



**INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO — IDP  
MESTRADO — CONSTITUIÇÃO E SOCIEDADE**

**FRANCISCO VALLE BRUM**

**A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL ENTRE COMPLEXIDADE, JUSTIFICAÇÃO E  
CONTROLE**

**Brasília-DF  
2014**

**FRANCISCO VALLE BRUM**

**A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL ENTRE COMPLEXIDADE, JUSTIFICAÇÃO E  
CONTROLE**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Professor Dr. Rodrigo de Oliveira Kaufmann.

**BRASÍLIA-DF**

2014

**FRANCISCO VALLE BRUM**

**A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL ENTRE COMPLEXIDADE, JUSTIFICAÇÃO E  
CONTROLE**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito.

Brasília-DF, \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 20\_\_.

---

Prof. Dr. Rodrigo de Oliveira Kaufmann  
(Orientador) (IDP)

---

Prof. Dr.  
(IDP)  
Membro da Banca Examinadora

---

Prof. Dr.  
(Membro externo)  
Membro da Banca Examinadora

*À memória de Felipe José Moroso Brum, a  
saudade nunca se ausenta.*

*e*

*À Camilla, sempre.*

## AGRADECIMENTOS

Por mais que a pesquisa e a produção sejam trabalhos solitários, paradoxalmente eles não se fazem sozinhos.

Agradeço à minha família, especialmente minha mãe Magda, pela torcida, minha esposa Camilla, pelo apoio inesgotável e companheirismo inexplicável, e meu irmão Guilherme, exemplo de dedicação e que sempre se fez presente para discutir os temas aqui abordados.

À Advocacia-Geral da União, pelo financiamento do Mestrado no Instituto Brasiliense de Direito Público e aos servidores da Escola da Advocacia-Geral da União, pelo fornecimento do material necessário para a finalização deste trabalho, tornando a pesquisa muito menos complexa.

Aos meus colegas do Mestrado, sobretudo Larinha, Monique, Divis, Everaldo, Carol Ferrari, Odon e João Francisco, pela amizade e parceria ao longo dos últimos dois anos.

À Carol Longo, pela paciência com que sempre me socorreu quando das minhas (diversas) dúvidas procedimentais dentro do IDP.

Aos meus colegas e amigos Danilo e Lourenço, por terem contribuído decisivamente para a conclusão do último capítulo desta dissertação.

Aos Professores Paulo Gustavo Gonet Branco e Julia Ximenes, pela dedicação no ato de ensinar.

Por fim, ao Professor Álvaro Ciarlini, pela generosidade em dividir comigo o seu inesgotável conhecimento e, principalmente, ao meu orientador, Professor Rodrigo Kaufmann, pela confiança e paciência, e por ter me tirado de um *sono dogmático* com suas provocações.

## RESUMO

A presente dissertação analisa o atual estágio de fundamentação e justificação das decisões judiciais. Aborda a complexidade do Direito em seu nível de identificação, percorrendo acerca das teorias que procuram desenvolver um raciocínio analítico em contraposição às que defendem uma forma interpretativa como compreensão da ciência jurídica. Indica que, principalmente nos casos difíceis, a responsabilidade justificatória das decisões demanda uma sofisticada análise do caso posto à apreciação do juiz, não bastando que a justificação seja entendida tão somente como autoridade do exercício do poder colocada no papel. Pretende problematizar o Direito à luz de alguns critérios, postulando por requisitos mínimos de adequação da fundamentação das decisões judiciais na perspectiva de parâmetros coerentes, consistentes e consequentes de controle advindos da universalização da decisão (justiça formal). O trabalho é estruturado de forma a atingir um duplo objetivo: um descritivo, ao analisar a forma como o Direito é identificado a partir do fenômeno social complexo e, outro, proposicional, ao buscar trazer alguma teoria que possa auxiliar na descortinação do emaranhado de regras e práticas sociais, a fim de se poder verificar de que maneira os tribunais brasileiros estão lidando com casos de alta importância e complexidade a eles submetidos. Conclui que no Brasil há um déficit de fundamentação judicial, que permite decisionismos e que viola a aproximação entre Estado e sociedade (desneutralização política do decisor) do pós-88.

Palavras-Chave: Complexidade interpretativa. Discricionariedade Judicial. Responsabilidade política. Déficit justificatório.

## **ABSTRACT**

This dissertation analyzes the current stage of reasoning and justification of judicial decisions. Addresses the complexity of the law in their level of identification, talking about the theories that seek to develop an analytical reasoning as opposed to defending an interpretative way as understanding of legal science. Indicates that, especially in difficult cases, the responsibility of justification of decisions demand a sophisticated analysis of the case put to the judge, not simply that the justification be understood only as the authority in the exercise of power placed on paper. Intends to discuss the Law in the light of some criteria, postulating for minimum requirements for suitability of the reasoning of judicial decisions from the perspective of coherent and consistent parameters resulting from control of the universalization of the decision (formal justice). The work is structured in such a way as to achieve a double objective: a descriptive, to analyze how the right is identified from the complex social phenomenon and a prepositional, to fetch bring any theories that may assist in the disclosure of the set of social rules and practices, in order to check how the Brazilian courts are dealing with cases of high importance and complexity to them submitted. Concludes that lives in Brazil a deficit of judicial reasoning, which allows decisionism and which violates the rapprochement between State and society (political responsibility) of post-88.

Keywords: Interpretative Complexity. Judicial Discretion. Political responsibility. Deficit of justification.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1 A COMPLEXIDADE DO DIREITO E A CRISE DO MODELO POSITIVISTA (DISCRICIONÁRIO)</b> .....	<b>13</b>
1.1 O direito não pode ser simplificado: complexidade interpretativa e interpretação da prática social.....	13
1.2 A complexidade do direito como descrição do fenômeno social e a crítica feita pela interpretação construtiva .....	19
1.2.1 Do xadrez à cortesia e o conceito de Direito entre convenção e convicção. As divergências são apenas fáticas e criteriológicas? .....	24
1.2.2 As teorias institucionalistas. Do institucionalismo clássico ao neoinstitucionalismo e a revolta contra o positivismo .....	33
1.2.2.1 A ótica do institucionalismo clássico em face do positivismo formalista .....	34
1.2.2.2 A ótica do neoinstitucionalismo em face do positivismo analítico-normativista .....	38
1.3 A crise de um modelo: o positivismo jurídico foi superado? .....	46
1.3.1 O erro do positivismo analítico e normativista: a confiança depositada por eles no papel da discricionariedade judicial e de como ainda não percebemos a “discricionariedade positivista” .....	53
1.3.1.1 A “discricionariedade positivista” em Herbert Hart.....	54
1.3.1.2 A “discricionariedade positivista” em Hans Kelsen .....	58
<b>2 PROBLEMATIZAÇÃO, JUSTIFICAÇÃO E SINDICABILIDADE. A DECISÃO JUDICIAL A PARTIR DAS DELIBERAÇÕES UNIVERSAIS E DA JUSTIFICAÇÃO EXTERNA (DE SEGUNDA ORDEM)</b> .....	<b>67</b>
2.1 A importância do processo de justificação.....	67
2.1.1 A (necessária) problematização dos casos .....	71
2.2 A universalidade (justiça formal) como um princípio a ser observado na justificação judicial .....	76
2.3 O contexto de justificação interna (de primeira ordem) e externa (de segunda ordem) .....	83
2.4 A redução da discricionariedade pelos critérios de justificação da premissa universalizada .....	86
2.4.1 Consistência .....	87
2.4.2 Coerência .....	89
2.4.3 Consequência.....	94
<b>3 A SIMPLIFICAÇÃO DO DIREITO NA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA E A DESNEUTRALIZAÇÃO POLÍTICA DO JUIZ</b> .....	<b>104</b>
3.1 O Judiciário como instância responsável .....	104
3.2 A legitimidade judicial pela justificação decisória: a desneutralização política do juiz .....	110
3.3 O Judiciário frente à complexidade do direito. As políticas estatais de controle de preços e a justificação decisória .....	114
3.3.1 A controvérsia.....	116



3.3.2	O setor sucroalcooleiro judicializado .....	116
3.3.3	Análise dos julgados sob o contexto de justificação externa .....	120
3.3.4	O setor sucroalcooleiro judicializado – o requisito da coerência .....	128
3.3.5	O setor sucroalcooleiro judicializado – a divergência teórica .....	131
<b>3.4</b>	<b>O (potencial) impacto da simplificação do Direito.....</b>	<b>134</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>		<b>140</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>		<b>143</b>

## INTRODUÇÃO

O que é o Direito<sup>1</sup>? Essa pergunta vem sendo formulada há anos, e ganhou atenção especial de diversos teóricos ao longo do século XX. Nenhuma ciência humana ou natural parece ter tanta dificuldade para definir o objeto de seu estudo, nem a física, nem a biologia, nem a química etc., quanto tem o jurista.

O Direito pode ser compreendido como um fenômeno social complexo, ou melhor, que a identificação do Direito envolve a interpretação de uma prática social complexa, ou pode ser simplificado. Para verificar a tendência da ideia de simplificação do Direito, basta ver que para Oliver W. Holmes, conhecido ex-juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, o Direito não é lógica, é experiência<sup>2</sup>. Isso o fez disseminar a metáfora do *bad man*, do bandido. Segundo ela – a metáfora – o bandido nada mais faz do que verificar as consequências do ato de violação da lei, não necessitando problematizar qualquer situação. Para Holmes, os juízes encontram a justificativa para a decisão apenas após ela já ter sido tomada.

Sobre isso, parece haver, nos últimos tempos, uma tendência em ver o Direito instrumentalizado, ou seja, como um meio para a consecução de certos fins ou propósitos. O que se sustenta é que o Direito é algo maleável que deve se amoldar a fins, valores ou propósitos escolhidos, e que estes podem ser escolhidos livremente.

E onde fica o caráter de fenômeno social do Direito? Onde fica sua complexidade<sup>3</sup>? Será que a postura instrumental por parte daqueles que tomam decisões jurídicas, de forma sistemática e sem mostrar preocupação com a complexidade do Direito, não corrói a própria noção de Estado de Direito, que preza por certeza, segurança e estabilidade, além de reintroduzir o estado de natureza de Hobbes? É necessário refletir se o governo das leis pode ser transformado em governo daqueles que produzem as decisões jurídicas, na medida em que a crença no Direito, no Estado Democrático de Direito, pode modificar substancialmente de acordo com a opinião adotada em relação àquele que tem o dever de implementá-lo.

---

<sup>1</sup> Utiliza-se neste trabalho o termo *Direito* em letra maiúscula para identificá-lo objetivamente, ou seja, em contraponto ao *direito* subjetivo a uma prestação negativa, positiva etc. Nas citações diretas, optou-se por manter a formatação do texto da fonte original.

<sup>2</sup> HOLMES, Oliver Wendell. **O direito comum**: as origens do direito anglo-americano. São Paulo: Cruzeiro, 1967, p. 29.

<sup>3</sup> Já neste momento um aviso ao leitor se mostra importante. Não será tratada neste estudo a complexidade sistêmica de matriz luhmanniana. O que se traz é a complexidade na identificação do Direito de que falam autores como Hart, Dworkin e MacCormick.

Portanto, a preocupação desta dissertação é clara: como os juízes decidem. De um contexto que fora marcado por poucos litígios judiciais e de predominância interindividual no constitucionalismo moderno do final do século XVIII e que atravessou o século XIX, o Judiciário do século XX vai deparar-se com a explosão de litigiosidade (agora também sob uma chave coletiva). O tribunal passou a ser o campo primordial de reflexão das transformações políticas, econômicas e sociais da sociedade, acarretando a desconfiança na capacidade técnica e organizacional dos juízes para lidar com ações envolvendo grupos, classes e coletividade. Esse protagonismo judicial se deu, no Brasil, após a Constituição de 1988, documento analítico onde pululam direitos prestacionais que requerem a atuação positiva dos poderes constituídos. Isso inclui o Judiciário, numa função que se tem como política. Cresce, com isso, diante desse contexto de reorganização da Justiça, o problema da discricionariedade judicial.

Mas por que razão a discricionariedade do Judiciário é um problema? Não se discorda que um dos maiores mitos da ciência do Direito dos últimos dois séculos seja o caráter neutro da jurisdição, sobretudo na dimensão prática. Assim, poderíamos nos perguntar por que não deixar nas mãos do Judiciário a discricionariedade de decidir conforme bem entender; por que não simplificar o Direito; por que o juiz tem de buscar sua legitimidade pela justificação; por que a coerência e consistência do Direito; por que universalizar a premissa criada para o caso concreto.

Nessa visão, aparece uma preocupação inaugural com a possibilidade de deixar o Estado se transformar numa “juristocracia”. A arbitrariedade na atribuição de sentido a um texto legal leva a decisões que transformam a Constituição na vontade do intérprete, na escolha subjetiva/solipsista do julgador. Ao contrário das normas de caráter moral, a autoridade de uma decisão judicial não depende integralmente de sua própria emanção, mas sim da legitimidade dos órgãos que a proferem.

Não há dúvidas de que o julgador, dentro do processo decisório, sofre influências políticas (sociais, morais, econômicas etc.). Pode-se até dizer que o ato de decidir é um ato político. Isso reforça uma questão interessante de se refletir. Se o julgamento, como queria Kelsen, é um ato de vontade, se o Direito é aquilo que os tribunais dizem que ele é, como prefere Holmes, e se nada há que se possa fazer senão aceitar a instabilidade decisória, por que razão estudar e propor uma forma de sindicabilidade racional das decisões judiciais? Portanto, o problema a ser enfrentado por esta dissertação pode ser traduzido na seguinte indagação: em que medida o

Judiciário está se furtando de sua responsabilidade política (de justificação, de *accountability* judicial) ao simplificar de forma discricionária a tarefa decisória? E em um nível estritamente reflexivo, em que medida essa eventual fuga pode implicar em prejuízos de ordem econômica, financeira e social?

As respostas, espera-se, surgirão no decorrer do presente trabalho. Mas as premissas já foram lançadas, o que permite a elas retornar quando das considerações finais.

Em um primeiro momento, então, procurar-se-á construir o alicerce teórico da pesquisa, o qual possibilite, de logo, analisar como pode ser dada a identificação do Direito – se de forma meramente fática, convencional ou interpretativa. Após, esta dissertação pretende propor a utilização de uma teoria que permita fornecer critérios de controle da atividade judicial como ferramenta para auxílio na identificação da (falta) de problematização do Direito operada pelos juízes, sobretudo em temas de alta importância política, social e orçamentária.

Por fim, o trabalho terá como tarefa a análise do estado da arte do processo de justificação decisória na práxis dos nossos tribunais. Para tanto, optou-se por escolher uma temática cujas decisões são por vezes favoráveis ao Poder Público, por vezes ao particular, mas em ambos os casos o problema central parece permanecer, ou seja, no caminho percorrido (justificação) até a tomada de decisão.

É nesse último ponto que buscar-se-á confirmar ou não a hipótese de que há uma simplificação do fenômeno complexo do Direito, o que aqui será tratado como *falta de problematização decisória*, geradora de uma não observância da função política de prestação de contas por parte dos decisores. Propõem-se, ao final, não como objeto conclusivo de investigação, mas sim com o simples intuito de fomentar uma futura pesquisa, uma reflexão sobre os efeitos práticos em potencial de uma simplificação (discricionária) do Direito.

Como diz Santiago Nino<sup>4</sup>, responder a essas indagações não é tarefa fácil, mas a simples tentativa de realizá-la se torna proveitosa, já que a compreensão, ainda que incipiente, da estrutura, do funcionamento e das possibilidades de aperfeiçoamento do mecanismo jurídico é uma maneira de verificação inicial da vida humana e da complexa trama do tecido social que a envolve.

---

<sup>4</sup> NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 10.

## 1 A COMPLEXIDADE DO DIREITO E A CRISE DO MODELO POSITIVISTA (DISCRICIONÁRIO)

### 1.1 O direito não pode ser simplificado: complexidade interpretativa e interpretação da prática social

O Direito tem um discurso complicado, complexo. Não se pode reduzi-lo a um *a priori* significativo ou deixar sua significação “a cargo do subjetivismo do intérprete, arrastando-o ao positivismo jurídico”<sup>5</sup> de cunho discricionário. Esse é o diagnóstico inicial do que se pretende postular. Para tanto, socorre-se do que aqui será chamada de a “Escola<sup>6</sup> do Direito de Oxford”.<sup>7</sup>

O caráter de fenômeno social (complexo) do Direito possui uma estrita ligação às formas de exteriorização de poder, à sua forma metodológica de aplicação e “também não se desvincula de uma determinada concepção de Estado, de sua relação com a política, das escolhas valorativas consideradas juridicamente relevantes e de uma análise global de seu papel em sociedade”<sup>8</sup>. É o Direito que nos faz cidadãos, profissionais, proprietários, sendo ele “espada, escudo e ameaça: lutamos por nosso salário, somos obrigados a pagar o aluguel [...] tudo em nome do que foi estabelecido por nosso soberano abstrato e etéreo, o direito”<sup>9</sup>. Dworkin chega a dizer que somos súditos do império do Direito e “vassallos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos portanto fazer”.<sup>10</sup>

Carla Faralli, da Universidade de Bolonha, conta que Enrico Pattaro, retomando a transposição da filosofia analítica para o campo jurídico, desenvolveu uma concepção peculiar, que define como “realismo normativista”, e que centra-se na ideia

<sup>5</sup> LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial. Dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.17.

<sup>6</sup> Não se desconhece que o termo “Escola” dá a conotação de que seus integrantes possuem o mesmo entendimento acadêmico-teórico sobre determinada matéria. Contudo, essa não é a intenção. Utiliza-se arbitrariamente dessa terminologia apenas para identificar o marco teórico deste trabalho.

<sup>7</sup> O tripé da “Escola do Direito de Oxford” é formado por Herbert Hart (que vai nos auxiliar a demonstrar que o Direito, mesmo na teoria analítica do positivismo metodológico, pode ser complexo), Ronald Dworkin (que vai sofisticar a teoria analítica de Hart, com a inclusão de um componente interpretativo-valorativo) e Neil MacCormick (que vai nos fornecer os critérios para verificação da falta de problematização do Direito, que se traduz na discricionariedade judicial aqui criticada). Hart e Dworkin (este com sucessor daquele) foram professores catedráticos da Universidade de Oxford, na Inglaterra, enquanto Neil MacCormick, apesar de ter construído sua carreira acadêmica na Universidade de Edimburgo, na Escócia, sofreu, confessadamente, forte influência de ambos os professores de Oxford, além de ter sido auxiliar de Hart e  *fellow* na própria Universidade de Oxford.

<sup>8</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional. Discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lúmen Jûris, 2010, p 126.

<sup>9</sup> DWROKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XI.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. XI.

de que o Direito é uma realidade que não difere (ontologicamente) da realidade dos fatos empíricos<sup>11</sup>, mas que também não pode ser reduzido a eles<sup>12</sup>. Para essa concepção, o Direito é na verdade “uma realidade cultural, social e empírica complexa, de que fazem parte entidades linguísticas [...] e extralinguísticas”.<sup>13</sup>

Já Noel Struchiner<sup>14</sup>, descrevendo a visão de Brian Tamanaha, mostra que nos últimos tempos há uma tendência em ver o Direito instrumentalizado, ou seja, como um meio para a consecução de certos fins ou propósitos. Mas adverte que isso é natural em órgãos eminentemente políticos, mas não pode ser encarado como um “receptáculo vazio a ser preenchido por qualquer conteúdo também por parte dos acadêmicos e juízes”<sup>15</sup>. Tal preocupação se justifica diante da postura instrumental por parte daqueles que tomam decisões jurídicas, a qual corrói a própria noção do Estado de Direito, que preza por certeza, segurança e estabilidade, e reintroduz o estado de natureza de Hobbes. Isso é uma amostra da falta de preocupação com a complexidade do Direito. Afinal de contas, se o Direito é apenas um instrumento para a realização de alguns propósitos, então ele não passaria de “uma arena ou campo de batalha no qual se disputa constante e reiteradamente para ver qual o propósito prevalecerá”.<sup>16</sup>

Nessa mesma medida, Neil MacCormick registra que “O direito de qualquer Estado constitucional moderno é altamente complexo. Sob o impacto da globalização

---

<sup>11</sup> Questão retomada abaixo, quando será tratado o neoinstitucionalismo.

<sup>12</sup> FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito. Temas e desafios**. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: WMF, 2006, p. 30.

<sup>13</sup> *Ibid.* Embora vejamos que Faralli trata como uma novidade o “realismo normativista” de Pattaro, parece que este é uma junção de duas correntes de pensamento que apresentaram ao longo do tempo semelhanças e divergências: o realismo escandinavo e o positivismo metodológico (assunto melhor tratado nos subcapítulos que seguem).

<sup>14</sup> STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. *In: Direito e interpretação. Racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (Org). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 120.

<sup>15</sup> O autor, ainda mostrando a adequação do pensamento de Tamanaha, afirma que há diferentes âmbitos nos quais o instrumentalismo jurídico pode se apresentar: “O instrumentalismo jurídico pode ocorrer em um nível sistêmico (ou legislativo), em um nível advocatício, ou no âmbito judicial. Em todos eles, o que é sustentado é que o direito é algo maleável que deve se amoldar a fins, valores ou propósitos escolhidos, e que estes podem ser escolhidos livremente. O direito é amorfo. São os fins perseguidos em cada caso e cada situação que têm primazia e conferem forma ao direito. O instrumentalista legislativo vai construir o direito de acordo com os seus objetivos políticos. O advogado instrumentalista pode manipular o material jurídico de acordo com as finalidades que considera interessantes para o seu cliente e os juízes instrumentalistas são aqueles que pretendem concretizar certos propósitos que consideram valiosos, mesmo que isso envolva não aceitar as regras jurídicas positivadas como vinculantes. [...] O ponto de Tamanaha é que hoje em dia existe uma tensão entre a defesa de um Estado de Direito Formal e o instrumentalismo judicial. Atualmente, ambos são considerados e são frequentemente estimulados, mas o instrumentalismo judicial pode corromper o Estado de Direito Formal. Portanto, se é o caso que existe algum tipo de preocupação com o Estado de Direito Formal, então é bom ficar atento para o grau de incentivo conferido ao instrumentalismo judicial. A escolha entre um e outro depende de fatores empíricos e, portanto, contingentes” (*Ibid.*).

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 122.

[...] ele se torna ainda mais complexo”<sup>17</sup>, e que justamente uma das tarefas da teoria filosófica seria tornar inteligível aquilo que é por essência complicado<sup>18</sup>. Assim, a identificação e a aplicação do Direito envolvem inúmeros aspectos argumentativos e interpretativos do contexto normativo (e da prática social) de determinada sociedade, sendo que teóricos apontam como fundamental o aspecto interpretativo para demonstrar como o discurso jurídico não pode se contentar com a mera subsunção de um fato à norma<sup>19</sup>. Daí resulta que a interpretação jurídica deva ser entendida dentro de um marco argumentativo.<sup>20</sup>

Dentro desse empreendimento, Dworkin aposta em um exemplo para demonstrar que o Direito se dá de forma construtiva interpretativamente<sup>21</sup> (modelo interpretativo de decisão judicial). Em Conferência realizada no ano de 1984 em homenagem a Ross McCorkle<sup>22</sup>, cita o autor o caso *Dronenburg vs Zech* (também de 1984). Dronenburg havia servido na Marinha durante muitos anos. Contudo, por ter praticado confessadamente atos homossexuais em um quartel, fora dispensado, fato que o levou a processar a Marinha por violação de direito fundamental. Diz Dworkin que o modelo interpretativo demandaria, de início, a identificação do Direito positivo em torno do problema, o qual consiste, primeiro, no texto da previsão constitucional que o autor havia citado, e, em consequência, em decisões passadas da Suprema Corte em relação a tais cláusulas constitucionais.<sup>23</sup>

Essa identificação ficaria em um plano pré-interpretativo, ao passo que agora teríamos que nos perguntar qual o conjunto de princípios poderia prover a melhor interpretação, ou seja, a melhor justificação de tudo isso, os quais passariam pelos testes da adequação e da própria justificação. No caso citado, Dworkin entende que

<sup>17</sup> MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In. **Direito e interpretação. Racionalidades e instituições**. Org. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri. São Paulo: Saraiva, 2011b, p. 31.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Em Atienza vemos que “*La jurisdicción es la instancia encargada de resolver esos, y otros, problemas, pero los jueces no pueden hacerlo – al menos, no pueden en un Estado de Derecho – decidiendo pura y simplemente. Deben motivar sus decisiones, esto es, deben mostrar las razones que permiten justificar su decisión en términos jurídicos: deben, pues, argumentar. La cosa no se termina todavía aquí. La complejidad del Derecho de nuestras sociedades hace necesario el tener que recurrir a especialistas, a expertos en Derecho – y no sólo en Derecho – para auxiliar a los legisladores – entendida la expresión en su sentido más amplio que incluye a los órganos administrativos productores de normas – y a los aplicadores del Derecho*” (ATIENZA, Manuel. **Derecho y argumentación**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 28-29).

<sup>20</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentación e Interpretación en el Derecho**. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, pp. 65-78, 2010.

<sup>21</sup> Noção que também se retira do conceito de “fato institucional” em MacCormick (e que será tratado no subitem 1.2.2.2, infra).

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. A Conferência McCorkle de 1984: as ambições do direito para si próprio. **Veredas do Direito**, Vol. 1. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, Janeiro/Junho 2004.

<sup>23</sup> Dworkin ainda cita outros casos norte-americanos com discussão semelhante: *Griswold; Eisenstadt; Loving; Roe vs Wade* etc. (*Ibid.*, p. 22).

havia nele o princípio de que o “Estado não deve proibir atos que não prejudiquem ninguém apenas por eles serem imorais e o princípio de que o Estado não deve legislar para restringir a liberdade de procriação”.

Nesse momento, a atenção desloca-se para a dimensão interpretativa, onde se faz importante perguntar qual de nossas interpretações possíveis possibilita uma melhor justificação das decisões do ponto de vista da moralidade política<sup>24</sup>. Dworkin diz não haver dúvidas de que seria o primeiro<sup>25</sup>, já que ele afirmaria um ideal aceitável de autonomia moral que “terá um apelo considerável mesmo para aqueles que não possam admiti-lo totalmente”<sup>26</sup>. O segundo princípio definiria uma linha arbitrária desconectada com qualquer distinção aceitável de importância moral. O autor conclui que uma decisão em favor do ex-militar poderia ser aparentemente interpretada como uma mudança no Direito, porque aquele direito não estaria explícito no texto da Constituição dos Estados Unidos e não teria sido, naquele período, reconhecido anteriormente pela Suprema Corte.

Contudo, diz o jusfilósofo que “podemos, nesse momento, espero, enxergar o sentido na exigência de que se o argumento interpretativo justificando essa mudança é um bom argumento”, a mudança seria do próprio Direito positivo na realização de sua própria ambição<sup>27</sup>. Dworkin parece querer dizer que a complexidade do Direito impõe o reconhecimento de princípios que não necessariamente estão explícitos no texto constitucional<sup>28</sup>, razão por que o modelo positivista dos simples fatos não poderia trazer a resposta a este caso.

Trata-se de um exemplo da intenção dworkiniana de mostrar que a interpretação envolve três etapas distintas: a pré-interpretativa, a interpretativa e a pós-interpretativa<sup>29</sup>. Não se delimitará cada uma delas, sobretudo porque sua falta

---

<sup>24</sup> O conceito de moralidade política de Dworkin não será tratado aqui. Para aprofundamentos, vide DWORKIN, *op. cit.*, 2005, partes um e dois.

<sup>25</sup> Aqui, poder-se-ia objetar que isso é apenas uma aposta subjetiva de Dworkin, ou seja, não há garantia de que essa escolha fosse unânime entre os intérpretes (a despeito de que o primeiro princípio parece ser intuitivamente aquele a ser escolhido pela moralidade da comunidade, principalmente em Estados Democráticos de perfil liberal no sentido norte-americano). Contudo, essa objeção reforçaria o nosso argumento de que, de fato, o Direito é complexo. O próprio Ronald Dworkin pontua que essa sua afirmação acerca da prevalência do primeiro princípio não é importante neste momento, uma vez que pretende apenas mostrar o modelo interpretativo na prática e como ele difere do modelo positivista (*op. cit.*, 2004, p. 24).

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> DWORKIN, *op.cit.*, 2004.

<sup>28</sup> Apesar disso, em momento oportuno se argumentará que o respeito ao texto vai ao encontro da própria democracia, somente podendo-se “ampliá-lo” interpretativamente se houver algum princípio constitucional possível de ser extraído do próprio texto e em casos complicados (para não utilizar uma denominação hartiana e dworkiniana de casos difíceis). Afirmativa essa reconhecida pelo próprio Dworkin em alguns escritos seus, como se verá (vide item 1.3).

<sup>29</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2007, Cap. III.



não prejudicará o argumento deste trabalho, mas importa citar apenas o que Atienza<sup>30</sup> disse ao tratar dessa parte da doutrina do professor norte-americano:

*[...] según Dworkin, el Derecho es lo que él llama una práctica interpretativa y el propio concepto de Derecho tendría también carácter interpretativo. [...] lo que él denomina una “actitud interpretativa”. [...] el Derecho, en cuanto práctica social, no consiste únicamente e reglas, sino también en valores [...]. La interpretación de esa práctica se desarrolla, por otro lado, en tres etapas. [La] preinterpretativa, [que] consiste en la identificación de esa práctica [...] La segunda – la fase interpretativa – se centra en la asignación de un valor a esa práctica [...]. Y la tercera es la fase postinterpretativa o reformadora, en la que se trata de modificar o reformular la práctica, para que satisfaga mejor sus sentidos [...].*

O Direito pode ser visto, dentro dessa teoria, como um fenômeno prático social<sup>31</sup> em que a sua complexidade e seu âmbito funcional ficam dependentes de uma característica especial de sua estrutura, mas não que isso signifique necessariamente que o âmbito de controvérsia do Direito resida apenas na questão dos fatos históricos com pretensão descritiva neutral<sup>32</sup>. Para Juliano Maranhão, o “Direito é um dado prático que permite vislumbrar um conjunto organizado de regras gerais, resultado de escolhas prévias de autoridades reconhecidas”<sup>33</sup>, de onde se extrai um sistema de soluções de conflitos práticos. Mas, na mesma visão dworkiniana, ao contrário de outros fenômenos sociais a prática do Direito – e até a sua própria legitimidade – é argumentativa.<sup>34</sup>

Embora este não seja o momento de avaliação da correção das pretensões interpretativas de alguns autores, a complexidade do Direito já pode ser vislumbrada aqui. A ideia de Direito como prática passa por um empreendimento onde os

<sup>30</sup> ATIENZA, *op. cit.*, 2005, pp. 118-119.

<sup>31</sup> E a prática a ser estudada neste capítulo e a argumentação e justificação nos demais podem ser compreendidos tanto no sistema de *commow law* quanto no de *civil law*. Não se compactua da crítica de que o estudo dos critérios de correção das decisões com base na doutrina norte-americana ou da Europa não continental seria impróprio no nosso país. Por certo nossa Constituição não tem o mesmo grau de abertura semântica do texto da Constituição dos Estados Unidos ou da identificação do Direito na prática inglesa, mas isso, por si só, não afasta a utilização desses doutrinadores para o sistema de *civil law*, sobretudo no Brasil, onde o constituinte incorporou diversos princípios (e valores) de textura aberta no texto constitucional, demandando uma atividade sofisticada de interpretação. O próprio Supremo Tribunal Federal faz questão de registrar que o Brasil acompanha movimento semelhante ao de outros países nos quais adotado o sistema de *civil law*, que se aproximariam, paulatinamente, de uma cultura do *stare decisis*, própria do sistema de *common law* (ver, por exemplo, voto do ministro Teori Zavascki na Rcl 4.335/AC, rel. ministro Gilmar Mendes. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 10 ago. 2014). Ver, em sentido semelhante, as ponderações dos tradutores da obra *Retórica e Estado de Direito* de Neil MacCormick (MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes; Cláudio Michelon e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. XXI).

<sup>32</sup> Como logo adiante será visto no embate entre Dworkin e Hart.

<sup>33</sup> MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 26.

<sup>34</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2007, p. 17.

participantes fazem reivindicações ao longo do tempo em formas repetidas, nada obstante muitas vezes não comuns. Isso dá o caráter iterativo do Direito, onde a prática é conduzida em concerto e os participantes estão juntos no mesmo empreendimento<sup>35</sup>. Aqueles envolvidos nessa prática percebem que as permissões e exigências feitas por ela ficam na dependência da discussão e mobilização da verdade e correção de certas proposições. Dworkin, que no decorrer de seus escritos chega à conclusão de que o Direito é uma prática interpretativa e construtiva, exemplifica com a questão de que certos povos que dispõem de um Direito fazem reivindicações sobre o que é permitido e proibido por ele, sendo que grande parte dessa identificação passa pela descoberta mediante a observação de como eles realizam, fundamentam e defendem essas reivindicações<sup>36</sup>. Esse aspecto argumentativo da prática do Direito, na visão do jusfilósofo norte-americano, pode ser estudado de duas maneiras:

Um deles é o ponto de vista exterior do sociólogo ou do historiador, que pergunta por que certos tipos de argumentos jurídicos se desenvolvem em certas épocas ou circunstâncias, e não em outras, por exemplo. O outro é o ponto de vista interior daqueles que fazem as reivindicações. Seu interesse não é, em última análise, histórico, embora possam considerar a história relevante; é prático, exatamente no sentido que a presente objeção ridiculariza. Essas pessoas não querem que se especule sobre as reivindicações jurídicas que farão, mas sim demonstrações sobre quais dessas reivindicações são bem fundadas e por quê; querem teorias não sobre o modo como a história e a economia formaram sua consciência, mas sobre o lugar dessas disciplinas na demonstração daquilo que o direito exige que elas façam ou tenham. [...] A perspectiva do historiador inclui a do participante de modo mais abrangente, pois o historiador não pode compreender o direito como prática social argumentativa, nem mesmo o suficiente para rejeitá-lo como enganador, enquanto não tiver compreensão de um participante, enquanto não dispuser de sua própria opinião sobre o que se considera boa ou má argumentação no âmbito dessa prática. Precisamos de uma teoria social do direito, mas exatamente por essa razão ela deve fazer parte da doutrina jurídica.<sup>37</sup>

A atitude interpretativa em Dworkin, portanto, supõe a aceitação de que a prática em questão não apenas existe, mas sim que possui um sentido, um valor que pode identificar-se independentemente das condutas e atitudes que constituem a própria prática e supõe que essas condutas observam esse valor<sup>38</sup> de maneira tal que

---

<sup>35</sup> PATTERSON, Dennis. Após a análise conceitual: a ascensão da teoria e prática. In: **Direito e interpretação. Racionalidades e instituições**. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (Org.). São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 193-194.

<sup>36</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2007, p. 17.

<sup>37</sup> *Ibid.*, pp. 17-18.

<sup>38</sup> ATIENZA, *op. cit.*, 2005, p. 118.

podem ser modificadas<sup>39</sup>. De fato, a argumentação interpretativa do Direito envolve muitos tipos de argumentos que podem ser acumuláveis e conflitantes, o que levou MacCormick a dizer expressamente que “a argumentação interpretativa é altamente complexa”<sup>40</sup> já que nela se poderia retirar justificações sobre a intenção subjetiva e objetiva dos legisladores históricos ou atuais, argumentos acerca do contexto linguístico da interpretação, considerações sobre princípios gerais do Direito, precedentes, ou analogia, história do Direito e muito mais.<sup>41</sup>

Portanto, em MacCormick, para assegurar o Estado de Direito, exige-se não apenas argumentos dedutivos (não obstante eles tenham lugar no sistema jurídico<sup>42</sup>), mas sim a possibilidade destes “serem encapsulados dentro de uma prática interpretativa que exiba coerência entre todos os tomadores de decisão ao longo do tempo”<sup>43</sup>. E aqui nem se entra na discussão se o juiz cria ou apenas aplica o Direito. A discussão não seria propriamente essa, mas sim qual a melhor interpretação substantiva do caso e quais os melhores fundamentos jurídicos, morais e políticos para sustentar a decisão.<sup>44</sup>

## 1.2 A complexidade do direito como descrição do fenômeno social e a crítica feita pela interpretação construtiva

Hart<sup>45</sup> também tratou de elucidar a identificação do Direito ao tratar da sua norma secundária de reconhecimento, pretendendo dar a ele uma visão descritiva, não obstante tenha sustentado em resposta às críticas de Dworkin que seu conceito de Direito busca fornecer uma “descrição explicativa e elucidativa do direito como instituição social e política complexa, dotada de um aspecto regulatório”<sup>46</sup>, ponto este que teria também um sentido “normativo”. Com efeito, não se pretende, pelo menos

---

<sup>39</sup> Como no exemplo da *cortesia* citado abaixo.

<sup>40</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 80.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>42</sup> Questão melhor tratada no Capítulo II.

<sup>43</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 81.

<sup>44</sup> CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição constitucional e democracia – integridade e pragmatismo nas decisões do STF**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 41.

<sup>45</sup> Uma explicação se faz imprescindível para a continuidade da dissertação: este trabalho pretende criticar o positivismo (sobretudo o do século XX) na parte em que deixa de problematizar o Direito, ou seja, quando permite, naqueles casos onde a resposta não se encontra expressamente, que o magistrado, de forma solipsista, decida discricionariamente. Assim, a parte de Hart na qual ele desenvolve a forma de identificação do Direito como um intrincado fenômeno social confirma o nosso argumento acerca da complexidade do Direito, razão esta que nos faz utilizá-lo como um dos marcos teóricos desta parte inaugural do Capítulo I.

<sup>46</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 309.

neste momento, elucidar de forma detalhada cada parte dos fundamentos do Direito na teoria hartiana. O que interessa demonstrar aqui é que a própria identificação de um sistema jurídico ou de uma simples norma muitas vezes envolve aspectos de difícil compreensão.

Assim, a norma de reconhecimento para Hart é aquela que

especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce. [...] Em um sistema jurídico evoluído, as normas de reconhecimento são evidentemente mais complexas; em vez de identificarem as normas exclusivamente pela consulta a um texto ou lista, o fazem por meio da referência a algumas características gerais das normas primárias. Pode ser, por exemplo, o fato de terem sido aprovadas por um órgão específico, ou sua longa prática consuetudinária, ou ainda por sua relação com as decisões judiciais. [...] A norma de reconhecimento que estabelece os critérios para avaliar a validade de outras normas do sistema é, num sentido importante, que procuraremos esclarecer, uma norma *última* (*ultimate rule*); e, quando, como geralmente ocorre, houver diversos critérios hierarquizados por ordem de subordinação e primazia relativa, um deles será considerado *supremo* (*supreme*).<sup>47</sup>

A norma de reconhecimento, na sua visão, não é explicitamente declarada, mas sim fica demonstrada pela maneira como é identificada pelos tribunais ou pelos próprios indivíduos e outras autoridades<sup>48</sup>. Seria uma espécie de convenção social acerca das práticas aceitas em determinada comunidade, as quais iriam ser concebidas como regras.

Em crítica a esse positivismo do tipo analítico, Dworkin apresenta uma análise do Direito como um conceito interpretativo, e não criteriológico, para mostrar de que modo as divergências entre os juristas podem ser genuínas mesmo quando eles não chegam a um *consenso* sobre os critérios para identificar as verdadeiras proposições de Direito.<sup>49</sup>

Além disso, Dworkin se volta contra o fato de que a Escola Analítica, ao conceber critérios supremos de observação para identificar a validade de uma norma jurídica positiva e seu pertencimento a um sistema jurídico - o soberano de Austin, a regra de reconhecimento hartiana e a norma fundamental hipotética de Kelsen (que

---

<sup>47</sup> HART, *op. cit.*, pp. 122-123 e 136. Tal postulação acerca da norma de reconhecimento não ficou imune a críticas. Para Patterson, "há muito mais a ser dito sobre a Regra de Reconhecimento. Especificamente, desejamos saber de que modo a prática identificada por Hart como a Regra de Reconhecimento fornece as ferramentas para avaliar as afirmações acerca do direito de uma jurisdição em particular" (*op. cit.*, p. 202).

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>49</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2010, p. 318. Vide item 1.2.1, *infra*.

para alguns também pertence à Escola Analítica)<sup>50</sup> - deixam fora da identificação, por ser de extrema dificuldade, as diretrizes políticas e os princípios (teste de origem)<sup>51</sup>. Isso levou o autor americano a eleger uma estratégia de demonstração da fragilidade dessa pretensão com os chamados *casos difíceis*, já que nestes a Escola Analítica deu diversas respostas insuficientes, sobretudo a que permite a discricionariedade judicial<sup>52</sup>. Em Hart se percebe, por exemplo, que o emprego de normas implícitas de reconhecimento a fim de identificar normas que são específicas de um ordenamento é característico do que ele chamou de ponto de vista interno, ou seja, “Aqueles que as usam desse modo manifestam, ao fazê-lo, sua própria aceitação das normas como diretrizes, e essa atitude é acompanhada de [...] expressões típicas do ponto de vista externo”.<sup>53 54</sup>

Especificamente quanto às abordagens da prática, importante referir que, como diz Patterson<sup>55</sup>, Dworkin e Hart discordavam quanto ao papel da prática na teoria, já que para o primeiro a prática seria o material tomado por uma teoria, vale dizer, seria o próprio conteúdo e combustível dela. Para o autor americano, o Direito é uma junção de regras e princípios peculiares, sobretudo diante do fato de que a prática é uma

<sup>50</sup> Conforme Ross o entende, não obstante também entenda que não há conexão alguma entre a Teoria Pura e a Escola de Austin (ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 25).

<sup>51</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *¿Por qué es importante Dworkin? In: Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 2. Alicante: Universidade de Alicante, pp. 159-165, 1985.

<sup>52</sup> Discutida nos Capítulos II e III deste trabalho.

<sup>53</sup> Sobre o ponto de vista externo da norma de reconhecimento, apesar de não nos interessar neste momento, haja vista que pretende-se focar a interpretação do Direito pelos participantes da prática social, Hart afirma que se trata de um ponto de vista de um observador sobre determinado sistema jurídico, o qual se utiliza de expressões tais como “Na Inglaterra, reconhece-se como lei [...] tudo o que o Parlamento promulga por delegação da Coroa...”, ao passo que as expressões dos enunciados internos, que são aceitas como normas de reconhecimento, mesmo sem explicitar o fato de que são aceitas, podem ser exemplificadas de forma simples como “A lei diz que...” (HART, *op. cit.*, p. 132).

<sup>54</sup> Nada obstante querer utilizar apenas o ponto de vista interno, necessário frisar que Dworkin critica a análise descritiva do Direito de Hart, haja vista que o Direito se constrói interpretativamente pelos participantes (ponto de vista interno). Questão essa percebida por Giuliano Fernandes: “Parece haver, portanto, uma dificuldade por parte de Hart (1994) em compreender as razões pelas quais Dworkin rejeita uma teoria do direito descritivo. A objeção de Dworkin parece se firmar no ponto de que uma teoria do direito deve levar em conta uma perspectiva interna sobre o direito, ou seja, a perspectiva de alguém de dentro do sistema ou de um participante do sistema jurídico, não há como a teoria descritiva nos fornecer essa perspectiva, a sua perspectiva é de alguém que está de fora, de um observador externo. O ponto de vista do Dworkin é o ponto de vista interno, aquele do participante; há uma tentativa de apreensão da natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam. Dworkin (1986, p. 13, tradução nossa) afirma que ‘ambas as perspectivas sobre o direito, a externa e a interna, são essenciais, e cada uma delas deve incorporar ou levar em conta a outra’. Hart (1994), no posfácio ao Conceito de Direito, numa tentativa de oferecer razões para a sua teoria descritiva, tal como a apresentada em seu livro, vai dizer que não há impedimentos a um observador externo não participante para descrever os modos a partir dos quais os participantes encaram o direito. O ponto de vista interno para Hart é dos participantes quando aceitam o direito na medida em que este lhes fornece orientações para a sua conduta e padrões de crítica” (FERNANDES, Giuliano. **O sentido da filosofia política**: um estudo acerca do debate Dworkin-Hart entre direito como integridade e poder discricionário dos juízes. Orientador: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. 90 f. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2009, pp. 20-21).

