CONSTITUCIONALISMO, GLOBALIZAÇÃO E DIREITO: a crise institucional-estatal à luz da sentença do Tribunal de Justiça de Luxemburgo de 14/3/2013

CONSTITUTIONALISM, GLOBALIZATION AND LAW: the institutional-state crisis in the light of the Luxembourg Court of Justice's ruling dated 14 March 2013

Kelly Susane Alflen da Silva

RESUMO

Realiza releitura da crise moral, institucional e do Estado, desde a perspectiva de dois fenômenos principais, que são o constitucionalismo e a globalização, bem como sobre a imprescindibilidade de a moral permear não só a vida na esfera privada, como na esfera pública.

Afirma que a moral deve abarcar, inclusive, o Poder Judiciário, para que se ecoem decisões mais justas, consentâneas com a realidade social que se apresenta no mundo circundante e globalizado, para além de uma postura formalista (legalista) do Direito que descura dos aspectos sociológicos.

PALAVRAS-CHAVE

Sociologia jurídica; constitucionalismo; globalização; moral; decisão judicial; novo constitucionalismo; Tribunal de Justiça de Luxemburgo; sentença de 14/3/2013.

ABSTRACT

The author considers the moral, institutional and state crisis – from the standpoint of two main phenomena, namely constitutionalism and globalization – and also the indispensability of morality to permeate life just as much in the private sector as in the public one.

She states that morality should also involve the Judiciary, so that fairer decisions are delivered, in line with the social reality of the surrounding and globalized world, in addition to a formalist (legalistic) stance of Law that neglects sociological aspects.

KEYWORDS

Legal Sociology; constitutionalism; globalization; morality; legal ruling; new constitutionalism; Luxembourg Court of Justice; ruling dated 14 March 2013.

1 EXCURSO INTRODUTÓRIO

Indubitavelmente, nas últimas décadas, fatores têm contribuído consideravelmente para transformar os sistemas jurídicos. Um desses fatores, como bem refere José Eduardo Faria, é *a internacionalização da economia sobre o Direito, além do progressivo deslocamento da iniciativa dos parlamentos nacionais intergovernamentais e para corpos não políticos, a correlação entre análise de risco (Ulrich Beck) e segurança jurídica, a tendência de primazia da essência sobre a forma e a multiplicação de normas por princípios, em detrimento do excesso de formalismo das visões convencionais do ordenamento jurídico*[1] (FARIA, 2011, p. 9).

Esses fatores, segundo Manuel Atienza, são o constitucionalismo e a globalização[2], pois, *se a globalização econômica pode ser definida como a diferenciação funcional das atividades produtivas, comerciais e financeiras*[3] *em escala mundial, pode-se perguntar, com base em José* Eduardo Faria, pelo como interpretar-se *as crises estruturais desse processo, que tendem a provocar rupturas e perturbações na ordem institucional em vigor, particularmente, concebidos para um contexto histórico de afirmação dos princípios da soberania e da legalidade?* (FARIA, 2011, p. 9)

Afinal, segundo Manuel Atienza, o que há de se pressupor é a submissão do poder político ao Direito. E, nesse sentido, conforme afirma Jürgen Habermas (1997, p. 237), *se, na modernidade, as normas do direito se reduzissem apenas às ordens do legislador político, o direito dissolver-se-ia em política. Isso, porém, implicaria a dissolução do próprio conceito de político. Mas, de qualquer modo, sob esta premissa, o poder político não poderia mais ser entendido como poder legitimado pelo direito; pois um direito posto inteiramente à disposição da política perderia sua força*. Portanto, assiste razão à Manuel Atienza, ao defender a submissão do poder político ao Direito.

No entanto, de parte do direito, a submissão é de âmbito estatal e, no que tange à globalização, pressupõe sua submissão ao poder político e econômico, transcendendo as fronteiras dos Estados. Assim, a questão maior que se coloca é o requerimento de um ajuste entre ambos (ATIENZA, 2013, p. 31): entre Direito e globalização, que perpassa, necessariamente, pelo constitucionalismo, já que a soberania e a legalidade são pressupostos de ordem histórico-cultural nas esferas estatais.

Esse ajuste tanto se faz imperioso, que, como bem afirma Jürgen Habermas (1997, p. 237), *a partir do momento em que a validade do direito é desligada dos aspectos da justiça, que ultrapassa as decisões do legislador, a identidade do direito torna-se extremamente difusa. Pois, neste caso, desaparecem os pontos de vista legitimadores, sob os quais o sistema jurídico poderia ser configurado para manter determinada estrutura do* médium do direito. Por isso, centra-se a questão nos epítetos fenomênicos – como bem refere Manuel Atienza – no constitucionalismo e na globalização.

2 CONSTITUCIONALISMO (ATIENZA) OU NOVO CONSTITUCIONALISMO NECESSÁRIO (TEUBNER): UM TRÍPLICE DEVER DA SOCIOLOGIA

Nesse sentido, o problema que se apresenta, por decorrência, é o de se saber se cabe pensar em algum tipo de colmatação entre ambos, ou melhor, se um desses fatores e, provavelmente, a globalização irão impor-se sobre o outro. E, desde já, portanto, pode-se afirmar, possivelmente, que o futuro do Direito, em boa parte, nisso se encontra (ATIENZA, 2013, p. 31).

De início, porém, cabe dizer que, quando se fala em "constitucionalismo" é preciso esclarecer que a expressão possui um caráter ambíguo, visto que, com essa terminologia, pode-se designar tanto um fenômeno como a maneira de conceituar-se esse fenômeno, bem como pode ser um processo que está tendo lugar no Direito, como o seu impacto sobre o pensamento jurídico (ATIENZA, 2013, p. 32).

É nesse contexto que está tendo sede no Direito que Gunther Teubner afirma que, atualmente, a globalização atribui à sociologia um tríplice dever: (a) de indagar empiricamente o processo de constitucionalização – se de dentro ou de fora do Estado; (b) de propor uma teoria do constitucionalismo da sociedade global; (c) de desenvolver as pré-condições sociológicas para a prospectiva normativa no Direito e na política. Mas, o *se* e *como* a dogmática do Direito Constitucional poderá reagir a tais "inquietações" sociológicas remanescem uma questão aberta (TEUBNER, 2013, p. 2).

Daí, porque o "constitucionalismo", considerado como fenômeno na perspectiva de Manuel Atienza (2013, p. 32), *não pressupõe meramente a existência de sistemas jurídicos com algum tipo de Constituição, principalmente, porque "Constituição" faz referência à estrutura de um organismo político, de um Estado: à conjectura e organização dos poderes de decisão coletiva de uma comunidade, de modo que, se compreendido nesse sentido o constitucionalismo, então, qualquer sistema jurídico – que pressupõe uma organização política – teria uma Constituição*. No entanto, em sentido estrito, uma Constituição requer mais requisitos, como uma declaração de direitos e uma organização atinente à separação de poderes. Assim, nesse sentido estrito, só existiriam Constituições nos Estados de Direito (ATIENZA, 2013, p. 32).

Hodiernamente, porém, quando se fala sobre "constitucionalismo" ou "Estado constitucional", o que se quer dizer é um ordenamento jurídico constitucionalizado, que se caracteriza, antes de tudo, por possuir uma Constituição com um catálogo de direitos e com disciplina à legislação, à jurisprudência, à ação dos atores políticos ou às relações em

sociedade (ATIENZA, 2013, p. 33), o que, pelo que se depreende de Gunther Teubner, faz com que se possa falar de um "Novo Constitucionalismo", mormente uma vez considerada a necessidade de uma disciplina, também, dos aspectos econômicos, tornando emergente uma constituição econômica global (TEUBNER, 2013, p. 3).

Logo, como bem menciona Manuel Atienza (2013, p. 33), *a constitucionalização não é uma questão de tudo ou nada, mas um fenômeno essencialmente gradual, já que as categorias que o definem podem realizar-se com uma intensidade variável*.

Dentre as categorias que constituem esse fenômeno, pode-se referir: 1) a força vinculante da Constituição (SILVA, 2006, p. 231-232), que obriga a todos os poderes públicos, especialmente, vincula e limita o legislador; 2) a unidade e a exatidão funcional da Constituição, o que pressupõe a existência de tribunais com competência para anular leis ou outras disposições ou decisões que violem a Constituição; 3) a higidez constitucional, que implica a existência de mecanismos que dificultam a mutação constitucional; 4) a interpretação das leis conforme a Constituição (SILVA, 2009, p. 236-239), bem como de todas as fontes normativas do ordenamento jurídico adequando-as à Constituição; 5) a aplicação imediata da Constituição; e 6) a vinculação da Constituição sobre as relações políticas (ATIENZA, 2013, p. 33).

Como se vê, o constitucionalismo implica pressuposição de grandes mudanças nos sistemas jurídicos (ATIENZA, 2013, p. 33), já que o Direito não pode mais ser compreendido meramente como um conjunto de prescrições normativas, tais como imperativos categóricos, mormente quando o que caracteriza as Constituições atuais – particularmente em relação ao catálogo de direitos – são preceitos que estatuem princípios e valores, tais como a igualdade diante da lei, a dignidade humana, o pluralismo político, dentre outros. Isso faz com que o Direito exsurja como algo indeterminado, ou mesmo poroso, na expressão de Winfried Hassemer, distintamente do que no Estado "Legislativo" de Direito.

[...] no Estado Constitucional, há uma maior relevância atribuída [...] à tarefa de fundamentação e motivação das decisões. Especialmente, os órgãos públicos – e, em particular, os órgãos do Poder Judiciário – não podem simplesmente decidir, mas precisam motivar as decisões fundamentadamente.

Por consectário, se, de um lado, torna-se imprescindível uma maior atuação dos juízes (intérpretes da lei) por meio de um poder muito mais amplo do que possuíam anteriormente, com vistas a salvaguardar os direitos dos cidadãos (ATIENZA, 2013, p. 34), de outro lado, torna-se necessário substituir-se o critério de validez das normas do Estado Legislativo – que era formal e procedimental – por outros requisitos de cunho material.

Deste modo, para que, no Estado Constitucional, seja válida uma norma, é preciso que esteja conforme a Constituição, bem como que não contrarie princípios[4] e direitos fundamentais nela prescritos (ATIENZA, 2013, p. 34). Logo, no Estado Constitucional, há uma maior relevância atribuída (outorga, por assim dizer) à tarefa de fundamentação e motivação das decisões. Especialmente, os órgãos públicos – e, em particular, os órgãos do Poder Judiciário – não podem simplesmente decidir, mas precisam motivar as decisões fundamentadamente.

Em consequência, espaços que antes eram privativos da política passam, também, a ser controlados pelo Direito, na medida em que todos os atos discricionários dos poderes públicos podem ser, em maior ou menor escala, passíveis de controle jurisdicional, de modo a se poder referir que o que existe são atos puramente políticos (ATIENZA, 2013, p. 34).

