

A LINGUAGEM DEONTOLÓGICA DOS VALORES E DAS NORMAS JURÍDICAS EM FACE DA HODIERNA LINGUAGEM CONSEQUENCIALISTA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Hudson Palhano de Oliveira Galvão*

Resumo: O presente artigo trata de aspectos da linguagem deontológica dos valores e das normas jurídicas, que segundo o culturalismo jurídico possuem relação direta, uma vez que integram o fenômeno jurídico junto aos fatos, e conjuntamente portanto são objeto de estudo da ciência do Direito, que por sua vez também se expressa através de linguagem. Observa ainda que os enunciados da ciência do Direito devem ser submetidos aos testes de verificabilidade, e processos de depuração realizados pelo jurista em busca de conhecimentos cada vez mais corretos e confiáveis, o que necessariamente ocorrerá pela aplicação de princípios lógicos, que da mesma forma também se expressam através da linguagem, aos enunciados científicos alcançados. Ademais, considerando que as decisões judiciais devem ser proferidas nos limites impostos pelas normas constitucionais para pacificar os conflitos sociais, e que tais decisões possuem em sua estrutura uma argumentação que também se constitui através da linguagem, constata-se de modo inequívoco a importância desta para os juristas, sejam teóricos ou práticos, mas também para

* Doutorando em Direito, com Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas, pela FDUL - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela UFRN - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduado em Direito pela UFRN. Diplomado na ESG - Escola Superior de Guerra. Presidente da ADFAS - Associação de Direito de Família e das Sucessões no RN. Professor do Curso de Direito da UFERSA - Universidade Federal Rural do Semi - Árido, dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UNP - Universidade Potiguar *Laureate International Universities* e do Curso de Especialização em Direito Administrativo da UFRN. Advogado.

todo e qualquer cidadão que vive em um Estado democrático de Direito, e que deseja preservar sua liberdade e o regime político que a garante, sobretudo em face de certas novidades institucionais apontadas neste trabalho.

Palavras-Chave: Linguagem Deontológica dos valores e normas jurídicas; Culturalismo Jurídico; Interpretação dos princípios normativos; Linguagem Consequencialista; Ativismo Judicial e déficit de legitimidade democrática.

DEONTOLOGICAL LANGUAGE OF VALOUES AND JURIDICAL NORMS IN VIEW OF CONSEQUENCIALIST LANGUAGE FROM NOWADAYS JUDICIAL DECISIONS

Abstract: This article is about deontological language of values and juridical norms, that according culturalism as philosophical current has strong relationship, because it is together with social facts on juridical phenomenon, been therefor the object of Science of Law, that for its turn also exist through the language. In addition, observes that enouncements proclaimed by science of law must be tested for logical principles, and in the same way, these principles also only exist through the language. So, considering that judicial decision's validity is structured by language, and any transformation in use of language might change the law, with hard consequences for limits of powers of State, specially Judiciary Power, liberty of citizens, defense of values protected by the constitution, and last not least, keeping of political regime that preserve everything, the article conclude that pay attention and study the question of language is some really important. Finally observe that juridical language is nowadays important not just for the jurists, but is something extremely relevant for each citizen that care about freedom and democracy.

Keywords: Deontological language of values and juridical

norms; Juridical Culturalism; Normative principles interpretation; Consequentialist Language; Judicial activism and deficit of democratic legitimacy.

Sumário: 1 Introdução. 2 A Linguagem Deontologica dos Valores. 3 A Linguagem Deontológica do Direito Segundo o Culturalismo Jurídico. 4 Ativismo Judicial e Argumentação Consequencialista. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

“A questão sobre o que é a argumentação jurídica racional não é um problema que interessa apenas aos teóricos ou filósofos do Direito. Ela se apresenta com a mesma urgência ao jurista prático e interessa a todo cidadão que seja ativo na arena pública.” (Robert Alexy)



Desde os primórdios da história humana, os códigos de conduta sempre foram essenciais para disciplinar os comportamentos das pessoas, e assim viabilizar o convívio nas mais diversas sociedades. Tais códigos regiam as relações entre os indivíduos em sua vida privada, enquanto pais, filhos, proprietários de bens, vizinhos, empregadores, comerciantes, empregados, prestadores de serviços, fiéis religiosos, membros de associações, etc., mas também determinavam como estes indivíduos se relacionavam com o Estado, ou seja, com o poder ou autoridade pública, que exercia suas competências, e ainda as exerce, através de órgãos públicos, estruturas personalizadas e sobretudo agentes públicos.

É preciso registrar que os mencionados códigos de conduta humana se expressavam e até hoje se expressam através de linguagem, podendo esta ser compreendida como o *veículo pelo qual o ser humano exterioriza o conhecimento intelectual*, tal como era conceituada por St. Tomás de Aquino, conforme

observado por Ivanaldo Santos.¹

Deste modo, ao transportar uma determinada mensagem, o veículo linguagem deve ter sua estrutura construída de maneira correta, além disso deve ser portador de um conteúdo verdadeiro, viável ou que faça sentido, e ainda sendo capaz de persuadir o destinatário, razão pela qual, para juristas e cidadãos de maneira geral, se faz tão importante o estudo do Trivium, ou seja, da gramática, da lógica e da retórica, daqueles portanto que foram definidos por Pedro Abelardo como *os três componentes da ciência da linguagem*², e que somados ao estudo do Quadri-vium, ou seja, da geometria, da aritmética, da música e da astronomia, enquanto os quatro componentes da ciência da matéria, integravam as chamadas Sete Artes Liberais, concebidas como de suma importância para a elevação do espírito humano que pretendia conhecer, tornar-se erudito.

O estudo das Sete Artes Liberais, que se iniciava precisamente com os estudos concernentes aos três componentes da ciência da linguagem, era condição indispensável para aqueles que pretendiam cursar os estudos superiores nas universidades medievais, chegando Honório de Autun (1080-1154) a exaltar tais estudos de maneira contundente ao afirmar que *o exílio do homem é a ignorância, sua pátria a ciência, e a esta pátria chega-se através das artes liberais, que são igualmente cidadestapas*.³

Vale lembrar que os códigos de conduta se expressam em linguagem deontológica ou deôntica, ou seja, reúnem prescrições geralmente escritas que proclamam o *dever-se* das condutas, trata-se portanto de conjuntos ou sistemas de normas que

¹ SANTOS, Ivanaldo. *O Problema da Linguagem em Tomás de Aquino*. In: *Linguagem e Epistemologia em Tomás de Aquino*. João Pessoa: Ideia, 2011. Pág. 60.

² JOSEPH, Irmã Miriam. *O Trivium, as Artes Liberais da Lógica, da Gramática e da Retórica: Entendendo a Natureza e a Função da Linguagem*. São Paulo: É Realizações, 2008. Pág. 15.

³ LE GOFF, Jacques. *Os Intelectuais na Idade Média*. Rio de Janeiro: J.O. Edições, 2003. Pág. 84.

proíbem, permitem ou obrigam determinados comportamentos humanos, estabelecendo sanções para os transgressores de tais prescrições, e em alguns casos prêmios para aqueles que espontaneamente e com distinção cumprem as normas daqueles códigos, uma vez que tais normas devem ser aceitas, cumpridas, respeitadas e defendidas por todos.

