

A BILATERALIDADE ATRIBUTIVA NO ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ATIVISMO JUDICIAL VERSUS PURISMO JURÍDICO, UMA TENTATIVA DE DESCREVER O CONCEITO DE BILATERALIDADE ATRIBUTIVA

THE ATTRIBUTIVE BILATERALITY IN JUDICIAL ACTIVISM BEFORE THE SUPREME FEDERAL COURT - JUDICIAL ACTIVISM VERSUS LEGAL PURISM, AN ATTEMPT TO DESCRIBE THE CONCEPT OF ATTRIBUTIVE BILATERALITY

Isis Steuernagel DREYER¹

Thaïs SAVEDRA de Andrade²

RESUMO

Esta composição pretende analisar a aplicação da bilateralidade atributiva no Ativismo Judicial, observando os ditames e diretrizes dos ensinamentos de Kelsen, a fim de não apenas compreender a efetividade dos pilares intersubjetivos que ele instrumentalizou, mas, possibilitar a perspectiva de Ativismo praticada pela Suprema Corte, a fim de designar o dever-de-ser antes do surgimento do conceito de justiça. Além disso, as diretrizes de implementação de Hans Kelsen são necessárias à luz da imperatividade coercível demonstrada pela teoria da bilateralidade atributiva como forma de tornar explícita a essência lógica da norma através da razão e dos princípios positivistas, através dos ditames da teoria de Kelsen e da ideia da moralidade kantiana. Para tanto, propõe-se a perspectiva de uma ruptura da utopia social da

¹ Acadêmica de Direito da FAE – Centro Universitário.

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Jacarezinho). Professora de Direito Tributário, Filosofia do Direito, Antropologia Jurídica, História do Direito do Curso de Direito da FAE Centro Universitário. Advogada e Psicanalista. E-mail: thais.savedra@fae.edu.

justiça, a transmutabilidade do conceito de moralidade e direito e, por conseguinte, a visibilidade dos condutos administrados pelo Poder Legislativo e o ativismo em âmbito cultural. Neste contexto, a admissibilidade do Imperium da teoria da bilateralidade atributiva foi demonstrada, a fim de averiguar a interpretação dos pressupostos de Kelsen. Diante disso, afirmou-se que o ativismo judicial corresponde às idealizações referenciadas pela bilateralidade atributiva, não apenas no aspecto intersubjetivo, mas, também, na concepção de identidade social, impulsionada pelo poder do dever-a-ser, desde a realidade - seja legal ou não - e a estruturação de normas, é exercida pelo axioma da Teoria Bilateral Atributiva.

Palavras-chave: Bilateralidade Atributiva. Ativismo Judicial. Purismo Legal.

ABSTRACT

This composition is intended to analyze the application of attributive bilaterality in Judicial Activism, observing the dictates and directives of Kelsen's teachings, in order not only to understand the effectiveness of the intersubjective pillars that he instrumentalized, but to enable the perspective of Activism practiced by the Supreme Court, in order to designate the duty-to-be before the rise of the concept of justice. Moreover, the implementing guidelines of Hans Kelsen are necessary in the light of the coercible imperativeness demonstrated by the theory of attributive bilaterality as a way to make explicit the logical essence of the norm through reason and positivist principles, through the dictates of Kelsen's theory and the idea of Kantian morality. Therefore, the perspective of a rupture of the social utopia of justice, as well as the transmutability of the concept of morality and law, and thus the visibility of conduits administered by the Legislative Power and activism in a cultural sphere, is proposed. In this context, the admissibility of the Imperium of the theory of attributive bilaterality was demonstrated, in order to ascertain the interpretation of Kelsen's assumptions. Given that, it was affirmed that the judicial activism corresponds to the idealizations referenced by attributive bilaterality, not only in the intersubjective aspect but also to

the conception of social identity, driven by the power of duty-to-be, since reality - whether legal or not - and the structuring of norms, is exercised through the axiom of Attributive Bilateral Theory.

Keywords: Attributive Bilaterality. Judicial Activism. Legal Purism.

INTRODUÇÃO

A imperatividade da coercibilidade e equidade jurídica é elucidada pela pacificação da bilateralidade atributiva através do prelúdio do Positivismo Normativo. Outrora tal manifesto é a enunciação de um mecanismo científico, caracterizado pela investidura do método das ciências exatas nas ciências sociais. Isto é, o direito posiciona-se como um fato social posto pela razão humana. Ou seja, a *razão* é condicionada como valor essencial para a construção lógica, nesta seara introduz-se Hans Kelsen como a principal figura desta corrente da filosofia do direito.

Este se dirigiu contra a maré dos pensamentos antagônicos das teorias naturalista, metafísica, sociológica, histórica, antropológica, uma vez que utiliza a metodologia do positivismo jurídico. Lógica tal, trazida pela busca da pureza, fundada pela ausência de juízos de valores. Sendo assim, afirma-se que Kelsen buscou a autonomia da ciência do direito.