<sup>55</sup> PETERSON, *op. cit.*, p. 200.

prática social interpretativa criativa e construtiva, as quais ficam na dependência de uma atitude de quem opera com essa prática<sup>56</sup>. Já para Hart, a prática não poderia ser teorizada por ser produto da história; a regra de reconhecimento, apesar de poder ser identificada, não poderia ser justificada teoricamente porque ela é contingencial, produto da história e das circunstâncias<sup>57</sup>, posição que Dworkin não teria aceitado por crer que a teoria é o caminho para a compreensão da prática do Direito.

O problema também é da teoria sobre a prática. Quer dizer: a verdade ou falsidade de uma proposição jurídica “está ligada a uma divergência teórica sobre o direito, ou seja, é uma divergência sobre os fundamentos do direito”<sup>58</sup>. Portanto, a divergência do Direito seria, para dificultar ainda mais, de natureza teórica<sup>59</sup>, sendo necessário ampliar o argumento jurídico a fim de identificar seu papel na cultura, sobretudo diante do fato de que as pessoas debatem sobre as melhores interpretações de práticas e tradições, empreendimento esse que mostra que ao fazerem estão discutindo acerca do que tais práticas e tradições realmente requerem<sup>60</sup>:

Como as teorias gerais de cortesia e da justiça, as teorias gerais do direito devem ser abstratas, pois sua finalidade é interpretar o ponto essencial e a estrutura da jurisdição, não uma parte ou seção específica desta última. Contudo, apesar de toda sua abstração, trata-se de interpretações construtivas: tentam apresentar o conjunto da jurisdição tal como o encontram e a melhor justificativa dessa prática. [...] Desse modo, o voto de qualquer juiz é, sem si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos. A doutrina é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredicto.<sup>61</sup>

Como ficará mais claro no decorrer deste trabalho, outro que tratou da identificação do Direito foi Neil MacCormick, para quem parece não ser aceita a

<sup>56</sup> Dworkin infere que “Direito”, assim como “justiça”, “igualdade” e outros conceitos, é interpretativo e, assim, não poderia se manter preso ao *aguihão semântico*, como diz haver no positivismo. Para aprofundamentos sobre o conceito de *aguihão semântico*, vide Capítulo III de *O Império do Direito* (*op. cit.*, 2007).

<sup>57</sup> *Ibid.*, pp. 200-201.

<sup>58</sup> Essa é a visão de Emílio Meyer ao falar da conferência Maccorckle de 1984, proferida por Dworkin na Universidade de Virgínia (MEYER, Emílio Peluso Neder. **Apresentação:** Dworkin e as ambições do direito. *Veredas do Direito*, Vol. 1. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, Janeiro/Junho 2004, p. 10.

<sup>59</sup> Como diz Carvalho, ao tratar da doutrina dworkiniana “[...] boa parte das divergências jurídicas é de natureza teórica. Quando discutimos alguma questão estamos em desacordo sobre qual a *melhor interpretação* para aquele caso. O que está em jogo, portanto, não é a reforma ou a aplicação da lei vigente, mas um debate em torno do que é a lei [...]. Não se trata de uma divergência semântica superficial, mas uma divergência profunda quanto aos próprios fundamentos do direito” (*op. cit.*, p. 41).

<sup>60</sup> Podemos trazer o exemplo de *cortesia* elaborado por Dworkin em *O Império do Direito* (DWORKIN, *op. cit.*, 2007, p. 57) e desenvolvido no item 1.2.1, *infra*.

<sup>61</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2007, pp. 112-113.

separação positivista entre o Direito tal como ele é e o Direito tal como ele deve ser, rejeitando “a concepção de que as fontes do direito são exaustivas e suficientes para determinar o conteúdo das regras jurídicas”<sup>62</sup>. Para Bustamante

O direito é visualizado como uma prática interpretativa em que o sentido das suas normas é gradualmente construído, ao invés de descoberto pela simples observação de fenômenos empíricos. O direito enquanto prática social é inerentemente argumentativo, e uma das características particulares da argumentação jurídica é que ela permanece aberta a argumentos morais, éticos e pragmáticos que estão inseridos no discurso jurídico. Com efeito, o discurso jurídico é entendido como um caso especial de discurso prático, e isso é suficiente para que nós possamos pretender que a própria natureza da argumentação jurídica cria uma obrigação de decidir de modo moralmente correto ou, nas palavras de MacCormick, uma obrigação de “fazer justiça de acordo com o direito”.<sup>63</sup>

Portanto, seja em Dworkin (que criticou o mero aspecto descritivo do Direito em Hart<sup>64</sup>), seja em Hart (que buscou se defender das críticas de Dworkin<sup>65</sup>), seja em Patterson, MacCormick e outros, a aplicação, a análise da validade e o reconhecimento do Direito não são empreendimentos simples.

O que parece ser o desafio aqui (e isso sobretudo pela lente de Dworkin) é identificar a possibilidade de um “conceito de direito para uma prática social reflexiva, como se admite ser o direito, ainda que seus participantes não compartilhem do mesmo conceito, ou ainda que não possuam qualquer conceito de direito”.<sup>66</sup>

A complexidade do Direito também pode ser verificada pela ótica da própria *divergência* na sua identificação. Ou, como em Hart, o fundamento do Direito é uma questão de divergência entre os fatos sociais convencionais, já que os seres humanos não teriam desacordos (semânticos) quanto ao conceito de Direito ou, de acordo com a postulação dworkiniana, é uma questão de divergência entre o próprio *conceito* de Direito – desacordos entre convicções pessoais interpretativas. Assim, chegamos às analogias utilizadas no debate Hart-Dworkin acerca dos desacordos na identificação do Direito, o xadrez e a cortesia.

<sup>62</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 106, p. 265-313, jan./jun. 2013.

<sup>63</sup> BUSTAMANTE, *op.cit.*, pp. 265-313, 2013.

<sup>64</sup> Ver, por exemplo, o Capítulo 6 da obra *Justiça de Toga* de Dworkin (DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010).

<sup>65</sup> Vide o pós-escrito de Hart em **O conceito de direito** (*op. cit.*, 2009).

<sup>66</sup> MARANHÃO, *op. cit.*, p. 32.

### 1.2.1 Do xadrez à cortesia<sup>67</sup> e o conceito de Direito entre convenção e convicção. As divergências são apenas fáticas e criteriológicas?

Outra preocupação da doutrina que compartilha do aspecto complexo do Direito refere-se à importância das divergências teóricas sobre os conceitos jurídicos, o que não teria sido percebido pelo positivismo metodológico, sobretudo de matriz hartiana.

Pode-se dizer que Hart iniciou uma virada metodológica<sup>68</sup> em relação ao positivismo de cunho analítico ao incluir no paradigma representacional-descritivo um componente reflexivo fruto do ponto de vista interno. A utilização dessa diferenciação pode ser compreendida a partir da percepção de que enunciados jurídicos podem descrever algo, representando a realidade. Busca-se, com isso, superar o ideal epistemológico do realismo escandinavo<sup>69</sup> de uma “concepção absoluta de mundo”<sup>70</sup> (fiscalista<sup>71</sup>).

Em outras palavras: tal diferenciação procura oferecer uma resposta à pergunta “como justificar filosoficamente a possibilidade de descrever algo que não faz parte do mundo físico”?<sup>72</sup> A resposta de Hart, que é uma assunção de uma nova concepção de objetividade substitutiva da concepção fiscalista, foi o ponto de partida e a tônica do estudo hartiano, ou seja, incluir a aceitação *crítico-reflexiva* (convencional) de uma regra no lugar tanto do *sentimentalismo antimetafísico* do realismo - que denunciava

<sup>67</sup> O título deste subitem foi inspirado no livro de Ronaldo Porto Macedo Júnior (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia. Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013), utilizado neste ponto como o referencial teórico da nossa interpretação do debate Hart x Dworkin acerca do conceito de Direito.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>69</sup> Em breves linhas, o realismo escandinavo (que tem como representantes, dentre outros, os importantes nomes de Olivecrona e Alf Ross) não acredita no mero uso descritivo da linguagem, uma vez que os termos dos enunciados jurídicos não têm referência na realidade, não podendo a eles ser atribuído qualquer valor de verdade. Ao contrário do positivismo metodológico, o realismo escandinavo não vê a possibilidade de interpretar enunciados jurídicos em termos de fatos brutos (hábitos), restando, então, apenas eliminá-los. Nas palavras de Michelon Jr., a existência de termos como “direito subjetivo” ou “dever jurídico” levou essa corrente a entender que “Continuar utilizando estes termos como se eles tivessem uma referência ‘real’ é admitir a existência de entidades metafísicas (aquelas que não se encontram no mundo objetivamente considerado). O combate à tentativa de admitir a existência de entidades metafísicas (constantes da Ciência do Direito) é uma das bandeiras do Realismo Escandinavo [...]” (MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade. Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito**. São Paulo; RT, 2004, pp. 63-64).

<sup>70</sup> Traduzindo o clássico problema filosófico (quais as relações entre o mundo percebido pelo sujeito e o mundo como ele realmente é), a “concepção absoluta do mundo” do positivismo metodológico e do realismo escandinavo tem como regra a ideia de que tudo o que faz parte do mundo existe independentemente de nossa forma de percebê-lo. O mundo torna-se objetivado, sem interferências das tentativas subjetivas de descrição (miragens, alucinações, juízos de valor, etc.) (*ibid.*, pp. 33-34).

<sup>71</sup> O jurista dito *fiscalista* (sobretudo o empirista) pretende fazer, diz-nos Ronaldo Porto, um descarte de termos e conceitos que não puderem ser traduzidos em termos de fatos brutos (*op. cit.*, 2013, p. 73). Compreender nossa realidade de modo fiscalista nada mais é do que utilizar as lentes pelas quais um físico julga o que é real para o fenômeno jurídico, como se o jurista fosse um físico analisando a realidade das coisas. Os fiscalistas, portanto, buscam um paradigma de objetividade absoluto, desfazendo-se de qualidades não físicas (subjetividades), já que qualidades não físicas não fariam parte do mundo real (*ibid.*, p. 86).

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 142.



qualquer resíduo metafísico que levariam à mistificação da realidade<sup>73</sup> - quanto da mera descrição de fatos brutos (Austin<sup>74</sup>), ideal do positivismo metodológico pré-hartiano.

De fato, parece não ser possível explicar o Direito em termos de meras descrições de fatos brutos<sup>75</sup>. Por isso, a nova objetividade de Hart, rompendo com aquela concepção objetivada do mundo ao afirmar “que o fenômeno da normatividade do direito exige uma nova e distinta compreensão da objetividade”<sup>76</sup>, inclui um componente *intencional*<sup>77</sup> (aceitação crítico-reflexiva) na identificação do Direito e de enunciados jurídicos.

Hart, portanto, retomando uma analogia já conhecida da filosofia para identificação de regras e padrões normativos, encontra no jogo de xadrez o exemplo ideal para ilustrar sua teoria. Afirma o jusfilósofo de Oxford que aqueles que se colocam como jogadores de xadrez têm o *hábito* de mover uma determinada peça sempre da mesma maneira<sup>78</sup>, hábito que um observador externo poderia registrar sem nada saber sobre a atitude deles diante desse movimento que fazem.

Contudo, e aqui está a chave do pensamento hartiano que o diferencia de outras teorias fisicalistas, é que esses jogadores, frente a esse padrão repetido de comportamento - mover determinada peça da mesma forma -, possuem uma atitude crítico-reflexiva, ou seja, “encaram-no como um padrão para todos os jogadores de xadrez”.<sup>79</sup>

É assim que ele sintetiza sua ideia:

Cada um deles [dos jogadores de xadrez] não apenas move ele próprio a rainha de certa maneira como tem também “um ponto de vista” sobre o quanto é correto e adequado que todos movimentem a rainha daquela maneira. Esses pontos de vista se manifestam em críticas e exigências de submissão à regra quando ocorre um desvio ou ameaça de desvio e no reconhecimento da legitimidade dessas críticas e exigências por parte dos outros.<sup>80</sup>

<sup>73</sup> FARALLI, *op. cit.*, p. 29.

<sup>74</sup> Uma das críticas feitas por Hart à identificação do Direito como mera descrição de *hábitos* sociais é dirigida, confessadamente (vide HART, *op. cit.*, p. 23), a J. Austin. Para um desenvolvimento amplo da discussão Hart-Austin, vide HART, *op. cit.*, Cap. IV.

<sup>75</sup> Vide item 1.2.2.2, onde desenvolvemos essa questão.

<sup>76</sup> MACEDO JR., *op. cit.*, 2013, p. 61.

<sup>77</sup> Para Ronaldo Porto, essa concepção objetiva do mundo é uma projeção da epistemologia cartesiana. Com essa nova concepção, que teria sido introduzida no Direito pelo próprio Hart, se reconhece que o conceito de objetividade em certa medida depende de nós mesmos (intenção), o que afastaria Hart de ser um mero tradutor em língua inglesa do pensamento de Kelsen (*op. cit.*, 2013, p. 62).

<sup>78</sup> O cavalo em “L”, por exemplo.

<sup>79</sup> HART, *op. cit.*, p. 75.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 76.

O que é necessário para compreender este ponto é que, em Hart, os padrões de comportamento devem ser *aceitos* (convenção) de forma crítico-reflexiva e que, aí já incorporando a crítica de Dworkin, a teoria analítica hartiana apresenta os critérios do Direito como consistindo em *atos evidentes*, fixados de forma incontroversa tanto pelo vocabulário do Direito (versão semântica) quanto por um *compartilhamento* entre juízes e advogados<sup>81</sup> <sup>82</sup>. Portanto, aqui já verificamos inicialmente duas críticas que serão fortemente levantadas por Dworkin a Hart. A primeira se refere à *tese das fontes sociais do Direito*, denominada pelo jusfilósofo norte-americano de tese do *pedigree*. Segundo ela, o fundamento de validade das normas deve-se a uma questão de *simples fatos*, sendo que a regra de reconhecimento apenas existiria como uma prática complexa ao identificarem o Direito por referência a certos *critérios*<sup>83</sup>. O Direito de uma determinada comunidade seria constituído, assim, por um conjunto de *standarts* reconhecidos como válidos em função de um caráter autoritativo, em função de seu “pedigree”.<sup>84</sup>

A segunda crítica é chamada da *tese da convencionalidade*. Segundo esta, o critério de validade das normas jurídicas repousa, em última análise, “numa ‘regra de reconhecimento’ que é *aceita convencionalmente*, ainda que por meio de uma trama complexa de práticas realizadas por tribunais, seus funcionários e agentes públicos”.<sup>85</sup>

Para Dworkin<sup>86</sup>, o que conta na identificação jurídica são as nossas percepções morais, éticas e políticas *interpretativas*, e não meramente reflexivas e convencionais, como quis Hart. Por ser de suma importância, novamente alerta-se: assim como a *aceitação* de um padrão de comportamento da teoria de Hart não se reduz a uma mera observação externa de um padrão e que a atitude interna não implica um sentimento (conforme querem os realistas escandinavos), ela - a *aceitação* hartiana - apesar de incorporar um componente crítico-reflexivo, tampouco envolve a *aprovação* do padrão *do ponto de vista ético-político*, ou seja, “ela não envolve a aprovação do valor moral que veicula”.<sup>87</sup>

<sup>81</sup> DWROKIN, *op. cit.*, 2007, Cap. IV.

<sup>82</sup> No já referido pós-escrito de *O Conceito de Direito*, Hart busca refutar essas percepções dworkinianas acerca de sua obra (HART, *op. cit.*, pp. 316-323).

<sup>83</sup> É de Ronaldo Porto a síntese da concepção dimensional de regras e critérios de avaliação hartianos: “Para ele (Hart), o *conceito de regra* envolve tanto uma dimensão externa (como um fato) quanto uma dimensão interna não reduzível a fatos brutos, mas sim a ‘razões para agir’. Razões não são fatos do mundo, mas *critérios* (g.n.) de avaliação que podem ser compreendidos, ensinados e utilizados” (*op. cit.*, 2013, p. 285).

<sup>84</sup> MACEDO JR., *op. cit.*, 2013, p. 160.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> Como veremos a partir deste ponto da dissertação.

<sup>87</sup> MACEDO JR., *op. cit.*, 2013, p. 134.

Inclusive, conta MacCormick que em palestra sobre Hart realizada no ano de 2001, Dworkin confessou simplesmente ser incapaz de compreender o que a teoria supostamente descritiva hartiana, e as teorias analíticas de forma geral, poderia descrever. Para ele, toda criação de teorias sociais e políticas (e nisso está incluída a teoria jurídica) não prescinde de expressar “algum ‘compromisso de valor’ assumido pelo teórico, já que todas as tentativas de compreender quaisquer práticas ou instituições sociais devem ser interpretativas”<sup>88</sup>. Ao afirmar que nossas convicções (“compromisso de valor”) sempre contam na interpretação de enunciados jurídicos, uma vez que as divergências não são meramente fáticas – como faz crer Hart –, e que a mera aceitação convencional de uma prática social não traduz o verdadeiro conceito de Direito, Dworkin utiliza de outro exemplo, o da cortesia.

Descreve o autor que em determinada comunidade pode haver uma regra onde se entenda que a *cortesia* exija que os camponeses tirem o chapéu diante dos nobres. Durante algum tempo, tal regra tem o caráter de tabu e ninguém a questiona. Contudo, em seguida, talvez de forma lenta, todos desenvolvem uma atitude *interpretativa* com relação a essa regra, de forma que as exigências da *cortesia*, além de ter um valor, não seriam exatamente ou exclusivamente o que sempre se pensou. Dessa maneira, “assim que a atitude interpretativa passa a vigorar, a instituição da *cortesia* deixa de ser mecânica, ao ponto de a comunidade tentar impor um significado àquela instituição”<sup>89</sup>, *vê-la em sua melhor luz*, e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado<sup>90</sup>. Ao final, o autor irá defender que a interpretação das práticas sociais se assemelha à interpretação artística<sup>91</sup>, já que ambas interpretam algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta, sendo elas formas de uma interpretação *criativa*, que deve ser *construtiva*.<sup>92</sup>

Novamente Ronaldo Porto faz uma análise importante sobre essa parte da crítica dworkiniana sobre o uso contínuo da analogia do jogo de xadrez:

O jogo de xadrez é passível de um acordo convencional típico com respeito às suas regras. Já no jogo de linguagem do direito, o desacordo constitui-se numa de suas situações típicas, e uma das razões disso reside no fato de que nela há desacordos interpretativos, sobre conceitos interpretativos, que requerem justificação. Em síntese, para Dworkin, se aceitarmos a explicação hartiana dos desacordos teóricos, não teremos como explicar os desacordos

---

<sup>88</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2010, p. 16.

<sup>89</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2007, p. 57.

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> É o que ele chama de *integridade do Direito*.

<sup>92</sup> MEYER, *op. cit.*, p. 11.

sobre as obrigações jurídicas. Como se poderia afirmar a existência de uma obrigação judicial caso sobre ela existisse uma controvérsia, inexistindo, dessa forma, uma base convencional estável para o seu reconhecimento? Afinal, boa parte das mais importantes obrigações jurídicas reconhecidas judicialmente são obrigações “contestadas” por meio do próprio processo judicial. Nesse sentido, uma convenção que fosse legitimamente contestada não seria sequer uma convenção. A existência de uma controvérsia seria, por definição, a inexistência de uma convenção. Como explicar a existência de controvérsia no direito, por esse mesmo motivo, vai se constituir numa das pedras angulares da explicação dworkiniana do conceito de *direito*.<sup>93</sup>

Toda essa parte inicial do subitem, obviamente sem pretensões de exaurir todo o complexo debate entre Hart e Dworkin, vai se ligar com outra parte também desse debate. Mas o que mais importa nesta dissertação é que o que dificulta tanto a “concepção absoluta do mundo” – fisicalista – quanto a descrição crítico-reflexiva<sup>94</sup> para a ciência do Direito, é que não compartilhamos dos mesmos *critérios* para a identificação de conceitos jurídicos<sup>95</sup>. O que se está a falar é que cada pessoa possui suas próprias convicções sobre determinado objeto, por isso sempre necessitamos de um componente *interpretativo* (exemplo da cortesia).

Ou seja, o que Dworkin trata ao exemplificar o Direito como uma cortesia no lugar do exemplo do jogo de xadrez é que não compartilhamos dos mesmos critérios para a identificação de normas. O uso da nossa linguagem também comporta divergências, quer dizer, não divergimos apenas sobre se aconteceu ou não algo no mundo, se *aceitamos* ou não determinada prática social, mas sim nossos desacordos também são teóricos.

Para Dworkin, o tipo de abordagem dos positivistas analíticos é uma sugestão semântica de determinados antecedentes factuais. Ela pressupõe que a utilização de alguns conceitos políticos, como liberdade, democracia etc., é regida na nossa linguagem por critérios comuns (por isso conceito *crieriológico*<sup>96</sup>), os quais

<sup>93</sup> MACEDO JR. *op. cit.*, 2013, p. 176.

<sup>94</sup> Sem componentes interpretativos como no exemplo do jogo de xadrez.

<sup>95</sup> Apesar de fugir aos objetivos deste trabalho, a forma de se identificar enunciados jurídicos também pode se dar abordando a teoria da linguagem de autores como Richard Hare. Essa foi a metodologia adota, por exemplo, por Roberto Freitas em estudo acerca da coerência das decisões: “A implicação desse fato no direito consiste em que as decisões jurídicas devem necessariamente ser fundamentadas de forma que os critérios para a utilização de palavras avaliatórias sejam publicamente explicitados, na *ratio decidendi*, de forma descritiva. Caso a decisão não seja fundamentada por meio de critérios descritivos aplicáveis a palavras avaliatórias, ter-se-á, como dito anteriormente, uma “petição de princípio”, como por exemplo a fundamentação da afirmação de que um automóvel é “bom” porque tem um “bom” motor problema da fundamentação sobre o que é um carro bom apenas foi transferido para um aspecto do carro, conceito que permanece impermeável. Afinal, o que é um “bom” motor? Aí se encontra o risco de que a ideologia seja escamoteada na decisão” (FREITAS FILHO, *op.cit.*, pp. 41-65, jul./set. 2007).

<sup>96</sup> Diz-nos Ronaldo Porto: “[...] a crítica de Dworkin a Hart atribui a este uma concepção semântica criterial, porquanto, segundo sua leitura, a regra de reconhecimento é tratada como uma questão de fato. Nesse sentido, essa dimensão *plain fact*, de fato bruto, da regra de reconhecimento, devolve a filosofia de Hart a um patamar

determinam a correção ou não de seu uso<sup>97</sup>. Esse pressuposto semântico, criteriológico, pode ser útil em determinados casos. O exemplo de Dworkin é o do conceito de livro<sup>98</sup> ou de outro artefato:

Se eu descrevesse uma única folha de papel com algo impresso como um livro, estaria cometendo um erro, pois existem critérios comuns para a aplicação do conceito de livro, e eles excluem uma única página. O fato de eu empregar ou não a palavra “livro” corretamente vai depender de como a palavra é habitualmente usada, e, se eu disser que uma única página de texto é um excelente livro, terei feito uma afirmação falsa.<sup>99</sup>

Dworkin, desde *O Império do Direito*, oferece uma explicação do motivo pelo qual os positivistas analíticos cometem o erro de desfigurar as práticas concretas de juristas e juízes nos sistemas jurídicos contemporâneos. Aventou a hipótese de que eles pressupõem que todos os conceitos são conceitos criteriológicos, e “que a análise apropriada do conceito doutrinário deve, portanto, consistir na elucidação dos critérios que os juristas compartilham, a não ser nos casos limítrofes, para avaliar se as proposições de direito são ou não verdadeiras”.<sup>100</sup>

Portanto, o autor associa o *aguilhão semântico* à incapacidade das teorias do Direito reconhecerem desacordos teóricos. Diz Ronaldo Porto que essa imagem do *aguilhão* é utilizada para designar a razão “filosófica” pela qual os positivistas da concepção absoluta do mundo exigem que os fundamentos do Direito sejam por consenso, sem convicções particulares<sup>101</sup>. “A hipótese levantada é de que esse tipo de exigência assume tacitamente uma semântica criterial (e fiscalista)”, segundo a

---

fiscalista. Esse ‘deslize’ fiscalista acaba por contaminar a coerência do projeto hartiano de fundação de uma nova objetividade para o direito. [...] a despeito de Dworkin ter ou não razão em atribuir a Hart a aceitação de uma concepção semântica criterial, o ponto central de seu argumento sobre o desacordo teórico subsiste mesmo diante de uma concepção não semântica. Isso porque seu argumento não pressupõe que inexistam situações de desacordo que podem ser explicadas por concepções semânticas. Ele afirma, porém, que há tipos de desacordo, notadamente aqueles tão comuns nas práticas argumentativas jurídicas, que não podem ser assim explicados. Além disso, existe uma razão mais forte associada a seu argumento sobre a controvérsia, que atinge não apenas as concepções semânticas, mas certas formas de convencionalismo que também são atacadas por Dworkin. Para este, o erro fatal a que estão sujeitas as teorias positivistas, ou a principal *aguilhoada* (ou ferroadada) que as atinge, consiste no fato que admitem um pressuposto convencionalista que contamina metodologicamente suas conclusões. A pressuposição convencionalista não é fundamentalmente relacionada à semântica do direito, mas antes à natureza do desacordo *no* e *sobre* o direito [...]. Para Dworkin, o que torna os filósofos presas do *aguilhão semântico* [...] é a pressuposição de que ‘nós podemos argumentar com sentido um com o outro se, mas apenas se, todos nós aceitamos e seguimos os mesmos critérios para decidir quando nossas demandas são sérias [...], mesmo se não podemos afirmá-las com exatidão, como um filósofo pode aspirar fazer, o que são estes critérios’” (MACEDO JR., *op. cit.*, pp. 185-186).

<sup>97</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2010, p. 214.

<sup>98</sup> E talvez nem em relação a esses conceitos. Para uma visão específica da linguagem descritiva e avaliativa, vide FREITAS FILHO, Roberto. Decisões jurídicas e teoria linguística. O prescritivismo universal de Richard Hare. **Revista de Informações Legislativas**, Brasília, a. 45, n. 178, pp. 19-43, abr./jun. 2008.

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> A isso que o autor chamou de *aguilhão semântico*, DWORKIN, *op. cit.*, 2010, p. 318.

<sup>101</sup> MACEDO JR., *op. cit.*, 2013, p. 181.

qual somente compartilhamos conceitos se também compartilharmos “os critérios para a sua correta aplicação”, o que implicaria que as sociedades somente poderiam utilizar o mesmo *conceito* de Direito caso existisse consenso sobre os critérios.<sup>102</sup>

Na lente de Dworkin, a teoria hartiana foi vítima de certa ambiguidade no uso que ela mesma fez do conceito de objetividade – “empirismo” hartiano. A explicação de Hart do Direito procurou identificar os critérios compartilhados para o uso do conceito de Direito, encontrando-os naquele conjunto de práticas de reconhecimento de obrigação e de autoridade<sup>103</sup>. Quer dizer, esses conceitos criteriais do Direito não estão de todo errados, até porque eles podem ser adequadamente utilizados para definir alguns tipos de conceitos, como os de livro, veículo, navio, quadro... Porém, o erro está em pensar que todos os conceitos são regidos dessa forma. Dworkin se refere aos conceitos de justiça, democracia, igualdade, liberdade, até mesmo de casamento<sup>104</sup>. Traz-se mais uma vez a exposição dworkiniana dessa questão:

[...] podemos apresentar exemplos tolos de erros de linguagem que envolvessem esses conceitos: a afirmação [...] de que um país se torna automaticamente menos democrático quando sua precipitação atmosférica anual aumenta. Não há, porém, critérios-padrão de uso a partir dos quais se poderia concluir, de uma maneira ou de outra, se o controle judicial de constitucionalidade põe a democracia em perigo, ou se todas as leis criminais violam a liberdade das pessoas, ou se a tributação compromete a liberdade. [...] as pessoas têm divergências genuínas acerca da democracia, da liberdade e da igualdade, a despeito do fato de cada uma utilizar uma concepção um tanto diferente desses valores políticos. Na verdade, as divergências políticas das pessoas são particularmente profundas quando elas divergem sobre o que é, de fato, a democracia, a liberdade ou a igualdade.<sup>105</sup>

Portanto, os conceitos criteriais não são lógica e gramaticalmente adequados para descrever conceitos interpretativos, os quais não prescindem de uma composição valorativa<sup>106</sup>, como *cortesia*, como *Direito* ou *justiça*. É aqui que reside o *aguilhão semântico* que “aferroa” a teoria positivista. Desacordos são comuns no Direito e não se referem à mera aplicação dos critérios em casos particulares, “não

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> Tirando a normatização específica, casar para uns pode ser alguém assinar um papel na frente de um juiz de paz, mas para outros pode ser a entrada de uma moça de branco na igreja.

<sup>105</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2010, p. 215.

<sup>106</sup> Ronaldo Porto auxilia nessa conceituação: “o direito, para Dworkin, é uma prática interpretativa porque o seu significado enquanto prática social normativa é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem. Ele não é um sistema *tout court*. Ele envolve uma complexa teia de articulações de práticas de autoridade, legitimação e argumentação. As práticas de argumentação, tão típicas no dia a dia dos juristas, são exemplos da forma como o conceito de *direito* é um conceito controvertido e disputado, tal como o ‘conceito de *cortesia* [...]’” (*op. cit.*, p. 210).

são desacordos empíricos, mas se referem aos próprios critérios” (divergência teórica), além de se referirem não apenas aos casos obscuros, mas sim a casos centrais no discurso jurídico.<sup>107</sup>

Voltaremos a este ponto no último item desta dissertação, quando então será analisado se os tribunais compartilham do entendimento de Hart - compreendendo as divergências como desacordos meramente factuais<sup>108</sup> - ou se justificam determinado entendimento fazendo referência ao fato de que nossas divergências também são teóricas.

Pois bem. Ao longo deste estudo será dado enfoque na justificação jurídica a partir do ponto de vista dos decisores, ao tentar, conforme Dworkin, apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica, mas não pelo fato de que se pode compreendê-la totalmente ao analisar suas palavras, mas sim porque o argumento nos processos judiciais “é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica”.<sup>109</sup>

E mesmo a regra de reconhecimento hartiana depende dessa observação da prática complexa na identificação do Direito a partir de alguns critérios determinados, não obstante para o positivismo sejam independentes de uma avaliação do conteúdo<sup>110 111</sup> das regras (teste fático).<sup>112</sup>

No campo da elaboração dos conceitos descritivos do Direito, a crítica é direcionada principalmente ao fato de que eles são construídos apenas sob o ponto de vista de um observador. Situação essa que transformaria a gama de problemas a

---

<sup>107</sup> MACEDO JR., *op. cit.*, 2013, p. 184.

<sup>108</sup> Hart busca desconstruir a imagem feita de sua teoria como sendo um positivismo de “simples fatos” (vide, para tanto, HART, *op. cit.*, pp. 316-320).

<sup>109</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2007, p. 19.

<sup>110</sup> Novamente em Hart vemos que, de fato, a diferença fundamental entre ele e Dworkin reside na identificação do Direito. De acordo com o próprio teórico inglês, na sua posição “a existência e o teor do direito podem ser determinados consultando-se as fontes sociais do direito (por exemplo, a legislação, as decisões judiciais e os costumes sociais), sem referência à moral [ou seja: o próprio conteúdo da proposição normativa], exceto quando o próprio direito assim identificado tiver incorporado critérios morais para a sua identificação. Por outro lado, segundo a teoria de Dworkin, toda proposição jurídica que especifica o teor do direito a respeito de algum tema envolve necessariamente um juízo moral. Pois, segundo sua teoria interpretativa holística, as proposições jurídicas só podem ser verdadeiras se derivarem, junto com outras premissas, daquele conjunto de princípios que melhor se adaptam ao direito estabelecido – identificado por referência às fontes sociais do direito – e, ao mesmo tempo, melhor o justificam do ponto de vista moral. Essa teoria interpretativa holística abrangente tem, portanto, uma função dupla: serve tanto para identificar o direito quanto para justificá-lo moralmente” (*op. cit.*, pp. 347-348).

<sup>111</sup> Por sua vez, Dworkin responde a Hart afirmando que “Hart e eu divergimos, portanto, no que diz respeito a determinar até que ponto e em que sentido os juristas e juízes devem emitir seus próprios juízos de valor a fim de identificar o direito em casos particulares. Em minha opinião, o argumento jurídico é um argumento típico e completamente moral. Os juristas devem decidir qual desses conjuntos concorrentes de princípios oferece a melhor justificação da prática jurídica como um todo, isto é, que seja mais peremptória em termo morais” (*op. cit.*, 2010, p. 205).

<sup>112</sup> MARANHÃO, *op. cit.*, p. 27.

serem resolvidos como “um conceito enunciado a partir de fora por observadores frios e indiferentes ao conteúdo das ações que serão tomadas com fundamento no sistema jurídico que está sendo descrito”<sup>113</sup>, simplificando a tarefa de identificação do Direito. Apesar de tal crítica se adequar de fato à análise descritiva do Direito, tem-se que Hart, apesar de ter em dado momento simplificado a tarefa de aplicação do Direito<sup>114</sup>, se distancia um pouco da ortodoxia da Escola Analítica ao tratar do ponto de vista também do participante da prática social (convenção e aceitação).

Não propomos neste momento saber se Hart ou Dworkin estão corretos quanto à identificação do Direito<sup>115</sup>, ou se a crítica a ambos é verdadeira<sup>116 117</sup>. Poderíamos ter utilizado a concepção de outros filósofos do Direito mais profundamente (Nino, Atienza, MacCormick, etc.). Contudo, o que se quer advertir neste primeiro ponto do trabalho é que o Direito não se constrói de forma simples<sup>118</sup>. Assim, aqui se inicia a caminhada na busca de se demonstrar a responsabilidade com uma prática (ou teoria da prática) tão complexa quanto a que é o Direito<sup>119</sup>, a qual depende de uma atitude por parte do aplicador que traga ao jurisdicionado a impressão de que seu caso foi realmente problematizado, argumentativa e justificadamente, pelos tribunais; que sua situação foi debatida de forma séria e explicitados todos os pontos que poderiam ser levantados, com a intenção de identificar a quem o Direito privilegia em dada situação.

Essa identificação complicada do Direito levou inclusive alguns doutrinadores a tratar do Direito como uma ordem normativa institucional. Isso nos leva a

---

<sup>113</sup> BUSAMANTE, Thomas da Rosa. Em busca de uma filosofia do direito não-positivista: revisitando o debate com o professor Alfonso García Figueroa. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, Ano 2, n. 8, pp. 127-140, out./dez. 2007.

<sup>114</sup> Como será visto no item 1.3.1.

<sup>115</sup> No capítulo final desta pesquisa, quando então será trabalhada a práxis nos tribunais, voltaremos a este assunto.

<sup>116</sup> Raz inclusive já tentou demonstrar que não existe uma teoria definitiva, já que a tarefa de explicar a natureza do Direito seria um empreendimento sem fim, e que, todavia, todos os caminhos para a explicação seriam objetivos, sujeitos à avaliação como verdadeiros ou falsos, exitosos ou não, buscando, assim, conectar teoria e conceito, em particular a teoria do Direito ao conceito do Direito (RAZ, Joseph. Teoria e Conceitos. Réplica a Alexy e Bulygin. In: MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 69-99).

<sup>117</sup> Para um aprofundamento aos críticos de Dworkin, vide LA TORRE, Mariano C. Melero de. **Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley**. Valencia: Tirant to Blanch, 2012, versão *kindle* e-book.

<sup>118</sup> Não obstante pragmatistas, realistas, positivistas exegéticos (e aqui não nos referimos ao positivismo analítico hartiano, porquanto nele há uma amostra da complexidade do Direito, ainda que apenas no plano descritivo) e outros possam discordar dessa afirmação.

<sup>119</sup> Streck chega a dizer, de forma irônica, que “Tudo indica que aqueles que escrevem livros ‘descomplicados’ acreditam mesmo que o direito e a faticidade se ‘descomplicam’ com um simples toque de ‘Midas semântico’. Algo como ‘a concepção realista das palavras’. Palavras como ‘simplificação’ ou ‘descomplicação’ devem ter uma substância ‘descomplicadora’. De todo modo, a julgar pelo que se transformou o ensino jurídico e o modo como se produzem as decisões, de fato parece que eles têm razão. Ao menos assim parece, porque os compêndios estão ali, nas bancadas dos fóruns e tribunais. Já notaram como as grossas lombadas desses manuais nos olham de soslaio?” (STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito. Desvelando as obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: RT, 2013, p. 29).



compreender a maneira pela qual os seres humanos utilizam as normas em sua interação mútua, e que leva também ao julgamento, dentro de um contexto, as condutas tidas por cada um como certas ou erradas, até se chegar à definição do pluralismo jurídico para o qual “deve estar intelectualmente aberto qualquer sensível observador da situação humana contemporânea”<sup>120</sup>. Na verdade, como se verá, o institucionalismo é uma forma de análise dos fatos sociais não como meros fatos brutos, mas sim como “fatos institucionais”, os quais dependem de uma interpretação das práticas de interação social. Assim, chega-se ao conceito de ordenamento normativo institucional.

Será visto que, para a teoria institucionalista, o Direito, na linha do que se tratou até o momento, sempre se submete a uma interpretação construtiva de fatos “institucionais” que podem levar a revisões, reinterpretações e até mesmo a exceções na sua incidência, ainda mais porque, para ela, o Direito quase nunca será fixo e as suas regras são necessariamente superáveis (*defeasible*).<sup>121</sup>

### 1.2.2 As teorias institucionalistas. Do institucionalismo clássico ao neoinstitucionalismo e a revolta contra o positivismo

O institucionalismo jurídico pode ser compreendido como uma corrente de pensamento que se opôs<sup>122</sup> à concepção estreita do Direito como a que se sustentou desde o positivismo jurídico<sup>123</sup>. Pode ser compreendida como uma verdadeira revolta contra o formalismo do final do século XIX, a qual intenta encontrar uma saída aos problemas criados pela concepção cerrada do Direito, compreendido por uns como o mandato do superior político ou do Estado e por outros como a ciência jurídica vista como exercício puramente lógico e sistemático sobre normas e institutos<sup>124</sup>. Tal concepção extrai-se de Faralli, quando registra que

<sup>120</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2011a, pp. 31-32.

<sup>121</sup> BUSTAMANTE, *op. cit.*, 2013.

<sup>122</sup> Sobre essa oposição, importante crítica faz Thomas Bustamante: “[...] a minha impressão é de que a maioria dos positivistas contemporâneos tende a se comprometer tanto com seus preconceitos metodológicos que normalmente não conseguem sequer perceber um dos pontos mais importantes da teoria institucionalista de MacCormick, que tem a ver com a eticidade das instituições jurídicas. Com base em uma leitura ‘seletiva’ dos trabalhos de MacCormick, os positivistas ressaltam alguns sentidos comuns na teoria institucional do direito e terminam sustentando que encontram em MacCormick um aliado ao invés de um oponente. Quando fazem isso, no entanto, os positivistas tendem a distorcer a teoria que estão analisando” (*op. cit.*, 2013).

<sup>123</sup> TORRE, Massimo Ia. Teorias institucionalistas do direito (esboço de uma voz de enciclopédia). **Revista Derechos y Libertades**, número 14, Época II, pp. 103-112, Enero 2006.

<sup>124</sup> *Ibid.*

O neo-institucionalismo de Neil MacCormick e Ota Weinberger [...] pode ser considerado, segundo a definição dos próprios autores, “um desenvolvimento do normativismo em sentido realista”. Ele retoma o institucionalismo clássico [...] que, como se sabe, se insere na revolta contra o formalismo ocorrida, seja na Europa, seja na América, entre o final do século XIX e o início do século XX.<sup>125</sup>

Assim, tanto o clássico quanto o neoinstitucionalismo se apresentam como reações ao positivismo jurídico: o primeiro, ao positivismo da “jurisprudência dos conceitos” de cunho formalista; o segundo, à tradição kelseniano-hartiana.<sup>126</sup>

### 1.2.2.1 A ótica do institucionalismo clássico em face do positivismo formalista

O institucionalismo pode ser compreendido tanto como um institucionalismo clássico, de formulação de Santi Romano<sup>127</sup> e Maurice Hauriou<sup>128</sup>, como também pode ser entendido pela ótica do neoinstitucionalismo, este proposto por autores como Ota Weinberger e Neil MacCormick.

De início, tem-se que o dito institucionalismo clássico, principalmente na obra de Romano, concebe uma doutrina pluralista, fruto de uma manifestação social, de dimensão jurídica, e que adverte acerca da insuficiência do dogma positivista. Carmen Maria Miranda reconhece que a teoria romaniana ampliou de forma tão brusca o âmbito da experiência jurídica, que “*le llevará a abarcar inclusive, con gran escándalo*

<sup>125</sup> TORRE, *op. cit.*, 2006, p. 27.

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> Apesar que Lino Bustamante atribui a Codacci-Pisanelli, na Itália, a concepção do Direito como organização da realidade social; como instituição. Diz Bustamante que “*con Codacci-Pisadelli se cumple en la doctrina jurídica italiana el primer paso hacia un concepto de institución no entendido como una especie del género persona jurídica, sino como una categoría jurídica tan amplia de comprender todos los entes jurídicos, privados y públicos, infraestatales y estatales, con personalidad jurídica y sin ella*” (BUSTAMANTE, Lino Rodrigues-Arias. **El pensamiento institucional de Santi Romano**. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, Núm. 57, Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social Filosofía del derecho y problemas de filosofía social, vol. IV, 129-145, 1981. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1013>. Acesso em: 21. Abr. 2014.