Ademais, dentre estes códigos de conduta humana mencionados não estão relacionados apenas os códigos que reúnem as normas jurídicas, ou seja, aqueles mandamentos que emanam do Estado e são portanto dotados de coercibilidade estatal, pois nesta seara também estão inseridos os códigos que reúnem normas morais, normas religiosas, e até mesmo as normas de etiqueta, ou seja, trata-se de todo o arcabouço normativo capaz de disciplinar o comportamento das pessoas, no intuito de assim viabilizar uma convivência civilizada entre os mais diversos e diferentes indivíduos, e conseqüentemente possibilitar a edificação da sociedade a qual eles pertencem, na medida em que a convivência harmoniosa permite o aperfeiçoamento institucional dos poderes e serviços públicos, o desenvolvimento científico e tecnológico nos centros de pesquisa, o dinamismo do comércio, da indústria, dos serviços privados, etc.

Cumpra ressaltar que tais códigos de conduta, ao se expressarem em linguagem deontológica, não proclamam suas normas apenas para que as pessoas se comportem conforme suas prescrições, há certamente um escopo maior, pois eles encartam sobretudo a intenção de que os destinatários das normas que proclamam tenham, e uma vez não tendo adquiram, discernimento sobre o que é certo ou errado nos termos dessas próprias normas, podendo destarte cada um orientar o seu próprio comportamento, bem como ter legítimas expectativas e até certa previsibilidade sobre o comportamento dos outros com os quais vai se relacionar no seio da sociedade.

Em suma, o escopo dos mais variados códigos de conduta humana é que as pessoas saibam o que é lícito ou ilícito aos

olhos das normas jurídicas, o que é moral ou imoral aos olhos das normas éticas, o que é virtuoso ou pecaminoso aos olhos das normas da religião, o que é belo ou feio aos olhos das normas estéticas, ou ainda o que é fineza ou grosseria aos olhos das normas de polidez. Trata-se de um verdadeiro e imprescindível elemento civilizacional, sem o qual nenhuma sociedade poderia existir nem tampouco se desenvolver.

Adiante serão analisados aspectos da linguagem deontológica dos valores e das normas jurídicas, que segundo o culturalismo jurídico possuem relação direta, uma vez que integram o fenômeno jurídico juntamente com os fatos, e conjuntamente são portanto objeto de estudo da ciência jurídica, que também se expressa através de linguagem, e tem suas prescrições submetidas aos princípios da lógica, que por vez também se expressam através da linguagem.

Ora, considerando que as decisões judiciais, ou seja, as sentenças dos juízes e os acórdãos dos tribunais, que emanam do Poder Judiciário para que o Direito seja aplicado aos mais diversos casos litigiosos que surgem no seio social, e assim os conflitos sejam pacificados, também se constituem através da linguagem, constata-se de modo inequívoco a importância desta para os juristas, sejam teóricos ou práticos, mas também para todo e qualquer cidadão que vive em um Estado democrático de Direito, e deseja preservar a sua liberdade e o regime político que a garante, sobretudo em face de certas “novidades” institucionais, analisadas adiante com exemplos e maiores detalhes.

2 A LINGUAGEM DEONTOLÓGICA DOS VALORES

Em rigor, por vias diferentes, e portanto com sanções diferentes, ao longo da história os códigos de conduta protegeram e ainda hoje protegem valores, sendo estes concebidos como *uma intencionalidade historicamente objetivada no processo da cultura, implicando sempre o sentido vetorial de uma ação*

*possível*⁴, ou seja, os valores são convicções viscerais dos seres humanos sobre a sua própria natureza, bem como sobre a sua missão sobre a terra, sobre suas prerrogativas e obrigações ao se relacionarem uns com os outros, com os bens materiais e imateriais indispensáveis à vida, com as autoridades, e até mesmo com a divindade. Em suma, o valor é aquilo que conforma e identifica o espírito humano, ou sua “*Anima*”, para utilizar a expressão grega.

Os valores sempre levaram o ser humano a agir, e a realizar atos extraordinários que qualquer análise de cunho meramente pragmática ou linha de ação movida apenas pela ambição desaconselharia, contudo, em movimento contrário a tais inclinações que também estão presentes na alma humana, o ser humano agiu para efetivar valores, ou mesmo para protegê-los quando violados, ou na iminência de o serem.

É importante notar que a objetividade dos valores é de natureza histórica, visto serem projeções de um valor-fonte que é a pessoa humana, e por ser o homem um ser originário e radicalmente histórico⁵, percebe-se que ao longo de sua existência o homem sempre se dedicou a proteger os valores que lhe inspirava a ação através da linguagem deontológica dos códigos de conduta, se dedicando inclusive a um obstinado empenho de conhecer cada vez mais, bem como lecionar e difundir ao máximo o conhecimento sobre aquelas normas que protegiam tais tesouros inestimáveis, quais sejam, os valores humanos.

Isto também se evidencia pela fundação das Universidades de Bolonha, Paris, Oxford e Cambridge, inicialmente formadas com apenas três faculdades: teologia, Direito e medicina. A primeira para estudar a linguagem deontológica de Deus, a segunda para estudar a linguagem deontológica dos homens que vivem em sociedade ou sob a égide de um Estado, e a terceira

⁴ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. Pág. 94.

⁵ *Ibidem*, Pág. 93

para estudar a linguagem deontológica dos tratamentos de saúde, ou seja, cada uma com suas respectivas prescrições normativas⁶.

Ressalte-se por oportuno que a preparação exigida para os estudos universitários superiores da teologia, do Direito e da medicina, consistia nos estudos das Sete Artes Liberais, alhures mencionadas, e que estas por sua vez iniciavam-se pelo Trivium, ou seja, pelos estudo dos três elementos da linguagem.

No que se refere precisamente à realidade dos estudos de Direito, esta conjuntura medieval leva a incontornável conclusão de que na origem das universidades, os estudos da linguagem, especialmente de gramática, retórica e lógica, eram condição indispensável para aqueles que pretendiam realizar estudos jurídicos superiores, e isto assegurava uma utilização adequada da linguagem, que certamente foi capaz de proporcionar um notável comportamento acadêmico e também profissional extramuros universitários, viabilizando destarte um saudável ambiente de reflexão jurídica, no qual obras de valor inestimável foram produzidas e estudadas, o que talvez retrate uma conjuntura um tanto quanto distante da atual.

Destarte, no empenho permanente de conhecer e difundir este conhecimento sobre as normas que protegiam os valores humanos, os homens utilizaram-se do discurso de natureza científica e doutrinária, como se percebe nas obras de jurisconsultos e pensadores antigos e medievais como Tucídides⁷, Xenofonte⁸, Platão⁹, Aristóteles¹⁰,

⁶ WOODS JR., Thomas. *Como a Igreja Católica Construiu a Civilização Ocidental*. São Paulo: Quadrante, 2008. Pág. 51.

⁷ TUCÍDIDES. *História da Guerra do Peloponeso*. Livro II, 34-35. Pág. 88.

⁸ XENOFONTE. *Constitución de Atenas*, in *Constituciones Políticas Griegas*. Madrid: Alianza Editorial, 2007. Pág. 183

⁹ PLATÃO. *As Leis*. 875ª. Pág. 471.

¹⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2003. Pág. 9.