Em outras palavras: as fronteiras entre o *Direito, a moral e a política* – campos clássicos da razão prática – tendem cada vez mais a se tornarem líquidas (Bauman), uma vez que os princípios e valores morais e políticos (que integram a Constituição) formam parte do Direito e, por corolário, a razoabilidade jurídica, a partir desses materiais, não pode ser entendida como uma razoabilidade "isolada", considerando-se, para tanto, que os elementos morais e os políticos também desempenham um papel importante, ainda que isso não queira significar o desconhecimento das peculiaridades do argumento jurídico-judicial (ATIENZA, 2013, p. 35).

Todavia, um Estado Constitucional de Direito apresenta prós e contras. Assim, se, de um lado, trata-se de um sistema jurídico que leva a sério os direitos fundamentais e os valores da democracia, de outro lado, essa indeterminação do Direito, ao reconhecer princípios e valores (LAPORTA, 2007), coloca em risco um valor moral de ordem preponderantemente fundamental no sistema jurídico, como o da autonomia privada (pessoal). Igualmente, o excessivo poder dos juízes (não só os juízes dos tribunais constitucionais) implica um risco para a democracia[5], pois os "doutores do Direito" já não são os legisladores –representantes da vontade popular –, porém órgãos que carecem de legitimidade democrática, pois juízes podem ser nomeados (haja vista o quinto constitucional), e não são só os juízes de carreira (ATIENZA, 2013, p. 35).

É nesse sentido que, até aqui, tem-se feito referência ao constitucionalismo como fenômeno característico de muitos sistemas jurídicos. Mas é preciso perguntar-se: como a influência dessas mutações tem tido lugar no pensamento jurídico? Ou melhor, qual a reação que se pode observar nos teóricos do Direito?

A respeito dessas questões, são pertinentes dois grandes tipos de respostas, sendo que cada uma delas admite graduações distintas, podendo-se apresentar uma resposta mais ou menos cética ou mais ou menos entusiasta acerca do constitucionalismo jurídico.

De um lado, sob a perspectiva dos céticos, os teóricos do Direito podem ser partidários do positivismo jurídico (ATIENZA, 2013, p. 88). E isso quer dizer que o Direito tende a ser compreendido como um conjunto de prescrições normativas instituídas pelo poder político (ATIENZA, 2013, p. 81). É, portanto, um fenômeno autoritário e distinto da moral, muito embora com algumas zonas de intersecção com esta (ATIENZA, 2013, p. 80, 88). Considere-se, porém, que, em um sistema democrático, essas regras são estabelecidas pelo Poder Legislativo, pelos representantes legitimados a representar a vontade geral do povo, sendo que as normas jurídicas estão respaldadas pela coerção estatal e pressupõem proteção e salvaguarda à

liberdade dos indivíduos, devendo ser aplicadas pelos juízes mediante procedimentos, "em geral", de subsunção, pois, somente deste modo, pode-se assegurar a certeza do Direito. Nesse sentido, pode-se vislumbrar que o positivismo, assim compreendido, está atrelado a valores tais como, por exemplo, a liberdade (ATIENZA, 2013, p. 86) e a igualdade – que se encontram implícitos na generalidade e na abstração das normas legais que se dirigem aos indivíduos –, além da imperatividade da normatividade.

Esses valores, no entanto, constituem-se valores formais – que determinam a autonomia da vontade do indivíduo – e são de extrema relevância. Daí, porque, para os céticos, é motivo de instabilidade do Direito que os princípios e os valores permeiem as virtudes do legalismo, a exemplo de Ricardo Guastini (ATIENZA, 2013, p. 88).

De outro lado, os adeptos do constitucionalismo não propugnam por uma mesma concepção do Direito, muito embora o debate sobre o objetivismo e o ceticismo moral integre a discussão em torno do constitucionalismo (ATIENZA, 2013, p. 88). É nessa perspectiva que autores como Ferrajoli e Hesse (1998, p. 29 e ss. APUD SILVA, 2006, p. 220-221)[6] propugnam que os juspositivistas continuam compreendendo o Direito como um fenômeno autoritário, que se identifica com as leis, – todavia, saliente-se, com as *leis-e-a-Constituição*, na medida em que os juízes e os demais operadores do Direito se vinculam à lei e à Constituição (SILVA, 2006, p. 230, 239). Portanto, trata-se de uma novel concepção do Direito, que se deve, sobretudo, à possibilidade de existência de normas formalmente válidas, mas substancialmente inválidas (inconstitucionais).

Isso faz com que a ciência do Direito, para além de **colmatar** lacunas[7] e contradições geradas pela violação dos direitos prescritos constitucionalmente (mas não disciplinados legalmente), requeira uma atuação do juiz de modo que a aplicação e interpretação das leis em conformidade com a Constituição concorram para que a jurisdição seja compreendida como dotada de um aspecto pragmático e de responsabilidade cívico-moral.

Entretanto, há autores que propugnam que o fenômeno do constitucionalismo pressupõe, desde uma perspectiva teórica, uma superação do positivismo jurídico, sendo que o eixo fundamental refere que ao conceito de Direito devem ser integrados um elemento imperativo (autoritário) e um valorativo. Assim, o Direito não pode ser compreendido como uma realidade dada – nas palavras de Miguel Reale (2004, p. 23), como produto de uma autoridade (de uma *voluntas legis*), mas como uma prática social que incorpora uma pretensão de justificação ou de correção. O que, por sua vez, implica um certo objetivismo valorativo (BETTI, 1990, v. 1, p. 1).

[...] há autores que propugnam que o fenômeno do constitucionalismo pressupõe, desde uma perspectiva teórica, uma superação do positivismo jurídico, sendo que o eixo fundamental refere que ao conceito de Direito devem ser integrados um elemento imperativo (autoritário) e um valorativo.

Justamente a respeito disso é que Manuel Atienza esclarece que os positivistas são céticos morais, o que os leva a verem com muita prevenção o rol dos princípios na fundamentação jurídica e a serem críticos da ponderação e tal se dá, muito embora sejam os positivistas considerados objetivistas éticos (ATIENZA, 2013, p. 79). No entanto, o objetivismo moral, sob uma perspectiva de Manuel Atienza, é um requisito necessário para dar-se sentido ao Direito. Em realidade, um objetivista moral é um realista moral, pois, como bem salienta Dworkin (apud ATIENZA, 2013, p.79), o que sustenta o objetivista é a possibilidade de dar razões objetivas a favor dos enunciados morais que ele considera razoáveis.

No entanto, ser objetivista moral não é o mesmo que ser um "absolutista moral", como bem salienta Manuel Atienza (2013, p. 83), visto que o objetivista moral, de modo contrário ao absolutista moral, está aberto à discussão racional e intenta que seus juízos morais reflexivos estejam corretos, mas está disposto a deixar-se convencer por argumento *a fortiori* (ATIENZA, 2013, p. 84). Exemplificativamente, pode-se apontar a assunção de que os direitos humanos não são meramente convicções, mas possuem um fundamento na moral – moral universal, como se depreende de Norberto Bobbio em sua obra *A Era dos Direitos* (BOBBIO, 2004, p. 93) –, o que implica, certamente, um objetivismo moral. Afinal, propugnar que não se pode construir um discurso moral com pretensões de objetividade (ATIENZA, 2013, p. 82) é propugnar por não poder dar-se sentido à prática desses direitos e à prática da justificação das decisões do jurista, porque sua argumentação pressupõe, necessariamente, premissas morais, isto é, premissas que, para um cético moral, fariam com que se considerassem injustificadas suas decisões (ATIENZA, 2013,p. 83).

Nesse sentido é que, para Dworkin (APUD OLIVEIRA JÚNIOR, 1997, p. 65-76), a interpretação no Direito deve possuir um caráter construtivista, para o qual interpretar pressupõe procurar apresentar um objeto ou uma determinada prática como o melhor exemplo possível do gênero (DWORKIN apud ATIENZA, 2013, p. 39) a que pertence, sendo, para tanto, mister fundamentar-se em uma teoria que permita uma maior realização dos princípios[8] que conferem sentido à prática (ATIENZA, 2013, p. 39).

É dizer, em outras palavras, que, muito embora os juristas não tenham consciência, a sua atividade é política (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016, p. 150). E uma interrogação acerca do caráter político da atividade judicial é bem formulada por José Alcebíades de Oliveira Júnior, em sua obra *Sociologia do Direito,* da seguinte forma: *o Poder Judiciário estaria submetido, como os demais poderes, a uma responsabilidade política?* (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016, p. 159), esclarecendo ainda a questão, interrogando sobre em que medida um sistema de responsabilidade política judicial resultaria contrário aos princípios constitucionais de independência judicial e inamo-

vibilidade (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016, p. 160). Mas esse caráter político resta bem esclarecido pelo Prof. José Alcebíades de Oliveira Júnior, ao mencionar acerca da classificação das decisões judiciais em Ronald Dworkin, já que [...] *as decisões judiciais podem conter, por um lado, argumentos de princípio político, especialmente relacionados aos direitos fundamentais da pessoa humana; e, por outro, argumentos de procedimento político, ligados, por assim dizer, aos interesses da coletividade, funcionando, a partir de alguma concepção de bem-estar, de interesse público. E é dessa distinção que a ponderação sobre a prevalência dos princípios em jogo deve ser encontrada, entendendo que os primeiros devem ter prioridade*. (OLIVEIRA JÚNIOR; SOUZA, 2016, p. 150).

Por conseguinte, é nesta forma de ser entendido o constitucionalismo que recebe destaque uma atribuição de certa prioridade ao elemento valorativo do Direito sobre o imperativo, apesar de não implicar uma subtração dos valores do legalismo. Daí a razão da pertinência da defesa que fazem os positivistas quanto a esses valores. Afinal, pode-se afirmar, com Manuel Atienza, que *mientras que los no positivistas (o pospositivistas: defensores del constitucionalismo en cuanto concepción que se sitúa en el* nível de *la teoria general del Derecho, no en el marco estricto del Derecho constitucional) somos por lo general, objetivista éticos; conscientes de los riesgos que supone la utilización de los princípios en el razonamiento jurídico (judicial), pero también de que los princpios juegan um papel proeminente (y necesario) en la yustificación judicial (sobre todo en las cortes constitucionales); y defensores de la idea de que la ponderación es um método que puede usarse conforme a parámetros de racionalidad, de racionalidad práctica, aunque, naturalmente, eso no quiere decir que siempre se haga así* [...] (ATIENZA, 2013, p. 88-89).

Para esses defensores do constitucionalismo, os direitos são indubitavelmente incertos, pois o que os juristas positivistas reprovam é o desprezo ao elemento de autoridade, ou seja, ao imperativo categórico, às regras, à subsunção. No entanto, tais direitos são imbuídos de uma tensão nem um pouco egoísta. Por isso, é possível afirmar-se que o que deve orientar o trabalho do jurista que pretenda operar com sentido no marco dos Estados constitucionais é o propósito de obter algum tipo de ajuste que integre, num todo coerente, a dimensão autoritária do Direito aliada a uma ordem principiológica de valores.

