunas Claves para otra Mundialización*, 1ª. edición, Ed. FUNGLODE-Txalaparta, Navarra, 2010, destaca o dístico “DESDE O PARTICULAR AO UNIVERSAL E DO UNIVERSAL AO PARTICULAR” que expressa, em palavras o símbolo basco *lauburu* de fases alternantes e complementares de evolução e involução, e aponta, no seu entender, citando o *Curriculum Vasco, Itinerario Cultural, Propuesta de los Expertos*, San Sebastián, 2004 e igualmente, **EDGAR MORIN**, *Les sept savoir nécessaires a l'éducation du futur*, Paris, 2000, págs. 57 e segs.

e muitas vezes deformadores da realidade ou de um mero e simples esforço de enquadrar uma norma vigente inadequada a um fato concreto. Se falei anteriormente de uma cooptação e uma aculturação secular como dificuldades, agora como ausência de facilidades menciono a estrutura advocatício-judiciária pré-existente toda ela, em razão do iuspositivismo, baseada em argumentos que tentam, na verdade, em muitos casos, dar ao juiz uma outra visão da realidade do fenômeno social em análise judicial, de molde a configurar o direito segundo os interesses de seu constituinte.

Isto jamais será afastado. Mas pode ser identificado e mitigado, ou até mesmo, a cada caso concreto, eliminado.

Assim o afirmo porque o direito, como a ética, é humano, tem natureza humana, e a luta pela prevalência de um direito sobre o outro -do mesmo modo que a luta pela prevalência de um valor ético sobre outro- sempre vai existir enquanto houver seres humanos. Aqui não se deseja atacar o direito do profissional advogado que exerce o direito de defesa de seu constituinte, mas sim o uso indiscriminado de argumentações descabidas e fantasiosas que, desviantes da verdade material que o iuspositivismo admite, porque admite igualmente a visão parcial da norma intenta realizar a justiça “injusta”, porque sem **justiça-na-decisão**. Cabe a nós, juízes, ao juiz natural, ter os instrumentos para realizar, da melhor maneira a **justiça-nas-decisões**. E é a isto que estou me dedicando nestas palavras e neste trabalho.

Mas isto é outra estória que somente mais adiante analisaremos. Por ora, fiquemos aqui na discussão sobre a valoração e análise iusinterativa dos princípios. Como postulado, é necessário compreender que não existem princípios sem valores que lhe dêem conteúdo.

A interpretação por princípios é árdua na sua identificação e dura na aplicação do método, porque requer atenção às finalidades dos princípios, mas quando se espraia ao caso concreto é perfeitamente possível, tal e qual, a **justiça-nas-decisões** quanto a cada caso concreto.

Nesses casos, há, sim uma efetiva e aguda batalha que o **iuspositivismo** trava contra o **iusnaturalismo puro** que, por via indireta atinge o **iusnaturalismo fenomenológico ou iusinterativismo** como se este fora impossibilitado de buscar, demonstrar e aplicar justiça, como se contivesse no seu nascedouro uma deficiência inata em virtude de seus conceitos absolutos –

que, na verdade, como continuo a demonstrar, para cada caso concreto se pode identificar a justiça, objetivamente, modificando-se a natureza do próprio **iusnaturalismo** como de simples, para **fenomenológico**, como se houvera uma impossibilidade permanente do Direito Natural de se aplicar em concretude e uma ineficiência técnica de viabilizar um método adequado à interpretação ou integração do próprio ordenamento de direito, o que é, evidentemente, absurdo.

Na verdade, as dificuldades, as ausências de facilidades e as impossibilidades são construídas ao **iusnaturalismo** mediante permanentes ataques e argumentos formalistas que jamais buscaram a distribuição de justiça ao cidadão sob o fundamento de que os princípios devem estar assegurados por texto de lei ou simplesmente consubstanciados na subsunção do fato à norma. Portanto, como já se disse sobejamente, não é o bastante u'a mera subsunção da Norma ao Fato, como o administram e sustentam os iuspositivistas, para que se possa reconhecer a aplicabilidade de um princípio, porque o princípio não é a norma. Precede-a em valores e orientação. O caminho, ou metodologia judicial, tem de ser mais amplo e dinâmico, considerando todas as variáveis e agentes intervenientes no feito, e a análise consequente não pode ser u'a mera lógica formal silogística a efetuar conclusivamente a interpretação do preceito, pois levará, com toda a certeza, e efetivamente, a uma decisão equivocada e injusta para o caso.

5.2. A possibilidade concreta de realização de *justiça-nas-decisões* pela aplicação do iusinterativismo.

Quanto à sua **possibilidade**, é de evidente prática porque evidencia a atuação judicial **in concreto**, porém não impede o uso do iuspositivismo pelo julgador e da anacrônica subsunção do fato à norma, mas **É** certamente uma opção judicial em busca da **justiça-nas-decisões**. Assim, se quisermos adotar a melhor forma, o melhor método de fazer e distribuir justiça faz-se necessário interagir dimensões culturais com vetores naturais em evidente razoamento iusinterativo.

Dimensões culturais, reafirmo, são produtos de uma dada sociedade que refletem as suas expressões normativa, social e ética, entendidas por Miguel

Reale como **Fato ou Fenômeno Social, Valor Ético e Norma Vigente**.⁴³¹

Vetores naturais, como já adiantei, são expressões ônticas e geodésicas da natureza que servem à identificação de seres e objetos em análise para qualquer intenção do observador e compõem-se, segundo nossa concepção, de **identidade, tempo, lugar e finalidade**.

A interação desses elementos perfaz o **razoamento iusinterativo** e a aplicação do **iusinterativismo**, se assim podemos chamar o elo cultural-relacional havido entre as Dimensões Culturais criadas por Miguel Reale, de **Valor Ético, Fenômeno Social e Norma Vigente** e a elas aplicarmos ou fizermos incidir os Vetores Naturais –de **identidade, tempo, lugar e finalidade**– que preconizo necessários e essenciais à identificação de todo fenômeno existente em todo e qualquer ente e situação de Vida, que nos leva a superar, em muito, o arcaico e tímido método subsuntivo silogístico e positivista para interpretação e integração do Direito.

Já afirmamos sobejamente que todos os elementos existentes em fenômenos na Vida (seres ou coisas) possuem valores a justificar a sua existência. Corroboram este pensamento autores como Zygmunt Ziembinski⁴³² para quem, mesmo tratando sobre a *analogia legis*, destaca a importância dos valores e sua preexistência ao sistema de direito, na medida em que são instrumentos de reconstrução axiológica desse próprio sistema, viabilizando sua flexibilidade hermenêutica e a óbvia incursão de princípios a legitimar o sistema de direito. Observe-se o seguinte texto de sua lavra quando fala que para a aplicação da *analogia legis*, enquanto instrumento de interpretação e integração em um sistema de direito, é relevante a reconstrução antecipada de um sistema de valores que dê fundamento axiológico às normas em necessidade de interpretação ou integração, *exempli gratia*:

“o problema principal da **analogia legis** é a reconstrução de um **sistema de valores** que dão fundamento axiológico às normas jurídicas em questão. Será este, pois, **o problema de reconstrução de um sistema de valorações** –

⁴³¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, Ed. Saraiva, Título X - Teoria Tridimensional do Direito, Capítulo XXXVIII-Fundamento, Eficácia e Vigência, págs. 495-616, São Paulo, 1986.

⁴³² ZIEMBINSKI, Zygmunt. “**Analogia legis et interprétation extensive**”, em *La logique juridique. Travaux du Ile. Colloque de Philosophie du Droit Comparé*, Paris, 1967, página 248 e seguintes.

sistema atual ou inclusive o sistema passado-atribuído por juristas desse país a uma pessoa fictícia, denominada “legislador”. Esta reconstrução é um ponto frágil destes tipos de razoamentos jurídicos desde o ponto de vista do postulado da estabilidade do sistema jurídico, ***como por sua vez um ponto forte desde o ponto de vista do postulado da flexibilidade desse sistema.*** (Negritos e *cursivas* não estão no original).

Ao realizar esta afirmação, Ziembinski não adentra ao iusinterativismo, mas prepara e demonstra essa compreensão ao denotar a constante necessidade de revisão ou atualização axiológica do sistema de direito para a atuação hermenêutica. Principalmente no uso da analogia.

Todavia, os doutrinadores não avançam nessas considerações pelo temor - inculcado pelo iuspositivismo- de não conseguirem tornar concretos os fundamentos axiológicos encontrados nos fenômenos em análise.

Como se pode verificar, ocorre uma visão majoritária no âmbito jurídico, de que há na configuração racional do Direito, para sua apreensão intelectual em todo, e por todo e qualquer ser humano, uma fortíssima tendência em se afirmar que as normas preexistem e que, portanto, ***após*** essa existência é que se busca o preenchimento ou a verificação de seu conteúdo para os casos concretos e que isto é missão do magistrado, no exercício do poder jurisdicional.

Há um evidente e intencional equívoco e inversão de valores na formulação do parágrafo imediatamente anterior que acabo de escrever acima, embora pareça aceitável e de perfeita fórmula lógica e racional.

Ao longo de séculos e de nossos anos de bancos escolares o ***iuspositivismo*** nos fez crer –e praticar- que ao juiz, enquanto solucionador constitucional de conflitos sociais, não é dado decidir mediante a aplicação de princípios gerais do direito, de costumes ou de analogia, ***senão quando omissa a lei.*** Assim o magistrado somente poderia interpretar a lei quando esta não fosse clara, e pudesse causar uma dúvida ou omissão, ou integrá-la, porque lacunosa, mediante princípios, costumes ou analogia. É o chamado princípio

democrático do direito⁴³³. E para isso recorreria, primeiro, às normas para a solução do caso concreto e após essa existência da norma é que se dirigiria à lacuna ocorrida, verificando-lhe o conteúdo axiológico para o devido preenchimento.

Como disse antes, não é **após** a existência da norma que qualquer intérprete ou operador do direito deve buscar a verificação de seu conteúdo axiológico ou principiológico, para os casos concretos ou acabar por encontrá-los. Enquanto depositária e continente de valores e princípios, a norma já foi impregnada desse conteúdo axiológico e principiológico quando foi objeto de elaboração legislativa. E diria que nem sempre se emprestou ou se preencheu do conteúdo adequado. Até porque preexistem valores à própria criação das normas que demandam –eles, os valores- a criação delas e nem sempre, nelas, são consagrados. Mas, **sempre**, preexistem valores éticos em relação a tudo e todos. Como a norma é expressão da vontade do legislador, nem sempre esta vontade considerou valores éticos universais e muitos menos os atualizou. Assim, tem-se, no momento do julgamento, a possibilidade de conflito: entre normas, entre fatos e normas, entre fatos, valores e normas e entre valores e normas.

E não se deve tratar esse momento de análise como se fora simplesmente a possibilidade de aplicação de um método de interpretação e denominá-lo **histórico** para sanar este problema de conteúdo axiológico do sistema. O método **histórico** de interpretação também existe, mas não é para este caso. O método **histórico** pode –e deve- ser usado para dirimir dúvidas –**históricas, e jurídicas**- relativas ao momento da construção legislativa da lei e da intenção original do legislador. Mas jamais servirá para a análise iusinterativa de Vetores Naturais e de Dimensões Culturais enfatizando e aplicando iusinterativamente fenômenos sociais, valores éticos e normas vigentes.

De outro modo, é curioso notar que o valor que tenha influenciado o legislador à época de criação da norma, muitas vezes não mais é o mesmo valor que exala da norma no momento da sua promulgação. De outro modo, também

⁴³³ O princípio **democrático**, no direito, é o que determina a impossibilidade de o juiz exercer o poder de legislar, no sentido de que a **lei** deve advir do povo por meio de seus representantes constitucionais, restringindo a atuação do julgador constitucional, de molde a impedi-lo de criar regras, somente podendo interpretar as já existentes ou na omissão delas, integrar o direito no ordenamento mediante uso de analogia, princípios gerais e costumes.

pode não ser mais nem o valor ético constante do momento de produção da norma (*anteprojeto de lei*), menos ainda, o valor ético durante a sua tramitação legislativa (como *projeto de lei*), tampouco o valor ético contido na época da promulgação da norma (*publicação da lei aprovada*), e muito menos quando esta norma for aplicada (*decisão judicial=sentença ou acórdão*⁴³⁴), com um determinado valor ético, por um magistrado na solução de um caso concreto.

Onde fica a **coerência** do sistema?

Como entender a **completude** do sistema?

Para que serve a **validade** do sistema?

O que leva um jurista ou um doutrinador do direito a afirmar existir –ou atribuir– um único conteúdo à norma jurídica para aplicação judicial, se ela não se apresenta recente?

Haveria uma “suposta e implícita deslealdade intelectual” nesta postura?

Observe-se, pois, que em quatro momentos de **tempo** diferentes em relação ao mesmo **Fenômeno –ou Fato- social** podemos ter a **identidade** do fato

⁴³⁴ No direito brasileiro, “**decisão judicial**” é a expressão genérica que designa qualquer espécie de decisão prolatada por um órgão jurisdicional, seja ele de primeiro grau de jurisdição, de segundo grau de jurisdição ou de jurisdição superior ou constitucional, como também qualquer espécie de decisão tomada no curso do processo. As decisões monocráticas que extinguem o andamento da causa podem determinar a sua **extinção sem julgamento do mérito** –hipótese em que por falta de pressupostos processuais ou de condições da ação não se prossegue com o processo- ou implicar o **julgamento de mérito da demanda**; no primeiro grau de jurisdição são denominadas de **sentenças**; do mesmo modo, as decisões que extinguem o feito em segundo grau ou em graus superiores **sem julgamento/resolução do mérito** –por, como já se disse, falta de pressupostos processuais ou de condições da ação- ou que efetuam a **resolução/julgamento do meritum causae** por órgãos colegiados de segundo grau de jurisdição –no Poder Judiciário brasileiro não existem órgãos colegiados no primeiro grau-, por sua natureza colegiada são denominadas de **acórdãos**, porque resultam do acordo ou consenso, parcial ou integral obtido, ou por maioria ou por unanimidade, quanto ao resultado da causa. Existem outras espécies de decisões que servem tanto aos juízos monocráticos de primeiro grau, como aos juízos colegiados de Cortes Judiciais, e que não resolvem o mérito da demanda porque esta não é a sua finalidade tais como os **despachos** como “*Ao Perito Judicial para elaboração de laudo*”, “*Ao Contador*”, “*Intime-se o apelado/recorrido para apresentar contrarrazões*” ou as **decisões interlocutórias** em que se decide incidentalmente algo que pode influenciar futuramente na elaboração da decisão judicial da causa, como “*Indefiro a apresentação da prova emprestada por estar anacrônica à demanda*”, ou *Acolho a contradita da testemunha considerando a relação de amizade íntima com o Autor*”. Cito a este respeito o **Código de Processo Civil brasileiro de 1973**, “**Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º - Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. (Redação dada pelo Lei nº 11.232, de 2005) § 2º - Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. § 3º - São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.**” Vide o link http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm e também o link do novo Código de Processo Civil (Lei 13105, de 16 de março de 2015, com vigência para 16 de março de 2016, a saber: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1045

regrado por uma **Norma vigente** com **quatro Valores éticos**, distintos em razão de sua **época (tempo) de origem, de tramitação, de promulgação ou de aplicação**, em uma mesma **relação jurídica!**

Um fato ou fenômeno assim avaliado ou julgado, levando em consideração todos esses elementos, terá um razoamento que redundará certamente em **justiça-nas-decisões** como consequência, na hipótese da utilização, pelo juiz, do **iusinterativismo**.

5.2.1. As Indagações Judiciais para formação da sentença em uso do Razoamento Judicial Iusinterativo para a efetividade de justiça-nas-decisões.

A reforçar este entendimento apresento -e é este o tema mais relevante de nossa exposição atual- 7 (sete) parâmetros e questionamentos obrigatórios que dizem respeito aos **valores éticos** –fundando princípios-, ao **fenômeno social** em análise e à **norma vigente**, e que dão conteúdo à construção do produto legislativo –lei- os quais devem preencher a permanente e **iusinterativa** curiosidade jurídica do magistrado julgador para a aplicação do direito e da justiça, enquanto valores, princípios e normas, aos casos concretos de sua competência para julgamento. Partindo-se do pressuposto da análise do **Fenômeno social** identificado **iusinterativamente** pelo magistrado julgador, estas são as **sete interrogantes necessárias**⁴³⁵ para a formação da **decisão judicial iusinterativa**⁴³⁶ –**justiça-nas-decisões**- na causa, a saber:

⁴³⁵ De acordo com **MIGUEL REALE**, não afasto a possibilidade da técnica interpretativa, mas tomo o cuidado de alertar para a postura, muito comum nos magistrados, de substituir qualquer busca ou realização de **justiça-nas-decisões**, com a prática do razoamento iusinterativo, pelo resultado da interpretação efetuada, como se a simples utilização da técnica de hermenêutica já concedesse ou aplicasse **justiça-nas-decisões**, sendo temerário pensar-se assim. Há que se realizar o razoamento iusinterativo e igualmente a interpretação, cuidando-se para não se deixar levar pela retórica. Por isso tenho definido a necessidade de questionamentos para a interação fático-axiológica-normativa à formação e aplicação do direito enquanto **Experiência Jurídica** e, para mim, aplicação de **justiça-na-decisão**.

⁴³⁶ De se considerar que o uso desses questionamentos e as respostas obtidas são essenciais e fundamentais para a aplicação do iusinterativismo e como consequência a obtenção de **justiça-nas-decisões** para a solução dos conflitos submetidos ao poder jurisdicional.

5.2.1.1. As Sete Indagações Judiciais Iusinterativas Formativas de Justiça-nas-Decisões.

Torna-se evidente aqui uma lasca de subjetividade e discricionariedade a ser exercida pelo juiz, mas mitigada quanto aos parâmetros e critérios objetivos que são e estão desenvolvidos nos próprios questionamentos ínsitos ao raciocínio iusinterativo para formação da decisão judicial iusinterativa. A discricionariedade judicial não mais ocorreria em razão de uma pura subjetividade oriunda de padrões pessoais, mas sim de critérios objetivos formados e apresentados em tais indagações para a solução da demanda que lhe foi submetida à apreciação. Senão, veja-se:

1. VALOR ÉTICO ORIGINARIAMENTE PROTEGIDO.

“Qual o valor –constante da época da produção legislativa da norma- que se desejou proteger com a edição ou promulgação legislativa daquela norma?”;

2. APLICABILIDADE DO VALOR ÉTICO AO CASO CONCRETO.

“Deve este valor ser aplicado nos dias atuais e para este caso concreto em questão?”;

3. PERMANÊNCIA OU SUBSTITUIÇÃO DO VALOR ÉTICO ORIGINÁRIO.

“Deve permanecer este valor ético originário a ser protegido normativamente ainda nos dias atuais ou outro valor ético atual, deve substituí-lo?”;

4. EFICÁCIA (aceitação social) DA NORMA VIGENTE PARA PROTEÇÃO DO VALOR ÉTICO ORIGINÁRIO.

“A norma vigente atual protege suficientemente o valor que deu fundamento à sua criação legislativa ou o texto da lei não mais serve –parcial ou integralmente- a este objetivo?”

5. EFICIÊNCIA (utilidade prática do resultado) DA NORMA VIGENTE PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO.

“Com a aplicação pura e simples da norma vigente soluciona-se este conflito material e eticamente?”;

6. EFETIVIDADE (real situação de exequibilidade) DO VALOR ÉTICO ORIGINÁRIO COMO PRECEITO SOLUCIONADOR DO CONFLITO.

“Havendo insuficiência da norma vigente para solução efetiva do conflito, a aplicação do valor protegido originariamente resolve o conflito materialmente?”

7. APLICAÇÃO DE VALOR ÉTICO ATUAL E PRINCÍPIO VIGENTE NA HIPÓTESE DE INSUFICIÊNCIAS DA NORMA VIGENTE E DO VALOR ÉTICO ORIGINÁRIO PARA SOLUCIONAR O CONFLITO.

“Havendo insuficiência da norma vigente e do valor ético originário para solucionar o conflito o valor ético, atual, e seu consequente princípio resolvem este conflito materialmente?”

Observe-se que não nos importa o estudo dos preâmbulos legais ou mesmo das exposições de motivos que possam vir a permitir saltar aos olhos algum preceito da regra em estudo ou fundar um significado ao diploma legal ou à lei que se tenta interpretar ou esclarecer. Não que preâmbulos ou exposições de motivos não expressem fundamentos ou valores éticos. Expressam. Mas disso não se trata. Trata-se sim, de buscar a melhor aplicação do valor -que até pode estar embutido em preâmbulos ou exposições de motivos- enquanto fundamento dos princípios que resulte na viabilidade da solução do conflito. Muitas vezes o próprio Preâmbulo ou Exposição de Motivos, retórica e argumentativamente, **encobre** verdadeiras razões filosóficas ou sócio-econômicas não dispostas no texto legal, mas cujas consequências são atingidas, levando o julgador a decidir aprisionado a tais fixações legais. Por tais fundamentos é que entendo que o julgador deve efetuar interrogações concretas para obtenção de respostas concretas em processo concreto mediante critérios objetivos de análise do fenômeno em juízo. Isto é o que se deseja.

Com a resposta a tais indagações e estes procedimentos, o magistrado julgador certamente terá a identidade específica de cada **valor ético**, tendo

condições de, judicialmente para o caso concreto (**fato ou fenômeno social**), identificar o princípio aplicável e conceder-lhe *justiça-nas-decisões*. Com a utilização das **dimensões culturais** e dos **vetores naturais**.

Toda a **norma vigente**, todo o **fato social**, ou todo o **fenômeno**, na Vida, está impregnado, como seguimos afirmando, de uma espécie de **valor ético** que se antepõe a toda existência de fenômenos. Os fenômenos naturais ou culturais somente existem em função de valores que fazem a razão de ser da própria Vida, da própria existência humana.

Mesmo os fatos naturais, vale dizer, principalmente os fatos da natureza, seguem **relações de causa e efeito** e são apreendidas racionalmente por **explicação** –e, portanto, valores concretos de subsistência natural- que se alteradas por terceiros, à natureza ceifam a vida.

Na hipótese da cultura, dos fatos culturais, e das ciências jurídicas, do campo das ciências sociais –que obviamente no caso do direito seguem **relações de imputação e contingência** e **de implicação e polaridade**. detêm a **compreensão** como elemento lógico de apreensão racional, o magistrado analisa o **fato social** –o caso concreto- para apreciar se o **valor ético** que se desejava proteger quando da edição da **norma vigente** persiste no **tempo**, em **identidade**, em relação ao **lugar** onde foi produzida e em relação à **finalidade** para a qual foi editada e se o **fato social/fenômeno, existente** ou **ocorrido**, deve ser protegido ou, se violador de um **valor ético** ou princípio, deve ser adequado às novas realidades sociais vigentes.

O que guia, o que condiciona, o que dirige o julgador à aplicabilidade da **norma vigente** ao fenômeno –**fato social em apreciação**- em estudo, em análise, em apreciação judicial, como se vê, não é a norma, mas sim a **identidade**, o **tempo**, o **lugar** e a **finalidade** do **valor ético** –o fundamento ético- que estabelece a validade e a importância do preceito, da regra e da própria norma positivada e o próprio sentido em que deve ser aplicada.

5.2.2. A Formação do Raciocínio ou Razoamento Iusinterativo.

Destarte, para realizar o integral uso do **Iusinterativismo** ou **razoamento iusinterativo** e se chegar à **justiça-na-decisão**, porque **iusinterativa** –obtida

mediante critérios objetivos- de um caso concreto, **também a Norma vigente** deve ter a interação efetiva de Vetores naturais de **identidade** –verificar-se como se dá a sua inserção efetiva no ordenamento jurídico-, **tempo** –se do momento de sua criação até o momento de sua aplicação está vigente e atual-, **lugar** –se a jurisdição territorial de aplicação da norma comporta a sua aplicação formal e material-, e **finalidade** –se o fim para o qual foi criada a norma mantém-se aplicável ao seu próprio texto.

Assim, como já demonstrado anteriormente⁴³⁷ as **Dimensões Culturais** em interação com os **Vetores Naturais** formam o resultado **iusinterativo** da **Experiência Jurídica** porque aplicados em iusinteração recíproca.

Portanto, mediante a parametrização de critérios objetivos se estabelecerá a incidência ou não do valor ético ao fato ou fenômeno social, extraíndo-se para aplicação –ou não, se desnecessário, conforme o caso- o conteúdo da norma se for coerente, adequado, válido e compatível ao valor ético e ao fenômeno social em questão para julgamento, produzindo-se, mediante o **razoamento iusinterativo, a justiça-nas-decisões**.

Assim, não há dúvida de que se quisermos encontraremos um sem número de classificações principiológicas⁴³⁸ ou como definidas por Norberto Bobbio⁴³⁹, por Genaro R. Carrió⁴⁴⁰, e dificuldades de definição de princípios, segundo C. De La Vega Benayas e G. Morange e muitos outros mais que poderemos citar ao

⁴³⁷ PINTO, Carlos Newton, in “O RACIOCÍNIO IUSINTERATIVO PARA UMA DECISÃO JUDICIAL JUSTA. Notas e questionamentos sobre caso concreto e exemplos determinantes da aplicabilidade e materialidade de valores a decisões judiciais justas pela interação de dimensões culturais e vetores naturais.”, apresentado por este autor no México, no Estado de Michoacán, Cidade de Morelia, de 22 a 25 de novembro de 2011, no *III Congreso Internacional en “Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Sicología Y Educación en un Mundo Global.”*, organizado pela Universidad del País Vasco e a Universidad Michoacana San Nicolás de Hidalgo. Texto disponível no link http://www.trt21.jus.br/EJ/RevistaTRT21/2012/RevistaTRT21_2012.pdf, acesso em 04/10/2014, às 12:58.

⁴³⁸ Classificações obtidas da obra de FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho* (México, Ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, 1ª edición, 531 páginas)

⁴³⁹ BOBBIO, Norberto. *Nuovissimo Digesto Italiano*, verbete ‘Principi generali di diritto’, tomo XIII, Turim, 1966, página 889 e seguintes, os classifica como **1. Segundo a matéria**: substanciais, processuais e de organização; **2. Segundo a extensão de seu âmbito de validade**: princípios de um instituto, de uma matéria, de um ramo do direito, de um ordenamento jurídico e universais; **3. Segundo sua fonte**: princípios extraídos do espírito do sistema, da natureza das coisas, do patrimônio comum da humanidade civil e de ideias e convicções morais da sociedade; e **4. Segundo sua função**: em princípios interpretativos, integrativos, diretivos e limitativos.

⁴⁴⁰ CARRIÓ, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, 1970. *idem*, in *Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico*, em *MSCG*, vol. X, nº1, junho, 1980, páginas 143 e seguintes.

longo de nosso trabalho, quando requerido, para demonstrarmos com mais acuidade o ponto que estamos trabalhando.

Mas o que importa ressaltar agora é que as dificuldades encontradas para a definição dos princípios ou mesmo para uma classificação específica e mais exata efetuada por estes juristas teóricos e positivistas, embora todos eles apresentem estudos sérios sobre a principiologia e sua formação de significantes e significados, para o direito, **em nenhum momento se preocuparam, concretamente, com os princípios direcionados à obtenção e distribuição da justiça-nas-decisões**. Estudaram-nos, sempre de maneira equivocada, e exclusivamente como elementos estáticos e abstratos de uma ordem jurídica.

Todos os princípios têm natureza dinâmica, porque são formados e informados com supedâneo em valores éticos. E valores éticos condizem obrigatoriamente com a realização de condutas apropriadas ou não a tais valores. São elementos objetivos e de verificação objetiva. Estão íntima e estreitamente ligados à prática da conduta humana, e por isso são dinâmicos. Mas assim não são tratados pelo iuspositivismo.

Ora, princípios, como o nome já destaca, ao meu compreender, **são inícios e fundamentos para compreensão de uma proposição, de uma hipótese ou de uma teoria; são dinâmicos por definição; apresentam-se sempre em vetorialidade para fixação e certeza de um posicionamento sobre determinado estado de coisas ou seres, em aplicação concreta**. Por isso não se pode classificar um princípio como sendo único em determinada situação. Ele é um vetor. Um forte indicador de rumo e direção de condutas. Mas é variável de acordo com os fenômenos sociais. A classificação que o apresentar como único para um caso, em dado momento, pode não mais ser a mesma e tampouco configurar-se como princípio justo, considerando-se a situação a que se aplica ou a que se aplicará, porque o princípio e sua aplicação são dinâmicos, de acordo com os valores e sua manifestação moral e cultural, vale dizer, a apreensão temporal, geográfica (local) e teleológica dos valores (identidade) pelos cidadãos em razão de fenômenos sociais.

5.2.3. Da aplicação de princípios na decisão judicial que põe fim ao processo sem resolver o conflito de interesses. Estudo de princípios e exemplo prático.

Exatamente porque os princípios são dinâmicos e se expressam universalmente, mas com relatividade aos casos concretos, embora sejam fundamentos de proposições, teorias ou situações concretas, é que devem e podem ser compreendidos como de aplicação relativa e com níveis e hierarquia de aplicações, do mesmo modo que os valores éticos. Há inclusive princípios que, embora existentes, são inaplicáveis a muitos casos concretos, porque a eles não condizem. Por exemplo, pode-se falar em princípio da proporcionalidade, sim, mas se for para aplicá-lo em fenômeno em que se vislumbre a divisão de bens entre pessoas porque o julgador não tem a certeza de quem seja o verdadeiro proprietário dos bens e terrenos; isto configura-se como aplicação de um princípio, mas não reflete necessariamente **justiça-na-decisão**. Reflete, na verdade, um grande absurdo lógico!

EXEMPLO: a aplicação de juízo de proporcionalidade para solução de demanda baseada em conflito que pende por disputa de terras em identificação da propriedade originária (não derivada, nem sucessória) constitui-se em decisão injusta, porque certamente há um único proprietário verdadeiro e originário para o bem em disputa.

Como se vai aplicar o princípio da proporcionalidade a um conflito em que se discute a efetiva titularidade do bem? Ou mesmo o princípio da razoabilidade? A decisão, neste caso, se assim aplicada, é de evidente natureza positivista e acomodadora de interesses. É evidentemente injusta. Embora legal e jurídica. Atende ao ordenamento jurídico, mas não tem a menor direção à distribuição de justiça. O Mestre americano Ronald Dworkin a afirmaria **correta**, porque o julgador propôs ao ordenamento jurídico e ao conflito entre as partes uma solução jurídica em uma hipótese de **caso difícil** (?), por ausência de regra solucionadora. Entretanto, pôs fim ao processo, mas não resolveu o conflito e não se perfez **iusinterativa**, não tendo exercido, tampouco praticado, **justiça-na-decisão**.

Destarte, se tomarmos a aplicabilidade do mesmo princípio da proporcionalidade e tentarmos direcioná-la para um exemplo simples, grosseiro e talvez burocrático –só para demonstrar ainda assim a sua aplicabilidade à situação mais tosca-, como o motivo da formação ordenada de cadeiras, uma atrás da outra, em uma sala de aula, dispondo-as de molde a que todos os alunos possam ver o professor de qualquer lugar em que ele se ponha na frente da classe para suas exposições, poder-se-ia dizer que disso não se infere qualquer princípio ou valor jurídico e eu lhes responderia com toda a **naturalidade** que este é um valor e um princípio organizacional e jurídico (**de ordem**) sim, porque todo o aluno tem o direito de assistir à aula vendo o seu mestre, configurando-se a ideia de **justiça-na-decisão** de quem assim dispôs as cadeiras, porque permitiu a todos que visualizassem indistintamente a aula do professor ou a lição do conferencista. Mas nem todos os princípios classificados como do tipo organizacional podem ser entendidos como apoiadores ou distribuidores de justiça. Em muitos casos, a questão é de apenas um **princípio de ordem, mas não deixa de atender a um valor ético e pode configurar um direito, basta que sobre ele haja um interesse.**

O mesmo se dá com a norma vigente, em que o juiz efetua a sua aplicação, porém, esta aplicabilidade não garante sequer qualquer espécie de justiça, porquanto a norma pode apresentar todas as imperfeições técnicas ou materiais que já pontuamos, no entanto apresentando-se como vigente continua a possuir validade formal para aplicação judicial.

5.2.4. A essência, no iusinterativismo, da justiça-nas-decisões ao caso concreto.

Peço a atenção ao fato de que não é a classificação teórica ou didática que se atribuíra ao fato e ao princípio aplicável inerentes ao conflito que lhe concede essência de justiça, mas sim a sua aplicabilidade **iusinterativa** como elemento necessário à busca de **justiça-nas-decisões** para a solução do conflito.

Ao invés do que se faz crer acerca da impossibilidade de se decidir de modo justo –ou mais adequado ao caso concreto- ou como denominamos com **justiça-nas-decisões**, porquanto segundo o iuspositivismo a justiça é um valor

abstrato, é sim, perfeitamente possível, mediante o *iusinterativismo* e elementos e parâmetros objetivos (dimensões culturais e vetores naturais) **sempre** se distribuir e se aplicar **justiça-nas-decisões** ao caso concreto.

Pode-se compreender, portanto, que o valor preenche o princípio que o conduz à aplicação na e pela norma. O valor ético é o conteúdo do princípio. O princípio é o seu continente e trabalha com a linguagem produzida na norma, devendo esta, em seu teor, guardar coerência com aquele. De outro modo, a norma, enquanto produto legislativo, pode não ter explicitado tão adequadamente o princípio e seu valor ético universal no seu texto legislativo, gerando a insuficiência normativa, a ausência de lei quanto ao fato, ou a omissão por regência negativa de lei.

Não me parece suficiente –nem ético- constituir-se ordenamento jurídico somente com o efeito ou o único resultado de exercer-se controle social de condutas e fiscalização de poder em uma dada sociedade, relegando-se a distribuição e aplicação de **justiça-nas-decisões**, a segundo plano ou a eventual acerto subjetivo do julgador de momento, em nítida aplicabilidade de um conceito apriorístico de justiça à simples existência de uma lei promulgada. Este sentido era perfeitamente admissível nos idos dos séculos XVI a XX que foram, cumulativamente, séculos:

- a. Relativos à formação do ser humano enquanto Indivíduo titular de direitos individuais pessoais;
- b. Relativos à formação do ser humano enquanto Indivíduo titular de direitos patrimoniais;
- c. Relativos à formação do ser humano enquanto Cidadão de direitos civis e políticos e formador do Estado;
- d. Relativos à formação do ser humano enquanto Cidadão de direitos sociais e formador da Sociedade Civil;
- e. Relativos à formação do ser humano enquanto Cidadão de direitos econômicos e tecnológico-informáticos⁴⁴¹.