Sêneca¹¹, Cícero¹², Santo Isidoro de Sevilha¹³, Bartolomeu de Las Casas¹⁴ e Suarez¹⁵, mas valeram-se também do discurso artístico e literário, como se percebe nas obras de Sófocles, Camões, Shakespeare, Goethe, Dante, Cervantes e Machado de Assis, chegando-se ao ponto de Johann Gottfried Herder criar o conceito de *Literatura Nacional* como a expressão mais completa da evolução espiritual de uma nação¹⁶, ou seja, como aquela que melhor refletia os valores partilhados e vividos por aquele povo.

Por sua coercitividade estatal, atributo do qual os outros códigos de conduta são desprovidos, o Direito passou a ter uma relevância cada vez maior na conformação das sociedades ao longo da história, e este fenômeno evidencia-se pela autoconsciência acerca da titularização de direitos subjetivos e contração de obrigações, bem como pela busca de conhecimento jurídico, que os mais diversos indivíduos e entidades, públicas e privadas, desenvolveram com o passar do tempo.

Invariavelmente, ao se buscar conhecer o Direito, ou seja, ao se tomar o Direito enquanto um objeto de pesquisa, que pode portanto ser estudado e conhecido, o estudioso que pretende adquirir conhecimento sobre o Direito, ou até contribuir para o desenvolvimento da ciência jurídica, depara-se com a questão da linguagem, pois diferentemente do que ocorre no âmbito de outras ciências, que encontram seus respectivos objetos de estudo como dados da natureza, o objeto da ciência jurídica, qual seja, o Direito, só existe através da linguagem¹⁷.

¹¹ SÉNECA. *Da Brevidade da Vida*. Caravelos: Coisa de Ler Edições, 2005. Pag. 57. E *De la Clemencia*, in *Tratados Morales*. Madrid: Colección Austral, 2005. Pág. 208

¹² CÍCERO. *De Legibus*, Liv. I, 16.; *De Republica*, Liv. I, 1. E *De Officiis*, Liv. II, 73.

¹³ SANTO ISIDORO DE SEVILHA. *Etimologías*, V, 21. Pág. 507.

¹⁴ DE LAS CASAS, Bartolomeu. *De Regia Potestate*, I, 1, e 2. E *Condenación de Las Encomiendas*. Pag. 127.

¹⁵ SUÁREZ, Francisco. *De Legibus – De Iure Gentium*, II, 19, 5.

¹⁶ CARPEAUX. Otto Maria. *História da Literatura Ocidental*. V. 1. São Paulo: Leya, 2012. Pág. 11.

¹⁷ A Biologia por exemplo é uma ciência que tem a vida como objeto de estudo. Deste

É preciso observar que o próprio conceito de Direito já é algo extremamente controvertido, e que desde a antiguidade, passando pela Idade Média, pela Idade Moderna, e chegando aos dias atuais, dá ensejo a grandes celeumas e infundáveis divergências, razão pela qual a linguagem ganha ainda mais importância no âmbito da ciência do Direito, pois trata-se de uma ciência que assim como as demais se expressa através de linguagem, mas que diferentemente da maior parte das outras ciências tem o seu objeto de estudo também materializado em linguagem, afinal, tanto em sua dimensão axiológica quanto normativa¹⁸, o Direito se apresenta através da linguagem.

Ademais, é preciso registrar que os princípios lógicos, como o princípio da não-contradição, princípio de identidade e princípio de terceiro excluído, também adquirem existência através da linguagem, e quando estes princípios incidem sobre as proposições apofânticas, ou seja, sobre os juízos descritivos expressos através da linguagem, que conformam a ciência dogmática do Direito, para realizar a depuração crítica de tais proposições e levá-las a patamares superiores de confiabilidade, está-se diante de uma linguagem formalizadora, de sobrenível, ou seja, de princípios formulados e aplicados em nível de metalinguagem¹⁹.

E ainda considerando que as normas jurídicas propriamente ditas, presentes na constituição, nas leis e nos atos administrativos adquirem existência através da linguagem, e que a ciência do Direito tendo estas normas como seu objeto de estudo,

modo, tem-se a vida enquanto um dado da natureza, e tem-se a ciência que estuda a vida, ou seja, a Biologia, se expressando através de linguagem. O mesmo ocorre com a física enquanto a ciência que tem a matéria como seu objeto de estudo. A ciência se expressa através de linguagem, enquanto o seu objeto de estudo é um dado da natureza.

¹⁸ E aqui utiliza-se a expressão “normativa” para se referir às normas formalmente editadas pelo Estado, ou seja, trata-se das normas constitucionais, legais e administrativas.

¹⁹ VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2005. Pág. 184.

mas também se expressando através da linguagem gera uma situação de metalinguagem, conclui-se que ao se aplicar os princípios lógicos mencionados, que se expressam por meio da linguagem, sobre os juízos apofânticos da ciência do Direito, que também se expressam através da linguagem, e que este remetem às prescrições deontológicas das normas jurídicas, que por sua vez também se expressam através de linguagem, está-se diante de uma situação de metalinguagem de metalinguagem.

Deste modo, em se tratando de Direito e de Ciência do Direito a divergência é sempre uma constante, e uma vez alterando-se a natureza do objeto, ou seja, alterando-se o conceito de Direito, imediatamente também serão modificados os métodos e princípios hermenêuticos, que são os instrumentos de interpretação, e as respectivas consequências práticas, ou seja, a aplicabilidade do Direito aos conflitos que surgem no seio social, bem como ao funcionamento das instituições públicas por meio das quais são exercidos os poderes do Estado.

Ressalte-se por oportuno que apesar das diversas e substanciais divergências concernentes ao conceito de Direito, é preciso registrar a constância da dimensão, do caráter ou da natureza normativa inerente a este, que as mais variadas correntes do pensamento jus-filosófico observaram, seja ressaltando tal dimensão normativa em perspectiva otimista, entusiasta, ou depreciativa, pessimista, mas nunca sustentando sua inexistência.

Então, nos primórdios da Idade Antiga e Medieval o Direito foi visto como sinônimo de *valor*, e sendo este presente na natureza do homem, como um verdadeiro dado do mundo empírico que estabelecia o que era devido e o que era indevido, tal qual ocorre com os objetos de outras ciências como a física e a biologia, cabia destarte ao jurista observar o Direito tal qual ele se apresentava na realidade. Deste modo, os jurisconsultos antigos e medievais precisavam descrever o Direito através da linguagem, escrita ou falada, elucidando portanto como eram as normas que estavam a disciplinar a vida em sociedade. Este era

o conceito de Direito defendido pelas correntes jusnaturalistas antigas e medievais, que encontrava em Cícero, Gaio e Santo Tomás de Aquino, alguns de seus principais expoentes²⁰.

Posteriormente, o Direito foi conceituado como *fato* social, ou seja, como algo criado pelos homens, nomeadamente os membros dos estratos mais elevados e dirigentes da sociedade, no intuito de conter aspirações insurgentes de grupos ou indivíduos que pudessem ameaçar a ordem social conquistada²¹. Todavia, mesmo nesta perspectiva sociológica do Direito percebe-se seu caráter normativo expresso em linguagem, pois ainda que fosse o Direito conceituado neste prisma, servindo deste modo apenas como um instrumento de controle social por um lado, e também como instrumento oficial de manutenção de poder por outro, isto ocorria precisamente pela proibição, obrigação e permissão de determinadas condutas humanas no seio da sociedade.