O Positivismo jurídico objetiva atingir o direito como premissa de ciência, estudando-o de acordo com o fato social, ou seja, retirando da metafísica. Por fato, tanto Kelsen como Hart preceituam o juiz como “um produto da metafísica moderna” (STRECK, 2017, p. 166-175). Para o primeiro jurista mencionado, a validade da norma surge como um pressuposto logico-transcendental, em que o juiz apenas exerceria a objetividade da lei.

Admite-se que essa corrente visa a subsunção, processo tal em que juiz concretiza o silogismo – raciocínio dedutivo partir de duas proposições, das quais se obtém por inferência uma conclusão – feito sob forma de interpretação. O jusfilósofo supramencionado ao elaborar a Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2003), tinha em mente criticar às concepções dominantes existentes no início do século XX. Tal Teoria é decorrente da decadência do capitalismo-liberal, e objetiva ausentar do campo da ciência jurídica rudimentos puramente sociológicos, concedendo à filosofia do direito parâmetros sobre justiça, bem comum e demais valores.

1 TEXTO E CONTEXTO

De acordo com o doutrinador Reale (2009), a contribuição de Kelsen atinge na delimitação da natureza lógica da norma jurídica. A Teoria Pura do Direito reputa o método e o objeto do direito como um panorama normativo, admite-se o pleno aspecto axiológico na metodologia jurídica, de forma a caracterizar, juntamente com a mencionada ciência, a Teoria da Justiça, contendo como base uma investigação sociológica do Direito.

Afirma-se que Kelsen entendia o jurista como o encaminhador da norma, e desta até a norma hipotética fundamental³, contendo como estrutura a ordem jurídica piramidal. Em outras palavras, tem-se que o legislador, ao criar a lei exerce a norma constitucional, já ao juiz ao elaborar a sentença concretiza a aplicação da lei. Destarte, a Teoria Pura do Direito consiste, em suma, em averiguar o direito na sua mais pura essência.

³ Kelsen (1998) visualiza o Direito como um sistema escalonado de normas, hierarquicamente organizadas em disposição piramidal, sendo cada uma fundamentada pela norma que se encontre superior e, ao mesmo tempo, todas encontrando seu fundamento de validade em uma norma que se encontra fora do sistema positivado, conhecida como norma hipotética fundamental. Esta, é a base de todo o ordenamento jurídico.

A vista disto, a distinção entre a moral e o direito ocorre da mesma forma que o direito e a justiça, de acordo com o jusfilósofo a costumeira dualidade direito-justiça deve ser repelida quando da formulação de um conceito universal do direito. O jurista admite em sua obra que o anseio de justiça é o eterno anseio do homem por felicidade, isto é a Justiça não existe, o que existe são pequenas justiças, restando como alicerce a Regra de Ouro, isto é a ética da reciprocidade.

É a própria felicidade que o homem não pode encontrar como indivíduo isolado e que, portanto, procura em sociedade. Assim, a justiça é a felicidade social. Para ele, caso houvesse justiça objetivamente reconhecível, não haveria Direito Positivo e, conseqüentemente, um Estado, pois não seria necessário coagir as pessoas a serem felizes.

O Purismo, também intitulado como “A Teoria Pura do Direito” é uma teoria do direito positivo, criada pelo mencionado jurista, destaca-se por apresentar uma “conjuntura de interpretação”. É designada como pura uma vez que esta preconiza a exclusão de tudo o que não é direito, de acordo com Kelsen, esta visa excarcerar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são insólitos, sendo assim, uma teoria metodologicamente pura.

O doutrinador explicita que não se versa sobre a pureza do direito em sua forma mais densa e sim uma peculiaridade eminente na essência da ciência jurídica. A intenção foi de impor o direito como autossuficiente, adquirindo uma forma totalmente jurídica. Epistemologicamente, o direito se conceitua na medida de seu objeto de estudo, já no caráter axiológica é garantido a neutralidade.

Neste sentido, Kelsen (2003, p. 1), na obra “Teoria Pura do Direito”, delineia a ciência jurídica tradicional – séculos XIX e XX – como incapaz de corresponder, e até mesmo esclarecer sobre a pureza. Nesta esteira, a jurisprudência é confundida com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Este desalinhamento obscurece e denigre a ciência jurídica na sua forma mais autêntica, obstruindo a barreira da natureza do seu objeto. Garante-se que a doutrina kelsiana realiza o direito

como um instrumento de pleno poder, neste ponto, admite-se que para este, a Justiça é algo inalcançável, uma vez que não está superposto aos valores a conceitos individuais e subjetivos e sim considerando a existência de valores que são de justiça e valores que são de direito.

Pode-se definir o direito como uma ciência totalmente técnica, própria, rígida no seu plano sistemático, caracterizada por uma norma positivada, ou seja, a norma fundamental é pressuposta e hipotética, sendo identificada de forma *ad infinitum*. De acordo com o doutrinador, Silva (2012), o direito e a moral embora tenham elementos em comum, não se confundem.

Há a pretensão que ambas se sustentem, entretanto, é importante destacar que é crível vislumbrar um direito que não seja moral assim como um sistema jurídico pode não ser justo. Destarte, é relevante mencionar, - nas palavras de Kelsen - “se é lei, ela deve ser cumprida, doa a quem doer” (KELSEN *apud* SILVA, 2012, p. 16), sempre visando a segurança jurídica.