⁴⁴¹ A menção ao conceito de Cidadania faz-se importante porque tem o objetivo de distinguir **a pessoa** com amplos direitos de exercício de cidadania, independentemente do conceito legal de **cidadão** no Brasil como sendo aquela pessoa que necessita ter condições de eleitor habilitado, para o seu exercício de cidadania. Cidadania é algo que deve independe de sua condição de eleitor e deve ser aquele direito que deve advir da condição de indivíduo residente no País, nacional ou estrangeiro, e que possa exercer os seus direitos constitucionais de livre manifestação e expressão, sem qualquer espécie de restrição

Como podemos verificar, ao longo dos séculos a constituição do ser humano como indivíduo e sua construção enquanto ser, titular de direitos pessoais individuais, patrimoniais, e como cidadão enquanto ser titular de direitos civis e políticos, sociais e econômicos, até hoje têm permitido a construção de um sistema de poder que resulta em uma ordem jurídica que se destina à manutenção do poder secular existente sem qualquer preocupação de garantia e/ou de aplicação e distribuição de **justiça-nas-decisões**. De modo simples e objetivo, sem a intenção de jactanciar-se, mas no estrito fim de colaborar com o direito e a justiça, o **iusinterativismo** pretende resolver isto com concretude para a identificação, distribuição e aplicação de **justiça-nas-decisões**, mediante a objetividade de parâmetros e de elementos para que possamos adequar o ser humano, e torná-lo cada vez mais pleno, titular de direitos informáticos e informacionais, cidadão de um mundo global a partir do século XXI.

6. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 9.

6.1. Para o Iusinterativismo e a conceituação de princípios como continente de valores éticos universais é essencial entender que **todo o interesse, pois, é gerado por uma necessidade de objetivos, por adequação de meios e instrumentos para obtenção desses fins e para a utilidade do resultado a ser obtido para suprir o interesse e com isso, formar a universalidade do valor ético em razão da *identidade*, do *tempo*, do *lugar* (ou região) e da *finalidade* comuns que perfazem o conteúdo de um princípio.**

6.2. A constatação da existência de valores éticos universais, a partir das relações humanas, bilaterais e atributivas de direitos, deveres, faculdades e sujeições que lhes são inerentes, faz identificar a **Preservação da Vida e da Humanidade** como **Valor Ético Magno**, dele decorrendo todos os outros valores éticos enquanto conteúdo de princípios jurídicos. Tal identificação não

legal, exceto aquelas que ofendam a própria lei e os bons costumes. Assim, por exemplo, a mera alteração do vocábulo **Cidadão** para o vocábulo **Pessoa** apenas para se atender, ou melhor, evitar, a discriminação eleitoral odiosa praticada no Brasil em relação à pessoa humana, ou **Cidadão** que ainda não tenha o título de eleitor ou o direito de votar, na forma do que preleciona a Constituição Brasileira, *permissa vênia*, não contribui para a afirmação e constituição do Estado de Direito Democrático e Social.

ocorre *a priori*, nem advinda da natureza e tampouco de uma opção divina, mas sim da análise das relações humanas e interação e interpenetração no planeta.

6.3. Para o lusinterativismo, como o nome já destaca, ***os princípios são inícios e fundamentos para compreensão de uma proposição, de uma hipótese ou de uma teoria; são dinâmicos por definição e sempre tendo, como conteúdo, valores éticos universais; apresentam-se sempre em vetorialidade para fixação e certeza de um posicionamento universal sobre determinado estado de coisas ou de seres, em aplicação concreta a fatos ou fenômenos sociais e normas vigentes.***

6.4. As *dificuldades do Juiz Natural* em identificar o princípio mais adequado à solução do conflito decorre de uma tradição iuspositivista de determinar que os princípios estão circunscritos ao texto normativo, quando, é de evidência, podem estar em valores éticos universais circundantes⁴⁴² ao fato e à norma, justificando ao julgador uma mudança de postura de julgamento e o uso do lusinterativismo para ***justiça-nas-decisões***.

6.5. Há uma 'cultura' judiciária de uso da argumentação como elemento de deformação da realidade ou de um mero e simples esforço de enquadrar uma norma vigente inadequada a um fato concreto, gerando duas situações ao juiz natural: a primeira, a *perda da credibilidade* do critério argumentativo como critério de verdade; a segunda, a *ausência de facilidade* na descoberta dos valores éticos universais e princípios jurídicos solucionadores da causa por argumentações deformantes da realidade. O lusinterativismo se apresenta como a forma objetiva de verificação e superação dessa credibilidade e dessa ausência de facilidades.

6.6. A utilização do ***lusinterativismo*** é de relevância para o julgamento das causas porque a dinâmica de seu razoamento, em interatividade com dimensões culturais e vetores naturais, implica a identificação de valores éticos universais, não apenas no momento de criação e elaboração da norma vigente, mas também da verificação desses valores no momento da ocorrência do fenômeno social, como igual verificação de valores éticos universais no momento de julgar a causa, para efetiva ***justiça-nas-decisões***.

⁴⁴² Vide nota 29 à página 53 deste trabalho.

6.7. O método de obtenção da sentença para *justiça-nas-decisões* implica o uso obrigatório dos seguintes sete questionamentos judiciais lusinterativos para prolação de *justiça-na-decisão*:

1)QUANTO AO VALOR ÉTICO ORIGINARIAMENTE PROTEGIDO.

“Qual o valor –constante da época da produção legislativa da norma- que se desejou proteger com a edição ou promulgação legislativa daquela norma?”;

2)QUANTO À APLICABILIDADE DO VALOR ÉTICO AO CASO CONCRETO.

“Deve este valor ser aplicado nos dias atuais e para este caso concreto em questão?”;

3)QUANTO À PERMANÊNCIA OU SUBSTITUIÇÃO DO VALOR ÉTICO ORIGINÁRIO.

“Deve permanecer este valor ético originário a ser protegido normativamente ainda nos dias atuais ou outro valor ético atual, deve substituí-lo?”;

4)QUANTO À EFICÁCIA (aceitação social) DA NORMA VIGENTE PARA PROTEÇÃO DO VALOR ÉTICO ORIGINÁRIO.

“A norma vigente atual protege suficientemente o valor que deu fundamento à sua criação legislativa ou o texto da lei não mais serve –parcial ou integralmente- a este objetivo?”

5)QUANTO À EFICIÊNCIA (utilidade prática do resultado) DA NORMA VIGENTE PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO.

“Com a aplicação pura e simples da norma vigente soluciona-se este conflito material e eticamente?”;

6)QUANTO À EFETIVIDADE (real situação de exequibilidade) DO VALOR ÉTICO ORIGINÁRIO COMO PRECEITO SOLUCIONADOR DO CONFLITO.

“Havendo insuficiência da norma vigente para solução efetiva do conflito, a aplicação do valor protegido originariamente resolve o conflito materialmente?”

7)QUANTO À APLICAÇÃO DE VALOR ÉTICO ATUAL E PRINCÍPIO VIGENTE NA HIPÓTESE DE INSUFICIÊNCIAS DA NORMA VIGENTE E DO VALOR ÉTICO ORIGINÁRIO PARA SOLUCIONAR O CONFLITO.

“Havendo insuficiência da norma vigente e do valor ético originário para solucionar o conflito o valor ético, atual, e seu consequente princípio, resolvem este conflito materialmente?”

6.8. No lusinterativismo, **ao Direito, não há regra sem valor ético**. Toda norma, ainda que de natureza técnica, guarda um conteúdo de valores éticos, sejam de **ordem**, de **hierarquia**, de **obediência**, de **coerência**, de **organização**, de **proporcionalidade** (sempre adequados a vetores geodésicos de tempo e lugar e a vetores ônticos de identidade e finalidade) ou outros valores de natureza mais social, mas, de toda forma, contendo sempre um valor ético e pode vir a configurar um direito, pois a toda existência de valor ético, advém um interesse e a formação de princípios para a construção de direitos e deveres em relações humanas bilaterais e atributivas.

CAPÍTULO 10

O PÓS-IUSPOSITIVISMO DE HART E O PRINCIPIOLOGISMO DE DWORKIN: AS INSUFICIÊNCIAS PARA UM SISTEMA DE DIREITO JUSTO E GLOBAL E OS EXEMPLOS CONCRETOS DE IUSINTERATIVISMO.

1. INTRODUÇÃO.

Já se viu que em todo o sistema de direito existem tanto normas, quanto princípios, e sua complementaridade ao sistema é evidente. Também existem intrinsecamente valores e fatos que influenciam o sistema. Várias teorias e correntes jurídicas afirmam que quando estes elementos se opõem entre si, há que se encontrar um método de harmonização entre eles. Mas o fato de se procurar, empreendendo abordagens teóricas distintas –e se encontrar- um método de harmonização entre estes sistemas –que, conforme a teoria que os sustenta, se compõem de normas, ou de normas e princípios, ou de normas, valores e fatos, ou ainda de normas, princípios, valores e fatos- seria isto suficiente para produzir uma visão científica do direito e justa para a criação de decisões dentro do próprio sistema?

Na verdade, o que pretendo demonstrar é que mesmo que se construa uma teoria justificadora de um sistema de direito ou ainda uma teoria que formule um modo hermenêutico ou de interpretação de normas, por qualquer que seja sua formulação e embasamento **sempre** será equivocado, no nascedouro se deixar de considerar os valores éticos como supedâneo a qualquer elaboração legislativa ou normativa (**justiça-na-lei**) ou ainda qualquer prolação de decisão judicial (**justiça-na-decisão**). E não se pode, qualquer que seja a abordagem, considerar o objeto de qualquer análise com exclusividade de enfoque. Seria, obviamente, uma visão cientificamente caolha, unilateral, limitada, ainda que obtivesse uma brilhante fundamentação.

É preciso compreender a realidade dos sistemas jurídicos. Várias são as teorias que tentam compreendê-los. E cada teoria, é compreensível, acaba por refletir a história das ideias da época em que construída, fazendo-se a verdade da época, consubstanciada na maioria das vezes no nível de conhecimento

auferido em cada época e, com isso produzindo limitações à sua própria estrutura e conteúdo.

Por inúmeras vezes já se disse que o conhecimento é evolutivo⁴⁴³, mas é preciso compreender que por ser evolutivo não pode ser considerado absoluto e imutável. Já fomos geocentristas e hoje somos heliocentristas e cientes de que não existe um único universo, mas muitas galáxias e universos. Assim, como bem delineado por Sousa Santos⁴⁴⁴ a aproximação evolutiva ao conhecimento e a sua apropriação leva o ser humano a uma modificação e ampliação de postura metodológica e científica.

A compreensão de um conceito de Sistema Jurídico proposto varia de acordo com o jurista que o sustenta em existência e essência (identidade) por suas teorias as mais variadas, em adequação à sua época (tempo) e em total conformidade ao seu espaço ou sua região de existência (lugar) e objetivando um determinado fim (finalidade). A melhor compreensão de cada um dos sistemas propostos para qualquer estudo requer a utilização dos Vetores Naturais (*identidade, tempo, lugar e finalidade*) como método de compreensão e análise adequada e interativa de todos os seus elementos com o **Fato ou Fenômeno social, o Valor ético universal e a Norma vigente**.

Por exemplo, Hans Kelsen⁴⁴⁵ afirma ser o sistema de direito um sistema de normas hierarquizadas e válidas. Herbert Lionel Adolphus Hart⁴⁴⁶ sustenta ser um sistema de regras reconhecidas e legitimadas. Miguel Reale⁴⁴⁷ afirma ser um sistema de valores éticos, fatos sociais e normas vigentes. Ronald Myles

⁴⁴³ Só para mencionar alguns filósofos da antiguidade clássica que citaram o fato de que o conhecimento era um objetivo a ser perseguido pelo ser humano de modo cada vez mais ampliativo e evolutivo porque o homem não consegue chegar ao conhecimento absoluto. De tal forma isso era importante que fazia presença constante em seus razoamentos filosóficos a figura do *ignoto* ou *desconhecido* sendo parte mesmo de seus argumentos filosóficos em busca do saber. Foram eles: Sócrates, Platão, Demócrito, Heráclito, Aristóteles; após isto, alguns filósofos e estudiosos da ciência, mais recentes, como Descartes, Galileu Galilei, Rousseau, e outros na atualidade como **BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS** com seu *Um Discurso Sobre as Ciências*, Ed. Afrontamento, 13ª edição, Porto, 2002, 59 páginas, lançado em julho de 1987, mas relevante até os dias de hoje.

⁴⁴⁴ **SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE.** *Um Discurso Sobre as Ciências*, Ed. Afrontamento, 13ª edição, Porto, 2002, 59 páginas. lançado em julho de 1987, nesta obra o seu autor tem a coragem científica de afirmar e fundamentar que: **1) todo o conhecimento científico-natural é científico-social; 2) Todo o conhecimento é local e total; 3) Todo o conhecimento é autoconhecimento; e 4) Todo conhecimento científico visa constituir-se em senso comum.**

⁴⁴⁵ **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Coleção Studium, tradução do Dr. João Baptista Machado, Arménio Amado Editor, Sucessor, 3ª edição, Coimbra, 1974, 484 páginas.

⁴⁴⁶ **HART**, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*, tradução de António de Oliveira Sette-Câmara, Ed. Martins Fontes, 1ª edição brasileira, São Paulo, 2009, 399 páginas.

⁴⁴⁷ **REALE**, Miguel. *Filosofia do Direito*, Ed. Saraiva, 11ª edição, São Paulo, 1986, 749 páginas.

Dworkin⁴⁴⁸ reconhece que é um sistema de princípios e normas. A cada um, com identidade distinta, foi efetuado o seu estudo em determinada época e lugar com determinada finalidade para tal formulação de ideias.

Sem querer parecer um eclético, mas realizando o que se expressa claramente no que denominamos de *iusinterativismo*, considerando o momento de globalização efetiva e radical que vivemos, penso que o conceito mais adequado e realista, para um sistema de direito é declará-lo claramente um *sistema de fatos sociais, valores éticos, princípios jurídicos e normas válidas e hierarquizadas, todos conjugadamente interativos em dimensões culturais e vetores naturais, em instantaneidade, para a realização de justiça-nas-decisões.*

É inadmissível que, nos dias atuais, em pleno século XXI, não se permita compreender os sistemas de direito, seja de que natureza eles se estabeleçam, como uma viabilização de justiça concreta mediante estabelecimento de critérios objetivos de justiça ou de valoração estruturada, precisa, objetiva e concreta dos fenômenos em análise judicial, em visão *iusinterativa* de todos os intervenientes, partes e/ou terceiros interessados em todos os locais e mediante todas as tecnologias que admitam em tempo real uma resposta à solicitação cidadã e jurisdicional. Por isso mesmo, o anacronismo do iuspositivismo causa espécie e salta aos olhos, transferindo ao operador do direito (advogado, professor de direito, membro do ministério público, delegado de polícia, juiz, desembargador ou ministro) o dever de buscar e compreender a **justiça-nas-decisões** e não mais a simples decisão célere que atenda ao princípio da razoável duração do processo insculpido na Constituição Federal Brasileira, de 1988, no artigo 5º inciso LXXVIII, em razão do Pacto de São José da Costa Rica⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ **DWORKIN**, Ronald Myles. *Levando os Direitos a Sério*, tradução de Nelson Boeira, Ed. Martins Fontes, 3ª edição, São Paulo, 2010, 568 páginas.

⁴⁴⁹ Diz a Constituição da República Federativa do Brasil, **artigo 5º, inciso LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

2. O DEBATE HART-DWORKIN, A INSUFICIÊNCIA DE SUAS TEORIAS PARA PRODUZIR **Justiça-nas-Decisões** E A IMPORTÂNCIA DO IUSINTERATIVISMO PARA A CONTEMPORANEIDADE DOS SISTEMAS DE DIREITO.

Assim, melhor compreendendo a importância do iusinterativismo nas relações afeitas aos sistemas de direito e para a **justiça-nas-decisões** neste Capítulo vamos traçar o posicionamento iusinterativista acerca do iuspositivismo hartiano e do principiologismo dworkiniano, como já disse, no famoso debate entre Herbert Lionel Adolphus Hart e Ronald Myles Dworkin que gerou a compreensão dos limites e condições de implantação aos sistemas jurídicos, tanto do pós-positivismo hartiano como do principiologismo dworkiniano. Tais limites também trouxeram novas indagações para uma configuração exata de um sistema de direito que possa atender, às aparentemente paradoxais, mas justas reivindicações e postulações advindas e manifestadas, contemporaneamente, dos mais variados cantos e povos, no planeta, por democracia e justiça na era da globalização, bem como às necessidades de controle social e fiscalização institucional nos mais diversos países.

Esta polêmica, portanto, havida entre Hart e Dworkin fixou e demonstrou as inconsistências do sistema jurídico previsto na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que segundo Herbert Lionel Adolphus Hart, *grosso modo*, necessitava de uma **norma de reconhecimento** de determinados valores para conferir legitimidade e validade social ao sistema e conseqüentemente às demais regras, dentro da sua comunidade criadora –ou legisladora- e, em contrapartida, igualmente, *grosso modo*, na visão de Ronald Myles Dworkin, resta infrutífera a ação teórica de Hart se não considerar a existência de **princípios** no ordenamento jurídico os quais são aplicáveis independentemente da existência de regras de reconhecimento porquanto são eles, os princípios, os próprios preceitos que convalidam as regras e preexistem às normas positivadas em um ordenamento jurídico. Mas esta discussão deve ficar para o final de nosso texto quando teremos dados -e decisões- concretos sobre a aplicabilidade de tais ideias .

Vamos verificar se esse debate resolve para o século XXI –e suas necessidades e mudanças- o que demanda e precisa, para sua evolução e

distribuição de justiça, um sistema de direito na era da informação.⁴⁵⁰

2.1. Uma visão sobre as teorias de Dworkin e Hart e a notória insuficiência de regência dos atuais sistemas de direito.

Forçoso reconhecer, portanto, que vivemos uma época de mudanças. E mudanças conturbadas. Os sistemas jurídicos, como temos visto –desde o nosso romano-germânico, passando pelo anglo-saxônico, o islâmico, o hebraico ou israelense, o indiano, o russo, o chinês, o japonês e o africano-, para considerarmos os mais relevantes do ponto-de-vista contemporâneo do século XXI, se apresentam totalmente insuficientes⁴⁵¹ a dar respostas rápidas aos fenômenos sociais produzidos em tempo real e interativados⁴⁵², e amplamente recolhidos pelas novíssimas tecnologias de informação e pela rede mundial de informática em tempo real.⁴⁵³

⁴⁵⁰ Ver a esse respeito, sobre a Era da Informação todos os autores seguintes que reconhecem a diversidade de relações internas e internacionais não mais limitadas por territórios jurisdicionais, a notória complexidade mundial na informação e as relações dela decorrentes e a liberdade cada vez maior de manifestação e expressão pelas redes sociais com claras e diretas consequências nas ruas, no ambiente público, o incremento de relações econômico-comerciais com nítidos resultados jurídicos e obrigacionais não previstos nas leis nacionais, gerando um costume internacional, com evidente omissão de regências nacionais, o que causa uma necessidade premente de câmbio dos sistemas nacionais de direito, tais como: **CASTELLS**, Manuel, *A Era da Informação, Economia, Sociedade e Cultura, vol.1- A Sociedade em Rede-6ª edição; vol.2 – O Poder da Identidade- 6ª edição; e vol.3 – Fim de Milênio- 4ª edição*, tradução Roneide Venancio Majer e Klauss Blandini Gerhardt, Ed. Paz e Terra, São Paulo, 2008; **idem**: *A Galáxia da Internet - Reflexões sobre a Internet, os Negócios e a Sociedade*, tradução Maria Luiza X. de A. Borges, Ed. Zahar, Rio de Janeiro, 2003; **LÉVY**, Pierre. *O Que É Virtual?*, tradução de Paulo Neves, editora 34, Coleção TRANS, 2ª edição, São Paulo, 2011; **idem**: *Cibercultura*, tradução Carlos Irineu da Costa, editora 34, Coleção TRANS, 3ª edição, São Paulo, 2010; **LEMO**S, André; **LÉVY** Pierre., *O futuro da internet – Em direção a uma ciberdemocracia planetária*, Ed. Paulus, Coleção Comunicação 2ª edição, São Paulo, 2010; **LÉVY**, Pierre. *A Inteligência Coletiva-Por uma antropologia do ciberespaço*, tradução de Luiz Paulo Rouanet, Edições Loyola 34, 7ª edição, São Paulo, 2011; **idem**: *A Conexão Planetária-o mercado, o ciberespaço, a consciência*, tradução de Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler, editora 34, 1ª edição, São Paulo, 2001.

⁴⁵¹ **G. LOSANO**, Mario G.. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, tradução Marcela Varejão, Ed. Martins Fontes, 1ª edição, São Paulo, 2007, 677 páginas; **DAVID**, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, tradução Hermínio A. Carvalho, Ed. Martins Fontes, 4ª edição, São Paulo, 2002, 687 páginas; **PIZZORUSSO**, Alessandro. *Sistemi Giuridici Comparati*, Ed. Giuffrè, 1998, Milão, 411 páginas.

⁴⁵² Um fenômeno **interativado** é aquele que ocorrido em tempo real e imediato, permite obter sua resposta em **níveis de intercomunicabilidade imensos** (sem limite de identidade ou de quantidade de pessoas e em qualquer lugar do planeta) e **intensos** (em tempo imediato, real, permanente e efetivo de contato e de resposta).

⁴⁵³ Qual é a importância de mencionarmos todos esses sistemas de direito? A distinta natureza e evolução dos fatos na História e na Vida, de épocas para épocas, realizam, entre indivíduos, cidadãos ou não, entre grupos sociais, incluídos ou não socialmente, entre diferentes coletividades, abastadas ou não, e entre países, nações e povos, economicamente viáveis ou não, uma causação de efeitos não deterministas, contingentes, mas constantes e permanentes, todavia, cambiantes a cada instante

No seu conteúdo mais essencial, como venho demonstrando, ao longo deste trabalho, todos estes sistemas de direito, embora demonstrem diferenças substanciais de construção da norma e de sua aplicação, se apresentam sumariamente positivistas, vale dizer, guardam a norma –escrita ou não- com imutabilidade tal, e de tal forma aprisionam ao magistrado julgador ao seu texto ou forma de expressão, que lhe impedem a busca e a aplicação da justiça de modo concreto para a solução do conflito submetido à jurisdição.

É insuficiente afirmar-se o princípio da legalidade como elemento de justiça, ou de que a lei, por sua simples existência produz distribuição de justiça. Já não há mais –exceto os próprios iuspositivistas- quem acredite que a lei produza um efeito de distribuição de justiça, completo e total, ou mesmo regular e parcial –porque dependente somente da atitude personalíssima do magistrado para a aplicação da justiça- mas sim que a lei age apenas como um parâmetro mínimo de fixação de meios que possibilitem a igualdade jurídica, não substancial, nem real, o que efetivamente não garante justiça.

Em muitos sistemas –o anglo-saxônico e o romano-germânico, por exemplo-, entende-se, em compreensão efetivamente arcaica, que a justiça é um critério

porquanto sempre dependentes das diversas individualidades, regiões, culturas e finalidades –que sentem e expressam diferentemente em reciprocidade de resposta, mas de conteúdo frequentemente diverso e não obrigatório- no momento em necessitam se adequar às mudanças de exigência comerciais, econômicas, sociais e, até mesmo políticas e jurídicas, estas últimas as mais difíceis e dilatórias para acontecerem, considerando-se que os sistemas de direito expressam o controle e a regulação pelo Estado da maneira da Sociedade Civil se realizar perante a Nação, porém no interesse do Estado. Assim é que necessário se faz compreender, com base nas diferentes histórias de nações e sua evolução, a profunda modificação da natureza das relações civis no século XXI, mais contundentemente, após o surgimento, no último terço do século XX, da denominada **rede internacional** de informatização –a **internet**- com o uso da **world wide web** (a ampla teia mundial) e a tecnologia de informação avançada. Por outro lado, com todas estas diferenças em vigência e realidade, permanece um sentido de identidade/diversidade cultural, em virtude de que pela existência de uma única espécie –a humana- seus valores éticos são universais, permanentes e atemporais. Daí a necessidade de Vetores Naturais e de Dimensões Culturais. No Brasil, já temos uma ferramenta tecnológica predispondo um sistema, em exercício e andamento, mas ainda em construção, porque de dinâmico desenvolvimento, porém que se renova e se atualiza periodicamente, em âmbito nacional, e à medida que já vem sendo implantado e com aplicabilidade a todos os Tribunais, a ferramenta do processo judicial **virtual**, o chamado **PJ-e** (**processo judicial eletrônico**) implica e concretiza o abandono do processo com papéis, passando a utilizá-lo na característica **virtual**, com exclusividade, vale dizer, as petições e documentos inerentes aos processos são oferecidos e inseridos direta, eletrônica e digitalmente no sistema ou através do processo de escaneamento mediante *scanners* (sistema auxiliar **e-doc** – **documentação eletrônica**) e imediatamente incluídos na memória de um imenso sistema nacional, provocando o desenvolvimento da demanda e do processo no próprio sistema computacional e informático e com isso um controle nacional do processo jurisdicional e judicial pelo Conselho Nacional de Justiça (sistema auxiliar **e-gestão** – **gestão eletrônica**) produzindo uma celeridade enorme na decisão dos processos. Há inclusive uma nova teoria aplicável a esse processo virtual e informatizado, com novos Princípios Gerais do Processo Eletrônico: a Teoria Geral do Processo Eletrônico.

de alta discricionariedade e subjetividade do juiz ou julgador ao aplicar a lei, embora algumas teorias, como a de H. L. A. Hart, tentem demonstrar o contrário atrelando o raciocínio judicial à lei ou às regras ou no caso de Ronald Dworkin ao negar a discricionariedade judicial preconizada por H. L. A. Hart –por ele, Dworkin, entendida como a autonomia do juiz em escolher a melhor decisão pela aplicação da norma mais adequada à solução do conflito-, e afirmá-la, ao menos, em relação aos princípios e à transformação destes em princípios jurídicos, segundo sua doutrina principiológica.

Por outro lado, é possível compreender facilmente, mas importante ressaltar, que nos sistemas de direito existem, tanto normas, quanto princípios, e a sua complementaridade recíproca é evidente, porém contingente, não obrigatória.

Quando eles se opõem há que encontrar uma harmonização. Esta harmonização NÃO é o ponto comum entre Hart e Dworkin; ao contrário, ao meu ver, é uma das funções do iusinterativismo.

Entendo, contudo, que é mesmo a função da lei estabelecer **parâmetros mínimos de conduta** ao cidadão; e ao juiz, preocupar-se com a sua finalidade precípua de distribuição de justiça, não necessariamente com fundamento no texto legal, mas sim em valores éticos universais e princípios gerais e fundamentais.

Para fixar um exemplo, a isto equivaleria dizer que o paraplégico cadeirante tem pleno direito de ir-e-vir, assegurado por regra textual constitucional⁴⁵⁴, mas não se lhe concede, em qualquer texto legal, o direito de acessibilidade, por meio de rampas, em todo e qualquer passeio público. De evidente absurdidade, esta questão se resolve com o julgador –magistrado investido constitucionalmente do poder de jurisdição⁴⁵⁵- aplicando os valores éticos universais e determinando o exercício efetivo do direito ao cadeirante, obrigando o Estado a concedê-lo. O iuspositivista diria: “- O juiz decidiu com base no preceito constitucional!” E se não houvesse a regra constitucional

⁴⁵⁴ Constituição Federal “**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XV - **é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;**

⁴⁵⁵ Para a configuração do princípio do Juiz Natural na Constituição Federal brasileira encontramos o **artigo 5º incisos XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; e (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente(...).**

positivada concedendo o direito de ir-e-vir a ninguém? OU tampouco ao próprio cadeirante? Se a regra constitucional geral –ou a específica- não existisse? Não poderia o juiz concedê-la? O cidadão deixaria de ter seu inegável e natural direito de ir-e-vir por ausência de norma? Afirimo que sim, o julgador poderia e deveria concedê-la com supedâneo nos valores éticos universais, ainda que o princípio não estivesse incrustado no texto constitucional, de molde a garantir a livre locomoção a qualquer indivíduo!

Tantas e quantas situações são vislumbradas, no âmbito social e jurídico, sem regras e regulamentações aplicáveis, porquanto inexistente a regra legislativa aplicável e que necessitaria de promulgação, ou por retardo legislativo, contudo, existem valores éticos universais a proteger, que não estão assegurados por essa deficiência legislativa, ou por próprio interesse político dos mandatários legisladores em não se garantir tais valores e princípios éticos universais, gerando para todos nós a condição de cadeirantes ou paraplégicos de leis!

Fica evidente a **ausência da regra**, constitucional, legal ou explicitada⁴⁵⁶, ou da pouca ou nenhuma celeridade em atender às necessidades dos conflitos e lides havidos na sociedade civil, por culpa exclusiva do órgão legislativo.

O Poder Judiciário deve e tem o direito de, como pacificador e mediador constitucional dos conflitos formados na Sociedade, solucioná-los com os instrumentos que são os **valores éticos universais**, os **princípios gerais e fundamentais do direito e do processo**, os **fatos e fenômenos sociais** adequados a tais valores universais e as regras jurídicas positivamente éticas e universais que têm à sua mão. A isto, dá-se o nome de **Princípio da Universalidade de Atuação do Poder Judicial**.

Em outro exemplo que gostaria de tomar como ponto de discussão da inaplicabilidade da teoria pós-positivista de H. L. A. Hart para efeito da discricionariedade judicial e de igual insuficiência da tese dworkiniana defensora da única resposta correta em um caso judicial, suscito a hipótese das decisões relativas às uniões estáveis homoafetivas no Brasil, as quais, como já se viu no presente trabalho, não possuíam regência expressa no

⁴⁵⁶ A regra **explicitada**, como a denomino, pode ser a regra de origem consuetudinária, a regra de origem confessional – como no direito canônico católico, ou no direito islâmico, ou ainda no direito israelense- ou ainda a regra jurisprudencial, que em nenhum destes casos, são originárias de preceitos legais aprovados por um Parlamento.

ordenamento jurídico brasileiro⁴⁵⁷.

Inúmeras decisões foram tomadas anteriores à decisão da Suprema Corte brasileira e que geraram direitos e obrigações e eliminaram deveres e sujeições. Algumas a favor da união estável homoafetiva, vale dizer, convalidando-as juridicamente, outras, não lhes reconhecendo qualquer validade jurídica, qualquer direito, inclusive impedindo-lhes a obtenção de reconhecimento de direitos. Neste caso, a discricionariedade judicial baseada em Hart convalidada pela lei estava limitada por um sentido puramente formal, positivista e que se atrela a uma única decisão cuja não utilização de princípios leva a uma decisão legal, mas **não correta**, segundo Dworkin. E segundo próprio Hart leva ao seu reconhecimento. Mas, e agora? Como fica a coerência teórico científica de Dworkin e de Hart? A insuficiência teórica é notória. Vamos culpar a subjetividade do juiz?

Por outro lado, se analiso pela famosa teoria dworkiniana da **única resposta correta** para os casos difíceis, forçosamente devo observar e concluir que, antes do posicionamento do Supremo Tribunal Federal para tal assunto, nos termos iuspositivistas e principiologistas se pode encontrar várias respostas corretas, ainda que baseadas em princípios, contrariamente à tese da única resposta correta, segundo Dworkin defendia, mas nenhuma preocupada com a distribuição de Justiça aos envolvidos. Ademais, como já demonstrei, a correção da resposta ou a suposta exclusividade de correção não a torna justa, mas sim adequada ao argumento utilizado pelo Autor ou pelo Réu, enquanto, no dizer de Alexy, se ponha como justificativa de razões e argumentos para se apresentar em justiça como correção, mas que, ao revés, não confere qualquer sentido de justiça à decisão do julgador, exceto mediante altíssimas discricionariedade e subjetividade no julgamento.

Nestes sistemas⁴⁵⁸, todos de caráter e visão iuspositivista, segundo suas estruturas e coerências internas já estabelecidas, a justiça já está definida pelo

⁴⁵⁷ Constituição Federal de 1988 (CF/88) – “**Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é **reconhecida a união estável entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Código Civil brasileiro (CCB) – “**Art. 1.723.** É **reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

⁴⁵⁸ Sistemas de direito romano-germânico; anglo-saxônico; russo; islâmico; hebraico-israelense; africano. Indiano; nipônico; chinês.

conteúdo da norma e por uma estrutura imutável e que não corresponde aos câmbios de realidade. Somente caberia ao juiz aplicá-la adequadamente ao fato (o iuspositivista método lógico-formal da *subsunção do fato à norma*). Mas isto não confere solução ao litígio. Se não confere solução objetiva da controvérsia, mas sim do processo, não concede ***justiça-na-decisão***.

2.2. As insatisfatórias justificativas estruturais⁴⁵⁹ do iuspositivismo para permanência e manutenção de suas insuficiências estruturais ao sistema de direito.

Entre todos estes sistemas existem insuficiências originárias e estruturais, que residem no próprio positivismo. O próprio iuspositivismo, por seus doutrinadores para a manutenção intra-sistêmica do que chamo de insuficiências, apõem duas justificativas infundadas oriundas do pós-positivismo, de profunda natureza ideológica, e que, de toda evidência, como já dito e vamos ver, descabem.

2.2.1. A justificativa da segurança jurídica.

A primeira justificativa estrutural pós-positivista que mantém uma insuficiência intra-sistêmica é aquela de que estes sistemas – que entendem guardar no conteúdo do preceito da norma o justo comando- devem ser aplicados em virtude da ***necessidade de segurança jurídica*** requerida pelo Estado, embasada nessa norma. Este não se sustenta.

