

# ATIVISMO E GARANTISMO: NOVOS NOMES DE POSITIVISMOS ANTIGOS

Por RICARDO DIP\*

## 1. Introdução

A muitos, hoje em dia, soam como novidades os termos «ativismo» e «garantismo». Um inquérito mais detido, no entanto, permite apurar que seus objetos de conceito possuem um *status* histórico que, para ficar em um só exemplo gráfico, poderia vincar-se na *Retórica* de Aristóteles, o que nos reporta ao século IV a.C.

Em um breve acercamento desses conceitos –tal como eles, de modo predominante, são referidos em nossos tempos–, vê-se que o núcleo diferencial entre o «ativismo» e o «garantismo» está na afirmação ou na negativa da adstrição dos juízes (melhor dizendo, sobretudo dos juízes, mas não só deles) a uma norma posta com precedência ao caso, em primeiro plano, uma norma escrita, embora não se descarte a norma costumeira. Esse tema, exatamente, já fora versado na *Retórica* de Aristóteles:

«Pois muito especialmente corresponde às leis bem dispostas tudo determinar por si, enquanto seja possível, deixando aos que julgam o menos possível; em primeiro lugar, porque é mais fácil escolher um ou poucos que muitos de bom sentido e capazes de legislar e julgar. Depois, porque as leis se fazem depois de muito tempo de deliberar, ao passo que os juízos são de improviso, de maneira que é difícil que os juízes atribuam bem o justo e conveniente. E, sobretudo, porque o juízo do legislador não é sobre o particular, mas para o futuro e o geral, [ao passo que] o juiz julga acerca de coisas presentes e definidas, frente às quais cabe já a amizade e o ódio [...]» (Bkk. 1354 b).

---

\* Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Essa passagem da *Retórica* aristotélica inaugurou uma solução que se pode afirmar clássica acerca do embate entre essas realidades que, na linguagem de nossos dias, se têm designado preferencialmente com os termos «ativismo» e «garantismo». Para confirmar esse classicismo da lição de Aristóteles bastaria aqui referir ao fato de que, passados 15 séculos desde essa lição, abonou-a de modo expresso S. Tomás de Aquino na *Suma Teológica, Ia-IIae.*, q. 95, art. 1º, *ad secundum*:

«Como disse o Filósofo, “melhor é que todas as coisas estão reguladas pela lei do que deixá-las ao arbítrio dos juízes”. Em primeiro lugar, porque é mais fácil encontrar uns poucos sábios que bastem para instituir leis justas do que os muitos que se demandariam para julgar retamente em cada caso particular. Em segundo lugar, porque os legisladores consideram durante muito tempo o que há de impor a lei, ao passo que os juízos dos fatos particulares se formulam em casos que ocorrem subitamente; e o homem pode ver mais facilmente o que é reto depois de considerar muitos casos do que apenas depois do estudo de um. E, por último, porque os legisladores julgam no universal e sobre fatos futuros, ao passo que os homens que presidem nos juízos julgam de assuntos presentes, assuntos nos quais estão afetados pelo amor, pelo ódio ou qualquer outra paixão; e assim se falseiam os juízos.

Desse modo, como a justiça vivente do juiz não se encontra em muitas pessoas e, além disso, é muito flexível, impõe-se a necessidade, sempre que seja possível, de instituir uma lei que determine como se há de julgar, e de deixar pouquíssimos assuntos à decisão dos homens» – *paucissima arbitrio hominum committere*.

## 2. A polêmica entre Álvaro D’Ors e Francisco Elías de Tejada

Todavia, o fato de reconhecer-se já uma solução clássica sobre a disputa entre o que, hoje, estão a designar-se «ativismo» e «garantismo» não significa a superação da recorrência conflitiva entre posições que, ao largo do tempo, se lançaram numa ou noutra dessas duas linhas (tomadas aqui em seu gênero, isto é, com abstração dos matizes com que suas espécies poderiam considerar-se).

Essa recorrência pode aqui ilustrar-se, de maneira impressiva, com a polêmica instaurada na Hispanidade, no século passado, entre Álvaro D’Ors e Francisco Elías de Tejada. Aquele, um consagrado romanista; Elías de Tejada, um dos maiores jus-filósofos da centúria (em que pese ao silêncio que tantos devotam à sua profunda e estendida obra).

A sintética frase com que D’Ors tomou posição nessa pugna tantas vezes secular é fartamente conhecida: «[...] dónde no pueden intervenir jueces, no hay tampoco derecho. De ahí que podamos definir el derecho como “aquello que aprueban los jueces”»<sup>1</sup>.