Por conseguinte, tendo em vista essa dualidade, Kelsen depreende a norma jurídica como bilateral, caracterizando por “o que é esta norma *versus* qual é a sensação desta”, sendo assim, a coercibilidade – o aspecto psicológico –, assegura a heteronomia – ausência de autonomia –. Reale (2001) assevera que a bilateralidade atributiva é uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer, visando garantir algo.

O referido doutrinador conceitua a moral como a consequência equivalente à paz social, sendo o direito englobado pela moral. Para este, tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo que é moral é jurídico, entretanto as razões puramente técnicas

de utilidade social, de caráter jurídico, não têm motivos de ordem moral. Esta linha de raciocínio é nomeada como o “A Teoria do Mínimo Ético”.⁴

O Ativismo Judicial representa o oposto, posto que é conjecturado por uma justiça hodierna, apta a impor costumes perante os regimentos. Uma interpretação *egomania-socia*⁵ para solucionar casos ainda não elucidados pelo Poder Judiciário. Pode, de certa forma, se ausentar da segurança jurídica, mas procura conforto na paz social, aquela tão relevante para Kelsen. Para esclarecer este complexo, busca-se uma dilatação na bilateralidade atributiva como forma de contemplar a coercibilidade.

Na obra “Lições Preliminares do Direito”, o doutrinador Reale (2009, p.60) aponta os ensinamentos de Del Vecchio – jusfilósofo contemporâneo – “moral se distingue do direito pelo elemento de bilateralidade, lateralidade ou “intersubjetividade”. Sendo assim, aponta-se o conceito de bilateralidade – ou proporção atributiva- como preceito que siga o fluxo da reciprocidade nas relações, assim como nas organizações de um serviço público e contratuais. A vista disso, adere-se a compressão de “que sempre há a proporção e atributividade”, ainda que, algum órgão estatal ou uma sociedade particular seja, inerente ao ato de ordem a atribuição de competências.

Pode-se afirmar, ainda, que a própria bilateralidade atributiva seria a essência do direito aludindo-se a relação jurídica em si. Ao destrinchar esse fundamento encontra-se a relação intersubjetiva como sendo objetivamente proporcional. Tanto a relação intersubjetiva como a proporção objetiva, geram a atributividade, ou seja, uma

⁴ A teoria do mínimo ético foi composta pelo jurista Georg Jellinek. A teoria consiste na idealização de que as normas jurídicas, em sua magnitude são sempre normas morais. Destarte, entende-se que as normas morais mais relevantes para a sociedade são adaptadas em normas jurídicas (NADER, 2012, p. 40).

⁵ Significa a preocupação destinada para o eu, de modo impulsivo, entretanto, moldado para este conceito, como o próprio ser de forma social, em conjunto. Normas sendo interpretadas em soma com a idealização do eu-social, em predisposição da consciência coletiva.

exigibilidade garantida no que lhe concerne seria a dialética entre direito e dever. A bilateralidade atributiva, em vista disto, prognostica, incessantemente, o sujeito ativo (este seria o possuidor o direito) e um sujeito passivo (responsável pelo dever).

Logo, é disposto, axiologicamente, a ideia da existência pura e concreta da bilateralidade atributiva, conseqüentemente esta é proposta com a plena satisfação jurídica, transcendendo a felicidade social. Esclarece-se na obra “Ética a Nicômaco” de Aristóteles (2002), em que a Virtude da Justiça seria a virtude objetiva entre dois sujeitos, construindo uma ponte epistemológica, uma vez que esta é a alteridade, e se realiza através de uma proporção. *In verbis*:

A equidade, portanto, é a adequação da lei ao caso concreto, atendidas suas peculiaridades, tendo em vista o caráter genérico e abstrato da atividade do legislador, atribuindo ao juiz a ponderação proporcional da norma à situação fática (ARISTÓTELES, 2002, p. 213).

Assim, Aristóteles crê a Justiça como uma eficácia ética por si só, utilizada como instrumento do homem na vida social, caracterizando a eudaimonia, ou seja, o bem-estar, e até mesmo a felicidade. Esta última vista como o bem maior⁶ desejado pela sociedade de modo coletivo e individual, assim como a finalidade das ações humanas. A virtude é realizada pela ânsia da parte racional da alma, destarte, a própria Justiça seria o equilíbrio entre a instabilidade e a segurança, tais manipuladas e dispostas pela lei e sua inerente interpretação.

A Virtude Ética está intrinsecamente acoplada na justiça, sendo o intermédio do âmbito coletivo. As esferas que garantem a justiça trazem ao homem a orientação a felicidade. Aristóteles indaga que o homem mais perfeito não é aquele que exerce sua

⁶ Em “Ética a Nicômaco”, a finalidade é especificada como o “bem”, isto é, as ações tendem a um fim, ou seja, todas as coisas tendem a um bem. Para Aristóteles o “Sumo Bem” – o melhor dos bens – era esclarecida pela política e sua ciência entorno, tal, apenas alcançado pela coletividade (ARISTÓTELES, 2002).

virtude somente para si mesmo, mas aquele que a pratica também, em relação aos outros, e isso é uma obra difícil.