Intentar distribuir justiça por um sistema de direito sob o argumento, oriundo de qualquer jurista, de que se pretende fazer justiça com a simples aplicação da norma, ou que o sistema seja, por isso, ***justo-nas-decisões***, não é uma consequência lógica oriunda desse raciocínio. E mais. Fazer justiça não implica volatilizar a lei, vale dizer, não significa obrigatoriamente que por ser de fácil aplicação ou manejo, venha a torná-la insegura socialmente, porque, se

⁴⁵⁹ Denomino de justificativas '***estruturais***' porque se referem à manutenção da própria estrutura do sistema iuspositivista. O sistema necessita dessas estruturas para sua própria sobrevivência como sistema. Sem que se entenda que os sentidos de ***segurança jurídica*** e de ***justiça*** são concedidos ou estabelecidos, no sistema iuspositivista, pela mera existência da ***lei promulgada***, não se consegue compreender a atuação do próprio sistema como tal.

embora aplicada, não vem a resolver o conflito, criando insegurança social ou permitir-se que em constante interpretação, integração e aplicação pelo julgador, mediante razoamentos subjetivos, se manifeste a mesma insegurança social em razão da alta discricionariedade exercida, ou então, deixar de aplicá-la porque isso, na visão iuspositivista, sempre levaria a u'a mera substituição das normas pela aplicação de valores e princípios, e isto, no pensar positivista, enfraqueceria o Estado.

Defendo o contrário. O que temos hoje é o razoamento **subjetivo** do julgador. A discricionariedade subjetiva, beirando, e muitas vezes avançando, as raias do caráter pessoal à decisão. Na verdade, proponho o razoamento **objetivo** do julgador. Não que esta objetividade lhe venha a retirar o sagrado **princípio da livre convicção**. Não basta decidir com o **princípio do livre convencimento motivado**; com motivação em argumentos bem construídos; ou com fundamento na lei. É preciso, como já demonstrei, que se consagre no processo a objetividade na análise de todos os elementos e critérios utilizados na causa para chegar-se a um razoamento iusinterativo. É preciso usar parâmetros objetivos que levem à formulação da convicção do julgador, à sua discricionariedade, mas fundada em critérios e parâmetros objetivos que levem, diretamente, à **justiça-nas-decisões**.

Um sistema **iusinterativo** –ou **justo-nas-decisões**- laico e imparcial, que considerasse a aplicação de valores éticos universais na impossibilidade da norma resolver o conflito social posto no fenômeno em apreciação judicial, viria a fortalecer o Estado, a Sociedade Civil e a própria Cidadania ao permitir ao magistrado -que é apto constitucionalmente e, portanto, possui toda a legitimação jurídica e social para ser o pacificador social de conflitos- resolver a controvérsia com a consideração **iusinterativa** de todos os elementos existentes, no fenômeno em análise, pacificando qualquer Estado Democrático e Social do Direito.

A certeza de distribuição de justiça é mais evidente porque jamais se estaria deixando de analisar todos os componentes imbricados no fenômeno submetido à jurisdição, método de razoamento e análise iusinterativos:

No campo das DIMENSÕES CULTURAIS a análise de:

Fato ou Fenômeno Social, Valor Ético e Norma Vigente = F + V+ N – em que:

→Fato ou Fenômeno Social + Valores Éticos *originários* inseridos no texto da Norma Vigente e Valores Éticos *originários* constantes do Fato ou Fenômeno Social + Valores Éticos *ATUAIS* em relação ao texto da Norma vigente e em relação que sobrevém do Fato ou Fenômeno Social + Norma Vigente, em →

No campo dos VETORES NATURAIS a análise de:

identidade, tempo, lugar e finalidade = i, t, l, f) – em que:

→função de identidade, entre si, do Fenômeno Social, dos Valores Éticos e da Norma Vigente; em função da *época (ou tempo)* de produção do Fenômeno social, dos Valores Éticos e da Norma Vigente; em função do *lugar (ou o espaço)* de produção do Fenômeno social, dos Valores Éticos e da Norma Vigente; em função da *finalidade (objetivo do evento ou fenômeno)* do Fenômeno Social ocorrido, dos Valores Éticos implicados e da Norma Vigente aplicável.

Insisto, portanto, em dizer que o resultado desse raciocínio iusinterativo necessariamente viabilizaria e teria como consequência a ***justiça-nas-decisões***.

Observe-se que, na sistemática que proponho, em nenhum momento se abandona a análise da norma vigente, tampouco se afasta o critério legal como critério objetivamente aplicável. Apenas não se lhe considera um critério absoluto ou preponderante para a distribuição da justiça, acometendo-se à norma uma mitigação plausível e adequada de molde a permitir-se um equilíbrio de elementos concretos na formulação do raciocínio judicial, reduzindo-se, substancialmente a influência da subjetividade do juiz na decisão, para a mera aplicação da lei (norma ou disposto normativo) e obrigando-o a identificar, objetivamente, no fenômeno social em análise – entenda-se, na causa-, vetores naturais e dimensões culturais (fato, valores, princípios, inclusive supraconstitucionais, se houver- que justifiquem a redução de aplicabilidade da norma –do comando normativo- para a efetiva solução do conflito, somente nos casos de *insuficiência normativa*.⁴⁶⁰

⁴⁶⁰ Quando falo em *insuficiência normativa (ou da lei)* entendo que significa ***a lei, vigente e aplicável, por sua simples utilização, na decisão judicial, vir a demonstrar ser insuficiente ou incompatível para solucionar o conflito em relação ao fato concreto, limitando-se, por seus efeitos insuficientes, apenas a***

2.2.2. A justificativa ideológica.

A **segunda justificativa estrutural**, a principal delas, aquela de que a distribuição e aplicação da justiça ainda assim se faz por meio destes sistemas de cunho positivista, mesmo que impregnados de legalismo, é puramente ideológica, como já salientei alhures, na maioria das vezes não se constituindo em efetividade essa distribuição ou aplicação afirmada. Ao revés, garante apenas a aplicação da lei sem qualquer compromisso com a justiça ou a sua distribuição, para exclusiva manutenção de poder institucionalizado ou de poder econômico.

Inicialmente preciso efetuar um detalhamento sistêmico-axiológico dos ordenamentos mencionados a fim de que se possa compreender qual a natureza de suas justificativas ideológicas.

Os empecilhos a esse encontro com a efetiva distribuição da justiça por esses sistemas advêm de dogmas e postulados de ordem filosófica ou teológica, sistemicamente internalizados. Relembro aqui, para melhor situar a questão que debato neste momento, as diferentes naturezas e características dos sistemas de direito do planeta que se mostram, ora, profundamente legalista – *romano-germânico*-; ora, jurisprudencial e consuetudinária – *anglo saxônico*-; ora, de orientação nitidamente confessional-religiosa – *hebraico, islâmico e indiano*-; ora, de estrito cunho político-impositivo – *nipônico*-; e por último, de manifesta natureza político-administrativa e ideológico-partidária de dominação – *chinês*-.

Ao romano-germânico, à lei escrita.

Ao anglo-saxônico se lhe exige o apego aos precedentes – *common law*- ou ao entendimento fixado pelo Lorde Chanceler ou pela(o) Monarca – *equity*- ou ao texto fixado pelo Parlamento – *statute law*- ou ao costume ancestral – *custom*-.

Ao islâmico puro⁴⁶¹, pelo cumprimento da *shari'a*, resultante dos limites

por fim à demanda, sem resolver o conflito social, o que, em meu entender, viria a permitir que o julgador viesse a utilizar do *iusinterativismo* para aplicá-lo e decidir com *justiça-na-decisão aplicando valores éticos universais ou princípios universais e/ou fundamentais*.

⁴⁶¹ Destaco a expressão islâmico *puro* porquanto como se pode ver em ALESSANDRO PIZZORUSSO *Sistemi Giuridici Comparati, op. cit.*, página 347, o direito islâmico atualmente, embora fortemente

estatuídos pelo Alcorão (*Al Quran*)⁴⁶², na Sunna (*o Caminho do Profeta*) reunida no Hadith (*Tradição Sagrada*), na Ijima (*consenso universal*) ou Opinião Concordante da Comunidade, na Quias (*interpretação analógica*) dos casos judiciais e normas sagradas, e no Direito Clássico, consistente do costume (*urf*), das decisões judiciais, do decreto do soberano (*qanun*) e do interesse público (*maslaha*) ou o sistema **islâmico misto** equilibrado entre a *Shari'a* e o *civil law* ou mesmo com alguns resquícios do *common law*. Mas em todas as suas formas torna-se um sistema de extremo aprisionamento confessional e, conseqüentemente positivista.

Ao sistema hebraico-israelense, de alto cunho religioso, se lhe apresenta a característica de *statuta personalia*⁴⁶³(estatutos pessoais) com efetiva base no *civil law*, de natureza pública e hodierna, este último, de natureza escrita e limitado à jurisdição e território israelense.

Ao sistema russo, de evidente ranço positivista oriundo do sistema soviético, ainda se apresenta normativista e positivista, porém não mais com o

embasado nos conceitos divinos da *Shari'a* (*Al-Quran -A Recitação- e Sunnah -O Caminho do Profeta-*; A *Shari'a* é a junção da "Recitação" com o "Caminho do Profeta") sofreu mitigações em determinados países (Índia, Turquia, Egito) pela imensa influência do **civil law** oriunda das colonizações sofridas, não enquanto determinante do sistema de direito, mas quanto à fórmula legalista de estabelecimento dos princípios corânicos mediante leis editadas pelos parlamentos, em muitos casos para atender u'a maioria islâmica da população, em outros para sufocar essa própria maioria islâmica ou minorias contrárias ao islamismo.

⁴⁶² Vide **LOSANO**, Mario G.. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, op. cit., págs. 399-467; **PIZZORUSSO**, Alessandro. *Sistemi Giuridici Comparati*, op. cit., que explicitam que **Al-Quran** ("o Corão" ou "o Alcorão") significa "discurso", "recitação" e é também chamado de Kitab Allah (Livro de Alá). Eterno e imutável, considerado a linguagem dos anjos, o Corão não pode tampouco ser traduzido. Para a unanimidade dos *ulemá* (teólogos muçulmanos), a tradução do Corão para qualquer outro idioma não se considera mais Corão e sim "tradução dos significados dos versículos corânicos". Para os fundamentalistas muçulmanos, devem ser cumpridas todas as determinações do Corão, sem refutações, revisões ou interpretações livres em qualquer época da história humana; **a Suna** (*Sunnah* ou O Caminho do Profeta) é o conjunto de eventos da vida de Mohammed (Maomé), reunidos desde a época omíada na Hadith (Tradição), para preencher as lacunas do Corão, que é imutável; **o Ijima** (*Idjma* ou "O Consenso Universal"), também conhecido como **a Opinião Concordante da Comunidade** é qualquer credo ou prática, ainda que não contidos no Al-Quran, ou Corão, ou na Hadith que se fazem justificáveis porque aceitas pela comunidade de religiosos teólogos muçulmanos; **a Quias** (*qyias* ou "A Analogia"), também conhecida como **a Interpretação Analógica**, é a base da interpretação da *Shari'a*. É um raciocínio lógico e analógico, por meio do qual novas crenças e modos de conduta são deduzidos. Os conservadores limitam este princípio, porque pode levar à livre interpretação dos preceitos divinos, o que não é permitido; **O Direito Clássico** é consistente do costume (*urf*), das decisões judiciais, do decreto do soberano (*qanun*) e do interesse público (*maslaha*).

⁴⁶³ **Estatutos pessoais** (ou em Latim, *statuta personalia*) são direitos pessoais que seguem o indivíduo em qualquer território em que se façam presentes e que, de natureza religiosa, devem ser aceitos, cumpridos e respeitados por qualquer Estado internacional sob pena de exercer-se discriminação odiosa à cultura pessoal do indivíduo, nacional ou estrangeiro, exceto no que viole os direitos humanos e fundamentais da pessoa.

componente ideológico socialista.

Ao sistema africano, se lhe aplicam algumas diversidades, porém todas de característica normativista e positivista, ora oriundas da colonização inglesa e porque se reúnem e se integram no **common law** do sistema jurídico britânico, ora porque se utilizam do **civil law**, utilizados nos sistemas de direito espanhol, holandês, alemão, francês ou português em virtude das respectivas colonizações e influências político-partidárias, nos diversos países africanos.

Ao sistema indiano, de forte influência amplamente religiosa (hindu, muçulmana, sikh, cristã, budista, judaica, taoista e outras) combinada com a influência da codificação legal e do **civil law** e forte tradição jurisprudencial no **common law** por sua colonização inglesa.

Ao sistema nipônico⁴⁶⁴, se identifica claramente como um sistema híbrido, em que funcionam o sistema do **civil law**, (**direito codificado pelo Poder Legislativo com limitações ao Poder Judiciário**), **statute law** (**direito fundamentalmente escrito e legislado**) e parte do sistema jurídico norte-americano, somente diferindo quanto à forma e ao regime de governo – monarquia parlamentarista-. Evidente o normativismo existente no sistema e a impossibilidade de atualização célere para a solução dos conflitos sem a utilização de uma visão iusinterativa.

Ao sistema chinês, que se perfaz uma unidade mesclada de um direito costumeiro e tradicional, baseado nas tradições do âmbito rural com o direito positivista e publicista das regiões das megalópoles chinesas (Shanghai, Khantoum, Beijing, Hong-Kong) sob orientação fortemente ideológica do partido único governante.

Assim, observe-se em cada um desses sistemas a permanente imutabilidade, senão *difícilima*, *sazonal* e *anacrônica* a mutabilidade legal e normativa, aplicada a cada cultura, a cada país, a cada região, consequência de um iuspositivismo com nuances definidas em razão das diferentes tradições culturais e políticas dos povos gerando, permanentemente conflitos sociais, econômicos e políticos –em alguns casos de proporções globais- que não encontram respaldo, nem solução nos órgãos pacificadores sociais, vale dizer, no Poder Judicial, definidos para esse objetivo mediante regras constitucionais.

⁴⁶⁴ Vide nesta obra, o Capítulo 1, item 2.1.8, *O direito nipônico*.

Digo ***difícilima*** mutabilidade de regras, porque necessitaria em virtude da distinta natureza de cada um dos sistemas mencionados, a saber:

- 1. no sistema romano-germânico:** de uma mudança legislativa que importa em discussões parlamentares e negociações demoradas;
- 2. no sistema anglo-saxônico:** de uma mudança jurisprudencial e consuetudinária ou de princípios de equidade ou de legislação;
- 3. no sistema russo:** igual providência de mudança de legislação e de cultura judicial;
- 4. no sistema islâmico puro:** da alteração de razões e fundamentos milenares teológicos e culturais; ou
- 4.1. no sistema islâmico misto:** da mescla com o produto do poder legislativo, ou de outro modo, precisaria de uma modificação de cultura espiritual religiosa igualmente milenar;
- 5. no sistema hebraico-israelense:** da modificação das regras oriundas de estatutos que aderem ao patrimônio jurídico da pessoa (*statuta personalia*) mesclado com o direito escrito estabelecido na jurisdição territorial de Israel;
- 6. no sistema africano:** a alteração de legislação permitindo, no civil law, o aprofundamento da atuação jurisdicional e jurisprudencial;
- 7. no sistema indiano:** da alteração das características de um sistema de forte influência religiosa muçulmana e sikh;
- 8. no sistema nipônico:** a mudança da forte característica legalista-parlamentar oriunda da influência do Senado americano;
- 9. no sistema chinês:** da modificação ideológica consubstanciada num forte sistema baseado no ***civil law***, de alto cunho ideológico, misturado com uma forte tradição rural baseada nos costumes.

Por outro lado, denominei de **sazonal e anacrônica**, as outras naturezas de dificuldade, porque identifico uma natural inviabilidade temporal desses sistemas em atender, mediante céleres respostas, às evidências e necessidades sociais e políticas contemporâneas, principalmente as do atual século XXI.

Sazonal, porque, de um lado, somente as atenderia de maneira periódica, por método e iniciativa legislativa ou judicial, porém quando não mais possível se conter o anseio popular o que indica evidente retardamento.

Anacrônica, permanentemente, porque, de outro lado, obteria uma resposta às necessidades sociais, mediante natural retardamento ou atraso em razão das dificuldades da natureza desses próprios sistemas. Assim, corroboro que em nenhum deles se busca a **justiça-nas-decisões**, embora se afirme, reafirme e confirme -falaciosamente- esse *desideratum*.

Na tentativa de discutir essa legitimidade e validade dos sistemas de direito, dar-lhes uma natureza de maior **eficiência normativa, efetividade e eficácia** por meados do século XX surge a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, a qual já amplamente analisei nos capítulos anteriores a demonstrar incongruências da denominada “pureza” dessa teoria do direito. Como complementaridade a Kelsen por ser iuspositivista, mas com a criatividade de um novo posicionamento teórico-científico surgiram duas outras teorias que causaram espécie e atenção no meio jurídico. O pós-neopositivismo de Hart e o principiologismo jurídico de Dworkin. Vamos a elas.

3. A ATUALIDADE DOS SISTEMAS DE DIREITO PRECONIZADOS POR HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART E RONALD MYLES DWORKIN E A SUA INSUFICIÊNCIA PARA A REALIDADE DO SÉCULO XXI.

Adentrando ao estudo dos sistemas de direito, e principalmente, à sua comparação com as teorias mais recentemente propostas em estudos de alta cientificidade jurídica, preconizadas por Hart e Dworkin, se apresentam como de amplo interesse para o debate em atualização ao século XXI.

Relembro que Hart prevê a aplicabilidade de um iuspositivismo pós-kelseniano, e que diversamente da norma fundamental de Kelsen, afirma e confirma a existência de uma **norma de reconhecimento** (que, no seu entender, legitima

o sistema de direito por sua validade em virtude do reconhecimento conferido à norma pela comunidade, uma espécie de recíproca '*eficácia por legitimação na sociedade*') e reafirma a existência de normas primárias (*direitos materiais que geram deveres e obrigações a outrem*), e de normas secundárias (*pretensões que legitimam e garantem, instrumental e metodologicamente, os poderes públicos e privados a cidadãos*). Para melhor compreensão de sua aplicabilidade ao século XXI e à Globalização, vamos analisá-lo diante das causas que levam à necessidade de normas de reconhecimento e à formação de normas primárias e de normas secundárias.

Dworkin, contrariamente, confronta a necessidade de uma norma de reconhecimento (*recognizing or recognition rule* ou *rule of recognition*) afirmando-a desnecessariamente exclusivista e fundamentalista, tal e qual a **Grundnorm** de Hans Kelsen, e demonstrando que a adequação desta regra a um sistema de direitos que se pretende acertado à sociedade somente poderia ocorrer mediante fundamentação em **princípios de direito** que se amparam em preceitos prévios à formação da norma e que por várias facetas justificariam, em inúmeras variações lógicas de aplicabilidade a regência de fatos e normas.

Há, sem dúvida, em relação a Kelsen, um avanço teórico-científico quando, tanto na teoria de Hart como em Dworkin, se identifica a pluralidade de elementos de regência, não mais e somente, agora, uma norma exclusivista e autoritária como se o sistema dela dependesse, em uma inerente contradição sistêmica, por justificar a validade normativa de modo monocrático, piramidal, e exclusivamente hierárquico-legal, mas, de outro modo, vir a admitir a justificação de validade da própria Norma Fundamental de modo moral, plural e extrajurídico. Todavia, este é um avanço insuficiente. Um avanço insuficiente por quê e para quê?

3.1. A visão iusinterativa para a Globalização quanto à necessidade da norma de reconhecimento e das normas primárias e secundárias e as diferenças entre as regras primárias e secundárias de Hart.

Para sustentar o âmbito de cabimento ou não das normas primárias e secundárias Hart usa do exemplo de uma comunidade primitiva para chegar à conclusão de que, na hipótese dessa comunidade, somente existiriam as, por ele denominadas, normas primárias, que afirma serem as regras criadas pela ação social ou pelo costume, exclusivamente criadoras de direitos materiais e não legislativas, não instituidoras de meios de solução para os conflitos sociais. Entretanto, preleciona que entre as normas primárias, nessas sociedades primitivas subsistiriam duas dúvidas: a primeira, sobre qual seria, entre duas ou mais regras primárias, a regra aplicável. E a segunda, sobre qual o alcance preciso de uma determinada regra primária. Para tanto, afirma da necessidade de existência de normas secundárias que seriam aquelas destinadas a por fim aos conflitos entre regras primárias e apontar tais soluções para a comunidade. Presumidamente, ao fixar e colocar essas duas dúvidas e solucioná-las imediatamente com a colocação de normas secundárias Hart não o afirma, mas por isso supõe –e aqui residiria sua suposição-, que a comunidade primitiva que possa responder a essas duas dúvidas mediante normas secundárias não poderia mais ser –ou se caracterizar como- uma comunidade primitiva, porque somente esta –a comunidade primitiva-, poderia conter em seu sistema normas **somente** primárias, tal a dificuldade que teria de responder a estas duas indagações, em celeridade social, para as exigências da legitimidade social.

De duas uma, ou o exemplo de Hart é insuficiente a demonstrar o que deseja, ou comete equívocos teórico-científicos imensos demonstrando que sua teoria é somente aplicável a um sistema anglo-saxônico e sem caráter global.

3.1.1. Três críticas à teoria de Hart: crescimento económico, nível de sociabilidade, eticidade material do processo.

Assim, vislumbro que **três equívocos são perpetrados por Hart** na formulação deveras iuspositivista de sua teoria, neste ponto, ou pelo menos neste exemplo em que ele funda sua teoria na necessidade de uma **sociedade com maior crescimento econômico**, na **separação entre moral e direito** e na **eticidade do processo**. Veja-se a seguir.

3.1.1.1. O primeiro equívoco de Hart: a legitimidade da norma e a sua eficácia não se constituem ou deixam de se constituir pelo grau maior (ou menor) de crescimento/desenvolvimento das sociedades.

O primeiro, quando assevera que a norma de reconhecimento embora se torne cada vez mais complexa faz-se, por isso mesmo, de fácil legitimidade decorrente dessa complexidade social, em virtude da existência de normas primárias e secundárias que dão origem a essa legitimidade. Mas, em contrapartida, diríamos que poderia haver sim, maior legitimidade de uma norma de reconhecimento em uma comunidade primitiva, ainda que não houvesse normas secundárias, pois a legitimidade da norma de reconhecimento não se dá em virtude do nível de organização da sociedade, ou mesmo de suas formas ou graus de sociabilidade maior ou menor mas sim, ocorre em razão do nível de eficácia social dos valores éticos ínsitos à própria sociedade, ou seja, do nível de aceitação e cumprimento das regras materiais de direito ou de regras organizacionais, pela comunidade, não importando sua grandeza, extensão ou grau de organização, tampouco importando se são normas, como já disse, atributivas de direitos e deveres (no dizer de Hart,

primárias) ou se são normas de organização⁴⁶⁵ (no dizer de Hart, secundárias, classificadas como **de reconhecimento, de modificação e de julgamento**). Hart jamais admite esta última hipótese, por considerar que a comunidade hipoteticamente primitiva não teria condições de formular normas secundárias, vale dizer, que instituíssem instrumentos, ferramentas ou métodos que viessem a apontar, dentre duas, qual a lei aplicável ou qual a lei que deveria ter, em determinado momento, alcance maior. Em suma, instrumentos de solução de conflito. Nem um, nem outro, ocorrem. E aí reside o equívoco. O que quero dizer? Afirmo que o que define o grau de legitimidade de uma norma jurídica, independentemente de seu grau de evolução e de reconhecimento ético, fático e jurídico não é apenas, segundo Hart, a **i) a coercibilidade normativa inerente à sua natureza** (aspecto formal da vigência da norma legitimada socialmente que a molda e a constrói como norma de reconhecimento como afirmado, estabelecido e desejado por Hart); **mas também**, como entendo ser, em adição ao que Hart afirma, **ii) o grau de sociabilidade**⁴⁶⁶ que ela –norma- produz, vale dizer, o raio ou âmbito de atuação da norma sem levar necessariamente em consideração o tamanho ou quantidade da população em referência, mas a eficácia da norma produzida por sua aceitação social⁴⁶⁷, e principalmente **iii) a viabilidade de aplicação dos valores éticos**, à comunidade e ao cidadão, que sustentam essa regra enquanto fundamento ético aplicável pela comunidade; a estes dois últimos itens, Hart pareceu olvidar-se, afastando-os da estrutura teórica de seu sistema.

Há exemplos reais em que identificamos populações imensas com valores éticos incrustados socialmente com total amplitude e eficácia que podem ou não ser sociedades primitivas –sociedades contemporâneas- e que mantêm tais valores e regras sociais eficazes até os dias atuais.⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito, Capítulo IX – Da Estrutura da Norma Jurídica*, páginas 98-99, *op. cit.*

⁴⁶⁶ GURVITCH, George. *Sociology Of Law*, Introduction of ALAN HUNT, New Brunswick, Transaction Publishers, 2001, 314 páginas.

⁴⁶⁷ Há evidentes casos de costumes jurídicos e regras máximas de convivência aceitas no âmbito social, sem qualquer previsão legal, fazendo com que se legitimem situações que a lei ainda não consubstanciou ou nem ao menos, teve o condão de legitimar. Tais situações são legitimadas por eficácia concedida socialmente e reconhecidas judicialmente pelos magistrados quando aplicam a jurisdição.

⁴⁶⁸ Exemplos concretos do que afirmo são os valores incrustados nos **1º Grupo**: nas nações de origem muçulmana (Irã, Iraque e outras) ou **2º Grupo**: nas nações orientais (Japão, China, Índia e outras), ou em

Na verdade, tanto a comunidade primitiva, como a comunidade mais desenvolvida, podem ter regras de reconhecimento e normas primárias e secundárias, mas apenas vão se explicitar, concretamente, de modo distinto⁴⁶⁹, uns, de modo mais rudimentar, e outros, menos.

A sociedade primitiva mencionada por Hart pode criar, por si própria, uma espécie de sistema processual que certamente servirá de instrumento de garantia de seus valores, fatos, princípios e regras, ocorridos no seu seio. Mas, com o devido respeito à construção teórica de Hart, não é a existência desta norma secundária que admite e permite a solução do conflito, mas sim, o fundamento ético inerente ao fenômeno e com eficácia –aceito socialmente– que lhe permite a solução da controvérsia.

Podemos citar o exemplo, tal e qual Roma⁴⁷⁰, instituiu nos períodos da História

3º Grupo: outros casos no direito indígena latino-americano (por exemplo, no direito intercultural existente no México, na Guatemala, na Colômbia, no Peru, na Bolívia, no Equador, para citar apenas alguns) ou mesmo em **4º Grupo:** nos países africanos como Gana, Marrocos, Guiné-Bissau, Costa do Marfim, África do Sul e tantos outros, com seus direitos tribais. No **primeiro grupo**, os valores são mantidos e, em contrapartida, embora o grau de desenvolvimento tecnológico seja razoável, estes não são democratizados à população; todavia, no **segundo grupo**, tal sentido axiológico-cultural é mantido e preservado e a contrapartida relativa a dado grau de desenvolvimento tecnológico é amplamente estendido a toda a população. Nos **terceiro e quarto grupos**, igualmente os valores se fazem preservados há séculos, mas há restrições evidentes à distribuição do crescimento e desenvolvimento tecnológico à totalidade da população, seja de ordem econômica, seja de ordem política. Mas há grupos específicos, com especialidade de tratamento, e que, em maior ou menor escala, no Hemisfério Norte (seja relativo ao País Basco –Norte da Espanha e Noroeste da França– e outro, relativo aos países nórdicos (Finlândia, Noruega, Suécia) em que também ocorre a preservação de valores ético-culturais milenares e, no entanto, o desenvolvimento científico e tecnológico é fantástico e é amplamente socializado. Em todas essas configurações distintas encontramos os valores éticos mantidos por milênios ou séculos e aplicáveis efetivamente à realidade contemporânea de cada nação, viabilizando a existência de regras ou valores éticos como formas alternativas de solução de conflitos e controvérsias, independentemente da formação de um sistema jurídico estatal e do nível de desenvolvimento econômico ou científico e tecnológico existente.

⁴⁶⁹ REALE explicita que as **normas primárias de HART**, na verdade, são como que as mesmas **normas de direito material** no direito tradicional, constitutivas de direitos e obrigações, faculdades e sujeições e quanto às **normas secundárias**, nas quais **HART** insere as **normas de reconhecimento, de modificação e de julgamento**, como suas espécies, **REALE** as denomina de **normas de organização**, seja porque ao validarem outras normas e lhes concederem legitimidade **organizam** em validade o sistema (*norma de reconhecimento*), seja porque quando vislumbram e aplicam modificação na própria norma material (revogação, derrogação, extinção parcial, anulabilidade, nulidade) o fazem legitimando e **organizando** o sistema de direito (*norma de modificação*), ou ainda quando **organizam** e viabilizam o procedimento de julgar (nítido caráter de norma processual, também de essência organizacional) orientando o julgador (*norma de julgamento*).

⁴⁷⁰ Ainda que se possa dizer que Roma era uma sociedade desenvolvida para sua época, o outro lado da moeda, as sociedades mais primitivas da Gália, da Germânia ou da Escandinávia também possuíam regras e processos decisórios de conflitos, antes mesmo das criação de um Estado Romano, ou tal e qual a criação do Estado Moderno, como forma de organização de uma Nação/Governo e de representação do Cidadão, o que desabilita a compreensão e justificativa de Hart para a criação das regras primárias e secundárias com o supedâneo iuspositivista que lhes deseja dar fundado na incompletude do

do Direito, relativos ao *ordo judiciorum privatorum*, ao período *per formulas* ou ao período do *cognitio extra ordinem*⁴⁷¹, por meio dos quais se fez surgir o processo, enquanto instrumento de solução de conflitos, antes mesmo de vir a ser criado o conceito e a prática dos institutos da Jurisdição e do Estado, como o conhecemos hoje. Acabou por criar o processo –um sistema de tramitação de regras, ordenadamente- com o exclusivo fito de garantir ao cidadão romano – sem qualquer ingerência do Estado Romano, ante o seu forte escrúpulo privatista- a tramitação de verdadeiras normas secundárias, solucionadoras dos conflitos de interesses entre patrícios romanos por meio do *jus civilis*.

De outro modo, não é a antiguidade –enquanto primórdios de sua existência-, e nem o tamanho, e muito menos o grau de desenvolvimento comercial ou econômico de uma comunidade ou sociedade, mas sim a existência de um nível ético-cultural-espiritual, ou um sentido de *justiça-nas-decisões*, que lhe atribui ou deixa de atribuir norma de reconhecimento, ou norma primária ou lhe impede de obter uma norma secundária para a aplicação de um sistema de direito à sua nação ou território. Estes valores éticos, é de total evidência, que exurgem do fato de como cada comunidade se assenta, em suas necessidades e se constitui em convivência para obtenção de seu Bem Comum. Daí constituem, tais comunidades ou nações, seus valores éticos universais no sentido e direção da conquista plena do **Valor Ético Magno de Preservação da Vida e da Humanidade**.

Hart, ainda que venha a utilizar os valores como tentativa de legitimação de sua norma de reconhecimento e suas ideias neopositivistas jurídicas, na verdade, deixou de considerar que os níveis e as formas de sociabilidade⁴⁷² e de comunhão de uma sociedade ou comunidade conjuntamente com o grau de eficácia social da norma (aceitação ampla da regra pela comunidade) pode influenciar o cumprimento da norma, mas não é determinante quanto à quantidade de pessoas existentes na sociedade, tampouco quanto ao nível de relação social entre eles –forma e grau de sociabilidade, segundo Georges Gurvitch, para efetividade de cumprimento/descumprimento da norma ou maior

primitivismo das sociedades.

⁴⁷¹ PELEGRINI GRINOVER, Ada; ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos De; & DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*, 27ª edição. Malheiros Editores, São Paulo, 2014, 398 páginas.

⁴⁷² Vide LUMIER, Jacob, sobre GEORGES GURVITCH no link <http://leiturasociologica.wordpress.com/a-microsociologia-na-formacao-dos-grupos-sociais-e-seus-efeitos-sobre-as-estruturas-sociais/>

ou menor probabilidade de eficácia da regra-, e muito menos quanto aos valores éticos inerentes à coercibilidade constante nas normas primárias e secundárias.

O neopositivismo jurídico de Hart não é mais latente. Resta amplamente demonstrado. Agora, com todas as críticas e objeções que sustento.

3.1.1.2. O segundo equívoco de Hart: a separação entre direito e moral para fixação de sua regra de reconhecimento (recognition rule).

Em segundo lugar se apresenta o que considero o **segundo equívoco de Hart** quando defende a separação do direito e da moral.

Quanto a esta, a moral, objeção faço, de vez que **a compreendo como a forma de apropriação e realização cultural dos valores e princípios éticos universais por uma determinada comunidade, em dada região ou país.** Mas, ainda assim, ousa discrepar de Hart.

Ao Direito, não há regra sem valor ético. E são intrinsecamente ligados. Mesmo as regras mais técnicas, como venho demonstrando neste trabalho, incidem, por um momento, em razão de princípios e valores **de ordem** e **de organização** e em **obediência** ou **coerência** a algo e com determinada **hierarquia** por razão ou virtude de um aquinhoamento adequado, equidade ou proporcionalidade que igualmente são valores éticos. Se eu tenho um índice percentual econômico estabelecido, ou algo que deve determinar uma alíquota de um tributo e aparentemente não possui qualquer valor ético, tenho certeza absoluta em afirmar que tais índices e/ou alíquotas, não foram obtidos aleatoriamente, foram alcançados, mesmo que indiscriminadamente, em razão de investigações e pesquisas estatísticas, porém, com um fim determinado, e na busca de se encontrar um resultado valorativo ou axiológico, para obtenção específica de um valor ético, ou de orientação ou subsistência, ou de sobrevivência, ou de sustento ou de correta administração do Bem Comum pelo Estado. Se há violação ou não a tais valores éticos universais, mediante excesso, ou mediante mitigação, por seus agentes governamentais isto já é a

apreciação axiológica, sociológica e normativa –em tridimensionalidade- do fenômeno –ou fato- social que dará o sentido em que deve ser compreendido como um todo, se **lícito, ilícito, imoral, moral, amoral, jurídico, antijurídico, ético, aético, antiético praticado por seu agente, recaindo ou na necessidade de proteção judicial por violação do valor ético universal ou na necessidade de sua prévia garantia para que não venha a ser violado.**⁴⁷³ Isto é aplicação de um sistema *iusinterativo*.