<sup>128</sup> Sobre o institucionalismo clássico, ressalta La Torre: “*Del institucionalismo ‘clásico’ existen por tanto tres versiones, dos – por así decirlo – legítimas, y una más o menos ‘ilegítima’, cuya atribución al específico ámbito institucionalista es controvertida. Las primeras dos versiones, las ‘legítimas’, son una francesa y otra italiana, representadas respectivamente por la obra de Maurice Hauriou y de Santi Romano. La tercera versión, la ‘ilegítima’, es germana, y está representada en primer lugar por la obra de autores moderadamente autoritarios como Rudolf Smend y Eric Voegelin, pero sobre todo por la teoría constitucional de Carl Schmitt, particularmente en el período que va de los inicios de los años Treinta a la mitad de los años Cuarenta y que fue bautizada también como Konkretes Ordnungsdenken (teoría del orden concreto). Puede ser significativo, y es sugerente, el hecho de que todos los autores mencionados sean estudiosos de Derecho público y constitucional. Es posible entonces que el institucionalismo sea una respuesta a cuestiones que se sienten más urgentes en el ámbito del Derecho público, como por ejemplo la exigencia de la integración de los individuos en estructuras colectivas, la estabilidad de las relaciones intersubjetivas, y la necesidad de legitimidad de la autoridad política*” (*op. cit.*).

de los iuspositivistas estatalistas, la juridicidad de los ordenamientos ilícitos”<sup>129</sup>. Para a doutrina romanística, a lei baseia-se na realidade social<sup>130</sup>. Apesar de algumas diferenças conceituais, o institucionalismo clássico se caracterizou por articular uma concepção de ordenamento jurídico na qual se atribui ao Direito objetivo o significado de organização, visando superar as concepções tradicionais que enfocavam a experiência jurídica apenas sobre a base das normas ou das relações jurídicas<sup>131</sup>. Em Bustamante, é perceptível a caracterização de organização no institucionalismo clássico:

*el derecho es organización, independiente de lo que organiza, es decir, que distingue el derecho del hecho organizado, considerando la organización como forma interna, como estructura de la institución, sosteniendo la equivalencia de los conceptos de institución y ordenamiento jurídico, con lo cual obtiene una perfecta identidad entre sociedad y derecho. Precisamente esta toma en consideración de la sociedad es lo que lleva a Renato Treves a calificar la teoría de Santi Romano dentro del sociologismo jurídico, por estimar que el derecho y la sociedad son elementos inescindibles el uno del otro y que se reclaman recíprocamente. Pues el ordenamiento jurídico constituye un todo viviente que comprende más allá de la norma, una voluntad, una potestad, una fuerza que puede la norma y, en segundo lugar, porque el ordenamiento jurídico se identifica con la institución entendida a su vez como “ente o cuerpo social”.*<sup>132</sup>

La Torre considera que Hauriou, alterando a construção de Romano em algumas direções, entendia que a instituição seria, de alguma maneira, anterior ao Direito, ou seja, seria uma ideia que se realiza juridicamente em um ambiente social, ao passo que para Romano o Direito e a instituição coincidem<sup>133</sup>. E de fato parece ter razão La Torre, já que da leitura de Hauriou verifica-se, sem abandonar o aspecto subjetivo (e tendo o cuidado de observar que o Estado é, antes de qualquer coisa, uma instituição)<sup>134</sup>, a impossibilidade de se fazer uma relação das regras costumeiras à vontade do Estado, uma vez que aquelas não são obras de nenhum órgão estatal, e muitas inclusive são anteriores ao que se pode considerar o Estado moderno.<sup>135</sup>

<sup>129</sup> MIRANDA, Carmen Maria García. **La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Santi Romano**. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2, 287-297, 1998. Disponível em <http://ruc.udc.es/handle/2183/1982>. Acesso em: 23. Abr. 2014.

<sup>130</sup> VOSO, Gianluca. **La Teoria dell'Istituzione tra Diritto e Política**. Tesi di Laurea, Università degli Studi di Napoli - Federico II, 159 p., 19.12.2006. Disponível em <http://www.tesionline.it/v2/thesis-detail.jsp?id=16274>. Acesso em: 24. Abr. 14.

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> BUSTAMANTE, *op. cit.*, 1981.

<sup>133</sup> TORRE, *op. cit.*, p. 106.

<sup>134</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. **A teoria do estado no fim do século XIX e no início do século XX**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999, p. 98.

<sup>135</sup> HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação. Ensaio de vitalismo social**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 14.

Diz Hauriou que “É na verdade até o advento da personalidade moral do Estado que a regra de direito não teria existido, já que ela deveria ser uma vontade subjetiva daquela” e que os Estados, para formação da personalidade jurídica, passam, de forma geral, por um longo período de formação política, período no qual o Direito do Estado não teria existido em si mesmo<sup>136</sup>. Para Farias, “Sem descartar completamente a personalidade jurídica do Estado [...] Hauriou tentou conceber a personalidade jurídica como uma resultante e não como um ponto de partida na teoria do Estado”<sup>137</sup>. Portanto, a síntese de Hauriou entendida por La Torre pode ser extraída do seguinte trecho da obra do jurista de Toulouse:

[...] admitir a criação das instituições sociais pela regra de direito seria admitir sua criação pelo meio social, que deveria criar a própria regra de direito. Essa é uma contra-verdade demasiado evidente; o meio social só tem uma força de inércia, que se traduz por um poder de reforço das iniciativas individuais quando ele as adota ou, ao contrário, de inibição e de reação quando as reprova, mas não tem por si mesmo iniciativa alguma nem poder de criação algum; é impossível sair dele uma regra de direito criadora que, por hipótese, seria anterior ao que se deveria criar.<sup>138</sup>

Por outro lado, da leitura de Romano extrai-se que para ele todo o ordenamento jurídico, considerado em um aspecto não somente amplo e compreensivo, mas sim em um aspecto decisivo de compreensão de sua natureza, se revela “*no como un complejo de normas, [...] sino como un ente social, que tiene su organización propia y, por lo tanto, una vida que se identifica con el espíritu jurídico que la anima y que no puede separarse da estructura del ente [...]*”<sup>139</sup>. Em outro estudo, Romano conclui que “[...] a instituição é um ordenamento jurídico, uma esfera em si mesma, mais ou menos completa, de direito objetivo. As características essenciais do direito já salientadas coincidem com as da instituição”.<sup>140</sup>

Neste momento, o que importa é que o institucionalismo já inaugurava a crítica ao positivismo jurídico. Como se vê, no institucionalismo clássico o Direito adquire corpo na instituição e vice-versa; tudo que se pode organizar socialmente adquire

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>137</sup> *Op. cit.*, p. 99.

<sup>138</sup> *Op. cit.*, p. 17.

<sup>139</sup> ROMANO, Santi. **Fragmentos de un Diccionario Jurídico**. Traducción Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A., 1964, p. 176.

<sup>140</sup> ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 89

esse caráter institucional e, assim, jurídico, podendo-se concluir que o Direito é vital em todas as instituições.<sup>141</sup>

O intento institucionalista clássico resulta o que em princípio poderia se apresentar como um paradoxo: que a instituição é tal enquanto estabelece normas e relações sociais que supõe a exteriorização do Direito que nasce dessa própria instituição (não obstante alguma divergência teórica em Hauriou), mas as normas derivam toda sua força da instituição, sendo, portanto, conforme Miranda, “*el Derecho el que organiza, vincula y unifica los distintos elementos que integran la institución*”<sup>142</sup>. Portanto, pensamos que no institucionalismo clássico, como coloca La Torre<sup>143</sup>, o que se propõe conceitualmente é a consideração de que qualquer sistema de normas seja condição de possibilidade de um âmbito de condutas humanas para o caso de estas serem de fato executadas, ou seja, instituição é aquele âmbito de ações que se tornam possíveis por intermédio de normas no momento em que as possibilidades de ações abertas pelas normas sejam de fato desfrutadas pelos sujeitos.

Para se chegar a tal concepção se parte da ideia de que o Direito não é apenas, como pensavam muitas gerações de juristas, normas que servem para restringir ou limitar possibilidades de condutas, mas sim que tais normas podem aumentar as possibilidades e alternativas de ação<sup>144</sup>. O que não parece que a doutrina institucionalista clássica refuta é a essencialidade do Estado. Diz Bustamante que a tese de Santi Romano aparenta defender que não há mais de um titular com o monopólio da força legítima, o que leva à conclusão de que os regimes pluralistas se caracterizam pela alta movimentação no tempo da obrigação política decisiva, mas não que haja uma multiplicidade de centros políticos soberanos concorrentes<sup>145</sup>. Portanto, pelo pluralismo dito moderado de Romano, o Estado sempre é uma instituição diversa das outras, irreduzível a elas, superior, uma vez que de certa maneira é a instituição que faz possível a existência de todas as outras (é a instituição das instituições)<sup>146</sup>. O que também não contraria o fato de que as teorias institucionalista veem o Direito como estreitamente ligado à sociedade, de forma que para alguns os dois termos deveriam ser sinônimos, permanecendo a centralidade do

---

<sup>141</sup> BUSTAMANTE, *op. cit.*, 1981.

<sup>142</sup> *Op. cit.*

<sup>143</sup> TORRE, Massimo la. **Reglas, instituciones, transformaciones. consideraciones sobre el paradigma evolución del derecho**. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 13, pp. 123-159, 1993.

<sup>144</sup> TORRE, *op.cit.*, pp. 123-159, 1993.

<sup>145</sup> BUSTAMANTE, *op. cit.*, 1981.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 143.

ordenamento e da organização e a ideia fundamental de que em um mesmo território não se concebe um sistema de normas cerrado em si mesmo, mas sim se considera que há sistemas jurídicos integrados entre si.<sup>147</sup>

Faralli, em texto traduzido para o português, trata da questão do institucionalismo na busca de demonstrar especificamente essa insuficiência do positivismo:

Por quase toda a primeira metade do novecentos (século XX) o ponto de referência principal dos estudos jurídicos italianos era o positivismo jurídico alemão. Entre as poucas vozes dissonantes, se destaca Santi Romano (1857- 1947), que em 1917 publica a obra Ordenamento jurídico, na qual desenvolve uma teoria antiformalista e antinormativista centrada no conceito de instituição, reimpresso por Maurice Hauriou. Romano mantém a concepção do direito como norma ou sistema de normas “inadequado e insuficiente” e contrapõe a essa, uma concepção do direito como ordenamento. O ordenamento jurídico constitui um “todo vivo” que compreende, além das normas, uma vontade, uma potestade e uma força que impulsiona a norma: isso se identifica com o entendimento da instituição, do “ente ou corpo social”. Cada ordenamento jurídico – argumenta Romano – é uma instituição e vice versa, cada instituição é um ordenamento jurídico: a equação entre os dois conceitos é necessária e absoluta. [...] Embora com esta limitação, a importância do institucionalismo de Romano está em ter submetido à discussão o dogma do direito, e de ter afirmado o princípio da pluralidade dos ordenamentos jurídicos que, como diz Romano é indicativo da crise do Estado moderno, que “significa uma tendência dos grupos sociais, a constituir-se cada um, em uma área jurídica independente”.<sup>148</sup>

Pensamos, agora, que já há possibilidade de passar para a análise do neoinstitucionalismo, o qual dará a noção de ordem normativa institucional.<sup>149</sup>

### 1.2.2.2 A ótica do neoinstitucionalismo em face do positivismo analítico-normativista

Pode-se entender o neoinstitucionalismo jurídico como resultante de pensamentos tradicionais que convergiram entre si, vale dizer, a teoria analítica hartiana e a teoria pura de Kelsen, sendo que a diferença primordial deste institucionalismo e do clássico é, sobretudo, a recuperação e a utilização plena da noção de norma<sup>150</sup>. Nada obstante, a posição do neoinstitucionalismo parece ser

<sup>147</sup> TORRE, *op. cit.*, 2006, p. 106.

<sup>148</sup> FARALLI, Carla. A filosofia do direito na Itália na segunda metade do século XX. Tradutores: Dirce Nazaré de Andrade Ferreira e Aloisio Krohling. **Revista Direito, Estado e Sociedade** n. 42, pp. 49-74, jan/jun 2013.

<sup>149</sup> Registre-se, uma vez mais, que o presente subitem pretende mostrar a noção de institucionalismo clássico e principalmente de neoinstitucionalismo, haja vista que ambos partem da noção de que o Direito também se faz complexo e rejeitam a postura positivista de abrir mão de uma teorização mais ampla do sistema jurídico, já que isso resultaria na utilização de decisionismos.

<sup>150</sup> TORRE, *op. cit.*, 2006, p. 108.

*antirreducionista*, de forma que a realidade não se considera como reduzível completamente ao campo espaço-temporal material<sup>151</sup>, ou seja, é a impossibilidade de se *reduzir* termos jurídicos a enunciados que fazem referência a fatos brutos. O neoinstitucionalismo, assim, quer ultrapassar a concepção batizada por alguns filósofos como “concepção absoluta do mundo”, a qual tenciona fazer crer que tudo o que faz parte do mundo existe independentemente de nossa forma de perceber ou conceber o mundo<sup>152</sup>. La Torre manifesta sua compreensão de que

*el Derecho no es reducido [no neoinstitucionalismo] a una serie de normas, si bien sistematizadas entre sí, sino que se considera que en la definición del concepto de Derecho deben tenerse en cuenta también otros elementos como los ámbitos de acción, hechos posibles por las normas y los principios de acción expresados en un cierto contexto social, que inspiran aquellas normas y cuya aplicación rigen bien o mal.*<sup>153</sup>

O neoinstitucionalismo parece ter uma forte construção no nível político<sup>154</sup> (de discussões entre soberanias estatais e supraestatais), mas o que não impede a sua constituição dentro do Direito<sup>155</sup>. O Direito, na proposta do neoinstitucionalismo, pertence a um gênero, que seria o gênero da ordem normativa, mais particularmente à espécie ordem normativa institucional. Nela, conforme MacCormick, o “direito estatal é uma das subespécies mais importantes, porém, de forma alguma, a única”<sup>156</sup>. Partindo de uma premissa normativa no campo teórico-jurídico, MacCormick e Weinberger chegam a uma concepção questionadora tanto das concepções jusnaturalistas (que compreendem o Direito como fato) quanto da tradição juspositivista de matriz kelseniana, já que entendem que as “normas não são

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> MICHELON JR., *op. cit.*, 2004, p. 33.

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> Para Joxerramon Bengoetxea, a transformação dos Estados “pós-soberanos” se caracteriza pela existência de entes infraestatais pré-soberanos, além da participação de entes supraestatais dotados de seu próprio ordenamento normativo institucional. As entidades infraestatais pré-soberanas compartilham aspectos importantes de competência com um Estado superior (v.g., União Europeia) (BENGOETXEA, Joxerramon. ***El último MacCormick: la razón práctica y una narrativa coherente en torno a la soberanía post-nacional.*** *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 32, pp. 37-48, 2009).

<sup>155</sup> Nessa perspectiva, Joxerramon Bengoetxea, ao tratar do pós-positivismo maccormickiano, registra que a teoria institucional do Direito possui basicamente as seguintes características: a) diversas soberanias constitucionais; b) pluralismo constitucional; e c) concepção pluralista e pós-positivista do Direito. Nessa última que me parece estar também confeccionada a crítica ao positivismo de cunho analítico-normativista (*ibid.*, p. 43). Além disso, o autor, ao fazer uma junção das perspectivas política e jurídica do institucionalismo, nos traz que “*Concibiendo el Derecho – ordenamiento normativo institucional – como conceptualmente independiente del Estado podemos asumir un pluralismo jurídico y concibiendo la soberanía como algo que se puede compartir [...]. Puede haber soberanía difusa sin soberano único y puede haber fenómenos jurídicos dentro de un territorio, aunque uno de ellos pueda, ulteriormente, imponerse por la vía judicial*” (BENGOETXEA, *op.cit.*, pp. 37-48, 2009).

<sup>156</sup> MACCORMICK, Neil. Ainda sobre instituições e direitos. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski e OLIVEIRA, Elton Somensi de. ***Correntes contemporâneas do pensamento jurídico.*** Barueri: Manole, 2010, p. 254.

realidades ontologicamente diferente da realidade dos fatos empíricos”<sup>157</sup>. É de Faralli uma importante leitura feita da obra dos autores:

MacCormick e Weinberger compartilham a perspectiva monista [inclusão do Direito na realidade empírica], mas se distanciam dos realistas normativistas na maneira de conceber o “direito como fato”: eles afirmam que o direito certamente é um fato, mas não um fato de psicologia social, e sim um “fato institucional”. Essa expressão, como vimos, se refere a entidades que dependem ao menos em parte “da vontade, das convenções ou do desígnio do homem” e, portanto, são distintas dos fatos empíricos, dos simples acontecimentos naturais, de realidades independentes da atividade de atribuição de significado por parte dos homens.<sup>158</sup>

MacCormick faz questão de esclarecer que seu trabalho e de Ota sobre instituições não deve ser confundido com a sociologia do Direito, não obstante pense que deveria ter levar a cabo seus estudos com um conhecimento muito mais profundo dos desenvolvimentos da sociologia e outras ciências sociais do que foi feito<sup>159</sup>. O que parece ser a proposta de desenvolvimento da teoria neoinstitucionalista é a explicação teórica que dê conta da existência de normas e de instituições jurídicas a fim de evitar as “armadilhas”<sup>160</sup> de uma interpretação puramente metafísica e idealista contra a qual realistas tanto protestaram e, ao mesmo tempo, não cair em um reducionismo, risco esse que “as teorias realistas sempre estão expostas, decompondo o direito numa série de comportamentos individuais e perdendo de vista o elemento normativo, essencial ao fenômeno jurídico”.<sup>161</sup>

Para explicar a sua teoria, que tomaria a forma de uma ordem normativa, MacCormick utiliza o exemplo de uma fila em um supermercado. Diz o autor escocês que fazer fila é uma prática normativa, porquanto onde haja uma fila para algo que alguém quer ou necessite se produz um movimento ordenado em direção ao caixa e as pessoas assim o fazem por ser, em suas opiniões, o que deve ser feito dentro do contexto dado (portanto, uma prática interpretativa). E é justamente o dever de respeito a seu lugar na fila que serve de guia para a ação e indica a presença de algum tipo de norma e o caráter normativo das opiniões que as pessoas expressam em tal situação.<sup>162</sup>

<sup>157</sup> FARALLI, *op. cit.*, 2006, p. 28.

<sup>158</sup> *Ibid.*, 2006, pp. 30-31.

<sup>159</sup> MACCORMICK, Neil. **Entrevista feita a Manuel Atienza**. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, pp. 479-489, 2006.

<sup>160</sup> FARALLI, *op. cit.*, 2006, p. 3.

<sup>161</sup> FARALLI, *op. cit.*, 2006, p. 3.

<sup>162</sup> MACCORMICK, Neil. **Instituciones del derecho**. Trad. Fernando Atria. Madrid/ESP: Marcial Pons, 2011a, p. 31.



MacCormick então considera que fazer fila é “*una actividad esencialmente interpersonal, socialmente situada, que está orientada por una opinión normativa*”<sup>163</sup>. Com isso se quer dizer que onde haja uma fila para comprar algo ou para conseguir alguma prestação de um serviço público, todos os envolvidos têm o propósito semelhante de obter o serviço e reconhecem que os outros também pretendem obter a mesma coisa ao mesmo tempo. Sendo assim, quer-se registrar que, se as pessoas efetivamente fazem fila, isso os ajuda a alcançar seus fins de forma civilizada, sem se cair em um conflito aberto, havendo entendimento mútuo; nas palavras de MacCormick: “*una opinión normativa común o superpuesta*”.<sup>164</sup>

Essa atitude prática de entendimento mútuo constitui um exemplo de ordem em sentido material, já que a posição de cada pessoa em uma fila se dá de forma ordenada, e não aleatória<sup>165</sup>. Assim, MacCormick busca fundamentar o conceito de *ordem* normativa:

*El “orden” aquí no es sólo un patrón actual y predecible que puede ser estudiado “externamente” y descrito estadísticamente. Es un “orden normativo” porque, o en la medida en que, puede ser explicado haciendo referencia al hecho de que los actores están usando como guía de conducta una opinión sobre lo que ellos y los otros deben hacer. Podemos explicar el orden externamente observable en un caso de este tipo, imputándoselo a acciones de individuos que tienen un cierto grado de entendimiento mutuo y expectativas recíprocas. El resultado es un tipo de acción común por entendimiento mutuo de los participantes. Cada uno actúa en el entendido (o bajo el supuesto, no necesariamente muy articulado) de que los otros están orientados por más o menos la misma opinión sobre lo que todos deben hacer. Esta opinión sobre lo que las personas deben hacer, dependiente de lo que Eerik Lagerspetz ha explicado como “creencias recíprocas”, supone una norma implícita que puede ser explicitada del modo en que se propuso más arriba*.<sup>166</sup>

Ou seja, há uma diferença, e aqui nos apropriamos dos conceitos de ponto de vista interno e externo de Hart, entre: a) aquele que apenas observa externamente uma atitude realizada de modo habitual, onde o que realiza a atitude interna (o observado) não a faz de forma crítico-reflexiva - por exemplo, verificar o *hábito* de que todos os domingos os casais saem para passear no parque com seus filhos; b) aquele que faz uma análise crítico-reflexiva de um padrão de conduta fixado de forma

---

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> MACCORMICK, *op.cit.*, 2011a, p. 33.

<sup>166</sup> *Ibid.*

*convencional*<sup>167</sup> pelos participantes, mas sem realizar uma avaliação sobre um valor - a *regra* do jogo de xadrez, por exemplo; e c) aquele que, de forma avaliativa sobre um determinado valor<sup>168</sup>, realiza um atitude interna também crítico-reflexiva mas com a inclusão de um componente *interpretativo*<sup>169</sup> diante de uma determinada conduta (o exemplo da fila ou da cortesia). Na verdade, e parece ter razão Michelon Jr., a atitude crítica reflexiva que diferencia o hábito da regra consiste “em *usar* a regra para estabelecer e justificar críticas”<sup>170</sup>. Ainda com Michelon Jr. é possível perceber que

Hábitos e regras sociais compartilham um aspecto externo (uma regularidade de comportamento observável), mas para que exista um hábito social é suficiente que o grupo social se comporte de maneira uniforme em determinadas situações, sem que seja necessário que qualquer membro ou grupo pense sobre esse comportamento uniforme (ou mesmo tenha consciência da uniformidade do comportamento). Ao contrário, a existência de uma regra social implica que ao menos algumas pessoas no grupo devem considerar o comportamento em questão como um *standart* geral que o grupo deve seguir.<sup>171 172</sup>

Como se entende o neoinstitucionalismo, então no primeiro exemplo tem-se apenas a análise de “fatos da vida”, “fatos brutos” (de matriz austiniana)<sup>173</sup>, e

<sup>167</sup> Na convenção social não significa que haja, na identificação de uma regra, uma *aprovação* valorativa. Como exemplo, se pode dizer que um neonazista que entre em uma sinagoga sem o quipá sabe que a regra existe, mas não a segue justamente porque não a aprova voluntariamente (o exemplo pode ser visto em MACEDO JR., *op. cit.*, 2013, pp. 124-125).

<sup>168</sup> Nesse ponto, Ronaldo Porto retoma o exemplo da cortesia de Dworkin: “O traço distintivo da prática social de cortesia em relação à prática social de jogar xadrez é que na primeira há uma *prática reflexiva avaliativa sobre um valor* da parte dos agentes (isto é, o *valor da cortesia*), a qual inexistente no caso do xadrez. Neste, as regras são constituídas por *standards* públicos comuns, ou regras sociais [...]” (*op. cit.*, p. 207). E mais: para Dworkin, a própria identificação do Direito envolve uma justificação moral (avaliativa sobre um valor), não sendo ela etapa posterior à identificação do Direito, ou seja, a avaliação moral é exigida para que se possa identificar o próprio Direito (MACEDO JR., *op. cit.*, p. 140).

<sup>169</sup> É justamente nesse campo de observação de um fato social, de forma *interpretativa*, que vai diferenciar a teoria construtivista de Dworkin e o neoinstitucionalismo de MacCormick do positivismo analítico de Hart, para quem o reconhecimento de uma regra advém de uma convenção (como no exemplo do jogo de xadrez) e não de uma atitude interpretativa construída paulatinamente (como o exemplo da cortesia em Dworkin) fruto de certas convicções pessoais.

<sup>170</sup> MICHELON JR., *op. cit.*, p. 153.

<sup>171</sup> MICHELON JR., *op. cit.*, pp. 153-154.

<sup>172</sup> E continua afirmando Michelon Jr. que “O aspecto interno das regras só pode ser percebido do ponto de vista interno; aquele que assume o ponto de vista externo só pode perceber hábitos sociais (regularidades de comportamento), mas não um comportamento conforme as regras” (*ibid.*, p. 153). Um cuidado deve ser tomado nessa assertiva. É que, de fato, o aspecto interno das regras só pode ser percebido pelo participante da prática social (ponto de vista interno). Porém, não que o observador externo *nunca* poderá observar uma regra (apenas hábitos), mas sim que ele *nunca saberá* se aquela conduta faz parte de um hábito ou de uma regra social, já que ele não participa daquela prática, portanto, *nunca refletirá* sobre aquilo. Se não fosse assim, nunca um observador externo poderia observar um jogo de xadrez (mas, repita-se, aqui ele não saberá se aqueles que participam daquela prática/jogo estão frente a um conjunto de regras ou a um hábito do grupo, sobretudo porque a regra social compartilha com o hábito um aspecto externo). Nesse sentido, Hart afirma, como já esboçamos em outro ponto, que “Os jogadores de xadrez têm o hábito de mover a rainha da mesma maneira, hábito que um observador externo poderia registrar, sem nada saber sobre a atitude diante dos movimentos que fazem. Mas, além disso, esses jogadores têm uma atitude crítica e reflexiva diante desse padrão de comportamento: encaram-no como um padrão para todos os jogadores de xadrez” (*ibid.*, p. 75).

<sup>173</sup> A noção de “fatos brutos” para o projeto moderno da ciência do Direito é muito mais complexa do que essa postulação. Michelon Jr. afirma, por exemplo, que o jurista empirista moderno tem como missão conciliar a

configuraria mero hábito, enquanto no terceiro exemplo há a realização de um "fato institucional"<sup>174</sup>, que é, assim, valorativo e interpretativo (isso o diferencia do segundo exemplo), e que possibilita a verificação da existência de uma regra social aplicável ao Direito<sup>175</sup>. Aliás, a "violação" do hábito não comporta uma crítica, ao passo que o desrespeito ao seu lugar na fila<sup>176</sup>, provavelmente virá acompanhado de uma censura social.

De fato é difícil identificar a "olho nu" – ou pela mera observação de um comportamento – uma atitude interna que estaria a representar uma regra (quer dizer, se estaríamos diante de um "fato institucional"<sup>177</sup>), conforme assinala Ronaldo Porto:

Assim, se sem nada saber sobre regras sociais de etiqueta em igrejas observarmos pessoas tirando o chapéu [fato bruto] quando ingressam num tempo católico, não poderemos saber se o fazem porque uma *normatividade* influi em seu comportamento [transformando em "fato institucional"] ou se simplesmente o fazem porque não veem necessidade de se proteger do sol ao ingressarem num ambiente fechado. Nesse caso, será difícil saber se alguma intencionalidade normativa foi relevante para a ação ou não. A atitude interna poderá, contudo, ser facilmente reconhecida com base na explicação dada pelos agentes sobre o motivo pelo qual assim agem ou pela indicação de uma regra colocada na frente da igreja com os dizeres "Por favor, tire o chapéu ao entrar". Essa potencial "invisibilidade" dessa dimensão interna está

---

descrição de tudo em termos de fatos brutos com qualquer outra forma tradicional de dar conta do jurídico, sendo, para ele, uma missão com "muitos percalços" por ser frequentemente impossível encontrar os fatos brutos (objetivos) que "estariam subjacentes à nossa terminologia jurídica" (*op. cit.*, 2004, p. 58). Assim, para o que tenciono explicar neste trabalho, o melhor é utilizar essa noção apenas para auxiliar na diferenciação entre um mero hábito e uma regra (interpretativa ou reflexiva).

<sup>174</sup> Estamos com Murilo Stratz quando trata da conceituação de "fatos institucionais" em MacCormick: "[os fatos institucionais] são aqueles que dependem não apenas de certos eventos ou ocorrências físicas que supostamente devem ter ocorrido, mas também de uma interpretação desses (e/ou de outros) eventos ou ocorrências em termos de algum conjunto estável de normas (tanto institucionais ou convencionais) de conduta ou de discurso. Assim, a teoria dos fatos institucionais, embora condizente com a noção de que as normas jurídicas não possuem valor-verdade, possibilita que se atribua valor-verdade às afirmações descritivo-interpretativas do Direito. E, na transformação de fatos brutos em fatos institucionais, o estabelecimento de uma determinada proposição jurídica no processo será tão mais verdadeira quanto mais coincidir efetivamente com aquilo que o mundo real apresenta, de sorte que a verdade jurídica (convencional por excelência, já que é verdadeira para os fins de um processo judicial) possa se aproximar de uma verdade para todos os propósitos" (STRÄTZ, Murilo. O direito constitucional estadunidense na perspectiva retórica de Neil MacCormick. **Revista CEJ**, Brasília, ano XLV, n. 57, p. 19-35, maio/ago. 2012). Para uma visão mais ampla, vide MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, pp. 81-90 e *op. cit.*, 2011, pp. 27-28.

<sup>175</sup> Ao contrário do exemplo do jogo de xadrez, que apenas serve para apontar as regras convencionais e não jurídicas.

<sup>176</sup> Desrespeito a uma regra, portanto (ainda que meramente social).

<sup>177</sup> Michelin também tratou de conceituar "fatos institucionais": "Esses fatos não meramente naturais serão chamados de 'fatos institucionais', já que sempre supõem uma instituição humana. Instituições podem ser definidas como um conjunto de regras constitutivas, ou seja, um conjunto de regras que criam a possibilidade de novas formas de comportamento" (*op. cit.*, p. 36). Utilizando Ronaldo Porto é possível aclarar esse conceito: "As condições de verdade de uma proposição sobre o mundo físico são os estados de coisas do mundo físico. Desse modo, a condição de verdade de uma proposição que afirma que há um unicórnio no zoológico consiste na existência desse estado de coisas, isto é, a existência de um unicórnio no zoológico. Já no caso das proposições jurídicas, a condição de verdade depende de uma regra jurídica. Por exemplo, a condição de verdade da proposição que afirma que Bill Gates deixou, por testamento, sua fortuna para mim, depende não apenas de fatos do mundo, mas também de um conjunto de regras jurídicas que definam o que é um testamento. Esse é o motivo pelo qual filósofos da linguagem, como John Searle, utilizaram o conceito de *fatos institucionais* para distinguirem-se dos fatos brutos. Essa distinção será incorporada e explorada por Neil MacCormick e Ota Weinberg em sua teoria institucional do direito" (*op. cit.*, p. 138).

radicada em sua natureza de *razão, justificação*, e não de mero *fato (brute fact)*.<sup>178</sup>

Apesar de Hart também diferenciar hábitos de regras (numa clara crítica a Austin), se transpormos tudo isso para o Direito, parece que o neoinstitucionalismo partilha da mesma crítica que Dworkin faz ao positivismo de Hart e às teorias descritivas, no sentido de que a prática social, embora seja fruto de uma aceitação de um acordo convencional (implícito ou não)<sup>179</sup>, não a torna uma regra *jurídica*<sup>180</sup>. A regra no Direito se forma, então, a partir de um fenômeno social interpretativo que requer uma justificação.

Em entrevista a Bulygin, Ota Weinberger pontuou que como os seres humanos não são apenas seres atuantes, mas sim seres sociais, resulta disso que criamos instituições, marcos sociais para a ação<sup>181</sup>. Diz o autor checo que entre as normas sociais e “*las instituciones hay una relación esencial: la validez de las normas está en el hecho de que éstas constituyen la base para el funcionamiento de las instituciones [...]*”, ao passo que as instituições dependem de um núcleo de informação prática para existir<sup>182</sup>. Essa realidade, que depende de uma observância razoável e fiel de normas implícitas e padrões delimitados anteriormente e que se dá de forma ordenada, também depende das disposições e dos esforços dos envolvidos. A isso que MacCormick chamará de ordem normativa, agregando o qualificativo de *institucional* no momento em que há uma transição da ordem normativa informal para a institucional, esta caracterizada pela presença de normas publicizadas e decisões em textos autênticos, de forma que compreender e interpretar esses textos acaba se tornando uma parte (implícita) de manutenção da ordem.<sup>183 184</sup>

<sup>178</sup> MACEDO JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 123-124.

<sup>179</sup> Ainda com Ronaldo Porto, “Para Hart, o único motivo para a aceitação da ‘regra de reconhecimento’ seria o acordo convencional, que é uma questão de fato, o que, segundo Dworkin, estaria em desacordo com o próprio conceito de regra defendido por ele” (*ibid.*, pp. 177-178).

<sup>180</sup> A tentativa de descrever apenas os fatos brutos (quando na verdade estamos frente a fatos institucionais) é uma tentativa de descrever fatos sem levar em conta as regras constitutivas, estando ligada à visão do mundo “como constituído apenas de fatos brutos (uma ‘concepção absoluta de mundo’) e à tese segundo a qual uma correta descrição do mundo só pode ser feita em termos de fatos brutos” (MICHELON JR., *op. cit.*, p. 37).

<sup>181</sup> WEINBERGER, Ota. **Entrevista feita a Eugenio Bulygin**. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 11, pp. 313-324, 1992.

<sup>182</sup> WEINBERGER, *op.cit.*, 1992 pp. 313-324.

<sup>183</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2010, pp. 256-257.

<sup>184</sup> MacCormick, entretanto, não é ingênuo a ponto de pensar que a prática social pode passar sem a presença de alguma disposição de poder (também institucionalizada, por óbvio) coercitivo, não obstante ele pense que não se trata de uma dependência conceitual de norma ou coerção [...]. Entende o jusfilósofo de Edimburgo que “relativamente a contextos impessoais, as pessoas arriscam-se sendo expostas quando agem na fé de que a ordem será observada pelos demais, os quais, em verdade, então, tiram proveito dessas pessoas. Impõe-se haver certa segurança contra isso a sustentar um sistema de normas fundado ou conectado em crenças mútuas. [...] Enquanto Kelsen argumentou de um jeito, e Bentham ou Austin de outro, no sentido de que existe,

Mas na visão de La Torre, por exemplo, em relação ao institucionalismo clássico, o neoinstitucionalismo weinbergeriano e maccormickiano é muito mais refinado metodologicamente. Apesar do fato de que o institucionalismo romaniano ter certa vantagem por ser mais coerente, isso por si só não constituiria um mérito, já que uma teoria coerente, mas não informativa, teria pouco valor, ao passo que da própria incoerência<sup>185</sup> e das tensões do neoinstitucionalismo podemos extrair algo a mais sobre conceitos e sobre a pragmática do Direito.<sup>186</sup>

Todavia, o que de melhor se extrai nesta parte para o intento deste trabalho é que o (neo)institucionalismo é mais uma teorização crítica do positivismo, já que o positivismo tomaria ilegitimamente como conceito universal de Direito algo que não passaria de uma concepção particular da prática jurídica: “uma prática que teria por fim assegurar expectativas resguardadas (em um sistema de regras criadas previamente por autoridades convencionadas)”<sup>187</sup>, bem como que a instituição representa a concepção do fenômeno jurídico que não pode ser concebido da mesma forma que o ser dos corpos físicos<sup>188</sup>, haja vista se tratar de uma realidade tipicamente humana e cultural normativamente fundada por regras jurídicas (normas).<sup>189</sup>

Portanto, passamos do Direito como prática social descritiva ou interpretativa, e que se deslocando até ser reconhecido como ordem normativa institucional<sup>190</sup>, a qual faz um confronto com a insuficiência do positivismo jurídico. Quer-se dizer que após analisar brevemente o Direito como complexidade<sup>191</sup> e como ele pode ser reconhecido, cabe verificar seu “desvirtuamento”, ou seja, como se pode colocar nas mãos de apenas um dos poderes estatais os destinos da prática social. Inclusive, o

---

necessariamente, uma identidade de Estado e Direito, a teoria institucional leva-os a serem conceitualmente distintos embora empiricamente copresentes. O grau de copresença ou intersecção varia em grande escala, e de nenhuma forma é verdade que todo Estado é, substancialmente, um *Rechtsstaat*, um Estado constitucionalista sob o império do Direito ou Estado-Direito apesar de todo Estado, de alguma forma, ter Direito, ter respeito ao ideal de Estado de Direito e, em uma escala maior ou menor, ter sucesso ao confirmar o exercício de poder político dentro do legítimo escopo de autoridade legal, assegurando a legalidade de todos os atos do governo. Em circunstâncias atuais, cada Estado, ao menos de alguma forma, seja esta com maior ou menor intensidade, expressará pretensões de completar o ideal do Estado de Direito” (*op. cit.*, 2010, p. 261).

<sup>185</sup> Não muito bem explicada por La Torre.

<sup>186</sup> TORRE, *op. cit.*, 2006, p. 109.

<sup>187</sup> MARANHÃO, *op. cit.*, p. 32.

<sup>188</sup> E aqui a discordância é tanto em relação ao positivismo lógico e analítico quanto ao realismo escandinavo.

<sup>189</sup> FARALLI, *op. cit.*, 2006, p. 31.

<sup>190</sup> E que não deixa de ser uma ordem normativa fruto de *interpretação* – e não *descrição* – de fatos brutos que se tornam, com isso, “fatos institucionais”.

<sup>191</sup> Conta Carla Faralli que Renato Treves, aluno de Kelsen, já denunciava para o próprio positivista normativista austríaco a complexidade do Direito. Ou seja: diz a autora italiana que “Do puro formalismo kelseniano, Treves foi sempre distante tendo feito uma concessão própria do conceito de direito como fenômeno complexo sócio-cultural. Ele destaca que não se pode reduzir o direito, seja ao mundo dos fenômenos naturais, seja ao puro valor ideal, pois ele pertence à esfera da cultura, ou seja à esfera da vida e atividade humana nas quais os valores se transformam e os fenômenos naturais assumem significado” (*op. cit.*).

laço que liga dialeticamente, no sentido de serem opostos, o institucionalismo ao positivismo foi percebido por Carmen Garcia:

*Por tanto, Romano ofrece una posición alternativa al positivismo normativista, pero sin separarse radicalmente del mismo, pues estima que el Derecho no se reduce exclusivamente a la totalidad de las normas, sino que además de éstas hay que tener en cuenta otros elementos, organizados y unificados por el Derecho. El Derecho es precisamente aquello que hace posible la formación de una institución, cuya voluntad o cuya actuación resulta de la integración, abstracción y unificación por el Derecho de las voluntades y acciones propias de los elementos que lo integran*<sup>192</sup>

Portanto, buscaremos mostrar daqui para frente que a aplicação acrítica dos postulados legais (discricionariedade judicial) reduz equivocadamente a responsabilidade do Judiciário na aplicação da norma, com graves consequências para a sociedade<sup>193</sup>. É quanto, assim, ao positivismo jurídico, e sua permissividade em relação ao subjetivismo, que se tratará a partir de agora.

### 1.3 A crise de um modelo: o positivismo jurídico<sup>194</sup> foi superado?

Um ponto que deve ser notado é que para as teorias institucionalistas (principalmente de MacCormick e Weinberger) e para a teoria da interpretação construtiva, o Direito, enquanto ordem normativa e enquanto uma ordem prática, está em “constante necessidade de adaptação a novos problemas práticos”<sup>195</sup>. Ao contrário da leitura seletiva feita pelo positivismo acerca do institucionalismo (já que o positivismo não avança na questão central sobre a interpretação das práticas sociais<sup>196</sup>), e de modo semelhante a Dworkin, MacCormick acredita no significado da prática social, que deriva não só do Direito formal, mas sim que a prática social transformadora do Direito está aberta a discursos de (re)interpretação em considerações éticas e morais<sup>197</sup>. Parece ter compreendido bem Bustamante quando refere que as instituições do Direito são na verdade uma tentativa de reconciliação da

<sup>192</sup> *Op. cit.*, p. 293.

<sup>193</sup> Vide item 3.4, *infra*.

<sup>194</sup> Não se desconhece haver corrente positivista também dentro das ciências naturais e na filosofia. Contudo, o que será tratado nesta dissertação se restringe ao positivismo *jurídico*, o que não impede, deste momento em diante, a utilização apenas do termo “positivismo” como substituto do termo “positivismo jurídico”.

<sup>195</sup> BUSTAMANTE, *op. cit.*, 2013.

<sup>196</sup> MacCormick já deixava claro, antes mesmo da sua específica obra sobre o institucionalismo, que a tarefa de mostrar que uma dada decisão judicial está conforme o Direito exige assumir uma visão *descritivo-interpretativa* (e não apenas descritiva, como no positivismo) das normas do sistema (*op. cit.*, 2008, p. 90).

<sup>197</sup> *Ibid.*

teoria jurídica e da teoria institucional, da teoria e da prática, do Direito e de sua justificação moral, da política e da comunidade em que o Direito é constantemente reconstruído<sup>198</sup> - parte fundamental para mostrar seu caráter complexo e destoante do positivismo jurídico.

Pensa-se, assim, que poucas teorias parecem ter simplificado<sup>199</sup> tanto o Direito na sua vertente prática como o positivismo jurídico. Não obstante seus aprofundamentos teóricos<sup>200</sup>, desde o positivismo exegético, da jurisprudência dos conceitos alemã, do positivismo analítico e do normativismo<sup>201</sup>, a aposta sempre foi a mesma: deixar os casos intrincados, onde a resposta não se encontra de forma clara, nas mãos do julgador.

É a essa tarefa discricionária<sup>202</sup>, que prefere utilizar uma capa de sentido ao invés de mostrar os verdadeiros argumentos subjacentes à intenção do julgador e que se satisfaz em não problematizar os casos complicados e de difícil solução, que será o mote principal dos capítulos finais deste estudo. Porém, antes se faz importante mostrar como o positivismo entrou em crise.<sup>203</sup>

De início, recomenda-se uma explicação: quando se fala em positivismo ou pós-positivismo, necessário deixar claro sobre “o quê” estamos falando. No âmbito do Direito, a velha “descoberta” de que o juiz não é a boca da lei e de que o movimento de codificação do Direito na “Era Napoleônica” nos legou o respeito ao texto legal não responde mais às indagações de um mundo extremamente complexo e plural<sup>204</sup>.

---

<sup>198</sup> *Ibid.*

<sup>199</sup> Crítica essa feita também ao realismo e pragmatismo jurídico. Todavia, pelo recorte metodológico feito neste estudo, optou-se por debater apenas a simplificação operada pelo positivismo jurídico, sobretudo por dois dos seus maiores representantes do século XX: Kelsen e Hart. Assim, o leitor poderá sentir falta do aprofundamento das discussões em torno, por exemplo, do positivismo exclusivo e inclusivo e das obras de Raz, Bobbio, Ross, Austin etc.

<sup>200</sup> Pense-se, por exemplo, na teorização, que influenciou diversos autores, dos fundamentos do Direito em Hart ou da busca de uma depuração do Direito, como em Kelsen.

<sup>201</sup> Esses dois últimos que de fato interessam na crítica que será feita.

<sup>202</sup> Sinônimo de arbítrio, uma vez que esse adjetivo foi utilizado modernamente para se referir à conhecida posição de Carl Schmitt, onde o fundamento último do Direito é uma decisão política do soberano. Nesse sentido, ver MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **O decisionismo jurídico de Carl Schmitt**. Teoria Política do Instituto de Estudos Avançados da USP, 1993. Portanto, apesar de algumas divergências terminológicas, como o *decisionismo* schmittiano, neste trabalho se utilizará discricionariedade, decisionismo, arbitrariedade e subjetividade como sinônimos, o que, de certo, será de fácil identificação e não comprometerá o estudo.

<sup>203</sup> Apesar de não ter sido superado, como será visto.

<sup>204</sup> Em outro momento, Streck registra que de fato há que se atentar para a discussão em torno do positivismo normativista pós-kelseniano, isso porque ele considera superado o “velho positivismo exegético”. Em passagem inaugural de um tópico de sua obra, o autor afirma que “de há muito minhas críticas são dirigidas primordialmente ao positivismo pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades [...]. Isso porque considero, no âmbito destas reflexões, *superado o velho positivismo exegético*. Ou seja, não é (mais) necessário dizer que o ‘juiz não é a boca da lei’ etc.; enfim, podemos ser poupados, nessa quadra da história, dessas ‘descobertas polvóreas’. Essa ‘descoberta’ não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da Jurisprudência dos Valores [...], os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um ‘positivismo fático’, a ponderação de valores (pela qual o juiz

Sobre questão semelhante, Álvaro Ricardo Cruz e Bernardo Duarte<sup>205</sup> contam no introito de sua obra conjunta que no hall de entrada de uma faculdade de Direito um determinado professor dialogava com um candidato à vaga de doutorado. Em um dado momento, eles notaram a presença de um jovem candidato à vaga de mestrado, que, após cumprimentá-los, agregou-se ao papo. Talvez para impressionar, o jovem aluno dirigiu-se ao professor e indagou-lhe qual seria o objetivo principal da academia.