Destarte, a justiça procura o equilíbrio e a equidade na comunidade política, - tal estabelecida na mencionada bilateralidade atributiva – também chamada de “Pólis” em grego, esta seria a ápice entre a ética e a política. Então, as virtudes morais encontram na Justiça sua contemplação absoluta, estruturando-se como o pilar da política na própria moralidade. “Ética a Nicômaco” é estudado a virtude da Justiça, para o autor, a virtude moral é o guia da obediência coletiva, tal estabelecida e consagrada pela lei.

Ao tratar-se sobre a bilateralidade atributiva, dispõe-se a percepção lógica do *dever ser*, menciona-se, outra vez a “Teoria Pura do Direito” (KELSEN, 2003), posto a referenciação da produção normativa, de forma que o *dever* é reconhecido na *norma*. Ou seja, a norma é constituída pelo dever de determinar uma conduta, destarte, se *deve ser* ou *acontecer* algo. Certamente, o *dever ser* designa a subjetividade dos atos de vontade de alguém que tende – a conjecturar – a conduta do outro. Já de forma objetiva, trata-se diretamente à norma, sendo assim, o indivíduo vê a norma como algo que deve ser cumprido – que é devida –, por ele e pela sociedade.

Para Kelsen, o direito nada mais é que uma ciência consolidada, sendo assim, o *dever ser* é, na vertente epistemológica, o estudo do direito como ele é, por conseguinte, tem-se a validade da norma – assim como sua vigência -, como caráter de análise para então ser aplicada, entretanto a discussão de sua moralidade só existe quando há o ato de vontade – referido acima. De forma ontológica, tem-se o direito como forma de averiguar a conduta humana, isto é, como condutor de definir a norma e caracterizar o que é fato. Nesta vertente volta-se a tratar do aspecto objetivo e subjetivo do *dever ser*, o último é sempre consequência da vontade, a partir disto discute-se a legitimidade do ato, ou seja, nenhuma pessoa é obrigada a fazer algo, a não ser em virtude de lei, entretanto o resultado pode ser ou não previsto, este

mecanismo se trata da subjetividade do *dever ser*, a vontade pode ser correspondida ou não. O *dever ser* objetivo trata-se da vontade como dever, ou seja, de maneira hierárquica um sujeito detém autoridade, devendo sua vontade ser cumprida.

Neste aspecto relaciona-se a questão da legitimidade da norma, uma vez que só pode ser exigida se for válida, mas isto não se confunde de forma alguma com a sua eficácia. A Constituição, por essa vez se faz de extrema valia para compreender o fundamento da validade na ordem jurídica, tendo em vista o princípio dinâmico⁷, essa se faz como absoluta, caracterizando como o nascimento do direito positivo de uma nação.

Sendo assim, a norma não pertence a uma natureza verdadeira ou falsa, e sim válida ou inválida. E obviamente, o juízo judicial tem um grande peso, posto que, de acordo com Kelsen (2003), este não impõe a lei como deveria ser imposta, conseqüentemente a sua validade se limita com o caso concreto. Contempla-se o juízo de direito como algo mais intenso, ele é constituído pelo fundamento da norma, e a norma é constituída pelo direito. O juízo de valor é direcionado a uma relação causal, que existe entre fatos e um fim – objetivo ou subjetivo –, essa lógica se interliga à análise do *dever ser*, avaliado em uma vertente objetiva, ou seja, é aquele que *deve ser* realizado por uma norma válida, já o subjetivo, é o fim de si próprio, ou seja, que ele se presta como uma natureza fim. Observa-se um exemplo:

Só quando se sabe que entre A e B existe a relação de causa e efeito, que A é a causa de que B é o efeito, se alcança o juízo de valor subjetivo e o objetivo: **se B é desejado como fim ou é estatuído numa norma como devido (como devendo ser), A é adequado ao fim** (é produtor). **O juízo relativo à relação entre A e B é um juízo de valor** – subjetivo ou objetivo – [...] B é pressuposto como fim, isto é [...] estatuído por uma norma. (Grifou-se). (KELSEN, 2003 p.16).

⁷ Para Kelsen (2003), a norma tem como valia maior a harmonia com o universo, sendo assim, toda e qualquer norma que venha após esta, estará referenciando e projetando a esta norma já presumida. Tendo isto em vista, admite-se que o tipo dinâmico é definido pelo fato de a norma fundamental - aquela prevista pelo costume - pressuposta não ter conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de uma autoridade ou uma regra maior que rege outras.

É a partir da ordem normativa que se origina o direito, se uma norma se refere a uma conduta, então ela é vinculativa, ou seja, que ela deve ser seguida assim como prescrito em lei. Desta forma, o fundamento de uma norma válida é pressuposto de validade para outra, e é exatamente a ordem superior do *dever ser* que deve ser seguida, como forma de a premissa maior – Constituição – perante as outras. É neste contexto que se designa a diferença entre *ser* e *dever ser*. Kant (2007) já prescrevia sua diferenciação, em sua obra “A Fundamentação da Metafísica dos Costumes”.