O exemplo trazido por Hart citando Gustav Radbruch, *permissa venia*, aponta em direção a uma confusão de conceitos. Radbruch afirmava que o direito nazista não era direito porque atingia de morte a moral e a ética, e por ser injusto não havia obrigatoriedade de ser cumprido pelos funcionários ou cidadãos alemães e que deveriam tê-lo desobedecido. Hart -do mesmo modo que Kelsen o conduzia, mas não assumia- em contrapartida, afirma que mesmo sendo imoral, tal direito nazi deveria ser obedecido porque era direito. Nesta própria assertiva de Hart há uma contradição. Não se pode dizer que o direito nazista, por ser imoral não era direito. Tampouco se pode deixar de considerar que o direito nazista era injusto. Era direito, era imoral e era injusto, mas, por isso, tinha de ser cumprido? O formalismo jurídico –e a contradição de Hart- está insito à assertiva de que, por ser direito, o que é imoral **deve ser obedecido**. Evidente a contradição. O que concluímos é que era direito, era imoral e era antiético e, por isso, expressamente injusto ou, como diríamos, contrário a valores éticos universais. Deve um direito desta natureza ser aplicado? Ser obedecido? Qual a autoridade que leva a um juiz aplicar um direito sem fundamento em valores éticos? A autoridade do Estado? O Estado não está legitimado a isto! Vale dizer, não está legitimado a deixar de representar seus cidadãos, deixando de assegurar a eles valores éticos universais gerando-lhes insegurança pública, violência social, péssimo serviço de saúde pública, desemprego, etc. Ou pior, realizar contra o próprio cidadão os atos de violência social, insegurança pública, e outros... Como se sabe, o Estado é a representação do cidadão e deve, sempre, baseado em valores éticos universais, por todos os meios constitucionais e legais que detenha, a

⁴⁷³ Sobre estes conceitos de **lícito, ilícito, imoral, moral, jurídico, antijurídico, imoral, amoral, aético, antiético** para o que denominamos de iusinterativismo, ler, nesta obra, o capítulo anterior a este denominado *A Aplicação dos Princípios como regra interpretativa no Iusinterativismo*.

assegurar ao cidadão, nacional ou estrangeiro residente, a paz social e o crescimento e desenvolvimento econômicos e a formação e a distribuição do Bem Comum.

Por outro lado, efetivamente o valor ético que fundamenta a existência de uma norma e permite colocá-la em posição de efetiva solução de um conflito social, não simplesmente do processo ou da causa, é que transfere a ela –norma- o dever ético de cumpri-la. Não o seu formalismo ou mera vigência formal. Há casos, por exemplo, de normas em desuso. Há outros em que o próprio princípio da instrumentalidade das formas –princípio econômico das formas- guarda a necessidade de afastamento do formalismo ante o cumprimento efetivo da finalidade desejada pelo direito, vale dizer, a solução efetiva da controvérsia. Assim, esse dever de cumpri-la não existe, exceto por esse sopesamento de valores que deve dar ao juiz a sua condição de pacificador social do Estado e sua principal atividade, porque, do contrário, seria um mero e burocrático aplicador de regras. Bastaríamos ter um *software* de ordenação e valoração prévia dos valores espirituais(!). Deve existir, sim, alguma discricionariedade judicial. Mas dentro de parâmetros objetivos que impeçam as injustiças da parcialidade e tendenciosidade hoje somente asseguradas na existência dos princípios gerais do processo de **imparcialidade** e de **inércia de jurisdição** e ainda dependentes de uma discricionariedade judicial para aplicação.

Se a norma possui valores e princípios que lhe dão essência e existência, há, sim, dever moral de cumpri-la. No caso do direito nazista os seus princípios e valores éticos eram concreta e constantemente amparados em atos que reiteradamente estavam a efetuar quebras de valores éticos universais superiores (*paz; liberdade individual; livre manifestação e expressão de pensamento; incolumidade física de cidadãos; inviolabilidade de domicílio -pela perseguição aos judeus, extermínio em massa de opositores, insegurança domiciliar- e outros tantos que levam naturalmente à violação do Valor Ético Universal Magno de Preservação da Vida e da Humanidade e à Paz ou Convivência comum e pacífica*).

Como se vê, aparentemente de difícil solução, esta questão encontra **fácil** resposta no entendimento **iusinterativo** que faço de que o direito nazista como qualquer outro direito preocupado em somente exercer controle social e

manutenção de poder, estava sim, também, amparado em valores éticos de natureza ideológica, menores, não-universais, impregnados de uma teoria ideologicamente sustentada, que ofendiam outros valores éticos, aí sim, de âmbito universal e de amplitude maior. Porém, Hart nega implicitamente esta situação ao efetuar a separação entre o direito e a moral, fazendo surgir uma confusão de aplicabilidade normativa e jurídica entre a norma nazista –porque considerada, com vigência formal, jurídica e por isso a conclui válida- e a norma impregnada de valores éticos universais também vigente formalmente, e, portanto, tão ou mais jurídica –porque amparada em valores éticos universais- quanto a primeira.

De outro modo, o conceito de justiça, nestes casos, deve ser dirimido utilizando-se qual critério? **Respondo: “- Por estes mesmo valores universais éticos que concedem a quem quer que seja –portanto, a todos, sem distinção ou restrição- durante períodos bélicos, ou pacíficos, o direito inegável e universal de expressar sua vontade, mesmo se, em justificada e lícita privação de liberdade –é o caso também, do prisioneiro de guerra- dentro dos direitos humanos universais.”**

Em todo esse raciocínio de Hart em reconhecer que o direito nazista é injusto, mas deve ser cumprido porque positivamente é direito, e não o seria somente por ser imoral e injusto, ainda podemos indagar que, se ocorre, segundo Hart, a separação da moral entre o direito, pode não haver dever moral em cumpri-lo –ou pode haver um dever moral em não cumpri-lo-⁴⁷⁴ e aí se instala o **segundo equívoco** e confusão **de Hart** e a demonstração cabal de seu iuspositivismo insuficiente ao século XXI.

Retorno ao exemplo acerca da vitória de Adolf Hitler, como já tenho mencionado neste trabalho, para falar sobre o exemplo de Radbruch adotado

⁴⁷⁴ **COSSIO**, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2ª edición, 1964, 821 páginas, vide págs.690-696, em que Cossio fala, por exemplo, do **Direito à inordinação**: “*facultad de inordinación porque es precisamente eso: ponerse en conformidad con el ordenamiento jurídico o inordinarse en él, el derecho que ejercita quien cumple el debido.*”. Por este texto **COSSIO** expõe precisamente a liberdade jurídica como valor ético do indivíduo em se submeter ao direito e praticar o que entende eticamente relevante ainda que contrário ao direito positivado, estabelecendo-se a **inordinação**, vale dizer, a não-submissão à ordem jurídica positiva. Este é um direito do indivíduo contido em todo o sistema de direito, oriundo do consagrado princípio da liberdade do ser humano, de primeira geração, porque estamos no pleno exercício do Estado Democrático e Social do Direito; **REALE**, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*, op. cit., página 101, em que destaca no quarto parágrafo “(...) Em **toda regra de conduta há sempre a alternativa do adimplemento ou da violação do dever que nela se enuncia (...)**”.

por Hart, como se o nazismo tivesse sido vitorioso. E o mundo tivesse se tornado nazista. O sistema jurídico seria nazista. Seu cumprimento seria **politicamente correto, porque acorde com o ordenamento jurídico constituído. Mas não seria eticamente correto.** O sistema então aplicado e existente manteria, como uma espada de Dâmoques sobre si, em estado latente e permanente, de possível aplicabilidade a qualquer instante, os valores éticos universais inerentes à Vida da pessoa humana e à Humanidade. E isto confere a qualquer Povo o direito a revoltar-se.⁴⁷⁵ Como o reafirma Carlos Cossio quando trata do direito à inordinação e Miguel Reale quando ressalta, em outras palavras, que **a lei traz, em si, o germe de sua própria violação.**⁴⁷⁶

Segundo Kelsen, embora não fosse esse o seu objetivo ao escrever a *Teoria Pura do Direito*, o sistema nazista de direito estaria formalmente correto porque guardaria toda estrutura de norma hierarquicamente válida.

De outro modo, para Hart a **norma de reconhecimento** seria a legitimidade advinda da vitória e a *paz dos vencedores* que, em uma eventual vitória do sistema nazi, o justificaria como correto, vindo a validar direitos e obrigações ideologicamente suportados pelos nazistas.

Por outro lado, neste cenário, se fôssemos utilizar a teoria jurídica segundo Dworkin, salvo engano, os princípios que regeriam o sistema seriam princípios nazistas porque aceitos mundialmente. E como tais inoculados no constitucionalismo justificariam qualquer aberração *nazi*, porque suportados

⁴⁷⁵ **SOUTO**, Cláudio; **SOUTO**, Solange, *Sociologia do Direito: uma visão substantiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

⁴⁷⁶ O princípio da autodeterminação dos povos é um resquício da aplicação em tempos de Paz do direito à revolta e à livre manifestação, à livre expressão e ao livre pensamento. Também é digna de nota a identificação de algumas situações notórias no presente século XXI: **a)** a existência de verdadeiras nações, incrustadas em Países organizados em Estados Plurinacionais, lutando por sua autodeterminação (Espanha com o País Basco, com a Catalunha, com a Galícia; Colômbia; Bolívia; Iraque; Irã e outros); **b)** a existência de ditaduras contemporâneas, as quais, ainda que tenham seus adeptos em diversos países por razões ideológicas, tem-se o conhecimento óbvio da luta constante e incessante de seus povos em busca da democracia e da liberdade efetiva a todos os seus cidadãos (Cuba; Venezuela, Afeganistão, etc...). Ambas estas lutas estão fundadas em valores éticos universais de primeira geração: a luta pelos direitos de cidadania, vale dizer, direitos civis e políticos. O que efetivamente é impossível admitir-se na luta por autodeterminação dos Povos e por Liberdade e Democracia em um País é que isto se dê, que isto se passe, que venha a ocorrer em detrimento da vida e da liberdade de civis e inocentes. Outro elemento inaceitável na luta pela autodeterminação dos povos é o recurso à violência como guerra de conquista. A violência, nestes casos, somente deve ser admitida como legítima defesa do povo oprimido, na hipótese de o Estado nacional negar, com perseguições e violência política, o direito de manifestação em prol da autodeterminação. *Vide* nota anterior quanto à justificação teórico-científica de Carlos Cossio sobre o direito à inordinação, verdadeiro fundamento do direito de revolta –porém, de natureza de desobediência civil e pacífica- e da busca da liberdade de cidadania para o implemento de **valores éticos universais**.

pela Teoria Neoconstitucionalista. Todos, explícita ou implicitamente guardam sujeição à norma vigente como principal parâmetro de conduta à sociedade em paz e por isso, contêm forte conteúdo positivista.

Afirmo, no entanto, que a **norma é parâmetro mínimo**, decorrente de forte componente ideológico de manutenção de poder. Sustento ainda que, sendo ou não a norma um **parâmetro mínimo de conduta em sociedade**, ainda assim existiriam **valores éticos universais** que, para o caso em estudo, identificariam o sistema nazista de direito, como jurídica e politicamente adequado, mas eticamente incorreto, injusto, pelo menos enquanto aplicação de valores éticos universais tais como o **Valor Ético Universal Magno que é a ‘Preservação da Vida e da Humanidade’**, e tantos outros dele decorrentes como **a convivência com igualdade de direitos e oportunidades; o respeito às diferenças de qualquer tipo ou espécie; o direito à autodeterminação dos povos a qualquer momento e sem restrições; o direito à igualdade substancial; o direito a um meio-ambiente digno e saudável para o planeta como um todo; o direito à obtenção de um trabalho legítimo e lícito para o sua própria sobrevivência e aperfeiçoamento profissional; o respeito à liberdade individual; o respeito à liberdade de ir-e-vir; o respeito à liberdade de manifestação e expressão do pensamento; o respeito à liberdade de iniciativa e empreendedorismo; o respeito à liberdade de exercício do trabalho; o direito-dever à educação; o direito-dever à saúde; o direito ao trabalho; o direito ao juiz natural e competente para dirimência de conflitos sócio-jurídicos; o direito de acesso à jurisdição (ao Poder Judicial); o direito ao contraditório e à ampla defesa no processo judicial; o direito ao devido processo legal, o direito à imparcialidade judicial**, e tantos outros que continuassem a ser negados ou desviados ou concedidos apenas parcialmente a partir da ideologia do nacional-socialismo –nazismo- ou do fascismo, de molde a justificar, em resposta, uma ação concreta de mudança e luta pela aplicabilidade de **valores éticos universais** que levam à aplicação de direitos e garantias fundamentais, base de todo o Estado Democrático e Social do Direito, objetivo maior de todo e qualquer povo politicamente organizado.

É um tanto óbvio que a aplicação dos Valores éticos universais, seja para solucionar um conflito de regência negativa de norma, seja para ser aplicado a

uma norma em desuso ou anacronismo, ou para solucionar um impasse entre a aplicabilidade entre uma norma e um princípio, ou a dois princípios aparentemente contraditórios ao caso concreto, ou ainda como solução a outras imperfeições legislativas da norma, guarda intrínseca necessidade da tetravetorialidade natural, vale dizer da inserção desses valores em *tempo*, *lugar*, *finalidade* e *identidade* para a hipótese em apreciação. Só assim, no momento de sua inserção concreta à realidade cultural se poderá estabelecer a hierarquia de valores ou regras, segundo os parâmetros estabelecidos neste trabalho para a definição da própria e adequada produção de **justiça-na-decisão**.

Estes valores que asseguram direitos e garantias fundamentais ainda que assim se denominem, não são, de modo algum, abstratos, perfazendo-se concretamente em atos e fatos –fenômenos, como os denomino- que lhes demonstram com realidade a violação ou a reafirmação de valores éticos universais, e por consequência, a dos próprios direitos e garantias fundamentais.

É por isso que o denomino de **iusinterativismo** ou **iusnaturalismo fenomenológico** e entendo-o aplicável a todas as espécies jurídicas, porque são **fenômenos sociais** baseados em **valores éticos de natureza universal** considerados *vetores naturais específicos (identidade)* e ocorridos em *dada época (tempo)*, localizados em *determinada região (lugar)* e causados *para um objetivo desejado ou obtido (finalidade)* em razão de determinada **norma vigente**, os quais enquanto técnica –interatividade-, enquanto método –iusinterativismo-, e enquanto razoamento –iusinterativo- devem sustentar todo e qualquer sistema de direito em uma nação que se pretenda ser e exercer um **Estado Democrático e Social do Direito**.

3.1.1.3. *O terceiro equívoco de Hart: a eticidade natural do processo.*

O terceiro equívoco de Hart na construção de sua teoria reside na hipótese de que a construção dessas normas secundárias, que se referem a **modificação** e **juízo**, -as duas de intensa característica procedimental- exatamente

pelas funções exercidas, tanto de **modificação**, quanto de **juízo**, não podem deixar de apresentar um conteúdo ético, vinculando e contaminando, em fundamentos, toda a estrutura teórico-jurídica com um significado ético, mas que, ao contrário, Hart tenta negar, com seu argumento da separação entre direito e moral.

Direito e processo são elementos intimamente interligados. O direito não consegue ter existência sem a presença do processo como método de concretidade de suas decisões e de instrumento de pacificação social. E o processo não consegue obter o fim da pacificação social sem a consecução da justiça com ética. A eticidade, vale dizer, a qualidade ética do processo, deve ser a tônica engendrada e resguardada nos princípios gerais do processo que organizam os valores éticos universais aplicados a este instrumento de solução de conflitos de interesses na busca de distribuição de **justiça-nas-decisões**. Assim, não há Direito sem Ética, tampouco Processo sem Eticidade.

Por qualquer que seja a justificativa teórico-jurídica, não há fundamento para deixar de considerar a eticidade do processo –ou a ética no processo– como norte e garantias ao cidadão.

Hart o afirmou na sua obra “*El positivismo y la independencia entre derecho y moral*”⁴⁷⁷ quando se referiu, à presença no ordenamento jurídico, de valores ou pautas morais, princípios gerais e objetivos políticos e que segundo ele, são derivados da forma de manusear as regras que compõem o sistema, reconhecendo o seu uso pelo Juiz Natural na solução dos denominados **casos difíceis ou de penumbra**, embora jamais reconheça que a solução dada pelo julgador venha a ser “a única solução correta para o caso”, porque entende que cabem outras soluções que considera razoáveis porque coerentes e compatíveis com o ordenamento e suas normas.

“Casos difíceis ou de penumbra” ou “casos fáceis ou claros”⁴⁷⁸, tema que trataremos rapidamente neste trabalho, o certo é que independentemente de

⁴⁷⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. *El positivismo y la independencia entre derecho y moral* (em português tomou o título *Problemas de filosofia de direito*) tradução da edição inglesa de 1977 por J. Sainz de los Terreros, in *La filosofía del derecho*, RONALD DWORKIN (compilação), México, FCE, 1980, página 55.

⁴⁷⁸ O estudo da existência ou não de **casos fáceis ou claros** ou **casos difíceis ou de penumbra** (ou do que denomino de **casos repetitivos** ou de **casos novos**) segundo o lusinterativismo será efetuado ainda neste capítulo no item 3.2.1. *Discricionariade Judicial: Casos Novos e Casos Repetitivos; e não ‘Casos Fáceis ou Claros’ ou ‘Casos Difíceis ou de Penumbra’*.

serem casos pelos quais não se possa definir com acuidade qual o conteúdo ou tipo de norma que se deva aplicar ao fato temporal, ou ainda que se admita essa escolha ou definição com facilidade, o que se apresenta de relevante é que o processo –entendido como instrumento ou meio pelo qual o Estado concede ao Cidadão o direito de solucionar os conflitos sociais que lhe atingem- exsurge como um ser orgânico, independente, de seus criadores e agentes (Autor e Réu), e de seu condutor (Juiz Natural), de seus intervenientes (Escrivão, Oficial de Justiça e demais Auxiliares de Justiça), apresentando-se com vida própria e com início e fim a independe de seus atores, mas sim de uma demanda em solução. E, neste sentido, necessita ser ético, ainda que suas regras sejam eminentemente processuais, procedimentais e/ou organizacionais.

3.1.1.3.1. *Quanto às normas de modificação.*

Entendo o que quer dizer Hart quando tenta afastar o sentido ético em **normas de modificação** que se aplicam, **no âmbito público**, a situações de *revogação, derrogação, extinção parcial, nulidade, anulabilidade, prescrição e caducidade*, porque ele presume e parte do ponto teórico inicial de que à simples ocorrência do fundamento jurídico da modificação, já se deve, **incontinenti**, aplicar o instituto jurídico respectivo -*revogação, derrogação, extinção parcial, nulidade, anulabilidade, prescrição e caducidade*- que atingem a norma material e no **âmbito privado**, a *outorga ou alteração de testamentos, as modificações de cláusulas contratuais, a fixação de regras processuais dispositivas pelas próprias partes no processo e as transações ou acordos estipulatórios ou revocatórios de direitos*. Nada tenho em contrário a isto. Mas não é a isto que me oponho.

Refiro-me ao fato de que a **legitimidade** de qualquer **norma de modificação**, não apenas **deve**, mas **tem que** estar assentada em um prévio sentido ético de determinação aceito por todos os participantes:

- 1) **deve** conter um significado de aceitação social quanto à proposição ínsita à norma (**eficácia**);

- 2) **deve** conter um embasamento ético que dê conteúdo e razão para a modificação propriamente dita (**fundamento**) da norma.

Sem tais conceitos prévios não se consegue compreender, mesmo na teoria hartiana o que seja, no **âmbito público**, *revogação, derrogação, extinção parcial, nulidade, anulabilidade, prescrição e caducidade*, ou no **âmbito privado**, os conceitos de *outorga ou alteração de testamentos, modificações de cláusulas contratuais, a fixação de regras processuais dispositivas pelas próprias partes no processo, de transações ou acordos estipuladores ou revocatórios de direitos*, tampouco reconhecer, a qualquer um destes tipos públicos ou privados, **legitimidade** para aplicação à norma vigente. E esta análise que faço não tem supedâneo em lógica formal. Baseia-se claramente na **eficácia social** da norma. É do sentido da **modificação**, reconhecido no âmbito social, pelo cidadão, como legítimo, que se estabelece o significado útil dessa mesma modificação. Do contrário, entraria em desuso, ou seria uma imposição absurda, inócua.

Trago apenas o exemplo do **artigo 219, § 5º**, do Código de Processo Civil⁴⁷⁹ brasileiro que determina uma espécie de modificação, qual seja, a pronúncia da *prescrição ex officio* pelo juiz determinando-se a perda do direito de acionar o Poder Judicial, ou no caso de a ação haver sido proposta, o reconhecimento da prescrição aplicada ao caso pelo decurso do prazo de acionar e o consequente julgamento meritório de improcedência do pedido por essa perda do direito de acionar a jurisdição.

Ora, a prescrição no âmbito processual civil é imperativa e costumeiramente aceita –sem contestação- e no âmbito processual trabalhista –que também envolve direitos patrimoniais, tanto quanto os direitos civis- esta espécie de declaração **ex officio não é** majoritariamente reconhecida, tampouco aplicada, pois as Cortes Laborais entendem que os direitos trabalhistas –alguns de caráter meramente patrimonial, outros de ordem pública (medicina, segurança, transporte e higiene do trabalho)-, principalmente os de ordem pública,

⁴⁷⁹ **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL** brasileiro de 1973, Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm “(...) **Art. 219.** A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (...) § 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. (Redação dada pela Lei nº 11.280, de 2006)(...)”

guardam uma natureza de proteção **efetiva** simplesmente impeditiva da aplicação desta **norma de modificação** hartiana por intermédio de julgadores trabalhistas. Para Hart, a existência de um conteúdo ético que legitime a **norma de modificação** e sua aplicação ou não, não teria a menor importância. Entretanto, para esta hipótese, considero que a **praxis** do primado do público sobre o privado deveria sobressair, mais do que às normas protetivas ao trabalhador, na regra da prescrição pronunciada **ex officio** pelo Juiz Natural, que visa à aplicação não apenas de segurança jurídica ao ordenamento, mas essencialmente de justiça aos que dormem, porque **dormientibus non succurrit jus**, vale dizer, somente àqueles que exercem seus direitos com vigilância, atenção e cautela os têm assegurados ao longo dos anos.

O que seria mais ético? Assegurar-se a natureza protetiva aos direitos trabalhistas patrimoniais que por longo tempo não foram exercidos, em claro reconhecimento limitado e privatístico de consequências de direito àqueles que os detinham ou reconhecer-se a impossibilidade de uso desses direitos pela inoperância ou inércia de sua titularidade e exercício beneficiando a ampla maioria dos demais jurisdicionados?

Dir-se-ia que há, no exercício do direito do trabalho um evidente paternalismo o qual, muitas vezes pode implicar julgamentos injustos e preconcebidos a ambas as partes, realmente ficando assentado que, sob o aspecto mais geral, a prescrição dos direitos trabalhistas atende mais ao interesse público, porque resguarda o ordenamento da utilização de direito que o tempo já fez precluir enquanto ou direito de ação (prescrição) ou direito material capaz de acionar o Poder Judicial (caducidade).

3.1.1.3.2. *Quanto às normas de julgamento.*

Por outro lado, no que concerne às **normas de julgamento** que organizam e viabilizam o procedimento de julgar com nítido caráter de norma processual, procedimental e/ou organizacional, a orientar o julgador, ainda que se venha a compreender que à regra processual não se lhe transfere conteúdo ético e que o Juiz Natural, na condução do processo não deve estar adstrito a regras

processuais, mas sim, àquelas eminentemente técnicas, ousando dizer que, não acredito em normas puramente técnicas, pois sempre guardam um conceito ou de **ordem** ou de **hierarquia** e **obediência**, de intrínsecos valores éticos para sua existência e legitimidade, determinando ao Juiz Natural, às partes e aos intervenientes, o exercício de conduta processual ética. O cerne do que sustento é a ética no processo.

Assim, neste momento, para a **norma de julgamento**, pela qual segundo Hart, se realizam e se estabelecem os conceitos de *ação, juiz, tribunal, jurisdição, processo, direito material/direito processual, defesa e sentença*, o que desejo apresentar de relevo é o fato de que a separação entre Direito e Moral na sustentação da teoria hartiana, mais confundiu do que amparou, mais polemizou do que sedimentou, não tendo de modo algum contribuído para uma dinamização do direito em prol de sua contemporaneidade ou atualização à vida globalizante que passamos a constituir a partir dos finais do século XX para o início do século XXI.

Para melhor compreensão do que digo, faço questão de enfatizar, abaixo, os **fundamentos éticos** dos pilares que envolvem qualquer **norma de julgamento** porque:

- a. é fato que a **ação** não pode ser temerária, devendo ser apresentada à jurisdição mediante condições de admissibilidade e de pressupostos processuais;
- b. é fato que o **juiz** tem de ser competente, ético e imparcial;
- c. é fato que por suas decisões, o **tribunal** deve se apresentar imparcial e ético;
- d. é fato que a **jurisdição** tem de ser exercida com independência e neutralidade pelo órgão julgador;
- e. é fato que o **devido processo**, mesmo sendo a regra fundamental de tramitação deste instrumento de solução e conflitos de interesses, deve abstrair-se do adjetivo **legal** que lhe restringe a aplicação ética, e substituí-lo pela expressão **do direito** viabilizando maior amplitude à sua exequibilidade e dando maior relevância à atuação dos direitos materiais no processo;

- f. é fato que o ***direito processual não pode se sobrepor ao direito material***, no curso do pleito ou da ação processual, senão como garantia de adequada tramitação de procedimento, ou por perda temporal do direito de ação (prescrição) ou por inércia no exercício do direito material (caducidade);
- g. é fato que o ***direito à ampla defesa e ao contraditório*** deve ser assegurado ao réu dentro de padrões e respeitando valores éticos universais;
- h. é fato que a ***sentença*** deve constituir-se como um resumo de todos os elementos do processo e da causa, pela causa, além da causa e fora da causa, ***segundo valores éticos universais***, em conformidade com o ***fato ou fenômeno social e a norma vigente***, de molde a refletir uma solução com ***justiça-na-decisão*** para o conflito social.

Não se trata de retórica. Em todos esses fundamentos se pode observar a eticidade no processo. A evidente consciência de que não mais pode ser afastada a ética no direito; e o processo, de cristalinos ***contínente*** e ***conteúdo éticos***, vale dizer, ***enquanto contínente***, é um instrumento de pacificação social e de cidadania garantido a todos os jurisdicionados; e ***enquanto conteúdo***, é a garantia da sua realização de modo essencialmente democrático, igual em oportunidades de seu desenvolvimento, imparcial na sequência prática de seus atos processuais indistintamente. Isto somente corrobora mais este equívoco de Hart na formulação de sua teoria e ao insistir na separação entre direito e moral (*enquanto apreensão concreta –geodésica = em tempo e espaço determinados- de princípios éticos universais*) ou direito e ética (*enquanto valores éticos universais*).

3.2. O problema do principiologismo de Dworkin e o posicionamento do lusinterativismo para a ***justiça-nas-decisões***.

O surgimento da tese do principiologismo de Ronald Myles Dworkin, trazida à

balha a partir de 1970, com a sua obra *Taking Rights Seriously*⁴⁸⁰, apresentando uma crítica profunda ao positivismo jurídico, dá início a um período de demonstrações inequívocas, junto a qualquer ordenamento jurídico anglo-saxônico, de que o direito não se consubstancia, nem se impõe em aplicação à sociedade, somente como normas fundamentais ou de reconhecimento, sendo necessária uma postura científica dos operadores do direito diversa daquela assumida pelos juristas e juízes adeptos do positivismo, de Joseph Raz ou de H. L. A. Hart⁴⁸¹.

Dworkin admitiu a incidência de princípios jurídicos para delinear soluções em casos nos quais o positivismo considerava a existência de uma penumbra ou uma eventual indecisão do cidadão quanto, ou à melhor lei a aplicar ou ao melhor direito a postular. Seriam **os casos difíceis**. Porém, para isso, rejeitou veementemente a chamada ‘doutrina do poder discricionário do juiz’ ao fundamentar que a discricionariedade judicial se apresenta em três espécies que caracterizou como de: **i) pessoas razoáveis podem interpretar de maneiras diferentes; ii) nenhuma autoridade superior poderá rever ou descartar tal decisão; iii) o conjunto de padrões que lhe impõe deveres não visa, na verdade, impor um dever de tomar uma decisão específica**⁴⁸² e que preferi denominar de:

- a. **Discricionariedade do razoável** (*peçoas razoáveis podem interpretar de maneiras diferentes*);
- b. **Discricionariedade superior definitiva** (*nenhuma autoridade superior poderá rever ou descartar tal decisão*);
- c. **Discricionariedade autônoma ou de natureza contratual** (*o conjunto de padrões que lhe impõe deveres não visa, na verdade, impor um dever de tomar uma decisão específica*).

⁴⁸⁰ **DWORKIN**, Ronald Myles, *Levando os Direitos a Sério*, tradução de Jeferson Luís Camargo, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2007, páginas 102-125, 568 páginas.

⁴⁸¹ A referência contínua que **RONALD MYLES DWORKIN** faz a **JOSEPH RAZ** e a **HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART** como ícones do positivismo, quase que se olvidando da importância de **HANS Kelsen** e seu normativismo para a construção definitiva do positivismo é facilmente explicada pelo fato de que são eles os sucessores de **KELSEN** na defesa da aplicação estrita da norma jurídica textualmente e de um sistema jurídico cerrado para a coerência normativa.

⁴⁸² **DWORKIN**, Ronald Myles, *op. cit.*, págs. 108-109

Dessas três espécies afirmou que a última era quase praticamente impossível de o juiz natural exercê-la de conformidade com a justificativa positivista de Hart. O certo é que dessa rejeição, demonstra que a discricionariedade judicial ***jamais*** –e aí reside o fundamento maior de Dworkin sobre a discricionariedade judicial- excluirá o dever de julgar do juiz ou jamais se tornará em poder discricionário que excluísse tal dever. Mas apresenta a necessidade de decidir por princípios nos **casos difíceis**, a demonstrar que a solução, no sistema do ***common law***, para o direito anglo-saxônico é o seu principiologismo jurídico.

Apesar de concordar com o avanço praticado por Dworkin, com a instauração do principiologismo no universo teórico-jurídico, ensinando que sistemas de direito não são apenas normas e regras e distinguindo-as dos princípios, é exatamente nessa distinção onde penso residir uma possibilidade de questionamento à tese de Dworkin, quando se refere à discricionariedade e à utilização de princípios para a solução de **casos difíceis** ou **de penumbra**.

Segundo Dworkin, a discricionariedade judicial, ao invés de, conforme o pensamento positivista, levar ao efeito de julgar estabelecendo escolhas entre normas ou regras, ou entre regras e princípios, na verdade, ao seu pensar, tal discricionariedade não existiria –ou existiria mitigadamente- porque claramente, no entender de Dworkin, entre tais conflitos, o juiz aplicaria sempre o princípio –ou o preceito, como denominamos no Brasil- contido na regra. É assim que entende Dworkin textualmente:

“(...) Na verdade, uma de minhas razões para estabelecer a distinção entre regras e princípios foi exatamente mostrar quão costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso – que toma essa forma- entre princípios concorrentes e como esse ponto pode perder-se ou submergir, quando falamos muito imprecisamente sobre como regras conflitam com princípios.(...)”

E cita o exemplo:

“(...) Suponhamos que um tribunal decida revogar uma regra estabelecida de direito costumeiro (*common law*) de acordo com a qual não pode haver responsabilidade jurídica por declarações falsas e

negligentes e invoque o princípio de que é injusto que um homem sofra em razão de um delito praticado por outro. Devemos entender o tribunal como se ele estivesse decidindo que o conjunto de princípios em favor da revogação da regra estabelecida –incluindo-se aí o princípio de justiça há pouco mencionado- possui, nas circunstâncias e enquanto um grupo, um peso maior que o conjunto de princípios –incluindo-se aí o princípio do **stare decisis** [decisão de acordo com os casos julgados]- que pede a manutenção da regra como até então. Para decidir sobre a manutenção da regra, o tribunal compara dois conjuntos de princípios; é enganoso, portanto, afirmar que o tribunal compara o peso da própria regra com um ou outro conjunto desses princípios.(...)”⁴⁸³

Ora, o que sustento, evidentemente é diverso e penso que de maior amplitude que Dworkin. O ponto de partida de Dworkin é a existência de casos já estabelecidos e a inexistência de regra que se aplique ao novo fato para regência ou a ocorrência de duas regras que se apliquem ao mesmo fato. A tendência seria aplicar o **stare decisis** (o que já está decidido) ou o precedente judicial respectivo. Mas Dworkin sustenta que havendo duas regras ou dois precedentes estar-se-ia diante de um **caso difícil**. Propõe ele a aplicação de princípios por meio da busca, pelo juiz, de um padrão “*que guie a preparação de uma nova norma ou na ampliação de uma já existente.*”

Afirma ele que toda a regra se fundamenta em princípios; e que, ao entender deste modo, o juiz que tenha dúvida sobre qual regra a aplicar ou como decidir não pode criar uma norma que retroaja –vale dizer, que apanhe a situação jurídica anterior à demanda e que naquela época não existia-, mas sim que aplique os princípios já existentes.

Ora, o sistema preconizado por Dworkin traz um ranço do iuspositivismo ao tentar manter o entendimento de que se toda a regra se fundamenta em um

⁴⁸³ **DWORKIN**, Ronald Myles, *in Levando os direitos a sério, op. cit.*.

princípio, a consequência natural da teoria de Dworkin é que o juiz não poderia criar normas retroativas, mas sim teria a **obrigação** de aplicar os princípios porque formam parte essencial do direito. E quando decidisse não estaria a legislar, mas sim a aplicar o princípio inerente ao **caso difícil**, ou melhor a **decisão correta**.

Chamo a atenção para o ponto da teoria de Dworkin em que com a indispensável aplicabilidade de princípios não se admite a adequação a novas situações e novas hipóteses, tornando-se o sistema muito semelhante aos sistema de direito formalistas ideológicos ou de ordem religiosa porque impossibilitado de alterá-los (os princípios) ou adequá-los à realidade social.

É aí que gostaria de indagar, considerando a discricionariedade judicial e seu apego aos princípios, se, ao pensar assim, o que Ronald Dworkin está a defender não seria a mera substituição de normas ou regras por princípios para manter, sob certo aspecto, uma espécie de positivismo, por meio de regramentos principiológicos, mas regramentos, talvez não positivista, mas certamente normativista e consequentemente imutáveis ou de restritíssima possibilidade de mudança?