De forma enfática, respondeu o professor que o objetivo maior do mestrado, por exemplo, seria fornecer o conhecimento necessário capaz de se adotar uma postura crítica dos pressupostos positivistas que permeiam a formação jurídica. Nesse momento, o jovem aluno respondeu ao professor que já era um pós-positivista (o que dava a entender que já sabia criticar e até superar os pressupostos positivistas), ocasião em que o professor teria respondido, então, que o candidato na verdade já era um mestre.

O que se quer mostrar é que se criou no imaginário dos estudantes de Direito a impressão de que o positivismo jurídico é uma corrente mundialmente conhecida e de fácil constatação e superação, sobretudo pela facilidade com que encontramos referências a termos como pós-positivismo e neoconstitucionalismo, a denotar que o “velho” positivismo já estaria superado e não precisaria mais debatê-lo de forma rigorosa. Não se pode desconsiderar que tal sentimento foi fortalecido com o fim da Segunda Grande Guerra, uma vez que se costuma afirmar que as barbáries da época foram cometidas e justificadas (se é que podemos justificá-las) a pretexto de respeito às normas do nacional-socialismo alemão<sup>206 207</sup> (podemos ver tal posição, dentre

---

literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*) etc.” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31).

<sup>205</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 2.

<sup>206</sup> Como contraponto ao senso comum de que o positivismo teria permitido os atos da *solução final* do programa hitlerista, interessante análise faz Marcelo Neves. Fazendo oposição ao uso e abuso dos princípios na doutrina constitucional brasileira, Neves registra que a experiência histórica é contundente na demonstração de que não há relação lógica na assertiva de que a opção por princípios resulta em estados mais democráticos e de que a opção por regras resulta em autoritarismo. Conta o autor que “Durante o nacional-socialismo, foram precisamente os juristas que proclamaram a importância de princípios orientados por valores e teleologias, especialmente nos termos da tradição hegeliana, que pontificaram nas cátedras [a exemplo de Karl Larenz]. Autores ditos ‘formalistas’ [...] [positivismo jurídico democrático], destacando-se Hans Kelsen, foram banidos de suas cátedras ou não tiveram acesso ao espaço acadêmico”. Isso porque para o *Fuhrer* seria desastroso um modelo de regras constitucionais, já que foi justamente a teoria dos princípios que permitiu o “desenvolvimento do povo alemão na ‘história universal’ como ‘realização do espírito geral’ ou ‘aprofundamento do espírito do mundo em si’”, apresentando-se muito mais adequada aos intentos do nazismo (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, pp. 172-173).

<sup>207</sup> Em sentido semelhante ao de Neves, defende Dimitri Dimoulis que o argumento em face do positivismo na verdade é um artifício retórico de desqualificação teórica sem análise de substância, já que “Os juristas próximos ao nazismo criticavam os ideais da segurança jurídica e as formalidades jurídica; exaltavam os valores do povo alemão, exigindo a ‘eticização’ da aplicação do direito que os juízes deveriam impor,



diversos outros, em Bustamante<sup>208</sup> e Knopfholz<sup>209</sup>). Contudo, diversos tipos de “positivismos” podem ser encontrados na história da Teoria do Direito. Lenio Streck cita, por exemplo, a Escola da Exegese, na França, e a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha.<sup>210 211</sup>

Não é objetivo deste trabalho aprofundar as diversas formas de positivismo. Pelo contrário. Utiliza-se apenas com objetivo de mostrar a sua forma simplista de resolução de casos quando a resposta não se encontra em textos legais ou mesmo nos critérios de observação da prática fornecidos por uma norma de reconhecimento. Por isso, optou-se por utilizar dois modelos muito influentes de positivismo que, a nosso ver, delegaram ao Judiciário, de forma decisionista, a resolução de determinada demanda em casos complexos. Trata-se do positivismo metodológico-analítico de Hart<sup>212</sup> e do positivismo metodológico-normativista de Kelsen<sup>213</sup>. Nesse ponto, estamos com Möller quando afirma que “Com os estudos sobre o direito de autores como Hans Kelsen, Alf Ross ou H.L.A. Hart, a partir de meados do século XX, o positivismo jurídico experimenta um grande avanço como ciência”<sup>214</sup>. Pode ser que tal avanço tenha se dado pelas posturas descritivas desses autores, os quais buscaram

---

distanciando-se do ‘pensamento com base na lei’ (*Gesetzesdenken*). O positivismo era visto como negação do ideal de justiça e o próprio Hitler declarou que, no Terceiro *Reich*, o direito coincide com a moralidade”. Além disso, Dimoulis coloca que Carl Schmitt, conhecido por ser um dos maiores representantes da ideologia nacional-socialista, redigiu em 1933, portanto logo após a ascensão de Hitler ao poder, um trabalho cuja intenção era propugnar ideias contrárias ao positivismo, sobretudo na versão kelseniana (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, pp. 261-262). Defendendo a possibilidade de superação das normas do holocausto sem rechaçar as teses juspositivistas, vide HOERSTER, Norbert. **En defensa del positivismo jurídico**. Barcelona: Gedisa, 2000, pp. 122-146.

<sup>208</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>209</sup> KNOPFHOLZ, Alexandre. A crise do positivismo na pós-modernidade. **Revista Jurídica**, n. 24, Temática n. 8, p. 27-57, 2010.

<sup>210</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 87.

<sup>211</sup> Abstraindo-se especificidades de alguns teóricos, para Carvalho as teses positivistas teriam pelo menos três características comuns: a) seriam teorias semânticas, já que o papel do jurista seria apenas descritivo, como um observador imparcial, no sentido de identificar e formular os critérios semânticos adequados para a verificação do que seria ou não o Direito; b) os direitos e obrigações decorreriam apenas das regras expressamente previstas; e c) a discricionariedade judicial, uma vez que quando o caso não fosse acobertado por nenhuma regra jurídica ou quando as regras fossem ambíguas, a autoridade responsável deveria decidir discricionariamente, cujos critérios poderiam ser padrões extrajurídicos (incontroláveis) (*op. cit.*, p. 34).

<sup>212</sup> A importância de Kelsen é inegável para a Teoria do Direito. Diferente não é a importância de Hart, o que inclusive levou a professora Faralli a assumir como termo *a quo* da chamada filosofia do Direito *contemporâneo* o final dos anos 1960 do século XX, ou seja, com a crise do modelo juspositivista na versão hartiana, em outros termos, a época posterior a Hart (*op. cit.*, 2006, p. 1).

<sup>213</sup> Como prefere Santiago Nino, o termo positivismo metodológico melhor seria identificado caso se passasse a nomeá-lo de positivismo *conceitual*, uma vez que a ideia de que se deve caracterizar o conceito de Direito em termos não valorativos, “fazendo-se referência a propriedades fáticas, é uma tese meramente conceitual. Ela não implica uma postura valorativa sobre como devem ser as normas jurídicas e qual é a atitude a ser adotada diante delas”. Para o professor argentino, outros representantes do positivismo, além de Hart e Kelsen, podem ser caracterizados como positivistas conceituais ou metodológicos: Bentham, Austin, Ross, Bobbio etc. (*op. cit.*, p. 43).

<sup>214</sup> MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 81.

descrever o Direito e o funcionamento dos sistemas jurídicos, mas que caíram no mesmo equívoco de deixar ao arbítrio estatal o julgamento de casos difíceis.

Mas uma questão é inegável: com a abertura da filosofia do Direito aos valores ético-políticos, aliado ao fato de que a postura das teorias constitucionais do Direito terem mostrado o aumento da complexidade estrutural dos sistemas constitucionais contemporâneos, ligado à diferença também estrutural entre princípios e regras, o positivismo do século XX experimenta uma crise. De fato, a abordagem do pós-positivismo (deixando-se de lado as divergências teóricas acerca do aspecto conceitual deste termo: “pós-positivismo”<sup>215</sup>) busca reintroduzir aspectos morais e valorativos no Direito<sup>216</sup>. Assim, registre-se que Faralli<sup>217</sup> afirma que o modelo positivista (aqui tratado)

[...] é, como se sabe, o de uma teoria formal do direito, isto é, de uma teoria que estuda o direito em sua estrutura normativa, independentemente dos valores a que serve essa estrutura e do conteúdo que ela encerra. Em princípio, o juspositivismo encontra suporte na teorização dos cientistas sociais do final do século XIX, que sustentam a impossibilidade programática de valoração da ciência social e a impossibilidade estrutural de encontrar critérios de juízo de ordem moral para decidir em direito e em política. Mais tarde na primeira metade do século XX, ele passa a se apoiar na filosofia analítica que, ao tratar dos valores, desenvolve uma metaética não-cognitivista, afirmando a impossibilidade de conhecê-los objetivamente. O debate contemporâneo questionou as duas teses em que se apoiava o positivismo jurídico, determinando a abertura da filosofia do direito, por um lado, ao mundo dos valores ético-políticos e, por outro, ao mundo dos fatos.

A queda também da rígida distinção entre Direito e moral, característica até Hart<sup>218</sup>, e a pretensão de neutralidade do Direito (postura epistemológica do Direito em Kelsen), parece abrir um novo caminho para uma filosofia do Direito, que passa, então, como se viu no primeiro ponto deste Capítulo, de uma análise descritiva para uma análise prescritiva e normativa do Direito e que se empenha também em discussões políticas, morais e filosóficas dentro dos sistemas jurídicos<sup>219</sup>. Por outro lado, Cruz e Duarte<sup>220</sup> atribuem a Dworkin a deturpação do positivismo analítico

<sup>215</sup> E se é que há um verdadeiro pós-positivismo, ainda mais no sentido de superação do positivismo. Para um aprofundamento do tema, vide CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, pp. 209-220, 1998.

<sup>216</sup> Tal proposição (separação rígida entre Direito e moral e inclusão de aspectos valorativos no discurso jurídico) não será objeto de análise específica neste estudo, sobretudo diante do recorte metodológico escolhido.

<sup>217</sup> *Op. cit.*, 2006, pp. 2-3.

<sup>218</sup> Não obstante no seu pós-escrito o autor inglês tenha admitido a existência de critérios morais ao Direito, mas apenas quando o próprio Direito já tiver incorporado tais critérios para sua identificação (*op. cit.*, p. 347).

<sup>219</sup> FARALLI, *op. cit.*, 2006, p. 5.

<sup>220</sup> *Op. cit.*, p. 3.

quando em 1967 o autor escreve o seu *O Modelo de Regras*<sup>221</sup>, ocasião em que as críticas ali subscritas e que foram direcionadas ao que ele via como verdadeiras falhas do pensamento positivista, principalmente nas versões de Austin e Hart, disseminaram-se mundo afora.

Em outra perspectiva, mas ainda tratando da crise do positivismo jurídico, Andrés Tessara, em palestra realizada em São Paulo, registrou que tal crise não se coloca tanto pela indesejabilidade do positivismo ocorrida no pós-Guerra, mas sim por constatação da sua inviabilidade prática (segurança jurídica x justiça): “Não é desejável que a segurança substitua a justiça. O direito positivo não está paradoxalmente em condições de garanti-la nas doses pretendidas”.<sup>222</sup>

Mas há como o positivismo sair dessa crise? Apesar de não ser o intuito principal desta parte, podemos ver que há quem responda afirmativamente, porém apenas se se concretizarem duas saídas (pelo menos no que toca ao positivismo hartiano).

Juliano Maranhão, por exemplo, entende que se a identificação do Direito, a partir da perspectiva dos participantes, exige do observador uma atitude de valoração, é possível, então, uma Teoria do Direito para cada fim social estipulado pelo intérprete como critério para organizar conceitualmente essa prática social. Desse modo, a teoria positivista não passaria de simples interpretação particular dessa prática social tomando como sua função tão somente resguardar expectativas dos sujeitos normativos por meio da fidelidade a decisões políticas prévias.<sup>223</sup>

Daqui, diz o autor, haveria apenas duas saídas: “ou resta ao teórico residir na *Meta-Metajurisprudenz*, identificando, para cada função social possível atribuída à prática do direito, uma teoria do direito correspondente, de modo a preservar sua neutralidade”; ou reconhece-se que “a pretensão de neutralidade está equivocada

---

<sup>221</sup> Depois incorporado à obra *Levando os Direitos a Sério*. É lógico que a diferença estrutural entre princípios e regras tratados com detalhe em *Levando os Direitos a Sério* também contribuiriam fortemente para uma postura crítica em relação ao positivismo jurídico. Apesar dessa constatação, o debate operado pela filosofia do Direito nesse campo não será tratado com profundidade nesta dissertação, ainda mais pelo fato de que tal tema demandaria um estudo especificamente para tratá-lo se não se quer perder o rigor metodológico. Ademais, o próprio Dworkin, possivelmente pela desconfiguração de sua teoria pelos seus leitores, passa a abandonar, a partir de 1986, com a publicação de *O Império do Direito*, a *discussão* (e não a ideia em si) em torno dessa diferenciação, para focar especificamente no debate em torno do conceito de Direito e no erro da discricionariedade judicial.

<sup>222</sup> TESSARA, Andrés Ollero. A crise do positivismo jurídico. Paradoxos teóricos de uma rotina prática. **Revista Tributária e de Finanças Públicas. Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 1, pp. 7-32, out./dez. 1992.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 29.

como postulado metodológico para a teoria, que deveria se engajar na justificação do direito”.<sup>224</sup>

Diante da indagação feita no título deste item, precisamos deixar claro o que pretendemos daqui em diante: apesar da crise que o positivismo enfrenta(ou), ainda mais no pós-Guerra, esse modelo não foi superado<sup>225</sup>, sobretudo o positivismo de cunho analítico-normativista<sup>226</sup>. Duas razões levam a crer que características do positivismo jurídico ainda persistem.

A primeira, e que não é uma questão exclusiva do positivismo jurídico<sup>227</sup>, parece ser positiva, qual seja, o respeito ao texto de uma norma<sup>228</sup>. Obviamente com as possibilidades interpretativas que dele decorre e sem cair no decisionismo que adiante se verá. Dworkin, um conhecido representante de uma corrente crítica das posturas “positivistas”, não contradiz essa questão. Pelo contrário. Não é em apenas uma passagem que o autor norte-americano demonstra que o respeito ao texto legal vem ao encontro da democracia. Podemos ver essa postura, por exemplo, no seguinte trecho da obra *Justiça de Toga*:

Não obstante, compartilho com o juiz Scalia a crença em que o texto escrito da Constituição tem *primazia* e deve ser considerado como o ponto de partida fundamental, que nada de irreconciliável com o texto pode ser adequadamente tido como parte da Constituição; e que algumas partes da

---

<sup>224</sup> *Ibid.*

<sup>225</sup> Lenio Streck fortalece essa aposta ao dizer que “há uma imensa dificuldade de libertação de toda carga conceitual que foi legada pelos anos de domínio do positivismo. O resultado é uma espécie de repristinação das velhas teses das teorias positivistas clássicas e das do neopositivismo que, evidentemente, trazem consigo o mesmo vírus que contaminava o legatário: em pleno paradigma da intersubjetividade (giro ontológico-linguístico), continua-se a apostar na discricionariedade judicial para resolver o problema da decisão” (*op. cit.*, 2013, pp. 101-102, grifos no original).

<sup>226</sup> É Cruz e Duarte que percebem bem a crítica feita por Dimoulis à produção doutrinária brasileira que continua presa ao argumento de que o positivismo foi de fato superado. Contudo, para o autor, é inaceitável tal postura, já que continua-se a referenciar genericamente o positivismo ainda ligado à Escola da Exegese (como se houvesse apenas um positivismo) (CRUZ e DUARTE, *op. cit.*, p. 120).

<sup>227</sup> Quando nos referimos a esta primeira característica, a intenção é debater mormente o positivismo exegético, já que o encaixe das teorias de Hart e Kelsen no positivismo jurídico advém muito mais do aspecto metodológico empírico-analítico (como dizia Ross: “a exigência metodológica do estudo do direito [possui a ideia] de seguir os padrões tradicionais de observação e verificação que animam toda a moderna ciência empirista [...]” – *op. cit.*, p. 19) e da tese da separação entre Direito e moral do que propriamente de um formalismo característico do final do século XIX.

<sup>228</sup> Apesar da referência aqui como uma postura positivista, estamos com Streck quando afirma que o respeito ao texto não quer dizer necessariamente que alguém é um positivista. Pode ser...ou pode não ser. O respeito à literalidade de um texto é um avanço, sim, na medida em que estamos a falar de (mais) um limite à discricionariedade judicial. Quer-se dizer, onde os limites semânticos do texto diz, por exemplo, que “o juiz somente fará perguntas complementares”, deve-se ler exatamente isso e não que o juiz pode ou não pode fazer (esse exemplo é retirado de STRECK, *op. cit.*, 2013, p. 77). Sobre o ponto, registra o autor gaúcho que “É positivista tanto aquele que diz que texto e norma [...] são a mesma coisa – portanto, igualam ‘Direito e lei’ como aquele que diz que ‘texto e norma estão descolados’ [...] hipótese em que o intérprete se permite atribuir ‘qualquer norma a qualquer texto’” (*ibid.*). Tanto assim é que Kelsen, Hart e Ross (que não eram positivista exegéticos) foram todos, cada um a seu modo, positivistas (para uma crítica mais detalhada, vide STRECK, Lenio. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ - Eletrônica*, Vol. 15, . 1, pp. 158-173, jan-abr 2010).

Constituição não podem, de modo plausível, estar sujeitas a interpretações significativamente diferentes.<sup>229</sup>

A segunda e principal característica (agora negativa) é a que de fato interessa nesta dissertação, já que é a forma que o positivismo hartiano e kelseniano encontrou de resolver a interpretação judicial em casos complexos, o que nos leva a registrar que eles, mesmo com suas evidentes importâncias e influências no século passado, simplificaram demasiadamente o Direito ao apostar na discricionariedade judicial. Tal postura a seguir vista ainda repercute na práxis dos tribunais brasileiros.<sup>230</sup>

### 1.3.1 O erro do positivismo analítico e normativista: a confiança depositada por eles no papel da discricionariedade judicial e de como ainda não percebemos a “discricionariedade positivista”

Inicia-se este item com uma conclusão: após demonstrar que o Direito é complexo, a Escola Analítica, aqui representada por Hart, caiu no mesmo erro das outras teses positivistas (normativista, por exemplo) que a fez simplificar o Direito, já que tudo que ultrapasse o patamar descritivo do Direito pelos juízos de fato seria matéria de índole política ou moral, local próprio para que se apresentasse a subjetividade do intérprete.<sup>231</sup>

Pois bem. A confiança depositada pelo positivismo (e não somente o hartiano) no papel da discricionariedade judicial, que, ao mesmo tempo, deveria ser uma atividade primordialmente cognitiva de deliberações políticas passadas – e não uma atividade volitiva pautada por deliberações políticas ou valorativas do próprio juiz – irá, no final do século XX, ser alvo de críticas com a percepção da transformação do Direito e do papel dos juízes<sup>232</sup>. A discricionariedade passou a ser a condição de possibilidade da decisão. Ou seja, no fundo, diz Streck, “não conseguimos sair de um velho dilema: o que fazer para controlar a atuação da jurisdição?”, sendo que sequer o positivismo tem preocupação com essa resposta, uma vez que para ele a discricionariedade judicial seria uma *fatalidade*.<sup>233</sup>

O modelo discricionário passa a ser reconhecido pelo positivismo jurídico aqui tratado no momento em que determinada situação cotidiana não está encampada por

---

<sup>229</sup> *Op. cit.*, 2010, p. 183.

<sup>230</sup> Ver Capítulo III deste trabalho.

<sup>231</sup> CARVALHO, *op. cit.*, p. 35.

<sup>232</sup> MARANHÃO, *op. cit.*, p. 26.

<sup>233</sup> *Op. cit.*, 2013, p. 102.

uma regra ou quando é permitida uma *escolha* da sua forma de aplicação, dentre várias possibilidades, o que pode ser identificado como um dimensionamento das consequências jurídicas aceitas pelo intérprete e que estão baseadas, na maior parte, em constatações subjetivas.<sup>234</sup>

O projeto do positivismo, na parte em que se critica neste tópico, é a catalogação de regras que estabelecem direitos e deveres, de forma que quando uma regra se torna vaga, o catálogo se esgota e, até paradoxalmente, se faz necessário o recurso a padrões fora do campo jurídico para complementar uma regra existente<sup>235</sup>.

Nessa medida, adverte Carvalho que “Esse ato – criativo e valorativo, por excelência – não é controlável, uma vez que esses padrões, por não fazerem parte do direito, não são obrigatórios, nem verificáveis. Por isso, ao agir assim, os juízes decidem discricionariamente”.<sup>236</sup>

#### 1.3.1.1 A “discricionariedade positivista” em Herbert Hart

Passa-se agora especificamente a tratar do positivismo analítico representado por Hart. Já foi analisado no primeiro item deste Capítulo que para Hart o conceito de Direito se dá de forma descritiva com base em uma descrição das práticas sociais, dividindo-a na descrição daquele que faz parte internamente da prática (ponto de vista interno) e na análise daquele que, não aceitando tal prática, observa de forma externa (ponto de vista externo).

Antes uma advertência se faz imprescindível para a compreensão do que estamos tratando. Como já afirmado, o positivismo “brando” (teoria das fontes) de Hart também nos auxiliou na demonstração de que o Direito é sim uma prática social complexa<sup>237</sup>, notadamente quando cria uma extensa teoria para identificar e conceituar o Direito<sup>238</sup>. Tal constatação não passou despercebida por Ronaldo Porto<sup>239</sup>, para quem, baseado em Brian Bix,

A abordagem hartiana do direito pode ser caracterizada como hermenêutica porque descreve a prática jurídica levando em consideração a forma como esta é percebida e intencionalmente guiada pelos agentes. A intencionalidade, diferentemente de uma causalidade mecânica verificável no

<sup>234</sup> ENGELMANN, *op. cit.*, p. 10.

<sup>235</sup> CARVALHO, *op. cit.*, p. 48.

<sup>236</sup> CARVALHO, *op. cit.*, p. 48.

<sup>237</sup> Itens 1.1 e 1.2, *supra*.

<sup>238</sup> Até hoje se discute, com Hart, como exatamente diferenciar um hábito de uma regra, por exemplo.

<sup>239</sup> MACEDO JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 126-127.

mundo físico, envolve pensamento e deliberação e, portanto, *propósito*. Brian Bix chama corretamente a atenção para o fato de que a abordagem hartiana inovou o campo da teoria do direito de matriz anglo-saxã, nela imponto uma “virada hermenêutica”, ao incorporar a intencionalidade identificada no *ponto de vista interno* das práticas jurídicas. Tal fato é reconhecido pelos principais teóricos que ele influenciou, como Joseph Raz, John Finnis e Ronald Dworkin.

De fato sua teoria pode ser classificada como um positivismo dos “simples fatos” por acreditar que da aceitação deles decorreria os fundamentos do Direito, mas isso não retira os méritos teóricos do autor inglês e muito menos torna sua tese simples; a não ser em um ponto: pensamos que toda a demonstração e descrição da complexidade do fenômeno social que vai identificar o Direito em Hart perde grande parte de sua atratividade quando o autor inglês tenta solucionar o “problema” da textura aberta das normas. Hart conclui que a zona de penumbra da norma autorizaria que a resolução de um caso que se subsumisse a essa hipótese fosse dada de forma discricionária pelo decisor, simplificando a sua própria teoria. O autor nos demonstra que não basta para a identificação do Direito, em sociedades complexas, uma norma primária (que impõe deveres e obrigações), mas sim, como visto, necessitaria de outra norma (normas secundárias) para reconhecê-lo – tendo como a principal e fundamental a norma de reconhecimento antes vista.

Assim, parece que Hart deixa algo pelo caminho<sup>240</sup> quando permite<sup>241</sup> ao juiz simplesmente criar o Direito que melhor lhe aprouver. O professor inglês, então,

---

<sup>240</sup> Crítica essa que parece também compactuar Bustamante. Em estudo sobre a argumentação maccormickiana, o autor afirma que “A despeito da grande influência de Herbert Hart sobre os seus trabalhos [de MacCormick], sempre houve desavenças com a suposta neutralidade dos positivismo de Hart e Kelsen. Talvez a mais expressiva dessas desavenças diga respeito à questão da justificação das decisões sobre a validade das normas jurídicas, considerada sob o ponto de vista interno. Como MacCormick enfatizou várias vezes, os teóricos do direito deveriam conduzir *insights* de Hart sobre o ponto de vista interno *para além do ponto onde Hart nos deixou em seus próprios escritos teóricos*” (BUSTAMANTE, *op. cit.*, 2013). (Sem grifos no original)

<sup>241</sup> Apesar de Hart pensar que pode fazer uma teoria neutral e apenas descritiva do Direito, onde então não poderia a ele ser dirigida uma crítica no sentido de que ele *permite* algo ou se *posiciona* sobre algo, na verdade a teoria hartiana faz, sim, juízos valorativos e avaliatórios. Ou será que é possível fazer a seguinte afirmação: “[...] haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito” (HART, *op. cit.*, p. 352) sem adentrar no campo normativo valorativo? Aliás, nem mesmo o mais ortodoxo positivismo formalista-exegético consegue se distanciar de alguma forma de valoração, já que ele tem que pelo menos fazer uma postulação moral, qual seja, a de que o positivismo formalista é uma teoria mais adequada do que qualquer outra. A esse aspecto da moral positivista, veja-se o que diz Santiago Nino: “[...] quando um juiz tenta justificar sua decisão dizendo: ‘o direito vigente dispõe a solução que estou adotando’, considerando, como os positivistas, que essa proposição é meramente descritiva de certos fatos e não implica valoração, devemos concluir que o juiz não conseguiu justificar sua decisão, a menos que se pressuponha, de modo implícito – como em geral ocorre -, um princípio moral como o que diz ‘deve-se observar o que o direito positivo dispõe’. Os juízes, como todos nós, não pode evitar a adoção de posturas morais em matérias moralmente relevantes” (*op. cit.*, p. 39). Na resposta ao pós-escrito de Hart, Dworkin parte dessa mesma análise: “[...] a concepção de Hart não é neutra na argumentação: ela toma partido. Na verdade, em toda controvérsia jurídica difícil, ela toma partido em favor daqueles que insistem que os direitos jurídicos das partes devem ser totalmente estabelecidos mediante a consulta às fontes tradicionais do direito. [...] Em que sentido se supõe que a tese das fontes sociais de Hart seja ‘descritiva’? Sem dúvida, como ele e seus partidários reconhecem, a própria descrição sempre é uma iniciativa normativa

adiciona um componente simplista em sua complexa teoria. E isso fica evidente em sua obra. Como visto, Hart cria a conceituação de uma norma de “reconhecimento”<sup>242</sup>, sendo aquela norma que especifica as características que, se estiverem presente numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de “que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce”<sup>243</sup>, ou seja, identificou-se uma regra primária de obrigação<sup>244</sup>. A partir dela, o positivismo de Hart se caracteriza por compreender que nem sempre a norma de reconhecimento, que pode se exteriorizar de várias formas (um texto dotado de autoridade; um ato legislativo; uma prática consuetudinária etc.) identificará qual a norma primária (que impõe deveres e obrigações)<sup>245</sup> é válida no ordenamento, haja vista que as normas apresentam uma margem de incerteza. Para ele, a textura aberta das normas decorreria da própria imprecisão da linguagem humana, já que ela seria incapaz de oferecer prescrições exatas a todos acontecimentos futuros.<sup>246</sup>

Nesse momento, na visão do autor, surge para o juiz uma possibilidade criativa; discricionária. Isso fica muito claro quando Hart afirma que em casos imprevistos haverá a confrontação do problema em pauta e então “poderemos resolvê-lo

---

de *algum* sentido: qualquer teoria descritiva opta por uma explicação de alguns fenômenos como mais reveladora, evidente, útil ou algo do gênero” (*op. cit.*, 2010, pp. 233-234). A perspectiva aqui adotada também se verifica em MacCormick, em obra que tratou especificamente da teoria de Hart: “De fato, como Hart reconhece francamente ao fim do seu livro [...], uma base para aderir à tese positivista da diferenciação conceitual do Direito e da moral é, em si, uma razão moral” (MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Trad. Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 41).

<sup>242</sup> É óbvio que a teoria hartiana é muito mais sofisticada, apresentando normas primárias e secundárias e, dentro destas, normas de modificação, de adjudicação e de reconhecimento. Mas, para o que nos interessa, ficar-se-á apenas com a última.

<sup>243</sup> *Op. cit.*, p. 122.

<sup>244</sup> Como já visto em outra oportunidade (itens 1.1 e 1.2), a norma de reconhecimento pode ser compreendida quando uma determinada ação é aceita. Porém, tal aceitação, como já dito, trata-se de um fenômeno *social* e não individual. Trata-se do compartilhamento de um padrão por um *grupo* que constitui uma regra (nesse sentido, ver MACEDO JÚNIOR, *op. cit.*, 2013, p. 135).

<sup>245</sup> Nada obstante, em entrevista publicada em 1988 feita a Juan Páramo, Hart admite a necessidade de uma revisão da sua tese. Disse o professor de Oxford que sua teoria “*analiza equivocadamente todo tipo de obligación como si surgiera de reglas sociales que son aceptadas por la mayoría de los miembros de un grupo social como guías de conducta y pautas de crítica, manteniéndose por exigencias generales de conformidad y presión sobre quienes se desvían o amenazan con desviarse. Como es obvio, tal teoría podría ajustarse solamente, en el mejor de los casos, a aquellas obligaciones que surgen de reglas de tipo consuetudinario en lo que he llamado un sistema de reglas primarias. Pero como intenté demostrar en el resto del libro, en un sistema jurídico desarrollado, donde hay tribunales, poder legislativo y reglas secundarias constitucionales de reconocimiento y cambio, las obligaciones jurídicas surgen también con frecuencia de un tipo de reglas legales emitidas por un poder legislativo y aplicadas por los tribunales. Tales reglas promulgadas pueden no ser aceptadas por los miembros de una sociedad y pueden no ser apoyadas por la presión social general sobre quienes se desvían o amenazan con desviarse. No obstante, son reconocidas por los tribunales como reglas válidas del sistema jurídico, teniéndolas que aplicar en los casos que se presenten ante ellos, ya que satisfacen los criterios de validez por la regla secundaria de reconocimiento aceptada por los tribunales y funcionarios del sistema. Pero mi teoría de la obligación en El concepto de Derecho no ofrece ninguna explicación de cómo surgen las obligaciones jurídicas de las reglas jurídicas promulgadas, siendo incompleta la teoría de la obligación que sostuve en un sistema de reglas primarias consuetudinarias*” (PÁRAMO, Juan Ramón de. *Entrevista a H.L.A. Hart. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 5. Alicante: Universidad de Alicante, pp. 339-361, 1988).

<sup>246</sup> HART, *op. cit.*, p. 166. Nesse sentido, também, CARVALHO, *op. cit.*, p. 49.



escolhendo entre os interesses conflitantes da forma que melhor nos satisfizer”<sup>247</sup> e que a “textura aberta do direito outorga aos tribunais um poder de criar o direito muito mais amplo e muito mais importante do que aquele concedido aos marcadores de pontos [do beisebol, por exemplo, que é a analogia feita em sua obra]”.<sup>248</sup>

Hart, tratando ainda de sua norma de reconhecimento, registra que de fato as normas apresentam uma zona de penumbra<sup>249</sup>. No caso de muitas normas jurídicas, continua o professor de Oxford, pode-se tolerar certa margem de incerteza, e mesmo vê-la como um elemento bem-vindo, de modo que possibilite uma decisão judicial bem informada quando se conheça a composição de um caso inédito, tornando possível identificar os problemas envolvidos em sua decisão e dar-lhes solução racional.<sup>250</sup>

Nessa perspectiva, no pós-escrito póstumo de o *Conceito de Direito*, Hart, confirmando então sua teoria, ainda que buscando explicar-se melhor, afirmou, ao tratar dos casos em que não se pode encontrar uma única resposta correta, que o juiz tem de exercer seu poder de “criar o direito”, mas “não deve fazê-lo arbitrariamente: isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores”<sup>251</sup>. Percebe-se que, mesmo defendendo a impossibilidade de decisões arbitrárias, o próprio Hart admite que o juiz possa decidir conforme “suas próprias convicções e valores” (ou seja, claramente um campo aberto para a *discricionariedade* judicial<sup>252</sup>), sendo nesse momento que parece claro que Hart, mesmo sem ter a intenção expressa e buscando um meio-termo<sup>253</sup> entre o formalismo e o ceticismo das normas – que para ele seria o realismo –, permite ao seu positivismo a simplificação do Direito.

Quer-se dizer com isso que a crítica à simplificação do Direito que se faz neste estudo também se estende ao positivismo hartiano, ainda que seja inquestionável a sofisticação teórica do seu argumento.

---

<sup>247</sup> HART, *op. cit.*, p. 167.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 325.

<sup>250</sup> HART, *op. cit.*, p. 325.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 352.

<sup>252</sup> Parece com razão Cruz e Duarte quando afirmam que, mesmo refletindo em seu pós-escrito sobre as críticas feitas por Dworkin, Hart permaneceu considerando a discricionariedade judicial como uma questão central em sua teoria. Portanto, embora Hart tenha respondido alguns questionamentos dworkinianos, ele não estava disposto a abandonar aquela parte (CRUZ e DUARTE, *op. cit.*, p. 4).

<sup>253</sup> Hart sustenta que sua versão do ceticismo ante as regras aceita a existência delas, mas assinala que as leis não são senão “fontes do Direito” e não o Direito mesmo, que somente aparece quando aparecem as leis frente às decisões judiciais. Ademais, não obstante Hart afirmar que as regras muitas vezes limitam a interpretação judicial, sua posição não afasta a discricionariedade judicial (ROBLES, Gregorio. *Hart: Algunos Puntos Críticos. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 21-II. Alicante: Universidade de Alicante, pp. 371-402, 1998).

### 1.3.1.2 A “discricionariedade positivista” em Hans Kelsen

A postura de simplificar o Direito ao autorizar a discricionariedade judicial também se fez presente na teoria kelseniana. É verdade que Kelsen tem por objetivo principal, como transmite o próprio título de sua obra principal (*Teoria Pura do Direito*), formular uma proposta científica que pudesse estudar o Direito com uma metodologia pura, quer dizer, rejeitando qualquer influência de elementos extrajurídicos<sup>254</sup>, os quais estariam fora<sup>255</sup>, portanto, dos limites do ordenamento jurídico estabelecido pelo Estado<sup>256</sup>. Mas não que Kelsen ignore a conexão que pode haver entre o Direito e as outras disciplinas, mas sim porque a Teoria Pura pretende “evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza de seu objecto”<sup>257</sup>. Portanto, a pureza buscada pelo autor de Viena fica muito claro já no início de sua obra:

Como teoria, [a Teoria Pura] quer única e exclusivamente conhecer o seu objecto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objecto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.<sup>258</sup>

Ao longo da teoria kelseniana ficará estabelecido que a ciência do Direito não teria a finalidade de criar normas, mas apenas descrevê-las (cognoscitivamente), sendo, assim, um ato de conhecimento, e não de vontade. A ideia de uma autonomia

<sup>254</sup> Para Andityas Matos, muito antes da primeira edição dessa obra em 1934, Kelsen já teria exposto os pressupostos fundamentais de sua teoria, sobretudo acerca do desnudamento do dualismo Estado-Direito, “entes que no sistema kelseniano representam uma única realidade lógica e ontológica, de sorte que o Estado passa a ser visto na Teoria Pura do Direito enquanto ordem jurídica centralizada” (MATOS, Andityas Soares de M. Costa. **Contra Natvram. Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 130).

<sup>255</sup> Na delimitação do Direito sem a influência de outras disciplinas, Kelsen chega a dizer que “De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1976, p. 17).

<sup>256</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. Fundamentos teóricos do positivismo e do neoconstitucionalismo. *In*: **Neoconstitucionalismo**. Org. Regina Quaresma, Maria Lucia de Paula Oliveira e Farlei M. R. de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 316.

<sup>257</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 18.

<sup>258</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 17.

do Direito partiria, então, de uma concepção normativa<sup>259</sup> de Direito, “onde toda a norma encontra seu critério de pertencimento a determinado sistema jurídico em outra norma que lhe seja hierarquicamente superior ou posterior”<sup>260</sup>. O campo de atuação da ciência jurídica se limitaria apenas ao conhecimento das normas jurídicas e não à sua criação, que seria representada por um ato de vontade do órgão responsável pela aplicação pode ter sido mitigado (implicitamente) pelo próprio jurista de Viena, como logo será visto.

Assim, o que nos interessa em Kelsen, então, é quando, em 1960, ele escreve a segunda edição do seu *Teoria Pura* e vai tratar, no Capítulo Oitavo, acerca da interpretação<sup>261</sup> do Direito. Ele inicia seu argumento afirmando que o ato de aplicação do Direito é em parte determinado e em parte indeterminado pelo Direito, sendo que a indeterminação pode resultar da autoridade que estabeleceu a norma a aplicar ou pode ser consequência, não intencional, da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada.<sup>262</sup>

Kelsen admite não haver um método que determine qual a *única* interpretação para uma norma a aplicar<sup>263</sup>, já que “Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma objectivamente válida”<sup>264</sup>. A necessidade de interpretação é resultado do fato de que, como o jurista de Viena coloca, a norma a aplicar ou o sistema de normas deixarem várias possibilidades em aberto. “Falar em

---

<sup>259</sup> Stanley Paulson, todavia, adverte que na verdade nunca houve um consenso acerca do que Kelsen pretendeu dizer com *normatividade*: “Segundo Kelsen, a normatividade é sua alternativa aos demais pontos de vista no âmbito da Filosofia do Direito. Sem embargo – e eis aí o problema nuclear – nunca houve um consenso acerca do que ele pretende dizer com isso. As interpretações da ideia de Kelsen sobre normatividade percorrem todos os possíveis entendimentos alternativos, desde uma visão contrafactual da normatividade até uma tese sobre a *normatividade justificada*. Esta última é de longe a leitura mais ambiciosa da normatividade da filosofia jurídica de Kelsen, tendo lhe sido atribuída de diferentes maneiras e mediante diversos tipos de argumentos por ninguém menos do que outras figuras de destaque – Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Joseph Raz e, um pouco mais cedo, Alf Ross – que, até onde vai meu conhecimento, chegaram cada qual à sua conclusão de maneira independente” (PAULSON, Stanley L. A ideia central do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 102, pp. 101-137, jan./jun. 2011).

<sup>260</sup> MÖLLER, *op. cit.*, p. 82.

<sup>261</sup> Não obstante eu faça algumas citações pontuais às teses kelsenianas, quero registrar que para meu argumento importa tão somente a “parte interpretativa” de Kelsen, a qual não me parece ter despertado muito interesse da doutrina, sobretudo se formos contrapô-la à tese da norma hipotética fundamental. Impressão essa também de Dimoulis ao afirmar que “A visão kelseniana sobre a interpretação não despertou interesse doutrinário, em contraste com a abundância de escritos de seguidores e adversários sobre a definição do direito em Kelsen e, em particular, sobre as teses de separação e a norma fundamental” (*op. cit.*, p. 214).

<sup>262</sup> KELSEN, *op. cit.*, pp. 464-465.

<sup>263</sup> Todos podem conduzir tão somente a interpretações possíveis.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 468.

única interpretação, definível apenas por uma atividade de cognição do Direito positivo preexistente, é contrariar o próprio pressuposto da interpretação”.<sup>265</sup>

Para Kelsen, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação de algo que representa o próprio Direito a interpretar pela via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar. Tal fixação se dá por uma moldura (firmada por uma interpretação cognoscitiva da ciência jurídica – ato de conhecimento), dentro da qual há várias possibilidades de criação de uma norma individual no ato do aplicador do Direito (ato de vontade); do tribunal, especialmente<sup>266</sup>. Ademais, o autor divide a interpretação em autêntica e não autêntica. A primeira se dá pelos órgãos jurídicos autorizados a produzir normas jurídicas, bem como executar atos de coerção estatuídos juridicamente, enquanto a segunda é realizada pelos indivíduos que têm de observar as normas jurídicas pela ciência do Direito.<sup>267</sup>

É nesse momento que Kelsen começa a caracterizar a possibilidade (discricionária) de aplicação da norma como um verdadeiro *ato de vontade*. A interpretação feita pelo órgão aplicador<sup>268</sup> do Direito resulta, para o jurista vienense, na *criação* do Direito. E mais: a interpretação autêntica, em Kelsen, cria o Direito não só quando assuma forma de uma lei, mas sim também quando ela cria uma norma individual ou execute uma sanção (ou seja, ato de vontade dos tribunais). E mais, Kelsen afirma com todas as letras que a produção do ato jurídico dentro da moldura é *livre*: “Relativamente a este [o Direito positivo], a produção do acto jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o acto”.<sup>269</sup>

Ainda dentro do nosso argumento, em outra passagem Kelsen ratifica a sua posição de permitir a discricionariedade judicial:

Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se

<sup>265</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. In: **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Coordenador Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 139.

<sup>266</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 467.

<sup>267</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 139.

<sup>268</sup> Da leitura da *Teoria Pura* pode-se interpretar que não só os tribunais são órgãos *aplicadores* do Direito (interpretação autêntica): “Se queremos caracterizar, não apenas a interpretação das leis pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos...”. E em outra passagem continua: “Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional [...]. Mas autêntica, isto é, criadora do Direito, [também] é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando crie uma norma individual ou crie uma sanção” (*op. cit.*, pp. 470-471).

<sup>269</sup> *Ibid.*, p. 470.

com um acto de vontade em que o órgão aplicador do Direito efectua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.<sup>270</sup>

Alguém poderia objetar que o que Kelsen faz é apenas permitir que dentro de certos limites – “moldura” fixada por um ato de conhecimento típico da ciência do Direito – o aplicador possa verificar qual a que melhor se encaixe ao caso concreto. Contudo, não parece ser essa a postulação do autor. Primeiramente, pela própria semântica utilizada por ele: ato de *vontade*, *escolhas* feitas pelo aplicador etc.

Segundo, porque em momento algum se colocou a interpretação em comparação com determinado caso concreto; e isso para ficar apenas na parte dedicada à interpretação na *Teoria Pura*, uma vez que toda a construção da pureza metodológica kelseniana já pretendeu afastar o campo sociológico<sup>271</sup> da ciência do Direito<sup>272</sup>. O máximo que Kelsen se permitiu foi utilizar a expressão “norma individual”, mas nada pode fazer inferir que ele tivesse tido a intenção, por exemplo, de dizer implicitamente “a criação da norma individual *dentro das possibilidades do caso concreto*”.

Sobre esse ponto, muito bem se saiu Cattoni ao referir que

[...] há, também, um grande equívoco em se manter a tese da discricionariedade do aplicador do Direito, tal como presente nas edições anteriores da *Teoria Pura*, porque ela se assenta num engano, típico daquilo que poderíamos chamar de “tradição iluminista”, que leva a confundir a perspectiva da atividade legislativa com a perspectiva da atividade jurisdicional. [...] Não é que não haja várias interpretações possíveis para o Direito, ou em termos mais precisos, várias normas válidas que a princípio poderiam vir a regular esse caso, mas é que para interpretar o Direito para aplicá-lo é necessário levar em consideração, e *isso é justamente o que Kelsen não faz*, o caso concreto. Que várias interpretações sejam possíveis

---

<sup>270</sup> *Ibid.*

<sup>271</sup> Em Larenz vê-se que “A ciência do Direito, segundo KELSEN, não tem a ver com a conduta efectiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma *ciência de factos*, como a sociologia, mas uma *ciência de normas*; o seu objecto não é o que é ou que acontece, mas sim um complexo de normas. Só se garante o seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método à sua essência, isto é, não só de todo e qualquer apoio numa ‘ciência de factos’ (como a sociologia e a psicologia), como de todo influxo de ‘proposições de fé’ [...]. Como conhecimento ‘puro’, não tem de prosseguir imediatamente nenhum fim prático, mas antes de excluir da sua consideração tudo o que não se ligue especificamente com o seu objecto como complexo de normas. [...] A ‘teoria pura do Direito’ abandona o aspecto fático desse acontecer – por exemplo, os intuitos e os motivos do legislador, bem como os efeitos da regulamentação que estabelece – a outra ciência, que é a sociologia do Direito como ‘ciência de factos’” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 93-95).