Mas é sob o prisma de um contexto globalizado e transnacional, que Reinhardt Koseleck (2006, p. 369), referido por Gunther Teubner (2013, p.2 e ss.), tem criticado o fato de que, ainda hoje, a teoria e o Direito Constitucional dedicam sua atenção exclusivamente às constituições estatais (TEUBNER, 2013, p. 5), e, nesse sentido, pode-se afirmar que os clássicos da sociologia haviam elevado essa questão não só com relação ao Estado, mas com relação a todos os setores da sociedade (TEUBNER, 2013, p. 5) (DURKHEIM, p. 39 e ss., p.163 e ss.). Pois, isso conduz, evidentemente, a uma superação dos limites tradicionais do Direito, não apenas no que diz respeito à relação com a moral e política, mas, igualmente, em relação à grande divisão entre Direito Público e Direito Privado, ou, ainda, quanto à distinção entre direito interno e externo (ATIENZA, 2013, p. 44). O que deixa aberta a questão de um novo constitucionalismo, segundo Teubner, em face dos requerimentos sociológicos do mundo global.

3 GLOBALIZAÇÃO, DIREITO DA GLOBALIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO GLOBAL

No que concerne à globalização, pode-se dizer que é uma metáfora justificada por um universo, o universo da globalização, que é apenas em parte um universo propriamente dito, mas concretizado numa perspectiva realista (Hoffe, 1991), diante do qual impõe-se uma distinção entre esse fenômeno da globalização em si e a concepção jurídica desse fenômeno, quer dizer, entre as mutações jurídicas que se produzem com a globalização e o modo como essas mutações se apresentam no plano teórico, ainda mais quando, como bem afirma André-Jean Arnaud, *a globalização implica uma tomada de consciência de que muitos problemas não podem mais ser tratados mediante uma simples referência aos Estados sem uma referência aos vínculos que passaram a unir as partes diferentes do globo terrestre, quer sejam sociais, jurídicos, culturais, econômicos etc.* (ARNAUD, 1999, p. 11).

Globalização, pois, é algo relativamente impreciso, mas que comporta algumas diretrizes, ao menos. Como bem aponta Steger, *a globalização é um conjunto multidimensional de processos sociais que cria, multiplica, desenvolve e intensifica intercâmbios e interdependências sociais a nível mundial* (STEGER, 2013, p. 13) (ATIENZA, 2013, p. 40). Pode ser compreendida, em outras palavras, como a tendência para uma crescente inter-relação do conjunto de países e sociedades do mundo. A globalização é, em realidade, um processo cujo eixo principal são o comércio internacional e os fluxos de capitais (SANTOS, 2002, p. 31). Ela compreende ainda as dimensões (SANTOS, 2002, p. 27) de natureza sociocultural, de caráter tecnológico (ATIENZA, 2013, p. 41) e de ordem política.

Se a globalização se percebe como algo com contornos relativamente imprecisos, no que diz respeito ao Direito, este é percebido muito mais como receptor dessas grandes mutações globais, não no que diz respeito às causas, mas no que se relaciona aos efeitos da globalização. Em outras palavras, corresponde à força desta dinâmica, o que, provavelmente, está ocasionando certo grau de obsolescência de instituições jurídicas e políticas.

O que significa dizer que a globalização comunicativa, econômica ou social não tem sido acompanhada de uma paralela globalização jurídica (ATIENZA, 2013, p. 41), ou seja, apesar de inegáveis a natureza global de muitas ações e atividades econômicas e a predominante natureza particular e estatal das normas jurídicas em que se sustenta, isto produz consequências que têm servido de motivo para uma incerteza que tem criado a globalização. Porém, há de se perguntar se isto é certo, assim como há de se perguntar pelo *modus* (ATIENZA, 2013, p. 42).

Isso posto, pode-se dizer que será correta essa posição se vislumbramos, particularmente, de um lado, a existência como Direito estatal e como Direito internacional, no sentido clássico da expressão, em que os atores são os Estados. Porém, de outro lado, não será correta essa posição se, em vez de vislumbrar o chamado "Direito instituído", assim se realizar na juridicidade proveniente de instâncias informais ou mais ou menos informais (ATIENZA, 2013, p. 42).

A razão disso advém de se poder pensar que o principal risco da globalização jurídica consiste na privatização do Direito (ATIENZA, 2013, p. 42), o que, *mutatis mutandis*, implica, em linhas gerais, o fato de que a globalização tem conduzido a uma tendência à privatização da esfera pública. Logo, o império da lei – como produto da vontade estatal legiferante – foi passado aos contratos entre particulares, apesar de muitos desses sujeitos particulares serem empresas multinacionais (TEUBNER, 1989, p. 281 e ss.).

Consectário disso é que há uma perda da soberania por parte dos Estados como consequência inarredável do desenvolvimento, tanto do Direito supranacional quanto do Direito transnacional (FARIA, 2011, p. 49-52), o que é exemplificado pela existência de um Direito Europeu (FARIA, 2011) que pressupõe que uma boa parte das normas jurídicas vigentes nos Estados da União Europeia não possuam uma origem estatal (apenas), ou que, pelo menos, estejam sobremaneira condicionadas por normas supralegais.

O paradigma, pois, é o da União Europeia. Nesse sentido é que, nas palavras de José Eduardo Faria, um quarto cenário do Estado é o de um *aprofundamento institucional de blocos de integração comercial e de processos de regionalização, com a expansão de experiências de "multisoberania", a partir de uma divisão horizontal e vertical de competências legislativas, de entrega voluntária de aspectos da soberania pelos países membros* (FARIA, 2011, p. 49-52). Outro exemplo é a "*lex mercatoria*" (ATIENZA, 2013, p. 43; TEUBNER, 2013, p. 3-4), que rege o comércio internacional[9] e que não é estabelecida pelos Estados nacionais, nem pelas instituições públicas de caráter internacional, porém por pareceres advocatícios, o que equivale, segundo Gunther Teubner, a um direito autopoiético da economia global, que tem sido positivado como um extrato das normas constitucionais nos contratos e pareceres (TEUBNER, 2013, p. 3).

Destarte, *os principais protagonistas do Direito da Globalização não se encontram na esfera público-legislativa, mas são os juízes, a exemplo dos que integram o Tribunal de Justiça da União Europeia, que têm atuado de modo a colmatar o Direito Europeu, como um consenso sobre o primado do Direito e do sistema judicial como um dos novos componentes da nova forma política globalizada, além dos* experts, *os professores e advogados que atuam como árbitros no cenário do comércio internacional* (ATIENZA, 2013, p. 43). Diante disso, a globalização teria feito exsurgir um novo tipo de Direito – o denominado *soft law* (ATIENZA, 2013, p. 43-44) –, que privilegia mecanismos de resolução de conflitos ao invés da coerção estatal (ante a jurisdição), quer no âmbito da economia *global*, da *lex mercatória* (*global economic)*, do *global administrative law,* da constitucionalização do direito internacional. Mas, em todos esses setores, segundo Gunther Teubner, é imprescindível, para a análise sociológica do Direito, que se reflita a respeito do dever de individuar-se as particulares características da constitucionalização global (TEUBNER, 2013, p. 3-5).

Se a globalização se percebe como algo com contornos relativamente imprecisos, no que diz respeito ao Direito, este é percebido muito mais como receptor dessas grandes mutações globais, não no que diz respeito às causas, mas no que se relaciona aos efeitos da globalização.

É nessa mesma perspectiva que o Direito – o Direito da Globalização – não consiste apenas em normas jurídicas, mas em pautas de atuação traduzidas no *soft law*, as quais orientam os atos dos indivíduos de modo distinto ao *hard law*, isto é, tal como sucede com as Diretivas Europeias, que servem como mecanismos de regulação (ATIENZA, 2013, p. 44).

Deste modo, o Direito não se apresenta como originário da imposição de uma vontade estatal, mas de um acordo produzido (discurso legitimado) desde sua base. Assim sendo, a função do Direito não seria só a de prescrever imperativamente a conduta, mas também de proporcionar formas de atuação. Logo, sua natureza não seria tanto política quanto instrumental (ATIENZA, 2013, p. 44). Isso tudo demonstra, como bem salienta Atienza, *que a globalização tem tido uma importante repercussão no Direito, transformando suas instituições, bem como ocasionando novas formas de juridicização, inclusive, alterando as clássicas funções do Direito* (ATIENZA, 2013, p. 45). Exemplo disso é o Direito Europeu, que restringe o Direito interno dos Estados-membros da União Europeia, na medida em que possibilita um "diálogo entre fontes" – por assim dizer-se com Eric Jayme[10] – entre as instâncias jurisdicionais e legislativas europeias e estatais.

No entanto, mister salientar-se que o Direito e a Globalização se imbricam reciprocamente, pois, se de um lado o Direito sofre os influxos da globalização, por outro lado, esta também não prescinde do Direito, já que, sem ele, não teria havido mercado no Estado moderno (ATIENZA, 2013, p. 45). Não obstante, o que tem significado nisso tudo é que a globalização, até o presente momento, tem contado com a predominância de uma ideologia neoliberal (SANTOS, 2002, p. 29), segundo a qual a ordem espontânea condiz com o resultado de que o seu máximo expoente é o mercado (ATIENZA, 2013, p. 45).

Consequência disso é que a razão do Direito é a manutenção e preservação desta ordem espontânea (ATIENZA, 2013, p. 46). Nesse sentido, *a globalização significa a subordinação da política ao mercado, da lei (ou do tratado) ao contrato, o qual se apresenta no ideal da desregulamentação, ou seja, de uma economia mais globalizada, e, portanto, menos disciplinada por normas jurídicas estatais ou de direito internacional* (IDEM).

Todavia, esclarece-se que, com a globalização exsurge um novo tipo de regramento, mormente o de caráter público, o que quer dizer que essa denominada "desregulamentação" não implica a inexistência ou quase não existência de normas, mas quer dizer que há um novo tipo de regramento. Significa, ainda, que, além de uma convergência, harmonização e unificação das legislações nacionais (FARIA, 2011, p. 44), há uma "hiperglobalização", em que se expandem as legislações nacionais (FARIA, 2011, p. 46), rumo a um Direito mundial em que a governança se dá à "margem" ou "exterior" do Direito positivo tradicional, de uma

dinâmica jurídica sistematicamente autônoma com relação aos poderes públicos, de formas regulatórias estranhas às tradicionais formas de intervenção estatal do Direito positivo, inclusive, por normas de natureza privada (FARIA, 2011, p. 50).

Isso porque a esfera pública – em muitos aspectos – passou a ser apenas a exteriorização de pretensões privadas de muitos indivíduos organizados em grupos de interesses[11] (OLIVEIRA JÚNIOR; SOUZA, 2016, p. 159). Como bem diz Faria (2011, p. 62), em sua obra *O Estado e o Direito Depois da Crise*, ao elucidar sobre a desjuridificação e procedimentalização, bem como sobre o sistema jurídico e seus múltiplos níveis, *a primeira estratégia num contexto do mundo globalizado exigiu uma revisão das políticas legislativas tradicionais e uma redefinição das fontes formais de Direito, pois ampliou um drástico enxugamento do ordenamento jurídico e o subsequente estímulo à sociedade para que desenvolvesse nos espaços desregulamentados formas e mecanismos de autocomposição de interesses.* Sendo que *a* ***desjuridificaç****ão se dá por meio de um processo de deslegalização e desconstitucionalização de direitos e de criação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos* [...] (FARIA, 2011, p. 63).