Com toda a licença teórica possível, expresso a ousadia em discordar de Dworkin neste ponto, pois se apenas se considerar a escolha discricionária do Juiz Natural entre uma regra e um princípio e/ou dois princípios distintos, *maxima venia concessa*, não se apresenta nenhum critério objetivo de determinação do melhor princípio, tampouco a finalidade de se criar algo mais adequado ou **justo-na-decisão** ao caso que esteja em estudo jurisdicional. Com uma conduta destas, chegar-se à única decisão correta somente poderia mesmo ser uma atividade hercúlea e não humana.

Insisto na formação e formulação de critérios e parâmetros objetivos baseados no tridimensionalismo cultural, na tetravetorialidade natural, na técnica da interatividade e no método do razoamento iusinterativo para a **justiça-nas-decisões**.

3.2.1. *Discricionariedade Judicial: Casos Novos e Casos Repetitivos; e não ‘Casos Fáceis ou Claros’ ou ‘Casos Difíceis ou de Penumbra’.*

Para mim, é nítido, portanto, compreender a existência permanente da discricionariedade judicial em qualquer das características identificadas e contestadas por Dworkin em sua teoria.

A **discricionariedade do razoável** se faz presente ao Juiz natural no momento em que tem de optar entre decidir em casos como, por exemplo, de crime de lesão corporal (crime contra a vida) ou nos crimes de furto ou de roubo (crimes contra o patrimônio), ou outros que tais, pela aplicação de uma pena privativa de liberdade, ou por uma pena restritiva de direitos, ou ainda de prestação de serviços, se o Réu tiver boa vida pregressa, adequada posição social, ocupação profissional lícita e domicílio certo e conhecido.

A **discricionariedade definitiva** exercida pelo juiz normalmente se apresenta nas decisões dos Tribunais Superiores ou do Supremo Tribunal Federal, podendo se caracterizar em decisões de Tribunais intermediários (Tribunais de Justiça Estaduais –dos Estados-membros brasileiros- ou de Tribunais Regionais, que exercem a jurisdição federal) quando a matéria for exclusivamente de fato e não ocorrer qualquer violação de lei federal ou de norma constitucional que permita recurso àqueles tribunais superiores.

Por outro lado, a **discricionariedade contratual ou autônoma** que Dworkin afirma pouco se aplicar ao juiz natural, na verdade, pode sim, ser exercida pelo julgador na medida em que o conjunto de padrões que lhe implica deveres (o dever funcional “dar a prestação jurisdicional”, vale dizer, ditar a sentença) não visa, na verdade, impor o dever de tomar uma decisão específica (o poder de conciliar e/ou de atuar na prática da conciliação prévia à solução processual) podendo, a qualquer instante do andamento ou da tramitação processual, propor o resultado distinto (conciliação e conseqüente homologação) do previsto legal e jurisdicionalmente (prolação de sentença de mérito).

Entendidas estas espécies de discricionariedade importa registrar e observar é que o principiologismo de Dworkin parece construído para o sistema anglo-saxônico de direito, na medida em que suas conotações do sentido de princípio

e as denotações do que determina como conteúdo de princípios e regras são interpretados como elementos de razão e argumento para solucionar situações de casos que não encontram precedentes judiciais ou que se encaixariam em duas regras oriundas de dois precedentes, e não se apresentariam como valores éticos que preencham tais significados principiológicos, embora valores éticos universais sejam objeto de uso da razão para a sua compreensão, mas não advêm ao caso como argumentos e sim como valoração ínsita ao fato ou à norma em questão para aplicação, segundo o iusinterativismo (tridimensionalidade cultural e a tetravetorialidade natural em interação).

Também, quando se refere ao confronto entre um conjunto de princípios insertos em regras e outro conjunto de princípios, Dworkin em toda a sua obra trata a matéria-prima de sua teoria principiológica –os princípios jurídicos– como sendo impossível determinar quem estaria legitimado para decidir qual o melhor ou mais importante princípio, embora reconheça que

“(...) É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns mais importantes que os outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser um princípio elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada.(...)” (destaque meu)

Para aclarar o que deveria definir qual o melhor princípio, apresenta a doutrina da ‘supremacia do Poder Legislativo’ e a ‘doutrina do precedente’, típicas soluções aplicáveis⁴⁸⁴ ao sistema anglo-saxônico de direito e igualmente

⁴⁸⁴ **DWORKIN**, Ronald Myles. in *Levando os direitos a sério*, tradução de Jeferson Luiz Camargo. Ed.

positivista em sua natureza, embora Ronald Dworkin rechace veementemente o positivismo de Hart, mas na prática ofereça uma alternativa, embora baseada em princípios como elementos solucionadores de vaguedades ou lacunas de regras, mas que se mostra de inteira natureza **normativo-principiológica** ao sistema do **common law** e do direito costumeiro.

O fato de fundar sua teoria na aplicabilidade de princípios ao invés de tornar aberto o próprio sistema que preconiza, na verdade o torna mais normativista e fechado ainda porque faz do princípio uma verdadeira norma imperativa de caráter e avaliação subjetiva e discricionária. Quando então Dworkin acaba por apresentar uma única decisão **correta** às decisões, traz ínsita à sua teoria o cerramento teórico inerente ao positivismo porque impede o dinamismo do direito, a dinâmica que preconizo para se adequar Valores éticos universais, Fenômenos sociais e Normas vigentes às diferentes identidades, diversas épocas, distintos lugares e discrepantes finalidades que denomino vetores naturais e são indicadores da apreensão da realidade pelo julgador, **mediante parâmetros objetivos e concretos** junto à causa, que fazem com que qualquer princípio –porque é o continente de valores éticos universais- ao invés de ser visto como algo imutável, engessado, cimentado, ao meu sentir, deva ser visto ou seja visto como um elemento dinâmico, adequado à constantes modificações globalizantes e fenomenológicas para resultar em juízo conjetural (Reale), juízo de probabilidade e semelhança (Popper), juízo problemático (Kant), juízo intuicional (Husserl) e juízo coerente (Peczenik) e juízo de imputação (Kelsen) a fim de resultar em **justiça-nas-decisões**, leia-se decisões tomadas com parâmetros objetivos geodésicos e ônticos facilmente identificáveis e aplicáveis ao Fenômeno jurídico em apreciação.

O tridimensionalismo realeano (Fato, Valor e Norma) adequado à tetravetorialidade natural (identidade, tempo, lugar e finalidade) nos traz o ideário de fixação de Valores éticos que são reconhecidos universalmente sem qualquer fixação discricionária. Todos, sem fixação ou imposição qualquer, reconhecem a **Preservação da Vida e da Humanidade** como Valor Ético **Magno**. Tal postura –de reconhecimento de Valores éticos universais- justifica uma hierarquia, e tampouco impede a possibilidade de fixação de um **Princípio**

Magno de todos (que entendo –e creio, todos assim entendem- ser a **Preservação da Vida e da Humanidade**). Ora, Dworkin usa a tese diferenciada entre **princípios**⁴⁸⁵ e **políticas**⁴⁸⁶ como forma de equacionar uma distinção entre níveis de soluções a casos concretos, mas por questão metodológica e inerente ao sistema de direito em que nasceu e conviveu, não poderia admitir uma hierarquia entre valores éticos universais e tampouco a ideia a de um **Valor Magno**⁴⁸⁷, que sugerisse a resposta a tais conflitos⁴⁸⁸, por isso usa a tese dos direitos e a contraposição entre teoria política e teoria do direito, de extrema concretude, porém apto a esse sistema anglo-saxônico, somente.

Na verdade, em **princípios** ou em **políticas**, há sempre um valor ético universal a ser amparado ou afirmado, ou protegido ou garantido nas situações ou de **atividade de cooperação** –o cumprimento espontâneo do direito pelos cidadãos- ou de **conflitos de interesses** –a existência de litígio individual, interindividual, grupal ou intergrupal ou coletivo-.

No entanto, os ‘argumentos de **políticas**’ em Dworkin soam muito mais como fundamentos de justificações governamentais ou ideológicas –no sentido de representar o interesse do governante-, mas quando explica os ‘argumentos de **princípio**’, o célebre jurista americano demonstra que estes existem para justificar uma decisão política, em expressa visão utilitarista de princípios e sua finalidade⁴⁸⁹, ainda que direcione sua aplicação **à justiça**, para justificar uma

⁴⁸⁵ Para **DWORKIN**, Ronald Myles. *Levando os direitos a sério*, tradução de Jeferson Luiz Camargo. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2007, página 36, **Princípio** é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou de equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”.

⁴⁸⁶ Já para a definição de **DWORKIN**, Ronald Myles. *op. cit.*, pág. 36, acerca de **Política** é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).”

⁴⁸⁷ Explicitadamente, não tenho a menor intenção em jactanciar-me de algo, mas deixo claro que é sim, possível identificar-se a existência de um **Valor Ético Magno**, preexistente desde a ocorrência de Vida no planeta, e da necessidade de **Preservação da Vida e da Humanidade**. Vida, de qualquer ser vivo -animal, vegetal- e a sua preservação no planeta contribuem para a preservação da Humanidade. Deste **Valor Ético Magno –Preservação da Vida e da Humanidade-** decorrem todos os demais valores éticos universais e destes valores decorrem os princípios, e que, por sua vez, dão sustentação ao surgimento de direitos e deveres em qualquer situação ou ordenamento.

⁴⁸⁸ O sistema anglo-americano de direito fundado no **common law** está amplamente calcado em decisões principiológicas, mesmo quando se recorre à utilização do Costume ou da Equidade, embora, ainda assim construam, os seus operadores, uma intensa imperatividade das regras emanadas, seja das decisões jurisprudenciais, ou de normas consuetudinárias, ou de aplicação do princípio *aequo et bono*.

⁴⁸⁹ **DWORKIN**, Ronald Myles, *op. cit.*, pág. 129.

decisão adequada ao seu ordenamento jurídico baseado no **common law e no direito consuetudinário**. A verdade é que qualquer outra inovação ou teoria inovadora a contestar o iuspositivismo inerente ao modelo anglo-saxônico somente teria de perpassar a tese dos princípios, do contrário, ter-se-ia de reconhecer o cabimento exitoso do iuspositivismo inerente ao **common law** por sua rigidez fundada no **stare decisis**.

Dworkin inova no uso das soluções, seja em relação à teoria do precedente judicial, na aplicação do **stare decisis** (o instrumento de manutenção da ideia do precedente judicial) apresentando uma alternativa de viabilidade de alteração dos casos, porém com significado e direção jurídicos permanentes baseados em princípios, seja na consideração de que a postura do juiz ao adotar o princípio como solução realiza uma espécie de descaminho do **common law**, e daí advém seu argumento de que o juiz não necessita da discricionariedade iuspositivista porque pode aplicar princípios solucionadores. Exatamente por isso, no que se refere a Casos Fáceis ou Claros e Casos Difíceis ou de Penumbra, ao tratá-los, Dworkin rejeita a discricionariedade judicial aplicável aos **casos difíceis**, como o entendia Hart⁴⁹⁰ para permitir-lhes uma solução.

Mas ao contrário, Dworkin sustenta que a aplicação de discricionariedade dar-se-ia exclusivamente quando tivesse o juiz de decidir entre a aplicação de uma regra em relação a outra, aplicando princípios inerentes a elas ou, admitida a existência de princípios na ausência de normas ou regras, na dúvida para reger o fenômeno social e apontar-lhe uma solução, o juiz aplicaria os princípios existentes. Para ele, de acordo com a tese de Hart o juiz decidiria conforme critérios subjetivos quando houvesse lacuna de norma ou norma que não efetuassem regência sobre o fenômeno social.

Dworkin define o **caso difícil** como, v.g.:

“(...) Cuando un caso no está claramente cubierto por una regla -porque no hay ninguna regla que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón- ,

⁴⁹⁰ PÉREZ JARABA, Maria Dolores. em seu texto **Principios y Reglas: Examen del Debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart**, in *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 10/2010 (Segunda Época) Universidad de Jaén, España afirma que Hart usa a expressão **discricionariedade judicial** como *total ausência das limitações jurídicas*.

entonces el caso no se puede decidir “aplicando la ley”. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo, un juez que “ejerza su discreción”, *lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una ya existente.*(...)⁴⁹¹

Este outro padrão (estándar), para Dworkin é, sem dúvida, o princípio jurídico. Quero destacar, no entanto que, **para o lusinterativismo os casos fáceis ou claros** são aqueles que já possuem uma decisão iusinterativa e que se denominam de **casos repetitivos**, corroborando a aplicabilidade de **justiça-na-decisão**.

Os denominados **casos difíceis** ou **de penumbra**, para o lusinterativismo, são o que reputo **casos novos** porque **não** contêm qualquer indicação de regra ou norma a propor-lhes solução jurídica; estes casos sim, merecedores, mais ainda, da aplicabilidade da técnica da interatividade, do método do raciocínio iusinterativo para a **justiça-nas-decisões**, admitindo sim, o lusinterativismo a discricionariedade judicial, porém limitada ao método parametrizado e objetivo do raciocínio iusinterativo.

3.2.2. Primeira crítica de Dworkin a Hart e seu primeiro equívoco: “O Direito é um sistema de regras, mas também de princípios”; ao lusinterativismo o Direito é a experiência humana obtida em um sistema interativo de regras, princípios⁴⁹² e valores éticos segundo fenômenos sociais em tetravetorialidade natural.

⁴⁹¹ **DWORKIN**, Ronald Myles. *Los derechos en serio*, tradução de M. Guastavino, Ed. Ariel, segunda reimpressão, Barcelona, 1995, páginas 65-66.

⁴⁹² **LORENZETTI**, Ricardo Luís. *Teoria da Decisão Judicial*, tradução Bruno Miragem, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição revista, São Paulo 2011, página 124, em que define **Princípio** como “(...) *um enunciado normativo amplo, que permite solucionar um problema e orienta um comportamento, resolvido em um esquema abstrato através de um procedimento de redução a uma unidade de multiplicidade de feitos que oferece a vida real*(...)”. Pessoalmente, entendo como definição adequada de **Princípio** “*o ponto de partida ou início de um raciocínio, ou um argumento, ou preceito que serve de fundamento, base ou proposição a uma teoria, segundo valores éticos universais previamente estabelecidos e aceitos –apreendidos moralmente- para o lugar e a época específicos ao seu ordenamento jurídico*”.

Parece-me que a concepção de que um sistema de direito está previamente determinado com a presença de princípios é inerente à própria existência de direitos.

É, no entanto, perfeitamente compreensível que teóricos como H. L. A. Hart, que distinguem direito da moral e separam-no da Ética, tenham, até por coerência científica, a intenção manifesta de afirmar que o direito é **somente** um 'sistema de normas'. Mas toda a norma tem um conteúdo sustentador ou garantidor da própria norma. Isto é o princípio. Mas o princípio antes de fundamentar a norma, ou mesmo antes da existência de uma norma, na visão iusinterativista se preenche de um valor ético que exsurge das próprias relações humanas, independentemente da existência de regras costumeiras ou escritas. Independentemente de existirem normas ou mesmo princípios. À existência de vida e relações humanas surgem valores éticos universais regentes dessas interações.

Dworkin, *permissa vênia*, acerta quando afirma que o direito é um sistema de normas e princípios, mas o torna incompleto, quando olvida-se da pré-existência de valores éticos, que sempre se aplicam a todos os fenômenos como indicadores de soluções justas. Além do que, a teórica sugestão principiológica de Dworkin direciona-se, sempre, a auxiliar a estrutura judicial e jurisprudencial do sistema anglo-saxônico, do **common law**, porque na teoria de Dworkin, o parâmetro de utilização desses princípios tem como pressuposto a aplicação em **judicial cases**, na dirimência de situações a que denomina de **casos difíceis**⁴⁹³, ou seja conflito ou dúvida judicial para a aplicabilidade entre duas regras ou entre uma regra e um princípio ou entre dois princípios, por total ausência de norma solucionadora.

A aplicabilidade da teoria de Dworkin aos sistemas de direito romano-germânico, *data venia*, é interessante como ponto de estudo acadêmico, mas é concretamente inócua e inviável como elemento solucionador de conflitos,

⁴⁹³ Aos casos *fáceis ou claros*, HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo, 2009, página 164, afirma, caracterizando-os: “(...) **Os casos simples**, nos quais os termos gerais não parecem carecer de interpretação e o reconhecimento de exemplos parece pouco problemático ou ‘automático’, são apenas os familiares, que reaparecem continuamente em contextos semelhantes, a respeito dos quais existe um juízo consensual quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios(...)” A estes casos, RONALD DWORKIN dá atenção relativa e concernentemente à sua tese da única resposta correta, dá total atenção aos *casos difíceis*.

porquanto, no sistema romano-germânico os princípios somente são utilizados na ausência de norma e somente como elemento de integração do ordenamento jurídico, exigindo prévias adequação e coerência com o próprio ordenamento já estabelecido.

A proposta do lusinterativismo é mais criadora, mas não tem a intenção de ofender o ordenamento jurídico, sendo aplicável a qualquer deles, porque, ao mesmo tempo que concede aos valores éticos universais um ponto de relevância para a sua função de realizador de conteúdos normativos, ou na ausência de normas, ou na imperfeição formal ou material da norma para reger ou solucionar o conflito, **requer** a efetiva análise do valor ético universal da norma pré-existente e vigente, em uso da tetravetorialidade natural, de molde a instalar o razoamento judicial interativo⁴⁹⁴ em verificação do conteúdo axiológico da norma e sua exegese intrínseca, como método de obtenção de **justiça-nas-decisões**.

Para o lusinterativismo, portanto, o **Direito é a realização em um sistema da experiência jurídica do ser humano com características de interatividade jurídica interna e em constante interação e interpenetração havidas entre a tridimensionalidade cultural de regras, princípios e valores éticos segundo fenômenos sociais e a tetravetorialidade natural de identidade, tempo, lugar e finalidade aplicáveis sobre essas dimensões culturais..**

Por outro lado, sob o entendimento iusinterativista um sistema de direito ele é manifestamente um **sistema de fatos sociais, valores éticos, princípios jurídicos e normas válidas e hierarquizadas, todos conjugadamente**

⁴⁹⁴ Lembro que o *razoamento iusinterativo ou judicial interativo* se perfaz como a interação dinâmica e instantânea de Dimensões Culturais (Fenômeno social, Valores éticos universais, e Norma vigente) com Vetores Naturais (de *identidade*, de *tempo*, de *lugar* e de *finalidade*) na formação do juízo de valor pelo juiz natural. Faço menção às *relações funcionais interativas* e suas **DEZESSEIS COMBINAÇÕES VETORIAIS MATRICIAIS APLICÁVEIS AO FENÔMENO SOCIAL (F), AO VALOR ÉTICO (V) UNIVERSAL E À NORMA VIGENTE (N)**, já especificadas no Capítulo 5, item 1.2.1., da presente obra como forma concreta de, juntamente com os **SETE QUESTIONAMENTOS JUDICIAIS** para a formação da sentença iusinterativa, vir a produzir **justiça-nas-decisões**. Por tal método, pode-se ter um número grande de quantidade de relações ou equações semelhantes às lá mencionadas, demonstrativas dos extremos de relações entre as quais acontece uma série de outras equações determinantes de distintas situações em que os Vetores Naturais *identidade*, *tempo*, *lugar* e *finalidade* se apresentem com igualdades ou diferenças em direção às Dimensões Culturais, como **VALOR ético universal**, **FATO** ou **FENÔMENO social** e **NORMA vigente**, materializando o modelo de razoamento iusinterativo estabelecendo possíveis diferenças no julgar e viabilizando concretamente o método de aplicação de **justiça-nas-decisões** usando-se os argumentos jurídicos, não como elementos de encobrimento da verdade material no processo, mas como elemento reafirmante do razoamento iusinterativo.

interativos em tridimensionalidades culturais e tetravetorialidades naturais, em instantaneidade, para a realização de justiça-nas-decisões.

A diferença é que princípios estabelecem estruturas normativas plenas de um conteúdo de dever-ser, enquanto que valores éticos universais, a rigor, não versariam sobre qualquer grau de coercibilidade. Entretanto, a diferença entre princípios jurídicos e valores éticos universais reside em que, sob qualquer teoria jurídica que tente explicar o direito e seu ordenamento jamais se pretendeu estabelecer princípios com o objetivo de realizar justiça, mas sim de fixar-se uma aplicabilidade de preceitos para efeito de justificar e apresentar uma solução ou adequada⁴⁹⁵, ou coerente⁴⁹⁶, ou razoável⁴⁹⁷ ou correta⁴⁹⁸. Em

⁴⁹⁵ **Adequação**, neste caso quer significar a decisão que corresponda à forma de compor a lide, o litígio de maneira equitativa à partes. Necessariamente não apresenta **justiça-nas-decisões, mas com a utilização do razoamento iusinterativo pode vir a concretizá-la.**

⁴⁹⁶ Segundo **ALEKSANDER PECZENIK** a **Coerência** ou **Coerentismo** é o modo pelo qual enunciados normativos *prima facie* –regras jurídicas textualizadas- entram em consonância com os enunciados interpretativos de *todas-as-coisas-consideradas* –regras jurídicas extraídas do razoamento **coerente** efetuado, vale dizer do juízo realizado pelo juiz natural em relação ao fato ou fenômeno social em apreciação considerado, **sempre** o ordenamento jurídico pré-existente. É o que **PECZENIK** afirma, citando o exemplo da atuação argumentativa do advogado em uma causa, in *Scientia Juris. Treatise in Philosophy of Law*, Vol. 4. 2004. Dordrecht: Kluwer: **idem**, in <<http://peczenik.ivr2003.net/documents/draft2005.pdf>> *Kinds of theory of legal argumentation – Draft 2005*: “(...)The theory recognises that the lawyers’ reasoning must stay within the limits outlined by the political system. On the other hand, it also recognises that the lawyers in general and them legal researchers in particular may and should re-work the law in the most rational manner(...)”.

⁴⁹⁷ **Razoabilidade**, enquanto instituto jurídico de interpretação normativa tem origem nas decisões da Suprema Corte americana no ambiente e época do pós-crise de 1929 e com a criação do programa **New Deal** do então Presidente Franklin Roosevelt que atinge diretamente a produção no país, o controle de preços e de investimentos, cria marcos regulatórios e limites na economia em atitude claramente intervencionista. A Suprema Corte dos Estados Unidos baseada no sentido de **due process of law** de que as regras de tramitação de um instrumento de solução de conflitos devem sempre se fazer razoáveis para o interesse público estende essa compreensão também aos fatos do **New Deal** e aplica o sentido de **razoabilidade** para as decisões das causas, considerando que, **mais razoável –more reasonable-** do que o direito individual, sacrossantamente amparado e protegido nos Estados Unidos, é sim, assegurar o retorno a uma situação econômica nacional estável. Surge aí a figura da interpretação razoável ou com razoabilidade.

⁴⁹⁸ A definição de **Correção**, para **ROBERT ALEXY**, estabelecida no seu texto *Justicia como Corrección*, tradução de Ana Haquín, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/justicia-como-correccion-0/> como “(...)La tesis segun la cual la justicia es correccion, por tanto, conduce directamente a la idea de la justicia como posibilidad de fundamentacion, o justificacion, mediante razones.(...)”, fundamenta uma justificação argumentativa quanto à característica distributiva da justiça e quanto à sua característica comutativa ou reparatória ou compensatória –indenizatória ou punitiva-. Entretanto, como Alexy estabelece que o conceito de Justiça está atrelado à possibilidade de fundamentação ou justificação mediante razões, isto, em meu entender, volatiliza a ideia de justiça ou mesmo a sua concretude, tornando a Justiça um conceito mais argumentativo fundado em justificativas ou fundamentações ao sabor do advogado ou dos argumentos da causa apresentada para julgamento. Quando Dworkin argumenta a existência de uma única resposta correta incorre neste mesmo equívoco, porque nem as chamadas justificativas ou argumentações são suficientes a isso, e tampouco a aplicação de princípios sem elementos objetivos que eliminem a discricionariedade judicial na escolha de princípios. O

consequência, porém em sentido contrário, a aplicação de valores éticos universais ao fenômeno social, prévios à formação jurídica de princípios, **sempre** direciona sua utilização em busca da ***justiça-nas-decisões***, mormente se for utilizado o raciocínio iusinterativo (interação das dimensões culturais Fenômeno social, Valor ético universal e Norma vigente com os vetores naturais *identidade, tempo, lugar e finalidade*) que dará ao julgador maior completude de apreciação.

Ademais, princípios necessitam, por sua enunciação e eficácia intrínseca, de inclusão em cartas constitucionais, exigindo-se a sua positividade explícita no ordenamento jurídico. Os valores éticos universais normalmente podem até estar contidos nos princípios, como seus conteúdos, mas em verdade, são normas supraconstitucionais e preexistem a estes, podendo e devendo ser aplicados como garantia de ***justiça-nas-decisões*** segundo o raciocínio iusinterativo.

3.2.3. A segunda crítica de Dworkin a Hart e seu segundo equívoco: a ideia de uma única resposta correta.

Para Dworkin, quando analisa e rejeita a discricionariedade judicial prevista por Hart, apresenta que ela conduz a que **i)** o juiz jamais se transforme em legislador, com fundamento no ***argumento democrático***, e que **ii)** quaisquer decisões judiciais, em **casos difíceis**, não sejam compreendidas como ***insegurança jurídica*** ao ser aplicada uma regra inexistente quando o caso surge pois a tese da discricionariedade judicial admite a aplicação do ***argumento liberal***, consagrando -**ênfatiso que no sistema anglo-saxônico de direito-** a dedução de norma inexistente, para concretidade posterior à hipótese fática em apreciação judicial.

Para substituição a todo esse *imbróglio* jurídico segundo Dworkin, ele apresenta a tese da **única resposta correta** como não estando incluída no ***argumento liberal***, sendo a ideia de que a regra que o juiz aplicará ou extrairá

iusinterativismo defende que a Justiça é um valor concretizável mediante o raciocínio iusinterativo na interação entre a tridimensionalidade cultural e a vetorialidade natural, resultando ***justiça-na-decisão***.

de princípios do próprio ordenamento jurídico, não é uma atividade legislativa, mas a descoberta do valor ínsito à regra que deveria ser aplicada ou estar consagrada no ordenamento jurídico; em razão disso, Dworkin afirma que o juiz nunca tem discricionariedade, estando sempre adstrito à ordem jurídica e suas regras e preceitos.

Reside na terceira justificativa de sua tese principiológica o principal elemento polêmico: **a única resposta correta**.

Dworkin vislumbra parcialmente e resvala no lusinterativismo, mas não o aprofunda. Brillantemente sustenta que o juiz deve ter uma visão objetivista do direito, buscando parâmetros de objetividade para a formulação de uma decisão correta; em outro momento, discrepa do lusinterativismo ao considerar que o ordenamento jurídico é um sistema fechado de normas e princípios⁴⁹⁹, cujo argumento necessita criar para conceder à sua tese uma espécie de credibilidade garantidora de segurança jurídica ao que intenta estabelecer teoricamente.

Entretanto, a forma de objetividade por ele proposta, para dar consistência ao principiologismo que constrói, esbarra numa construção fantástica e irreal, *permissa venia*, subjetivíssima, em nada objetiva, que seria a criação da figura do juiz Hércules dotado de habilidade, erudição, paciência, e perspicácia sobre-humanas. Tal consideração elevaria a hipótese judicial a um subjetivismo tal que toda a eficácia da teoria dependeria das aptidões pessoais do juiz.

O lusinterativismo assim não age. Ao lusinterativismo não importa a habilidade judicial, a erudição, a paciência e a perspicácia sobre-humanas as quais sempre são bem-vindas, mas não podem ser exigidas de todos, exceto o seu conhecimento de direito e sua postura ética e imparcial necessário ao exercício da função judicial, porque em verdade, o lusinterativismo apresenta ao juiz, qualquer que seja ele, em qualquer ordenamento jurídico que se tome, parâmetros concretos de formação de um raciocínio iusinterativo para

⁴⁹⁹ O lusinterativismo compreende o sistema de direito como um sistema *aberto, dinâmico, autossuficiente*, consoante o que caracterizo nesta obra, no Capítulo 8, item 4.1 **Os seis princípios do sistema de direito interativo (Sistema lusinterativo)** que são: *Princípio da não-clausura externa; Princípio da incompletitude; Princípio da regularidade interna do sistema; Princípio da abertura interna e reatualização normativa; Princípio da fiscalização externa; Princípio da soberania, processo e fiscalização interna*, os quais, oportunamente, serão objeto de estudo e aprofundamento sistêmicos em outro momento.

obtenção de **justiça-na-decisão**.

A crítica que se poderia fazer ao iusinterativismo em relação à abertura em demasia do sistema de direito e à aplicação de valores éticos universais como elementos de insegurança jurídica, contraponho que a técnica da interatividade e seu método do razoamento iusinterativo (interação da tridimensionalidade cultural com a tetravetorialidade natural) para a formação na demanda de **justiça-na-decisão** dão ao juiz natural -livre e discricionário para adotar o melhor valor ético universal em substituição à imperfeição normativa- tamanha limitação a parâmetros objetivos de análises de relações interativas, interrogantes obrigatórias à formação da **justiça-na-decisão** que, uma vez prolatada a decisão, dificilmente seria modificada ou alterada, exceto se utilizado outro fundamento teórico que ainda assim, não demonstraria ocorrência de **justiça-na-decisão**, porque acabaria por desconsiderar a interação evidente entre dimensões culturais e vetores naturais⁵⁰⁰, correndo o risco de tomar a aparência de uma decisão injusta tal a objetividade da decisão iusinterativa demonstrada na demanda.

Poder-se-ia arguir qual a minha autoridade para determinar o que deve ser **justo**? Entendo a indagação, porque tampouco Dworkin sustenta uma decisão ou resposta **justa**. Usa o termo **correta**.

Mas não quero determinar o que seja a Justiça. Desejaria determiná-la ao caso concreto. Entendo sim, que do mesmo modo que um cidadão comum brasileiro é capaz de afirmar que temos um valor de democracia aplicado ao Brasil, posso compreender quando um cidadão britânico afirma que existe o valor de democracia no Reino Unido, embora lá exista uma monarquia e não uma república. Existem valores éticos universais e sua aplicabilidade local, ou conversão da **Ética** (*princípios e valores éticos universais*) à **Moral** (*apropriação ou apreensão cultural de valores e princípios éticos universais*) depende da sua realização cultural que pode ou não preservar o valor ético universal. Por isso os vetores naturais. Mas precisam das limitações ou conformações sistêmicas do direito. E aí entram as Dimensões Culturais de

⁵⁰⁰ Quero reiterar aqui, que em nenhum momento, o razoamento iusinterativo afasta sob qualquer sentido, a incidência da norma jurídica vigente ou mesmo as regras de interpretação ou argumentação jurídicas. Ao revés, apresenta a possibilidade de maior discussão jurídica, já vislumbrando, e incluindo ao debate, o campo axiológico-jurídico –juntamente com o jurídico-sociológico e o dogmático jurídico e hermenêutico- como também essencial à definição de **justiça-nas decisões**.

Miguel Reale.

Não necessitamos de um Juiz Hércules, mas sim de um juiz atento e dedicado a buscar e realizar **justiça-nas-decisões** com um método objetivo e não simples e subsuntivamente, ainda que utilizando princípios, aplicar a regra ao fato em visão formal, silogística e... injusta. É preciso mais do que o preconizado por Dworkin.

Os profissionais da Psicologia ou Psiquiatria constantemente afirmam que a primeira Lei adotada pelo ser humano foi a Lei do Pai. A Lei advinda da autoridade paterna.

Veementemente, não creio que quem quer que seja possa ter autoridade científica para afirmar que a “primeira lei” que estabelece a regra de autoridade e legitimidade foi, segundo Freud, a *Lei de Édipo*, ou *do incesto*, a *Lei do Pai* – expressão usada por Lacan-, ou ainda, a lei da autoridade paterna com viés de restrição sexual. Na verdade, esta, claramente existiu, mas não foi a primeira.

Mas qual é a minha autoridade para afirmar isso diante de tantas outras autoridades científicas asseverando o contrário? Não é a minha autoridade. É a autoridade cronológica, aquela que advém da lógica do tempo em que não se pode entender existente a *Lei do Pai*, sem antes reconhecer-se a existência da Lei da Vida, a **Lei de Preservação da Vida**, a Lei de Reprodução da Vida, a Lei da Criação da Vida, a Lei de Proteção à Reprodução da Vida. Dê-se o nome que quiser. Para o lusinterativismo o **Valor Magno Ético Universal é a Preservação da Vida e da Humanidade**. Depois de tantos outros valores éticos universais garantidores da simples existência da pessoa, aí sim, surge a *Lei do Pai*. Da autoridade paterna. Esta última decorre da primeira que cito.

Mas o que me sobrepõe ressaltar é que qualquer desses valores ou chamadas leis ou regras costumeiras que, porventura, venham a se incrustar socialmente, possuem previamente um significado axiológico, um sentido valorativo baseado em uma regra ética. Estes significados e valores éticos são os que preenchem de conteúdo qualquer comando advindo de autoridade e que constituem e legitimam estas próprias autoridades.

Não há autoridade sem legitimidade, exceto se pela imposição ou força e isto não concede legitimidade à autoridade, confere somente poder.

Há normas –comandos normativos originária e formalmente legítimos- sem eficácia, porque da autoridade legítima da qual emanaram advém

reconhecimento à autoridade, todavia no próprio conteúdo do comando normativo não mais se encontra o reconhecimento e a sua legitimidade quando se põe no âmbito social, não importando a legitimidade própria da autoridade e distinta daquela do comando normativo.

Há autoridades **ilegítimas** para a produção de normas cujos comandos normativos **ilegítimos** delas emanados originária e formalmente podem ganhar reconhecimento e eficácia social porque o conteúdo normativo desses comandos tem legitimidade social (eficácia) conferida pelo valor ético que os preservam ou os apoiam, ou os rejeitam ou os invalidam.

É evidente que se as regras emanadas da autoridade **ilegítima** fossem contestadas, formal e judicialmente, poderiam ser rechaçadas pelo fundamento de que oriundas de fonte **ilegítima**. Porém, indago:

a.“ – E se, ainda assim, recebessem aceitação social ampla, não teriam eficácia (validade social), embora sua vigência (validade formal) não fosse legítima?”