A partir do momento que Kelsen faz a separação do *ser* de o *dever ser*, admite-se que o *dever ser* de algo é relativo ao aspecto subjetivo, ou seja, da vontade, e não como pensava Kant, em quem ambos permaneciam em uma linha tênue, em que *dever ser* é o conhecimento puro da moral. Esta moral surge quando a razão – pura e prática, independente da força externa – desconhece a liberdade.⁸

A liberdade, neste aspecto, é condicionada por todo e qualquer humano capaz de ser consciente de sua razão e vontade. Assim como Kelsen, Kant também acreditava na distinção entre os elementos subjetivos e objetivos, entretanto, os denominava vontade objetivas e vontades subjetivas, derivada da ideia de liberdade. Esta, assim como a autonomia da vontade, são transmutáveis, ou seja, mudam conforme a moral também muda, como por exemplo, a escravidão, que durou três séculos no Brasil, de 1550 até 1888, após 300 anos sendo amplamente aplicada, as modificações estruturais na nossa sociedade, e a conseqüentemente, transição do conceito de moralidade, restou inadmissível a escravização.

Nesta esteira, admite-se os valores relativos, ou seja, nenhum valor ou conceito moral é absoluto, nada é absoluto, e sim relativo. Conseqüentemente,

⁸ Para Kant (2007), a liberdade se define a partir da noção de Moral, ou seja, ao ponto de se distinguir das leis da natureza deve-se ter em mente o que a Moral é essência, colacionado pelo espaço interno de cada ser humano, chamado de imperativo categórico. Posto que a liberdade se origina da Moral, esta última é interligada a ação prática, sendo assim, na própria vontade do homem.

a justiça nunca será absoluta, e sim, relativa. Por isso afirma-se que a ordem jurídica jamais será puramente justa, uma vez que comparado com demais sistemas jurídicos e morais elas podem ser consideradas imorais, ou impossíveis de serem aplicadas.

Destarte, o *dever ser* em nosso ordenamento jurídico nada mais é que a vertente responsável pela nossa noção interpessoal de moralidade e suas obrigações, não só em um aspecto jurídico da palavra, mas em um mecanismo responsável pelo o que *ser* reconhece *dever ser* na vida em sociedade. Mas afinal questiona-se a própria moralidade, qual seria o sentido desta palavra na sociedade como um todo, ou melhor, o que é moralidade para cada um de nós? Posto que a moralidade constitui um conceito totalmente transmutável, e independente em cada sociedade, ou em cada sistema.

Nesta seara, discute-se o direito enquanto ciência, em face da moral e conseqüentemente, da convenção social. Ora, o direito e a moral não são distintos, e sim englobados⁹, a sociedade necessita do mínimo considerado moral para se manter, entretanto contempla-se que tudo é relativo, o considerado ético para um não é o mesmo para o outro e assim por diante. Por conseguinte, essa predisposição de distinção de princípios e ideias se aplica, sem qualquer sombra de dúvidas, no Poder Judiciário brasileiro. Posto que, um juiz na Bahia, não terá a mesma concepção realística de outro julgador de São Paulo – tendo em vista não apenas a diferença de cultura, mas a própria carência de unificação jurisprudencial.

Um ótimo exemplo para ilustrar essa situação seria a discussão da Ação Pública dos Sindicatos dos Petroleiros versus a Fundação de Previdência Privada da Petrobrás, em que as liminares de Tutela de Urgência estão sendo concedidas por

⁹ Teoria dos círculos concêntricos: De acordo com o filósofo e jurista Jeremy Bentham, a ordem jurídica se anexa totalmente no plano da Moral. Os dois círculos (Moral e Direito) seriam concêntricos - que possuem o mesmo centro, com o maior pertencendo à Moral, desta forma o plano designado pelo Direito é revestido e subalternado pela moral (REALE, 2004, p. 3-4).

juízes de alguns estados para afastar o desconto extraordinário no contracheque do petroleiro da ativa – entre eles São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Norte. Entretanto demais estados não alcançaram a mesma interpretação jurídica.

Voltando ao tópico referente, admite-se a moral e o direito como fontes disciplinadas separadamente, porém que não conseguem viver uma sem a outra, pode-se inclusive afirmar, que a relação de ambos se equivale a um casal apaixonado refutam-se incessantemente, ou seja, há paixão entre o direito e a moral, mas isso não significa que elas vivam em plena harmonia.

Reale (2001), afirma que a moral integra o direito, ou seja, o direito nada mais é que um fruto, isto é, uma vertente da moral. Essa é considerada como o resultado da “paz social”, uma vez que tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico, é neste aspecto que se tem a Teoria do Mínimo Ético.

Esta designa que o direito deve conter o menor número possível de institutos e preceitos morais, apenas as essenciais para que haja o equilíbrio total das relações. Esta ideia se ajusta ao oposto da Teoria Máxima Ética, em que o direito deve pertencer ao máximo dentro da margem da moral, para que assim ela siga o fluxo da consciência social.

A partir do momento que o legislador desenvolve a lei, é impossível essa se concretizar sem utilizar seus próprios preceitos e ideologias, entre elas o que ele considera bom para a sociedade, o que considera correto, ético, por conseguinte, o que é moral em sua visão. Ou seja, neste aspecto, há de convir que não há como evitar da ideia de moral, mesmo que ela seja utilizada de maneira ínfima, ou até mesmo para se estabelecer o que é imoral.