---

1. *Una introducción al estudio del derecho*, 4. ed., Madrid, Rialp, 1979, p. 30.

Elías de Tejada não poupou palavras: viu na sentença orsiana traços de fenomenologismo (que aponta mesmo chegar às fronteiras do empirismo) e de uma priorização da eficácia, acusando nessa asserção de D’Ors o influxo do protestantismo em geral e, nomeadamente, do pensamento de Calvino, esse que foi o expoente máximo do voluntarismo e que alçou a arte jurídica, nutrida argumentos teológicos, a um plano de superioridade em relação à ciência e à filosofia do Direito. Diz Tejada:

«[...] para Álvaro D’Ors, el Derecho solamente puede ser tomado desde el lado positivista de la decisión de los jueces, eliminando cualquier planteamiento metafísico. Para él no hay más Derecho que la decisión de los jueces. No caben razonamientos de lo injusto o de lo justo. El Derecho es sin más mero hecho: la decisión judicial. Igual que Juan Calvino, equipara al Derecho con el juicio: el “ius” es el objeto, pero también es el resultado del “judicium”. [...] “Derecho es aquello que aprueban los jueces”, excluido todo juicio de valoración ética objetiva, porque la injusticia posible no depende del contenido de la decisión judicial en sí, sino del hecho formal de que sea anulado por otro juez superior»<sup>2</sup>.

Daí que, nessa visão orsiana, prossegue a demolidora crítica de Tejada, o direito seja apenas «lo eficaz, lo vigente, sea o no justo»<sup>3</sup>, uma simples técnica judicial: «la técnica del juicio delante del juez»<sup>4</sup>, reduzindo-se o saber objetivo do justo à mera «eficácia artística de los prudentes». É assim, continua Tejada, que a posição orsiana destrói a segurança jurídica e a justiça:

«Destruye la seguridad porque el relativismo de la opinión subjetiva de cada juez lleva a concluir que existirán tantos Derechos como opiniones subjetivas de jueces haya. Destruye la justicia porque la confunde con la prudencia judicial, siendo así que la prudencia perfecciona al agente, mientras la justicia es la virtud social por excelencia»<sup>5</sup>.

Daí que, se certo fosse o entendimento de D’Ors, estaríamos fadados, sentencia Tejada, ao

«[...] más desesperante y desesperado de los relativismos; habría tantos Derechos como jueces, y la justicia, perdida su necesaria objetividad, cambiaría de juez a juez y de circunstancia a circunstancia»<sup>6</sup>.

---

2. *Tratado de filosofía del derecho*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1977, tomo II, p. 144.

3. *Ibid.*, p. 144.

4. *Ibid.*, p. 145.

5. *Ibid.*

6. *Ibid.*

Esse voluntarismo exagerado de D’Ors (Tejada fala de um «extremoso voluntarismo») –pese embora que não haja faltado quem buscasse, infrutuoso, alguma sua compreensão mitigante (e, acaso, mais piedosa: nesse sentido, minha pequena palestra *Prudencia y Imprudencia Judicial: Tradición y Revolución*, proferida, em 2003, na Faculdade de Direito da Universidade Católica Argentina, em Buenos Aires)– rematará, ainda mais exacerbado, nas correntes niilistas atuais, incluídas as não de todo conscientes da correlata agnosia do justo.

### 3. O niilismo italiano: Irti

O exercício de meros decisionismo e situacionismo judiciários acarreta, de fato, o que Alain Peyrefitte designou *justice-loterie*<sup>7</sup>, levando-nos ao campo de uma hermenêutica arbitrária –a abranger uma complexa rede de liberdades dos tribunais (liberdade ética, liberdade epistemológica, etc.) que, tendentes ao que se designou *hermeneutisme* (Yvan Éliassalde, Michel Villey), correm o grave risco de desaguarem num mero construcionismo judicial (e, por outro ângulo, na desconstrução da objetividade), dando ensejo ao predomínio ordinário da *intentio lectoris* sobre a *intentio operis*: «Seule la main de Dieu (disse Éliassalde) arrête la plume de l’interprète»<sup>8</sup>.