Neste primeiro caso, reside, à toda evidência, a questão da ilegitimidade de fonte e do desuso da norma, porquanto a legitimidade do direito se constrói com base em três elementos substanciais como **vigência** (validade formal), **eficácia** (validade social) e **fundamento** (validade ética), sendo expresso que se o direito tem **eficácia** (é recepcionado socialmente=aceitação social) a sua **efetividade** (utilidade prática para atingir suas metas) e **eficiência** (uso de instrumentos ou meios adequados para a obtenção dos objetivos da regra ou lei) acabam por ocorrer ainda que não contenha o elemento **vigência** (validade formal) ou que esta seja **ilegítima**.⁵⁰¹

⁵⁰¹ A única possibilidade de que uma norma ilegítima venha ser imposta em um ordenamento jurídico dito ilegítimo seria a hipótese de ser emanada de uma ditadura oriunda de um governo revolucionário ou golpista, impopular e ainda assim, em geral, adeptos dessas soluções violentas utilizam o ‘*argumento*’ de que, por serem revolucionários são legítimos ou democráticos, porque decorrem de novos valores éticos. Em termos de identificação de um Estado ou Governo democrático de direito, para o lusinterativismo, a simples correlação entre ações praticadas e palavras assumidas determinam a conduta ética e o respeito, a garantia e o efetivo cumprimento ou não de valores éticos universais, tais como **Preservação da Vida e da Humanidade (Valor Magno)**, **Respeito à Dignidade da Pessoa Humana**, **a convivência com igualdade de direitos e oportunidades**; **o respeito às diferenças de qualquer tipo ou espécie**; **o direito à autodeterminação dos povos a qualquer momento e sem restrições**; **o direito à igualdade substancial**; **o respeito à liberdade individual**; **o respeito à liberdade de ir-e-vir**; **o respeito à liberdade de manifestação e expressão do pensamento**; **o respeito à liberdade de iniciativa e**

Faço observar, pois, que o que determina a legitimidade social de uma norma e sua consequente eficácia (aceitação social) é o valor ético universal nela inserto e que a sociedade declara recebido em cumprimento, mediante a execução da norma. Veja-se a resposta à seguinte questão:

b. “ – E na hipótese contrária, se não tivessem eficácia social seriam mantidas no ordenamento jurídico?”

Já, neste caso, a manutenção das regras no ordenamento jurídico decorreria da coação normativa (eu disse ‘coação’, não coerção) expressa pela força coativa advinda da fonte legislativa da norma *ilegítima*,

b.1. se, oriundas de um estado de exceção (ditadura, revolução, golpe de Estado); ou,

b.2. se, oriundas de uma formalidade legislativa não cumprida que as tornassem ilegítimas.

No primeiro caso, **b.1.**, é clara a situação de que, ainda que não tivessem aceitação social (nenhuma eficácia), acabariam por ser coativamente impostas à sociedade, vindo a obter **eficácia forçada** (pelo Poder exercente) ou **consentida** (pela população controlada) diante dessa coação exercida.

Na hipótese **b.2.**, a falta de formalidade legislativa pode apresentar uma aparente validade formal, mas ainda assim poderia levar à inexistência de aceitação social (ausência de **eficácia**) em razão das já mencionadas e intercorrentes **imperfeições legislativas** ínsitas às normas, tais como, ao **i)anacronismo** (normas criada para produzir regência a fatos **fora** de seu tempo, já ultrapassados), ou ao **ii)desuso** (normas que não obtêm o reconhecimento social para sua aplicação efetiva), ou à necessidade de **iii)revogação ou derrogação** (declaração de invalidade total ou parcial da

empendedorismo; o respeito à liberdade de exercício do trabalho; o direito à obtenção de um trabalho legítimo e lícito para o sua própria sobrevivência e aperfeiçoamento profissional; o direito-dever à educação; o direito-dever à saúde; o direito ao trabalho; o direito ao juiz natural e competente; o direito de acesso à jurisdição (ao Poder Judicial); o direito de defesa; o direito ao devido processo.

norma por emissão de outra que a substitui), **iv) imperfeição legislativa propriamente dita** (imperfeições oriundas da construção das normas por discussões e embates legislativos que as tornam mancas na sua promulgação) ou a **v) insuficiência material da norma** (insuficiência normativa por inadequação do seu conteúdo teleológico para solução dos conflitos sociais).

Ademais, há autoridades **ilegítimas** que produzem normas **ilegítimas** que não obtêm qualquer eficácia social por ausência de reconhecimento do conteúdo do comando normativo ou se aplicadas resultam em decisões injustas que não solucionam o litígio social. Ao contrário, o agravam.

Igualmente, há autoridades legítimas e comandos normativos legítimos delas emanados originária e formalmente, cujo conteúdo normativo reconhecido e eficaz socialmente que lhe confere evidente legitimidade social, é deixado de aplicar pelo julgador.

Há normas –comandos normativos- de mais distintas espécies de legitimidade (normativo-formal –*vigência*- e ética –*fundamento*- e social –*eficácia*-), as quais, evidentemente são elementos de natureza diversa. Mas o único elemento que permanece em todo comando normativo oriundo de um fato ou fenômeno social é o **valor ético** que fundamenta seu conteúdo porque é o que se mantém presente na norma –em seu conteúdo-, presente no fato ou fenômeno social –pela violação do valor ético ou reafirmação desse valor no fato ou fenômeno social produzido- e presente no princípio ético como fundamento de conduta.⁵⁰²

Quem deseja suplantar ou deixar de aplicar o valor ético universal ínsito à norma ou ao seu princípio, utilizado numa decisão iusinterativa, na verdade, usaria retoricamente um argumento outro como forma de ultrapassar valores éticos universais para garantir direitos a quem não os têm. Mas de outro modo, poderia contestar a decisão iusinterativa com o próprio método iusinterativo na avaliação de valores e princípios em relação a fatos e normas, o que de modo algum afastaria a discussão jurídica pelos tribunais. Ao contrário a enriqueceria. Estes pontos todos referentes à autoridade, à legitimidade, à coerência com o

⁵⁰² Vide a este respeito, **REALE**, Miguel. *Filosofia do Direito*, São Paulo, Ed. Saraiva, 11ª edição, 1986, Capítulo XXXVIII, páginas 589-606, em relação aos conceitos de **Vigência, Eficácia e Fundamento**, que formam a base **tridimensional** da Experiência Jurídica, para a formação da **iusinteratividade** com **Vetores Naturais de identidade, tempo, lugar e finalidade**, em objetivo de construção de um **sistema judicial e iusinterativo de direito** para a **justiça-nas-decisões**.

método iusinterativo, às imperfeições legislativas, à eficácia, vigência e fundamento da norma em relação ao fato e ao valor ético envolvidos, às interrogantes obrigatórias para a formação da sentença com **justiça-na-decisão**, somente comprovam a necessidade e a utilidade de parâmetros objetivos para o exercício concreto do razoamento iusinterativo e a produção efetiva e completa de **justiça-nas-decisões**.

4. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 10.

4.1. Na compreensão do iusinterativismo, a legitimidade de qualquer espécie de norma não ocorre em virtude do nível de organização econômico-social ou política da sociedade, ou mesmo de suas formas ou graus de sociabilidade maior ou menor, mas sim, ocorre em razão do nível de eficácia social dos valores éticos ínsitos à própria sociedade, ou seja, do nível de aceitação e cumprimento de valores e regras pela comunidade não importando sua grandeza, extensão ou grau de organização, tampouco importando se são normas atributivas de direitos e deveres ou se são normas de organização (processuais, procedimentais ou técnicas).

4.2. A separação realizada pelos juristas iuspositivistas entre direito e moral, ou melhor dizendo, entre direito e ética, cria, teórica, psicológica e metodologicamente a impossibilidade de aplicação de **justiça-nas-decisões**, no pressuposto de que a influência ética ou moral poderia levar a julgamentos tendenciosos ao se considerar Moral como uma instituição de conceito absoluto. Na verdade, **Moral**, ao iusinterativismo, **é a forma de apropriação e realização cultural de valores e princípios éticos universais (Ética) por uma determinada comunidade, em dada região ou país** e autoriza a realização de **justiça-nas-decisões** ante a sua **relativização** de tempo e lugar (vetores geodésicos), e a sua **constância** em relação à identidade e finalidade (vetores ônticos) de valores éticos universais.

4.3. Sendo a norma jurídica um parâmetro mínimo, o **Juiz Natural** para realizar a interpretação judicial segundo o razoamento iusinterativo, na

tridimensionalidade jurídica, deve usar os valores éticos universais dos quais o **Valor Ético Universal Magno** deve ser compreendido como a **Preservação da Vida e da Humanidade**, e os demais dele decorrentes constituírem-se como **a convivência com igualdade de direitos e oportunidades; o respeito às diferenças de qualquer tipo ou espécie; o direito à autodeterminação dos povos a qualquer momento e sem restrições; o direito à igualdade substancial, tratando-se desigualmente os desiguais; o direito à obtenção de um trabalho legítimo e lícito para sua própria sobrevivência e aperfeiçoamento profissional; o respeito à liberdade individual; o respeito à liberdade de ir-e-vir; o respeito à liberdade de manifestação e expressão do pensamento; o respeito à liberdade de iniciativa e empreendedorismo; o respeito à liberdade de exercício do trabalho; o direito-dever à educação; o direito-dever à saúde; o direito-dever ao trabalho; o direito ao juiz natural e competente; o direito de acesso à jurisdição (ao Poder Judicial); o direito ao contraditório e à ampla defesa; o direito ao devido processo legal, o direito à imparcialidade judicial** e tantos outros, analisados concretamente, de acordo com o pleito submetido à jurisdição.

4.4. Se não há Direito sem Ética, tampouco deve haver Processo sem Eticidade. O processo é um ser independente, orgânico, com vida própria, cujos atores com ele não se mesclam, mas convivem e revivem à medida de seus resultados. O processo como instrumento de solução de conflitos necessita ser ético.

4.5 A característica processual amparada no princípio do devido processo legal, exatamente pela restrição qualificativa **legal**, não transfere, obrigatoriamente, eticidade ao processo, muitas vezes obrigando ao cumprimento de comandos legais completamente antiéticos como a superveniência de regras processuais sobre evidentes direitos materiais, ocasionando-lhes, em nome do formalismo jurídico, a sua perda ou sua extinção por mero e injusto critério formal, sem que tenha ocorrido qualquer espécie de inércia ou equívoco perpetrado por parte do titular quanto ao seu direito material.

4.6. A Eticidade no processo consiste em considerar que a **ação** não pode ser temerária, devendo ser apresentada à jurisdição mediante condições de admissibilidade e de pressupostos processuais; o **juiz** tem de ser competente,

ético e imparcial; o **tribunal** deve se apresentar imparcial e ético; a **jurisdição** tem de ser exercida com independência e neutralidade pelo órgão julgador; o **devido processo**, mesmo sendo a regra fundamental de tramitação deste instrumento de solução e conflitos de interesses, deve abstrair-se do adjetivo **legal** que lhe restringe a amplitude jurídica e a aplicação ética, substituindo-a pela expressão **de direito**, de modo a atuar com o respeito aos valores éticos universais e viabilizando e dando maior relevância à consecução dos direitos materiais no processo com ética; **o direito processual não pode se sobrepor ao direito material**, no curso do pleito ou da ação processual, senão como garantia de adequada tramitação de procedimento, ou por perda temporal do direito de ação (prescrição) ou por inércia no exercício do direito material (caducidade); o **direito de ampla defesa e ao contraditório** deve ser assegurado ao réu dentro de padrões que respeitem os valores éticos universais; a **sentença** deve constituir-se como um resumo de todos os elementos do processo e da causa, de molde a refletir uma solução com **justiça-na-decisão** para o conflito social.

4.7. Na aplicabilidade de princípios, segundo o principiologismo de Ronald Dworkin, a mera substituição de normas ou regras por princípios acaba por manter, sob certo aspecto, uma espécie de normativismo, por meio de regramentos principiológicos, mas regramentos, talvez não normativistas, mas certamente formalistas juridicamente e conseqüentemente imutáveis ou de restritíssima possibilidade de mudança, tornando-o um sistema fechado e sem a preocupação e a prática de **justiça-nas-decisões**, demonstrando uma inadequação à necessidade de atualização de sistemas de direito no século XXI ante a globalização.

4.8. Há **três espécies de discricionariedade judicial** preconizadas por H. L. A. Hart e admitidas no lusinterativismo e que são limitadas pelos parâmetros objetivos do razoamento iusinterativo: i) **discricionariedade do razoável** (*peças razoáveis podem interpretar de maneiras diferentes*) se faz presente no momento em que o Juiz natural tem de optar entre decidir entre quais as normas os princípios ou os valores a aplicar, utilizando-se do sopesamento entre os valores éticos universais e igualmente quando deve decidir entre a aplicação de uma pena privativa de liberdade, ou por uma pena restritiva de direitos, ou ainda de prestação de serviços, se o Réu tiver boa vida pregressa,

adequada posição social, ocupação profissional lícita e domicílio certo e conhecido; ii) **a discricionariedade definitiva** (*nenhuma autoridade superior poderá rever ou descartar tal decisão*) exercida pelo juiz normalmente nas decisões dos Tribunais Superiores ou do Supremo Tribunal Federal, podendo se caracterizar em decisões de Tribunais intermediários (Tribunais de Justiça Estaduais –dos Estados-membros brasileiros- ou de Tribunais Regionais, que exercem a jurisdição federal) quando a matéria for exclusivamente de fato e não ocorrer qualquer violação de lei federal ou de norma constitucional que de molde a inviabilizar o recurso àqueles tribunais superiores; iii) por outro lado, **a discricionariedade contratual ou autônoma** (*o conjunto de padrões que lhe impõe deveres não visa, na verdade, impor um dever de tomar uma decisão específica*) que Dworkin afirma pouco se aplicar ao juiz natural, na verdade, pode sim, ser exercida pelo julgador na medida em que o conjunto de padrões que lhe implica deveres (*o dever funcional dar a prestação jurisdicional, vale dizer, **ditar a sentença***) não visa, na verdade, impor o dever de tomar uma decisão específica (*o poder de conciliar e/ou de atuar na prática da conciliação prévia à solução processual*) podendo, a qualquer instante do andamento ou da tramitação processual, propor o resultado distinto (**conciliação e conseqüente homologação**) do previsto legal e jurisdicionalmente (*prolação de sentença de mérito*).

4.9. Para o lusinterativismo o **Direito é a realização em um sistema da experiência jurídica do ser humano com características de interatividade jurídica interna e em constante interação e interpenetração havidas entre a tridimensionalidade cultural de regras, princípios e valores éticos segundo fenômenos sociais e a tetravetorialidade natural de identidade, tempo, lugar e finalidade aplicáveis sobre essas dimensões culturais.**

4.10. Para o lusinterativismo, um sistema de direito é claramente um **sistema de fatos sociais, valores éticos, princípios jurídicos e normas válidas e hierarquizadas, todos conjugadamente interativos em tridimensionalidades culturais e tetravetorialidades naturais, em instantaneidade, para a realização de justiça-nas-decisões.**

4.11. A tese da única resposta correta preconizada por Ronald Dworkin não logra êxito e se apresenta insuficiente para a produção de **justiça-nas-decisões: primeiro**, porque depende da caracterização de que correção é uma

justificação adequada de razões e argumentos em conformidade ou com o ordenamento de direito ou com princípios, criando-se, na verdade, um apego a regras normativas e/ou principiológicas e dependente da argumentação efetuada; e, **segundo**, depende de alto grau de qualificação e subjetivismo de um suposto juiz Hércules, um super-herói jurídico, fantasioso e surreal.

4.12. Ao lusinterativismo não importa a tentativa de ultrapassar elementos sistêmicos críticos iuspositivistas como as características sobre-humanas da habilidade judicial, a erudição, a paciência e a perspicácia, **as quais sempre são bem-vindas, e que, embora as suas condições de obtenção devam ser viabilizadas, não podem ser exigidas de todos, exceto o seu conhecimento de direito e sua postura ética e imparcial, necessários ao exercício da função judicial, porque em verdade, o lusinterativismo apresenta ao juiz, qualquer que seja ele, parâmetros concretos de formação de um raciocínio iusinterativo para realização de *justiça-na-decisão* com vistas ao alijamento do subjetivismo no julgar em qualquer ordenamento jurídico que se tome.**

CAPÍTULO 11

O SISTEMA IUSINTERATIVO: *THEORESIS* E *PRAXIS* IUSINTERATIVAS PARA *Justiça-nas-Decisões*.

1. O MÉTODO DO IUSINTERATIVISMO E SUA *THEORESIS*.

A aplicação do modo de julgar iusinterativo para consecução de *justiça-nas-decisões* tem como instrumento inicial a dialética da complementaridade por meio da qual o Juiz Natural se utilizará dos conceitos de implicação e polaridade como forma de compreensão do fenômeno social em apreciação consoante abaixo:

Dialética da Complementaridade }	}→ implicação	{ identidade de sujeitos e de objetos; de finalidades e de épocas e lugares distintos
	}→ polaridade	{ interação entre sujeitos; entre sujeitos e objetos, em diversas naturezas

COMENTÁRIO 1: A **dialética da complementaridade** tem um objetivo de demonstração sistêmica de atuação. Comprova científica e filosoficamente que não pode ocorrer qualquer espécie de determinismo nas relações havidas e desenvolvidas em sociedade, tal como ocorre com a relação dialética hegeliana, de natureza abstrata, ou com a relação dialética marxista, de natureza materialista, que sempre exigem como elemento de superação e desenvolvimento um determinismo de contraposição de opostos ou a negação da ideia anterior ou inicial.

A dialética da complementaridade, de natureza nitidamente sistêmica, admite a formação de uma razão, juízo ou razoamento que provoque **implicação** de teses a todos os elementos, inclusive os complementares, entre os sujeitos da relação e seu próprio objeto, na correlação entre identidade de sujeitos de objetos e de finalidade desejada ou obtida, na sua verificação de veracidade do fenômeno social através dos tempos, ou considerando a sua aplicabilidade em interação com diversos locais em um mesmo território ou jurisdição, ainda que em heteroteses e, dentro destas heteroteses se possam encontrar, em conjunto, também, teses complementares, porém diferentes e as antíteses,

adequando o método dialético a uma situação mais real e veraz, constatando a possibilidade de ocorrência, nas mesmas relações sociais de situações simultaneamente complementares e opostas, em evidente natureza de complexidade sistêmica ou entre sistemas e subsistemas interativos (*em interação*).

A **polaridade**, de que Reale fala, demonstra a ocorrência de interação entre *sujeito e objeto, fenomenologicamente*, agentes partícipes de diferentes naturezas na mesma relação social, distintos, porém complementares, podendo proporcionar diversas consequências sociais e jurídicas conforme a sua atuação, implicação e polaridade.

Resulta que diante desta necessidade de aplicação de implicação e polaridade, para a **praxis** da dialética de complementaridade encontra-se a interatividade entre Dimensões Culturais e Vetores Naturais formando o raciocínio iusinterativo.

Aplicáveis a:

1) **Tridimensionalidade Cultural:**

→ Fenômeno social	}	
→ Valor ético	}	(REALE)
→ Norma vigente	}	

Em interatividade com:

2) **Tetravetorialidade Natural:**

→ Identidade	}	
→ Tempo	}	(C. NEWTON PINTO)
→ Lugar	}	
→ Finalidade	}	

À seguinte razão:

- Fenômeno social** (*identidade x tempo x lugar x finalidade*)
- Valor ético universal** (*identidade x tempo x lugar x finalidade*)
- Norma vigente** (*identidade x tempo x lugar x finalidade*)⁵⁰³

COMENTÁRIO 2: Sobre todas as **dimensões culturais e vetores naturais** **F(i.t.l.f)**, **V(i.t.l.f)** e **N(i.t.l.f)**, e nessa lógica de equacionamento de variáveis

⁵⁰³ O sinal de multiplicação se faz presente para indicar que a relação entre os vetores é intensamente dinâmica, interagindo nas próprias realidade e instantaneidade das dimensões culturais e de acordo com as Sete Indagações Judiciais Interativas, permitindo constante atualização a fim de que possibilite o Julgador Natural à dicção de **justiça-nas decisões**.

admite-se a variação diferencial por **dezesseis relações vetoriais matriciais interativas** com as dimensões culturais de Reale tais como:

2. O RAZOAMENTO IUSINTERATIVO E SUA PRAXIS.

Concebida a ideia de interatividade entre as dimensões e seus vetores resta compreendida a concepção da dialética de complementaridade com a apreensão pelo julgador dos dados cognoscitivos do fenômeno social e jurídico em apreciação. Veja-se, pois:

2.1. As Dezesseis Combinações Vetoriais Matriciais Aplicáveis ao Fenômeno Social (F), Ao Valor Ético (V) Universal e à Norma Vigente (N)⁵⁰⁴.

1.(=i.≠t.≠l.≠f) =□ MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; Épocas DIFERENTES (≠t); Lugares DIFERENTES (≠l); e Finalidades DIFERENTES (≠f);

2.(=i.=t.≠l.≠f) =□ MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; MESMA Época (=t); Lugares DIFERENTES (≠l); e Finalidades DIVERSAS (≠f);

3.(=i.=t.=l.≠f) =□ MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; MESMA Época (=t); MESMOS Lugares (=l); Finalidades DIFERENTES (≠f);

4.(=i.≠t.=l.≠f) =□ MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; DIFERENTES Épocas (≠t); MESMOS Lugares (=l); e DIFERENTES Finalidades (≠f);

5.(=i.≠t.≠l.=f) = **(IGUALDADE RELATIVA ENTRE VETORES)**□ MESMA Identidade (=i) de sujeitos e objetos; DIFERENTES Épocas (≠t); DIFERENTES Lugares (≠l); e MESMAS Finalidades (=f);

⁵⁰⁴ Também denominadas por mim como **Relações Funcionais Vetoriais Iusinterativas**.

6.(=i.=t.≠l.=f) = □ **MESMA Identidade (=i)** de sujeitos e objetos; **MESMA Época (=t)**; **DIFERENTES Lugares (≠l)**; e **MESMA Finalidade (=f)**;

7.(=i.≠t.=l.=f) = □ **MESMA Identidade (=i)** de sujeitos e objetos; **DIFERENTES Épocas (≠t)**; **MESMOS Lugares (=l)**; e **MESMA Finalidade (=f)**;

8.(=i.=t.=l.=f) (**IGUALDADE ABSOLUTA DE ESSÊNCIA DOS VETORES**) = □ **MESMA Identidade (=i)** de sujeitos e objetos; **MESMA Época (=t)**; **MESMOS Lugares (=l)**; e as **MESMAS Finalidades (=f)**;

9.(≠i.=t.=l.=f) = □ **DIFERENTES Identidades (≠i)** de sujeitos e objetos; **MESMA Época (=t)**; **MESMOS Lugares (=l)**; e **MESMAS Finalidades (=f)**;

10.(≠i.≠t.=l.=f) = □ **DIFERENTES Identidades (≠i)** de sujeitos e objetos; **DIFERENTES Épocas (≠t)**; **MESMOS Lugares (=l)**; e **MESMAS Finalidades (=f)**;

11.(≠i.≠t.≠l.=f) = □ **DIFERENTES Identidades (≠i)** de sujeitos e objetos; **DIFERENTES Épocas (≠t)**; **DIFERENTES Lugares (≠l)**; e **MESMAS Finalidades (=f)**;

12.(≠i.=t.≠l.=f) = □ **DIFERENTES Identidades (≠i)** de sujeitos e objetos; **MESMA Época (=t)**; **DIFERENTES Lugares (≠l)**; e **MESMA Finalidade (=f)**;

13.(≠i.=t.=l.≠f) = (**DIFERENÇA RELATIVA ENTRE VETORES**) - **DIFERENTES Identidades (≠i)** de sujeito e objeto; **MESMA Época (=t)**; **MESMO Lugar (=l)**; **DIFERENTES Finalidades (≠f)** .

14.(≠i. ≠t.=l. ≠f) = **DIFERENTES Identidades(≠i)** de sujeito e objeto; **DIFERENTES Épocas (≠t)**; **MESMO Lugar (=l)**; **DIFERENTES Finalidades (≠f)**;

15.(#i.=t.#l.#f) = *DIFERENTES Identidades (#i) de sujeito e objeto; MESMA Época (=t); DIFERENTES Lugares (#l); DIFERENTES Finalidades (#f);*

16.(#i.#t.#l.#f)(DIFERENÇA ABSOLUTA DE ESSÊNCIA ENTRE OS VETORES) = □ DIFERENTES Identidades (#i) de sujeito e de objeto; DIFERENTES Épocas (#t); DIFERENTES Lugares (#l); e DIFERENTES Finalidades (#f).

Tais variáveis, em apresentação diferenciada ou diversa, em qualquer uma das matrizes citadas podem implicar câmbios de **Fenômenos Sociais**, de **Valores Éticos** e da própria vigência, eficácia ou fundamento da **Norma Vigente**, ocasionando uma alteração substancial na decisão judicial, mas na maioria das vezes não observada pelo Juiz Natural iuspositivista ou normativista, ao apenas decidir pela subsunção da regra ao fato. Assim, a utilização destas matrizes se impõe, para o Razoamento lusinterativo para **justiça-nas-decisões** no sentido de conferir adequação a parâmetros objetivos exatos quanto ao fenômeno em apreciação e decisão.

2.2. A Discricionariedade Judicial por meio de Juízos de Inferências parametrizados e objetivos.

Estabelecida a matriz vetorial aplicável ao Fenômeno social em apreciação e, em interação com a matriz dimensional e sua interatividade, o Juiz Natural realizará os Juízos de Inferência, em suas totalidade e completude de características, verificando, dessa nova interatividade, o resultante para um juízo de valor segundo as tridimensionalidades culturais em suas tetravetorialidades interatuadas.

Os **Juízos de Inferência**, de que falo, consistem em etapas ou meios de formação de raciocínio judicial que o juiz positivista, ou normativista, se utiliza como ponto de partida para seu juízo de valor.

Todavia, na maioria das vezes, o juiz positivista ou normativista utiliza-se de um

deles (ou no máximo dois) para justificar a subsunção do Fenômeno social à Norma vigente, e sem verificar outras implicações ou polaridades, em mera realização silogística, com base na prova dos autos.

Podem ser vistos, tais **juízos de inferência**, como etapas em sequência, ou como itens em utilizações isoladas, de acordo com a discricionariedade judicial, aumentando-se a subjetividade no julgar e a conseqüente falta ou mesmo ausência, em muitos casos, de objetividade.

Entretanto, para o Iusinterativismo esta utilização de **juízos de inferência** tem de acarretar, entre todos eles uma implicação e polaridade, uma complementaridade, uma interação e um uso simultâneo e comum pelo **Juiz Natural** ao produzir sobre o mesmo fenômeno os juízos parametrizados segundo o presente método iusinterativo.

Tais **juízos de inferência** –como já referi nesta obra- que resguardam um uso **judicial simultâneo e interativo** são:

2.2.1. Pensamento Conjetural (Reale): por meio do qual o juiz, analisando o fenômeno social, tem a *necessidade* de formular apreciações iniciais em virtude de informações e dados obtidos da *experiência* compondo-se com a *imaginação*;

2.2.2. Juízo Intuicional (Husserl): por meio do qual o juiz, ao analisar o conteúdo do fenômeno social, dirige-se à sua *essentia essendi* de molde a formar um juízo de intuição segundo a essência do fenômeno obtida do contato com a realidade social;

2.2.3. Juízo Conceitual ou Coerente (Peczenic): em juízo crescente e cognoscente acumulativo, da apreensão e compreensão de duas espécies de raciocínios formulados pelo juiz se pode obter uma espécie de método de decisão judicial que, no entanto, em meu pensar, se apresentam, insuficientes à formação de **justiça-nas-decisões** e necessitam ser interagidos com outros:

a. o enunciado **prima facie**; e

b. o enunciado **de todas-as-coisas-consideradas**.

O primeiro, o enunciado *prima facie*, correspondendo ao que o juiz identifica de coerente com o ordenamento jurídico à primeira vista;

O segundo, o enunciado *todas-as-coisas-consideradas*, após uma primeira análise, a aplicação de efetiva subsunção de todos os elementos da relação jurídica em coerência com o ordenamento jurídico para a solução da controvérsia;

2.2.4. O Juízo de Verossimilhança e o Juízo de Probabilidade (Popper):

- a. pelo **juízo de verossimilhança** (*com a ideia da aproximação da verdade compreensiva de forma a combinar a verdade com o conteúdo da norma*) o juiz concede as decisões cautelares e de tutelas que exijam a demonstração da aparência do bom direito (*fumus boni iuris*) e do perigo de demora (*periculum in mora*);
- b. pelo **juízo de probabilidade** (*aproximação à verdade por meio da diminuição gradual do conteúdo informativo, combinando a verdade com a ausência de conteúdo ou confirmação e sua perda progressiva*) o juiz atende a decisões de antecipação de tutela ou casos de tutela inibitória, com certo grau de certeza;

2.2.5. O Juízo Problemático (Kant): para o juízo ou pensamento problemático vir a ser realizado, e no nosso caso, pelo Juiz Natural, Kant declara que tal pensamento é correlato ao analógico, em suas exatas palavras e significado de que “*nos servimos de conceitos experimentais para formarmos um conceito das coisa inteligíveis, das quais em si mesmas, não temos conhecimento algum*”⁵⁰⁵. Assim, ao meu sentir, deve ser praticado, por exemplo, nas hipóteses do que classifico como **casos novos**, ou na nomenclatura de Dworkin, denominados como **casos difíceis**, ou na classificação de H. L. A. Hart, como **casos de penumbra** em que se entende tal juízo (problemático

⁵⁰⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura, Dialética Transcendental, op. cit.*, vol. II, pág 443 .

como aquele em que se deve distinguir entre pensar (segundo ideias) e conhecer (segundo conceitos) no sentido de que se o pensamento pode chegar a todos os objetos, neles se identifica insuficiente, porque embora enquanto ideia relacionado a outros conceitos não se faz conhecer como verdade objetiva porque o conhecimento não se o permite a todos os objetos e porque nem todos os objetos são passíveis de conhecimento imediato, gerando o pensamento problemático, sendo possível chegar-se a este conhecimento por meio do uso prático da razão pura (moral ou ético);

2.2.6. O Juízo de Imputação (Kelsen): neste particular, resta compreendido que a imputação é a atribuição de uma qualidade, característica ou fenômeno a sujeitos de direitos e deveres, todavia a sua aplicabilidade simples, por reiteradas vezes tem levado a grandes erros e equívocos judiciários. Não se pode deixar de considerar o juízo de imputação, se se deseja fazer realizar o direito, mas não deve e não tem de ser considerada como a única forma (subsunção do Fato à Norma) de formulação de um juízo de valor ao Juiz Natural para obtenção de **justiça-nas-decisões**.

2.3. As Sete Indagações Judiciais Iusinterativas Formativas de Justiça-nas-Decisões.

COMENTÁRIO 3: Repito aqui as sete indagações para demonstrar a **praxis** efetiva de obtenção do razoamento iusinterativo para **justiça-nas-decisões** Ao identificar e fazer interagir tais relações vetoriais matriciais (16 diferentes relações vetoriais matriciais) como para cada dimensão cultural (03 dimensões culturais, **FENÔMENO** social, **VALOR** ético universal e **NORMA** vigente) acabo por obter 48 (quarenta e oito) manifestações diferentes as quais cada variável, de *per se*, pode apresentar ao juiz u'a matriz de **justiça-na-decisão**, devendo o Julgador da causa, conforme o caso judicial e após ter preenchido tais variáveis, utilizar-se das **Sete Indagações Judiciais Iusinterativas**

Formativas de *Justiça-nas-Decisões*, quais sejam:

1. VALOR ÉTICO ORIGINARIAMENTE PROTEGIDO.

“Qual o valor –constante da época da produção legislativa da norma- que se desejou proteger com a edição ou promulgação legislativa daquela norma?”;

2. APLICABILIDADE DO VALOR ÉTICO AO CASO CONCRETO.

“Deve este valor ser aplicado nos dias atuais e para este caso concreto em questão?”;

3. PERMANÊNCIA OU SUBSTITUIÇÃO DO VALOR ÉTICO ORIGINÁRIO.

“Deve permanecer este valor ético originário a ser protegido normativamente ainda nos dias atuais ou outro valor ético atual, deve substituí-lo?”;

4. EFICÁCIA (aceitação social) DA NORMA VIGENTE PARA PROTEÇÃO DO VALOR ÉTICO ORIGINÁRIO.

“A norma vigente atual protege suficientemente o valor que deu fundamento à sua criação legislativa ou o texto da lei não mais serve –parcial ou integralmente- a este objetivo?”

5. EFICIÊNCIA (utilidade prática do resultado) DA NORMA VIGENTE PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO.

“Com a aplicação pura e simples da norma vigente soluciona-se este conflito material e eticamente?”;

6. EFETIVIDADE (real situação de exequibilidade) DO VALOR ÉTICO ORIGINÁRIO COMO PRECEITO SOLUCIONADOR DO CONFLITO.

“Havendo insuficiência da norma vigente para solução efetiva do conflito, a aplicação do valor protegido originariamente resolve o conflito materialmente?”

7. APLICAÇÃO DE VALOR ÉTICO ATUAL E PRINCÍPIO VIGENTE NA HIPÓTESE DE INSUFICIÊNCIAS DA NORMA VIGENTE E DO VALOR ÉTICO ORIGINÁRIO PARA SOLUCIONAR O CONFLITO.

“Havendo insuficiência da norma vigente e do valor ético originário para solucionar o conflito o valor ético, atual, e seu conseqüente princípio resolvem este conflito materialmente?”

3. A **JUSTIÇA-NAS-DECISÕES** COMO RESULTADO EFETIVO DA *THEORESIS* E DA *PRAXIS* DO RAZOAMENTO IUSINTERATIVO.

Tais procedimentos, em ação conjugada, simultânea e interativa como se pode verificar facilmente, não excluem qualquer discricionariedade judicial ao enfatizar que o julgador constitucional deve corresponder, em razoamento, a estes elementos teóricos e a estas questões práticas, fundamentando as suas respostas e justificando as suas conclusões, inclusive doutrinariamente.