Por sua vez, *na procedimentalização do Direito, os Estados deixam de decidir o conteúdo das leis, limitando-se a estabelecer marcos ou procedimentos para que os diferentes setores sociais possam discutir e negociar as alternativas normativas mais adequadas aos seus respectivos interesses. Em vez de impor regras que comandam fins substantivos a serem compulsoriamente atingidos, a procedimentalização é uma técnica pela qual esses fins podem ser induzidos; os fins substantivos não desaparecem, os meios de atingi-los é que mudam* (FARIA, 2011, p. 63).

Nesse sentido, José Alcebíades de Oliveira Júnior esclarece, em sua obra *Sociologia do Direito: Desafios Contemporâneos*, que [...] *a crise da legalidade de que fala Ferrajoli pode ser associada à globalização quando se toma em conta o quanto os poderes executivos comprometidos (com o dever de casa) rompem o sistema de tripartição dos poderes, clássico no Estado de Direito, basicamente com a execução de uma enxurrada de medidas provisórias. Assim, configura-se o exercício do poder apenas com aparência formal de legalidade, de vez que a maioria das medidas se traduz em uma imprópria forma de legislar que, em nome da urgência, coloca decisões não discutidas pelos representantes eleitos para tal* (OLIVEIRA JÚNIOR; SOUZA, 2016, p. 123-124).

É, notadamente, isso que faz com que o fenômeno da globalização seja visto sob uma perspectiva, como ceticismo[12], afinal, a liberalização da economia de mercado – a "desregulamentação" – tem sido acompanhada da parca adoção de medidas de garantias para os direitos humanos, como assevera Atienza (2013, p. 47), em especial, para os direitos sociais, o que faz com que se possa afirmar que a justiça social é um dos maiores riscos que acenam a um prejuízo carente de qualquer respaldo de ordem moral no âmbito da globalização.

Em verdade, *ao passo em que a globalização tem promovido riqueza no mundo, assim tem feito às custas da propagação de novas desigualdades sociais (SANTOS, 2002, p. 33) entre os indivíduos e os países, bem como tem ocasionado uma degradação do meio ambiente, o que pode ter efeitos nefastos para as gerações futuras* (ATIENZA, 2013, p. 47). Por decorrência, o Direito da Globalização é, notadamente, um Direito não democrático (IDEM), sendo que a perda da soberania dos Estados ou uma **desnacionalização** dos Estados tem implementado um retrocesso da democracia (SANTOS, 2002, p. 37), particularmente porque o âmbito em que esta opera é o âmbito do Estado (ATIENZA, 2013, p. 47), sendo relevante, nos dias atuais, a reflexão sobre o Direito e a justiça global ou transnacional[13].

Esse retrocesso é passível de ser notado, particularmente, quando, cotidianamente, os procedimentos democráticos têm convertido em fórmulas vazias de conteúdo os direitos sociais, e os direitos políticos têm se tornado cada vez mais inoperantes, com exceção se houver a anuência do poder global (ATIENZA, 2013, p. 49). Por conseguinte, exsurgem novas instituições implementadas fora do alcance do exercício da liberdade política. No entanto, parece que a regressão da democracia (BOBBIO,1997, p.113) está de mãos dadas com tudo o que é novo político-socialmente no mundo globalizado (ATIENZA, 2013, p. 49), pois parece que a democracia sempre duvidou e continua a duvidar de si mesma, como bem enuncia Norberto Bobbio (1997, p.113), muito embora isto não seja a sua fraqueza, mas a sua força (BOBBIO,1997, p.118), o que parece ser quase inconteste (CAPELLA, 2005, p. 23).

Afinal, é evidente que erigir as instituições jurídico-políticas do constitucionalismo – instituições direcionadas à implementação da proteção dos direitos humanos e a assegurar um exercício democrático do poder – a um patamar mundial não é algo simples (ATIENZA, 2013, p. 58), pois trata-se de uma exigência de ordem moral que requer ideias pontuais e claras a respeito dos fins a que se almeja e sobre os meios à disposição (ATIENZA, 2013, p. 59); logo, não tem um fim salvaguardado. O que se quer dizer, pois, é que um dos maiores problemas sociais da humanidade é a profunda desigualdade econômica entre seus habitantes. Pelo que o qualificativo de "universalidade" dos direitos e das obrigações que a globalização intenta tem contribuído para avolumar mais ricos e mais pobres (ATIENZA, 2013, p. 60).

4 PARA MAIS ALÉM DO FORMALISMO DO DIREITO: UMA PERSPECTIVA MORAL-REALISTA DAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA SENTENÇA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE LUXEMBURGO, DE 14 DE MARÇO DE 2013

No Direito, particularmente, pode-se questionar se tem-se respondido a um fim sério ou legítimo, em face da conjectura sócio-político-econômica atual.

Assim, emblemático é o anunciado pelo jornal *El País*, de 14 de março de 2013, no sentido de que os juízes espanhóis têm-se pronunciado em prol da suspensão de processos em virtude de cláusulas abusivas, num dos parágrafos da sentença do Tribunal de Justiça da União Europeia e que tem levado a uma nova atitude por parte daqueles, ocasião em que o então Presidente do Tribunal fez a seguinte declaração ao *El País: Hoje podemos dizer que os juízes* não são meros cobradores*, pois julgar não é cobrar, mas resolver questões controvertidas, e a atual regulamentação dos procedimentos hipotecários não*

permitia ao juiz desenvolver este labor (ATIENZA, 2013, p. 111).

A sentença do Tribunal de Justiça Europeu[14] responde a uma petição de decisão prejudicial apresentada, com apoio no art. 267 TJUE, pelo Julgado do Mercantil n. 3 de Barcelona, mediante autos de 19 de julho de 2011, e recebido pelo Tribunal, em 8 de agosto de 2011, entre Mohamed Aziz contra "CatalunyaCaixa", após ter sido despejado de sua moradia, pois as críticas dos meios de comunicação dirigiam-se a decisões procedentes de uma mesma Audiência Provincial de Navarra, as quais basicamente resolviam de forma antagônica dois recursos que tinham por fundo a mesma questão jurídica. Mas, desta vez, o advogado atuante no caso o tinha convertido em uma questão juridicamente diferente das anteriores.

Em 19 de julho de 2007, o Sr. Aziz, nacional marroquino, que trabalhava na Espanha desde dezembro de 1993, subscreveu com "CatalunyaCaixa", mediante escritura notarial, um contrato de empréstimo com garantia hipotecária. O imóvel que constituía garantia era a residência familiar do Sr. Aziz, da qual ele era proprietário desde 2003. O capital financiado pró "CatalunyaCaixa" era de 138.000 euros, e que devia ser amortizado em 33 anualidades, com 396 quotas mensais, a partir de agosto de 2007.

O Sr. Aziz efetuou o pagamento com regularidade das cotas mensais desde julho de 2007 até maio de 2008, porém deixou de fazê-lo a partir de junho de 2008. Em virtude disso, em 28 de outubro de 2008, "CatalunyaCaixa" recorreu a um notário, com o objetivo de que se efetivasse uma Ata Notarial de Notificação de dívida. O Notário certificou a dívida em 139.764,76 euros, o que correspondia às mensalidades não satisfeitas, mais os juros de mora.

Com base nisso, em 11 de março de 2009, CatalunyaCaixa iniciou, ante o Julgado de Primeira Instância n. 5 de Martorell, um procedimento de execução contra o interessado, sendo que, em linhas gerais, o banco solicitou que se prosseguisse com a execução pela quantidade coberta, e o julgado de primeira instância o indefere (ATIENZA, 2013, p. 112). Porém, com a sentença do Julgado Mercantil de Barcelona, o problema que era basicamente o mesmo das resoluções anteriores, desta vez, como se mencionou, sucedeu de modo distinto (ATIENZA, 2013, p. 114-115).

Ao passo que o imóvel fora adjudicado ao banco por 50% de seu valor[15], muito embora Aziz tenha sido despejado de sua residência[16] e ainda tenha continuado devendo ao banco uma considerável quantidade de dinheiro (ATIENZA, 2013, p. 114), o Advogado de Aziz, Dr. Moreno Trigo, paralelamente a esse procedimento, propôs um processo declaratório perante ao Julgado do Mercantil n. 3 de Barcelona, ***pedindo que se anulasse a cláusula 15 do contrato de empréstimo hipotecário, por considerá-la abusiva, e que, por consequência, se declarasse a nulidade do procedimento de execução***[17].

O processo foi conhecido e, nesse sentido, o Julgado do Mercantil n. 3 de Barcelona[18] manifestou dúvidas quanto à conformidade do Direito espanhol com o marco jurídico estabelecido pela Diretiva Europeia. Particularmente, assinalou que as possibilidades de alegar o caráter abusivo de alguma das cláusulas do contrato de empréstimo são muito limitadas, já que devem ser realizadas em um procedimento declaratório posterior, que não tem efeito suspensivo.

A partir disso, o órgão jurisdicional considerou que resulta muito complicado para um juiz espanhol garantir uma proteção eficaz ao consumidor em dito procedimento de execução hipotecária e em correspondente processo declaratório. Além disso, como se depreende da Sentença do Tribunal de Justiça (§ 30), o Julgado do Mercantil estimou que a solução do litígio principal coloca outras questões, em particular, relativas à interpretação do conceito de *cláusulas que tenham por objeto impor ao consumidor que não cumpra suas obrigações uma indenização desproporcionalmente alta*, e de *cláusulas que tenham por objeto ou por efeito suprimir ou obstaculizar o exercício de ações judiciais ou de recursos por parte do consumidor*.

Assim, em face de o Julgado Mercantil n. 3 de Barcelona albergar dúvidas sobre a correta interpretação do Direito da União Europeia, o Julgado decidiu suspender o procedimento e apresentar ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais.

Dessa forma, o Tribunal de Luxemburgo, em sua já mencionada sentença, veio a decidir em seu dispositivo, em especial[19], o seguinte: 1) que a legislação espanhola é contrária à Diretiva europeia 93/13 do Conselho, de 5 de abril de 1993, na medida em que não permite suspender o procedimento de execução, nem sequer quando o devedor executado inicia um processo declaratório solicitando que se determine a nulidade de uma cláusula do contrato de empréstimo considerada abusiva; 2) que, para decidir se existe ou não um desequilíbrio relevante (se uma cláusula estabelecida unilateralmente é abusiva), devia ter-se em conta se a cláusula em questão deixava o consumidor em uma situação jurídica menos favorável que a prevista pelo Direito nacional vigente, e se o profissional (o banco, no caso) poderia estimar razoavelmente que o consumidor teria aceitado a cláusula, no caso de que se houvesse produzido uma negociação extrajudicial[20].

Decorrência disso foi que a sentença mencionada (Tribunal de Luxemburgo) contou com repercussões consideráveis, pois, contribuiu para aventar o movimento antidespejos na Espanha; ocasionou a necessidade de modificar a legislação; e, ainda, provocou a mudança de atitude nos juízes (ATIENZA, 2013, p. 16).