Em nossos tempos, o ceticismo contrafundacional pós-moderno –em muito devorador do movimento norte-americano do *Critical Legal Studies* e respondendo a fortes influências do niilismo de Nietzsche, da filosofia de Heidegger e do desconstrucionismo de Jacques Derrida– teve importante alçada com o niilismo italiano, que aqui se considerará a título exemplificativo e em que desponta o pensamento de Natalino Irti, professor da Universidade de Roma La Sapienza e autor de vários instigantes livros –assim, entre outros, *Nichilismo giuridico* (2004), *Il salvagente della forma* (2007) e *Diritto senza verità* (2010)–, nos quais se avista e consagra uma extrema oposição ao pensamento jurídico tradicional. Essa, de resto, é uma chave possível para a compreensão da obra de Irti no plexo das correntes pós-modernas que se apresentam a si próprias, observa Gary Minda, «contra as aspirações tradicionalistas de descobrir um conceito essencial e universal de direito» –*against the traditionalists’ aspiration to uncover essential and universal concepts of law*<sup>9</sup>.

Voluntarista *a outrance*, Irti sustenta que o direito está entregue «inteiramente à vontade dos homens» (*per intero alla volontà degli uomini* –*Nichilismo giuridico*, p. V), a seu «incessante e tormentoso querer» (*un incessante e tormentoso volere*),

---

7. «Le chevaux du lac Ladoga», en *De la France*, Paris, Omnibus, 1992, p. 594.

8. *Critique de l’interprétation*, Paris, Vrin, 2000.

9. *Postmodern legal movements: Law and jurisprudence at century’s end*, New York, University Press, 1995, p. 191.

propondo uma decisão fundamental: «cada um de nós escolhe o próprio Deus» – *ciascuno di noi sceglie il proprio Dio (Diritto senza verità, p. 106)*. Para Irti, não há o justo, mas apenas o interesse circunstancial, submetido à esfera exclusiva da vontade:

«[...] o jurista adverte que as normas singulares são e poderiam não ser; que, saídas do nada, ao nada podem retornar. Não há um sentido firme e eterno, nem um futuro inscrito unitário, mas a absoluta causalidade do querer» (*Il giurista avverte che le singole norme sono e potevano no essere; che, uscita dal nulla, possono ritornare nel nulla. Non c'è un senso fermo ed eterno, né un divenire iscritto in unità, ma assoluta causalità del volere – Nichilismo giuridico, p. VI*),

de tal sorte que

«O positivismo jurídico não está morto, mas renasceu como positividade da vontade, que, preferindo uma outra *Grundnorm*, institui seus direitos [...]» – *Il positivismo giuridico non è morto, ma rinasce come positività della volontà, che, preferendo una ad altra Grundnorm, istituisce il proprio diritto (Diritto senza verità, p. 106)*, e «o velho positivismo, saído quase indene da tempestade de um século, converte-se, assim, em positividade de nosso querer [...]» – *il vecchio positivismo, uscito quise indenne dalle tempeste di un secolo, si converte così in positività del nostro volere (ibid.)*.

Está-se diante, pois, de um «direito sem destino», um direito que «vai e vem, mas não sabe “por quê”, nem “aonde” ir» – *un diritto senza destinazione: che va e va, ma non sa ‘perché’ e ‘verso dove’ muova (Nichilismo giuridico, p. 8)*.

#### 4. Ativismo e vontade

Esse ativismo, na medida mesma em que se configura, essencialmente, um pronunciamento exclusivo da vontade (potência definidamente não cognoscente), não é suscetível de controle epistêmico, consagrando, pois, a irracionalidade fundamental de toda decisão.

Assim, em vez da teovisão clássica do jusnaturalismo tradicional – que referia o direito, em última análise, a um fundamento transcendente inamovível (e aí se radicam os conceitos de lei eterna e de lei natural) –, Irti propõe o subjetivismo pleno, um fundacionalismo relativista que desconstrói toda a objetividade possível e, em derradeiro, nega toda a realidade se não como existente, ao menos como cognoscível, adotando uma restrita egovisão, clausurada à vontade exclusiva do actante. Sem nenhuma possível abertura à realidade externa ao agente, fica ele clausurado em seu próprio centro definidamente não intencional (ou seja, sem orientação para a realidade) e não cognoscitivo. A experiência do «justo» – um «justo» que, à partida, se-

quer pode conhecer-se objetivamente no irracionalismo jurídico— torna-se uma experiência essencialmente não comunitária; mais que isso, talvez, porque não se trata só da negativa de toda relação intencional com a comunidade, mas, em rigor, negado todo o acesso ao real, de uma impossibilidade até mesmo apenas de uma intenção associativa ou de mera coisificação do outro. É que os marcos desse irracionalismo são exaustivamente os da limitada vontade de quem age: nesse âmbito internalizado, o mundo não se compõe de nenhum outro dialogante; exausta-se num eu volitivo (não cognoscente); o outro não é pessoa, nem é coisa; assim, o ego hipertrófico refuta essencialmente a intencionalidade, exaure-se em sua própria contração.

