

A tirania dos valores e o slogan do “processo justo”



Em 1959, durante o encontro de Ebrach, na Alemanha, Carl Schmitt

apresentou o trabalho *A Tirania dos Valores*, que veio a ser publicado, no ano seguinte, como uma espécie de edição privada de 200 exemplares distribuída exclusivamente para os participantes do referido encontro. Em 1967, o mesmo ensaio veio a ser publicado numa coletânea em homenagem aos 65 anos de Ernst Forsthoff, a qual reunia palestras proferidas em dois dos seminários de Ebrach, sendo acompanhado, ainda, de uma introdução escrita pelo próprio Schmitt.

A expressão “tirania dos valores”, contudo, não é de Schmitt, mas de Nicolai Hartmann, o qual teria inspirado Schmitt com sua *Ethik*. Hartmann afirmava que todo valor, ao ganhar poder sobre uma pessoa, teria a tendência de erigir-se como tirano do *ethos* humano à custa de outros valores, inclusive daqueles aos quais não se opõe diametralmente^[1].

Apesar de transitar com facilidade nas obras de filósofos responsáveis por tematizar a questão do valor — como é o caso de Max Weber, para quem o indivíduo, em completa liberdade para decidir de modo subjetivo, estabeleceria quais são os valores, e Max Scheler, que, juntamente com Nicolai Hartmann, teria buscado escapar do subjetivismo das valorações, falando de uma filosofia objetiva e material do valor^[2] —, Schmitt tinha um alvo certo com o seu texto: a jurisprudência alemã do segundo pós-guerra, a qual teria se utilizado de uma fundamentação baseada na filosofia dos valores, compreendida como uma espécie de substituto científico do direito natural, capaz, portanto, de superar a mera legalidade e conquistar uma espécie de legitimidade sem respaldo na lei^[3]. A posição de Schmitt, inclusive, ficou muito clara na introdução posteriormente anexada ao seu texto, na qual denunciou a apropriação da filosofia do valor pelo Tribunal Constitucional alemão, o qual teria passado a fundamentar suas decisões com base na referida filosofia^[4]. No entanto, adverte que o valor teria se oferecido como um substituto da virtude — palavra esta que, conforme a lição de Forsthoff, conservava um sentido na doutrina do Estado do príncipe absolutista, mas que com a qual não se sabia o que fazer no sistema de legalidade do Estado de Direito^[5].



A atualidade do texto de Schmitt é inegável, notadamente se levarmos em conta o Direito brasileiro, no qual os temas propostos pelo jurista alemão — reinterpretação dos direitos fundamentais, Constituição como uma ordem de valores e eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros — foram recepcionados sem o devido cuidado teórico. No mínimo, caberia para nós o alerta de Schmitt acerca da transformação da execução da Constituição em uma execução imediata de valores, o que deveria, no mínimo, levar em conta, segundo ele, que a lógica do valor justifica pretensões não suscetíveis de cálculo e atribuições de menos valia (o que tornaria o tão propagado sopesamento racional de valores um recurso falacioso); que a execução imediata do valor destrói a execução juridicamente significativa (que a resolução de casos com base em valores corrompe o Direito legislado) e que somente tem lugar em ordens concretas sob a base de disposições fixas e claras (dito de outro modo, que a execução de valores deve ser dada pela lei, e não pelos juízes)[\[6\]](#). Com isso, pretendia Schmitt acentuar a incompatibilidade entre os juízos jurídicos e valorativos, de modo a prevenir uma assimilação entre o jurídico e o axiológico que poderia ocorrer sobre os seus efeitos[\[7\]](#).

No fundo, as críticas de Schmitt são endereçadas a uma execução imediata de valores pelos juristas, principalmente pelos juízes. Para ele, em uma comunidade cuja Constituição prevê um legislador, este seria o responsável por criar leis que determinam a mediação de valores através de regras calculáveis e executáveis, evitando-se, assim, o terror da execução imediata e automática do valor[\[8\]](#). Dito de outro modo, não caberia a juízes e tribunais a “execução imediata de valores” e, muito menos, a correção da lei com base em valores, questão que há muito vem sendo denunciada entre nós por Lenio Streck[\[9\]](#).