<sup>272</sup> Weinberger entende que não se pode aceitar o positivismo kelseniano quando pretende eliminar do campo filosófico do Direito as investigações de âmbito político-jurídico e quando considera, até mesmo para corroborar o intento de pureza, que os acontecimentos do “nível fático-social” não são relevantes para a dinâmica jurídica e para a validade do Direito (*op. cit.*, p. 319).

ou que várias normas sejam validas, isso não quer dizer que todas elas sejam adequadas ao caso concreto.<sup>273</sup>

Vê-se, em outra passagem, que de fato Kelsen admite a discricionariedade<sup>274</sup> (arbitrariedade, diríamos) judicial: “É facto bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância”<sup>275</sup>. Na leitura de Andrés Tessara, a interpretação kelseniana da norma tornou inevitável a discricionariedade judicial ao fazer um delineamento teórico dentro do qual o criador da norma particular pode mover-se: “Em vez de um núcleo nítido e uma periferia de casos difíceis (como em Hart), nos encontramos com um *âmbito de arbitrariedade* legítima demarcada e outro de arbitrariedade ilegítima extramuros da norma prévia”.<sup>276</sup>

Ainda, o que parece ser a confirmação de que Hans Kelsen cai na mesma tentação positivista de Hart, no sentido de permitir que os tribunais definam arbitrariamente o Direito ao caso concreto, extrai-se da sua afirmação categórica de que da interpretação da norma pelo órgão aplicador se pode produzir uma norma completamente situada *fora* da moldura:

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa<sup>277</sup>.

---

<sup>273</sup> *Op. cit.*, p. 148. Grifos no original.

<sup>274</sup> Em sentido contrário, vide BARBAROSCH, Eduardo. *La función de la interpretación en el derecho y la controversia en cuanto a su alcance en algunas de las teorías del derecho*. In.: Rodolfo Vigo [et.al.]. **Interpretación y argumentación: problemas y perspectivas actuales**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, pp. 115-126.

<sup>275</sup> *Op. cit.*, p. 471.

<sup>276</sup> *Op. cit.* Grifos no original.

<sup>277</sup> *Op. cit.*, p. 471.

E não são poucos os que fazem a mesma leitura de Kelsen explicitada neste tópico: no Brasil temos Cattoni<sup>278</sup>, Dimoulis<sup>279</sup>, Streck<sup>280</sup>, Feitas Filho<sup>281</sup> etc.; no exterior, Andrés Tassara<sup>282</sup>, Robert Alexy<sup>283</sup>, Sanchís<sup>284</sup> etc.

Sobre a dimensão do alcance discricionário admitido pelo positivismo em destaque, podemos ver que até mesmo Dimitri Dimoulis (ainda para ficar com a doutrina brasileira), um conhecido adepto das teorias positivistas, principalmente da que ele denomina de “pragmatismo jurídico-político”, reafirma que a aplicação mecânica da lei somente se pode atribuir ao positivismo da doutrina civilista francesa e belga<sup>285</sup>. Para ele, tanto em Kelsen quanto em Hart se verifica uma forte *tendência discricionária*, já que o autor austríaco, afirma Dimoulis, considerou “impossível técnicas de interpretação jurídica para encontrar a solução que corresponde aos mandamentos do legislador”<sup>286</sup>, admitindo-se, assim, que o aplicador do Direito cria-o, conforme a já referenciada interpretação autêntica. Por sua vez, Hart, continua Dimoulis, ao tratar da *open texture* do Direito se baseia em espaços amplos de discricionariedade, onde a vagueza “da linguagem humana não permite termos sempre certeza em relação aos casos que se subsume na norma [...] [o que] impõe a

<sup>278</sup> “[...] há, também, um grande equívoco em se manter a tese da discricionariedade do aplicador do Direito, tal como presente nas edições anteriores da *Teoria Pura do Direito* [...]” (*op. cit.*, p. 147).

<sup>279</sup> “O estudo da teoria da interpretação de Kelsen desmente a difundida opinião que o apresenta como adepto da aplicação automática das leis e como crítico da subjetividade do juiz” (*op. cit.*, p. 216).

<sup>280</sup> “Kelsen ‘desiste’ de enfrentar o problema dos ‘casos difíceis (embora deles não fale, na especificidade)’, deixando a cargo dos juízes tal solução, a partir de um ‘ato de vontade’ (daí se falar do ‘decisionismo kelseniano’)” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 335).

<sup>281</sup> “Esclareço que faço uso, para os efeitos deste trabalho, do conceito de paradigma juspositivista kelseniano no seu sentido reduzido, incompleto. Aqui trago de Kelsen aquilo que nas faculdades em geral se aprende dele. O objetivo é identificar esta vulgata kelseniana segundo a qual se aprende dele. Kelsen, entretanto, propõe claramente na Teoria Pura os limites de seu esforço epistemológico, fazendo referência no capítulo final da obra à interpretação do direito como ato de vontade do operador que pode ‘criar direito’” (FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo**: a exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 41).

<sup>282</sup> Em “Kelsen [...] a norma não nos ‘diz’ o que é direito, mas contém uma autorização para que direito seja em cada caso o que alguém, por ela legitimado, ‘queira’. Paradoxalmente, da repulsa da proposta moral, por exigências de *racionalidade*, passamos a um direito posto, entendido como *arbitrariedade identificável*” (*op. cit.*, grifos no original).

<sup>283</sup> “[...] Kelsen [...] afirmava que, em casos difíceis, o juiz, como um legislador, deverá resolver um ‘problema de política jurídica’. Ao fazê-lo, ele estará decidindo de acordo com sua ‘livre apreciação’. Com isso, sua decisão foi baseada em um ‘ato de vontade’” (ALEXY, Robert. A argumentação jurídica como discurso racional. *In*: **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. Org. Anderson V. Teixeira e Elton S. de Oliveira. Barueri: Manole, 2010, p. 3).

<sup>284</sup> “Em Kelsen, efetivamente, pode prestar-se a discussão o significado e alcance que possa ter a lógica na aplicação do Direito, mas está fora de toda dúvida que as sentenças expressam atos de vontade, não expressam operações meramente cognitivas, e que, por conseguinte, têm um caráter criativo, particularmente ante os problemas de lacunas e antinomias [...]. É um verdadeiro ato criador do Direito” (SANCHÍS, Luis Pietro. Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade de solução justa. *In*: **Argumentação e estado constitucional**. Eduardo Ribeiro Moreira (Org). São Paulo: Ícone, 2012, p. 217).

<sup>285</sup> Já referida como a Escola da Exegese.

<sup>286</sup> DIMOULIS, *op. cit.*, 2006, p. 54.

tomada de decisões incertas [...] estabelecidas pelo aplicador de forma discricionária”.<sup>287</sup>

Streck ainda trata especificamente dos dois modelos aqui referenciados de positivismo (analítico e normativista) como simplificadores do Direito:

Parece não haver dúvida – mormente após o debate Dworkin-Hart e de tudo o mais que a tradição jusfilosófica nos tem legado no decorrer do século XX – que o positivismo (nas suas mais variadas acepções) está ligado à discricionariedade interpretativa (cujas consequências são decisionismos e arbitrariedades), além de ser incompatível com a noção de princípio forjada no neoconstitucionalismo. [...] Desse modo e a partir disso, parece razoável afirmar que essa discricionariedade/arbitrariedade (e sua consequência, as múltiplas respostas) não será contida ou resolvida através de regras e meta-regras que cada vez mais contenham a solução prévia das várias hipóteses de aplicação, isto porque – e a resposta aqui deve ser peremptória – a discricionariedade/arbitrariedade é exatamente produto daquilo que proporcionou a sua institucionalização, isto é, o positivismo jurídico e suas diversas facetas, que sempre abstraíram a situação concreta no ato de aplicação. A (histórica) discricionariedade positivista – embora (historicamente) “limitada” pelo ordenamento jurídico – tem proporcionado uma espécie de “mundo da natureza hermenêutico”, em que viceja a liberdade interpretativa (veja-se, por todos, o decisionismo kelseniano e a discricionariedade admitida por Herbert Hart para a resolução dos *hard cases*), onde, no fundo, queiramos ou não, cada juiz decide como quer (arbitrariamente), de acordo com a sua subjetividade (esquema sujeito-objeto), mesmo porque esses “limites” do ordenamento são limites semânticos, os quais jamais foram obstáculo para as pretensões positivistas, bastando, para tanto, um exame da incontável quantidade de súmulas (para falar apenas nesse tipo de *prêt-à-portêr*) contra-lemem e/ou inconstitucionais.<sup>288</sup>

Como se vê, há os que atribuem ao(s) positivismo(s) uma dimensão decisionista e aqueles que vão ainda mais longe, afirmando que essa postura conteria um elemento antinormativo. Nesse sentido, Ota Weinberger, apesar de estar criticando o realismo de Alf Ross, aponta que o intento de fazer depender a validade do Direito a decisões dos juízes (discrção judicial) na verdade

*[...] reduce la normatividad a la expectativa de una conducta cognoscitivamente determinable. Esto no da cuenta del importante hecho de que el juez sólo es tal en virtud del facultamiento normativo y de que él mismo ha de plantearse la pregunta acerca de lo que debe jurídicamente hacer y no puede apoyar la respuesta en el resultado de su decisión.*<sup>289</sup>

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>288</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o “o problema da discricionariedade dos juízes”. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet.** Disponível em [http://www.animaopet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.animaopet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf). Acesso em: 05. Abr. 14.

<sup>289</sup> *Op. cit.*, p. 320.



A proposta feita por Kelsen até seu Oitavo Capítulo pode ser lógica e ainda influenciar os teóricos do Direito. Mas é inegável o silêncio do autor em relação aos limites da norma, ou seja, ao traço da moldura. Para Dimoulis, “Isso é imprescindível, já que a afirmação da existência tanto de alternativas ‘dentro’ da norma como de outras que não se enquadram em seu significado perde sua relevância se não for indicado o caminho para constatar essas alternativas”.<sup>290</sup>

Ao extremo, Cattoni coloca em xeque os próprios pressupostos teóricos de toda a obra de Kelsen quando há a publicação do Capítulo tratado, já que a assertiva de que na interpretação autêntica se realiza não apenas uma das possibilidades reveladas pela interpretação como ato de conhecimento (pela ciência do Direito fixadora da moldura), mas também se pode produzir uma norma completamente fora do quadro ou moldura, “quem garante – a Ciência do Direito garante? – se de fato o órgão jurídico produziu uma norma que se situa completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”<sup>291</sup>? O que parece ser a crítica de Cattoni é que Kelsen, como também verifica-se em Dimoulis, não oferece um método para determinar a interpretação correta ou justa dentro da moldura e *sequer para traçá-la*, a não ser que das várias significações verbais de uma norma se confronte “todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica”<sup>292</sup>. Seria, então, de fato possível fixar esse quadro? Cattoni responde afirmando que Kelsen pouco ou nada diz sobre a operação de conhecimento delimitadora da moldura ou quadro<sup>293</sup> e que<sup>294</sup> o trabalho a ser realizada para confrontar o significado de uma norma com *toda* a ordem jurídica somente poderia ser uma postulação positivista. Nas palavras de Cattoni:

[...] comparar todos os significados possíveis de uma norma com todos os significados possíveis de todas as possíveis normas do ordenamento jurídico! Só mesmo uma teoria epistemologicamente fundada no positivismo seria capaz de postular uma tese como esta! Isso é, simplesmente, humanamente impossível!

Pois bem. Após discorrer neste primeiro Capítulo acerca da complexa interpretação do fenômeno jurídico-social, criticando as posturas que resolveram simplificá-lo, passamos, a partir de agora, a demonstrar os critérios que julgamos

<sup>290</sup> *Op. cit.*, 2006, p. 211.

<sup>291</sup> Ou não teria sido o “próprio cientista do Direito que não foi capaz de descrever todo o quadro das interpretações possíveis?” (*op. cit.*, p. 145).

<sup>292</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 468.

<sup>293</sup> *Op. cit.*, p. 145.

<sup>294</sup> *Ibid.*, p. 146.

serem, senão perfeitos e acabados para a melhor prestação jurisdicional, auxiliares na tarefa de verificação da falta de problematização das decisões dos tribunais (e que poderão facilitar na sindicabilidade delas). Tais critérios buscam, pelo menos, tentar recolocar a tarefa do Judiciário em seu devido lugar: responsável pela melhor resposta ao que nele confia.

Aliás, deixamos claro que ao propor o que virá a seguir e ao criticar a concepção positivista não estamos tentando defender uma posição ingênua, numa espécie de liberdade irrestrita ao intérprete (com conceitos como integridade, universalizabilidade, etc.). Apenas há a pretensão de direcionar a preocupação ao fornecimento de algum modelo teórico que possa ser mais adequado à complexidade da realidade jurídica, proposta essa que pode ser capaz de tornar as discussões mais claras e controláveis. Argumentos, por exemplo, de política e moral fazem parte do campo decisório<sup>295</sup>. Não há dúvidas disso. Mas é importante fazer com que eles se tornem mais explícitos e discutíveis, afinal essas questões de fundo são, pelo menos no que se vê das decisões dos tribunais, constitutivas do Direito e não elementos externos<sup>296</sup>, sem qualquer importância.

---

<sup>295</sup> Como Dworkin busca deixar claro em *Uma Questão de Princípio* (*op. cit.*, 2005) e que Lucas Borges faz referência em sua obra (CARVALHO, *op. cit.*, pp. 43-44).

<sup>296</sup> CARVALHO, *op. cit.*, p. 44.

## 2 PROBLEMATIZAÇÃO, JUSTIFICAÇÃO E SINDICABILIDADE. A DECISÃO JUDICIAL A PARTIR DAS DELIBERAÇÕES UNIVERSAIS E DA JUSTIFICAÇÃO EXTERNA (DE SEGUNDA ORDEM)

### 2.1 A importância do processo de justificação

Conforme aponta Weinberger “*Mi interés por la filosofía práctica en general proviene de problemas de conciencia: ¿vivo y actúo racional y correctamente?*”<sup>297</sup>. O trânsito do jusnaturalismo ao positivismo pode ser traduzido, além de outros aspectos, pelo deslocamento da razão da criação à aplicação do Direito<sup>298</sup>. Muito embora se saiba das críticas feitas a um pretensão salvador racionalismo prático, para o intento desta dissertação não se faz necessário aprofundar a distinção entre razão prática (forma da razão cujo resultado é uma ação) e razão teórica (aquela forma de razão onde o resultado é uma conclusão sobre o que é o caso<sup>299</sup>), ou apostar que a razão prática (transcendental) pode salvar o mundo dentro do campo filosófico-jurídico e da teoria da decisão judicial. Utiliza-se a razão prática apenas como uma razão cujo resultado é uma ação onde haja escolhas<sup>300</sup>, ou seja, o que se pretende é estudar o raciocínio jurídico como um conjunto das práticas argumentativas compartilhadas pelos juízes. Essas práticas argumentativas pressupõe o uso desse modo de raciocínio prático, que o torna incompatível com o positivismo (metodológico) na ciência do Direito analisado acima, sobretudo pelo fato de que deste decorre a “subjetividade existente nas interpretações jurídicas em geral”<sup>301</sup> e nele “qualquer valoração jurídica é necessariamente arbitrária, haja vista a presumida impossibilidade de uma reflexão teórica [...] que possa, com seriedade, fornecer diretivas para a ação [...] da sociedade”.<sup>302</sup>

<sup>297</sup> *Op. cit.*, p. 313.

<sup>298</sup> SANCHÍS, *op. cit.*, 2012, p. 221.

<sup>299</sup> MICHELON JR., Cláudio. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 21, pp. 101-112, mar./2002.

<sup>300</sup> Diz-nos MacCormick que pouco importa qual seja a base de nossa adesão a uma conduta que consideramos fundamental. De qualquer forma, para os seres humanos os princípios de conduta pertencem à categoria das razões para agir e das razões para julgamento e “para reações críticas ou aprovatórias dos atos alheios”. Nos termos do autor “As tentativas de expressar princípios para a ação pertencem ao terreno da argumentação voltada para as questões práticas da vida. Ela se interessa pela orientação de decisões, julgamento, avaliações e tudo o mais” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 8).

<sup>301</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do direito e decisão racional – temas de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 358.

<sup>302</sup> *Ibid.*

Pretende-se, como já colocado, apenas deixar claro que o julgador não problematiza (campo da justificação) os casos complexos, não se atenta (ou o faz propositalmente) às nuances que subjazem esses casos, já que a construção de uma decisão judicial e a justificativa de uma lei aparecem como um discurso fundado em razões<sup>303</sup>. O próprio termo “racional” nos remete a uma proposição que pode ser justificada de forma adequada, ou seja, em geral uma decisão judicial racional se baseia em um determinado conhecimento e em determinadas valorações da situação normativa e fática<sup>304</sup>. Racionalidade essa que não deixa de ser uma característica do próprio ser humano e possível nos arranjos políticos, jurídicos e sociais. “A criação e aplicação razoável do Direito é um objetivo valioso e digno do ser humano”<sup>305</sup>. Não que se construirá, com isso, uma justiça perfeita, mas sem dúvida pode ser uma proteção contra as piores formas de injustiça.<sup>306</sup>

No momento em que o Direito aparece como uma forma discursiva, cresce o interesse sobre a estrutura da justificação utilizada para decidir casos controversos. MacCormick afirma, no que toca à argumentação prática, que para formarmos uma visão efetiva do Direito e de sua interpretação, algo a mais deve se fazer do que interpretar conceitos de Direito e os textos que o pertencem: “*En última instancia, nos movemos en la esfera más amplia de la argumentación práctica. Debemos reflexionar sobre los valores y principios adecuados a las instituciones*<sup>307</sup> *de las sociedades [...]*<sup>308</sup>”.

Pode-se dizer, com Atienza<sup>309</sup>, que o professor da Universidade de Edimburgo procura fazer uma harmonização entre um tipo cético de pensamento, como o humeano, e a razão prática kantiana que dê conta de construir uma teoria que seja tanto descritiva quanto normativa e que se situe a meio caminho entre um ultrarracionalismo de Dworkin (única resposta correta) e um irracionalismo nos moldes rossiano, onde as decisões jurídicas seriam essencialmente arbitrárias, produtos da

<sup>303</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. *Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ*, Itajaí, v. 16, n. 2, pp. 207- 221, mai./ago. 2011.

<sup>304</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. Trad. Francisco Javier E. Ganuzas. México D.F.: DJC, 2003, p. 46.

<sup>305</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. X.

<sup>306</sup> *Ibid.*

<sup>307</sup> Fazendo jus a sua concepção de ordem normativa institucional vista acima.

<sup>308</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2010, p. 77.

<sup>309</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy, 2006, p. 119.

vontade e não da razão<sup>310</sup>. Perelman também buscou contribuir para a reflexão sobre o papel da razão prática no contexto da justificação judicial:

O exercício de poder em direito, sempre supõe a possibilidade de uma escolha razoável entre várias soluções. É normal que toda instância, que dispõe de certos poderes, exerça-os segundo seu melhor juízo, mas com a condição de não o exercer de uma forma desarrazoada, portanto inaceitável. Há limites que não devem ser ultrapassados; caso fossem, haveria abuso ou desvio de poderes, que o juiz tem de punir.<sup>311</sup>

Nesse aspecto, utilizaremos a ideia maccormickiana de que o raciocínio jurídico, para ser considerado racional e justificado, deve satisfazer a universalizabilidade (ou universalidade) das proposições normativas e, principalmente nos casos complexos, observar a justificação de segundo grau (ou externa), cuja finalidade é a demonstração de que as premissas dos processos dedutivos não podem ser fixadas de modo arbitrário<sup>312</sup>, mas sim devem ser fruto de uma cadeia argumentativa que preencham os critérios de coerência, consistência e consequência jurídica<sup>313</sup>. A mensagem que tentaremos demonstrar é a de que o julgador não pode ser mais convincente em sua conclusão do que em suas premissas. Assim, estamos com MacCormick quando afirma que “[...] quem quer que deseje apresentar um argumento deve estar preparado para defender e justificar suas premissas, usando

---

<sup>310</sup> E aqui já se refuta eventual crítica acerca da teoria maccormickiana ser um tipo de sincretismo metodológico. É que MacCormick busca realizar um esforço conciliatório entre teses rivais de outros autores. Busca uma posição intermediária, fazendo concessões, mas não se acomoda a nenhum deles. Como observado pelos tradutores de sua obra *Retórica e Estado de Direito para o Brasil*, Neil MacCormick escapa tanto do isolacionismo teórico típico de correntes extremadas de pensamento quanto da tentação de transformar o Direito em um emaranhado ininteligível. O autor não se contenta com o *critical legal studies*, por exemplo, nem com um fantasioso formalismo, que, antes do que uma corrente teórica do Direito, cumpria um papel ideológico na Revolução Francesa (MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, pp. XIX-XX, nota dos tradutores). Além deles, um importante leitor de MacCormick, Joxerramon Bengoetxea, compartilha dessa visão: “*También en sus escritos individuales MacCormick está en constante interacción con otros autores, pero no con la finalidad de vencer en una confrontación dialéctica de ideas sino buscando matices, aproximaciones, nuevos matices de síntesis y consenso sin mermar en coherencia argumental ni caer en sincretismos, y sin miedo a recular cuando consideraba que había errado. Este empeño por alcanzar el consenso sin caer en el sincretismo lo practicaba no sólo en sus diálogos y discusiones grupales sino en sus propios escritos*” (*op. cit.*, 2009).

<sup>311</sup> PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 566.

<sup>312</sup> FARALLI, *op. cit.*, 2006, p. 51.

<sup>313</sup> Esta como forma de justificar a própria proposição universal, como será visto.

para tanto uma variedade de argumentos práticos e retóricos<sup>314</sup> [...]”<sup>315</sup>. Em última instância, o que se está a falar é que a argumentação jurídica deve ser entendida como uma espécie de raciocínio prático, ou seja, “por tratar da razão como algo que estabelece o que é correto fazer em situações em que haja escolha, ela trata da justificação”.<sup>316</sup>

Então a pergunta que se impõe é: por que é importante a justificação? Justificar um ato é mostrar a sua correção. E mostrar tal correção é mostrar que, “sob qualquer visão objetiva da matéria, o ato deveria ter sido praticado, ou mesmo deve ser praticado, considerando as características do ato e as circunstâncias do caso”<sup>317</sup>. O importante é ter presente que justificar é a forma pela qual o juiz legitima a sua tarefa constitucional. Então podemos responder que é importante a justificação porque é a maneira legítima das decisões judiciais.<sup>318</sup>

O interesse pela justificação judicial, que diretamente é relacionada ao tema da argumentação jurídica – sobretudo pelo fato de que os julgadores somente podem justificar a escolha de uma das soluções rivais se apresentarem seus argumentos, ou seja, suas razões –, não se liga propriamente ao questionamento da validade da decisão, mas sim objetiva verificar normativamente se estamos frente a uma boa ou má decisão<sup>319</sup> e, principalmente, ao questionamento de sua legitimidade. Quer-se com isso dizer que não há uma pretensão de realizar uma atitude cínica de ensinar o magistrado a julgar, mas sim verificar se houve uma decisão justificada e controlável e propor uma teoria para auxiliar antes a sindicabilidade da decisão (questão da falta de problematização) do que propriamente o juiz na sua justificação.

---

<sup>314</sup> Os argumentos retóricos são muitas vezes vistos de uma forma pejorativa. Contudo, quando MacCormick utiliza-se desse termo ele busca defender a ideia de que, sob o ponto de vista da racionalidade prática, a questão de um argumento retórico como justificação não é saber qual argumento efetivamente convence um juiz em particular, mas sim qual deveria convencer qualquer instancia decisória racional. Para o autor escocês, então, a retórica de fato “tem uma má reputação entre as pessoas por conta da notória possibilidade de um bom orador vencer um debate público mesmo defendendo uma má ideia. Estudar a retórica pode parecer então um exercício de oferecimento de receitas sobre como fazer as piores razões parecerem as melhores, ou sobre como usar a eloquência para intimidar uma audiência ingênua a aceitar uma conclusão que não está apoiada nos fundamentos apresentados para apoiá-la. Uma forma de fazer frente a isso é relacionar a persuasão a um auditório ideal ou universal [aqui o autor parece estar se referindo expressamente à teoria perelmaniana]. Se o que você disser tiver que ser persuasivo no sentido de ‘persuasivo nos mesmos termos para todas as pessoas’ (não apenas para aquele auditório particular, naquele momento), suas artimanhas irão denunciá-lo” (*op. cit.*, 2008, p. 27).

<sup>315</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 101.

<sup>316</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2006, p. XIV.

<sup>317</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 129.

<sup>318</sup> O tema da legitimidade judicial pela justificação será melhor desenvolvido no Capítulo III.

<sup>319</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011/2012, pp. 11-12.

### 2.1.1 A (necessária) problematização dos casos

Até agora foi falado muito em problematização dos casos sem deixar claro o que se entende por isso. Quando se diz que os tribunais deixam de problematizar alguma questão, quer-se dizer que eles deixam de explicitar os critérios de justificação que utilizaram para julgar, ou seja, deixam de demonstrar como chegaram a determinado resultado ou, sem levar em conta os aspectos consistentes, consequentes e coerentes do Direito, fazem uso de argumentos meramente retóricos, que, por conta da falta de problematização, caem inevitavelmente no subjetivismo judicial, sobretudo porque o jurisdicionado fica sem as ferramentas teóricas para controlar a decisão.

Aliás, o nível de problematização de um caso deve se dar tanto nos casos difíceis quanto nos casos fáceis<sup>320</sup>, entendendo por difíceis<sup>321</sup> aqueles que não possuem uma normatividade específica dentro do sistema jurídico ou quando essa normatividade se mostra ambígua, contraditória ou indeterminada, além daqueles casos disciplinados por regras claras, mas que impõe um tratamento peculiar<sup>322</sup> em prol de alguns valores entendidos como relevantes pelo constituinte, por exemplo. Com efeito, MacCormick postula por outra terminologia, a qual, dentro do conceito de problematização, se torna mais adequada. O autor diferencia entre casos “claros” e casos “problemáticos”. Para ele, tal diferenciação é mais útil, sobretudo por ser quase um insulto chamar alguns casos de fáceis “com base apenas no fato de as imensas dificuldades que se apresentam para sua resolução não figurarem no rol dos

<sup>320</sup> Já se tornou célebre a distinção hartiana e dworkiniana entre casos fáceis e difíceis (naquilo que Hart tratou como “zona de penumbra” da norma em *O Conceito de Direito – op. cit.* – e que Dworkin se debruçou em DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF, 2010, p. 8 e Cap. 4). Desnecessário aqui utilizar-se de muitas linhas para explicá-los, ante sobretudo sua notoriedade. Importante apenas referir que os processos afetos ao setor sucroalcooleiro (que será melhor explicado adiante) se encaixam nos casos em que há uma zona de penumbra (seja pela própria impossibilidade normativa, seja pela impossibilidade probatória). Com a mesma intenção, mas dando uma abordagem um pouco mais prática à diferenciação, é a doutrina de Ricardo Lorenzetti. Para o professor argentino, os casos simples são aqueles casos onde grande parte das situações é dedutivamente resolvida (casos fáceis), ou seja, tão somente com base em um raciocínio dedutivo de uma norma válida (requisito de validade) e aceita (norma de reconhecimento). Por sua vez, os ditos casos difíceis são aqueles em que se detecta dificuldade no elemento normativo (qual a norma aplicável, interpretação) ou no fático (que se refere, por óbvio, às provas dos fatos) ou na dedução (qualificação) (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial. fundamentos de direito**. Trad. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, pp. 158-159).

<sup>321</sup> O próprio Dworkin, entretanto, reconhece que a teoria do ajuste de qualquer juiz não conseguirá produzir uma interpretação única, sendo que talvez nisso resida a distinção entre casos controversos e fáceis no Direito, ou seja, quando se consegue isso e casos em que não se consegue (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 241).

<sup>322</sup> ZAVASCKI, Liane Tabarelli. Um diálogo entre Dworkin e Perelman: reflexões sobre interpretação judicial e poder discricionário. In: ZAVASCKI, Liane Tabarelli, BUHRING, Márcia Andrea e JOBIM, Marco Félix (Org.). **Diálogos constitucionais de direito público e privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 133.

problemas que são objeto de controvérsia atual entre teóricos do Direito”<sup>323</sup>. Apesar de um pouco extensa, a citação feita agora de MacCormick<sup>324</sup> é fundamental para o argumento acerca da problematização:

Definir se um caso é problematizado ou não é uma questão pragmática antes de mais nada. [...] Pragmaticamente, portanto, a resposta à questão 'O que é um caso-problema' é simples: é um caso no qual surgiu um problema – e, alguém poderia dizer, esse problema não foi resolvido sumariamente pelo juiz ou juízes envolvidos. Diferenciamos, portanto, entre casos 'claros' e casos 'problemáticos' em bases pragmáticas. 'Claro' é bastante preferível a 'fácil', uma vez que muitas áreas do Direito são imensamente complexas – o Direito tributário, parte do Direito das Coisas, o Direito Securitário e assim por diante. Mesmo os casos nos quais nenhum problema jurídico é levantado podem ser formidavelmente complexos em suas concatenações entre fatos e normas envolvidas. É quase um insulto chamá-los de 'fáceis' com base apenas no fato de as imensas dificuldades que se apresentam para sua resolução não figurarem no rol dos problemas que são objeto de controvérsia atual entre teóricos do Direito. [...]. A questão que surge é, sobretudo, saber se há (ou se eu estou trabalhando sobre suposição implícita de que haja) um tipo de clareza “ontológica” subjacente a ao menos alguns casos de clareza pragmática. Casos em que ninguém levantou um problema jurídico porque, dadas as circunstâncias, não existia nenhum problema passível de ser levantado. Textos jurídicos de qualquer tipo possuem uma textura aberta e maior ou menor vagueza, mas isso não consiste em incerteza para qualquer uso. Considerações de justiça ou outras semelhantes podem às vezes sugerir novas interpretações ou desenvolvimentos para velhos princípios, fazendo-os caminhar em uma nova direção. Mas talvez às vezes nem a justiça nem qualquer outro valor possa prevalecer contra o sentido mais óbvio da lei ou dos precedentes e, portanto, não exista qualquer razão para problematizar o Direito. [...] Aqui é suficiente dizer que casos 'claros' são aqueles que ninguém problematizou, seja em bases concretas, seja no contexto mais teórico próprio aos juristas. Provavelmente, há alguns casos que ninguém poderia problematizar com base em fundamento algum de modo útil a alguma das partes interessadas, mas o fato de ninguém ter problematizado um caso não justifica supor que ninguém poderia fazê-lo. A falta de utilidade para as partes na problematização do caso apenas demonstra que a clareza do caso continua sendo tratada como um conceito pragmático.

Aqui é suficiente dizer que casos “claros”, resolvidos de forma silogística, são aqueles que ninguém problematizou (seja em bases concretas, seja no contexto mais teórico próprio aos juristas), mas que não impede de serem problematizados, e que os casos “problemáticos” são aqueles que apresentam, já de início, alguma dificuldade na identificação do Direito, o que, com mais razão, torna a problematização um empreendimento exigível para resolução da controvérsia.

Como exemplo de problematização de casos claros, temos a doutrina do próprio MacCormick em outro estudo. Conta o professor de Edimburgo que, em um

---

<sup>323</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, pp. 68-69.

<sup>324</sup> *Ibid.*



caso verídico julgado por um tribunal europeu, um jogador de futebol havia passado a véspera de ano novo bebendo com amigos. Após alguns drinques, seus amigos partiram para outro local. O jogador de futebol ficou sozinho, exausto, decidindo ir para casa. Contudo, ele havia perdido a chave de casa, razão que o fez dormir em seu próprio carro, que estava estacionado perto da estrada. Na manhã seguinte, a polícia o encontrara no banco do motorista, acordando de uma desconfortável noite de sono. Então, o jogador é acusado de dirigir embriagado. Sua defesa sustentou que ele sequer havia dirigido naquela noite.<sup>325</sup>

Com esse exemplo, MacCormick quer fazer o seguinte teste: pode-se problematizar esse caso, o qual inclusive poderia ser um caso claro de resolução silogística<sup>326</sup>? Sim, com alguns questionamentos: o que se considera dirigir? E o que se considera um carro? Cavalgar embriagado em uma rodovia pode ser extremamente perigoso, tanto quanto dirigir um carro. Assim, poderia um cavalo ser considerado um veículo?<sup>327</sup>

Dworkin, ainda que não tenha utilizado essa nomenclatura típica da doutrina maccormickiana, também escreveu sobre um importante caso julgado pela Suprema Corte norte-americana, passível de problematização, a fim de diminuir o déficit justificatório, não obstante entendamos que nesta questão os argumentos problematizáveis foram longe demais.

Pois bem. No caso em que se julgou a constitucionalidade do *Affordable Care Act*<sup>328</sup>, do presidente Obama, Dworkin entendeu que a Suprema Corte, antes de ter declarado a inconstitucionalidade da cláusula que sancionava com a perda de fundos do *Medicaid*, o Estado que se recusasse a ampliar seu programa de saúde, deveria se perguntar se o Congresso teria aprovado a lei sem a cláusula principal atacada; se o Congresso não poderia afastar o atual programa sem objeções constitucionais e, então, lançar um novo programa com elegibilidade aumentada; se essa solução não

---

<sup>325</sup> *Op. cit.*, 2011b, p. 36.

<sup>326</sup> Premissa maior: norma que proíbe a condução de veículo automotor sob efeito de álcool; premissa menor: homem dentro de automóvel na rodovia com álcool no sangue; conclusão: sanção por conduzir embriagado um veículo.

<sup>327</sup> *Ibid.*

<sup>328</sup> Regime de provisões nacionais para assistência médica dos EUA destinado a proteger o cidadão que deseje ser protegido. Conforme Dworkin “O *Affordable Care Act* muda a tradição americana de usar o seguro-saúde (*health insurance*) privado como veículo básico para financiar tratamentos médicos. [...] Seguradoras privadas estão agora reguladas de modo que, por exemplo, não possam negar cobertura ou cobrar alto prêmio para pessoas que já são doentes. O Ato subsidia seguros privados em proveito daqueles que são demasiadamente pobres para para por isso, ampliando o programa nacional *Medicaid*, que tem fornecido assistência para alguns dos mais pobres, de modo a cobrir todos eles” (DWORKIN, Ronald. Uma vitória maior do que se pensava. **Revista Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, pp. 15-28, Nov./dez. 2012).

retiraria a ameaça coerciva e os Estados, então, ficariam tão livres para aceitar ou rejeitar o novo programa como estavam antes.<sup>329</sup>

É certo, voltando um pouco o debate, que a justificação dedutiva/silogística – utilizada para a resolução dos casos claros e que inclusive, como se disse, poderiam ser problematizados – encontra seus limites. Não obstante o silogismo poder formar uma moldura para a argumentação jurídica<sup>330</sup>, ele encontra limites diante de alguns casos nos quais a formulação de premissas normativas ou fáticas pode suscitar problemas.<sup>331</sup>

Na verdade, MacCormick identifica quatro grandes problemas<sup>332</sup> desse tipo – e que, então, serão entendidos como verdadeiros casos complexos, onde o deducionismo não basta<sup>333</sup>. Os dois primeiros se referem à premissa normativa e os dois últimos, à fática. Não é intuito central deste trabalho delimitá-los de forma exaustiva, mas sim busca-se demonstrar que há alguns problemas na formulação das premissas que, se não forem levados em conta, farão com que se caia mais uma vez no subjetivismo judicial. Além disso, será visto no último Capítulo que os casos complexos escolhidos para teste nesta dissertação encontram mais de um desses problemas.

O professor escocês, então, identifica um “problema de interpretação”, que surge quando a norma admite mais de uma leitura, mas não há dúvida qual seja a norma aplicável. Um “problema de pertinência ou relevância”, onde há uma questão anterior à interpretação, quer dizer, não há objeção quanto à maneira de interpretar, mas sim quanto a qual norma é aplicável (se é que ela existe)<sup>334</sup>, ou seja, “a norma não pode ser efetivamente extraída dos materiais jurídicos disponíveis como uma concretização ou determinação razoáveis de seu conteúdo”.<sup>335</sup>

Por fim, temos os “problemas de prova” e os de “qualificação ou avaliação”. Os primeiros se referem à própria premissa menor, quer dizer, mesmo levando-se em conta todas as provas relevantes e que podem ser admitidas (seja do autor ou da

---

<sup>329</sup> *Ibid.*

<sup>330</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 57.

<sup>331</sup> ATIENZA, *op. cit.*, 2006, p. 123.

<sup>332</sup> MacCormick chega a afirmar, e confesso não saber até que ponto ele pode estar certo, que esses quatro problemas “exaurem a possibilidade de problematização de questões em decisões judiciais conduzidas no cenário de um ordenamento normativo institucional, em circunstâncias nas quais o Estado de Direito (*rule of law*) prevaleça” (*op. cit.*, 2011b, p. 38).

<sup>333</sup> A partir deste ponto utilizarei, em relação aos casos, os qualificativos “problemáticos”, “complexos” e “difíceis” indistintamente.

<sup>334</sup> ATIENZA, *op. cit.*, 2006, p. 124.

<sup>335</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 58.

defesa), não houve prova (ao menos não nos limites aceitáveis pelo Direito)<sup>336</sup>. E para os últimos problemas identificados (de “qualificação ou avaliação”) não importa se o que foi alegado foi ou não provado, já que a alegação “não pode ser adequadamente caracterizad[a] como um exemplo de concretização [do fato] no sentido exigido pelo Direito”<sup>337</sup>. Em outras palavras: “[...] não há dúvidas sobre a existência de determinados fatos [...], mas o que se discute é se os mesmos integram ou não um caso que possa ser subsumido no caso concreto da norma”.<sup>338</sup>

Nenhum tipo de raciocínio prático pode impedir a configuração de algum desses problemas. O Direito *em ação* sempre está sujeito a interpretações e argumentações. Pode ser evidente a existência do material jurídico (lei, precedentes, doutrina etc.) a aplicar, mas isso apenas numa visão estática, já que dinamicamente na aplicação do Direito haverá sempre um discurso contínuo referente à melhor forma de se ler o Direito<sup>339</sup>. Não estamos aqui sustentando que o juiz encontrará uma única resposta correta (nos moldes dworkinianos) se identificar e problematizar o Direito, mas sim que a maneira pela qual o juiz justifica suas decisões, se observar alguns critérios, permite, senão a plena sindicabilidade de decisões judiciais (arbitrárias), pelo menos uma redução de erros.<sup>340</sup>

Passa-se então a estudar alguns critérios<sup>341</sup> que auxiliam nesse empreendimento<sup>342</sup>. Antes de analisá-los, porém, é preciso contextualizá-los.

---

<sup>336</sup> *Ibid.*

<sup>337</sup> *Ibid.*

<sup>338</sup> ATIENZA, *op. cit.*, 2006, p. 125.

<sup>339</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2011b, p. 38.

<sup>340</sup> Aliás, apesar de essa parte não importar muito para o argumento central deste trabalho, é importante referir que parece que Dworkin não acredita que o juiz encontrará essa única resposta, mas sim que levando a interpretação a sério haverá pelo menos diminuição de erros e encorajará os juízes, que são falíveis por natureza, a chegar a decisões justas. Sobre isso, cita-se aqui parte do que Dworkin tratou no capítulo em que discute essa questão: A técnica de Hércules encoraja um juiz a emitir seus próprios juízos sobre os direitos institucionais. Poder-se-ia pensar que o argumento extraído da falibilidade judicial sugere duas alternativas. A primeira argumenta que, por serem falíveis, os juízes não devem fazer esforço algum para determinar os direitos institucionais das partes diante deles, mas que somente devem decidir os casos difíceis com base em políticas ou, simplesmente, não decidi-los. Mas isso é perverso. A primeira alternativa argumenta que, [uma vez que] os juízes tomarão decisões injustas, eles não devem esforçar-se para chegar a decisões justas. [...] essa forma de ceticismo não configura, em si mesma, um argumento contra a técnica de decisão judicial de Hércules, ainda que sem dúvida sirva, a qualquer juiz, como um poderoso lembrete de que ele pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade (*op. cit.*, 2010, p. 203). No mesmo sentido, tratando do juiz Hércules como uma simples metáfora, vide STRECK, *op. cit.*, 2009, pp. 367-372. Sanchís, mesmo depois de fazer diversas críticas ao juiz Hércules, se rende ao fato de que o próprio Dworkin sabe ser impossível chegar a uma única resposta correta: “Definitivamente, para Dworkin, a discricionariedade não é aceitável em nenhum sentido porque à luz do Direito – tal e como ele o entende – deve existir uma resposta correta, *ou ao menos, uma mais correta do que qualquer outra*” (*op. cit.*, 2012, p. 233). (Sem grifos no original)

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>342</sup> Todos critérios de justificação sempre em termos universalizáveis, como se verá.

## 2.2 A universalidade (justiça formal) como um princípio a ser observado na justificação judicial

No começo de sua carreira, ainda quando seguia os passos de sua maior influência – a doutrina de Herbert Hart<sup>343</sup> -, MacCormick já afirmava que toda atividade de justificação judicial em casos complexos girava em torno do dever do juiz de não tomar uma decisão qualquer, mas sim uma decisão fundamentada em alguma sentença implícita ou explícita a respeito dos pontos em disputa, e que esse dever depende da observância de um princípio central, o da justiça formal.<sup>344</sup>

Nessa sua fase “inicial”, MacCormick se preocupou eminentemente com o estudo do raciocínio jurídico, investigando as práticas argumentativas para justificação da tomada de decisões das autoridades judiciais<sup>345</sup>. A investigação operada por MacCormick na década de 70 era tanto analítica quanto normativa, pois reconstruiu as práticas de julgamento no seu funcionamento concreto dentro de uma determinada ordem (parte analítica), e também estabeleceu prescrições sobre como a tomada de decisões jurídico-legais deve ser justificada a partir de um ponto de vista racional (parte normativa).<sup>346</sup>

MacCormick, acompanhando o pensamento de John Rawls ao distinguir entre concepções específica de justiça e o conceito de justiça<sup>347</sup>, onde a diferença residiria no conceito de justiça como abstrato e formal, conceitua a justiça formal como “tratarmos casos semelhantes de modo semelhante, e casos diferentes de modo diferente; e dar a cada um o que lhe é devido”<sup>348</sup>. A preocupação do professor escocês é a de que os tribunais que hoje proferem determinada decisão em um caso específico

<sup>343</sup> MacCormick, confessadamente, sofreu forte influência do jusfilósofo inglês. Contudo, em seus estudos finais, nota-se uma forte virada de entendimento, passando, então, a se autodenominar um pós-positivista: “A passagem do tempo deu-me também a oportunidade de assumir uma perspectiva mais distante em relação ao assunto do livro, reconhecendo que passei a caracterizar o meu próprio trabalho como decididamente pós-positivista, e minha posição como muito menos alinhada com a de Hart do que em 1981” (*op. cit.*, 2010 na parte “acréscimos à segunda edição”). Conta o professor de Edimburgo que a linha divisória do seu período “hartiano” foi com a publicação do pós-escrito da segunda edição de o *Conceito de Direito* de Hart, no qual relata MacCormick que o que constava desses novos escritos ia contra as ideias para ele mais atrativas da obra de Hart e que MacCormick havia desenvolvido sobretudo com a publicação do seu livro intitulado *H.L.A. Hart*. (MACCORMICK, *op.cit.*, pp. 479-489, 2006).