O que parece é que os juízes espanhóis poderiam – deveriam – ter começado a se comportar como algo distinto

Numa perspectiva contextualista, ocorre que uma situação socioeconômica sobrevinda transformou a conjectura socioeconômica na Espanha e, por consectário, obriga que os juízes efetuem certas exceções nas regras de processamento civil restabelecendo o equilíbrio social nas relações.

a "cobradores" desde o primeiro momento, desde que a "crise imobiliária" produziu, entre outros desastres, este referente aos despejos (ATIENZA, 2013, p. 117-118). Afinal, será que era realmente necessária a sentença do tribunal europeu para que os juízes espanhóis modificassem seu comportamento em relação às execuções hipotecárias? Será que os juízes não poderiam ter evitado muitas consequências que todos parecem concordar em considerar injustas e evidentemente prejudiciais para os afetados que foram despejados? O que impedia esse tipo de decisão tal como a de 14 de março de 2013? Será que o que impediu, inicialmente, os juízes espanhóis de atuarem como na referida sentença foi uma determinada ideia ou concepção do Direito a que se denomina formalismo? (ATIENZA, 2013, p. 118, 123) Dito de outra forma: será que a questão seria o Direito espanhol vigente ou uma certa concepção de Direito?

A princípio, no caso reportado, trata-se de ter havido no Direito espanhol uma verdadeira introdução pelo Direito jurisprudencial do instituto do abuso de direito em caso de financiamento imobiliário.

Mas o que se apresenta, em realidade, é uma questão de fundo essencial na práxis judicante, pois o abuso do direito se coloca quando existe supostamente uma lacuna axiológica, isto é, quando estamos diante de um caso resolvido por regras do sistema (que não é uma lacuna normativa), ***porém de maneira contrária aos princípios, às razões subjacentes às regras*** (ATIENZA, 2013, p. 119); e sua maneira de operar é a seguinte: uma conduta que, em princípio, estaria permitida passa a estar proibida (a considerar-se abusiva) ***se há boas razões ou circunstâncias sociológicas para pensar-se que atuar assim não obedece a outro ou em todo caso não responde a nenhum fim sério ou legítimo***, ***ou bem se produz um dano excessivo ou anormal***[21]. Como se trata de uma questão de lacuna axiológica – o que em Dworkin seria "caso difícil[22]" –, obviamente, a solução pode ser atribuída pela teoria da interpretação, que não pode existir sem uma filosofia moral e política que permita dar conta dos valores[23] do sistema jurídico e da Constituição (ATIENZA, 2013, p. 92-93).

Em outras palavras, a melhor interpretação no caso é aquela que, sem vulnerar a imperatividade e autoridade do Direito e sem ir contra o Direito, permite desenvolver, de modo ótimo[24], os direitos e os direitos fundamentais, em principal, assim compreendidos estes, de acordo com uma filosofia moral e política, qual seja: a que melhor permita dar conta não só das leis, mas da Constituição e do sistema jurídico (ATIENZA, 2013, p. 93). Afinal, o emprego da teoria do abuso do direito implica reconhecimento de que há uma hierarquia axiológica (ATIENZA, 2013, p. 97), no sistema jurídico, que merece ser observada, particularmente, quando há princípios morais justificados – como não deixar sem defesa os consumidores que são hipossuficientes diante das circunstâncias sociais de um País, como no caso em tela – os quais podem ser aplicados (ATIENZA, 2013, p. 98).

No entanto, está assaz solar que tal caracterização, como bem salienta Manuel Atienza, *não é nenhuma invenção de filósofos do Direito que possam ser displicentes ou distraídos em relação com o que estabelece o Direito positivo* (ATIENZA, 2013, p. 119), mas, inclusive, apresenta-se já nos manuais de Direito Civil, a respeito do instituto do abuso de direito, e tem de entender-se como medida de caráter extraordinário, de modo que, para que se efetive, deve sobressair-se manifestamente aos limites tidos como *normas de exercício de um direito e que, para por fim a um abuso de direito, cabe ao juiz adotar medidas cautelares para suspender o abuso ou precaver suas consequências quiçá já irreversíveis ou inúteis medidas por tardias* (ATIENZA, 2013, p. 119-120).

Assim já sustentava Savigny: o estranho seria que o Direito, que não é outra coisa do que um subsistema de todo o sistema social (SAVIGNY, 1979, p. 46) da inteira vida social contemplada desde um lado especial, possa ser um reduto de justiça em um meio caracterizado pela injustiça extrema (SAVIGNY apud ATIENZA, 2013, p. 99), ou, como bem afirma Levinas: a justiça significa constante revisão de justiça, expectativa de uma melhor justiça (LEVINAS apud BAUMAN, 1997, p. 48). Isso, para que, como bem diz Jürgen Habermas em sua obra *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, não se rotule injustiça como justiça, e, a justiça como injustiça, enquanto a moral for um departamento exclusivo do prelado e a política for o segredo reservado às cortes e aos gabinetes governamentais (HABERMAS, 1984, p. 319, nota 53).

Pelo que, *n*ão resulta, então, estranho, que os juízes espanhóis apenas tenham feito uso de uma doutrina que, ainda que de caráter excepcional, poderia *ter contribuído a evitar algumas das consequências mais injustas da legislação espanhola nesta matéria?* (ATIENZA, 2013, p. 120). Particularmente, considerando-se, como diz Gustav Radbruch, que o Direito extremado é injusto, não é Direito, pois que a justiça não se mede só a curto prazo e caso a caso, mas contém uma dimensão holística e de duração no tempo (ATIENZA, 2013, p. 99).

Outrossim, a função do abuso de direito é, precisamente, a de estabelecer uma exceção a esta regra (ATIENZA, 2013, p. 120), já, que, em verdade, o juiz, quando se esforça por fazer justiça, leva a sério o seu trabalho, evitando o formalismo, e não permanece só com a letra da lei, sem ir até as razões subjacentes das normas; logo, baseia-se, também, nos princípios e valores do ordenamento jurídico. Isso não significa, porém, que deva realizar um ativismo judicial[25], tomando decisões que não cabem no Direito, nem sequer de modo extensivo (ATIENZA, 2013, p. 100), sendo o ativismo judicial uma perspectiva jurídica, por vezes, criticável.

Entretanto, pode-se muito bem entender as razões que levaram o juiz do Mercantil de Barcelona a colocar as questões que deram lugar à sentença de 14 de março de 2013, considerando-se que o Direito espanhol, como tal, não permitia uma solução equitativa para esse tipo de situações, e daí a necessidade de recorrer a uma instância superior, *in casu*, ao Direito Europeu (ATIENZA, 2013, p. 120-121).

Principalmente, quando o Tribunal Constitucional espanhol foi suscitado a se manifestar sobre a inconstitucionalidade em relação a diversos artigos da Lei de Ajuizamento Civil da Espanha, erigida pelo julgado n. 2 de Sabadell (auto do pleno de 19 de fevereiro de 2011), ou seja, em relação a normas processuais que produziam essa situação de ausência de defesa nos julgados de execução hipotecária, o alto Tribunal rejeitou o trâmite da questão, limitando-se a estender ao caso que se julgava, de maneira automática, a doutrina estabelecida sobre o

assunto com anterioridade (em decisões de 1981, 1993, e 1997), sem levar em consideração o contexto socioeconômico dos últimos anos, que havia sofrido alteração bastante expressiva na Espanha (ATIENZA, 2013, p. 121-122).

Não obstante, a decisão do Tribunal Constitucional, por mais que tenha sido equivocada, já que não levou em consideração fatores conjecturais da realidade atual da Espanha – dentre fatores político-econômicos e morais (ATIENZA, 2013, p. 92, 123) –, não fechou por completo as portas à utilização do instituto do abuso de direito. Além disso, deve ser observado que, no Direito espanhol, já havia sido incorporada a Diretiva europeia de 1993, por meio da modificação da Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários, como a própria sentença do Tribunal de Luxemburgo demarca[26]. O que não havia sido feito, em realidade, era a alteração da legislação processual, muito embora a Lei de Ajuizamento Civil seja de 2000. Porém, se faltava, no Direito espanhol, apenas uma alteração de Lei Processual Civil, então há de se perguntar se não haveria nenhuma exceção ao Direito Processual, mediante a aplicação do Código Civil e da Lei de Defesa dos Consumidores e dos Usuários, que não permitisse decisões tão injustas, mesmo antes da sentença de 14 de março de 2013? (ATIENZA, 2013, p. 122-123)

Parece, no entanto, que, muito embora muitos juízes, de um lado, tenham entendido que não haveria exceção ao regramento processual e que os juízes deveriam se comportar como "meros cobradores", de outro lado, alguns juízes se esforçaram para apresentar uma solução à situação.

Nesse sentido é que, também, é pertinente mencionar-se um julgado de Primeira Instância e Instrução de Marchena (de 15 de janeiro de 2013) (ATIENZA, 2013, p. 122), no qual, antecipando-se à sentença do Tribunal de Luxemburgo, ficou entendido que o Direito Comunitário – a Diretiva Europeia de 1993 e a jurisprudência do TJUE – obrigou que o juiz nacional examinasse, de ofício, o caráter abusivo de uma cláusula contratual. Portanto, o juiz não autorizou, em um procedimento de execução hipotecária, a liquidação de interesses que tinha proposto à parte executante, no caso, o banco. Assim, o juiz entendeu que uma cláusula que fixa juros de mora de 23% ao ano resulta abusiva por ser desproporcionalmente elevada (ATIENZA, 2013, p. 122).

Diante disso, fica claro que o que se tem tratado de sustentar, a partir dessa exemplificação jurisprudencial da Espanha, é que os juízes espanhóis – assim como, muitas vezes, ocorre no Brasil – *não parecem ter tomado uma postura de que o próprio sistema jurídico pode habilitar para resolver situações nas quais a aplicação estrita do Direito leva a consequências injustas, manifestamente injustas.*

O que resta demonstrado, a partir das aludidas decisões, é que esse despreparo da administração da justiça espanhola para fazer justiça tem relação com a vigência de uma concepção do Direito, ou seja, de uma ideia do Direito, denominada de formalismo (ATIENZA, 2013, p. 123-124), o que se estende para o âmbito jurídico brasileiro, em principal, considerando-se que é uma questão não só de Teoria do Direito – que tem um caráter geral nos sistemas jurídicos afiliados ao grande sistema contemporâneo *civil law* – mas ***uma questão de natureza realístico-sociológica***.

O que se quer dizer, no entanto, não é que a fundamentação judicial, particularmente, de um magistrado de um Tribunal Constitucional seja, simplesmente, um tipo de fundamentação ou arrazoado moral, ou mesmo que o juiz possa prescindir do teor das normas – quer as contidas na Constituição, quer no restante do ordenamento – e substituí-las por princípios morais de sua escolha. Isso, porque o Direito, obviamente, é uma prática de autoridade – e não só – e que apresenta limites dos quais não se pode descurar (ATIENZA, 2013, p. 96).

No entanto, conforme enuncia Jürgen Habermas, é necessário tomar em consideração que os discursos jurídicos, por mais ligados que estejam ao *Direito vigente, não se podem movimentar em um universo fechado de regras jurídicas inequivocamente afixadas*. E isso resulta, imediatamente, da estratificação do Direito moderno, em regras e princípios (HABERMAS, 1992, p. 31).