Por sinal, é sempre bom lembrar que os efeitos nefastos de uma execução imediata dos valores pelos tribunais foram bastante impactantes no Direito Civil, conforme demonstrado por Otávio Luiz Rodrigues Jr. em sua tese de livre-docência, cuja passagem a seguir é bastante elucidativa:

A “entrada” dos direitos fundamentais (e seus valores) para o Direito Civil dar-se-á *principaliter* (embora não exclusivamente) pelas “cláusulas gerais” do campo jurídico privado. Eventualmente, e esse é um ponto que merece atenção no julgado Lüth, pode-se recorrer a critérios extrajurídicos, dentre os quais os “bons costumes”. O recurso a elementos metajurídicos em uma ordem jurídica positiva não deixa de ser perigoso. O tribunal fez uma concessão arriscada a algo que, em outros tempos, poderia ter sido denominado de Direito Natural. Esse tipo de argumentação poderia conduzir ao surgimento de um cavalo de Troia no sistema interno: quem define o conteúdo desses valores metajurídicos? Esse apelo a “critérios extrajurídicos” não seria uma forma de se introduzir no sistema um fator de correção externo? Essa crítica acompanharia o TCF desde então. Assim como no Brasil, há críticas na Alemanha quanto aos excessos do TCF na interpretação do Direito (não somente o ordinário). Comparativamente ao que ocorreu no Brasil, porém, não é incorreto dizer que o TCF se comporta com excessiva timidez[\[10\]](#).

No Brasil, a questão da execução imediata de valores tem sido uma constante também para os processualistas. Um dos grandes exemplos disso é o pensamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, pai do chamado “formalismo-valorativo”, para quem, “se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado”[\[11\]](#).



Nesse sentido, diante de uma normatividade essencialmente principiológica outorgar-se-ia competência para a livre investigação jurisdicional do Direito, facultando-se expressamente a criação do direito pelos juízes[12], com subterfúgio na “correção da lei pelo órgão judicial com vistas à salvaguarda do predomínio do valor do direito fundamental na espécie em julgamento”[13]. Sob essa perspectiva, dizia Alvaro que “garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir e de uma atenta valoração dos interesses a tutelar (...) em suma, com a ponderação desses dois valores fundamentais — efetividade e segurança jurídica — visa-se idealmente a alcançar um processo tendencialmente justo”. Referia, ainda, que “à vista do caráter essencialmente principiológico dos direitos fundamentais, que só se pode determinar o que se entende por processo justo levando-se em conta as circunstâncias peculiares do caso”[14].

Seguidores de Alvaro de Oliveira, como é o caso de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, têm sugerido uma substituição da expressão *devido processo legal*, contida no artigo 5º, LIV, da CF, pela expressão *processo justo*. Um dos motivos dessa transformação alquímica seria o fato da expressão devido processo legal remeter “ao contexto cultural do Estado de Direito (Rechtsstaat, État Légal), em que o processo era concebido unicamente como um anteparo ao arbítrio estatal, ao passo que hoje o Estado Constitucional (Verfassungsstaat, État de Droit) tem por missão colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo”[15]. Sob essa ótica, o que parecem querer dizer os referidos autores é que deveríamos abandonar o elemento central da noção de *devido processo legal* — ou seja, a contenção do arbítrio — pela expressão *processo justo*, pois, ao que tudo indica, o tal “Estado Constitucional” seria um Estado cordial e colaborativo, no qual, frente ao exercício do poder jurisdicional, nenhum escudo seria necessário ao cidadão.

Mas não é só isso. Com a expressão “processo justo”, constrói-se um “modelo variável” que “pode assumir formas diversas, moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto”. Desse modo, “o direito ao processo justo constitui cláusula geral” e “visa a assegurar a obtenção de uma decisão justa”. Nesse ponto de vista, “a atuação da administração judiciária tem de ser compreendida como uma forma de concretização do direito ao processo justo”[16].

A subtração do termo *legal*, componente da cláusula do *devido processo*, representa uma tentativa doutrinária e jurisdicional de execução imediata de valores. Representa, com efeito, uma porta de entrada para a “tirania dos valores”. A subversão do *direito infraconstitucional* por um *pseudodireito jurisdicional* se dá capturando a *garantia do indivíduo contra o poder jurisdicional*, para transformá-la em *instrumento do poder jurisdicional*. A expressão “processo justo” é um subterfúgio hermenêutico para conferir ao juiz maiores poderes, “plasmando extralegalmente o procedimento”. Como bem destacou Eduardo José da Fonseca Costa, diante de tal perspectiva “o processo deixa de ser garantia de liberdade do cidadão e transmuda em ferramenta oficial do Estado para a consecução de finalidades extragarantísticas (igualdade, solidariedade cooperativista, ‘verdade real’, justiça material, etc.)”[17].