A lei nada mais é que um instrumento de interpretação, admite-se, portanto, que o número de interpretações é infinito, enquanto houver algum tipo de raciocínio lógico distinto do nosso próprio, haverá divergências. Da mesma forma concretiza-se um julgador, em virtude da impossibilidade de se afirmar que o juiz de nada se baseia, além das leis, para realizar seu julgamento.

O filósofo Hegel (1997), definia a moral em duas vertentes, a subjetiva e a objetiva. A primeira é contextualizada como a vontade - a liberdade como fonte de verdade concreta, ou seja, a expressão da vontade como subjetiva ou moral sendo ponderada, de fato, na ação. Destarte, neste prisma, a moral é categorizada como o próprio direito.

O que é moral não se define, antes de tudo, como o oposto do que é imoral, nem o direito como o que imediatamente se opõe ao injusto, mas todo o domínio do moral e também do imoral se funda na subjetividade da vontade (HEGEL, 1997, p. 99).

Neste ínterim, admite-se a ideia do direito da intenção, isto é, a particularidade universal da ação que não é imposta em si, mas sim no agente, uma vez que a vontade é subjetiva. Posto isto, adianta-se que a moral subjetiva nos leva a liberdade, que por autognose, representa a liberdade subjetiva, resultando nas mudanças do mundo – das eras, das formas de pensamento, de cultura e assim por diante.

Para transitar nesta linha tênue entre subjetividade e objetividade, o filósofo Hegel exercita a noção de realidade, impondo a Ideia¹⁰ como condição limitadora. Uma vez que no âmbito da moral objetiva, designa-se como “[...] uma disposição subjetiva da sensibilidade” (HEGEL, 1997, p. 141). Por conseguinte, o conceito de liberdade, nesta dimensão, toma forma do que se tem no mundo real, adquirindo assim, a natureza da consciência de si. À vista disto, entende-se que o caráter moral objetivo é relacionado com a estabilidade, ao inalterável de acordo com a realidade racional.

Logo para Reale (2009), contendo-se à um âmbito menos retórico, o direito tutela muitas questões que são imorais. Ou seja, muitas vezes as razões puramente técnicas de utilidade social, de caráter jurídico, não possui origens na ordem social.

¹⁰ A acepção da “Ideia” nesta conjuntura dispõe o plano da identidade dos conceitos, sendo a essência de cada momento, de cada realidade.

Só há a moral puramente descrita quando o homem, por motivos de essência e internalidade do ser, realizam um ato espontâneo enunciado pela norma, entretanto, não há ato moral forçado, uma vez que a moral e a violência não tem combinação ideal, o doutrinador dá o exemplo do filho obrigado a pagar a pensão aos pais. O filho não está disponibilizando seus bens de livre e espontânea vontade - como um ato de caridade e empatia - e sim por uma obrigação judicial.

Nesta mesma diretriz de raciocínio, colaciona-se a ideologia de Kelsen (2003), que acreditava que assim como o direito e a moral, estas são coisas distintas, que não se cruzam de maneira alguma, tais são autônomas, as validades são diversas, seguindo o entendimento de que as normas não seguem um padrão moral.

O direito e a moral são distinguidos pela coercibilidade, neste ponto volta-se para o início da retórica, posto que a moral é incoercível, já o direito é coercível, algo que se pode conter e esquematizar. A coercibilidade em si é a compatibilidade que existe entre o direito e a força. Tendo isso em vista, afirma-se que o direito é, conseqüentemente, a obediência à norma, posto que em caso contrário há uma penalidade, tal que será exercida pela autoridade representativa do Estado.

Destarte, existiria alguma possibilidade de o direito e a moral se harmonizarem? Ou pelo menos exercer suas essências sem ferir suas próprias autonomias? De forma que a consequência da sociedade seja a *eudaimonia*¹¹? Afinal, é de notório que Sócrates, Platão, Aristóteles¹², assim como seus sucessores, acreditavam na ética exercida pelo direito e, obviamente, que este direito combinado com a moral geraria, nada mais nada menos, que a justiça.

Afirma-se, desparte as teorias aqui mencionadas, que a moral é caracterizada pela essência do ser humano, pela cultura e o meio em que ela está inserida, já o

¹¹ Segundo Aristóteles (2003, p. 7), a *eudaimonia* significa atingir o potencial pleno de realização de cada um, sendo uma expressão da virtude.