Assim, o que se está entendendo por formalismo é uma concepção que reduz o Direito a um fenômeno puramente autoritário, que atribui primazia à interpretação literal das normas jurídicas em detrimento da interpretação teleológica ou valorativa, o que se desdobra nas decisões judiciais, e em definitivo, leva a que os juízes se sintam vinculados exclusivamente pelo texto[27] (LOSURDO, 2015, p. 85), ou, como bem afirma Alflen da Silva, que passam a exercer como *fundamento es el (com)texto del texto como el caso de los filólogos, que, por una parte, tienen la forma representativa o, em outros términos, la objetividade, y por outra, el espiritu objetivado (Betti)* (SILVA, 2006, p. 219).

Consectário disso, conforme enuncia Jürgen Habermas, é que *simplesmente, não existe um direito que não poderia ser limitado, com base em considerações de princípios. Por isso, o Tribunal Constitucional Federal – no caso, da Alemanha – estabeleceu o princípio da ação recíproca; cada elemento isolado da ordem jurídica pode, no seu todo, e de acordo com o contexto, ser interpretado de modo diferente, a partir da compreensão da ordem axiológica da lei constitucional* (HABERMAS, 1992, p. 45-46).

No entanto, não foi assim que sucedeu na Espanha, em que os juízes mantiveram uma posição formalista do Direito. Explica-se, assim, o motivo pelo qual, no Direito espanhol, em relação aos procedimentos de despejos, não é permitido que o devedor, em um procedimento executivo, possa erigir a nulidade de uma das cláusulas de seu contrato hipotecário, por ser abusiva, e suspender, assim, a execução.

No caso do sistema jurídico espanhol, por mais que possa parecer que a solução está em se alterar a lei ou mostrar que ela contradiz uma normativa superior como a do Direito europeu (ATIENZA, 2013, p. 124), há de se questionar se este caminho não comportaria alternativa desde o próprio sistema jurídico.

Considerando-se que, segundo o art. 695 da Lei de Ajuizamento Civil da Espanha[28], só pode ser admitida a oposição do executado mediante uma série de pressupostos que não incluem a nulidade do título, assim como, pelo art. 698[29], a nulidade do título só poderá ser discutida em outro procedimento – que seja declaratório –, não sendo possível interpretar-se que, em ambos os artigos aludidos, figure implícita uma cláusula do tipo

que contenha functores interpretativos tais como, por exemplo, "a menos que" ou "de maneira que".

O que ocorre é que, em realidade, o primeiro dos artigos poderia ser interpretado assim*: em um processo executivo, o juiz não pode admitir a oposição do executado que aduza como razão para isso a nulidade do título do executante, a não ser que essa nulidade derive do caráter abusivo de uma cláusula do contrato, e sempre que , dadas as circunstâncias do caso, a não admissão tenha como consequência colocar o executado em uma posição de efetiva indefesa* (ATIENZA, 2013, p. 125).

Logo, nesse ínterim, até se poderia perguntar quais razões haveria para apresentar-se a interpretação acima, bem como se não seria o caso de um desconhecimento da autoridade do Direito, ou melhor, da lei?

É muito provável que não. Pois, se de um lado, o executado não poderia apresentar motivos diversos dos constantes na lei para suspender a execução hipotecária, por outro lado, impõe considerar-se que o legislador, ao realizar a lei, não teve em conta que, da aplicação literal dos dispositivos, resultariam consequências tão injustas provocadas na prática pelas decisões dos juízes. Afinal, nem ao menos o legislador teria tido em conta a situação social atual da Espanha, pois ele não pode prever as situações para o futuro em sua integralidade, visto que os dados reais sempre se antecipam à própria feitura da lei, em geral.

Ainda mais quando, *sin embargo, es en la tarea del poder judicial, particularmente, em donde puede exigirse desvelar, descubrir y realizar em decisiones la representación de los valores inmanentes al orden jurídico constitucional que no llegan o apenas lo hacen de forma incompleta, a expresarse en los textos de las leyes escritas en un acto de reconocimiento valorizador, por un análisis fenomenológico, porque las soluciones a los casos concretos no pueden continuar fundadas en cogitationes simplesmente dadas, en las que también un ego, como res cogitans desmundanizada, está simplesmente dado. Al final, la atctividad judificante apenas se configura em el contemplar/reconocer (Als apofántico) no decide con justicia la situación que constitue el problema. Y así, tan solo segrega la formación de la unidad social, base para la formación de la unidad política como del próprio orden jurídico, que de ningún modo se presupone, y que no está dada. Por el contrario, la formación de la unidad política y del orden jurídico constituye uma tarea y es, antes que todo, un processo histórico concreto, que necessita la participación consciente de la coletividade* (SILVA, 2006, p. 285).

Porém, neste caso, deve-se perguntar se o juiz que assim interpreta – conferindo atenção ao aspecto sócio-econômico-político – estaria realizando um ativismo judicial, já que a aplicação da norma não ocorre de maneira mecânica, mas também não se concede ao juiz uma liberdade absoluta? (OLIVEIRA JÚNIOR; SOUZA, 2016, p. 122)

Igualmente que não, pois o juiz estaria contribuindo para desenvolver o Direito de maneira que, se isto for possível, e assim o é, se está, logicamente, ***indo mais além do Direito*** (ATIENZA, 2013, p. 125). Nesse caso, o juiz estaria, sim, cônscio de que não se consegue explicar a legitimidade da legalidade a partir de uma racionalidade independente e, por assim dizer, instada na forma jurídico-normativa (HABERMAS, 1992, p. 29), mas, antes da forma normativo-jurídica, deve basear-se numa relação interna entre moral e direito (HABERMAS, 1992, p. 29).

E, nesse sentido, José Alcebíades de Oliveira Júnior menciona que, por tal razão, há um interesse cada vez maior – a pensar-se que uma aplicação normativa assim seria ativismo judicial (ATIENZA, 2013, p. 23) – de elaboração de uma Teoria do Direito desde o paradigma constitucional do Estado na modernidade, como, aliás, fazem Luigi Ferrajoli, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Jürgen Habermas (OLIVEIRA JÚNIOR; SOUZA, 2016, p. 122).

Realmente, não seria o caso de um ativismo judicial (se não se tem uma visão formalista do Direito), porque, quando se examinam quais são as razões que subjazem aos textos desses artigos da lei civil espanhola, o que se encontra é o propósito de estabelecer um procedimento célere e que facilite o desenvolvimento jurídico, de modo a dar segurança jurídica, bem como a desestimular a morosidade dos devedores, não o de colocar os consumidores em uma situação de indefesa.

Assim, seria absurdo pensar que o legislador tivesse querido a desproteção dos consumidores (ATIENZA, 2013, p. 125), mas o que se verifica é uma necessidade de desformalização do Direito, com aporte na própria expressão de Jürgen Habermas, ao dizer que a resposta à racionalidade da práxis da decisão judicial tem como ponto de partida muito menos a crítica do Direito, teórico-democrática e formalista, do que a argumentação, que vai, no mínimo, no sentido de duas variantes, que são a jusnaturalista e a contextualista (HABERMAS, 1992, p. 44).

Numa perspectiva contextualista, ocorre que uma situação socioeconômica sobrevinda transformou a conjectura socioeconômica na Espanha e, por consectário, obriga que os juízes efetuem certas exceções nas regras de processamento civil restabelecendo o equilíbrio social nas relações. O instituto do abuso de direito, pois, serve a esse fim (ATIENZA, 2013, p. 126).

Destarte, assiste razão a José Alcebíades de Oliveira Júnior, pois [...] *o importante é a conscientização dos juízes de que não vivem apartados da sociedade.* Não existem duas intersubjetividades distintas ou descoladas, que seria a do Judiciário e a da sociedade. Muito embora as especificidades e diferenças, faz-se *cada vez mais necessário trabalhar também com suas linhas de contato, sob pena de reduzir a legitimidade de um Poder da importância do Judiciário. A aprovação popular é fundamental para a legitimidade e afirmação da instituição judicial como um todo* (OLIVEIRA JÚNIOR; SOUZA, 2016, p. 162).

No entanto, pode-se pensar e interrogar: por qual motivo o que fundamenta o Direito e o estabelece pode ser algo distinto do que decorre da leitura natural dos artigos de lei que regulam a execução hipotecária? (ATIENZA, 2013, p. 126)

Pode-se dizer isso de outra forma. Uma coisa é que o Direito não regule uma situação fático-social – o que seria o caso de uma lacuna normativa – e, com isso, salvo os meios de preenchimento das lacunas de lei, não poderia o intérprete-jurista desenvolver o ordenamento jurídico. Mas, neste caso da execução hipotecária, trata-se de uma lacuna axiológica (ATIENZA, 2013, p. 127), em que o próprio intérprete, para colmatar a lacuna, pode criar uma norma, até mesmo porque há de se considerar, como bem afirma José Alcebíades de Oliveira Júnior, que

as normas jurídicas nem sempre são claras e objetivas; ao contrário, apresentam lacunas e são contraditórias, especialmente, por serem formadas não só por regras, mas também por princípios, que são normas abertas e amplas que, para serem plenamente aplicadas, requerem uma hermenêutica finalística, de otimização (ATIENZA, 2013, p. 120). *Com efeito, são normas que possibilitam reger não apenas o presente e a estrutura jurídico-política dos Estados, mas as metas futuras relativas aos direitos em geral e aos direitos fundamentais em particular, assumindo um caráter compromissório e programático* (ATIENZA, 2013, p. 120).

Deste modo, caso se conceba o Direito não apenas como um fenômeno de autoridade, como um conjunto de imperativos categóricos, mas como uma prática racional com a qual se deve atender a determinados fins e valores – e, principalmente os contidos na Constituição –, então, pode-se sustentar, com aporte em Gustav Radbruch, que toda a história do pensamento jurídico poderia ser coloca em termos de contraposição entre uma tendência formalista e outra finalista (ou valorativa-substancial), sendo que esta questão está relacionada à legitimidade democrática do Poder Judiciário (ATIENZA, 2013, p. 120).

Entretanto, para os juízes que não intentam seguir uma concepção meramente formalista do Direito, atuando como autômatos "cobradores", a exemplo da sentença de Navarra, é possível a adesão do posicionamento aristotélico, conforme se vê no Cap. 10 do Livro V, de Ética a *Nicômaco* (ARISTÓTELES, 2014, 1.137b-1.138a), em que se expõe a Teoria da Equidade. Esta, para Aristóteles, cumpria com a função de corrigir "o justo no sentido da lei", já que quando o legislador trata de simplificar o imperativo, dado que as leis dispõem em geral e o legislador não pode ter em consideração as peculiaridades do caso concreto, o que deve ser feito é a correção da omissão. Por decorrência, as exceções à generalidade da lei teriam que respeitar o requisito da *universalidade*, visto que a equidade em Aristóteles também é uma forma de justiça – que é superior à mera justiça da lei –, mas cuja base é a igualdade, o tratamento igualitário aos que se encontram nas mesmas condições.