Em momento posterior, e curiosamente também partindo da premissa de que o Direito era meramente fruto da criação humana, tal qual fora feito pelos adeptos da concepção sociológica de Direito, só que agora de maneira otimista, ocorre o advento do chamado *positivismo jurídico*, com Hans Kelsen, para o qual o Direito nada mais é do que *norma jurídica*, ou melhor, trata-se de um *sistema de normas jurídicas* organizado de maneira hierarquizada, piramidal e escalonada, que em caminho ascendente parte dos atos administrativos enquanto espécies de normas jurídicas de menor grau hierárquico, e passando pelas leis chega até a Constituição, enquanto norma jurídica de mais elevado nível, e sendo esta o vértice superior da pirâmide normativa que emana do Poder Público do Estado para disciplinar a vida em sociedade.

É na esteira deste pensamento positivista que se tenta afirmar a cientificidade da ciência do Direito, uma vez que esta

²⁰ AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. V.6. 2ª Edição. São Paulo: Edições Loyola, 2012. Pag. 50-51

²¹ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. 2ª Edição. São Paulo: Martin Claret, 2000. Pág. 56

tem o Direito, ou seja, o sistema de normas jurídicas como seu objeto de estudo²², e deste modo pode conhecer este objeto através de rigoroso método de análise, bem como descrevê-lo de maneira racional e submeter os entendimentos adquiridos aos testes de verificabilidade decorrentes da lógica, podendo por fim o jurista proferir diagnósticos muito bem fundamentados, e com boa dose de previsibilidade, sobre situações jurídicas levadas à sua apreciação.

Por sua objetividade, clareza conceitual e proposta de rigor metodológico para se estudar e desenvolver a ciência do Direito, o positivismo jurídico logo ganhou muitos adeptos, e de certa forma até hoje ele norteia o pensamento de juristas teóricos, mas sobretudo orienta a atuação dos profissionais da prática jurídica, como juízes, advogados, promotores, delegados de polícia, etc.²³

Ocorre que por conceber o Direito apenas como norma jurídica, ou seja, como uma prescrição expressa através de linguagem, que emana do Estado para disciplinar a vida em sociedade, de maneira que apenas este seria o objeto de estudo da ciência do Direito, ou seja, considerando que os valores ou as normas morais, religiosas, consuetudinárias, etc., por não emanarem do poder público e deste modo não poderem receber o qualificativo de *jurídicas*, uma vez estas normas não dão ensejo à aplicação de uma sanção estatal caso elas venham a ser violadas, e que portanto elas não devem sequer ser consideradas como uma parte ou dimensão do Direito, nem tampouco devem ser estudadas pela ciência do Direito, este pensamento acabou sendo mal empregado e dando causa a ascensão de regimes políticos

²² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Pag. 79.

²³Ao proclamar a possibilidade e necessidade do STF – Supremo Tribunal Federal realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos, para não mencionar o controle difuso e concreto realizado por todo o Poder Judiciário, a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu Art. 102, prestou de certa forma uma homenagem ao pensamento positivista de Kelsen, sobretudo no que se refere à estrutura e hierarquia das normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

totalitários, que em suas leis permitiam formalmente a realização das mais diversas atrocidades contra o ser humano vivo e concreto, ou seja, justamente contra aquele que é o ponto de partida e de chegada para todo e qualquer ordenamento jurídico, ou ainda, que é a razão da existência do Direito²⁴.

Cumprе ressaltar que após a II Guerra Mundial, quando o Tribunal de Nuremberg foi constituído para julgar os agentes nazistas pelos crimes contra a humanidade que lhes eram imputados, a argumentação jurídica de defesa dos Réus apresentou uma linha de pensamento meramente positivista, ou seja, que considerava o Direito apenas e tão somente como a norma jurídica editada pelo Estado, e que em assim sendo não admitia a hipótese que os réus fossem condenados, afinal de contas eles tinham apenas cumprido as leis daquele regime totalitário, ou seja, tinham agido em conformidade com o Direito posto.

No entanto, eles foram condenados, sendo a jurisprudência deste tribunal histórico um grande marco de mitigação do conceito positivista de Direito, evidenciando destarte que indubitavelmente há no Direito algo mais, algo além da norma enquanto mera prescrição estatal expressa através da linguagem, e que deste modo, os regimes políticos, sobretudo os que se pretendem como próprios de um Estado democrático, não podem encontrar seu fundamento em “qualquer Direito”, como já fora advertido por Santo Agostinho, pois devem pautar toda a sua ação nos mais elevados valores, como o valor da justiça, sob pena de se deteriorarem e perderem sua legitimidade²⁵.

3 A LINGUAGEM DEONTOLÓGICA DO DIREITO SEGUNDO O CULTURALISMO JURÍDICO

²⁴ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2009. Pág. 27

²⁵ AGOSTINHO, St. *A Cidade de Deus*. Parte I, Livro IV, Capítulo IV. São Paulo: Vozes, 2012. Pág. 177. “Desterrada a justiça, que é todo reino senão grande pirataria?”

Deste modo, na linha do pensamento ontológico perspectivista de José Ortega y Gasset²⁶, desenvolve-se o culturalismo jurídico, que na busca de superar os conceitos de Direito apresentados anteriormente, tem em Miguel Reale um dos seus principais expoentes e conclui que Direito não é só norma como queria Kelsen²⁷, Direito não é só fato como defendem os marxistas, e nem Direito é só valor como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, pois o *Direito é a integração normativa de fatos segundo valores*²⁸. Observa-se portanto que aqui, embora de maneira mais abrangente e rebuscada, o aspecto normativo do Direito também é ressaltado.

Neste pórtico, para reforçar ainda mais a importância da linguagem na ciência do Direito, cumpre destacar que esta é uma ciência deontica, ou seja, é uma ciência cujo o objeto é um todo normativo, trata-se de prescrições do dever-ser, ou seja, são ordens, comandos, ou mandamentos expressos de maneira linguística. Logo, há estruturas gramaticais, semânticas e lógicas que devem ser conhecidas, para que elas possam reger o raciocínio daquele que se propõe a estudar o Direito, uma vez que o Direito é expresso em linguagem, a ciência que o descreve também é expressa em linguagem, e os princípios lógicos indispensáveis à produção jurídico-científica também se expressam em linguagem, como observado alhures.

Assim, Lourival Vilanova desenvolve aprofundada análise da lógica jurídica, dedicando-se às reflexões filosóficas que segundo o próprio autor, na Introdução da 1ª edição de seu livro *Estruturas lógicas e Sistema de Direito Positivo*, são imprescindíveis ao domínio da teoria e da prática, pois sem teoria geral do

²⁶ GASSET, Ortega Y. *O que é a filosofia?*. 2ª Edição. Lisboa: Edições Cotovia, 1999. Pag. 21

²⁷ Pelo menos no início de suas reflexões, que foram justamente às que tornaram célebres o seu pensamento. Entretanto, no que se refere a indiferença do valor na gênese do Direito o próprio Kelsen parece fazer uma retratação desta ideia, em publicações que fez já perto de sua morte.

²⁸ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001. Pág. 119

Direito e sem outras investigações mais delicadamente abstratas, não se domina nem a teoria, nem a prática, nem o saber científico especializado, nem a sua aplicação aos fatos concretos²⁹.