A aplicação do Razoamento Iusinterativo não requer o uso de retórica, justificativa ideológica ou argumentativa para realizar algo que resulte na dicção ou assertiva de que com isso, o resultado se configure em **justiça-nas-decisões**, mas não exclui o argumento jurídico adequado e justo-na-decisão enquanto fundamentação judicial. Ao contrário, reforça-o.

E assim proclamo, porque toda a afirmação efetuada pelo juiz iusinterativo está, como se vê, reafirmada e parametrizada não apenas nas provas do autos mas em confirmação vetorial, descabendo uma interpretação de argumentos ou argumentação interpretativa.

Entretanto, devo observar que o procedimento relativo ao Razoamento Iusinterativo, ao exercício do Direito Interativo, em verdade, ocorre como que em um piscar de olhos, desde que sejam levados em consideração os objetivos, parâmetros e metodologia apontados, resultando, **sempre**, em uma **justiça-na-decisão**, sendo mesmo possível que ao **Juiz Natural**, seja por seus conhecimentos teórico-jurídicos (juiz com formação prática e acadêmica) ou seja por seus conhecimentos empírico-jurídicos (juiz com elevada experiência processual-judicial) se viabilize a utilização de aplicativo de *software*

informático que permita, com maior celeridade, a inserção dessas inúmeras variáveis à constituição de um raciocínio iusinterativo auxiliando o julgador constitucional à formação de um juízo de valor para a **justiça-nas-decisões**, segundo o próprio Processo Judicial *eletrônico* (PJ-e).em utilização do método do raciocínio iusinterativo.

4. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 11.

4.1. A compreensão (*theoresis*) do método e a aplicação do raciocínio (*praxis*), iusinterativos -vale dizer não separados, mas fenomenológicos- ocorre por meio da dialética da complementaridade em exercício de implicação e polaridade que devem resultar na *interatividade lógica* entre a tridimensionalidade realiana e a tetravetorialidade que trago à balha, aplicando-se-lhes as 16 (dezesesseis) matrizes vetoriais para a formação dos parâmetros objetivos, os seis juízos de inferência para a obtenção de um juízo de valor interativo e as sete indagações para formação do raciocínio iusinterativo para **justiça-nas-decisões.**

4.2. Tal configuração metodológica viabiliza a criação de *software* e/ou aplicativo que viabilize, para a causa e pelo Juiz Natural, o uso racional, célere, concreto, informatizado e parametrizado, sem prejuízo da atuação judicial e de critérios objetivos para uso da discricionariedade judicial, de programa em tecnologia de informação, auxiliar ao PJ-e, a fim de dar efetividade à **justiça-nas-decisões a quaisquer dos sistemas de direito para o século XXI e seguintes.**

CONCLUSÕES GERAIS.

1. Diante dos permanentes avanços e globalização ou mundialização das tecnologias de informação e comunicação no planeta e da necessidade de adequação de regras a essa realidade é preciso construir novos sistemas de direito e de decisão judicial que considerem essas novas relações sociais de intercomunicação mundial, adequando os diversos ordenamentos jurídicos nacionais à realidade do século XXI e seguintes.
2. Um sistema de direito não pode mais ser simplesmente considerado um sistema fechado se o Estado Democrático de Direito tem por objetivo construir e aplicar um sistema com **justiça-nas-decisões**
3. Para o Iusinterativismo o **Direito é a realização, em um sistema, da experiência jurídica do ser humano com características de interatividade jurídica interna e em constante interação e interpenetração havidas entre a tridimensionalidade cultural de regras, princípios e valores éticos segundo fenômenos sociais e a tetravetorialidade natural de identidade, tempo, lugar e finalidade aplicáveis sobre essas dimensões culturais.**
4. A iusinteração entre a tridimensionalidade cultural realceia à tetravetorialidade natural que resulta no **razoamento judicial iusinterativo** que sustenta, viabiliza a aplicação, sim, da efetiva distribuição de **justiça-nas-decisões**, qualquer que seja o sistema de direito.
5. Não se pode admitir o exercício do Juiz Natural sem o **princípio da obrigatoriedade de justiça-nas-decisões**, porque, do contrário, seria admitir-se que o Poder Judicial existiria para **NÃO** cumprir a sua missão precípua de solucionar os conflitos com justiça, ou como se poderia dizer, comparativamente, seria o mesmo que admitíssemos que o Poder Legislativo, por seu Legislador Natural criasse leis ilegais.
6. O Juiz Natural, competente, imparcial e insuspeito deve ter como missão jurisdicional, funcional e institucional, ao julgar os casos que lhe são submetidos, aplicar a **justiça-nas-decisões –iustitia in concreto** mediante uso do **razoamento iusinterativo**, afastando-se das decisões

iuspositivistas que somente põem fim à causa por mera subsunção lógica de fato à norma, gerando insuficiências jurídicas e sociais.

7. O **razoamento iusinterativo** –principal fundamento do Iusinterativismo– é o método que realiza a interação entre as três dimensões culturais criadas por Miguel Reale (Fato ou Fenômeno social, Valor ético universal e Norma vigente) e os quatro vetores naturais –que identifico– de *identidade tempo, lugar e finalidade* a permitir a concretude de **justiças-decisões**.
8. A utilização de Vetores Naturais implica a dinâmica e interativa identificação, temporalização, localização e constatação de finalidades aos dados axiológicos (valores éticos universais), sociológicos (fenômeno social) e normativos (norma vigente) envolvidos em qualquer causa judicial, para realização de **justiças-decisões**.
9. A consecução do **Razoamento Iusinterativo** que leva à realização de **justiças-decisões** implica a utilização dos **Sete Questionamentos Judiciais**⁵⁰⁶ **Iusinterativos** com as **Dezesseis Combinações Vetoriais Matriciais** como determinados neste trabalho.
10. Para a efetividade de realização do razoamento iusinterativo (ou judicial interativo) trago à balha as **relações funcionais interativas em dezesseis combinações vetoriais matriciais**⁵⁰⁷ que devem ser dialeticamente integradas às dimensões culturais produzindo (junto com os **sete questionamentos judiciais iusinterativos** constantes da Conclusão nº 21), o método iusinterativo **para prolação de justiças-decisões**.
11. Os sistemas de direito contemporâneos –consubstanciados nos sistemas romano-germânico, anglo-saxônico, islâmico, hebraico-israelense, russo, chinês, indiano, nipônico e africano– caracterizam-se, por diferentes métodos, todos com natureza iuspositivista, apresentando justificativas conjunturais que só fazem demonstrar as fragilidades, inconsistências e insuficiências de natureza ideológica (a falácia de que os sistemas de direito, sejam de que natureza forem, por si só, já, culturalmente, se

⁵⁰⁶ Vide a Conclusão 21 deste trabalho.

⁵⁰⁷ As **relações funcionais interativas e suas dezesseis combinações vetoriais matriciais** estão constantes da Conclusão 6.8 do Capítulo 5 deste trabalho.

direcionam à justiça) e de necessidade de segurança intrínseca do próprio sistema (a falácia de que **a justiça** está impregnada no texto legislado), sem o menor direcionamento à realização de **justiça-nas-decisões**.

12. O que deve construir a solução do conflito é sim o valor ético contido na execução ou realização do fato que venha a justificar a aplicação da norma. E uma coisa não é necessariamente equivalente à outra. A questão linguística, ao invés de remeter a norma ao formalismo jurídico enquanto solução para a questão jurídica, para o conflito de interesses, aplicando o preceito intrínseco da norma, como o afirmou Bobbio, ao meu sentir, remete claramente à análise de que a palavra exerce um poder de dissimulação do objeto desejado ou mesmo da finalidade a que se destina o valor, mesmo enquanto norma, porquanto cristaliza e torna estático um momento que, em verdade, factualmente, é dinâmico. A constante mutação semântica das palavras no seio de uma sociedade é a maior prova disso, e o que significava algo na promulgação da lei, pode, hoje conter outro sentido distanciado do valor ético universal admitido pela sociedade em contemporaneidade e mesmo do valor ético universal a ser amparado (porque violado) ou a ser reafirmado (porque uma vez exercido, ainda não foi violado, mas sim, questionado) no fenômeno social em julgamento.
13. O desenvolvimento célere das relações interindividuais, grupais, coletivas, sociais, nacionais, internacionais vem alterando -e altera- a própria natureza dos sistemas de direito, de molde a implicar uma celeridade de resposta jurídica e judicial na própria ordem jurídica e que a lacuna, embora seja afirmada como uma das maldições do sistema de direito, é ínsita, na verdade, ao próprio sistema, o qual proponho deva ser entendido como **aberto, incompleto, reatualizável e autossuficiente, fiscal externamente, fiscalizado internamente e soberano quanto ao processo**.
14. A **lacuna**, em todo o sistema de direito, conseqüentemente, **é real e permanente**. O **iusinterativismo** é o sistema para compreender e atuar estas questões de molde **a viabilizar a justiça-nas-decisões**.

15. **A analogia**, como método de integração do direito em um ordenamento jurídico, deve ser entendida como um vetor indicativo de uma solução, porém, jamais como a solução do conflito, porque, baseada na aplicação de razão semelhante a fatos semelhantes, mas com diferenças de natureza, não traduz **justiça-na-decisão**, mas mera acomodação jurídica com suposta decisão por similitude de soluções, não garantindo verdadeira aplicação de **justiça-nas-decisões**.
16. Para o lusinterativismo e a conceituação de princípios como continente de valores éticos universais é essencial entender que **todo o interesse, pois, é gerado por uma necessidade de objetivos, por adequação de meios e instrumentos para obtenção desses fins e para a utilidade do resultado a ser obtido para suprir o interesse** e com isso, formar a **universalidade do valor ético** em razão da *identidade*, do *tempo*, do *lugar* (ou região) e da *finalidade* comuns que perfazem o conteúdo de um princípio.
17. A constatação da existência de valores éticos universais, a partir das relações humanas, bilaterais e atributivas de direitos, deveres, faculdades e sujeições que lhes são inerentes, faz identificar a **Preservação da Vida e da Humanidade** como **Valor Ético Magno**, dele decorrendo todos os outros valores éticos enquanto conteúdo de princípios jurídicos. Tal identificação não ocorre **a priori**, nem advinda da natureza e tampouco de uma opção divina, mas sim da análise das relações humanas e da interação e interpenetração delas nas sociedades do planeta.
18. Os princípios, para o lusinterativismo, como o nome já destaca, para o lusinterativismo, **são inícios e fundamentos para compreensão de uma proposição, de uma hipótese ou de uma teoria; são dinâmicos por definição e sempre tendo, como conteúdo, valores éticos universais; apresentam-se sempre em vetorialidade para fixação e certeza de um posicionamento universal sobre determinado estado de coisas ou de seres, em aplicação concreta a fatos ou fenômenos sociais e normas vigentes**.
19. As *dificuldades do Juiz Natural* em identificar o princípio mais adequado à solução do conflito decorre de uma tradição iuspositivista de determinar

que os princípios estão circunscritos ao texto normativo, quando, é de evidência, podem estar em valores éticos universais circundantes⁵⁰⁸ ao fato e à norma, justificando ao julgador uma mudança de postura de julgamento e o uso do iusinterativismo para **justiça-nas-decisões**.

20. Há uma ‘cultura’ judiciária de uso da argumentação como elemento de deformação da realidade ou de um mero e simples esforço de enquadrar uma norma vigente inadequada a um fato concreto, gerando duas situações ao juiz natural: a primeira, a *perda da credibilidade* do critério argumentativo como critério de verdade; a segunda, a *ausência de facilidade* na descoberta dos valores éticos universais e princípios jurídicos solucionadores da causa por argumentações deformantes da realidade. O iusinterativismo se apresenta como a forma objetiva de verificação e superação dessa credibilidade e dessa ausência de facilidades.

21. A utilização do **iusinterativismo** é de relevância para o julgamento das causas porque a dinâmica de seu razoamento, em interatividade com dimensões culturais e vetores naturais, implica a identificação de valores éticos universais, não apenas no momento de criação e elaboração da norma vigente, mas também da verificação desses valores no momento da ocorrência do fenômeno social em apreciação judicial, como igual verificação de valores éticos universais no momento de julgar a causa, para efetiva **justiça-nas-decisões**.

22. O método de obtenção da sentença para **justiça-nas-decisões** implica o uso obrigatório das seguintes **sete indagações judiciais iusinterativas formativas de justiça-na-decisão**:

1)QUANTO AO VALOR ÉTICO ORIGINARIAMENTE PROTEGIDO.

“Qual o valor –constante da época da produção legislativa da norma- que se desejou proteger com a edição ou promulgação legislativa daquela norma?”;

2)QUANTO À APLICABILIDADE DO VALOR ÉTICO AO CASO CONCRETO.

“Deve este valor ser aplicado nos dias atuais e para este caso concreto em questão?”;

3)QUANTO À PERMANÊNCIA OU SUBSTITUIÇÃO DO VALOR ÉTICO ORIGINÁRIO.

“Deve permanecer este valor ético originário a ser protegido normativamente ainda nos dias atuais ou outro valor ético atual, deve substituí-lo?”;

4)QUANTO EFICÁCIA (aceitação social) DA NORMA VIGENTE PARA PROTEÇÃO DO VALOR ÉTICO ORIGINÁRIO.

⁵⁰⁸ Vide item 1.2.1. *O Conceito de justiça-nas-decisões*, no capítulo referente à **INTRODUÇÃO** desta obra.

“A norma vigente atual protege suficientemente o valor que deu fundamento à sua criação legislativa ou o texto da lei não mais serve –parcial ou integralmente- a este objetivo?”

5)QUANTO À EFICIÊNCIA (utilidade prática do resultado) DA NORMA VIGENTE PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO.

“Com a aplicação pura e simples da norma vigente soluciona-se este conflito material e eticamente?”;

6)QUANTO À EFETIVIDADE (real situação de exequibilidade) DO VALOR ÉTICO ORIGINÁRIO COMO PRECEITO SOLUCIONADOR DO CONFLITO.

“Havendo insuficiência da norma vigente para solução efetiva do conflito, a aplicação do valor protegido originariamente resolve o conflito materialmente?”

7)QUANTO À APLICAÇÃO DE VALOR ÉTICO ATUAL E PRINCÍPIO VIGENTE NA HIPÓTESE DE INSUFICIÊNCIAS DA NORMA VIGENTE E DO VALOR ÉTICO ORIGINÁRIO PARA SOLUCIONAR O CONFLITO.

“Havendo insuficiência da norma vigente e do valor ético originário para solucionar o conflito o valor ético, atual, e seu consequente princípio, resolvem este conflito materialmente?”

23. No Iusinterativismo, **ao Direito, não há regra sem valor ético.** Toda norma, ainda que de natureza técnica, guarda um conteúdo de valores éticos, sejam de **ordem**, de **hierarquia**, de **obediência**, de **coerência**, de **organização**, de **proporcionalidade** (sempre adequados a vetores geodésicos de tempo e lugar e a vetores ônticos de identidade e finalidade) ou outros valores de natureza mais social, mas, de toda forma, contendo sempre um valor ético e pode vir a configurar um direito, pois a toda existência de valor ético, advém um interesse para gerar uma finalidade de conduta e a formação de princípios para a construção de direitos e deveres em relações humanas bilaterais e atributivas.
24. Para a constatação de violação ou não aos valores éticos universais, mediante excesso, ou mediante mitigação, por seus agentes governamentais, deve-se proceder à apreciação axiológica, sociológica e normativa –em tridimensionalidade- do fenômeno –ou fato- social que dará o sentido em que deve ser compreendido como um todo, se **lícito**, **ilícito**, **imoral**, **moral**, **amoral**, **jurídico**, **antijurídico**, **ético**, **aético**, **antiético**, **praticado por seu agente**, **recaindo ou na necessidade de proteção judicial por violação do valor ético universal ou na necessidade de sua prévia garantia para que não venha a ser violado em aplicação do sistema *iusinterativo*.**
25. O Estado Democrático de Direito deve corresponder à garantia e

preservação de valores éticos universais, liberdades, direitos fundamentais e humanos, com a mais ampla abertura de oportunidades e iniciativas a todo e qualquer cidadão, perfazendo-se assim a Cidadania, ou o Estado-Cidadão.

26. É preciso fazer integrar ao Estado, à sociedade e ao ordenamento jurídico o conceito que defendo e sugiro de **democracia interativa compartilhada** (*shared interactive democracy* ou *democracia interactuada compartida*) o qual se põe como a necessidade de exercício ético e prova constante, por meio dos agentes políticos do Estado – parlamentares, magistrados e administradores- do cumprimento permanente das missões e deveres constitucionais conferidos em razão do cargo.
27. Para maior efetividade de atuação do Poder Judicial na dirimência de conflitos de interesses é forçoso reconhecer a importância da **flexibilidade procedimental** nos seus âmbitos **flexibilização legal genérica; flexibilidade legal alternativa; flexibilidade procedimental judicial; e flexibilidade procedimental voluntária**. Todas estas espécies de flexibilização procedimental nas causas estão aptas a levarem maior celeridade aos processos e ao encontro de solução direcionada à maior satisfação do interesse e da vontade das partes litigantes.
28. A condição de **Juiz Natural** e de mediador e pacificador constitucional e social, conferem, *de lege lata*, ao magistrado a competência constitucional para determinar, **por sua iniciativa e com expressa anuência das partes litigantes**, a **flexibilidade procedimental judicial** na causa, estando apto igualmente para acolher o pedido efetuado, **por iniciativa exclusiva das partes, de flexibilidade procedimental voluntária** no sentido de, em ambas as situações, exercer a **transfiguração processual** de um **processo jurisdicional e ordinário para o processo arbitral e extraordinário**, eliminado-se por interesse e vontade das partes a possibilidade de recursos (decisão arbitral irrecorrível) e admitindo-se a celeridade na solução da controvérsia, com a aplicação do método do razoamento iusinterativo e consequente **justiça-na-decisão**.

29. A atuação do Poder Legislativo na criação de seu produto (entenda-se= Lei ou Norma) sem qualquer preocupação de produção de **justiça-na-lei**, na imensa maioria das vezes, gera **imperfeições legislativas** ínsitas às normas criadas, tais como: **i) anacronismo** (normas criada para produzir regência a fatos **fora** de seu tempo, já ultrapassados); **ii) desuso** (normas que não obtêm o reconhecimento social para sua aplicação efetiva); **iii) revogação ou derrogação** (declaração de invalidade total ou parcial da norma por emissão de outra que a substitui); **iv) imperfeição legislativa propriamente dita** (imperfeições oriundas da construção das normas por discussões e embates legislativos que as tornam mancas na sua promulgação); **v) insuficiência material da norma** (insuficiência normativa por inadequação do seu conteúdo teleológico para solução dos conflitos sociais) oferecendo ao Poder Judiciário um produto contraditória (Lei) para a solução de conflitos sociais de molde a gerar uma crônica e crítica contradição sistêmica.
30. Na compreensão do lusinterativismo, a legitimidade de qualquer espécie de norma não ocorre em virtude do nível de organização econômico-social ou política da sociedade, ou mesmo de suas formas ou graus de sociabilidade maior ou menor, mas sim, ocorre em razão do nível de eficácia social dos valores éticos ínsitos à própria sociedade, ou seja, do nível de aceitação e cumprimento de valores e regras pela comunidade, não importando sua grandeza, extensão ou grau de organização, tampouco importando se são normas atributivas de direitos e deveres ou se são normas de organização, pois todas guardam conteúdos axiológicos.
31. A separação realizada pelos juristas iuspositivistas entre direito e moral, ou melhor dizendo, entre direito e ética, cria, teórica, psicológica e metodologicamente a impossibilidade de aplicação de **justiça-nas-decisões**, no pressuposto de que a influência ética ou moral poderia levar a julgamentos tendenciosos ao se considerar Moral como uma instituição de conceito absoluto. Na verdade, **Moral**, ao lusinterativismo, **é a forma de apropriação e realização cultural de valores e princípios éticos universais (Ética) por uma determinada comunidade, por determinado período e em dada região ou país e**

autoriza a realização de **justiça-nas-decisões** ante a sua **relativização** de *tempo* e *lugar* (vetores geodésicos), e a sua **constância** em relação à *identidade* e *finalidade* (vetores ônticos) de valores éticos universais.

32. Para a concretização da natureza democrática do Poder Judiciário e a aplicação dos princípios constitucionais da legalidade administrativa, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, com maior celeridade e autonomia, enquanto coerência sistêmica, faz-se necessária a utilização de ferramentas tecnológicas de revisão e atualização instantâneas (PJ-e= Processo Judicial *eletrônico*) como igualmente uma técnica (interatividade em tridimensionalidade cultural e tetravetorialidade natural), um método (razoamento iusinterativo) e um objetivo (**justiça-nas-decisões**).
33. A criação, na República Federativa do Brasil, do **Processo Judicial eletrônico (PJ-e)**, pela Lei 11.419/2006 (Lei de Informatização do Processo Judicial) consagra ainda mais, os **princípios gerais do processo de Acesso à Justiça, do Juiz Natural e da Inércia de Jurisdição**, pilares da ação, da defesa, da jurisdição e do processo, bem como os princípios da **Imparcialidade, da Ampla Defesa e do Contraditório** e finalmente, do **Devido Processo**, viabilizando aos seus usuários (juízes, jurisdicionados, intervenientes e auxiliares) certezas de tempo e lugar e de identidades e finalidades e **justiça-nas-decisões**.
34. Os Princípios Formativos ou Informativos do Processo Judicial *eletrônico* (PJ-e) do **Encriptamento ou Criptografia de Dados, da Participação, da Multidirecionalidade, da Permutabilidade e da Instantaneidade** são essenciais para determinar a natureza, o alcance, a profundidade e a extensão da ferramenta eletrônica denominada "**Processo Judicial eletrônico**" na garantia de direitos materiais e processuais.
35. Os **treze princípios gerais peculiares** ao **Processo Judicial eletrônico**, mencionados e explicitados no corpo do Capítulo 7 deste trabalho organizam e garantem a plena implementação e realização desta ferramenta e concedem, a todos os seus usuários os seus mecanismos, dados e informações, a segurança e a integridade intrínsecas, de molde a que este *software* cumpra o objetivo maior de

servir à função judicante na missão constitucional de solucionar conflitos sociais.

36. A norma jurídica, embora detenha como um de seus elementos constituintes o instrumento coercitivo da sanção, perfaz-se em **parâmetro mínimo de conduta social**, necessitando de valores e princípios para sua constante atualização e da hermenêutica judicial para realizar a aplicação de valores éticos universais aos fenômenos sociais aos quais tem incidência a fim de aplicar-se **justiça-nas-decisões**.

37. Sendo a norma jurídica um **parâmetro mínimo**, o Juiz Natural para realizar a interpretação judicial segundo o razoamento iusinterativo, na tridimensionalidade jurídica, deve usar os valores éticos universais dos quais o **Valor Ético Universal Magno** deve ser compreendido como a **Preservação da Vida e da Humanidade**, e os demais, p. e., dele descendentes, constituírem-se como:

- a convivência entre os povos, e em sociedade e solidariedade, com igualdade de direitos e oportunidades;
- a democracia como sistema político de atuação compartilhada, interativa e equitativa de direitos, fundada na efetividade de cidadania;
- o respeito à soberania do Estado Democrático de Direito.
- o respeito, entre os seres humanos, às diferenças de qualquer tipo ou espécie;
- o direito à autodeterminação dos povos a qualquer momento e sem restrições;
- o direito à igualdade substancial, tratando-se desigualmente os desiguais;
- o respeito à liberdade individual;
- o respeito à liberdade de ir-e-vir;
- o respeito à liberdade de reunião, manifestação e expressão do pensamento;
- o respeito ao domicílio;
- o respeito à liberdade de iniciativa e empreendedorismo;
- o direito à obtenção de um trabalho legítimo e lícito para sua própria sobrevivência e aperfeiçoamento profissional;
- o respeito à liberdade de exercício do trabalho legítimo, lícito e autônomo;
- o direito-dever à educação;
- o direito-dever à saúde;
- o direito-dever ao trabalho;
- o direito ao juiz natural, competente e insuspeito;
- o direito de acesso à jurisdição (ao Poder Judicial);
- o direito ao contraditório e à ampla defesa;

- o direito ao devido processo legal ou o direito ao devido processo;
- o direito à imparcialidade judicial;
- a liberdade de contratar;
- a ética e a boa-fé como pressuposto de conduta;
- o dever de não locupletar-se ilicitamente;
- o dever de manter o equilíbrio nos contratos e a proibição de ônus excessivos a um dos contratantes;
- a preservação da autonomia da instituição familiar, seja de que natureza se apresente;
- a função social da propriedade;
- a economia das formas e dos atos de procedimento;
- a subordinação da atividade administrativa aos preceitos legais;
- a proteção à rápida circulação e à distribuição de riquezas a todos;
- a proteção à crescente formalização de crédito;
- a exigência de justa causa e licitude nos negócios jurídicos;
- o cumprimento dos pressupostos da responsabilidade civil e penal para sua exigibilidade.

e tantos outros, analisados concretamente, de acordo com o pleito submetido à jurisdição.

38. Se não há Direito sem Ética, tampouco deve haver Processo sem Eticidade. O processo é um ser independente, orgânico, com vida própria, cujos atores com ele não se mesclam, mas convivem e revivem à medida de seus resultados. O processo como instrumento de solução de conflitos necessita ser ético.

39. A característica processual amparada no princípio do devido processo legal, exatamente pela restrição qualificativa **legal**, não transfere, obrigatoriamente, eticidade no processo, muitas vezes obrigando ao cumprimento de comandos legais completamente antiéticos como a superveniência de regras processuais sobre evidentes direitos materiais, ocasionando-lhes, em nome do formalismo jurídico, a sua perda ou sua extinção, sem que tenha ocorrido qualquer inércia por parte do titular.

40. A Eticidade no processo consiste em considerar que:

- a. a **ação** não pode ser temerária, devendo ser apresentada à jurisdição mediante condições de admissibilidade e de pressupostos processuais;
- b. o **juiz** tem de ser competente, ético e imparcial;
- c. o **tribunal** deve se apresentar imparcial e ético;

- d. a **jurisdição** tem de ser exercida com independência e neutralidade pelo órgão julgador;
- e. o **devido processo**, mesmo sendo a regra fundamental de tramitação deste instrumento de solução e conflitos de interesses, deve abstrair-se do adjetivo **legal** que lhe restringe a amplitude jurídica e a aplicação ética, substituindo-a pela expressão **de direito**, de modo a atuar com o respeito aos valores éticos universais e viabilizando e dando maior relevância à consecução dos direitos materiais no processo com ética;
- f. **o direito processual não pode se sobrepor ao direito material**, no curso do pleito ou da ação processual, senão como garantia de adequada tramitação de procedimento, ou por perda temporal do direito de ação (prescrição) ou por inércia no exercício do direito material (caducidade);
- g. o direito **à ampla defesa e ao contraditório** deve ser assegurado ao réu dentro de padrões que respeitem os valores éticos universais;
- h. a **sentença** deve constituir-se como um resumo ético-jurídico de todos os elementos do processo e da causa, de molde a refletir uma solução com **justiça-na-decisão** para o conflito social.

41. Na aplicabilidade de princípios, segundo o principiologismo de Ronald Dworkin, a mera substituição de normas ou regras por princípios acaba por manter, sob certo aspecto, uma espécie de normativismo, por meio de regramentos principiológicos, mas regramentos, talvez não normativistas, mas certamente formalistas juridicamente e conseqüentemente imutáveis ou de restritíssima possibilidade de mudança, tornando-o um sistema fechado e sem a preocupação e a prática de **justiça-nas-decisões**, demonstrando uma inadequação à necessidade de atualização de sistemas de direito no século XXI ante a globalização.

42. Há **três espécies de discricionariedade judicial** preconizadas por H. L. A. Hart e admitidas no lusinterativismo e que são limitadas pelos parâmetros objetivos do razoamento iusinterativo:

- a. **discricionariedade do razoável** (*peças razoáveis –no caso, juízes-podem interpretar de maneiras diferentes*) se faz presente no momento em que o Juiz natural tem de optar entre decidir entre quais as normas os princípios ou os valores a aplicar, utilizando-se do sopesamento entre os valores éticos universais e do razoamento iusinterativo, e igualmente,

quando deve decidir entre a aplicação de uma pena privativa de liberdade, ou por uma pena restritiva de direitos, ou ainda de prestação de serviços, se o Réu tiver boa vida pregressa, adequada posição social, ocupação profissional lícita e domicílio certo e conhecido;

- b. a discricionariedade definitiva (*nenhuma autoridade superior poderá rever ou descartar tal decisão*) exercida pelo juiz normalmente nas decisões dos Tribunais Superiores ou do Supremo Tribunal Federal, as quais excepcionalmente admitem reforma, podendo se caracterizar em decisões de Tribunais intermediários (Tribunais de Justiça Estaduais –dos Estados-membros brasileiros- ou de Tribunais Regionais, que exercem a jurisdição federal) quando a matéria for de fato ou exclusivamente soberana daquela jurisdição e não ocorrer qualquer violação de lei federal ou de norma constitucional e cuja inexistência inviabilize o recurso às jurisdições ou tribunais superiores;
- c. por outro lado, a discricionariedade contratual ou autônoma (*o conjunto de padrões que lhe (ao juiz) impõe deveres não visa, na verdade, impor um dever de tomar uma decisão específica*) que Dworkin afirma pouco se aplicar ao juiz natural, na verdade, pode sim, ser exercida pelo julgador na medida em que o conjunto de padrões que lhe implica deveres (*o dever funcional de dar a prestação jurisdicional, vale dizer, ditar a sentença*) não visa, na verdade, impor o dever de tomar uma decisão específica (*o poder de conciliar e/ou de atuar na prática da conciliação prévia à solução processual*) podendo, o juiz, a qualquer instante do andamento ou da tramitação processual, propor o resultado distinto (*conciliação e conseqüente homologação*) do previsto legal e jurisdicionalmente (*prolação de sentença de mérito*).

43. A tese da única resposta correta preconizada por Ronald Dworkin não logra êxito e se apresenta insuficiente para a produção de **justiça-nas-decisões**: **primeiro**, porque depende da caracterização de que correção é uma justificação adequada de razões e argumentos em conformidade ou com o ordenamento de direito ou com princípios, criando-se, na verdade, um apego a regras normativas e/ou principiológicas e dependente da argumentação então produzida; e, **segundo**, depende de alto grau de qualificação e subjetivismo de um suposto juiz Hércules, um super-herói jurídico, fantasioso e surreal.

44. A aplicação iusinterativa entre dimensões culturais (Fenômeno social, Valor ético universal e Norma vigente) e vetores naturais de identidade e finalidade (ônticos) e de tempo e lugar (geodésicos) para a causa em apreciação judicial leva à resposta com *justiça-na-decisão*.

45. A compreensão do método (*theoresis*) e a aplicação do raciocínio (*praxis*), em visão e postura sistêmicas e iusinterativas, ocorre por meio da dialética da complementaridade que, as une em formação fenomenológica mediante o exercício de implicação e polaridade que devem resultar na *interatividade lógica* entre a tridimensionalidade real e a tetravetorialidade que trago à balha, aplicando-se-lhes as 16 (dezesseis) matrizes vetoriais para a formação dos parâmetros objetivos, os seis juízos de inferência para a obtenção do juízo de valor e as sete indagações formativas de *justiça-nas-decisões*.

46. Ao iusinterativismo não importa a habilidade judicial, a erudição, a paciência e a perspicácia sobre-humanas, as quais sempre são bem-vindas, e que, embora devam ser viabilizadas suas condições de obtenção, não podem ser exigidas de todos, exceto o seu conhecimento de direito e sua postura ética e imparcial, necessários ao exercício da função judicial, porque em verdade, o iusinterativismo apresenta ao juiz, qualquer que seja ele, para alijamento do subjetivismo no julgar em qualquer ordenamento jurídico que se tome, parâmetros concretos de formação de um raciocínio iusinterativo para obtenção de *justiça-na-decisão*.

47. É preciso criar formas concretas de viabilizar os desenvolvimentos e crescimentos humanitários e axiológicos no âmbito das ciências jurídicas e dos ordenamentos jurídicos a fim de permitir-nos a preparação para uma forma de vida globalizante e planetária com pacificação social e *justiça-nas-decisões*. O iusinterativismo é, em abordagem sistêmica, tentativa e é proposta, ambas concretas, para essa finalidade.

48. A compreensão (*theoresis*) do método e a aplicação do raciocínio (*praxis*), iusinterativos -vale dizer não separados, mas fenomenológicos- ocorre por meio da dialética da complementaridade em exercício de implicação e polaridade que devem resultar na *interatividade lógica* entre a tridimensionalidade real e a tetravetorialidade que trago à balha,

aplicando-se-lhes as 16 (dezesesseis) matrizes vetoriais para a formação dos parâmetros objetivos, os seis juízos de inferência para a obtenção de um juízo de valor interativo e as sete indagações para formação do racoamento iusinterativo para *justiça-nas-decisões*.

49. A configuração metodológica prevista na Conclusão 47 viabiliza a criação de *software* e/ou aplicativo que viabilize, para a causa e pelo Juiz Natural, o uso racional, célere, concreto, informatizado e parametrizado, sem prejuízo da atuação judicial e de critérios objetivos para uso da discricionariiedade judicial, de programa em tecnologia de informação, auxiliar ao PJ-e, a fim de dar efetividade à *justiça-nas-decisões* a quaisquer dos sistemas de direito para o século XXI e seguintes.

BIBLIOGRAFIA

AÇÃO PENAL 396 – RO – STF (Réu: Deputado Federal NATAN DONADON

– cujas decisões estão disponíveis no link <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2316196> acesso em 28/10/2014, 01:42 min.

AÇÃO PENAL 470 – MG – STF (Processo do Mensalão - Decisão)

disponível no link ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf ou no site do STF <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494> com acesso em 15/09/2014, 01:51.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, trad. Ana Hutchinson Schild Silva, Landy Ed., São Paulo, 2008, 334 páginas.