Então, a solução para casos como estes que se relacionam à execução hipotecária não se reduz apenas à adoção da teoria do abuso de direito, pois a sua aplicação é apenas uma das possíveis aplicabilidades da Teoria da Equidade. Casos como este não deixam de ser difíceis, mas parece incontestável que a maioria dos que chegam aos tribunais constitucionais ganha uma resposta justa e acomodada do Direito. Todavia, o juiz poderá conduzir a uma decisão mais justa se possuir uma atitude ética e aptidão técnica necessária para desempenhar sua função, advertindo-se que há "casos difíceis" como os ilustrados exemplificativamente supra, que implicam uma aproximação dos operadores e teóricos do Direito de uma leitura sociológica (OLIVEIRA JÚNIOR; SOUZA, 2016, p. 142), pois é no âmbito da fenomenologia ou sociologia jurídica, assim como no de deontologia ou filosofia política, que o tema dos casos difíceis aparece em sua plenitude crítico-hermenêutica e pragmática (OLIVEIRA JÚNIOR; SOUZA, 2016, p. 144).

5 CONCLUSÕES

A globalização e o decorrente impasse econômico vivenciado pelos Estados e instituições não servem apenas para embasar as transformações no Direito, mas constituem fatores que levam a um repensar e a uma leitura moral da crise institucional, pois avassalaram a moral pública e a moral privada[30].

Se, de um lado, a indignação e a compaixão são sentimentos atitudinais que se fazem relevantes como ingredientes fundamentais para a existência de uma moral pública – bem como o que se poderia chamar de valores da solidariedade –, de outro, servem para respaldar uma produção de justiça material no caso concreto, fazendo com que o jurista vá mais além do formalismo do Direito, pois juízes dotados de valores morais na esfera privada os transcendem para a esfera pública, numa atitude ética para uma atuação que não se conforma com a mera subsunção da lei, mas que almeja a realização de decisões mais justas. Por mais que juízes não venham (não devam) a realizar um ativismo judicial[31] – considerados os limites legais e da própria Constituição – ao menos podem, com recursos desde o próprio sistema jurídico, e por sua condução moral não desconsiderar a realidade circundante *sócio-econômico-cultural* em suas decisões judiciais, levando, assim, a efeito decisões mais consentâneas e próximas do que venha a ser justo, ainda que os casos **sub judice** se tratem de casos difíceis, na expressão de Dworkin.

Afinal, como bem diz Jürgen Habermas, em sua obra intitulada *A Inclusão do Outro, toda ordem jurídica é também expressão de uma forma de vida particular, e não apenas o espelhamento do teor universal dos direitos fundamentais* (HABERMAS, 1992, p. 253). Daí por que a *deterioração da "moral pública" não só tem contribuído muito provavelmente para gerar a crise econômica, mas* seria um dos fatores responsáveis), mas também tem contribuído para dificultar que se encontre uma saída para a crise. E, por isso, ao menos no âmbito do Judiciário, ao se considerarem os valores sociais que se apresentam na realidade circundante, é ir mais além do Direito, de modo que se possa fazer mais, por meio de uma outra forma de pensar o Direito, que não seja o formalismo jurídico.

Em outras palavras, caso se tenha de ceder a imperativos sistemáticos, quer sejam econômicos, quer do próprio aparelho estatal, mesmo quando estes ferem ou prejudicam princípios bem fundamentados, não se decide, por último, nem nos tribunais, nem na esfera pública jurídica, mas, sim, em lutas políticas sobre os limites, *entre sistema e mundo da vida*.

É nessa perspectiva que se impõe a interrogação se um direito que tem de funcionar num tal contexto (institucionalizado/globalizado) deve conter – como se fora ornamento – a autocompreensão idealista de uma justificação moral, a partir de princípios, ou se ao revés, estes podem conter a condição primeira como alinhamento argumentativo entre direito e moral, existente mesmo numa perspectiva formalista do Direito, já que ele não pode estar atrelado (tão só) a determinadas características semânticas.

Antes, deve-se considerar que a força legitimadora do Direito tem procedimentos que institucionaliza, exigências de fundamentação, e a via para o seu desempenho argumentativo está na base da inter-relação entre direito e moral, tão necessária numa visão sociológica e po-

lítica do jurídico, que conduz, assim, a uma visão juridicizante da política e, também, do mercado/economia, mormente num contexto globalizado, pois onde o sentido da moral é fraco, é assim também o sentido jurídico.

Por isso, imprescindível a presença atuante do constitucionalismo, para uma concretização dos direitos, em função das transformações do Estado, e, quiçá, de um novo constitucionalismo ajustado ao fenômeno da globalização (TEUBNER, 2013, p. 2 e ss.).

NOTAS

1 Faria (2011, p. 9). Esclarece o autor, na apresentação de sua obra *O Estado e o Direito Depois da Crise*, que esses fatores acima aludidos foram apresentados no seminário *Globalización, Riesgo e Medio Ambiente*, realizado na primeira semana de março de 2010, em Granada, numa segunda versão ao texto *Poucas incertezas e muitas dúvidas: a crise financeira e o futuro do Direito*, inicialmente apresentado no seminário *Law and Economic Globalization*, em Otãni, em julho de 2009.

2 A respeito do desafio da globalização, aponta-se a obra de Oliveira Júnior; Souza (2016, p. 12-124), na qual os autores esclarecem acerca das várias formas e dos múltiplos níveis da crise do Direito em razão do desafio da globalização. Particularmente, os autores apontam quatro níveis, que são: 1) crise da legalidade; 2) uma inadequação estrutural das formas do Estado de Direito; 3) uma crise do Estado de Direito ligada à crise do Estado de Bem-estar Social; e, 4) uma luta contra o cosmopolitismo subordinado. Além disso, assevera-se que, quanto à situação atual do Poder Judiciário, os autores referidos mencionam, ainda, que um outro fator a ser considerado é o desafio do multiculturalismo, que está relacionado com a evolução histórica dos direitos, em geral, e dos direitos humanos, conectada com as transformações políticas, científicas, econômicas, morais e culturais. (IDEM, p. 126). No entanto, acrescenta-se que se entende que o multiculturalismo é um fator que se insere no fenômeno da globalização, como fator ou fenômeno, apontado por Manuel Atienza como desencadeador das transformações dos sistemas jurídicos e da crise da "moral pública" nos Estados e organizações institucionais.

3 Acerca da crise econômica mundial, desde 2008, sugere-se Faria (2011, p. 21-32), cap. 2, *A Crise de 2008*.

4 Acerca da questão referente a "princípios", ver Atienza; Manero (2009, p. 49-68).

5 Especificamente sobre a questão da democracia, ver Bobbio (1997, p. 113-118).

6 Nesse sentido, ver Hesse (1998, p. 29 e ss. APUD SILVA, 2006, p. 220-221).

7 Nesse sentido, e particularmente sobre integração e heterointegração do sistema jurídico, ver Silva (2006, p. 234, 138 e ss.).

8 Acerca da questão referente a "princípios", ver Atienza; Manero (2009, p. 49-68).

9 A respeito da regulação contextual de sistemas autônomos, como o de empresas, ver Teubner (1989, p. 281 e ss.). Também Santos (2002, p. 43).

10 A teoria do diálogo das fontes foi desenvolvida na Alemanha pelo Jurista Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg, trazida ao Brasil pela Profa. Dra. Cláudia Lima Marques. A respeito disso, ver Jayme (1995, p. 36 e ss; 2003, p. 109). A respeito disso, ainda, ver Marques (2012, p. 17-68), segundo a qual, *diálogo das fontes, que, no Direito brasileiro, significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas* (p. 19). À fl. 28 da obra referida, encontra-se que *o diálogo das fontes é iluminado pelos valores constitucionais e os direitos humanos ou fundamentos. Realmente, o diálogo das fontes – como método – valoriza os valores constitucionais que iluminam esta solução de coerência restaurada de sistema, de um direito privado que coloca a pessoa humana em seu centro, como ensina o grande jurista latino-americano Jorge Mosset Iturraspe*.

11 Salienta-se que, a respeito da questão relativa à esfera pública, Jürgen Habermas a tem trabalhado, particularmente, em sua obra "Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa (2003, p. 178, p. 241).

12 Nesse sentido, ver o Capítulo Justicia Constitucional y escepticismo moral, da obra Podemos Hacer Más (ATIENZA, 2013, p.79-101).

13 A respeito disso, ver Teubner (2013).

14 Sentença disponível em: https://pt.scribd.com/doc/130315466/Sentencia-Desahucios-Tribunal-de-Justicia. Acesso em: 15 jun. 2017, ainda, disponível em El Diário da Espanha: http://www.eldiario.es/economia/Justicia-declara-abusiva-hipotecaria-espanola_0_110938979.html. Acesso em: 15 jun. 2017.

15 Ver § 26 da Sentença do Tribunal de Justiça de Luxemburgo, disponível em: https://pt.scribd.com/doc/130315466/Sentencia-Desahucios-Tribunal-de-Justicia. Acesso em: 15 jun. 2017, ainda, disponível em El Diário da Espanha: http://www.eldiario.es/economia/Justicia-declara-abusiva-hipotecaria-espanola_0_110938979.html. Acesso em: 15 jun. 2017.

16 Ver § 26 da Sentença do Tribunal de Justiça de Luxemburgo, disponível em: https://pt.scribd.com/doc/130315466/Sentencia-Desahucios-Tribunal-de-Justicia. Acesso em: 15 jun. 2017, ainda, disponível em El Diário da Espanha: http://www.eldiario.es/economia/Justicia-declara-abusiva-hipotecaria-espanola_0_110938979.html. Acesso em: 15 jun. 2017.

17 Ver § 27 da Sentença do Tribunal de Justiça de Luxemburgo, disponível em: https://pt.scribd.com/doc/130315466/Sentencia-Desahucios-Tribunal-de-Justicia. Acesso em: 15 jun. 2017, ainda, disponível em El Diário da Espanha: http://www.eldiario.es/economia/Justicia-declara-abusiva-hipotecaria-espanola_0_110938979.html. Acesso em: 15 jun. 2017.

18 Sentença disponível em: https://pt.scribd.com/doc/130315466/Sentencia-Desahucios-Tribunal-de-Justicia. Acesso em: 15 jun. 2017, ainda, disponível em El Diário da Espanha: http://www.eldiario.es/economia/Justicia-declara-abusiva-hipotecaria-espanola_0_110938979.html. Acesso em: 15 jun. 2017.

19 Sentença disponível em: https://pt.scribd.com/doc/130315466/Sentencia-Desahucios-Tribunal-de-Justicia. Acesso em: 15 jun. 2017, ainda, disponível em El Diário da Espanha: http://www.eldiario.es/economia/Justicia-declara-abusiva-hipotecaria-espanola_0_110938979.html. Acesso em: 15 jun. 2017.

20 Ver § 77 da Sentença do Tribunal de Justiça de Luxemburgo, disponível em: https://pt.scribd.com/doc/130315466/Sentencia-Desahucios-Tribunal-de-Justicia. Acesso em: 15 jun. 2017, ainda, disponível em El Diário da Espanha: http://www.eldiario.es/economia/Justicia-declara-abusiva-hipotecaria-espanola_0_110938979.html. Acesso em: 15 jun. 2017.