Com a expressão “processo justo” esconde-se uma visão antigarantista do processo, o qual passa a ser “informado pelos valores da efetividade e da segurança jurídica e voltado para a realização da justiça do caso concreto e a pacificação social”, tomados como verdadeiros *escopos do processo* [18]. Como, para essa corrente, segurança e efetividade são valores concorrentes [19], não há nenhum problema em conferir maior prestígio à efetividade e à eficiência (da jurisdição) em desabono das garantias constitucionais contrajurisdicionais. Legitima-se, desse modo, um discurso baseado em valores a favor de um “processo justo” comandado pelo próprio órgão jurisdicional, ao qual são outorgados amplos poderes para manipular o próprio procedimento instituído pelo legislador mediante uma espécie de execução imediata de valores. O devido processo legal transforma-se, assim, em *indevido processo jurisdicional*.

O “*processo justo*” configura-se, portanto, como uma pauta de valores nas mãos de doutrinadores-legisladores e juízes-legisladores, os quais, a seu bel prazer, fazem prevalecer determinados valores. Normalmente, valores que conspiram em desfavor da garantia contrajurisdicional do indivíduo — que é o processo — e que atendem a escopos pró-jurisdicionais (justiça, verdade, paz social etc.). No entanto, conforme ressaltou Antônio Carvalho Filho, em aguda crítica à noção de “processo justo”, “visões plasticizantes do procedimento por iniciativa judicial são flagrantemente autoritárias, pois desrespeitam a constituição e a lei” [20]. Trata-se da tirania do “valor jurisdição”, que se sobrepõe à lei e ao processo.

Por isso tudo é que o texto de Schmitt continua atual. O mesmo vale para a sua advertência, no sentido de que “o jurista que se aventura a executar valores de maneira imediata deveria saber o que faz. Deveria refletir sobre a procedência e estrutura dos valores e não se permitir tomar levemente o problema da tirania dos valores da execução não mediada do valor” [21]. Lamentavelmente, o caso do “processo justo” é somente mais um, dentre tantos exemplos, da “tirania dos valores” que assola o Direito brasileiro.

[1] SCHMITT, Carl. Reflexiones de un jurista sobre la filosofía del valor (La edición privada de 1960). In: **La tiranía de los valores** / con prólogo de Jorge E. Dotti Ia ed. – Buenos Aires: Hydra, 2009, p. 140-141.

[2] SCHMITT, Carl. Reflexiones de un jurista..., p. 129-130.

[3] SCHMITT, Carl. Reflexiones de un jurista..., p. 107-108.

[4] SCHMITT, Carl. Introducción (1967). La tiranía de los valores. In: **La tiranía de los valores** / con prólogo de Jorge E. Dotti Ia ed. – Buenos Aires: Hydra, 2009, p. 92.

[5] SCHMITT, Carl. Introducción..., p. 91.

[6] SCHMITT, Carl. Introducción..., p. 110.

[7] DOTTI, Jorge E. Filioque. Uma tenaz apologia de la mediación teológico-política. In: **La tiranía de los valores**..., p. 19.

[8] SCHMITT, Carl. Reflexiones de un jurista..., p. 146-147.

[9] A respeito, ver STRECK, Lenio. **Precisamos falar sobre Direito e Moral**: os problemas da interpretação e da decisão judicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018.

[10]



RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais / Otavio Luiz Rodrigues Jr. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, §46, 46.1.

[11] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 261.

[12] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva..., p. 264-265.

[13] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva..., p. 268.

[14] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva..., p. 274.

[15] MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: INGO, Sarlet. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 704.

[16] MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais..., p. 705-706.

[17] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Breves meditações sobre o devido processo legal. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-15-breves-meditacoes-sobre-o-devido-processo-legal>>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

[18] MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 134.

[19] MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido processo legal..., p. 135.

[20] CARVALHO FILHO, Antônio. Pequeno manual prático para o debate instrumentalistas (e afins) vs garantistas processuais. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/7-pequeno-manual-pratico-para-o-debate-instrumentalistas-e-afins-vs-garantistas-processuais>

[21] SCHMITT, Carl. Reflexiones de un jurista..., p. 146-147.

Date Created

13/04/2019