<sup>344</sup> MACCORMICK, *op.cit.*, 2010, pp. 171-172. No Brasil podemos retirar esse princípio central do dever de todos observarem o art. 5º, II, da CF/88.

<sup>345</sup> BERTEA, Stefano. *MacCormick's Latest Views of Legal Reasoning and the Positivist Concept of Law*. In: **The Post-Sovereign Constellation Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory**. Agustín José Menéndez and John Erik Fossum (eds). *Centre for European Studies University of Oslo*, Oslo: Arena, 2008, p. 89.

<sup>346</sup> *Ibid.*

<sup>347</sup> Vide RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, Capítulo I.

<sup>348</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2006, p. 93.

entre indivíduos decidam o caso em termos compatíveis com decisões anteriores semelhantes, o que ele chamou de um verdadeiro *dever*<sup>349</sup> por parte dos julgadores. Diz MacCormick que

No mínimo, a justiça formal exige que, exceto por forte razões, ele não decida o caso atual de uma forma diferente da adotada em suas decisões anteriores em casos semelhantes. Ao decidir esse caso, o tribunal não terá então o dever – de igual importância – de levar em conta o precedente que estará estabelecendo para casos ainda por surgir? O dever que tenho de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica que devo decidir o caso de hoje com fundamentos que eu esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje eu devo levar em considerações minhas decisões anteriores em casos semelhantes no passado. As duas implicações são implicações de adesão ao princípio da justiça formal.

De acordo, portanto, com o princípio da justiça formal, “qualquer decisão deve estar fundamentada<sup>350</sup> em pelo menos uma norma universal”<sup>351</sup>. Ou seja, MacCormick examina a forma de argumentação e identifica o alcance do que ele chama de *restrições racionais* que os julgadores devem observar na prática decisória. Interessamos, neste momento, a primeira delas, que exige que a justificação deva ser realizada de acordo com o princípio da universalizabilidade<sup>352</sup>. A grande contribuição do autor escocês nos seus primeiros estudos foi trazer a definição de critérios de justificação (coerência, consistência e consequência, a seguir delineados). A escolha entre obedecer ou não à justiça formal na verdade seria uma escolha entre o racional e o arbitrário na condução das relações humanas.

Posteriormente, sobretudo com a publicação do seu *Retórica e Estado de Direito*, MacCormick passa a se comprometer com a visão de que a prática do raciocínio jurídico é constitutiva do conceito de Direito<sup>353</sup>, e que o Direito, portanto, faz parte do domínio argumentativo por completo, razão por que MacCormick se afasta do positivismo analítico hartiano e sofisticava seus argumentos iniciais.

Atienza descreve a racionalidade prática por intermédio da especificação dos seguintes princípios:

---

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>350</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2006, p. 96.

<sup>351</sup> BUSTAMANTE, *op. cit.*, 2008, p. 407. Para Bustamante, só faz sentido afirmar que de toda decisão jurídica racional segue pelo menos uma norma universal se nós rejeitarmos o formalismo jurídico, onde decorre, na decisão judicial, tão somente a aplicação pura de enunciados legislativos preexistentes e possuidores de um conteúdo semântico unívoco (*ibid.*).

<sup>352</sup> BERTEA, *op. cit.*, p. 89.

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 91.

[...] o princípio de universalidade ou de justiça formal que estabelece que os casos iguais devem ser tratados da mesma maneira; o princípio de consistência, segundo o qual as decisões devem se basear em premissas normativas e fáticas que não entrem em contradição com normas validamente estabelecidas ou com a informação fática disponível; e o princípio de coerência, segundo o qual as normas devem poder ser subsumidas sob princípios gerais ou valores que resultem aceitáveis, no sentido de que configurem uma forma de vida satisfatória (coerência normativa), enquanto os fatos não comprovados mediante prova direta devem resultar compatíveis com os demais fatos tidos como provados, e devem poder ser explicados em conformidade com os princípios e leis que regem o mundo fenomênico (coerência narrativa).<sup>354</sup>

No decorrer dos anos, a teoria maccormickiana, como dito, se sofisticou e, sob clara influência de Robert Alexy<sup>355</sup>, MacCormick passa a desenvolver o conceito (ou princípio) da universalidade ou, como preferem alguns, universalizabilidade. Já foi dito que as regras não resolvem tudo por si mesmas, uma vez que problemas de classificação, de avaliação, de interpretação, de relevância e de provas podem surgir e podem ser apontadas pelas partes. A partir do momento em que a aplicação do Direito seja problematizada, que os problemas forem apontados, eles terão que ser resolvidos; a questão é como solucioná-los.<sup>356</sup>

A teoria maccormickiana apresenta essa universalização como algo essencial à justificação dentro da argumentação prática, alinhada, assim, com uma visão filosófica do princípio do Estado de Direito que ressalta seu caráter universalista, ou seja, igualitário (preocupação também de Dworkin)<sup>357</sup>. O conceito de universalizabilidade parte da ideia da exigência de que, para justificar uma decisão normativa, se conte pelo menos com uma premissa que seja expressão de uma norma geral ou de um princípio<sup>358</sup>. No exemplo de Atienza, quando se justifica uma determinação de decisão (“d”), se faz necessário oferecer razões particulares A, B e C a seu favor. Contudo, tais razões particulares não são suficientes, já que em MacCormick é preciso, além disso, “um enunciado normativo geral que indique que, ocorrendo as circunstâncias A, B, C, deve-se sempre tomar a decisão ‘d’”.<sup>359</sup>

<sup>354</sup> ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona/ESP: Ariel, 1993, p. 137.

<sup>355</sup> Percepção essa também, dentre outros, de Sánchez Lázaro (LÁZARO, Fernando Guanarteme Sánchez. *Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable*. Granada/ESP: Comares, 2009, p. 68) e de Piscitelli (*op. cit.*, pp. 15-17).

<sup>356</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 105.

<sup>357</sup> *Ibid.*, p. 103.

<sup>358</sup> ATIENZA, *op. cit.*, 2006, p. 126.

<sup>359</sup> *Ibid.*

É possível, como o próprio MacCormick reconhece<sup>360</sup>, interpretar as teses aqui desenvolvidas como incorporação da teoria de Richard Hare, sendo a demanda “da justiça formal uma variante da aplicação dos princípios da universalidade e prescritividade de Hare”<sup>361</sup>. Parece que há uma forte influência kantiana em Hare, sobretudo quando se aplica a situações práticas a propriedade universalizável ao discurso moral, ou seja, estabelecida uma regra em termos universais, tal regra deve ser aceita e obedecida pelo indivíduo que a propõe.<sup>362</sup>

Para Hare, se eu fizer algo a certa pessoa, eu estou comprometido com a visão de que exatamente a mesma coisa deve ser feita para mim na ocasião de eu estar na mesma situação daquela pessoa.<sup>363</sup>

Esse princípio da universalizabilidade garante que o argumento seja “coerente logicamente, independentemente do que quer que seja seu conteúdo substancial. É um erro lógico o emissor contradizer algo que acaba de ser anunciado por ele como um princípio”<sup>364</sup>. O que é o ponto central dessa teoria, utilizada na argumentação jurídica por MacCormick, não é o seu conteúdo substantivo, mas sim seu aspecto formal. É justamente essa característica que permite a “identificação de inconsistências no âmbito do discurso jurídico. O princípio da universalizabilidade desempenha um importante papel doador de sentido de justiça à teoria”<sup>365</sup>, o qual determina que, até mesmo para dar valor à dita justiça formal, “um juízo proferido em um determinado caso deve ser aplicado em relação aos demais casos em que haja identidade de circunstâncias situacionais”<sup>366</sup>. Quer dizer, aplicando-se todo esse pensamento ao Direito

é possível afirmar que, sendo tanto a universalidade quanto a justiça formal princípios lógicos e não substantivos [...], as decisões judiciais têm como conseqüências *lógicas* não apenas a constituição de relações jurídicas, mas, igualmente, a criação da obrigatoriedade de se observar o padrão normativo por ela criado, salvo a existência de razões (igualmente universais) que superem as primeiras.<sup>367</sup>

É de fundamental importância esclarecer duas questões para continuidade do

<sup>360</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 125.

<sup>361</sup> PISCITELLI, *op. cit.*, p. 25.

<sup>362</sup> FREITAS FILHO, *op. cit.*, 2008.

<sup>363</sup> HARE, R.M. *Moral Thinking. Its level, method and point*. Oxford: Clarendon Press, 198, pp. 108-109.

<sup>364</sup> FREITAS FILHO, *op. cit.*, 2008.

<sup>365</sup> *Ibid.*

<sup>366</sup> *Ibid.*

<sup>367</sup> PISCHITELLI, *op. cit.*, p. 28.

argumento. A primeira é que a obra de MacCormick não conduz a que razões particulares sejam negadas e que não devam sempre existir para decisões particulares, sejam elas justificadas ou não. Muito menos implica que “a desatenção em relação a todos os detalhes particulares de um caso poderia ser compatível com um processo justo ou mesmo satisfatório de tomada de decisão”<sup>368</sup>. Diz-nos o professor de Edimburgo que

O fato de que em um contexto seja jurídico e de decisão judicial já determina certas características estruturais. Em primeiro lugar, as leis são, conforme observado, universalistas em sua expressão. Elas são escritas com vistas à sua aplicação sempre que ocorram os “fatos operativos” nelas estatuídos, ocasião em que uma consequência jurídica prescrita de modo universal deverá, em tal caso, se seguir. Isso se dá mesmo sendo cada caso de natureza particular, envolvendo particulares em um cenário particular. As leis são universais, mas os casos são únicos. Ademais, a medida ou sanção decretada na conclusão de um caso é, em si mesma, exclusiva. Trata-se de uma ordem individualizada contra, ou afetando, esse réu e ninguém mais. Não obstante a peculiaridade do caso, porém, a lei se aplica em virtude da exemplificação (*instantiation*) da universalidade na qual ela está moldada.<sup>369</sup>

Como então compatibilizar uma premissa maior que, para atingir a justiça formal, deva ser universalizada com as especificidades de um caso concreto? Primeiro, MacCormick introduz a ideia de *defeasibility*<sup>370</sup>. O que é relevante sobre esse termo é que um arranjo construído com base em uma regra jurídica ou em um estado de coisas pode ter uma aparência de validade e, contudo, este arranjo pode estar sujeito a alguma situação que o invalide. Ou seja, o arranjo em questão é excepcionável (*defeasible*) e, assim, os eventos potencialmente invalidantes provocam a exceção (*defeasance*)<sup>371</sup>. Diz o autor escocês que é certamente verdadeiro que qualquer universalização particular tem que ser aceita com uma “certa cautela, porque diferentes circunstâncias podem sugerir exceções e qualificações que não haviam surgido à vista das circunstâncias do caso em consideração”.<sup>372</sup>

<sup>368</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 104.

<sup>369</sup> *Op. cit.*, 2011b, p. 39.

<sup>370</sup> Não é essencial trazer todo o conceito de derrotabilidade (*defeasibility*), importando aqui apenas que as normas (principalmente as regras, naquela clássica distinção tratada por Dworkin) são excepcionáveis diante de determinada situação. Em síntese, para Baker, citando trabalho de Wang, “A derrotabilidade consiste em uma estrutura de exceção à regra: em geral, se as condições de uma regra são satisfeitas, então, a conclusão se verifica. A conclusão é frustrada se surge uma exceção. Portanto, embora as condições de uma regra sejam satisfeitas em tal caso, a conclusão não se verifica”. Baker atribui a Hart, em seu artigo intitulado *The Ascription of Responsibility and Rights*, a noção primeira de derrotabilidade na filosofia do Direito (BAKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, pp. 55-82, jan./jun. 2011). Visão parecida, sobretudo quanto à origem hartiana do termo, consta da obra do próprio MacCormick (*op. cit.*, 2008, p. 310).

<sup>371</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 311.

<sup>372</sup> *Ibid.*, p. 119.



Por mais específico, singular e incomum que seja determinado caso, além da premissa maior ser universalizada, a própria exceção necessariamente tem, de igual modo, que ser universalizada. O Direito o vê como um caso típico, mas mesmo assim universalizado<sup>373</sup>. Para compreender essa afirmação, MacCormick traz o exemplo de um julgado da Corte de Apelações da Inglaterra no caso *Re A (children) (conjoined twins)* de 2001. Jodie e Mary eram gêmeas siamesas, e a Corte se deparou com a seguinte questão: devo autorizar, para salvar a vida de Jodie (e sem sequelas), uma operação que as separaria, ainda que isso implicasse a morte de Mary? A Corte decidiu que naquelas circunstâncias do caso extremamente complexas e específicas era juridicamente permissível e mesmo obrigatória a operação, ainda que o efeito disso pudesse ser o de colocar fim à vida de Mary.<sup>374</sup>

Para o propósito deste trabalho, cita-se parte do voto de Ward L.J.:

Para evitar que se pense que esta decisão possa se tornar um precedente de dimensões mais amplas, de tal modo que um médico, tendo determinado que seu paciente não pode sobreviver, mate o paciente, é importante reafirmar as circunstâncias únicas para as quais este caso pode ser considerado um precedente. Elas consistem em que seja impossível preservar a vida de X sem acarretar a morte de Y, que Y, pelo só fato de se manter vivo, vá inevitavelmente ocasionar a morte de X em um espaço curto de tempo, e que X seja capaz de sobreviver independentemente mas Y seja incapaz de fazê-lo sob quaisquer circunstâncias (incluindo formas de intervenção médica). Como eu disse no início do julgamento, este caso é bastante único.<sup>375</sup>

Pode-se perceber que, mesmo sendo um caso extremamente peculiar, cheio de nuances, e mesmo que não possa se “tornar um precedente de dimensões mais amplas, de tal modo que um médico, tendo determinado que seu paciente não pode sobreviver, mate o paciente”, o Direito deve tratá-lo de um modo universal. Não há dúvida de que pouquíssimos exemplos da vida real se reproduzam exatamente como a situação narrada. Mas o fato é que, na hipótese excepcional de se reproduzirem,

---

<sup>373</sup> Importante consideração faz Bankowski sobre esse ponto: “[...] o próprio juiz perde a particularidade em seu esforço de universalizar. O juiz, agindo na forma da lei, é ele próprio subsumido à lei universal e se torna invisível. Dessa forma, quando o juiz afirma ‘eu o condeno à morte, mas não acredito na pena de morte como uma instituição ética’, e realmente pensa assim, ele se esconde atrás da universalidade da argumentação jurídica – ele não está agindo como o juiz, mas como o *Rechtsstaat* (Estado de Direito). Ele não está matando o réu, o Direito é que o faz. Portanto, quando o juiz se torna universal ele perde a particularidade e se transforma em um agente do Direito. Porém, ao fazê-lo, ele não age autonomamente, mas heteronomamente, e usa a si mesmo como um instrumento – um desfecho nitidamente não kantiano para um começo kantiano” (BANKOWSKI, Zenon. No espaço do julgamento a ansiedade do confronto. *In.*: MACEDO JR., Ronaldo Porto e BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org). **Direito e interpretação. racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49).

<sup>374</sup> BANKOWSKI, *In.*: MACEDO JR., e BARBIERI, *op.cit.*, 2011, p. 49.

<sup>375</sup> *Ibid.*

“então uma operação semelhante para salvar a vida de X ao custo da aceleração da morte de Y será justificada da mesma forma como foi justificada no caso de Jodie e Mary”<sup>376</sup>, ao ponto de MacCormick afirmar que se ela não for justificada em outro caso idêntico, então também não poderá ter sido no caso discutido na Inglaterra<sup>377</sup>, ou seja, elas devem ser inseridas dentro de um sistema de justificação composto de proposições universais, tornando-se, com isso, exceções universais.<sup>378</sup>

Não importa o quão infrequentes sejam situações desse tipo. Se um relacionamento como esse entre siameses é capaz de justificar a operação, ele tem que justificar em todos os casos. Ainda que um caso se sujeite a exceções no sentido de que características adicionais relevantes podem se apresentar e alterar o resultado correto, a exceção, no dizer de MacCormick, é válida apenas se tiver a seu turno a mesma qualidade universal<sup>379</sup>.

A imparcialidade do decisor determina essa situação, mas é claro que se faz necessário agregar critérios de consistência e coerência<sup>380</sup> como requisitos adicionais de qualquer sistema normativo<sup>381</sup>. Circunstâncias surgem em que as decisões mais cuidadosamente construídas e justificadas “são simplesmente ineptas e exigem uma reformulação da original ou uma nova exceção a ela. Universais excepcionáveis são, contudo, ainda universais”.<sup>382</sup>

E para que a escolha entre duas deliberações universais, que “transformam” a premissa maior em uma premissa universal adotada pelo magistrado (principalmente em casos complexos), possa cumprir o requisito legitimatório da decisão judicial, as deliberações devem ser, como visto, justificadas. Portanto, a partir deste momento se buscará diferenciar a justificação interna da justificação externa – esta a que mais nos

---

<sup>376</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>377</sup> *Ibid.*

<sup>378</sup> MARTINS, *op. cit.*

<sup>379</sup> *Op. cit.*, 2008, p. 120.

<sup>380</sup> Como adiante visto.

<sup>381</sup> *Op. cit.*, 2008, p. 120.

<sup>382</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 328. Já foi dito em outro momento que o conceito de universalizabilidade parte da ideia da exigência de que, para justificar uma decisão normativa, se conte pelo menos com uma premissa que seja expressão de uma norma *geral*. MacCormick adverte para que se tenha cuidado com a confusão feita por seus críticos entre um aspecto universal e um aspecto geral (generalidade) de uma dada premissa ou proposição normativa. Para o autor, permanece útil as razões dadas por Hare muitos anos atrás no sentido de contrastar a *universalidade* (e mesmo a universalidade excepcionável) com a *generalização*: “‘Universal’ contrasta com ‘particular’, e ‘geral’ contrasta com ‘específico’. Este último par de termos admite diferenças de grau, mas não o primeiro. ‘Universal’ e ‘particular’ são propriedades lógicas, enquanto generalidade e a especificidade são propriedades quantitativas. No Direito, tanto as regras quanto os princípios são universais – como são as decisões sobre o Direito que justificam decisões particulares. Mas algumas proposições normativas são mais gerais que outras” (*op. cit.*, 2008, p. 125). Pode-se agora pensar, com base nessa importante observação, em uma dada proposição normativa: “É vedada a discriminação de qualquer raça” e compará-la com esta: “É vedada a discriminação de índios e negros”. É possível facilmente concordar que a segunda proposição é mais específica do que a primeira, mas isso não retira a propriedade *universal* de ambas.

interessa por ser aquela que de fato possibilitará a justificação da escolha das deliberações rivais fundamentadas universalmente.

### 2.3 O contexto de justificação interna (de primeira ordem) e externa (de segunda ordem)

Com o desenvolvimento das teorias que passam a dar mais importância à argumentação jurídica, ao invés de se deterem apenas na descrição de fatos brutos para a identificação do Direito, inicia-se uma pretensão de encontrar instrumentos não só para a explicação da formação de uma decisão judicial, mas sim para justificá-la<sup>383</sup>.

Aqui, o interesse é compreender as condições de possibilidade dos argumentos utilizáveis para a justificação das decisões judiciais, “principalmente nos casos difíceis, onde os instrumentos positivistas se demonstraram insatisfatórios”<sup>384</sup>. Justificar uma decisão (razão prática) significa, no que aqui se postula, uma referência a premissas normativas.

Contudo, as premissas normativas não são produto de uma cadeia de raciocínio lógico<sup>385</sup>. Não que a lógica<sup>386</sup> não tenha valor e não seja importante. Pelo contrário. Ela faz parte do que se costuma chamar de contexto de justificação interna (de primeira ordem ou primeiro grau). O campo teórico da argumentação prática dos juízes envolve, assim, um conjunto de regras, que são normas sobre sua fundamentação, que se dividem em dois grupos: as de justificação interna – que são, como dito, regras da lógica – e as de justificação externa – “que fixam parâmetros para a própria escolha das premissas empregadas no discurso jurídico, buscando responder à seguinte indagação: ‘por que essas premissas e não outras?’”<sup>387</sup>.

A doutrina<sup>388</sup> atribui a Jérzi Wróblewski a distinção entre justificação interna e justificação externa. Como já adiantado, a justificação interna é aquela que se refere

<sup>383</sup> BUSTAMANTE, *op. cit.*, 2008, p. 360.

<sup>384</sup> *Ibid.*, p. 362. Como referido anteriormente (vide item 2.1.1), quer-se deixar claro que aqui a opção é pela concepção de casos fáceis/simples e difíceis/complexos que o atual juiz presidente da Suprema Corte argentina, Ricardo Lorenzetti, e baseado em MacCormick, trata em seu livro sobre teoria da decisão judicial. É dizer: os casos simples são aqueles casos onde grande parte das situações é dedutivamente resolvida (casos fáceis), ou seja, tão somente com base em um raciocínio dedutivo de uma norma válida (requisito de validade) e aceita (norma de reconhecimento). Por sua vez, os ditos casos difíceis são aqueles em que se detecta dificuldade no elemento normativo (qual a norma aplicável, interpretação) ou no fático (que se refere, por óbvio, às provas dos fatos) ou na dedução (qualificação).

<sup>385</sup> ATIENZA, *op. cit.*, 2006, p. 120.

<sup>386</sup> Relação entre a premissa maior utilizada na argumentação, a premissa fática e a conclusão silogística alcançada.

<sup>387</sup> BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 365.

<sup>388</sup> Vide, por exemplo, ATIENZA, *op. cit.*, 2005, p. 45.

à validade de uma inferência a partir de premissas já dadas, reduzindo-se, então, a uma questão de lógica dedutiva<sup>389</sup>; é uma justificação que exige coerência entre as premissas da decisão e a própria decisão<sup>390</sup>; é a que se refere à estrutura interna (lógica) do raciocínio, onde a forma da inferência garante que a conclusão, a decisão normativa, decorre das premissas<sup>391</sup>; é a qual possui regras que verificam se a decisão é “deduzida logicamente das assertivas expostas na fundamentação”<sup>392</sup>. Tomando a doutrina do próprio Wróblewski, percebe-se que de fato essas concepções de justificação interna são convergentes com a defendida por ele. Diz o autor que a justificação interna está relacionada com a racionalidade interna da decisão jurídica e que uma decisão está justificada internamente se ela for deduzida das premissas aceitas por quem as toma segundo as regras de inferência que o aplicador considera válidas, quer dizer, “*Una [justificación interna] de una decisión consiste en hacer explícitas esas premisas y reglas*”<sup>393</sup>. Na terminologia adota por Neil MacCormick, estamos frente à justificação *de primeira ordem* (interna, portanto) se podemos justificar qualquer decisão jurídica por dedução de argumentos “cujas premissas sejam normas válidas de direito e proposições de fatos ‘comprovados’”.<sup>394</sup>

Mas, para o argumento central deste trabalho, o olhar deve ser direcionado à justificação externa<sup>395</sup>, sobretudo porque se entende que para se justificar de forma mais completa possível uma decisão, há que se “problematizar” as questões do caso concreto, como referido acima. A “problematização” das questões de um determinado caso está estritamente ligada à justificação, haja vista que somente problematiza um caso o juiz que leva a sério a justificação de suas premissas. Então, cresce a importância do contexto de justificação externa.

Conforme Aarnio, toda decisão jurídica pode ser escrita na forma de um silogismo, porém, especialmente nos casos difíceis, sempre se pode colocar em questão as premissas da inferência: por exemplo, por que se optou pela premissa normativa Na em vez da Nb?<sup>396</sup> Nessa situação, então, a própria premissa (maior ou normativa) deve ser justificada, tarefa esta da justificação externa. Podemos entendê-

---

<sup>389</sup> *Ibid.*

<sup>390</sup> FARALLI, *op. cit.*, 2006, p. 53.

<sup>391</sup> AARNIO, *op. cit.*

<sup>392</sup> TOLEDO, *op. cit.*

<sup>393</sup> WRÓBLEWSKI, *op. cit.*, 2003, pp. 60-61.

<sup>394</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>395</sup> Isso não quer dizer, como já afirmado, que o contexto de justificação interna não tenha importância, conforme se extrai de MACCORMICK, Neil. *La argumentación silogística: una defensa matizada*. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, pp. 321-334, 2007. Vide, também, MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 329.

<sup>396</sup> *Op. cit.*

la, portanto, como a própria justificação das premissas<sup>397</sup>; diz respeito, então, à racionalidade na determinação dessas premissas, onde o modelo lógico-formal não consegue desempenhar um papel fundamental<sup>398</sup>. Para Wróblewski, o problema da justificação interna é muito mais simples do que o da justificação externa, já que esta se refere às premissas da decisão jurídica que estão constituídas por proposições, valorações e diretivas<sup>399</sup>. A questão, portanto, da justificação externa cinge-se em saber se as premissas foram aceitas corretamente ou não<sup>400</sup>. O que leva a justificação externa (ou justificação de *segunda ordem*) ser o ponto central dos casos complexos é que ela se presta para justificar escolhas. Escolhas entre possíveis deliberações rivais dentro de um contexto específico de um sistema jurídico.<sup>401</sup>

MacCormick, fazendo uma analogia ao método popperiano de justificação científica (lógica da verificação), procura esclarecer que assim como a justificação científica envolve a verificação de uma hipótese em comparação com outra e a rejeição da que é recusada pelos testes, “assim também [...] a justificação de segunda ordem no direito envolve a verificação de possíveis deliberações reciprocamente opostas, por meio da comparação de uma com a outra”<sup>402</sup>, sendo que se deve rejeitar aquela deliberação que não faz sentido no mundo ou no contexto do sistema.<sup>403</sup>

Então, novamente com Wróblewski, o local do raciocínio para a justificação externa se passa não propriamente pela qualificação de termos de verdade, mas sim, por exemplo, em termos de boas razões, razões razoáveis, razões aceitáveis<sup>404</sup> das escolhas feitas pelo julgador e que possam ser controladas dentro de “um princípio de universalidade de acesso ao discurso e de problematização das questões discutidas”.<sup>405</sup>

Para a justificação da premissa maior universalizada, propor-se-á adotar a teoria maccormickiana de que a justificação de segundo grau compreende os elementos de coerência, consistência e consequência jurídica dentro dessa deliberação universalista da escolha de uma premissa maior adiante vista. Dito de um modo mais simples, sua tese consiste em afirmar que justificar uma decisão em um

<sup>397</sup> ATIENZA, *op. cit.*, 2006, p.46.

<sup>398</sup> FARALLI, *op. cit.*, 2006, p. 54.

<sup>399</sup> *Op. cit.*, 2003, p. 64.

<sup>400</sup> *Ibid.*

<sup>401</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2006, p. 129.

<sup>402</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>403</sup> *Ibid.*

<sup>404</sup> WRÓBLEWSKI, Jérzi. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Trad. Arantxa Azurza. Madrid/Esp: Civitas, 1985, pp. 58-59.

<sup>405</sup> BUSTAMANTE, *op. cit.*, 2008, p. 365.

caso complexo envolve o cumprimento da universalidade – a justificação de uma decisão particular envolve a enunciação de alguma deliberação universal<sup>406</sup> - e, em segundo lugar, que a decisão tenha sentido em relação ao mundo (consequencialismo) e em relação ao sistema (coerência e consistência<sup>407</sup>). Em uma síntese da justificação, diz Piscitelli que

Em resumo, a justificação de uma decisão judicial pressupõe a observância dos seguintes passos: identificada a norma geral e abstrata aplicável ao caso, o juiz deve justificar porquê aquela solução estabelecida por essa norma está correta. Nesse “apontar da correção”, o magistrado deve apresentar as razões (universais ou universalizáveis, como adiante será detalhado) pelas quais a decisão não é contraditória com o sistema jurídico (teste da consistência) e, de outro lado, razões segundo as quais a decisão realiza os fins e valores perpetrados pelo sistema (teste da coerência). Por fim, o teste final das consequências: o juiz deve apresentar as razões pelas quais a decisão possui consequência jurídicas aceitáveis.<sup>408</sup>

Portanto, os critérios pertinentes para a justificação da premissa maior universalizada pelo juiz (coerência, consistência e consequência) serão a partir de agora verificados com mais detalhes. Não que se pense que a teoria maccormickiana seja perfeita. Mas para comprovar a hipótese de que há um déficit de justificação no âmbito dos tribunais, que é de todo permissivo à discricionariedade judicial, necessita-se pelo menos propor alguma teoria que permita aferir essa “omissão”; que demonstre que há uma falta de problematização nos julgados; que não se está observando a universalidade daquela norma que será criada com o caso concreto. É o que se passa a fazer, adiantando que permanece, neste momento, a doutrina de MacCormick como o marco teórico.

## **2.4 A redução da discricionariedade pelos critérios de justificação da premissa universalizada**

O estudo do raciocínio jurídico de MacCormick tem por objeto, na verdade, o conjunto de algumas práticas de argumentação que são compartilhadas nos tribunais e que se centra na *forma* e na *estrutura* da argumentação mais do que em seus conteúdos<sup>409</sup>. Para o autor escocês, uma decisão pode ser racionalmente justificada

---

<sup>406</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2006, p. 128.

<sup>407</sup> ATIENZA, *op. cit.*, 2006, p. 126.

<sup>408</sup> *Op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>409</sup> FARALLI, *op. cit.*, p. 51.

mesmo quando não derivada de forma dedutiva de normas gerais desde que seja coerente e consistente com o Direito e tenha consequências aceitáveis.<sup>410</sup>

A teoria do professor escocês parte de uma metodologia denominada de “reconstrução racional”, cujo estudo centra-se na atividade de interpretação<sup>411</sup> e na observação da justificação das decisões judiciais. A justificação de uma decisão judicial, nos termos que se propõe neste trabalho, passa pela apresentação das razões (universalizadas) pelas quais a decisão não é contraditória com o sistema jurídico (teste da consistência) e, de outro lado, razões segundo as quais a decisão, em harmonia com o todo do ordenamento, aponta e realiza os fins e valores que fundamentam o sistema (teste da coerência). Além disso, o juiz precisa apresentar as razões pelas quais consequências *jurídicas* do seu julgamento são aceitáveis.<sup>412</sup>

#### 2.4.1 Consistência

Começaremos pela *consistência*. Esse critério não comporta maiores dificuldades. Trata-se de um limite rígido à possibilidade de fundamentação operado após o texto legal interpretado. Diz MacCormick que não se deve agir de modo inconsistente com o texto dentro da melhor interpretação disponível a ele.<sup>413</sup>

A consistência é a ausência de contradição lógica entre duas ou mais regras<sup>414</sup>. Diferencia-se do critério de coerência já que este é a compatibilidade axiológica entre duas ou mais regras, todas justificáveis em vista de algum princípio ou valor comum, fazendo sentido na sua totalidade<sup>415</sup>. A consistência, em outros termos, pode ser traduzida como um dever de respeito ao texto legal. Claro que não se está a defender a atribuição de um significado literal a todo comando normativo. Todavia, com MacCormick podemos ver que o trabalho de convencimento de um tribunal para superar os limites semânticos do texto (consistência do Direito) passa pela possibilidade de se demonstrar que o sentido segundo o qual “desejam que o tribunal interprete as palavras é um sentido que pode ser atribuído a essas palavras em termos compatíveis com o uso do idioma [...]”.<sup>416</sup>

---

<sup>410</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>411</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 40.

<sup>412</sup> PISCITELLI, *op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>413</sup> *Op. cit.*, 2011b, p. 41.

<sup>414</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 248.

<sup>415</sup> *Ibid.*, p. 301.

<sup>416</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2006, p. 269.

Por isso é que MacCormick se utiliza de um caso concreto julgado, qual seja, aquele do jogador de futebol que havia passado a véspera de ano novo bebendo com amigos<sup>417</sup> e que resolveu dormir em seu próprio carro, que estava estacionado perto da estrada, mas mesmo assim ele é acusado de dirigir embriagado.

Sobre esse exemplo, adaptando-o para verificar o requisito da consistência, afirma o jusfilósofo escocês:

Por mais desejável que possa ser manter cavaleiros embriagados longe das estradas, em termos semelhantes àqueles aplicados aos motoristas embriagados, há limites para a flexibilidade da linguagem e para a maleabilidade das leis expressas em linguagem ordinária. Pode até ser que veículos automotores não precisem ser veículos com rodas – um aerobarco movendo-se sobre uma cama de ar ao longo de uma estrada certamente é um veículo. Mas um animal quadrúpede definitivamente não é. Veículos puxados por cavalos não são veículos puxados por veículos, tal como um carro com um reboque. Condenar o cavaleiro por infração à lei sobre dirigir embriagado seria inconsistente com os termos da lei – e, portanto, violaria igualmente o princípio segundo o qual não haverá julgamentos criminais exceto em virtude de infrações claramente proscritas por uma lei preexistente.<sup>418</sup>

A consistência, desse modo, traça um limite rígido à possibilidade de fundamentação, mas, como dito, opera após o texto legal interpretado<sup>419</sup>. No próximo ponto será visto como MacCormick deve a Dworkin algumas de suas mais conhecidas apostas teóricas. E é o próprio Dworkin, conhecido por buscar uma interpretação que reflita a melhor (ou única) resposta a um determinado caso, quem aponta o texto legal como um forte limite à interpretação. Em mais de uma oportunidade o professor norte-americano faz referência a essa afirmativa: “É certo que o texto e a integridade impõe restrições importantes [à interpretação constitucional], que tenho sublinhado no decorrer de toda esta discussão”<sup>420</sup>; “[...] compartilho com o juiz Scalia a crença em que o texto escrito da constituição tem *primazia* e deve ser considerado com o ponto de partida fundamental [...]”<sup>421</sup>; “[...] a supremacia legislativa constitui uma outra limitação institucional, e isso geralmente abrange todos os tribunais. Se um juiz está convencido de que uma lei admite apenas uma interpretação, ele deve [colocá-la] em prática”.<sup>422</sup>

<sup>417</sup> Vide item 2.1.1.

<sup>418</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2011b, p. 41.

<sup>419</sup> *Ibid.*

<sup>420</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 58.

<sup>421</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2010, p. 183.

<sup>422</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2007, p. 479.



A consistência, portanto, pode ser considerada uma propriedade sintática devido à estrutura interna do discurso – ao contrário da coerência que, tendo por referência um princípio ou um conjunto deles, não requer apenas as proposições de um argumento não se contradigam, mas sim que elas sejam integradas em um todo harmônico, até adquirir em sua totalidade um conteúdo determinado, um fundamento comum para aquelas normas.<sup>423</sup>

#### 2.4.2 Coerência

Para Aguiló Regla, ao se referir à doutrina maccormickiana, além de um requisito de consistência normativa, que nada mais é do que a possibilidade de cumprimento simultâneo de normas, o juiz deve recorrer à ideia de coerência<sup>424</sup> (valorativa). “Diversas normas são valorativamente coerentes entre si quando apresentam uma unidade de sentido e/ou de propósitos [...]. Diferentemente da consistência [...], a coerência é uma questão de grau”.<sup>425</sup>

O sistema jurídico passa a adquirir certo grau de coerência na medida em que as regras podem ser consideradas como ilustrações de certos princípios mais gerais<sup>426</sup>. Nessa perspectiva, a coerência não se confunde, aliás, exige uma consistência ou compatibilidade lógica entre as normas do Direito positivo, já que podemos pensar sempre em um “conjunto heterogêneo de normas que não entrem em contradição, mas que reunidas não se direcionam para nenhum valor ou orientação política inteligível”<sup>427</sup>. Aqui, podemos pensar em uma hipotética norma que estabelece que os carros amarelos não podem trafegar a mais de 80 quilômetros por hora (enquanto o limite para os carros de outras cores é, por exemplo, 110 quilômetros por hora). Tal norma não seria inconsistente, uma vez que não há uma contradição no conjunto de normas, porém ela seria incoerente<sup>428</sup>, por não se poder,

---

<sup>423</sup> PINO, *op. cit.*

<sup>424</sup> MacCormick diferencia entre coerência normativa e coerência narrativa. A primeira se relaciona à justificação de soluções jurídicas ou de proposições normativas no contexto mais geral da ordem normativa, enquanto a segunda se relaciona à justificação de descobertas de fato e a elaboração de deduções razoáveis a partir de provas (*op. cit.*, 2008, p. 247). Para o argumento desenvolvido neste estudo, pode-se ficar apenas no campo da coerência normativa.

<sup>425</sup> REGLA, Josep Aguiló. Do “império da lei” ao “estado constitucional”. Dois paradigmas jurídicos em poucas palavras. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e estado constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 107.

<sup>426</sup> BUSTAMANTE, *op.cit.*, 2005, p. 275.

<sup>427</sup> *Ibid.*, pp. 275-276.

<sup>428</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 249 e ATIENZA, *op. cit.*, 2006, p. 219.

racionalmente, imaginar uma relação de princípios e valores a serem perseguidos pelo controle de tráfego de veículos que justifique essa diferenciação.<sup>429</sup>

Essa também é a constatação de Giorgio Pino, para quem a consistência maccormickiana ocorre quando o raciocínio é expresso numa cadeia de proposições (normativas) em que não há contradição lógica, de modo que uma proposição não contradiga a outra, sobretudo em sua concatenação, ao passo que a coerência se refere a um conjunto de proposições que, em sua concatenação, se mostram harmônicas e expressam um princípio comum mais geral<sup>430</sup>. Nas palavras do próprio MacCormick, a diferença entre consistência e coerência é uma questão de fidelidade da linguagem ordinária, mas também é o resultado de uma inclinação de que palavras diferentes cumpram propósitos distintos:

[...] interpreto a consistência como sendo satisfeita pela não-contradição. Um grupo de proposições é mutuamente consistente se cada uma puder ser, sem contradição, firmada em conjunto com cada uma das outras e com a conjunção de todas as outras. Em contraste, a coerência, como disse, é a propriedade de um grupo de proposições que, tomadas em conjunto, “faz sentido” na sua totalidade. Consistência completa não é uma contradição necessária da coerência, uma vez que, diferentemente da consistência, a coerência pode ser uma questão de grau.<sup>431</sup>

A partir disso podemos ver que a coerência é um mecanismo de justificação que pressupõe a ideia de que o Direito é uma empresa racional (de acordo com a universalizabilidade) ao permitir considerar “as normas não isoladamente, mas como conjuntos dotados de sentido. [...] Já que as pessoas não podem conhecer com detalhe o ordenamento [...], podem conhecer seus princípios básicos”.<sup>432</sup>

O aspecto central da coerência maccormickiana é que ela é uma questão de subordinação de um conjunto de valores relevantes e que um conjunto de normas coerentes satisfazem ou são concretizações de um princípio<sup>433</sup> mais geral. Por

<sup>429</sup> MacCormick apresenta uma possível exceção a essa constatação: “[...] é possível imaginar circunstâncias nas quais a lei sobre cores seria coerente. Se todos os carros tivessem que ser repintados de acordo com seu peso e consumo de combustível, e se todos os motoristas inexperientes tivessem que adquirir ou dirigir carros de uma cor que indicasse baixa velocidade, começaríamos a discernir um esquema de valores por trás da aparentemente arbitrária lei sobre cores” (*op. cit.*, 2008, p. 250).

<sup>430</sup> PINO, Giorgio. *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1, pp. 84-126, 1998.

<sup>431</sup> PINO, *op.cit.*, 1998, p. 248.

<sup>432</sup> ATIENZA, *op. cit.*, 2006, p. 131.

<sup>433</sup> O professor de Edimburgo trabalha com a ideia de sobreposição entre as noções de valores e princípios: “‘Valores’ não são apenas propósitos, objetivos ou fins *de facto*, perseguidos de tempos em tempos por pessoas individuais ou órgãos institucionais. Eles são, na verdade, estados de coisas cuja busca é legítima, desejável, valiosa ou mesmo (a escala ascende gradualmente) obrigatória, na condição de propósitos ou fins. Se essas duas proposições são aceitas, então parece haver considerável sobreposição entre ‘valores’ e ‘princípios’. Para cada valor V, há um princípio de acordo com o qual V ou pode ser, ou deve ser (na ausência de considerações

exemplo, se o dever de não pôr fim, sem justificativa, à vida humana no tráfego de veículos é um princípio, isso nos auxiliará na compreensão das leis de limite de velocidade.<sup>434</sup>

A tarefa de MacCormick não é dar uma explicação detalhada e extensa sobre um ou outro campo do Direito em particular. É suficiente, para o professor escocês, indicar como a ideia de sistematicidade atrai a afirmação de que o Direito, não obstante ser complexo, “não é arbitrário ou desprovido de objetivo, mas uma expressão de valores ou princípios razoavelmente sustentáveis relativos à interação social”.<sup>435</sup>

E mais:

A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.<sup>436</sup>

É inegável, diante dessas passagens, a aproximação da coerência maccormickiana com o conceito de integridade em Dworkin. O próprio MacCormick reconhece uma evolução de seu pensamento até chegar, com a obra *Retórica e Estado de Direito*, “*hacia bases compartidas con Ronald Dworkin sobre el problema de ‘respuesta correcta’ objetivas a cuestiones jurídicas disputadas*”<sup>437</sup>, chegando a afirmar que a metodologia adota em sua obra está “particularmente em sintonia com essa ideia [de fazer a junção do valor político do Estado de Direito com outros valores importante como democracia e liberdade] de Dworkin”.<sup>438</sup>

Apesar de não importar para este trabalho a delimitação exaustiva desses conceitos (principalmente o de integridade dworkiniana), pois os critérios selecionados serão utilizados como auxiliares na identificação do objeto do estudo já que o problema central da pesquisa é a simplificação do Direito realizada pelos tribunais brasileiros, é importante pelo menos trazer a ideia central do pensamento de Dworkin.

---

contrárias), ou deve normalmente ser, ou ainda, necessita ser (na ausência de considerações mais importantes) perseguido ou realizado. A observância de tais princípios é um meio intrínseco, e não instrumental, de realizar valores” (*op. cit.*, 2008, p. 251).

<sup>434</sup> *Ibid.*

<sup>435</sup> *Ibid.*, p. 301.

<sup>436</sup> *Op. cit.*, 2007, p. 492.

<sup>437</sup> MACCORMICK, *op.cit.*, pp. 479-489, 2006.

<sup>438</sup> *Op. cit.*, 2008, p. 39.

Dentro de sua sofisticada teoria do Direito, Dworkin propõe a interpretação do Direito como integridade. Esse conceito, que se liga com a interpretação criativa referida no início desta dissertação, vai buscar sua estrutura formal na ideia de intenção, mas não necessariamente porque pretenda descobrir os propósitos de um grupo específico que tenha legislado no passado, mas sim “porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando”<sup>439</sup>. Sendo assim, busca-se dar um caráter de continuidade no tempo (diacrônica) na interpretação de juízes diferentes, a fim de se buscar qual a moralidade pública (política) de uma determinada comunidade. Não uma moral idiossincrática, subjetiva, mas a mais objetiva possível.

Para isso, Dworkin vai buscar na literatura o campo fértil para explicar a sua teoria interpretativa do Direito, o que ele denominou de *O romance em cadeia*. Nas palavras do autor:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.[...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.<sup>440</sup>

A proposta de Dworkin, então, é a de que o intérprete julgue um processo da mesma forma que um escritor escreve um romance *em cadeia*. Ou seja, verificando os capítulos anteriores e sabendo que futuramente alguém irá preencher o próximo capítulo. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor e não como *produto de muitas mãos diferentes*<sup>441</sup>. Nas palavras de Queiroz, o Direito como integridade “aconselha o juiz a colocar os materiais problemáticos no contexto da globalidade da comunidade anterior, em termos da sua história jurídica, e não em dar-lhes uma estrutura pré-interpretativa”<sup>442</sup>. Ao juiz é proposto fazer uma

<sup>439</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2007, p. 275.