_____. *Justicia como Corrección*, trad. de Ana Inés Haquín, disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/justicia-como-correccion-0/> acesso em 10/09/2014, 16:04.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, São Paulo, tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, da versão inglesa de W. D. Ross, Victor Civita ed., Livro II, Capítulo 1, páginas 67 e seguintes, disponível em texto completo no link: http://sumateologica.files.wordpress.com/2009/07/aristoteles_-_metafisica_etica_a_nicomaco_politica.pdf, acesso em 10/09/2014, 16:04.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*, trad. Eduardo Pellew Wilson, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*, 3ª edição, trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, Landy Editora, São Paulo, 2006, 238 páginas.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, edição popular, anotada por Adriano da Gama Khoury, Edições Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1999, 51 páginas; obra também disponível no link http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/doc/artigos/rui_barbosa/fcrb_ruibarbos_a_oracao_aos_mocos.pdf, acesso em 08/09/2014, 18h21min.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As Consequências Humanas*, trad. Marcos Penchel, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1999, 145 páginas.

_____. *Identidade: Entrevista a Benedetto Vecchi*, trad. Carlos

Alberto Medeiros, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2005, 110 páginas.

_____. *A Sociedade Individualizada: Vidas Contadas e Histórias Vividas*, trad. José Gradel, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2008, 321 páginas.

BERGBOHM, Karl. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, citado em **NORBERTO BOBBIO**, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, tradutores: Tercio Sampaio Ferraz Junior, Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos, Ed. Universidade de Brasília, 2ª reimpressão, Brasília, 1991, 184 páginas, vide Capítulo 4, itens 3 e 4 e págs. 128 e 129.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria Geral dos Sistemas*, trad. Francisco M. Guimarães, Editora Vozes, 7ª edição, Petrópolis, 2013, 360 páginas.

BITTAR, Eduardo C. B. - *Ética Geral e Profissional. Curso de Ética Jurídica*, Editora Saraiva, São Paulo, 2007, pág. 105.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito*, trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, Ícone Editora, 1ª edição, São Paulo, 1999, 239 páginas.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, EDIPRO Editora, 3ª edição revista, São Paulo, 2005, 192 páginas.

_____. *Teoria Geral do Direito*, trad. Denise Agostinetti, Martins Fontes Editora, 1ª edição, São Paulo, 2007, 321 páginas.

_____.- *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Editora Universidade de Brasília, 10ª edição, Brasília, 1999, 124 páginas;

_____.- *Estudos Sobre Hegel, Direito, Sociedade Civil, Estado*, trad. Luiz Sérgio Henriques e Carlos Nelson Coutinho, Editora Unesp/Editora Brasiliense, 2ª edição, São Paulo, 1991, 229 páginas.

_____.- *Nuovissimo Digesto Italiano*, verbete 'Principi generali di diritto', tomo XIII, Turim, 1966, página 889.

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO, Globalização e Direito, in *Revista Studia Juridica*, nº 73, Coloquia 12, Ed. Universidade de Coimbra, Coimbra. 2003,

CABALLERO HARRIET, Francisco Javier. *Algunas Claves para otra Mundialización*, Ed. FUNGLODE-Txalaparta, 1ª edición, Navarra, 2010, 395

páginas.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. Antonio Menezes Cordeiro, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, 310 páginas.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*, trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Sergio Antonio Fabris Editor, 1ª edição, Porto Alegre, 1989, 95 páginas;

_____. *Juízes Legisladores?*, trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Sergio Antonio Fabris Editor, 1ª edição, reimpressão em 1999, Porto Alegre, 1993, 134 páginas.

CAPPELLETTI, Mauro; **GARTH**, Bryant. *Acesso à Justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Sergio Antonio Fabris Editor, 1ª edição, Porto Alegre, 1988, 168 páginas.

CARNELLUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Ed. Forum italiano, Roma, 1956,

CARRILHO, Cristiano. *Manual De História Dos Sistemas Jurídicos*, Elsevier Editora Ltda. 1ª edição, Rio de Janeiro, 2009, 197 páginas;

CARRIÓ, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, 1970. *idem*, in “Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico”, em *MSCG*, vol. X, nº1, junho, Buenos Aires, 1980, páginas 143 e seguintes.

CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação, Economia, Sociedade e Cultura*, tradução Roneide Venancio Majer e Klaus Blandini Gerhardt, vol.1- *A Sociedade em Rede- 6ª edição*; vol.2 – *O Poder da Identidade- 6ª edição*, e vol.3 – *Fim de Milênio- 4ª edição*, Ed. Paz e Terra, São Paulo, 2008;

CASTELO BRANCO NETO, Ney. *O Sistema na Ciência do Direito: As incompletudes diante do pensamento sistêmico e a racionalidade jurídica*, artigo disponível no site http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5182 , acesso em 05/01/2015, 12h02min.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, Nápoli, Jovene Ed., 1933.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, tradução de J. Guimarães Menegale, Ed. Saraiva, São Paulo 1965,

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, disponível no link

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 08/09/2014.

CÓDIGO DE ÉTICA E DECORO PARLAMENTAR DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – disponível no link <http://www2.camara.leg.br/a-camara/eticaedecoro>, acesso em 10/10/2014, 15:19.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, publicado no Diário Oficial da União de 17/03/2015, acesso em 18/03/2015, disponível no link http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1045

COMTE-SPONVILLE, André. *O Ser-Tempo*, trad. Eduardo Brandão, Martins Fontes Editora, 2ª edição, São Paulo, 2006, 145 páginas.

_____. *A Filosofia*, trad. Joana Angélica D'Ávila Melo, Martins Fontes Editora, 2005, 1ª edição, São Paulo, 126 páginas.

_____. *Valor e Verdade*, trad. Eduardo Brandão, Martins Fontes Editora, 1ª edição, São Paulo, 2008, 378 páginas.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm (Incluído pela [Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)) acesso em 08/09/2014.

CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA PARLAMENTÁRIA ESPAÑOLA DE 1978 – disponível para acesso nos sites <http://www.lasaventurasderuedita.es/netscape/docs/constit.pdf>; <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>, acesso em 04/01/2015, 01h34min.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO BOLIVIANO UNITÁRIO SOCIAL DE DERECHO PLURINACIONAL COMUNITÁRIO, artículo 1 y artículo 2 - <http://www.transparencialegislativa.org/wp-content/uploads/2013/04/Constitucio%CC%81n-Bolivia.pdf>, acesso em 09/09/2014.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA - 1969) disponível no link http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjos_e.htm. Acesso em 10/09/2014, 23:09.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Os Dilemas da Ciência do Direito no final do século XX. Introdução à Edição Portuguesa da obra de Claus-Wilhelm**

Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. trad. Antonio Menezes Cordeiro, , Revista Jurídica *A incompletude do ordenamento jurídico e suas possíveis soluções* – CCJ/FURB ISN 1982-4858, v. 11, nº 21, páginas 100-132, jan./jun. 2007, pág. 130; idem, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, páginas IX-CXIV.

COUTINHO, Carlos Nelson. *A Democracia como Valor Universal*, nos links <http://boletimef.org/biblioteca/2921/A-democracia-como-valor-universal.>; http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fboletimef.org%2Fbiblioteca%2F2921%2Fartigo%2FA-democracia-como-valor-universal.pdf&ei=iHC7U57WMuigsQSpsYC4Aw&usq=AFQjCNEjxSvt_v0Bs0ax9Hp55pbookETdA&sig2=ajggNQrnlKhYbyCgNqxi4w&bvm=bv.70138588,d.cWc - acesso em 10/09/2014, 14:31.

COUTO GONÇALVES, Willian. *Uma Introdução à Filosofia do Direito Processual*, Ed. Lumen Juris, 1ª edição, Rio de Janeiro, 2005, 203 páginas.

COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2ª edición, 1964, 821 páginas.

CRUZET, Maurice. *História Geral Das Civilizações*, tradução de E. Simões de Paula, Editora DIFEL Difusão Européia do Livro, 7 Tomos, 17 Volumes, vide volume 1, São Paulo, 1955/1958, 4518 páginas.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, tradução Hermínio A. Carvalho, Ed. Martins Fontes, 4ª edição, São Paulo, 2002, 687 páginas.

DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, Débora Macedo. **Parecer** na *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4078 – ADI 4078-STF* - nota 4 ao parecer emitido em 31 de maio de 2010, processo de competência do STF - Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil.

DWORKIN, Ronald Myles. *Levando os Direitos a Sério*, trad. Jeferson Luiz Camargo, Ed. Martins Fontes, 2ª edição, São Paulo, 2007, 568 páginas.

_____. *Los derechos en serio*, tradução de M. Guastavino, Ed. Ariel, segunda reimpressão, Barcelona, 1995, páginas 65-66.

_____. *O Império do Direito*, trad. Jeferson Luiz Camargo, Ed. Martins Fontes, 2ª edição, São Paulo, 2010, 513 páginas.

EINSTEIN, Albert. *Como vejo o Mundo*, trad. H.P. Andrade, Editora Nova

Fronteira, 1ª edição, 18ª impressão, Rio de Janeiro, 1981, 213 páginas.

ENGELS, Friedrich. *Ludwig Feuerbach e o fim da filosofia clássica alemã*, in Coleção Textos de Karl Marx e Friedrich Engels, volume 1, Edições Sociais, São Paulo, 1975, 254 páginas.

ESTATUTO DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA-EIA, Lei nº8.069, de 13 de julho de 1990: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, acesso em 10/09/2014, 22:32.

ESTEVES DE VASCONCELLOS, Maria José. *Pensamento Sistêmico, o Novo Paradigma da Ciência*, Ed. Papirus, 10ª edição revista e atualizada, Campinas 2013, 269 páginas.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial, México, 2006, 531 páginas.

_____. **Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley**, artículo en las páginas 39-55, in *La función judicial – Ética y democracia*, Colección conducida por Ernesto Garzón Valdés y Jorge F. Malem Seña, Ed. Gedisa/ ITAM/Tribunal Electoral del Poder Judicial de México, 1ª ed., España, 2003.

_____. *20 años en México: sobre argumentos e interpretación*, Edictorial TEEM-Tribunal Electoral del Estado de Michoacán- 1ª edición, artigo **Las condiciones para la ceteza jurídica y el conocimiento del Derecho**, páginas 225-242, Morelia, México, 2013, 262 páginas.

FONTELES, Deputado Federal Nazareno (PT-PI). **PEC nº33/2011 – PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº33/2011** – <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/876817.pdf>, acesso em 15/09/2014, 11:45.

FRANCOIS, Rénaud. **El Índice de Gobernanza Mundial**, *FnGM, Serie Cuadernos de Propuestas*, octubre, 2008, disponível no link http://www.world-governance.org/IMG/pdf_Indice_de_Gobernanza_Mundial.pdf, acesso em 10/09/2014, 21:08.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*, trad. Flávio Paulo Meurer e Enio Paulo Giachini, Ed. Vozes, 10ª edição, Petrópolis, 2008, 494 páginas.

GAJARDONI, Fernando Da Fonseca. *Flexibilização Procedimental – Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual*, Editora Atlas,

Coleção Atlas de Processo Civil, 1ª edição, Coordenação de Carlos Alberto Carmona, São Paulo, 2008, 249 páginas.

GOMES, Luiz Flávio; **DE OLIVEIRA MAZZUOLI**, Valério. *Direito Supraconstitucional – Do Absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista do Direito*, Coleção Direito e Ciências Afins, volume 5, Ed. Revista dos Tribunais, 1ª edição, páginas 141 a 144, São Paulo, 206 páginas.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Teoria Geral do Processo*, Malheiros Editores, 29ª edição, São Paulo, 2013, 398 páginas.

GODOY, Arnaldo Sampaio De Moraes. **Juiz japonês tem mandato temporário e impeachment**, artigo publicado na *Revista Conjur* em 17 de novembro de 2010, <http://www.conjur.com.br/2010-nov-17/constituicao-japonesa-preve-mandato-temporario-impeachment-juizes>

GUICHARD, Raul. **A Ideia de Um Sistema Móvel, em especial, no domínio da Responsabilidade Civil, Apresentação da tradução do texto de Walter Wilburg “Desenvolvimento de um Sistema Móvel no Direito Civil”** disponível no site da internet http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GuichardDesenvolvimento.pdf, acesso em 05/01/2015, 11h39min.

GURVITCH, Georges. *Sociology Of Law*, Introduction of **Alan Hunt**, New Brunswick, Transaction Publishers, 2001, 314 páginas.

HART, Herbert Lionel Adolphus. – *O conceito de direito*, trad. Antonio de Oliveira Sette-Câmara, Ed. Martins Fontes, 1ª edição, São Paulo, 2009, 399 páginas;

_____. **El positivismo y la independencia entre derecho y moral**, trad. do inglês por J. Sainz de los Terreros, *in La filosofia del derecho*, Ronald Dworkin (compilação), México, FCE, 1980, página 55;

_____. **Positivism and the separation of Law and Morals**, *Harvard Law Review*, vol 71, nº 4 (Feb., 1958) págs. 593-629.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Verdade, 1. A questão fundamental da filosofia, 2. Da essência da Verdade*, trad. Emmanuel Carneiro Leão e Renato Kirchner, Editora Universitária São Francisco/Editora Vozes, 1ª edição, Bragança Paulista/Petrópolis, 2007, 312 páginas;

_____. *Ser e Tempo, Parte II*, trad. Márcia Sá Cavalcanti Schuback, Editora Universitária São Francisco/Editora Vozes, 11ª edição,

Bragança Paulista/Petrópolis, 2004, 262 páginas.

_____. *Marcas do Caminho*, trad. Enio Paulo Giachini e Ernildo Stein, Ed. Vozes, 1ª edição, Petrópolis, 2008, 495 páginas.

_____. *Sobre a Questão do Pensamento*, trad. Ernildo Stein, Editora Vozes, 1ª edição, Petrópolis, RJ, 2009, 95 páginas.

HOBUSS, João. **Sobre a Mediedade em Aristóteles: Generalização e Circunstância**, artigo publicado na *Revista ethic@*, Florianópolis, v.3, n.1, p. 47-60, Junho, 2004, <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/14699>. Acesso em 10/09/2014, 16:08.

HOLLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque De. *Dicionário AURÉLIO da Língua Portuguesa*, Ed. Positivo, 5ª edição, Curitiba, 2010, verbete **entre**, página 807.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário HOUAISS da Língua Portuguesa*, Ed. Objetiva, 1ª edição, Rio de Janeiro, 2009, verbete **entre**, página 772.

HUME, David. *História Natural Da Religião*, trad. Jaimir Conte, Editora UNESP, 1ª edição, São Paulo, 2004, 158 páginas;

_____. *Uma Investigação sobre os princípios da Moral*, tradução José Oscar de Almeida Marques, Editora da Unicamp, São Paulo, 1995, págs. 35, 37 e 39.

_____. *O Tratado sobre a natureza humana, Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*, tradução de Déborah Danowski, Ed. Unesp, 2ª edição, São Paulo, 2009, 759 páginas.

HUSSERL, Edmund. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica*, trad. Márcio Suzuki, Editora Ideias & Letras, 2ª edição, Aparecida-SP, 2006, 383 páginas.

JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito. (Zweck im Recht)*, trad. de José Tavares Bastos, Ed. Martin Claret – Coleção: “A obra prima de cada autor”. São Paulo, 2002.

KANT, Immanuel. *Crítica della ragion pura*, tradução de Giovanni Gentile e Lombardo-Radice, Bari, 3ª. reimpressão da 2ª. edição, volume I, 1944, pág. 291.

_____. *Crítica da razão pura*, tradução de J. Rodrigues de Meringe, Editora Nova Fronteira/Editora Saraivadebolso, Rio de Janeiro, 2014, 232 páginas.

_____. *Crítica da Razão Prática*, trad. Afonso Bertagnoli, Editora

Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2013.

_____. *Doutrina do Direito*, trad. Edson Bini, Editora Ícone, 2ª edição, São Paulo, 1993.

KAUFMANN, Daniel; **KRAAY**, Aart; **MASTRUZZI**, Massimo. **GOVERNANCE MATTERS VIII - Indicadores De Governança Mundial** – site www.govindicators.org .- *Aggregate and Individual Governance Indicators 1996-2008*, The World Bank Development Research Group Macroeconomics Team, June, 2009, também disponível no link http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=718081, acesso em 10/09/2014, 20:51.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, Coleção Studium, Arménio Amado Editor, Sucessor, 3ª ed., Coimbra, 1974, 484 páginas.

LACAN, Jacques. *Seminários de Jacques Lacan*, <http://dave.pro/2010/09/28/seminarios-de-jacques-lacan-completos/> **Clase 17, Relación de objeto y relación intersubjetiva, 2 de junho de 1954**, http://alinkisforever.files.wordpress.com/2010/09/lacan_s1_c17.pdf, acesso em 09/09/2014, 17:35; *idem*, **Clase 19, Función creadora de la palabra, 16 de junho de 1954**, disponível para consulta no link http://alinkisforever.files.wordpress.com/2010/09/lacan_s1_c19.pdf, acesso em 09/09/2014, 18:45.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamago, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, Lisboa, 1997, 715 páginas.

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - Lei nº 1060/1950 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm, acesso em 10/09/2014, 22:53.

LEI DA FICHA LIMPA - LEI COMPLEMENTAR Nº 135, DE 04 DE JUNHO DE 2010, disponível no link http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm, acesso em 15/09/2014, 03:12.

LEI DA INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL NO BRASIL (LEI 11.419, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006) pode ser acessada no acesso à web www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm, acesso em 10/09/2014, 22:29.

LEMOS, André; **LÉVY**, Pierre. *O futuro da internet – Em direção a uma ciberdemocracia planetária*, Ed. Paulus, Coleção Comunicação 2ª edição, São

Paulo, 2010.

LENDA DA DOAÇÃO DE CONSTANTINO, acesso disponível no link <http://conhecereis-a-verdade.blogspot.com.br/2012/10/a-doacao-de-constantino-e-outras.html>, acessado em 19/01/2015, 23h32min.

LENDA DE LOTÁRIO E TRANSLATIO IMPERII, acesso disponível no link <http://pt.cyclopaedia.net/wiki/Translatio-imperii> acessado em 19/01/2015,

LÉVY, Pierre. *O Que É Virtual?*, tradução de Paulo Neves, editora 34, Coleção TRANS, 2ª edição, São Paulo, 2011.

_____. *Cibercultura*, tradução Carlos Irineu da Costa, editora 34, Coleção TRANS, 3ª edição, São Paulo, 2010.

_____. *A Inteligência Coletiva-Por uma antropologia do ciberespaço*, tradução de Luiz Paulo Rouanet, Edições Loyola 34, 7ª edição, São Paulo, 2011.

_____, *A Conexão Planetária - o mercado, o ciberespaço, a consciência*, tradução de Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler, editora 34, 1ª edição, São Paulo, 2001.

LENOBLE, Jacques; **OST**, François. *Droit, mythe et raison. Essai sur la derive mytho-logique de la rationalité juridique*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelas, 1980, pág. 137.

LEY DEL CÓDIGO DEL NIÑO Y DE LA NIÑA DE BOLÍVIA, 14 de octubre de 1999 <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-2026.xhtml>, acesso em 09/09/2014.

LEY DE DESLINDE JURISDICCIONAL - LEY 073, de 29 Diciembre, 2010 <http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=2769>, acesso em 09/09/2014.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da Decisão Judicial*, trad. Bruno Miragem, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição revista, São Paulo, 2011, página 124.

LOSANO, Mario G.. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, trad. Marcela Varejão, Martins Fontes Editora, 1ª edição, São Paulo, 2007, 676 páginas.

_____. *Sistema e Struttura nel Diritto*, Giuffré Editore, vol. I, II e III, Milão, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*. Tradução para o italiano de Albeto Febrajo e Reinhard Schmidt, Introdução à edição italiana de Alberto Febrajo, Bolonha, Società Editrice Il Mulino, 1990, 761 páginas.

LUMIER, Jacob. **A microssociologia na formação dos grupos sociais e seus efeitos sobre as estruturas sociais**, em releitura sobre a Sociologia de Georges Gurvitch no link <http://leiturasociologica.wordpress.com/a-microssociologia-na-formacao-dos-grupos-sociais-e-seus-efeitos-sobre-as-estruturassociais/>, acesso em 08/09/2014.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, tradução de Waldéa Barcellos, Ed. Martins Fontes, 1ª ed., São Paulo, 2006, 381 págs.

MACHADO NETO, Antonio Luiz. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, Editora Saraiva, São Paulo, 1988, 281 páginas.

MACLUHAN, Marshal. *Os Meios de Comunicação como Extensões do Homem*, disponível em http://pt.slideshare.net/sergio_victor/mcluhan-marshall-os-meios-de-comunicacao-como-extenses-do-homem, acesso em 10/09/2014, 03:21.

MANHÃES, Guilherme. **Signo, Significado e Significante**, artigo postado no Blogspot 'MeuAmor-MeuÓdio-Psicanálise' segunda-feira, 2 de novembro de 2009 09:34, disponível no link: <http://meuamor-meuodio.blogspot.com.br/2009/11/signo-significado-e-significante.html>, acesso em 09/09/2014, 17:23.

MARQUES, Luis Guilherme. **A justiça e o direito da Índia**, artigo no link <http://jus.com.br/artigos/4552/a-justica-e-o-direito-da-india/2>, acesso em 08/09/2014.

MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória*, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo, 2000, págs.55-76.

MARMOR, Andrei. *Direito e Interpretação*, trad. Luís Carlos Borges, 2000, Ed. Martins Fontes, 1ª edição, 2ª publicação, São Paulo, 2004, 694 páginas.

_____. - **Três conceitos de objetividade**, Cap.6, in *Direito e Interpretação*, org. ANDREI MARMOR et alii, trad. Luís Carlos Borges, Ed. Martins Fontes, 1ª edição, 2ª publicação, São Paulo, 2004, 694 páginas.

MARX, Karl; **ENGELS**, Friedrich. *A Ideologia Alemã*, versão eletrônica disponível in <http://www.jahr.org>, acesso em 08/09/2014;

_____; _____. *A Ideologia Alemã, versão em pdf em* http://www.histedbr.fae.unicamp.br/acer fontes/acer marx/tme_03.pdf, acesso em 08/09/2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Editora Forense,

19ª edição, Rio de Janeiro, 2008, 342 páginas.

MELO, Liana Holanda De. **Hermenêutica jurídica: a escola da exegese e o mito da neutralidade**, artigo disponível no link http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9031, acesso em 08/09/2014.

MENDES, Deputado Federal Lourival (PT do B - MA). **PEC nº 37/2011 - PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 37/2011 -** http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PEC+37/2011, acesso em 15/09/2014, 12:00.

MENDOZA RAMÍREZ, Julia T.. **O sistema jurídico da Índia**, artigo no link <http://sistemajuridicoindia.blogspot.com.br/> acesso em 08/09/2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, volume II, Ed. Coimbra, Coimbra, 1983, página 293.

MORIN, Edgar. *O Método 1, A natureza da Natureza*, trad. Ilana Heinberg, Editora Sulina, 2ª edição, Porto Alegre, 2005, 479 páginas.

_____. *Les septes savoir nécessaires a l'éducation du futur*, Paris, 2000, págs. 57 e segs.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Sobre Verdade e Mentira no sentido extra-moral*, trad. Fernando de Moraes e Barros, Editora Hedra, 1ª edição, São Paulo, 2008, 94 páginas.

_____. *Humano, Demasiado Humano – Um livro para espíritos livres*, trad. Paulo César de Souza, São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2ª edição, 4ª reimpressão, 2002, 348 páginas.

_____. *Visão Dionisiaca do Mundo*, trad. Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Maria Cristina dos Santos de Souza, Martins Fontes Editora, 1ª edição, São Paulo, 2005, 93 páginas.

NUNES, Benedito. *Heidegger, Ser e Tempo*, Jorge Zahar Editores, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2002, 55 páginas.

ORDENAÇÕES PORTUGUESAS AFONSINAS, MANUELINAS E FILIPINAS, disponíveis no link <http://cadernoconciso.blogspot.com.br/2010/03/ordenacoes-afonsinas-manuelinas-e.html>, acesso em 08/09/2014.

PECZENIK, Aleksander. **Kinds of theory of legal argumentation**, *Scientia Juris. Treatise in Philosophy of Law*, Vol. 4. 2004. Dordrecht: Kluwer, disponível também em <http://peczenik.ivr2003.net/documents/draft2005.pdf>

_____. **A Coherence Theory of Juristic Knowledge**, in <http://upecen.edu.pe/ebooks/Derecho/Teor%C3%ADa%20del%20Derecho/A%20Coherence%20Theory%20of%20Juristic%20Knowledge%20%28and%20other%20paper%29.%20Aleksander%20Peczenik.pdf> acesso em 08/09/2014.

_____. **Second Thoughts on Coherence and Juristic Knowledge**, in http://peczenik.ivr2003.net/documents/2_papers.pdf acesso em 08/09/2014.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, tradução de Maria Ermantina Almeida Prado Galvão, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002, páginas 157-158.

_____. *Retóricas*, tradução de Maria Ermantina dfe Almeida Prado Galvão, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2004, 415 páginas.

_____. *Lógica Jurídica*, tradução Vergínia K. Pupi, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2004, 259 páginas.

PERELMAN, Chaïm; **OLBRECHTS-TYTECA**, Lucie. *Tratado da argumentação - A nova retórica*, tradução de Maria Ermantina de Almeida Parado Galvão, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, 653 páginas.

PÉREZ JARABA, Maria Dolores. **Principios y Reglas: Examen del Debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart**, in *Revista de Estudios Jurídicos* , nº 10/2010 (Segunda Época) Universidad de Jaén, España.

PINTO, Carlos Newton. **O Raciocínio lusinterativo para uma Decisão Judicial Justa. Notas e questionamentos sobre caso concreto e exemplos determinantes da aplicabilidade e materialidade de valores a decisões judiciais justas pela interação de dimensões culturais e vetores naturais**, trabalho apresentado no III Congresso Internacional em “Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Psicología Y Educación en un Mundo Global”, na Cidade de Morelia, de 22 a 25 de novembro de 2011, no Estado de Michoacán, México, organizado pela Universidad del País Vasco e pela Universidad Michoacana San Nicolás de Hidalgo. Texto disponível no link http://www.trt21.jus.br/EJ/RevistaTRT21/2012/RevistaTRT21_2012.pdf, acesso 04/10/2014, às 12:58.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Sistemi Giuridici Comparati*, Ed. Giuffré, 1998, Milão, 411 páginas.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El Derecho Penal entre el*

cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, páginas 253 e seguintes.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; **POMARES CINTAS**, Ester, artigo **Derecho Penal Intercultural y el Sistema de Justicia Comunitária**, direção de Bernal del Castillo, no livro *Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Ed. Atelier, Barcelona, 2014, págs.. 231-252, apresentado para estudo de casos no Curso de Mestrado da Universidad del País Vasco, módulo pedagógico-científico de Direito Penal Intercultural”, de 13 a 20 de janeiro de 2014, Cidade do Natal, Estado do Rio Grande do Norte, Brasil.

POZZOLI, Lafayette. *Direito Comunitário Europeu – Uma Perspectiva para a América Latina*, Editora Método, 1ª edição, São Paulo, 2003, 223 páginas.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, 2 vols., trad. Prof. L. Cabral de Moncada, Arménio Amado, Editor, Sucessor, 4ª edição, Coimbra, 1961, volume 1, 302 páginas.

RANGEL JUNIOR, Hamilton. *Princípio da moralidade institucional, conceito, controle e aplicabilidade na Constituição Federal de 1988*, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001, página 26.

_____. **Constituição: Um Suficiente Código de Ética – Teoria e Prática**. http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-349-Hamilton_Rangel_Junior.pdf, acesso em 12/09/2014, 20:42.

RATTO CAVALHEIRO, Rodrigo Da Costa. **A Vida e a Obra de Teixeira de Freitas**, artigo publicado e disponível no link https://www.google.com.br/search?q=teixeira+de+freitas+jurista&ie=utf-8&oe=utf-8&aq=t&rls=org.mozilla:pt-BR:official&client=firefox-a&channel=sb&qfe_rd=cr&ei=CTwnVKXJI6Wj8wevIID4CQ, acesso em 27/09/2014, 19:54.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*, trad. Luis Carlos Borges, Martins Fontes Editora, 1ª edição, São Paulo, 2001, 259 páginas.

_____. *Uma Teoria da Justiça*, trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves, Martins Fontes Editora, 1ª edição, São Paulo, 1997, 708 páginas.

RAZ, Joseph. **Interpretação sem restabelecimento**, Cap. 5 – in “*Direito e Interpretação*”, org. **ANDREI MARMOR et alii**, trad. Luís Carlos Borges, Ed. Martins Fontes, 1ª edição, 2000, 2ª publicação, São Paulo, 2004, 694 páginas.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, Ed. Saraiva, 20ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, 2002, 749 páginas;

_____. *Verdade e Conjetura*, Ed. Nova Fronteira, 3ª edição, Rio de Janeiro, 2001, 181 páginas;

_____. *Filosofia e Teoria Política - Ensaio*, Ed. Saraiva, 1ª edição, São Paulo, 2003, 127 páginas;

_____. *Teoria Geral do Estado*, Livraria Martins Editora, 1ª edição, São Paulo, 1940 (ed. esgotada), 329 páginas;

_____. *O Direito como Experiência*, Ed. Saraiva, 1ª edição, São Paulo, 1968, 294 páginas.

_____. *Lições Preliminares do Direito*, Ed. Saraiva, 27ª edição, 12ª tiragem, São Paulo, 2014, 389, páginas.

_____. **A Classe Política**, artigo publicado no seu site www.miguelreale.com.br, no qual se encontram diversos artigos de sua lavra.

RICOUER, Paul. *Na Escola da Fenomenologia*, tradução de Ephraim Ferreira Alves, Ed. Vozes, Petrópolis, Brasil, 2009, 358 páginas.

ROBERTS, John Morris (J. M.). *Breve História do Mundo*, tradução de Maria José de la Fuente, vol. I, Editorial Presença, Lisboa, 1996, págs. 33-38.

ROMERO, Silvio. *Ensaio de Filosofia do Direito*, Editora Landy, São Paulo, 2001, 320 páginas.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*, trad. de Rolando Roque da Silva, Editora Ridendo Castigat Mores, edição eletrônica obtida no site www.jahr.org e disponível no link de domínio público <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>, acesso em 03/10/2014, às 17:46

_____. *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*, trad. Maria Ermantina Galvão, Martins Fontes Editora, 3ª edição, São Paulo, 2005, 330 páginas.

SEÑAS, *Diccionario para la Enseñanza de la Lengua Española para Brasileños*. Elaborado pelo Departamento de Filologia da Universidad de Alcalá de Henares, Espanha, edição brasileira preparada por Cláudia Berliner, Eduardo Brandão e Monica Stahel, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2008, 1510 páginas.

SOUTO, Cláudio; **SOUTO**, Solange. *Sociologia do Direito: uma visão*

substantiva. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2003.

SOUSA SANTOS, Boaventura De. *Um Discurso Sobre as Ciências*, Ed. Afrontamento, 13ª edição, Porto, 2002, 59 páginas. lançado em julho de 1987.

_____. *Pela Mão de Alice*, Cortez Editora, 9ª edição, São Paulo, 2003, 348 páginas.

_____. *A Gramática do Tempo, Por Uma Nova Cultura Política*, volume 4, Cortez Editora, 1ª edição, São Paulo, 2006, 511 páginas.

_____. *Para Uma Revolução Democrática da Justiça*, Cortez Editora, 3ª edição, São Paulo, 2011, 135 páginas.

STEIN, Peter. *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, 1ª edição em 1999, 7ª impressão em 2003, Cambridge, Reino Unido, 137 páginas.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF-BRASIL - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 – DF (Distrito Federal – Acórdão de 04/05/2011 – Plenário - ADI 4277-DF – disponível na internet por meio do link <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872> acesso em 08/09/2014.

TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad, El juez y la construcción de los hechos*, tradução do italiano para o espanhol de Daniel Accatino Scagliotti, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Colección Filosofía y Derecho, organizadores José Juan Moreso e Jordi Ferrer Beltrán, 2010, 299 páginas.

TAVARES PEREIRA, Sebastião. **Processo eletrônico, Extraoperabilidade e máxima automação: da imagem para o dado e a inteligência no processo**, artigo-síntese de conferência ministrada por S. Tavares Pereira, no evento “O processo eletrônico e as novas tecnologias” durante o Encontro das Escolas das Associações de Magistrados Trabalhistas do Sul - AMATRAS – 2009, Florianópolis, Estado de Santa Catarina, Brasil, de 26 a 29 de março de 2009, promovido pela Escola Judicial e de Administração Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região e pela Amatra XII.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE-BRASIL - Normativas sobre Infidelidade Partidária disponível no link <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-df-informativo-tematico-tema-8-infidelidade-partidaria>, acesso em 10/09/2014, 16:36.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE-BRASIL. – Resolução TSE nº 22.610/2007 sobre infidelidade partidária, disponível no link <http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-res-22610-2007/view>, acesso em 10/09/2014, 16:40.

UNIVERSIDADE AL AZHAR, primeira universidade do planeta, informações disponíveis no link <http://mundoestranho.abril.com.br/materia/onde-e-quando-surgiu-a-primeira-universidade> acesso em 08/09/2014; *idem*, disponíveis no link <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/85372-universidade-al-azhar.shtml> acesso em 08/09/2014.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, Editora Noeses, 4ª edição, São Paulo, 2010, 300 páginas.

VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, trad. Claudia Berliner, Martins Fontes Editora, 1ª edição, São Paulo, 2005, 755 páginas.

WALDRON, Jeremy. - **As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional**, Cap. 9, in “*Direito e Interpretação*”, org. ANDREI MARMOR *et alii*, tradução de Luís Carlos Borges, Ed. Martins Fontes, 1ª edição-2000, 2ª publicação, São Paulo, 2004, 694 páginas.

WIGMORE, John H. *A Panorama of World’s Legal Systems*, Zest Publishing Company, 1st edition, Saint Paul, 1928, 1.146 páginas.

ZEBRAL FILHO, Silverio. **Indicadores Globales de Gobernanza del Banco Mundial**, IPPM, *Texto 2-2013*, Graduate School of Political Management-OEA. Para acessar o texto, vide o link https://www.academia.edu/4988938/GOBERNANZA_DE_LAS_POLITICAS_PUBLICAS_Gestion_Politica_para_la_Gobernabilidad_Democratica. Acesso em 10/09/2014, 21:01.

ZIEMBINSKI, Zygmunt. **Analogia legis et interprétation extensive**, em *La logique juridique. Travaux du Ile. Colloque de Philosophie du Droit Comparé*, Paris, 1967, página 248 e seguintes.