Essa falta de abertura do ativismo irracionalista, com a impossibilidade de seu controle epistemológico e social, conflita com a história das instituições; quer dizer que importa, pois, também numa superação desconstrutiva da história. Com efeito, a função que se tratou, por primeiro, de limitar, na esfera do poder político foi a judiciária, como faz ver esta passagem do autorizado Enrique Gil y Robles:

«[...] hay que tener en cuenta que el supremo arbitrio en materia judicial se limitó mucho antes que en materia ejecutiva y, por exigencias racionales, siempre será más restricto, como quiera que los intereses confiados a la magistratura, por más individuales, se consideran más sagrados; y esta fue la causa de que el individualismo ó, mejor dicho, personalismo medioeval tratase de garantizar antes la independencia de la función y del organismo judiciales [...]» (*Tratado de Derecho Político*, tomo II, p. 669-70).

Agora, o ativismo contemporâneo reinstaura o *gouvernement de juges*, na conhecida expressão de Édouard Lambert, aquilo que Gérard Timsit designou «poder ventríloquo», um poder que tende a falar por sua boca em lugar (e sem mínima consideração) da lei... um poder vencido pela tentação de ser ele próprio a lei, em vez de dizê-la, um juiz *de legibus*: «Subversion des pouvoirs établis. [...] Et le pire —qui serait de voir s’installer, dans le silence de la loi, un pouvoir ventríloque [...]»<sup>10</sup>. Um poder centrado na só vontade autônoma do decisor; é ela o umbigo do mundo, encapsulada para a experiência fraternal e filial, para o encontro pessoal na *koinonía* e com Deus.

## 5. Ativismo e garantismo

O ativismo niilista põe à mostra o acerto da sentença de Natalino Irti: «il positivismo giuridico non è morto, ma rinasce come positività della volontà [...]».

Tem razão o pensador italiano: tão essencialmente positivista é o ativismo,

---

10. *Les noms de la loi*, Paris, Puf, 1991, p. 196.

quanto o é o garantismo: em ambos prevalece a vontade –potência não cognoscitiva–, faculdade de si própria cega para inventar o *suum*, para encontrar a *res iusta*.

Mas ao passo em que o garantismo vive num mundo institucionalizado, com um leve grau de transcendência –uma transcendência horizontal, mas, enfim, alguma transcendência do decisor–, já o ativismo radicaliza a intranscendência. O garantista aferra-se ao mundo do direito posto (mormente da lei), como se nessa horizontalidade estivesse resumida e antecipada a experiência integral do justo; supõe que as coisas da realidade sejam construídas por normas no mais das vezes escritas, e que essas normas têm o poder de desconstruir as realidades que lhes sejam opostas ou até ignoradas. Por isso, não faltarão mesmo jusnaturalistas garantistas (ou positivistas, por paradoxal que seja dizê-lo). São pessoas que se nutrem de letras e vírgulas, entre elas pensando dissolver todas as coisas e, por elas, resolver todas as controvérsias. Transcendência horizontal, é verdade, mas que não vai além de ser uma imanência, em geral, com artefatos humanos (de que as leis dos homens, tanto que determinativas, não passam de ser).

Todavia, esse positivista do normativismo, –que agora, com admitida abstração de matizes– chamamos de «garantista», ainda se relaciona com um objeto exterior. Seu fundamento para a *res iusta* é rudimentar: o direito segue sendo uma *voluntas* (do legislador) e não uma *ratio*, mas é já algo externo e, quando menos, suscetível de algum controle lógico de decidibilidade –por mais que limitado à ideia de sub-sunção à norma.

Diversamente, o ativismo niilista é uma espécie de autismo ético e jurídico, enclausura o homem num mundo interior, em sua subjetividade, vedando-lhe o acesso a toda forma de transcendência, sequer à mais rasa das horizontais.

Desse modo, o problema ético no ativismo reduz-se ao mero juízo subjetivo autônomo do actante, vale dizer que a consciência de quem age se torna o fundamento único da conduta, de sorte, em rigor, a não se pôr uma regra «objetiva» da ação, aferindo-se as condutas segundo o interesse exclusivo do agente. Por mais seja árduo dizê-lo, algo símile desse egocentrismo regulatório é exatamente uma das notas características das mais graves condutas antijurídicas, conforme as autorizadas reflexões de Jean Pinatel<sup>11</sup>.