Observe-se que a função da lógica é analisar a coerência de todo o conhecimento, todas as asserções da ciência, e dessa forma destaca-se o *princípio lógico da não-contradição*, segundo o qual dois enunciados contraditórios não podem ser ambos verdadeiros no interior do mesmo sistema, como instrumento de investigação abstrata atenta à coerência, consistência e veracidade do conhecimento científico, bem como a *lei de exclusão de terceiro*, segundo o qual dois enunciados contraditórios não podem ser ambos falsos dentro do sistema³⁰.

Note-se então, que na vigência de um Estado democrático de Direito como o é a República Federativa do Brasil, que pauta-se em toda sua estrutura e funcionamento pela supremacia jurídico-normativa da constituição, bem como pelo princípio jurídico da legalidade, esculpido no Art. 5º, inciso II da Constituição Federal, a importância da argumentação racional, lógica, coesa e coerente ganha proeminência, pois esta sem dúvidas deve estar presente nas sentenças judiciais expedidas pelos juízes, e nos acórdãos proferidos pelos mais diversos tribunais.

Além disto, deve também consubstanciar os atos administrativos (decretos, portarias, resoluções, etc.) expedidos pelos mais diversos órgãos e entidades da Administração Pública, direta e indireta, de quaisquer poderes dos entes federados, sendo precisamente por esta razão que a linguagem jurídica se faz tão importante e de imperioso conhecimento por parte dos mais diversos agentes públicos, mas também de todo o cidadão que pretende contribuir para a edificação da sociedade, colaborando através de associações, organizações religiosas e empresas, ou mesmo individualmente por meio de seu trabalho nos meios de

²⁹VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2005. Pág. 35

³⁰ *Ibidem*. Pág. 195

comunicação, na advocacia ou no magistério, com destaque portanto para a atividade do professor.

O mister do Professor destaca-se não somente no interior das estruturas de universidades públicas ou instituições de ensino privado nas quais atue, mas destaca-se também no seio da própria sociedade devido ao seu conhecimento e sua capacidade, até mesmo por dever de ofício, para realizar a explanação de ideias complexas e assim compartilhar conhecimento, não somente com seus alunos, mas também com seus colegas professores, familiares, amigos, e os mais diversos atores sociais, utilizando para tanto os meios científicos de informação, como os livros e os artigos, mas também os meios de comunicação social, como o rádio, a TV e os jornais³¹.

Deste modo, observa-se que o conhecimento acerca dos três modais ou funtores deônticos, quais sejam, o proibido, o permitido e o obrigatório, estejam tais prescrições plasmadas nos textos normativos das normas jurídicas, ou estejam esculpidas no arcabouço axiológico, ou seja, no conjunto de valores das pessoas que integram uma determinada sociedade, é relevante não somente para os juristas, a quem compete interpretar os textos normativos e buscar o melhor entendimento sobre a norma jurídica e sua aplicação aos casos concretos que dão ensejo aos mais diversos e infindáveis processos judiciais, mas também é de suma importância para cada cidadão, para cada pessoa que vive e interage com outras pessoas, físicas e jurídicas, no seio da sociedade.

Percebe-se por fim que o valor, expresso na literatura, na ciência política ou na filosofia do culturalismo jurídico, responsável pela conformação da identidade de um povo, ganha importância nas palavras de Joseph de Maistre ao refletir sobre a essência do Direito constitucional inglês, e asseverar que *a verdadeira Constituição inglesa é aquele admirável espírito público*,

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pág. 26

que conduz e salva tudo, enquanto aquilo que é escrito não é nada".³²

Em rigor, há certo exagero nas palavras de De Maistre ao desconsiderar a importância do texto normativo escrito, uma vez que este confere segurança jurídica aos cidadãos e às autoridades, no entanto este pensamento é notável por ressaltar de modo intenso a incomensurabilidade daquilo que chama de “espírito público inglês”, ou seja, do conjunto de valores que pautam a conduta do cidadão inglês, seja agente público ou não, independentemente de qualquer sanção estatal. Refere-se sem dúvidas àquilo que Alexis de Tocqueville denomina “*moeurs*”, ou seja, “costumes” em tradução literal, mas que seu pensamento deve ser concebido enquanto o conjunto das inclinações intelectuais e morais que os homens transferem para vida em sociedade³³.

Enfim, trata-se portanto do apego do homem comum aos valores que proclama e segue como norte de sua vida diária, e do positivo reflexo que esta conduta gera nos mais diversas autoridades legislativas, administrativas e jurisdicionais, que ao contemplarem os valores eternos impressos no modo de pensar e agir do povo ao qual deve servir, eles próprios acabam por naturalmente evitar os vícios e tentações, sobretudo às decorrentes da indevida concentração de poder nas próprias mãos, tendendo a bem exercerem a sua missão na defesa dos valores do povo que lhes investiu de poder.

Percebe-se portanto que isto é indispensável para o aperfeiçoamento institucional e o desenvolvimento de uma sociedade, pois os valores chegam até cada pessoa de várias maneiras e, prescrevendo de forma simples e natural as ordens sobre o que é certo e errado na conduta humana, onde quer que surjam, trazem consigo autoridade, paz e sentimento de pertença³⁴.

³² DE MAISTRE apud SCRUTON, Roger. *O que é o Conservadorismo*. 1 ed. São Paulo: É Realizações, 2015. Pág. 132

³³ TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da Democracia na América*. Estoril: Princípia, 2007. Pág. 26

³⁴ SCRUTON, Roger. *Como Ser Um Conservador*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Record,

4 ATIVISMO JUDICIAL E ARGUMENTAÇÃO CONSEQUENCIALISTA

Deste modo, observa-se que as normas, jurídicas ou morais, editadas pelos legisladores eleitos pelo povo e pela tradição dos costumes dos homens, para reger a conduta das pessoas que integram uma determinada sociedade, sempre foram expressas em linguagem deontológica, ou seja, sempre descreveram aquilo que “deve ser”, ou seja, quais as condutas permitidas, proibidas e obrigatórias aos olhos do Estado e da consciência humana.

E este claro discernimento sobre o lícito e o ilícito, sobre a virtude e o pecado, bem como sobre o ético e o antiético, nos termos dos sistemas normativos postos, fossem da natureza que fossem, sempre funcionou como uma espécie de “manual de convivência social”, e era à luz destes sistemas normativos que as pessoas podiam com boa dose de previsibilidade esperar receber congratulações ou reprimendas para os mais diversos comportamentos que tivessem praticado ou considerassem praticar, tanto no que se refere às relações humanas privadas, bem como no que se refere às relações das pessoas com o poder público do Estado, nomeadamente no que se refere ao Poder Judiciário.

As decisões judiciais de outrora eram por excelência o lar da linguagem deontológica, uma vez que nas sentenças dos juízes e nos acórdãos dos tribunais, ao se dirigirem os mais diversos casos concretos que os processos levavam à sua apreciação, realizava-se a subsunção do fato ao ordenamento jurídico, ou então a aplicação da norma jurídica em vigor sobre aqueles fatos, e assim a decisão judicial era construída e proferida de maneira racional e fundamentada no Direito posto³⁵, de maneira

2015. Pág. 204

³⁵ Direito posto edificado sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana, conforme proclamado pelo Art. 1º da Constituição Federal. Não se trata aqui de Direito posto desumano, oriundo de regimes totalitários. Trata-se de Direito produzido democraticamente, opção que o legislador eleito pela vontade do povo tomou, norteando-

que os envolvidos já podiam antever com boa dose de previsibilidade qual seria o provimento jurisdicional vindouro, e mesmo quando isto não ocorria era possível perceber que a nova interpretação normativa apresentada pelo Poder Judiciário, que portanto julgava o caso concreto de modo diferente do que se esperava, estava rigorosamente inserida na moldura normativa, para utilizar a expressão de Kelsen, criada pelo legislador.