<sup>440</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2005, p. 238.

<sup>441</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2007, p. 276.

<sup>442</sup> QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 45. Essa história inclui os textos constitucionais e estatutários, as decisões judiciais e até mesmo a história legislativa.

escolha que derive do contexto um conjunto coerente de princípios que fazem sentido (dos seus conteúdos) como um todo.<sup>443</sup>

Isso se faz para manter a coerência do Direito, ou seja, aquele caráter de sistematicidade afirmado por MacCormick. O juiz deve aplicar as suas compreensões dentro de uma moralidade política da comunidade, identificando, ainda que intuitivamente<sup>444</sup>, quais são as compreensões daqueles que fazem parte do ambiente social em que está inserido, sobretudo da história institucional do tribunal de que faz parte. Para isso, Dworkin<sup>445</sup> nos oferece o seu conhecido e mítico juiz Hércules:

É necessário, sem dúvida, que Hércules tenha algum entendimento do conceito (por exemplo) de dignidade, mesmo que desvalorize tal conceito. Ele obterá esse entendimento observando de que modo o conceito é usado por aqueles que o consideram importante. Se o conceito figurar na justificação de uma série de decisões constitucionais, deve ser importante para a retórica e os debates políticos da época. Hercules formará sua compreensão do conceito de dignidade examinando a vida desse conceito em tais contextos. Dará o melhor de si para entender a atração que essa idéia exerce sobre os indivíduos que a invocam e, na medida do possível, formulará a uma concepção capaz de explicar a atração que a idéia exerce sobre eles.<sup>446</sup>

Ao seguir os passos de Dworkin, afirma Bustamante, MacCormick termina com uma “teoria das fontes do direito segundo a qual leis, precedentes e demais materiais jurídicos ‘não constituem em si mesmos direitos, mas apenas materiais a partir dos quais a tarefa de construir o direito deve se realizar’”<sup>447</sup>. A integridade em Dworkin e a

---

<sup>443</sup> *Ibid.*

<sup>444</sup> Isso não quer significar um retorno ao jusnaturalismo. Quem traz muito bem essa questão é Albert Calsamiglia: “*Los principios – que fundamentan derechos – no se pueden codificar ni establecer de una vez por todas. Son dinámicos y cambian con la sociedad. Los principios no se encuentran en el cielo de los conceptos jurídicos. Desconfía del iusnaturalismo y de su cajá de caudales trascendentales que pretendían encontrar principios inmutables y universales. También desconfía de las tesis positivistas y de su identificación del derecho con las normas y de su argucia de la discreción judicial. Dworkin pretende inaugurar una vía intermedia entre el iusnaturalismo y el positivismo sin entregarse a sus reduccionismos*” (CALSAMIGLIA, *op.cit.*, pp. 159-165, 1985).

<sup>445</sup> DWORKIN, *op. cit.*, p. 199.

<sup>446</sup> Antes que se faça uma obtusa crítica à teoria dworkiniana no sentido de que não existe um juiz com poderes divinos, precisamos ter em mente que Hércules é apenas uma metáfora criada por Dworkin para explicar mais claramente como o Direito possui uma coerência, uma integridade que deve ser buscada. Não se quer tornar como possível o encontro de uma única resposta correta para cada julgamento, mas o só fato de procurá-la já é uma vitória.

<sup>447</sup> *Op. cit.*, 2013.

coerência normativa em MacCormick<sup>448</sup> são os condutores de um processo interpretativo do qual a especificação do conteúdo do Direito fica na dependência.<sup>449</sup>

É oportuno registrar que a ideia de coerência/integridade não é uma garantia de justiça, uma vez que se poderia pensar em comunidades que têm um entendimento distorcido de valores, como o da “pureza racial” do nacional-socialismo ou do *apartheid* africano<sup>450</sup>. Mas a coerência pode ser pensada como um ideal onde princípios e valores sejam íntegros em si mesmos, exigindo, em sua totalidade, que eles possam expressar uma forma de vida satisfatória. E é justamente nesse ponto que a coerência lança um desafio perpétuo, já que sua função é de justificabilidade de princípios e valores que pareçam ser aceitáveis quando tomados em conjunto, no delineamento dessa forma de vida satisfatória<sup>451</sup>, sobretudo porque, para MacCormick, “independentemente dos seus defeitos, um Direito coerente é preferível ao incoerente, e são preferíveis as interpretações de um Direito potencialmente incoerente que recuperem [...] uma autocompreensão coerente”.<sup>452</sup>

### 2.4.3 Consequência

Talvez não haja um termo tão passível de confusões do que o *consequencialismo*. Muitas doutrinas existentes na filosofia, dentre elas a jurídica, adotam esse termo para se referir a uma visão prognóstica. Contudo, há diferenças substanciais entre as teorias que utilizam essa terminologia. Para citar algumas, fiquemos com o utilitarismo *puro*, a análise econômica do Direito e o pragmatismo. Não é intenção deste ponto discorrer acerca de todas essas teorias, até porque isso demandaria verdadeiras dissertações apenas para tratar de cada uma delas<sup>453</sup>. Nessa

---

<sup>448</sup> Em outra oportunidade, o professor escocês chega a sair em defesa de Dworkin quanto a algumas críticas por este recebidas: “*La obra Los derechos en serio tiene derecho a ser considerada en serio, pero sería demasiado fácil destrozarla mediante la crítica textual a las inconsistencias y cambios de posición. Ello es inevitable en un libro que reúne partes publicadas separadamente a lo largo de una década, ordenadas por temas en vez de cronológicamente. En verdad, lo admirable de su realización no son las inconsistencias, sino la consistencia general y el sentido de unidad teórica que presenta la obra considerada en su totalidad. Aun así, en mayor grado de lo que sería aceptable en el caso de una monografía, se permite al lector elaborar una visión completa de la teoría dworkiniana independientemente de lo que pueda considerar que son los puntos principales de la posición*” (MACCORMICK, Neil. *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*. Madrid/Esp: Tecnos, 1990, p. 110).

<sup>449</sup> *Ibid.*

<sup>450</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 264. Claro que poderia se pensar na crítica desses valores à luz dos direitos humanos, os quais, ao final, conduziram às suas rejeições (*ibid.*). A própria superação (ainda que não integral) do tratamento desigual entre homens e mulheres é um indicativo de que a coerência/integridade tende a recuperar uma percepção mais justa da forma de se viver em sociedade.

<sup>451</sup> *Ibid.*, p. 253.

<sup>452</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 265.

<sup>453</sup> Não se desconhece os riscos do reducionismo, mas o recorte metodológico deste estudo assim exige.

perspectiva, devemos pelo menos fazer uma rápida distinção entre os consequencialismos citados e o objeto principal deste estudo, o consequencialismo jurídico.

Antes, contudo, importante advertência deve ser feita: sabe-se que as teorias consequencialista, utilitarista, positivista, pragmatista etc. mudam conforme mudam as percepções do autor sobre alguma questão justificatória e de correção para uma conduta. Por isso, novamente se alerta para o fato de que este estudo busca uma diferenciação do que parece ser o mais comum e que encontra algum consenso teórico, sempre advertindo para a pobreza teórica de se rotular alguma coisa.<sup>454</sup>

De efeito, tem-se a doutrina utilitarista *pura*<sup>455</sup> como uma doutrina efetivamente consequencialista. Nela, busca-se uma maximização da felicidade. Não se está preocupado com o passado, mas sim de que forma podemos aumentar nosso prazer. Nessa assentada, Carlos Santiago Nino<sup>456</sup> registra que

Ao contrário do tomismo, o utilitarismo não é uma teoria que tenha sido elaborada por um grande mestre e articulada, explicada e aplicada a novas circunstâncias por gerações de respeitáveis discípulos. Embora o utilitarismo tenha seus grandes fundadores, principalmente Jeremy Bentham (*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789) e John Stuart Mill, (*Utilitarianism*, 1863), que discordam entre si em certos pontos centrais, os filósofos que os seguiram em defesa dessa concepção moral manifestaram tantas divergências com o pensamento desses fundadores e estão tão em desacordo entre si em relação a questões básicas, que se torna difícil demais fornecer uma caracterização geral do utilitarismo que seja compatível com todas essas variações (inevitavelmente ficam de fora dessa caracterização algumas concepções que seus defensores gostam de denominar “utilitaristas”). Existe acordo, sim, em que o utilitarismo, em todas as modalidades dignas desse nome, é uma doutrina *consequencialista*. Isso quer dizer que, segundo essa concepção, as ações não têm valor moral em si mesmas, mas em relação à bondade ou à maldade de suas consequências.

Agora, sem se preocupar em aprofundamentos teóricos, é bom que se diga que existem algumas classificações dentro do utilitarismo. Uma divisão importante é a que ocorre entre o “utilitarismo dos atos” e o “utilitarismo de regras”<sup>457</sup>. Tradicionalmente,

<sup>454</sup> POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 35.

<sup>455</sup> Entenda-se aqui a doutrina utilitarista *pura* ou *clássica* como a doutrina iniciada por Jeremy Bentham. Nas palavras de Ian Shapiro “O utilitarismo clássico é, portanto, uma doutrina consequencialista. Mesmo que uma decisão política provoque um sério prejuízo para alguns, até mesmo a morte, não há razão para se opor a ela se o resultado líquido for a maximização da utilidade total. É por isso que se podem estabelecer ligações entre o utilitarismo e a eugenia, e é esse o motivo pelo qual se encontra grandes dificuldades em lidar com a questão dos portadores de deficiência” (SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 34).

<sup>456</sup> NINO, *op. cit.*, 2010, pp. 460-461.

<sup>457</sup> Aqui, poderíamos ainda fazer outras divisões, como, por exemplo, utilitarismo *positivo* e *negativo*, *clássico* e *da média* etc., mas não se faz necessário para o argumento a ser desenvolvido.

a versão do utilitarismo é aquela em que o princípio de utilidade é aplicável de forma direta a cada ato individual, de modo que em cada caso, para estabelecer se uma ação é ou não correta do ponto de vista moral, deve ser determinado se todos os seus efeitos aumentam mais do que diminuem o bem-estar geral<sup>458</sup>. Por outro lado, o utilitarismo de regras afirma que os atos individuais não são julgados como moralmente corretos ou incorretos por aplicação do princípio da utilidade, “mas de acordo com certas regras morais [...], como as que proibem matar, violar as promessas etc., e são tais regras, e não atos concretos que são avaliadas e confrontadas com princípio de utilidade”.<sup>459 460</sup>

Sobre o princípio da utilidade, Bentham<sup>461</sup> o conceitua da seguinte maneira:

Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto não vale somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo.

Por sua vez, o consequencialismo atribuído à “Escola” da análise econômica do Direito busca a maximização da eficiência. A chave para as decisões judiciais que adotam essa concepção teórica é encontrada em um princípio “econômico” de que é preciso agir sempre de um modo que seja financeiramente menos dispendioso para o conjunto da comunidade<sup>462</sup>. A mais importante das hipóteses geradas por uma metodologia deste tipo afirma que “*el derecho es eficiente o, de modo más particular, que los jueces, al definir o perfilar derechos, han tendido a crear reglas que maximizan la satisfacción total de preferencias*”<sup>463</sup>. Como um dos representantes de um

---

<sup>458</sup> NINO, *op. cit.*, p. 465.

<sup>459</sup> *Ibid.*

<sup>460</sup> Dworkin, em rápida citação ao utilitarismo de regras em seu *Levando os Direitos a Sério*, argumenta que “Existem, contudo, teorias políticas que unem os direitos e as metas não de maneira usual, mas fazendo com que a força de um direito dependa de seu poder, como direito, de promover alguma meta coletiva. Penso em diversas formas da teoria ética chamada de utilitarismo de regras. Uma modalidade conhecida dessa teoria, por exemplo, sustenta que um ato é correto se a aceitação geral de uma regra que exige esse ato puder melhorar o bem-estar médio dos membros da comunidade. Uma teoria política poderia estipular o direito à liberdade de expressão, por exemplo, com base na hipótese de que a aceitação geral desse direito pelos tribunais e por outras instituições políticas viesse a promover, no longo prazo, a mais alta utilidade média da comunidade” (DWORKIN, 2010, p. 149).

<sup>461</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1989, p. 4.

<sup>462</sup> DWORKIN, *op. cit.*, p. 333.

<sup>463</sup> FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Madrid/Esp: Marcial Pons, 2007, p. 252.



pragmatismo jurídico-filosófico moderno, e que também se debruçou sobre a questão da análise econômica do Direito, Posner<sup>464</sup> aponta o seu pressuposto básico:

O pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica do direito [...] é o de que as pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações – *todas* as pessoas (com exceção de crianças bem novas e das que sofrem de graves distúrbios mentais), em *todas* as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso de álcool e drogas) que implicam escolhas [...]. Deve ficar subentendido que tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização [...], e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser bem pensadas no nível consciente – na verdade, não precisam ser de modo algum conscientes. Não nos esqueçamos de que “racional” denota adequação entre meios e fins, e não meditação sobre as coisas, e que boa parte de nosso conhecimento é tácita.<sup>465</sup>

Em trabalho monográfico sobre o tema, Luiz Riefel, citando Posner, enfatiza que “no pensamento do autor central deste tipo de perspectiva, Richard A. Posner, a eficiência pode auxiliar o direito de maneira a torná-lo mais objetivo, constituindo a principal maneira de avaliação das relações jurídicas”<sup>466</sup>. Isso porque a “eficiência tem, em tese, a capacidade de possibilitar a criação de uma medida para todas as coisas, constituindo um verdadeiro critério de comensurabilidade”.<sup>467</sup>

Já o pragmatista<sup>468</sup> sempre irá valorar os resultados e optar pela estabilidade e continuidade do Direito ou pelo acolhimento de novas demandas quando legítimas. Nessa linha, para o pragmatista (apesar de não ser algo muito bem entendido por todos) o passado possui importância dentro do contexto, mas “o futuro não deve ser escravo do passado”<sup>469</sup>. Na sua tese de doutorado, Rodrigo Kaufmann afirma que

A segunda característica do pragmatismo é seu olhar para o futuro, a

<sup>464</sup> *Op. cit.*, pp. 473-474.

<sup>465</sup> Para uma crítica dessa escolha econômica, vide DWORKIN, *op. cit.*, 2005, parte quatro.

<sup>466</sup> RIEFEL, L. R. R. **Um mundo refeito**: o consequentialismo na análise econômica do direito de Richard Posner. 2006. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Luis Fernando Barzotto. Repositório Digital da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em <http://hdl.handle.net/10183/8053>. Acesso em: 08. Jul. 2014.

<sup>467</sup> Tratando do debate feito entre Posner e Dworkin, o mesmo autor reflete que “[...] a relevância da eficiência para Posner reside no que este autor denomina de busca pela objetividade no direito. Assim, ao contrário de procurar no direito um raciocínio propriamente jurídico, o mérito da eficiência está na possibilidade de ela constituir uma espécie de regra de caráter ético dotada da possibilidade de ser empregada na fundamentação de obrigações de natureza jurídica. Contudo, Posner adverte que para a sua percepção sobre a eficiência possibilitar uma maior imparcialidade, certeza e objetividade ao direito, será necessário ao jurista ir além do direito concebido meramente como disciplina autônoma, em um projeto denominado de “superação do direito”, o qual será analisado adiante neste trabalho” (*ibid*).

<sup>468</sup> Sobre a ligação entre o pragmatismo e o utilitarismo, ver KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011, p. 97.

<sup>469</sup> KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. 364 f. Tese (Doutorado em Direito) apresentada ao programa de pós-graduação da UnB, 2010.

necessidade de avaliar as consequências das teorias ou dos comportamentos para decidir acerca de uma corrente filosófica ou outra. O pragmatista foca sua preocupação, portanto, para frente, para o futuro e dá valor apenas relativo ao passado. As “primeiras coisas” (conceitos *a priori* e teorias metafísicas) ou tentativas de explicar o mundo são sumariamente descartadas, fazendo com que se voltem os olhos para o exame dos resultados e das consequências. Disso resulta uma conclusão importante: conceitos típicos da herança kantiana deixam de fazer parte de um mundo paralelo e passam a ter significado somente como componentes de uma realidade que ainda está em formação. Em outras palavras, conceitos como o de “verdade” ou de “justiça” passam a ser prospectivos e práticos e apenas fazem sentido aliados à noção de utilidade e eficiência. Ao alterar o ângulo de análise e estudar o fenômeno a partir do seu futuro, o pragmatismo reduz a relevância das construções teóricas e enaltece a experiência da qual partirá o exame do futuro e das consequências de aplicação de um posicionamento.<sup>470</sup>

Há quem diga que o pragmatismo adota uma visão cética com relação às decisões políticas do passado, negando que elas possam oferecer qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado<sup>471</sup>. O pragmatista encontraria a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de uma decisão atual.<sup>472</sup>

Ademais, para os pragmatistas, o sujeito observador de determinado objeto não conseguiria descobrir a verdade. Faltar-lhe-ia independência em relação ao objeto. Posner, cujas ideias partem de uma polêmica afirmação de que “a filosofia moral não tem nada a oferecer aos juízes e aos estudiosos do direito no que se refere à atividade judicial [...]”<sup>473</sup>, se autodenominando um pragmatista<sup>474</sup> moderado<sup>475</sup>, afirma textualmente que na vertente pragmatista “o direito é uma atividade, não um conceito ou grupo de conceitos”.<sup>476</sup>

É de Dworkin<sup>477</sup> a crítica em relação a esse tipo de posição:

---

<sup>470</sup> *Ibid.*

<sup>471</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2007, p. 185.

<sup>472</sup> *Ibid.*

<sup>473</sup> POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, introdução, p. IX.

<sup>474</sup> Não cabe neste estudo distinguir os principais sentidos de pragmatismo, mas a doutrina o divide em pelo menos três tipos: o filosófico-metafísico, o metodológico-intelectual e o político (nesse sentido, v. POSNER, *op. cit.*, 2012, p. 357, fazendo referência à doutrina de Matthew Kramer).

<sup>475</sup> *Ibid.*, p. 357.

<sup>476</sup> POSNER, *op. cit.*, 2006, p. 614.

<sup>477</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2010, pp. 32-33.

Uma descrição mais fácil e geral do pragmatismo consiste em apresentá-lo como uma teoria da decisão judicial: seus postulados sustentam que, para decidir os casos que se lhe apresentam, os juízes devem recorrer a um estilo consequencialista e voltado para o futuro. Eles devem tomar qualquer decisão que seja melhor para o futuro da comunidade sem levar em consideração as práticas do passado enquanto tais. Qualquer versão mais precisa de pragmatismo deve especificar uma concepção particular de consequencialismo: no modo de decidir quais seriam as melhores consequências de uma decisão.

Ela pode ser uma concepção do utilitarismo dos atos, que sustenta que cada decisão política individual deve pretender maximizar a expectativa de bem-estar médio de uma população específica no contexto de alguma concepção específica de bem-estar: por exemplo, a felicidade ou a satisfação dos desejos. Ou pode ser uma concepção desvinculada do bem-estar, que defina as melhores consequências em termos de eficiência econômica ou maximização da riqueza, por exemplo.<sup>478 479</sup>

Pois bem. Agora chegamos ao ponto central: o consequencialismo lógico-jurídico<sup>480</sup> de Neil MacCormick. O consequencialismo jurídico maccormickiano é uma clara aposta na sindicabilidade de decisões judiciais. Adotando, como já oportunamente referido, a distinção entre casos fáceis e casos complexos de matriz hartiana<sup>481</sup> e dworkiniana<sup>482</sup>, MacCormick registra que pode haver casos em que a mera aplicação silogística da norma teria a solução para uma determinada controvérsia<sup>483</sup>. Agora, nos casos em que não se pode aplicar a norma por simples dedução/subsunção, o nível de problematização deve ser outro.

<sup>478</sup> Por outro lado, Rodrigo Kaufmann faz uma pequena *crítica à crítica* de Dworkin, ao afirmar que “Isso não quer dizer, obviamente, que o pragmatista tenha algo contra o passado ou, aplicado ao campo do Direito, que haja algum tipo de incompatibilidade entre o pragmatismo e a cultura da tradição e do respeito ao precedente, na linha da crítica açodada feita por RONALD DWORKIN. O ponto já foi exaustivamente tratado por RICHARD POSNER ao fixar que, certamente, ‘uma decisão que desestabiliza o direito ao se afastar abruptamente de precedentes pode ter resultados ruins’” (*op. cit.*, 71).

<sup>479</sup> Ademais, em outra crítica à interpretação do pragmatismo feita por Dworkin, Kaufmann registra que “Ninguém representou melhor a oposição à tese pragmatista que Ronald Dworkin – e, na realidade, ninguém entendeu menos também o pragmatismo e sua orientação”. Citando Margaret Radin, continua o autor: “Margaret Radin, por exemplo, não concorda com a visão ‘confusa e irresponsável’ de Dworkin acerca do pragmatismo, afirmando que sua crítica adiciona apenas um pouco mais que “desvirtuamento à palavra pragmatismo para significar um instrumentalismo estúpido” (*op. cit.*, 2011, p.131).

<sup>480</sup> Apesar de MacCormick apresentar três critérios de sindicabilidade, nos parece ser o consequencialismo o de maior importância. Isso porque é ele que permite justificar a própria proposição universal adotada pelo magistrado, como se verifica desta parte: “Parece-me ser uma visão bem fundamentada aquela segundo a qual a justificação das decisões no contexto jurídico requer a sua universalização [...]. Mas isso coloca desde logo a questão relativa a saber como a proposição universal pode ser ela mesma justificada. A resposta que dou é controversa: ela será justificada a partir de suas consequências – mas em um sentido muito especial do termo ‘consequência’. Justificar essa tese é a tarefa do próximo capítulo” (*op. cit.*, 2008, p. 133).

<sup>481</sup> Naquilo que Hart tratou como “zona de penumbra” da norma (HART, *op. cit.*).

<sup>482</sup> DWORKIN, 2010, p. 8 e Cap. 4.

<sup>483</sup> “Os que negam que a lógica dedutiva seja importante para a justificação de decisões jurídicas devem, portanto enfrentar o seguinte desafio: precisam demonstrar por que, em sua análise dos fatos, existem semelhantes dispositivos legais aos quais está vinculada uma importância prática tão considerável. É um fato que reforça a credibilidade desta tese, que sua existência e importância é compatível com ela. Se teses rivais não puderem demonstrar por que isso ocorre, elas perdem credibilidade na mesma medida” (MACCORMICK, *op. cit.*, 2006, p. 56).

Por isso, sugere que a justificativa da decisão seja consequencialista do tipo lógico<sup>484</sup>-jurídico<sup>485 486</sup>, é dizer: há de se ter em vista as proposições universais<sup>487</sup> do Direito e não apenas as consequências para as partes da decisão em particular.<sup>488</sup>

Seria mais ou menos propor aos tribunais que, no momento de decidir, façam uma avaliação por meio de referência a uma série de critérios de valor, aí incluídos a “justiça” e “senso comum” bem como o “proveito público” e a “conveniência”, mas em termos de uma proposição jurídica aceitável que cubra o presente caso e seja, portanto, disponível para outros casos semelhantes (universalizabilidade).

Seria uma visão utilitarista da *norma* e não do *ato*<sup>489</sup>. Nesse ponto, afirma MacCormick<sup>490</sup> que

---

<sup>484</sup> O *lógico* advém do fato de que as consequências relevantes em face das quais a decisão deve ser justificada são as consequências *lógicas* vinculadas ao princípio da universalidade (justiça formal). Nesse sentido também Tathiane Piscitelli: “Em poucas palavras, de acordo com MacCormick, as decisões judiciais introduzem um padrão normativo de conduta, que deve ser observado (do ponto de vista jurídico e não apenas moral) por todos os cidadãos e autoridades, por exigência do princípio da justiça formal. Por essa razão, a atividade de justificar decisões judiciais implica a apresentação de razões universais (ou universalizáveis) em favor da solução dada ao caso concreto, pois, uma vez proferida, a decisão se torna um ‘tipo de regra para todas as pessoas’. Assim, todas as decisões teriam por consequência lógica sua universalidade e uma decisão justificada deveria apresentar as razões pelas quais tal universalização seria aceitável” (PISCITELLI, *op. cit.*, p. 24-25).

<sup>485</sup> Conforme MacCormick, essa denominação decorreu de sua aceitação das críticas feitas por Bernard Rudden (RUDDEN, Bernard. *Consequences. Juridical review*, v. 24, 1979, pp. 193-201). Discorreu MacCormick que “Bernard Rudden, em uma crítica competente e útil de *Legal Reasoning and Legal Theory*, sugeriu que deveríamos chamar essas consequências como implicações de “consequências jurídicas”. O nome é bem escolhido pois, para declarar um direito em particular (jus dicere) é necessário, no papel de juiz imparcial, declarar que tal direito está disponível em todos os casos semelhantes. Assim, como uma pessoa prudente e cautelosa, qualquer juiz deve olhar, dentre o conjunto de situações possíveis, qual terá que ser coberta, do ponto de vista jurídico, pela sentença proposta. Tal consideração do conjunto de casos possíveis é necessária para uma avaliação adequada da aceitabilidade da decisão tomada no caso presente” (MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 142).

<sup>486</sup> Na mesma obra, MacCormick busca demonstrar o qualificativo de *jurídico* ao seu consequencialismo: “Em todos os casos, nós estamos lidando com problemas jurídicos, não com questões morais ou políticas em estado bruto. Portanto, a resposta terá sempre que ser capaz de restar formulada em termos jurídicos, por meio da interpretação de leis ou de precedentes, ou de princípios jurídicos desenvolvidos mediante reflexão sobre o Direito como uma ordem normativa praticamente coerente. Casos problemáticos possuem essa característica, todavia, exatamente porque existem a respeito deles interpretações opostas que são possíveis de ser adotadas, e a questão que surge consiste em saber quão racional é a escolha entres essas respostas juridicamente aceitáveis” (MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 137).

<sup>487</sup> O conceito de justiça formal de MacCormick consiste em tratar casos semelhantes de modo semelhante, e casos diferentes de modo diferente; e dar a cada um o que lhe é devido. MacCormick utiliza o pensamento de John Rawls (como antes demonstrado) ao distinguir entre concepções específicas de justiça e o conceito de justiça da obra *Uma Teoria da Justiça*. Mas esse não é um empreendimento simples, o qual requer uma justificação racional em termos universalizante para o caso concreto, como a doutrina maccormickiana procura demonstrar (*op. cit.*, 2006, p. 93).

<sup>488</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>489</sup> Até mesmo John Finnis, um conhecido crítico das doutrinas consequencialista defende que “o que eu descrevo como irracional é o consequencialismo como um método geral na ética (isto é, um raciocínio prático em aberto), e não o que Neil MacCormick, em *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: 1978), pp. 105-6 e cap. VI, chama de raciocínio “consequencialista” dos juízes [...]. Como MacCormick observa (*ib.*, p. 105), ‘não há qualquer razão para se assumir que [essa modalidade de argumento] envolve avaliação em termos de uma única escala...’. De fato, a avaliação será com referência aos compromissos estabelecidos de uma sociedade” (FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 134).

<sup>490</sup> *Op. cit.*, 2006, pp. 147-148.

O sentido de ressaltar a possibilidade dessa colisão está em que ela revela por que poderia ser enganoso considerar simplesmente utilitarista os argumentos consequencialistas no direito. A argumentação consequencialista de fato trata de estabelecer que uma deliberação preferida é a melhor em vista de todas as considerações. Contudo, essa conclusão quanto à “melhor” não é determinada por referência a uma única escala de avaliação (por exemplo do prazer – dor como no utilitarismo hedonista de um Bentham). Ela é uma sentença definitiva expressa como soma dos resultados cumulativos ou concorrentes da avaliação por meio de referência a uma série de critérios de valor, aí incluídos a “justiça” e “senso comum” bem como o “proveito público” e a “conveniência”. Algumas versões do “utilitarismo ideal”, ao contrário do “utilitarismo hedonista”, permitem critérios mais complexos em vez de mais simples no que diz respeito ao que é “melhor”, e com base nisso seria possível considerar que a justificação consequencialista no direito envolva uma forma de utilitarismo ideal. Mais uma vez, porém, é preciso ressaltar que, como o foco dessas justificações é voltado para as consequenciais de deliberações contrárias (na forma de proposições universais do direito), não nas consequências para as partes particulares da decisão em particular, o utilitarismo envolvido é o “utilitarismo da norma”, não o “utilitarismo do ato”. Portanto, como observei anteriormente, precisaríamos recorrer à terminologia ética, até certo ponto incômoda, do “utilitarismo da norma ideal”, se quiséssemos chegar a empregar a ideia do utilitarismo neste contexto.

Sofisticando a sua teoria em outra obra, MacCormick esclarece suas categorias teóricas (coerência, consistência e consequência), sobretudo o consequencialismo jurídico decorrente da justificação de segunda ordem. Diz o autor:

As decisões não são justificadas em termos de seus efeitos diretos e imediatos nas partes envolvidas apenas (e é por isso que os casos difíceis produzem um mau Direito), mas em termos de uma proposição jurídica aceitável que cubra o presente caso e seja, portanto, disponível para outros casos semelhantes (satisfazendo-se assim a exigência de que os casos iguais sejam tratados de forma igual). Moralistas das escolas de Hooker ou Hare afirmam de forma semelhante que devemos fazer avaliações morais através do prisma da reflexão sobre possíveis regras de conduta que pudessem cobrir – e resolver – o dilema moral que confronta o tomador de decisão. A questão consiste em saber se qualquer pessoa irá de fato agir com base na regra contemplada, quer seja ela uma regra de permissão ou de obrigação. Trata-se de saber se alguém poderia concordar sinceramente com essa regra se ela fosse uma regra observada por todos – ou, na versão de Hare, de saber se alguém poderia prescrevê-la em termos universais (e seguir essa prescrição por si mesmo, ainda que ninguém mais o fizesse).<sup>491</sup>

A aposta é de que não se pode argumentar nos casos difíceis apenas com a aplicação dedutiva ou subsuntiva. O julgador tem a responsabilidade de argumentar/fundamentar suas decisões de forma consequencialista (do tipo *jurídico*, frise-se novamente), fazendo um juízo, primeiro, acerca do impacto de seu julgado de forma global (mas sempre em termos jurídicos) e, em segundo lugar, hipotético (e não

<sup>491</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, pp. 137-138.

contingencial ou probabilístico<sup>492</sup>). Ou seja, ter aquela visão universalizante no sentido de que as pessoas ao menos possam perceber que direitos elas têm, para, assim, agir de acordo com o Direito tal como os tribunais o interpretam.<sup>493</sup>

E aqui aponta Neil MacCormick:

[o] que está em discussão é saber se a conduta que o Direito toleraria ou permitiria é aceitável quando ou se, a partir da permissão dada pelo Direito, as pessoas se engajarem nela. O teste consiste em saber se é aceitável que o Direito estigmatize como errados ou inválidos atos que os cidadãos podem ter pensado em praticar mesmo em face de uma decisão tal como a que está sendo considerada [...]. Observar isso é alertar sobre a probabilidade de a avaliação jurídica operar sobre uma pluralidade de valores, e não sobre um único parâmetro tal como o já referido “prazer de preferências” ou a “utilidade” e isso é importante para começar.<sup>494</sup>

Em outra passagem de sua obra, o autor justifica seu raciocínio no sentido de que

[...] em essência, o que eu chamo de Direito da argumentação consequencialista é focado não tanto em estimar a probabilidade de mudanças comportamentais, mas na conduta possível e em seu determinado status normativo à luz da decisão que está sendo considerada. Pode também ocorrer que uma decisão ou uma linha de decisões possa ser considerada como tendo originado problemas experimentados pelos próprios juízes.<sup>495</sup>

---

<sup>492</sup> Manuel Atienza faz uma leitura sobre essa questão não probabilística. Disse Atienza que “O que importa são, antes, as consequências no sentido de implicações lógicas. Mais que a previsão de qual conduta a norma provavelmente irá induzir ou desestimular, o que interessa é responder à pergunta de que tipo de conduta autorizaria ou proibiria a norma estabelecida na decisão; em outras palavras, os argumentos consequencialistas são, em geral, hipotéticos, mas não probabilísticos. A esse tipo de consequências, MacCormick – seguindo uma sugestão de Rudden (cf. Ruden, 1979) – denomina consequências jurídicas. E as consequências jurídicas [...] são avaliadas com relação a uma série de valores como a justiça, o senso comum, o bem comum, a conveniência pública etc. Tais valores, por outro lado, são, pelo menos em parte, diferentes em cada ramo do Direito: por exemplo, no Direito Penal um valor básico é o da paz ou da ordem pública, ao passo que, no Direito Contratual, esse valor será a liberdade pessoal para perseguir determinados fins etc. [...] Isso significa que o conceito de consequência, utilizado por MacCormick, não coincide com o que se entende como tal na tradição utilitarista. Ou, dito de outra forma, se se quer continuar chamando de utilitarista a concepção de MacCormick, seria preciso dizer que se trata não apenas de um utilitarismo de regra como também de um utilitarismo ideal. Isto é, por um lado, de um utilitarismo que não leva em conta unicamente as consequências para as partes numa ocasião específica (consistiria nisso o utilitarismo do ato, que se chocaria com o princípio da universalizabilidade), mas também as consequências da norma em que se baseia a decisão; e, por outro lado, de um utilitarismo que não leva em consideração apenas o valor da utilidade (como ocorre com o utilitarismo hedonista de Bentham), mas também outros valores, como os indicados anteriormente. Dessa forma, a concepção consequencialista de MacCormick pode ser compatível com a ideia de que, para justificar as decisões judiciais, utilizam-se dois tipos de razões substantivas: as razões finalistas (uma decisão se justifica por promover um determinado estado de coisas, considerado desejável) e as razões de correção (uma decisão se justifica por ser considerada correta ou boa em si mesma, sem levar em conta nenhum outro objetivo posterior). De certo modo, a orientação de acordo com os fins e a orientação segundo um critério de correção são as duas faces da mesma moeda, pois os fins a levar em conta são, em última instância, os fins corretos de acordo com o ramo do Direito de que se trate” (ATIENZA, *op. cit.*, 2006, pp. 134-135).

<sup>493</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 149.

<sup>494</sup> *Ibid.*, pp. 149-150.

<sup>495</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 145.

São esses, portanto, os critérios de sindicabilidade que permitirão avaliar as justificações postas pelos tribunais nas decisões eleitas para teste. Fica, então, a questão de demonstrar como os tribunais simplificam o Direito e como isso repercute na esfera prática (econômico-financeira) de programas estatais, sobretudo quando se deixa de controlar a atividade judicial. Tarefa essa para o próximo e último Capítulo.

### 3 A SIMPLIFICAÇÃO DO DIREITO NA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA E A DESNEUTRALIZAÇÃO POLÍTICA DO JUIZ

#### 3.1 O Judiciário como instância responsável

O ponto final desta dissertação deve passar pelo teste empírico de algumas decisões dos tribunais brasileiros. Mas uma questão ainda merece ser enfrentada para justificar o controle dos atos decisórios: a “nova”<sup>496</sup> responsabilidade política do juiz. Isso será feito neste e no próximo subcapítulos.

De um contexto que fora marcado, a partir do constitucionalismo moderno do final do século XVIII e que atravessou o século XIX, por poucos litígios judiciais e de predominância interindividual, o Judiciário do século XX vai deparar-se com a explosão<sup>497</sup> de litigiosidade<sup>498</sup> (agora também sob uma chave coletiva)<sup>499</sup> 500. Cresce, na mesma medida, o problema da discricionariedade judicial. Como Conrado Mendes registrou, se queremos ter controle judicial de constitucionalidade, “temos de estar preparados para aceitar atos intrusivos do Tribunal sobre o legislador e sermos capazes de discutir, com mais proveito, a consistência e coerência desses atos”.<sup>501</sup>

Mas por que razão a discricionariedade<sup>502</sup> do Judiciário é um problema? Não discordamos que um dos maiores mitos da ciência do Direito dos últimos dois séculos

<sup>496</sup> As aspas ao adjetivo escolhido deveram-se tão somente ao fato de que, apesar de existir essa responsabilidade desde que se passou a estudar mais a fundo a decisão judicial, ainda hoje ela não é observada por grande parte do Judiciário brasileiro.

<sup>497</sup> O fenômeno da expansão do Judiciário a partir do século XX pode ser comparado a outro crescimento, o dos poderes políticos no Estado social ou promocional “tanto nas suas mais moderadas formas ocidentais [...], quanto [...] nas versões prevalentes na família jurídica socialista” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989, p. 19).

<sup>498</sup> O que levou Garapon e Allard a afirmarem que durante muito tempo limitados à interpretação rigorosa do Direito, “os juízes são hoje provavelmente os agentes mais activos da sua mundialização e, por conseguinte, os engenheiros da sua transformação” (ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito**. Lisboa/Portugal: Instituto Piaget, 2005, p. 8).

<sup>499</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

<sup>500</sup> É de Alexandre Araújo a síntese dessa situação: “Enquanto aplicadores das leis, os juízes exercem uma importante função interpretativa, mas o resultado de sua atividade se aplica, normalmente, a casos reduzidos: tanto eram poucos os conflitos sociais levados ao Judiciário, como as repercussões eram pequenas, na medida em que os magistrados julgavam conflitos entre particulares. Essa situação mudou bastante com a consolidação, no século XIX, da possibilidade de o Judiciário controlar a legalidade dos atos do Poder Executivo. Esse controle judicial da administração pública foi compreendido como uma efetivação do Estado de Direito, no qual todas as autoridades são submetidas à lei. Nos Estados constitucionais, o princípio de que ‘the king can do no wrong’ é substituído por um discurso de direitos oponíveis ao próprio Estado, inclusive por via judicial” (COSTA, Alexandre Araújo. *Judiciário e interpretação: entre Direito e Política*. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 1, pp. 9-46, jan./abr. 2013)

<sup>501</sup> MENDES, Conrado Hubner. O Supremo ainda é muito obscuro. **Revista Época**, n. 684, pp. 64-66, 27 jun. 2011.

<sup>502</sup> Já se tornou célebre a diferenciação dworkiniana entre discricionariedades forte e fraca (vide DWORKIN, *op. cit.*, 2010, pp. 50-63). Porém, não se faz necessário aprofundar tal diferenciação para o nosso argumentando, bastando que se entenda que, para os efeitos desta dissertação, discricionariedade é a falta de problematização do Direito (arbitrariedade).



seja o caráter neutro da jurisdição, sobretudo na dimensão prática<sup>503</sup>. Assim, poderíamos nos perguntar por que não deixar nas mãos do Judiciário a discricionariedade de decidir conforme bem entender; por que não simplificar o Direito; por que o juiz tem de buscar sua legitimidade pela justificação; por que buscar a coerência e consistência do Direito; por que deve universalizar a premissa criada para o caso concreto.

Não queremos e não precisamos nos alongar muito neste ponto. Mas de fato há uma preocupação com a possibilidade de deixarmos o Judiciário se transformar numa “juristocracia”. A arbitrariedade na atribuição de sentido a um texto legal nos leva a decisões que transformam a Constituição na vontade do intérprete, na escolha subjetiva do “decido conforme penso ser o melhor” ou do “decido conforme minha consciência”, como prefere Streck.<sup>504</sup>

Não vemos razão para nos conformarmos com decisões como a que foi proferida, de forma incoerente (subjetiva, portanto), pela ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal. Em 29.05.2013<sup>505</sup>, julgava o Plenário do Supremo Tribunal a possibilidade do ajuizamento de reclamação perante a Corte quando o tribunal de origem, supostamente por equívoco, não observara a sistemática da repercussão geral. Entendendo pela inexistência de usurpação de competência (art. 102, I, “I”, da CF), negou-se provimento ao agravo regimental nos termos do voto da relatora, vencido o ministro Marco Aurélio. Menos de *uma semana* depois, a mesma ministra Rosa Weber, no julgamento perante a Primeira Turma da Corte Suprema, acompanhou o voto do relator na Reclamação 12.681-SP, ministro Marco Aurélio, em idêntica matéria. Nesse último julgado, portanto em posição diametralmente oposta, a ministra concordara com a possibilidade de ajuizamento da reclamação para discutir o (des)acerto da apreciação do tribunal de origem sobre os limites da repercussão geral.<sup>506</sup>

Isso é apenas um exemplo da incoerência nos julgamentos das cortes brasileiras. E como fica aquele litigante que apresentou a reclamação apenas uma semana antes? Quer-se dizer, então, que a ministra não poderia ter mudado de opinião? Sem dúvida poderia. Mas o ônus argumentativo seria mais complexo.

---

<sup>503</sup> SANCHÍS, *op. cit.*, 2012, p. 221.

<sup>504</sup> STRECK, *op. cit.*, 2013.

<sup>505</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg na Reclamação 12.124/PR de relatoria da Ministra Rosa Weber. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 12. Jun. 2014.

<sup>506</sup> Frisamos que o ministro Dias Toffoli também foi incoerente com seu (anterior) entendimento em ambos os julgamentos. Escolhemos o voto da Ministra Rosa Weber por ter sido ela própria a relatora em um dos casos.

Contudo, sequer a ministra fez menção no seu voto sobre o julgamento de uma semana anterior, mostrando o déficit de fundamentação nos julgados dos tribunais aqui denunciado. Pretende-se com isso fortalecer a necessidade de critérios para justificação de decisões.

Correta então a leitura que Graziero Cella faz de Dworkin, ao afirmar que a admissão da discricionariedade levaria, no pensamento do autor norte-americano, à subversão da tripartição dos poderes; na aplicação de lei com efeitos retroativos; e no reconhecimento, ao menos em alguns casos (talvez os mais relevantes), da incapacidade da razão (o positivismo aqui é acusado de irracionalismo).<sup>507</sup>

A falta de critérios de justificação de uma decisão inevitavelmente permitirá o surgimento da discricionariedade judicial<sup>508</sup> (nos moldes do positivismo jurídico), já que deixamos na mão do decisor a utilização de qualquer fundamentação (às vezes nem isso) para chegar a uma resposta. Cattoni entende, por exemplo, que a discricionariedade judicial pode não ser reduzida mesmo com a inclusão de um componente democrático, ou seja, com as eleições dos magistrados. Para ele, esse tipo de proposta deixou de ser uma questão que se reduza à pessoa do juiz<sup>509</sup>. Garapon chega a construir um raciocínio segundo o qual “Na função de julgar, os limites são raramente percebidos e denunciados, e um novo dogma de infalibilidade judiciária se instala insidiosamente em nome do próprio aprofundamento da democracia”.<sup>510</sup>

Isso tudo traz à tona a questão da responsabilidade<sup>511</sup> do juiz. A razão principal pela qual o decisor deve ser uma instância responsável é porque ele faz parte de um órgão do Estado. Ser um poder estatal já configura a responsabilidade política e social<sup>512</sup> de sua atuação, já que a parte política funcional do Judiciário decorre do fato

<sup>507</sup> CELLA, José Renato Graziero. **Legalidade e discricionariedade**: o debate entre Hart e Dworkin. Comunicação apresentada nas XIX *Jornadas Argentinas y Primeras Jornadas Argentino-Brasileñas de Filosofía Jurídica y Social* (San Carlos de Bariloche, Río Negro, Argentina, 7, 8 y 9 de octubre de 2005), com exposição em 08 de outubro de 2005. Disponível em [http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo\\_27.pdf](http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_27.pdf). Acesso em: 16. Jul. 2014.