¹² Para Aristóteles (2002), a única forma de alcançar o Direito é diante da virtude ética, tal concebida pela felicidade, como bem maior que todos os outros e fim destes, este seria considerado Justiça.

direito pode – nas maiorias das vezes- se revestir deste manto da inconsciência coletiva – também saturada por toda moral laqueada pela sociedade, para ser concebido.¹³

O direito subjetivo, para este mesmo jusfilósofo citado, é comparado com o idioma inglês, em que *right*, significa certo, correto, este designaria à subjetividade do direito, já *law*, traduz como lei, toma-se como o direito objetivo. Sendo assim:

[...] os direitos em sentido subjetivo existiam historicamente [...] antes de uma ordem estadual autoconsciente ter sido elaborada. [...] somente através da abstração é que mais tarde se deveria extrair gradualmente da concepção de direitos subjetivos preexistentes o conceito de norma jurídica (DERNBUR *apud* KELSEN 2003, p. 145)

Portanto, o direito subjetivo correlaciona-se pelo dever jurídico. Para Kant (1993), a moral é autônoma, já o direito é heterônomo. Autônoma uma vez que ela por só já reveste o homem, é a rescendência da consciência humana, já o direito é heterônomo uma vez que é repleto de obrigações que devem ser prestadas e cumpridas, para à sociedade e para terceiros, e ainda é coercível.

Neste ponto destaca-se Nietzsche, em sua obra “Genealogia da Moral”, para este filósofo a moral é compreendida como questão social em que as imposições de valores vindo dos homens são reprimidos. Ou seja, os valores morais são invertidos, concretizados por ressentimentos, culpas, pautados sobre mecanismos de dominação. Portanto, a moral seria revestida pela maldade e crueldade humana,

[...] sem crueldade não há festa: é o que ensina a mais antiga e longa história do homem – e no castigo também há muito de festivo [...] o sofrimento oculto, não descoberto, não testemunhado, pudesse ser abolido do mundo e honestamente negado, o homem se viu então praticamente obrigado a inventar deuses e seres intermediários para todos os céus e abismos, algo em suma, que também vagueia no oculto, que também vê no escuro, que não

¹³ Pode-se afirmar que esta vertente é presa ao Teoria do Mínimo Ético, uma vez que seria ínfima o manto de Moral que reveste o Direito.

dispensa facilmente um espetáculo interessam-te de dor (NIETZSCHE, 1998, p. 56).

Ainda sobre este filósofo, o direito é um instrumento de vingança, de modo que sua função é representada para saciar o desejo por represália. Para Nietzsche (2009), a injustiça é caracterizada perante a impureza do próprio ser. Uma vez que esta seria imposta de maneira incompleta, estruturando, de maneira ilógica, fragmentos diante as experiências humanas. E, se convém expor que, “*Wir sind vorher unlogische Wesen und folglich ungerecht*¹⁴”, assim, nenhuma avaliação será feita de maneira igual por todos, não será feita de maneira global.

Pode-se ainda afirmar que a moral funciona como um mecanismo de origem para a ética (*éthos* da origem grega, referencia-se regras de cunho universal), é nesta questão que relaciona-se ao Biodireito¹⁵ e a Bioética¹⁶. A partir do momento em que se disponibiliza a moral, questiona-se o que seria certo e errado, concebe-se e disponibiliza-se a ética, isto nada mais é que a denominação de uma ciência – diferentemente da moral, em que não se é aplicada como ciência –. A ética por si só constitui princípios próprios, sistematizando a moral – vindo do latim; *moris, moralis*, constitui-se como comportamento, ou morada.

Em consequência, obtém-se um leque de inúmeras possibilidades e de diferentes reações diante um juízo de valor. Nada será disponibilizado de maneira igual, ou decidido de maneira similar. É neste contexto que se menciona, novamente, o grande filósofo Aristóteles, em que a base filosófica social é estabelecida no

¹⁴ De forma, literal; “antes, nós somos seres ilógicos, e conseqüentemente injustos”

¹⁵ Corresponde ao campo das relações jurídicas entre o direito e os progressos tecnológicos inseridos à medicina e à biotecnologia, correspondendo ao princípio da dignidade humana.

¹⁶ A Bioética é um ramo da ética que estuda os conflitos, controvérsias, pesquisas e práticas que visam esclarecer e resolver questões éticas dentro da medicina e da biologia. O seu surgimento foi baseado no impacto, por exemplo, das experiências feitas em seres humanos e animais e a utilização de técnicas desumanas como a clonagem.

tratamento dos iguais de maneira igual e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade. Esta por si só, já é a realização da impossibilidade de haver justiça nos moldes de igualdade para todos, imputa-se, neste ponto da dialética a referenciação do artigo quinto da constituição brasileira, “todos somos iguais perante a lei”.

Há quem se posiciona em retratar justiça como falácia, não só pelos moldes aristotélicos, mas pela própria ideia de justiça de Platão. A chamada República platônica, em que os destinados a trabalhar em setores operacionais de trabalho – base da república – jamais terão a possibilidade de ascensão para a classe de guardiões – ou soldados –, assim como nenhum desses terá a chance de se participar da classe dos filósofos, dedicando-se integralmente ao estudo da filosofia e do mundo das ideias.

Ao contemplar as grandes sociedades, seja a Suméria, Antigo Egito, Cassita, Esparta, Macedônia Antiga, Império Otomano, todas têm algo em comum, a imperfeição humana e a incapacidade de reconhecer o outro ser – similar ou não – de forma justa e solidária, mesmo porque o conceito de justiça é diverso em cada uma dessas civilizações.