Uma nova conjuntura jurídico-política mundial vem se impondo e as decisões judiciais parecem cada vez mais deixarem a linguagem deontológica de lado, e revestirem-se de uma *linguagem consequencialista*, ou seja, as decisões judiciais, sobretudo aquelas que são proferidas pelos Tribunais Constitucionais, que no caso do Brasil é o STF – Supremo Tribunal Federal³⁶, parecem cada vez mais deixar de fundamentar suas decisões na constituição, nas leis e no atos administrativos, ou seja, no Direito posto, edificado sobretudo pelos legisladores que foram eleitos para tanto, mas também por autoridades administrativas, passando então as cortes a respaldarem os julgamentos que proferem nas “expectativas das consequências” daquela decisão.

Observa-se que este comportamento institucional do Poder Judiciário, sobretudo quando isto parte de sua cúpula, pode gerar inicialmente um certo “sentimento de justiça”, por parte do postulante que tem uma pretensão contra *legem* rapidamente assegurada pela via judicial, mas também gera imensas perplexidades, pois em momento posterior isto poderá ocorrer em desfavor daquele fora anteriormente contemplado, gerando um inequívoco sentimento de injustiça, e lançando dúvidas sobre a

se justamente pelos valores do povo que lhe conferiu poder de representação, de maneira que de forma legítima e democrática este legislador confere forma escrita ao Direito enquanto norma objetiva, ressaltando-se que tal norma nunca sequer foi declarada inconstitucional por ofender a constituição, trata-se portanto de atribuição normal do legislador eleito, enfim, Direito de eficácia legítima sob a égide de um regime político democrático.

³⁶ Todavia, ressalte-se que este não é um fenômeno restrito à realidade jurídico-política brasileira, mas ao contrário, trata-se de algo que está ocorrendo em diversos países dentre as democracias ocidentais.

isenção e imparcialidade do Poder Judiciário.

Ademais, como fora pontuado anteriormente, ao contrário do objeto de estudo das ciências biológicas, o objeto de estudo da ciência do Direito é constituído através da linguagem, não é, pelo menos integralmente, um dado da natureza, de maneira que modificar a linguagem utilizada para expressar o Direito significa automaticamente redefinir conceitos jurídicos, alterar papéis institucionais, modificar a competência de poderes do Estado, enfim, reestruturar unilateralmente as normas que disciplinam o modo de viver das pessoas, e o pior, sem que elas façam a menor ideia do que está acontecendo, e por isso mesmo tal forma de proceder padece de insanável vício de inconstitucionalidade em face da Constituição Federal de 1988, segundo a qual o STF é seu guardião e não o seu novo redator.³⁷

Como exemplo deste *ativismo judicial* realizado no Brasil sobretudo pelo STF, mas que neste caso também contou com a anuência do STJ, valendo-se desta argumentação dita consequencialista e de novos métodos e princípios de hermenêutica constitucional, que incidem especialmente sobre as normas jurídicas da espécie princípio, é possível citar as decisões que estenderam às uniões entre pessoas de mesmo sexo os efeitos jurídicos da união estável e monogâmica entre homem e mulher³⁸, apesar de haver normas jurídicas da espécie regra, quais sejam, as que estão previstas no Art. 226, §3º, §4º e §5º da constituição federal³⁹, que claramente não admitem esta possibilidade.

E desde já, ressalte-se por oportuno que aqui não se está entrando no mérito acerca do erro ou acerto em se conferir tal

³⁷ Constituição Federal. Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:” (...)

³⁸ STF ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF; e STJ RESP 1. 183. 378/RJ

³⁹ Constituição Federal. 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. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

reconhecimento e proteção jurídica às uniões entre pessoas do mesmo sexo, o que se faz é diante da atuação do STF questionar a forma, e apresentar questionamentos, tais como: O STF tem competência constitucional para não aplicar uma regra expressa da Constituição Federal ao proferir suas decisões, sobretudo quando esta regra foi editada pelo Poder Constituinte Originário? O STF tem competência constitucional para reescrever o texto da constituição federal conforme a vontade dos ministros que compõem a corte naquele momento? Não se faz mais necessário que Emendas Constitucionais sejam promulgadas pelo parlamento eleito pelo povo para que haja mudança no texto constitucional, conforme a própria constituição estabelece? Ao comportar-se desta maneira o STF não estaria usurpando competências do Poder Legislativo, e portanto concentrado poder demasiado em si?

É preciso ainda ressaltar que aquando do julgado mencionado, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, que possui competências administrativas muito bem definidas na constituição⁴⁰,

⁴⁰ Constituição Federal. Art. 103-B, §4º. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da

ou seja, sem sequer possuir competência para o exercício da função jurisdicional, ousou ir além da decisão do STF sobre a meté-ria e conferir os efeitos do instituto jurídico do casamento para as uniões entre pessoas de mesmo sexo, chegando inclusive a editar uma resolução, ou seja, um ato administrativo, que proclama esta decisão e prevê punição para os cartórios que se recusem a cumpri-la⁴¹.

Observa-se portanto que nesta oportunidade o CNJ expediu um ato administrativo que na prática retira a eficácia de normas constitucionais editadas pelo constituinte originário, ou seja, pelos representantes do povo brasileiro reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, realizando deste modo uma preocupante espécie de *ativismo judicial-administrativo*, uma vez que é um órgão do Poder Judiciário, mas exercendo a função administrativa resolveu exorbitar extraordinariamente de suas competências e emendar de maneira ampliativa o julgado ativista que fora proferido pelo STF. Apenas a Conselheira Maria Cristina Peduzzi, representante do TST – Tribunal Superior do Trabalho no Conselho, votou contra aprovação da mencionada resolução, por considerar que não havia previsão normativa sobre aquele assunto, ficando no entanto vencida por 14 votos a 1.⁴²

Partindo-se então da premissa que o STF julgou da forma mencionada por fazer uma importante e necessária interpretação do princípio da igualdade, também proclamado pela constituição, de maneira que pela vigência da norma constitucional que impõe o tratamento igual entre as pessoas não se poderia negar a proteção jurídica que decorre dos institutos da união estável e

Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

⁴¹ CNJ Resolução Nº 175/ 2013

⁴²<https://www.conjur.com.br/2013-mai-14/cnj-determina-cartorios-convertam-uniao-estavel-homoafetiva-casamento>, acessado em 18 de Maio de 2018.

sobretudo do casamento para uniões formadas entre pessoas do mesmo sexo, acrescentando-se ainda a questão da afetividade que segundo algumas correntes também precisa ser juridicamente tutelada, mesmo diante da existência de regras constitucionais que também estão em vigor e que vedam esta possibilidade, percebe-se que à luz da jurisprudência do pretório excelso, não há mais qualquer óbice para que quaisquer relações humanas possam receber a proteção jurídica dos institutos do Direito de família.