21 *Sobre isso, sustenta Dworkin que o juiz não possui a discricionariedade aludida por Hart. Mas o que parece essencial ressaltar é que Dworkin sustenta algo que hoje pode parecer óbvio, mas que nem sempre foi assim, isto é, que os sistemas jurídicos são conformados também por princípios. Em certo sentido, defende a tese de que os ordenamentos jurídicos são integrados por normas que, por um lado, são regras em sentido estrito e que, por outro, são princípios em sentido amplo e se influenciam reciprocamente. Assim, quando duas normas colidem, o que, no dizer de Bobbio, caracterizar-se-ia como uma antinomia real, ou seja, para a qual há uma insuficiência de critérios resolutivos, Hart denomina como caso difícil, diante do qual o juiz pode agir de modo discricionário*. (OLIVEIRA JÚNIOR; SOUZA, 2016, p. 146)

22 A respeito disso, ver Oliveira Júnior; Souza (2016, p. 151).

23 Concernente a isso, Dworkin assume a responsabilidade de ter que saber como se faz a opção entre valores conflitantes, tais como entre argumentos de princípio e argumentos de política em conflito, defendendo, como é conhecida, a prevalência dos primeiros. Para Dworkin, buscar a concretização de princípios como o da dignidade da pessoa humana, mais que a realização de objetivos comuns substanciais resultados de um entendimento dialógico entre os cidadãos, reside no respeito a valores tidos como autoevidentes ou frutos de uma autoconsciência universal, dentre os quais, para os liberais, sobressaem-se os de liberdade e de autodeterminação (OLIVEIRA JÚNIOR; SOUZA, 2016, p. 151).

24 Nesse sentido, especificamente, ver Hesse (1999), ao mencionar que o princípio da unidade da Constituição coloca a tarefa de uma optimização, para que se chegue a uma eficácia ótima das normas fundamentais. No mesmo sentido, Silva (2006, p. 231). Ver, ainda, Alexy (2006).

25 A respeito disso, ver Campos (2014).

26 Sentença do Tribunal de Justiça de Luxemburgo, disponível em: https://pt.scribd.com/doc/130315466/Sentencia-Desahucios-Tribunal-de-Justicia. Acesso em: 15 jun. 2017, ainda, disponível em El Diário da Espanha: http://www.eldiario.es/economia/Justicia-declara-abusiva-hipotecaria-espanola_0_110938979.html. Acesso em: 15 jun. 2017.

27 A respeito do "formalismo jurídico", com aporte em Jürgen Habermas, acompanhando Weber, pode-se mencionar que o Direito – mesmo quando numa vertente formalista (atrelada à legalidade e tão só) – não corresponde a um formalismo jurídico neutral, na própria expressão habermasiana, conforme se depreende da obra de Habermas (1992. p. 64).

28 Ver § 54 e § 14 da Sentença do Tribunal de Justiça de Luxemburgo, disponível em: https://pt.scribd.com/doc/130315466/Sentencia-Desahucios-Tribunal-de-Justicia. Acesso em: 15 jun. 2017, ainda, disponível em El Diário da Espanha: http://www.eldiario.es/economia/Justicia-declara-abusiva-hipotecaria-espanola_0_110938979.html. Acesso em: 15 jun. 2017.

29 Ver § 55 e § 15 da Sentença do Tribunal de Justiça de Luxemburgo, disponível em: https://pt.scribd.com/doc/130315466/Sentencia-Desahucios-Tribunal-de-Justicia. Acesso em: 15 jun. 2017, ainda, disponível em El Diário da Espanha: http://www.eldiario.es/economia/

Justicia-declara-abusiva-hipotecaria-espanola_0_110938979.html. Acesso em: 15 jun. 2017.

30 A respeito da ética na ordem jurídica e na política, ver Habermas (2002, p. 252-254).

31 A respeito da questão do ativismo judicial, no Brasil, ver Campos (2014).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Henry J. Was Machiavelli a Machiavellian? *Social Science,* Winfield, Kansas, US, v. 28, n. 1, p. 25-29, Jan., 1953.

REGLA, Josep Aguiló; ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonseo da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARISTÓTELES. Ética a *Nicômaco.* 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre modernidade e globalização*: lições de filosofia de direito e do Estado. Tradução: Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ATIENZA, Manuel. *Podemos hacer* más: otra forma de pensar el derecho. Madrid: Pasos Perdidos, 2013.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2012.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. *Panóptica,* Vitória, v. 4, n. 3, p. 49-68, 2009. Disponível em: http:// www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_49-68. Acesso em: 2 jul. 2017.

AZZARITI, Gaetano. Multiculturalismo e Costituzione. *Questione Giustizia,* Milano, n. 1, p. 123, 2017.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. La proyección del cuidado y de la afectividad en el principio de solidaridad (familiar): una propuesta del cuidado como derecho social. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *Cuidado e a afetividade*: Projeto Brasil/Portugal 2016-2017. Porto Alegre: Atlas, 2016.

BETTI, Emilio. *Teoria generale dela interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1990. v.1.

BISOGNI, Giacinto. Introduzione a "Il multiculturalismo e le Corti". *Questione Giustizia,* Milano, n. 1, p. 118-119, 2017.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. Da democracia: para uma certa ideia da Itália. *In*: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.113-200.

CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPELLA, Juan Ramón. La globalización: ante una encrucijada político-jurídica. *In*: Law and justice in a global Society. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, 2005.

CARRIÓ, Genaro R. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea, 1973. 95 p.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança*: movimentos sociais na era da Internet. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das ideias políticas*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e pós-modernidade = Democracy and post--modernity. *Estudos jurídicos*, São Leopoldo, v. 40, n. 2, p. 88-99, jul./dez. 2007.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. La crisis de la democracia en la era de la globalización. *In*: Law and Justice in a global Society. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales, universalismo y multiculturalismo. *Claves de Razón Práctica*, Madrid, n. 184, p. 4-7, jul. /ago. 2008.

FERRARESE, Maria Rosaria. *Le istituzioni della globalizzazione*: diritto e diritti nella società transnazionale. Bolgna: Il Mulino, 2000.

FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto sconfinato*: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale. Bari-Roma: Laterza, 2006.

FRASER, Nancy. *Escalas de Justicia*. Tradução: Antoni Martínez Riu. Barcelona: Herder Editorial, 2008.

FRASER, Nancy. *Scales of Justice*: reimagining political space in a globalizing world. New York: Columbia University Press, 2009.

GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In:* CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A nova obscuridade*: pequenos escritos políticos V. São Paulo: UNESP, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução: Flávio R. Kothe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002. Título original: Di Einbeziehung des Anderen: Studien zur polistishcen Theorie.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992. Título original: Recht und Moral (Tanner Lectures 1986) aus Fatzität und Geltung Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des Democratischen Rechtsstaates.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 5. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Rio de Janeiro: Elsever, 2011. p. 41-98.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. Título original: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20, neubearteite Auflage.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* Neudruck der 20. Aufl. Heidelberg: Müller, 1999.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política*: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Rio de Janeiro: Vozes, 1991.

JAYME, Erik. *Rechtsvergleichung und kulturelle Identität*: zugleich ein Blick in das italienische Risorgimento. Tübingen: Juristische Fakultät der Eberhard Karls Universität, 2012.

JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration*: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Kluwer, Haia, v. 2, p. 36- ,1995.

JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos PPGD/ UFRGS,* Porto Alegre, n. 1, p. 59-68, mar. 2003.

LAPORTA, Francisco. Globalización e imperio de la Ley: un texto provisional para el debate con algunas dudas y perplejidades de un viejo westfaliano. *In*: Law and Justice in a global society. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, 2005.

LAPORTA, Francisco. *El imperio de la Ley:* uma visión actual. Madrid: Trotta. 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial*: fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. Revisão: Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOSURDO, Domenico. *A luta de classes*: uma história política e filosófica. São Paulo: Boitempo, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. *In:* MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes*: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Parte I, p. 17-66.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *Sociologia do direito*: desafios contemporâneos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

OLIVEIRA JÚNIOR; José Alcebíades; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *O juiz e o multiculturalismo*: alguns pressupostos para pensar e agir. Multijuris, Porto Alegre, v. 5, p. 29-35, 2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Poder Judiciário e questões de poder, direito e democracia: contribuições de Max Weber e Jürgen Habermas para uma sociologia judiciária. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, Florianópolis. *Anais* [...]. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 2001-2024, 2009.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Práticas Judiciárias: questões de responsabilidade política e sociocultural dos magistrados. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. *Anais* [...]. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 1355-1361, 2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Reflexões sobre responsabilidade política e sociocultural dos magistrados. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 33, p. 68-82, 2010. Disponível em: https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1799/1592. Acesso em: 4 fev. 2019.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Boaventura de Sousa Santos e o papel do Direito na globalização. *Direitos Culturais:* Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, Santo Ângelo, v. 1, n. 1, p. 73-79, 2007.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Pesquisas em cidadania e soluções alternativas de conflitos: contribuições de Jürgen Habermas para um paradigma dialógico no Direito. *In*: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (org.). *Diálogo e entendimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 11.

RAIMONDI, Guido. Il multiculturalismo nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo. *Questione Giustizia*, Milano, n. 1, p. 166, 2017.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

SALMÈ, Giuseppe. Il multiculturalismo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. *Questione Giustizia*, Milano, n. 1, p. 233-238, 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos da globalização. *In:* SANTOS,

Boaventura de Souza. *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 43.
SANTOS, Boaventura de Souza. *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 43.
SIMMEL, Georg. *Questões fundamentais da sociologia*: indivíduo e sociedade. Tradução: Pedro Caldas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*. Colombia: Editorial Temis, 2006.
STEGER, Manfred B. *Globalization*: a very short introduction. Oxford: Oxford University, 2003.
TEUBNER, Gunther. Costituzionalismo della Società Transnazionale: relazione al XXVIII Convegno Anuuale dell AIC. *Rivista della Associazione Italiana del Contituzionalisti,* Roma, n. 4, p. 2, 18 out. 2013.
TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
TEUBNER, Günther. Justice under global capitalism? *European Journal of Legal Studies*, Florence, v. 1, n. 3, p. 1-8, 2008. Disponível em: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/10217//EJLS_2008_1_3_TEU_En.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 2 jul. 2017.
TEUBNER, Günther. Die Geschäftsgrundlage als Konflikt zwischen Vertrag und gesellschaftlichen Teilsystemen *In*: *Zeitschrift für das gesamte Handesrecht und Wirtschaftsrecht*. Bd. 6. p. 625-642, Dez. 1982.
LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça. *Sentença de 14.3.2013*. Disponível em: https://pt.scribd.com/doc/130315466/Sentencia-Desahucios-Tribunal-de-Justicia. Acesso em: 15 jun. 2017.

Artigo recebido em 25/9/2018.
Artigo aceito em 20/12/18.

Kelly Susane Alflen da Silva é doutoranda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e advogada licenciada em Porto Alegre-RS.