E de certa forma, jamais há de saber o que é, de fato, a justiça. A ganância diante do conceito de moralidade e direito das diferentes eras humanas são concretizadas a partir da destruição do que se considera inferior - ou imoral. Assim, objetiva-se a possibilidade de o direito e a moral auxiliarem um ao outro de forma que não haja discrepância na posituação de leis e sim, a equidade e equilíbrio entre ambas. Entretanto, é de maneira clara que o direito pode, em muitos casos, seguir opostamente à moral, é neste ponto em que o Poder Judiciário segue sua sina, a solução de conflitos.

Ao deslumbrar o Ativismo, diante esta perspectiva, percebe-se uma nova era judiciária, em que, o princípio da equidade, assim como as ideologias primordiais dos pensadores modernistas, exerce uma grande influência no atual direito subjetivo. Ou

seja, deslumbra-se o poder do povo em fazer valer seus direitos individuais fora da norma, buscando, através do Ativismo fontes basilares para a concretização intersubjetiva, em que, apesar da possível ilegitimidade democrática, fazem-se valer a possibilidade de satisfação social, de forma a agregar e solucionar disfunções sociais e constitucionais já menosprezadas – ou até esquecidas – pelo Poder Legislativo.

Todavia, revela-se, atualmente, a prática interpretativa positiva-exclusivo, por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, isto é, as decisões são projetadas diante razões não-jurídicas, mas isso não significa que há a ausência da imperiosidade do direito, uma vez que uma não pode ser pautada sem a outra. Disponibiliza-se, assim, a proporcionalidade do Direito Brasileiro a atingir um certo direito *ex post*, ou seja, um direito criado por tribunais – por decisões judiciais. Nesta seara, enaltece-se o jurista e filósofo Kant, por considerar o direito imutável, não em seu aspecto proveniente do âmbito normativista, mas sim que a Justiça é constante, e deverá ser perdurável, prosseguindo um movimento contínuo.

CONCLUSÕES

A bilateralidade atributiva se encaixa de forma intensa aos preceitos relativos ao *dever ser*, de forma que a própria soberania do Estado se lança a compor um dos polos da relação intersubjetiva – a título de exemplo, cita-se ADPF nº 54 e o Mandado de Injunção nº. 712. Outrossim, constata-se que a bilateralidade atributiva assiste com resistência ao Ativismo, mas agarra-se com forças aos ditames jurídicos, e consegue, com certa eiva, aperfeiçoar o seu fado. Tal designada a exercer o *dever ser* de maneira a elevar a justiça e a intersubjetividade à um novo patamar; a da conquista social perante assuntos e situações que, talvez, jamais seriam analisados pelo Poder Legislativo.

Pode-se ainda, concluir que a bilateralidade atributiva, por sua forma e natureza, compõe-se como parte do direito, e este por sua vez, difere-se da moral. Todavia, o Ativismo é o uso do direito, entretanto, sem deixar de considerar a Moral. Assim, comprova-se que essas verdades podem ser estruturadas de forma a serem exercidas de maneira simultânea, dançando a mesma música, mesmo que um pouco desconjuntado.

Dançam apenas pois o Ativismo nasce como uma vertente da Razão, e a música que estas dançam é chamada de Filosofia da Consciência, tal que disponibiliza os padrões de Justiça, assim como os valores sociais. Logo, esta dança é versada diante aos ideais kelsianos, de proporção intersubjetiva. Não obstante, admite-se que o trabalho não possui competência em apresentar uma faceta realista que ditará as razões do amanhã, e sim, aplicar a verdadeira arte da Filosofia no Direito, o “questionamento”. Exercer esta divina esmera, destina-se a inquirir sobre as realidades mundanas, quem somos, o que somos, pautar vícios e virtudes e a partir disso facilitar a vida em grupo.

Finda-se, expondo o ponto de vista crucial de Hart (2011, p. 141), para ele a discricionariedade é uma necessidade na medida em que “tal escolha é lançada sobre nós porque somos homens, não deuses”. Streck (2017, p. 209) diz o contrário, justamente por sermos humanos e não deuses é que não deve-se deixar decisões nas mãos dos homens.

Nesta perspectiva, indagasse, se decisões devem apenas ser proferidas por deuses, assim como julga Streck, qual é o sentido em articular e analisar duas ou mais concepções diferentes para se chegar em uma conclusão? afinal o corpo social estaria fadado ao caos de uma maneira ou de outra. Por ora, a sensatez guia-nos à apreciação de se investir como deuses nas realidades humanas, de forma a compreender que a perfeição é por si é utópica.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KANT, Emanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Afonso Bertagnoli. São Paulo: Editora S.A., 1993. Versão eBook. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/kant/1788/mes/pratica.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2018.

KELSEN, Hans (1881-1973). **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Versão condensada pelo próprio autor).

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral: uma polêmica**. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

_____. **Humano, Demasiado Humano**. v. II. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

_____. **O que é Justiça?** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo Código civil, 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004.

REVISTA DIREITO --- FAE

_____. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso Moderno de Filosofia do Direito**. São Paulo: Altas, 2012.

SOARES, André Marcelo M. **Bioética Secular**: o princípio da gentileza. Ano III, nº 1. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Grupo Editorial Letramento: Casa do Direito, 2017.