Ora, nesta linha de raciocínio, se o STF pode por força de sua jurisdição dar sentido contrário ou diverso às normas constitucionais em vigor, certamente também poderia fazer o mesmo, como inclusive já o fez, com as normas presentes na legislação, uma vez que estas possuem hierarquia normativa inferior às normas constitucionais. Logo, observa-se que para preservar a saúde das relações familiares, sobretudo no interesse dos filhos, o Art. 1521 do Código Civil Brasileiro estabelece uma série de vedações quanto ao casamento, proibindo deste que este ocorra entre parentes, sejam naturais ou civis⁴³. Poderia deste modo o STF, com base no princípio da igualdade e na questão da afetividade, revogar tais vedações impostas pela lei, e permitir que familiares possam casar entre si caso manifestem esta intenção?

Deste modo, é imperioso apresentar os seguintes questionamentos: Poderia o STF retirar a eficácia das normas jurídicas presentes no Livro do Direito de Família do Código Civil, e autorizar por exemplo o casamento entre genro e sogra? Uma vez que os parâmetros constitucionais basilares do instituto do

⁴³ Código Civil Brasileiro. Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

casamento, quais sejam, união monogâmica entre homem e mulher, foram colocados de lado pelo STF, poderia este institucionalizar a poligamia, e autorizar o casamento entre 3, 4 ou 15 pessoas, sejam do mesmo sexo ou com diversidade sexual? E por fim pergunta-se: Poderia o STF autorizar o casamento irmãos ou entre pais e filhos?

Agora a questão começa a complicar-se, pois transcende em muito às simples uniões monogâmicas entre pessoas do mesmo sexo que a constituição vedou, mas a jurisprudência do STF autorizou. Infelizmente, tais questionamentos precisam ser suscitados, pois os fundamentos desta decisão do STF em questão, aparentemente inofensivos ou até justos sob certas perspectivas, como a patrimonial, etc., podem ter como meta uma profunda transformação no conceito de família, mas podem também gerar um imenso conflito social, uma vez que a ideia de família, com suas características e significado, são de valor inestimável para cada cidadão, para o povo de maneira geral, e para o Brasil enquanto Estado, sendo por esta razão e não por outra que a proteção jurídica da família foi proclamada pela constituição.

O patriotismo, ou seja, o amor ao país representado pelos símbolos nacionais^{44 45}, mas sobretudo pelos laços de lealdade entre concidadãos, que se preocupam uns com os outros e se

⁴⁴ E aqui não se deve confundir patriotismo com o chamado “nacionalismo”, seja de viés fascista ou nazista. O Patriotismo é um sentimento e um comportamento indispensável para todo e qualquer Estado Democrático, por fortalecer os laços entre as pessoas e as instituições públicas e privadas. Ao passo que o nacionalismo é uma ideologia revolucionária de cariz totalitário, que ora exalta a nacionalidade e a cidadania do povo de um determinado Estado sobre os outros povos, como fazia o fascismo, ora exaltava a supremacia de uma raça sobre os demais, como fazia o nazismo, ou seja, o Nacional-Socialismo, que foi muito mais perverso que o fascismo justamente porque somava os ímpetus destrutivos do socialismo/ comunismo à exaltação nacionalista que praticava. V. ARENDT, Hannan, *Origens do Totalitarismo*. 5ª Edição. Alfragide: Dom Quixote, 2014. Pág. 515-516

⁴⁵ Na linha do pensamento de Montesquieu, patriotismo deve ser compreendido como uma virtude política que traduz amor à pátria. MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis* (Vol.1). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012. Pág. 22. Isto não se confunde de modo algum com a proposta de ódio aos estrangeiros ou às outras etnias, como ocorre na ideologia revolucionária do nacionalismo.

defendem mutuamente de catástrofes naturais ou inimigos estrangeiros, dependem diretamente da identidade dos valores proclamados e vividos pelas pessoas no seio familiar, bem como da relação e aproximação das mais diversas famílias que juntas formam o povo.

Logo, diante de matéria tão relevante, que remete aos valores e às consequências que certamente incidirão sobre tais valores do povo, diante da qual certamente há imensas e justas divergências, nos termos da própria constituição federal, não deveria ser o Congresso Nacional legitimamente eleito povo quem deveria decidir sobre tais questões? E uma vez já tendo decidido, não deveriam os ministros do STF aplicar a norma criada pelo poder competente?

Enfim, apenas para demonstrar que este comportamento não é esporádico ou pontual, em julgado recentemente⁴⁶ o STF autorizou a prática do aborto no país, desde que realizado até os três meses de gravidez, retirando novamente a eficácia de outras normas constitucionais promulgadas pelo constituinte brasileiro, qual seja, a que proclama a dignidade da pessoa humana como fundamento da república já no Art. 1º, inciso III da constituição federal⁴⁷, ou seja, como algo que existe e antecede o próprio Estado enquanto corpo político, devendo portanto ser respeitado por este, e a norma que proclama o direito fundamental à vida, insculpida no Art. 5º⁴⁸.

Além disso, a mencionada decisão também modifica normas expressas da legislação infraconstitucional, ou seja, o STF fez opções pelo legislador, pois ao julgar e revogar a prisão de

⁴⁶ STF HC 124.306

⁴⁷ Constituição Federal. 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: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

⁴⁸ 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 (...)

pessoas que nos termos da lei em vigor tinham praticado crimes, acabou também por retirar a eficácia da norma legal que tipifica a prática do aborto como crime previsto no Código Penal⁴⁹, que inclusive pena privativa de liberdade para quem o praticar, exceto quando houver risco de vida para a mãe, ou quando a mulher venha a engravidar por ter sido vítima de estupro.

Durante o julgamento um dos ministros do STF chegou a considerar que “Torna-se importante aqui uma breve anotação sobre o status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno”, ou seja, reconhece que o termo inicial da vida humana está muito longe de ser um consenso no meio científico, e que há obviamente a possibilidade desta iniciar-se na concepção, todavia, em seguida o mesmo ministro votou pela permissão deste atentado, desde que o feto tenha até três meses de vida.

⁴⁹ Código Penal Brasileiro. Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos; Aborto provocado por terceiro Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos; Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência; Forma qualificada Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54) Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Ora, a decisão do STF permite que a prática do aborto seja realizada ampla e fartamente até os três meses de gravidez, ou seja, permite que a vida de um ser humano indefeso e inocente lhe seja retirada por outrem, desde que isso ocorra até um certo momento, negando-lhe portanto a dignidade da pessoa humana que ele tem desde sempre, bem como o seu direito fundamental a vida, ambos solenemente proclamados pelo legislador constituinte brasileiro, e protegidos desde a concepção até a morte natural pelo legislador infraconstitucional.

5 CONCLUSÃO

Enfim, considerando a existência de meios democráticos legítimos para se alterar normas em vigor, bem como diante do fato de que tais normas jurídicas refletem no Direito objetivo o pulsar de valores tão caros ao povo, uma vez que se referem diretamente à proteção jurídica da família e da vida humana, questiona-se: O STF tem autorização constitucional para agir deste modo? Caso admita-se que sim, que o STF poderia agir da forma ativista como vem agindo, quais seriam os limites de sua atuação institucional? Deve o STF ser concebido pelo cidadão como a Suprema Corte, tendo suas competências limitadas pela constituição, com dever de guardar esta mesma constituição? Ou deve o STF ser concebido como uma espécie de “vanguarda iluminista”, como inclusive já se sugeriu nos dias de hoje? Em suma, pode o STF exercer ao mesmo tempo a função de julgar e a função de criar normas gerais para a sociedade, podendo inclusive revogar as normas criadas pelo Poder Legislativo eleito diretamente pelo povo?