Se a moral se limita às leis ditadas pelo próprio ego, resulta claro que se justificam todos os fins e meios escolhidos na trilha exclusiva da imanência. Não surpreende que uma das personagens de Dostoiévski diga com inteira lógica: «Se Deus não existe, então eu sou Deus»<sup>12</sup>, porque «é um absurdo alguém reconhecer que

---

11. *La sociedad criminógena*, Tradução castelhana de Luiz Rodrigues Ramos, Madrid, Aguilar, 1989, p. 80 y ss.

12. *Os Demônios*, tradução brasileira de Paulo Bezerra, São Paulo, Ed. 34, 2004, p. 597.

Deus não existe e no mesmo instante não reconhecer que é um Deus [...]»<sup>13</sup>. É dizer que se passa da teovisão jusnaturalista à egovisão niilista que é mais teologizante do que a teotropia do direito natural clássico (exatamente porque, quanto a este, a transcendência superior não conflita com a liberdade do actante, senão que vocaciona para um Fim, que por ser primeiro na intenção, é Fundamento do agir livre do homem).

Se, com o positivismo normativista, se estava no nível de um despotismo de leis prévias –e, por isso, com alguma limitação formal–, vivendo-se como se a realidade extralegal não existisse, já com a plenitude da autonomia do actante, com a criação autista da normatividade casuística, atinge-se o despotismo plenário. Vive-se aí *etsi res nos daretur*. O mundo todo é o poder factual do agente. Vem como luva o adágio atribuído a Lacordaire: «Entre le faible et le fort c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui libère».

## 6. Direito positivo e direito natural

A segurança jurídica reclama a positividade da ordenação do direito, quer com a instituição de uma ordem política estável, quer na relação clara e precisa das ações devidas, permitidas ou proibidas, quer ainda na estatuição das consequências jurídicas das condutas.

Essa missão do direito positivo é a que lhe impõe o direito natural. Sequer cabe a aplicação direta de normas naturais (incluídas as reveladas) pela via pretoriana, porque isso implicaria afastar-se do próprio direito natural que justifica e fundamenta as funções de garantia jurídica típicas do direito positivo.

Resta apenas dizer que a doutrina clássica propôs um médio superior ao positivismo judicial (é dizer, por agora, o ativismo) e ao positivismo normativista (*recitius*, numa das modalidades de nossos tempos, o garantismo).

S. Tomás de Aquino, expoente máximo do jusnaturalismo clássico, ensinou que deve julgar-se segundo as leis escritas (q. 60 da IIa.-IIae. da *Suma Teológica*):

–«*necesse est quod iudicium fiat secundum legis scripturam*» (art. 5º)

–«*iudicium sit ferendum secundum leges scriptas*» (art. 6º).

O juízo não é outra coisa que certa definição ou determinação do justo –*definitio vel determinatio quod iustum est* (art. 5º)–, mas o justo pode ser natural ou positivo (quer dizer, instituído mediante convenção humana: *condicto inter homines*), e pode dar-se que as leis positivas se afastem do justo natural, e então não serão verdadeiras leis, e, isto sim, corrupções delas (*legis corruptiones*). Além da lei iníqua –que viola

---

13. *Ibid.*, p. 599.



o justo natural e, por isso, injusta, não tem autoridade para obrigar (*iniusta est, nec habet vim obligandi*)—, outras há deficientes para certos casos (*in aliquibus casus deficiunt*), e, nessas circunstâncias, diz S. Tomás, não se deve julgar segundo o sentido literal da lei, mas antes recorrer-se à equidade, à intenção do legislador (*recurrendum ad aequitatem, quam intendit legislator*), porque nesse quadro, em vez de aplicar a lei, «o legislador julgaria de outra maneira; e se houvera previsto o caso, tê-lo-ia determinado na lei» (*ad tertium* da q. 60).

Do garantismo —o do decisor que cumpre a lei do soldado: «ordens são ordens» (Radbruch), qualquer seja seu conteúdo— e do ativismo, de quem julga segundo sua própria vontade (e «autoridade que se aparta da lei não tem valor de autoridade» —Cícero), distingue-se um médio superior proposto pela doutrina clássica, tipo confirmado pela experiência de muitos séculos: o do juiz equitativo que, em princípio, observa a lei escrita e a costumeira e delas apenas se afasta quando elas se avessam da lei natural ou quando, por deficiência da norma, não se aplicam justamente ao caso em que se situa o objeto terminativo do direito: a *res iusta*. Trata-se aí do juiz que almeja ser justo e prudente; não do juiz que se tem por boca da lei, nem a do decisor que, ventríloquo, é mera voz do arbítrio.