Tais perplexidades se colocam uma vez que o fenômeno institucional descrito representa um movimento jurídico-político contrário, diametralmente oposto, àquele realizado pelos Estados ocidentais ao longo de sua história, especialmente à partir do século XVIII, e neste pórtico Montesquieu assevera com

muita razão que não existirá liberdade quando o poder de julgar não se achar separado do poder legislativo⁵⁰, razão pela qual tais poderes foram prudentemente divididos não somente pela constituição federal de 1988, mas também pelas constituições de praticamente todas as democracias ocidentais, fossem monarquias ou repúblicas.

Deste modo, com toda a vênia, trata-se enfim o ativismo judicial mencionado de um comportamento inconstitucional e que padece de claro déficit de legitimidade democrática. Acaba por ameaçar ou mesmo aniquilar valores caros ao Direito e ao regime democrático, bem como gera uma preocupante insegurança jurídica, como já fora advertido com muita lucidez por Fredie Didier Jr.⁵¹, e que para se impor faz uso instrumentos linguísticos muito rebuscados, como a novel interpretação dos princípios jurídicos, que segundo Humberto Ávila são normas jurídicas de otimização de condutas humanas, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio de prescrição indireta de comportamentos., e que portanto se diferenciam das normas jurídicas da espécie regra, sendo estas prescrições imediatamente descritivas de comportamentos.⁵²

Todavia, de maneira alguma o Professor Ávila chancela os abusos que vêm ocorrendo na interpretação das normas dos princípios, e isto fica muito claro ao pontificar sobre a existência das normas jurídicas da espécie postulado, sendo estas concebidas enquanto normas que prescrevem modos de raciocínio e de argumentação relativos aos princípios normativos⁵³, como os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

O postulado da razoabilidade por exemplo caracteriza-se como norma que impõe o dever de harmonização do geral com

⁵⁰ MONTESQUIEU. Op.Cit. Pág. 191

⁵¹ JR DIDIER, Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*. Salvador: Editora JusPodium, 2012. Pág. 155

⁵² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Pág. 137-138

⁵³ *Ibidem*. Pág. 138

o individual, atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade⁵⁴. Ou seja, o postulado da razoabilidade impõe ao intérprete da norma jurídica principiológica um comportamento que deve estar rigorosamente adstrito à realidade fático-axio-normativa integrada pelas autoridades competentes, mas sobretudo pelo legislador democraticamente eleito, evitando-se deste modo decisões judiciais teratológicas, desprovidas de fundamentação com espeque no Direito, e lastreadas apenas na vontade ou ideologia do julgador.

Assevera ainda Humberto Ávila que o princípio da separação de poderes exige um mínimo de autonomia e independência no exercício das funções legislativa, administrativa e judicial. Assegurado um mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador, não é dado ao julgador escolher o melhor meio sem um motivo manifesto de inadequação do meio eleito pela Administração para escolher o fim. O exame do entrecruzamento entre o dever de preservar a liberdade do legislador e o dever de proteger os direitos fundamentais do administrado revela abstratamente uma encruzilhada em que se resguarda um âmbito mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador. Somente uma comprovação cabal da inadequação permite a invalidação da escolha do legislador ou administrador⁵⁵.

Ora, a advertência de Humberto Ávila é muito grave quanto a importância de se respeitar a separação constitucional dos poderes, algo que se destaca na literatura jurídico-política como um verdadeiro corolário institucional de prevenção da tirania, e por isso constata que essas considerações levam ao entendimento de que o exame da adequação só redundará na declaração de invalidade da medida adotada pelo Poder Público nos casos em que a incompatibilidade entre o meio e o fim for claramente manifesta. Caso contrário deve prevalecer a opção

⁵⁴ *Ibidem*. Pág. 161

⁵⁵ *Ibidem*. Pág. 171

encontrada pela autoridade competente⁵⁶.

Por fim, conclui-se que a interpretação das normas jurídicas da espécie princípio, ao ser realizada de maneira temerária, desvinculada dos postulados normativos e dos princípios lógicos que devem reger a conduta do jurista, sobretudo se este for magistrado, sendo portanto dotado de poder para proclamar a linguagem deontológica que deve prevalecer no julgamento dos variados casos concretos, tem uma capacidade destrutiva incalculável, trata-se de verdadeiro hecatombe institucional acompanhado de genocídio cultural, capaz portanto de aniquilar o próprio Direito, a liberdade, os valores, os costumes e tradições de um povo, destruindo enfim as bases civilizacionais do Estado democrático de Direito, como lamentavelmente parece ocorrer nos dias atuais, apesar de todos estes bens ameaçados gozarem de elevadíssimo nível jurídico de proteção, justamente nos termos da constituição em vigor no Brasil desde 1988.



REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, St. *A Cidade de Deus*. Parte I, Livro IV, Capítulo IV. São Paulo: Vozes, 2012.
- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. V.6. 2ª Edição. São Paulo: Edições Loyola, 2012.
- ARENDT, Hannan, *Origens do Totalitarismo*. 5ª Edição. Alfragide: Dom Quixote, 2014.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁵⁶ Ibidem. Pág. 172

- CARPEAUX. Otto Maria. *História da Literatura Ocidental*. V. 1. São Paulo: Leya, 2012.
- CÍCERO. *De Legibus*, Liv. I.
_____ *De Republica*, Liv. I.
_____ *De Officiis*, Liv.II.
- DE LAS CASAS, Bartolomeu. *De Regia Potestade*, I, 1, e 2.
_____ *Condenación de Las Encomiendas*.
- DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*. Salvador: Editora JusPodium, 2012.
- GASSET, Ortega Y. *O que é a filosofia?*. 2ª Edição. Lisboa: Edições Cotovia, 1999.
- ISIDORO DE SEVILHA (Santo). *Etimologías*, V.
- JOSEPH, Irmã Miriam. *O Trivium, as Artes Liberais da Lógica, da Gramática e da Retórica: Entendendo a Natureza e a Função da Linguagem*. São Paulo: É Realizações, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LE GOFF, Jacques. *Os Intelectuais na Idade Média*. Rio de Janeiro: J.O. Edições, 2003.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. 2ª Edição. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis* (Vol.1). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.
- OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2009.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PLATÃO. *As Leis*.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- SANTOS, Ivanaldo. *O Problema da Linguagem em Tomás de Aquino*. In: *Linguagem e Epistemologia em Tomás de Aquino*. João Pessoa: Ideia, 2011.
- SCRUTON, Roger. *O que é o Conservadorismo*. 1 ed. São

- Paulo: É Realizações, 2015.
- _____. *Como Ser Um Conservador*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.
- SÉNECA. *Da Brevidade da Vida*. Carcavelos: Coisa de Ler Edições, 2005. Pag. 57. E *De la Clemencia*, in *Tratados Morales*. Madrid: Colección Austral, 2005.
- SUÁREZ, Francisco. *De Legibus – De Iure Gentium*, II, 19, 5.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da Democracia na América*. Estoril: Princípia, 2007.
- TUCÍDIDES. *História da Guerra do Peloponeso*. Livro II.
- VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.
- WOODS JR., Thomas. *Como a Igreja Católica Construiu a Civilização Ocidental*. São Paulo: Quadrante, 2008.
- XENOFONTE. *Constitución de Atenas*, in *Constituciones Políticas Griegas*. Madrid: Alianza Editorial, 2007.