<sup>508</sup> “A decisão judicial é entendida como subsunção do fato à norma. Por conta disso, o Judiciário é constrangido a decidir. Não tem alternativa. Diferentemente do Legislativo e do Executivo, a decisão judicial é imposição do sistema jurídico; excluídos os casos de transação, não existe a ‘não decisão’” (CAMPILONGO, *op. cit.*, 2011, p. 34). Talvez nisso resida a razão pela qual se crê que a função do julgador se esgota no ato de decidir.

<sup>509</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, 2004b, p. 522.

<sup>510</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 243.

<sup>511</sup> Não trataremos da responsabilidade do juiz por seus eventuais atos ilícitos na função de julgar, como, por exemplo, a responsabilidade civil, administrativo-disciplinar e penal do magistrado. O que nos importa é a responsabilidade política que será estudada adiante.

<sup>512</sup> Geralmente se diferenciam os conceitos de responsabilidade *política* e *social* (vide, por exemplo, CORDEIRO, Paulo Machado. **A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2007, Cap. 1). Porém, para efeitos deste trabalho, iremos tratar da responsabilidade social (prestação de contas) como uma espécie de responsabilidade política.

de os tribunais serem um dos órgãos de soberania e que, mais do que interagir com o sistema político, são parte integrante dele<sup>513</sup>. Responsabilidade social no sentido de que deve se submeter a um controle popular<sup>514</sup>, sobretudo porque a legitimidade das decisões estatais não decorre hoje apenas do jogo democrático, mas sim se vincula a padrões de democracia social conectada ao conceito de constituição dirigente, cabendo ao Estado o estabelecimento de um projeto social a ser realizado<sup>515</sup>. Responsabilidade esta que não deixa de decorrer da função política do próprio Judiciário, quer pela repressão que exerce, quer pelo modo como o faz.<sup>516</sup>

Em uma sociedade organizada, poder e responsabilidade se ligam diretamente. “Os juízes exercem um poder. Onde há poder deve haver responsabilidade”<sup>517</sup>. Isso é confirmado sobretudo porque não se crê mais na separação entre Estado e sociedade do período liberal-burguês. A partir do século XX, a linha divisória liberal (Estado-sociedade) deixa de ser tão nítida<sup>518</sup>, principalmente pela intervenção estatal nas questões políticas e econômico-sociais. O Estado-juiz passa a ser mais presente na realização de prestações materiais das normas programáticas, sobretudo diante da mora do legislador em regulamentar os assuntos a ele determinados. O Estado pós-social trouxe as liberdades positivas como consolidação da fase anterior, que ainda

<sup>513</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria M. Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais na sociedade contemporânea**. Centro de Estudos Sociais de Coimbra, n. 65, pp. 2-62, Nov. 1995. Disponível em <http://web.ces.uc.pt/ces/publicacoes/oficina/065/65.pdf>. Acesso em: 10. Jul. 2014.

<sup>514</sup> Como já deve ter sido constatado, este trabalho não procura delinear os contornos de uma fiscalização externa institucionalizada do Judiciário (como, por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça). O controle que se estuda aqui é o realizado pelo jurisdicionado, a fim de possibilitá-lo verificar a forma como se pode contraditar os argumentos do magistrado, além de ser a maneira de se reduzir a discricionariedade judicial. Não obstante, interessante que mesmo em relação ao CNJ, havia quem entendesse que a sua criação seria um foro de verdadeira prestação de contas à sociedade sobre a atividade jurisdicional. Em artigo de jornal, pouco antes à promulgação da CF de 1988, Celso Campilongo assim se pronunciou publicamente em tom crítico: “A votação do capítulo sobre o Judiciário não inovou o sistema jurídico. A Constituinte, que vem garantindo direitos que alargam a cidadania - como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e a dilação da legitimidade para propor ação de inconstitucionalidade – foi pouco criativa na configuração do Judiciário. [...] Apesar de inovações como o Superior Tribunal de Justiça e a garantia de autonomia administrativa e financeira ao Poder Judiciário, a instauração de uma justiça aberta ao controle e participação populares frustrou-se. O tema mais polêmico da votação – o Conselho Nacional de Justiça – exemplifica a timidez da Constituinte. Os debates sobre tal Conselho foram marcados por um corporativismo que terminou por subverter a proposição, com sua consequente rejeição. Ninguém propôs que o Conselho subtraísse a autonomia do Judiciário. Muito menos cogitou-se na inadmissível intromissão externa sobre o conteúdo da prestação jurisdicional. Nada disso. O que se pretendeu foi instituir um foro de prestação de contas à sociedade sobre a atividade administrativa da Justiça e o impacto social da ação do Judiciário. Ao contrário do que imaginaram lideranças da Magistratura, um Conselho racional e respeitador do Judiciário resgataria a legitimidade judicial, aproximaria o juiz da sociedade, romperia a anacrônica áurea de reverência que envolve os tribunais e, fundamentalmente, institucionalizaria um canal de crítica responsável à magistratura. Perdeu-se uma importante chance de democratização da Justiça” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. Sem inovações no Sistema Judiciário. **Jornal da Tarde**, São Paulo, Segunda-Feira, 11 abr. 1988).

<sup>515</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria da constituição, democracia e igualdade**. Sem data. Disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/cqi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cqi-bin/upload/texto1129(3).pdf). Acesso em: 10. Ago. 14.

<sup>516</sup> SANTOS, *op. cit.*, 1995.

<sup>517</sup> CAPPELLETTI, *op. cit.*, 1989, p. 18.

<sup>518</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. A representação política e o direito moderno. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, n. 49, pp. 98-107, primavera/1988.

era embrionária no que se refere às demandas materiais. Conforme Tércio Sampaio, “Com a liberdade positiva, o direito à igualdade se transforma num direito a tornar-se igual nas condições de acesso à plena cidadania”<sup>519</sup>. Campilongo, ainda que tenha sua formação centrada nos estudos de Luhmann, pode auxiliar nesse diagnóstico:

O antigo Estado liberal – assentado na suposta “separação” entre Estado e sociedade e vinculado às noções de imunidade do juiz, monopólio parlamentar da produção do direito e numa atitude de não interferência do Judiciário na vida privada do indivíduo (exceto nos casos de reparação de danos e aplicação de punições) – transforma-se, no século XX, em Estado que interfere em amplos os domínios da sociedade e se expõe às pressões decorrentes da organização dessa própria sociedade, tornando as duas partes interpenetradas. Com isso, começam a surgir opiniões favoráveis à responsabilização política do juiz [...]. Por outras palavras, da “separação” caminha-se para a “cooperação” entre Estado e sociedade, com evidentes consequências para a redefinição da tripartição de poderes e da função do Judiciário. O individualismo do século XIX – que, do prisma jurídico, tem contraponto na imagem de um Judiciário que decide com suporte num ordenamento completo, produzido por um legislador racional e tem suas decisões estabilizadas com base na “coisa julgada” – vai ceder espaço, gradativamente, ao coletivismo do Estado social. O ordenamento jurídico vai sendo substituído por uma legislação “descodificada”, que rompe com as noções de unidade formal do ordenamento e aponta na direção de múltiplos sistemas normativos.<sup>520</sup>

No Brasil, parece que a superação dessa dicotomia se consolidou com a promulgação da Constituição de 1988. A partir da transição do regime autoritário do pós-64 para o regime democrático, houve um abandono da timidez do Judiciário das décadas anteriores, passando o juiz a assumir funções inéditas e até mesmo inconciliáveis com a estrutura jurídico-política de matriz liberal<sup>521</sup>. É novamente Campilongo quem percebe bem o novo espaço ocupado pelo Judiciário no pós-88:

Especialmente após a promulgação da constituição de 1988, o Judiciário ganhou espaços cada vez mais amplos tanto no debate político e institucional quanto na mídia. Por quê? Algumas respostas são óbvias. Certamente, a consolidação da democracia alargou a importância do Judiciário. As dificuldades econômicas – “pacotes” -, inflação e crise fiscal do Estado, por exemplo – aliadas à degradação dos costumes político-administrativos (corrupção, desvios de função, impunidade, etc.) e à desagregação social (violência urbana, recrudescimento da miséria e pauperização da classe média), também concorreram para o aumento das responsabilidades do Judiciário em face de uma conflituosidade cada vez mais explosiva.<sup>522</sup>

<sup>519</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, mar./abr./mai. 1994.

<sup>520</sup> *Op. cit.*, 2011, pp. 38-39.

<sup>521</sup> FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 54-55.

<sup>522</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os desafios do Judiciário**: um enquadramento teórico. In: FARIA (Org.), 2010, p. 30.

Essa aproximação do Estado à sociedade<sup>523</sup> do período pós-social traz reflexos na própria função do Judiciário. Antes como um mero mediador de contendas privadas, passa o juiz a exercer uma evidente função política, qual seja, a preservação da vontade política da Constituição e a de prestação de contas à sociedade.

Parece, desse modo, que a redução da discricionariedade se daria então justamente pelo controle da justificação (prestação de contas) das decisões<sup>524</sup>:

Diferentemente da teoria da interpretação, proposta por Hans Kelsen, que via na aplicação do Direito o exercício de um poder discricionário, o Direito, sob o Estado Democrático de Direito, não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou tribunal toma suas decisões. O Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexões dos paradigmas que informam e conformam a própria decisão jurisdicional.<sup>525</sup>

Esse tipo de argumentação não garante uma resposta perfeita, mas diminui a incidência da arbitrariedade, sobretudo porque, conforme Eduardo Moreira, a moderna concepção de justiça<sup>526</sup> submete-se à correção racional das decisões pelas suas motivações.<sup>527</sup>

Por fim, um último ponto que merece destaque é a indagação de se essa responsabilidade político-social não contrastaria com a independência dos juízes. Pensamos que não. E aqui importante base teórica advém novamente de Cappelletti. A independência do juiz, como valor instrumental, é dirigida para a salvaguarda da sua imparcialidade, de modo que se possa protegê-lo contra pressões externas (de outros centros de poder) e pressões internas à própria estrutura do Judiciário<sup>528</sup>. Ou seja, uma coisa é possibilitar ao julgador decidir sem que haja, como consequência, uma repressão, até mesmo velada, dentro de sua atividade-fim; outra, é o magistrado ter responsabilidade pública por exercício de um poder.

<sup>523</sup> Boaventura de Sousa Santos propõe uma nova reflexão sobre o dualismo aqui analisado: “A ideia da separação entre o econômico e o político baseado na distinção Estado/sociedade civil e expressa no princípio do *laissez faire* parece estar ferida de duas contradições insolúveis. A primeira é que, dado o caráter particularístico dos interesses da sociedade civil, o princípio do *laissez faire* não pode ser igualmente válido para todos os interesses. A sua coerência interna baseia-se numa hierarquia de interesses previamente aceite, candidamente expressa na máxima de John Stuart Mill: ‘qualquer desvio do *laissez faire*, a menos que ditado por um grande bem, é um mal indubitável’” (SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna. Coimbra, **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 30, pp. 13-43, jun. 1990).

<sup>524</sup> Como será desenvolvido no próximo item.

<sup>525</sup> CAMILONGO, *op. cit.*, 2010, pp. 523-524.

<sup>526</sup> Para Moreira, a concepção de Rawls.

<sup>527</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Modelo argumentativo constitucional. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org). **Argumentação e estado constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 188.

<sup>528</sup> CAPPELLETTI, *op. cit.*, 1989, pp. 32-33.

Passaremos, então, agora, a tratar da legitimidade judicial pela justificação decisória, já que, ao mesmo tempo que o Judiciário deve ser uma instância responsável, deve ele se legitimar perante a sociedade de alguma forma, já que a sua investidura se dá fora das opções democráticas.

### 3.2 A legitimidade judicial pela justificação decisória: a desneutralização política do juiz

Já é por demais conhecido o déficit democrático do juiz. Déficit no sentido de que não há uma forma de escolha popular do magistrado. Portanto, nos parece ser fundamental debater a maneira de aproximar a democracia da atividade judicial. Admitir que o juiz se legitima apenas por sua investidura e por um ato de força, imperativo<sup>529</sup>, significaria dizer que ele pode fazer escolhas quase legislativas, com base em motivos arbitrários que considera (subjetivamente) adequados<sup>530</sup>: hoje uma norma pode ser plenamente aplicável a um caso, mas amanhã, para um caso idêntico, não. E isso sem apresentar (decisionismo, portanto) as justificativas que possibilitariam um melhor controle de sua atividade.

Controlabilidade essa, ademais, que favorece também a própria imparcialidade no discurso jurídico, requisito indispensável “para a democracia e para a solidez do Estado de Direito”<sup>531</sup>. Cláudia Toledo compartilha dessa opinião, uma vez que para ela a sindicabilidade somente pode ser feita “pelo exame do procedimento racional de justificação efetivado, pelo que se afasta, no maior grau possível, a perigosa arbitrariedade de um decisionismo na esfera dos três poderes estatais [...]”<sup>532</sup>. É que o Judiciário está submetido a critérios de justificação completamente diversos do Legislativo, por exemplo. O legislador presta contas ao eleitorado. Os cidadãos podem sancionar os seus erros com a reprovação eleitoral<sup>533</sup>. “O juiz encontra a consistência

---

<sup>529</sup> É o que vimos recentemente acontecer, conforme a decisão proferida pelo ministro Luiz Fux. Em sede de decisão *proferida liminarmente* na STF/AO 1.773, o julgador estendeu a toda magistratura nacional o direito ao recebimento de auxílio-moradia, em contrariedade a diversos dispositivos legais (por exemplo, artigo 2º-B, da Lei 9.494/97), sem maiores justificações (a decisão se baseou apenas na simetria entre carreiras jurídicas, criando uma suposta casta de servidores públicos), além do impacto milionário desse ato de poder (de força e violência, assim como tratado na teoria derridiana. DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**: o fundamento místico da autoridade. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4395214>. Acesso em: 20. Out. 14.

<sup>530</sup> MACORMICK, *op. cit.*, 2006, p. 325.

<sup>531</sup> TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, pp. 47-65, jan./jun. 2005.

<sup>532</sup> TOLEDO, *op. cit.*, 2005.

<sup>533</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, 2011, p. 104.

de suas decisões no ordenamento jurídico. Suas justificativas devem, obrigatoriamente, estar fundadas em provas e argumentos processados segundo o código ‘direito/não direito’.<sup>534</sup>

O poder político, então, ao contrário do Judiciário (apesar de sua evidente esfera política), comporta-se de modo discricionário porque sua legitimidade reside na eleição democrática, não na racionalidade de sua atuação<sup>535</sup>. Cristina Queiroz percebeu muito bem esse ponto ao referir que a responsabilidade do juiz, cada vez mais, transforma-se numa

responsabilidade pela *fundamentação* das suas decisões. Daí que um número considerável de autores se esforce hoje por demonstrar como a decisão judicial depende não tanto da linguagem empregue pelo texto (: textualismo), nem da virtude do juiz (: realismo), mas dos limites do *raciocínio judicial*.<sup>536</sup>

De fato, a questão em voga nos dias atuais não é de validade da decisão judicial – já que esta decorre da própria investidura do decisor –, mas sim de legitimidade, esta como forma de equilíbrio entre o valor de garantia e instrumental da independência e o valor moderno democrático de prestação de contas<sup>537</sup>. Diz Perelman que “Detentor de poder, em um regime democrático, o juiz deve prestar contas da maneira que julga por intermédio da motivação”.<sup>538</sup>

Portanto, a legitimidade do Judiciário por intermédio da justificação decisória decorre do conceito de *desneutralização* política do juiz. Contudo, esse conceito precisa ficar bem compreendido. Mais comedidos do que Tércio Sampaio<sup>539</sup>, o que estamos dizendo como *desneutralização* política do juiz nada mais é do que, primeiro, o Judiciário se tornar responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social e de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa<sup>540</sup>, e, segundo, como

<sup>534</sup> *Ibid.*

<sup>535</sup> SANCHÍS, *op. cit.*, 2012, p. 220.

<sup>536</sup> QUEIROZ, *op. cit.*, p. 343.

<sup>537</sup> CAPPELLETTI, *op. cit.*, 1989, p. 33.

<sup>538</sup> No original: “*Détenteur d’un pouvoir, dans un régime démocratique, le juge doit rendre compte de la manière dont il en use par la motivation*” (PERELMAN, Chaim. *La motivation des décisions de justice*. Bruxelles: Centre Nationale de Recherches de Logique, 1978, p. 422).

<sup>539</sup> O conceito que Tércio Sampaio dá a uma eventual *desneutralização* política do juiz segue a linha crítica de que “A repolitização do Judiciário [...] coloca [...] um problema de não fácil solução. A expansão da tecnologia e as possibilidades de ação por ela propiciadas [...] fazem da política, ela própria um bem de consumo. Não há mais apenas atos políticos, interesses políticos, objetivos políticos, mas um verdadeiro *marketing* de manipulação política da própria política. [...] O risco, nisso tudo, fica, no entanto, por conta de uma rendição da Justiça à tecnologia do sucesso, com a transformação do direito em simples e corriqueiro objeto de consumo” (*op. cit.*).

<sup>540</sup> FERRAZ JR., *op. cit.*

prestador de contas à sociedade. Não pretendemos discutir neste estudo se o Judiciário está correto ou não na primeira parte de sua função política, ou seja, de efetivo cumprimento da vontade política da Constituição, até porque isso parece um empreendimento comum entre os juízes a partir da tentativa de ruptura ideológica do pós-88.

O que queremos tratar é o passo seguinte da *desneutralização* política do juiz: a responsabilidade de prestação de contas à sociedade diante dessa “nova” função<sup>541</sup>. Já foi dito que o Judiciário se legitima pela justificação das suas decisões (decorrência da sua função/responsabilidade política). Agora, necessitamos aprofundar essa responsabilidade (democrática) de *accountability* hermenêutica. Diz Lenio Streck, buscando esse conceito no contexto dos estudos de Dworkin, que *accountability* hermenêutica é “uma responsabilidade política dos juízes e tribunais, representada pelo dever (*has a duty*) de *accountability* (hermenêutica) em obediência ao artigo 93, inciso IX, da CF”.<sup>542</sup>

Como dito, o constitucionalismo dividiu o Direito e a política em duas esferas distintas e “antieticamente confrontadas”<sup>543</sup>. Tal concepção correspondia à “dicotomia [...] entre o Estado e a sociedade. A sociedade afirmava-se como um espaço ‘livre’ da intervenção do Estado [...] tanto contra alterações internas como ataques ‘externos’ provindos do Estado”<sup>544</sup>. Desaparece, agora, o juiz *apolítico*; o juiz executor lógico de normas dadas. Se hoje se pretende uma atividade judicial com notas de liberdade e flexibilidade “subjetivas”, então necessariamente cresce a responsabilidade política de fundamentação (legitimação)<sup>545</sup>. Para Cappelletti, a responsabilidade dos juízes significa na verdade um “*dever de prestação de contas* (*‘accountability’*, *‘answerability’*) no exercício de tal poder-responsabilidade”.<sup>546</sup>

O controle *a posteriori* do resultado da decisão judicial é muito restrito. Excetuadas algumas hipóteses muito específicas de reversibilidade das decisões, o sistema recursal e a ação rescisória são evidentemente limitados para “oferecer um

---

<sup>541</sup> Para Faria, o Brasil jamais conheceu uma revolução liberal, “de modo que nunca se discutiram explicitamente as raízes políticas deste postulado de neutralidade. Criou-se, pouco a pouco, um sentimento difuso de que os juízes são funcionários especiais do Estado, mas não são membros de seu poder político. A existência de tribunais superiores, capazes de reformar decisões e agir disciplinarmente sobre os juízes de primeira instância, também dá oportunidade a pensar que só eles, tribunais superiores, são efetivamente órgãos não-políticos do poder do Estado” (FARIA, José Eduardo. Pela democratização do Judiciário. *In.*: FARIA, José Eduardo (Org). **Direito e justiça. A função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989, p. 165)

<sup>542</sup> STRECK, *op. cit.*, 2013, p. 111.

<sup>543</sup> QUEIROZ, *op. cit.*, p. 35.

<sup>544</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>545</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>546</sup> *Op. cit.*, 1989, p. 17.



*feedback* eficiente de reversibilidade e correção dos efeitos perversos e imprevistos das decisões”<sup>547</sup>. É por isso que a apreciação pública dos motivos das decisões judiciais se mostra como uma forma (eficaz) de interação entre juízes e a sociedade, sendo que é a maneira de se justificar a decisão que permite o controle social do poder decisório – o que Roberto Freitas chama de dever que os *decision-makers* têm de atender ao princípio da coerência “estritamente relacionado com as ideias de transparência e *accountability* dos atos dos que detêm o poder delegado da sociedade”.<sup>548</sup>

Em sentido semelhante, para Aaulis Aarnio, essa forma de legitimidade se liga ao próprio conceito de democracia, porque isso seria uma resposta a uma das mais importantes propriedades de uma democracia madura, seu caráter aberto, além de fazer possível o referido controle externo da atuação judicial<sup>549</sup>. A independência dos tribunais não significa que eles estejam fora do controle democrático, mas sim que ela se direciona em relação aos outros órgãos estatais. O Judiciário faz parte da sociedade, por isso deve ser submetido a um controle social, sendo que o único meio para isso é a exigência de que haja realmente a justificação de suas decisões.<sup>550</sup>

No Brasil, Cattoni parece compartilhar dessa postulação aarniana ao referir que, dentro do Direito vigente, a pretensão de legitimidade da ordem jurídico-democrática “requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos”<sup>551</sup> e com o ordenamento jurídico, mas sim que “pressupõe igualmente que sejam racionalmente fundadas nos casos concretos, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais”.<sup>552</sup>

Em Aarnio podemos retirar um bom argumento para essa exigência:

*[...] en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no sólo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral). Utilizando la terminología de Max Weber, en una sociedad moderna el Derecho está*

<sup>547</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, 2011, p. 117.

<sup>548</sup> FREITAS FILHO, Roberto. Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 44, n. 175, pp. 41-65, jul./set. 2007.

<sup>549</sup> AARNIO, Aaulis, *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 8, pp. 23-38, 1990.

<sup>550</sup> AARNIO, *op. cit.*, 1990, pp. 23-38.

<sup>551</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Argumentação Jurídica e Decisionismo. *In.*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) **Crises e desafios da Constituição. Perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b, p. 524.

<sup>552</sup> OLIVEIRA. *In.*: SAMPAIO, *op. cit.*, 2004b, p. 524.

*materializado. [...] Además, si una decisión no es aceptable tampoco puede ser legítima – en el sentido amplio de la palabra. [...] En los Estados modernos (del bienestar) los jueces, o los tribunales en general, ejercen su responsabilidad justificando las decisiones de una forma bien conocida. Esta y sólo ésta les garantiza la autoridad necesaria en su función. La simple referencia a los textos jurídicos o a otros materiales estrictamente autoritativos no es suficiente. La gente pide más, y plantea una cuestión adicional: ¿por qué? La única respuesta a aquella cuestión es usar argumentos apropiados (razones). Por eso, en todas las sociedades modernas se ha incrementado la importancia del razonamiento jurídico.<sup>553</sup>*

Portanto, não é qualquer controle um atentado à independência do Judiciário. Acertada a postulação de Lima Lopes no sentido de que o Poder Judiciário não pode ser independente a ponto de ser irresponsável, de não prestar contas à sociedade, e que “A independência [...] tem que ser [em relação aos] outros poderes [...]. Sua autonomia tem que ser para aplicar a lei, e fazer valer os direitos dos cidadãos conquistados na Constituição [...]”<sup>554</sup>, além de manter a paz e a segurança entre os iguais.

### **3.3 O Judiciário frente à complexidade do direito. As políticas estatais de controle de preços e a justificação decisória**

É chegado o momento de trazer para o plano empírico a nossa postulação teórica. O objetivo é simples: escolher, exemplificativamente, algumas decisões dos tribunais em matéria de grande repercussão econômica e social, onde a complexidade do Direito, a existência de critérios de controle da atividade judicial e a mudança fundamental do Estado brasileiro no sentido da constitucionalização de direitos sociais e coletivos não têm sido observadas, operando-se aquilo que temos dito neste trabalho, exaustivamente, como a simplificação discricionária do Direito, com a fuga do juiz à prestação de contas de sua atividade (*desneutralização política*).

Se antes o Judiciário era visto como instância decisória de menor importância em comparação com os demais poderes, agora, com o aparecimento de novos interesses (coletivos e difusos, por exemplo) e novos atores – classes, grupos, organizações etc. –, surgem novos objetos em disputa, como políticas públicas e

<sup>553</sup> *Op. cit.*

<sup>554</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário. In: FARIA José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 76.

questões orçamentárias<sup>555</sup>, aumentando-se, como já se disse, a sua responsabilidade política.

Parte-se disso porque a proposta é considerar que os juízes não podem ser “deixados à vontade para seguir suas próprias intuições do senso comum e da utilidade da justiça, livres de todas as limitações”<sup>556</sup>, sobretudo diante de sua evidente importância pós-88. É necessário, portanto, controle; e correção. Interessante observação é feita por MacCormick na introdução de seu livro *Retórica e Estado de Direito*<sup>557</sup>:

[...] as regras jurídicas, de fato, não propiciam certeza absoluta, mas é possível minimizar a sua incerteza e indeterminabilidade; pode-se distinguir bons e maus argumentos, argumentos mais ou menos razoáveis, mas as pessoas continuarão a discordar sobre eles; argumentos jurídicos não são demonstrativos e conclusivos, mas não há aqueles mais persuasivos e objetivos do que outros; [...] juízes são falíveis, realmente, mas nem por isso suas decisões deixam de ter validade dentro da ordem jurídica, e a validade da decisão não se confunde com a sua correção; juízes não são, efetivamente, aplicadores mecânicos das normas jurídicas, mas estão sujeitos a limites diferentes daqueles que agem sobre o legislador.

Esta pesquisa, sob tal perspectiva, deparou-se com algumas decisões<sup>558</sup> que, se nelas forem aplicados os critérios de controle propostos anteriormente, possibilitarão verificar o denunciado déficit de justificação.

Utiliza-se, assim, acórdãos de quatro tribunais da Federação que julgaram processos cuja temática era a intervenção do Estado no domínio econômico. A escolha se deveu por algumas questões: primeiro, porque são controvérsias altamente complexas e que os tribunais trataram de forma solipsista como simples questão pericial. Segundo, pelos valores envolvidos<sup>559</sup>. Terceiro, porque os tribunais julgaram como questão individual-contratual matéria de repercussão coletiva. Ademais, são acórdãos que permitirão confrontar a fundamentação com os critérios de controle escolhidos como parâmetro no Capítulo II.

---

<sup>555</sup> LOPES, In: FARIA, *op.cit.*, 2010, pp. 76-71.

<sup>556</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2006, p. 215.

<sup>557</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. XIX.

<sup>558</sup> Todos os acórdãos e leis citadas são de fácil acesso no sítio dos tribunais respectivos e na página eletrônica do Senado Federal. Nesse ponto, então, não se transcreverá a íntegra dos votos e das leis.

<sup>559</sup> Como será visto adiante.

### 3.3.1 A controvérsia

Basicamente os argumentos dos processos escolhidos tratam do setor sucroalcooleiro. Os particulares (grandes usinas) sustentam que o Poder Público descumpriu os comandos da Lei n.º 4.870/1965, o que traria o direito à indenização por prejuízos decorrentes da fixação dos preços do setor sucroalcooleiro em valores abaixo dos custos de produção, considerando os valores constantes de levantamento efetuado pela Fundação Getúlio Vargas (questão contratual). Ainda, que apesar de ter havido intensa intervenção estatal na agroindústria do açúcar e do álcool entre os anos de 30 e 90, também no sentido de proteção ao setor, a União teria atuado de modo arbitrário ao desconsiderar os custos de produção apurados pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Portanto, já de pronto se percebe a complexidade da questão, principalmente pelo fato de que a situação dessa intervenção teve como início período histórico peculiar: logo após o fim da 2ª Grande Guerra.

Não estamos preocupados com as questões fáticas, periciais. O que as perícias comprovam é que com o congelamento de preços as empresas deixaram de lucrar o que lucrariam caso não tivesse havido a intervenção estatal. Ou seja, as empresas, desconsiderando o momento econômico vivido – que motivou a intervenção estatal naquele domínio para que não houvesse a quebra do próprio setor –, pretendem que o Judiciário reconheça que a não obtenção de um lucro esperado seja caracterizado como um “dano econômico”. Mas o problema é muito mais complexo.

Todos os acórdãos partem de fundamentação semelhante. Primeiro, então, serão apresentados os acórdãos e, depois, será analisado, conjuntamente, o contexto de justificação dos tribunais.

### 3.3.2 O setor sucroalcooleiro judicializado

Os julgados dos tribunais regionais (da 1ª e 5ª regiões) e do Superior Tribunal de Justiça são os mais recentes – anos de 2013 e 2014. Nesses anos há outros acórdãos também encontrados na pesquisa, mas que tratam da discussão do setor sucroalcooleiro em sede de execução judicial ou sob uma chave tributária. Por isso, não serão aqui tratados. Já no que concerne ao Supremo Tribunal Federal, optamos por analisar o *leading case*, cujo julgamento foi iniciado no ano de 2005.

O primeiro acórdão é o do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Trata-se dos Embargos Infringentes nº 0037746-53.1999.4.01.3400<sup>560</sup>. Esta é a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. SETOR SUCRO-ALCOOLEIRO. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. CABIMENTO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Trata-se de embargos infringentes opostos pela apelada contra acórdão que, em sede de ação de indenização por danos patrimoniais decorrentes da fixação preços para o setor sucroalcooleiro deu provimento à apelação da União e reformou a sentença, que havia condenado o ente público ao ressarcimento de prejuízos caudados à empresa embargante. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça se consolidaram no sentido de que é devida a indenização em ações relativas à fixação de preços pelo Governo Federal para o aludido setor. 3. No Supremo Tribunal Federal: "1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que fere o princípio da livre iniciativa a fixação de preços em valores abaixo dos reais. 2. No exame do RE nº 632.644/DF - AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 10/5/12, reconheceu-se a 'responsabilidade objetiva da União em face do ato estatal que fixou os preços dos produtos sucroalcooleiros em valores inferiores ao levantamento de custos realizados pela Fundação Getúlio Vargas.'" (AI 777361 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, Processo Eletrônico DJe-161 Divulg 15-08-2012 Public 16-08-2012). 3. No Superior Tribunal de Justiça: "1. O STJ pacificou o entendimento de que a União tem o dever de indenizar as usinas do setor sucroalcooleiro que obtiveram prejuízos decorrentes da fixação de preços pelo Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA) em detrimento dos custos de produção apurados pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). 2. Precedentes: RE 422.941/DF, Segunda Turma do STF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24.3.2006; AgRg no Ag 1.207.618/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10.8.2010, DJe 10.9.2010; AgRg no AgRg no REsp 753.163/DF, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 2.4.2009, DJe 27.4.2009; REsp 771.787/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 15.4.2008, DJe 27.11.2008." (REsp 1066831/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/11/2011, DJe 23/11/2011). 3. Embargos Infringentes da empresa apelada providos. (EIAC 0037746-53.1999.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, Rel.Acor. JUIZ FEDERAL ALEXANDRE JORGE FONTES LARANJEIRA (CONV.), TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 p.16 de 09/04/2013)

Outro acórdão provém do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Trata-se da apelação cível nº 00098597419924058300. Segue a ementa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. ART. 170 DA CF. FIXAÇÃO DOS PREÇOS DO AÇÚCAR E DO ALCOOL ABAIXO DOS CUSTOS DE PRODUÇÃO APURADOS PELA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. DESRESPEITO AOS CRITÉRIOS DA LEI N.º 4870/95. EFETIVO

<sup>560</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. EIAC 0037746-53.1999.4.01.3400 / DF, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Rel.Acor. Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira (Conv.), Terceira Seção, E-DJf1 P.16 De 09/04/2013. Disponível em [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br). Acesso em: 18. Ago. 2014.

PREJUÍZO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. 1. O cerne da controvérsia instaurada na presente demanda consiste em saber se é devida indenização pelos supostos prejuízos que a autora diz ter experimentado em virtude da política açucareira levada a efeito pelo Governo Federal, porquanto não fora observado a compatibilização dos custos de produção e do preço cabível ao açúcar e ao álcool. 2. O excelso STF e o colendo STJ pacificaram o entendimento de que a União tem o dever de indenizar as usinas do setor sucroalcooleiro que obtiveram prejuízos decorrentes da fixação de preços pelo IAA em detrimento dos custos de produção apurados pela FGV. Precedentes: STF, RE 422941, Rel. Min. Carlos Velloso, J. 06.12.05; STJ, RE 422941, Rel. Min. Carlos Velloso, J. 06.12.05. 3. No âmbito desta Corte Regional, a questão que se apresenta também mereceu apreciação em seu órgão Plenário, que decidiu no mesmo sentido nos autos da AR 6070/PE, tendo como relator o Exmo. Des. Federal Marcelo Navarro. 4. No que pertine à fixação de juros, deve-se considerar que a aplicação dos juros deve obedecer ao Manual de Cálculos da Justiça Federal que estabelece: a) até dezembro/2002 os juros são devidos em 6% ao ano ou 0,5% ao mês, aplicados de forma simples, a partir da citação (arts. 1.062, 1.063 e 1.064 do antigo Código Civil); b) a partir de jan/2003: taxa selic (art. 406 da Lei nº 10.406/2002 - Código Civil). Após o advento da Lei 11.960, de 29.06.09, para fins de atualização monetária e compensação da mora, passará a haver a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. 5. Apelação e remessa oficial parcialmente providas para, quanto aos juros de mora, determinar a aplicação da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência.<sup>561</sup>

Nesses casos, o Poder Público ficou vencido. Outro acórdão é o do Superior Tribunal de Justiça<sup>562</sup>. Como não estamos preocupados com o resultado, mas sim com o caminho percorrido para se chegar a uma conclusão, este acórdão, que foi exarado em sede de recurso repetitivo, teve como vencedora a União:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. SETOR SUCROALCOOLEIRO. INSTITUTO DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL - IAA. FIXAÇÃO DE PREÇOS. LEI 4.870/1965. LEVANTAMENTO DE CUSTOS DE PRODUÇÃO. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS - FGV. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CF/1988. COMPROVAÇÃO DO DANO. NECESSIDADE. APURAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. CABIMENTO. INDENIZAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. LIQUIDAÇÃO COM "DANO ZERO" OU "SEM RESULTADO POSITIVO". POSSIBILIDADE. EFICÁCIA DA LEI 4.870/1965. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. 1. A União Federal é responsável por prejuízos decorrentes da fixação de preços pelo governo federal para o setor sucroalcooleiro, em desacordo com os critérios previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 4.870/1965, uma vez que teriam sido estabelecidos pelo Instituto do Açúcar e Alcool - IAA, em descompasso do levantamento de custos de produção apurados pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Precedentes. 2. Tratando-se de hipótese de responsabilidade civil objetiva do Estado, prevista

<sup>561</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo nº 00098597419924058300, Apelreex16074/PE, Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt, Primeira Turma, Julgamento: 13/09/2012, Publicação: Dje 20/09/2012 - Página 322. Disponível em [www.trf5.jus.br](http://www.trf5.jus.br). Acesso em: 20. Ago. 2014.

<sup>562</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. REsp 1347136/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, Julgado Em 11/12/2013, Dje 07/03/2014. Disponível em [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br). Acesso em: 10. Ago. 2014.

no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, necessária a demonstração da ação governamental,nexo de causalidade e dano. 3. Não é admissível a utilização do simples cálculo da diferença entre o preço praticado pelas empresas e os valores estipulados pelo IAA/FGV, como único parâmetro de definição do *quantum debeat*. 4. O suposto prejuízo sofrido pelas empresas possui natureza jurídica dupla: danos emergentes (dano positivo) e lucros cessantes (dano negativo). Ambos exigem efetiva comprovação, não se admitindo indenização em caráter hipotético, ou presumido, dissociada da realidade efetivamente provada. Precedentes. 5. Quando reconhecido o direito à indenização (*an debeat*), o *quantum debeat* pode ser discutido em liquidação da sentença por arbitramento, em conformidade com o art. 475-C do CPC. 6. Não comprovada a extensão do dano (*quantum debeat*), possível enquadrar-se em liquidação com "dano zero", ou "sem resultado positivo", ainda que reconhecido o dever da União em indenizar (*an debeat*). 7. A eficácia da Lei 4.870/1965, que previa a sistemática de tabelamento de preços promovida pelo IAA, estendeu-se até o advento da Lei 8.178/1991, que instituiu nova política nacional de congelamento de preços. 8. Resolução do caso concreto: inexistência de ofensa ao art. 333, I, do CPC, na medida em que o autor não comprovou a ocorrência de efetivo dano, necessário para fins de responsabilidade civil do Estado, por descumprimento dos critérios estabelecidos nos arts. 9º e 10 da Lei 4.870/1965. 9. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.<sup>563</sup>

Por fim, utilizaremos, como não poderia deixar de ser<sup>564</sup>, o *leading case* (ainda não finalizado) julgado pela Corte Suprema na matéria escolhida para teste. Trata-se do Recurso Extraordinário 422.941-DF<sup>565</sup>, relatado pelo ministro Carlos Veloso<sup>566</sup>. Ao fundamento básico de que a fixação dos preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor geraria empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa, condenou-se a União a indenizar o autor da demanda por violação ao art. 37, § 6º, CF (responsabilidade objetiva).

Assim restou ementado o julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º. I. - A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF,

<sup>563</sup> A União, apesar de ter sido fixada a sua responsabilidade no âmbito normativo (e aqui que reside o problema a ser analisado), restou vencedora pela falta de comprovação pericial do dano experimentado (o que não nos interessa para fins desta pesquisa).

<sup>564</sup> Já que pauta diversas decisões nos tribunais de segundo grau.

<sup>565</sup> Refira-se que os casos afetos ao setor sucroalcooleiro podem se encaixar tranquilamente como um *hard case*. Apenas como exemplo, estas são decisões discrepantes sobre o mesmo assunto em diversos tribunais (AC 1999.34.00.000467-4/DF vs. AC 1999.34.00.025904-8/DF no TRF1; Voto-vista do Min. Herman Benjamin no REsp 771.787/DF vs. AgRg no REsp 1095285/DF e RE 598537 AgR/PE e AI 683098 AgR/DF no STF). Sobre a crítica à diferença que se tornou conhecida no mundo todo entre casos fáceis e difíceis de Dworkin, ver, por todos, STRECK, *op. cit.*, 2012, Cap. 10.

<sup>566</sup> Inteiro teor disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 09. Dez. 13.

art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III. - Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º. IV. - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V. - RE conhecido e provido.

Todos os acórdãos possuem basicamente a mesma fundamentação, ou seja, a violação aos arts. 9º e 10 da Lei 4.870/65<sup>567</sup> e aos arts. 37, § 6º, e 170 da CF/88 (premissa maior) e o fato de que houve a venda de produtos pelas empresas com preços fixados pelo Poder Público em níveis inferiores ao levantamento dos custos apurados pela instituição responsável (premissa menor). Por tal razão, os tribunais entenderam que haveria o dever do Estado de indenizar as usinas pelos prejuízos suportados, conforme preceitua a responsabilidade objetiva do Estado (conclusão)<sup>568</sup>. Vejamos, agora, os votos que conduziram os julgados.

### 3.3.3 Análise dos julgados sob o contexto de justificação externa

Importante, para justificar o nosso argumento, analisar trechos dos votos vencedores.

**Voto na apelação [que restou vencedor] do acórdão em Embargos Infringentes do TRF/1ª Região:** [...] A União fixou os preços do setor sucroalcooleiro abaixo do preço de custo, em desacordo com os preços encontrados pela Fundação Getúlio Vargas, e, assim, contrariou a Lei nº 4.870, de 1965. [...] *O Estado não pode estabelecer uma política que cause prejuízos aos particulares, e assim, o Estado responde pelos danos causados, nos termos do art. 37 § 6º, da Constituição Federal* [Este primeiro fundamento foi adotado *per relationem*].  
[...] Mesmo que o ato do Sr. Ministro tivesse respaldo constitucional no interesse público, que freqüentemente foi invocado no caso, ainda assim a obrigação indenizatória haveria de permanecer, *porque é o Estado o responsável pelo bem-estar da população; os danos que causar no exercício dessa função política poderão até resultar de atos lícitos mas os sacrifícios patrimoniais devem ser repartidos entre todos os contribuintes, não sendo*

<sup>567</sup> “Art 9º O I.A.A. [hoje União], quando do levantamento dos custos de produção agrícola e industrial, apurará, em relação às usinas das regiões Centro-Sul e Norte-Nordeste, as funções custo dos respectivos fatôres de produção, para vigorarem no triênio posterior”. “Art 10. O preço da tonelada de cana fornecida às usinas será fixado, para cada Estado, por ocasião do Plano de Safra, tendo-se em vista a apuração dos custos de produção referidos no artigo anterior”.

<sup>568</sup> Veja-se, para tanto, os argumentos levantados nos autos do Recurso Especial 771.878/DF, disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 08. Out. 13.



*legítimo impô-los integralmente aos poucos que houverem sido vítimas dos atos danosos. Tal é uma imposição da garantia constitucional da igualdade e da solidariedade, que é notoriamente integrada à índole do Estado moderno. Não é demais insistir em que a União procura deslocar o foco da questão, falando em violação ao § 6º do art. 37 constitucional mas na realidade querendo um reexame da prova – e tanto que requereu a realização de prova pericial nesta ação rescisória. Se um dano ocorreu – e esse dano é representado pela diferença entre os preços impostos pelo sr. Ministro e os que resultariam da aplicação da lei – não há como ver uma tal violação no V. acórdão que se limitou a desencadear a sanção jùris contida naquele texto, à luz da prova produzida no processo originário.” De ver-se, pois, que, se violação a literal disposição de lei (arts. 9º e 10º da Lei nº 4.870/65) e da norma do parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal, houve, na espécie, tal violação frontal e abusiva, sem dúvida alguma, fora praticada pelos Agentes do Governo Federal, na fixação do preço dos produtos sucro-alcooleiros, no período apontado, nos autos e, assim, como bem reconhecido nas letras do Acórdão rescindendo, que deve ser mantido, integralmente, por apresentar-se imune dos vícios de rescindibilidade, na espécie sob apreciação [...].* (grifos meus)

[...]

**Voto [per relationem] do relator no Tribunal Regional Federal da 5ª**

**Região:** A intervenção estatal no domínio econômico, mediante o controle da produção e das exportações, *instrumentalizado através do congelamento de preços, não pode servir de empecilho ao exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa, do art. 170 da CF/88.* Precedente do STF (RE 422.941/DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 16.12.2005).  
2. Quando a União, através do extinto IAA, fixou os preços dos produtos do setor sucroalcooleiro em níveis inferiores aos custos de produção levantados pela FGV, contrariou as disposições da Lei n.º 4.870/65, causando, com isso, dano patrimonial às empresas atingidas, indenizável nos termos do 37, § 6.º, da CF/88. (grifos meus)

[...]

**Voto da Relatora no Superior Tribunal de Justiça:** *A União Federal é responsável por prejuízos decorrentes da fixação de preços pelo governo federal para o setor sucroalcooleiro, em desacordo com os critérios previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 4.870/1965, uma vez que teriam sido estabelecidos pelo Instituto do Açúcar e Alcool - IAA, em descompasso do levantamento de custos de produção apurados pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Precedentes. Tratando-se de hipótese de responsabilidade civil objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, necessária a demonstração da ação governamental, nexo de causalidade e dano [...].* (grifos meus)

[...]

**Voto do Relator no Supremo Tribunal Federal:** A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica (CF, art. 170) [...]. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. [...]. [A] fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor [traz] empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa.

[...]

*A intervenção estatal na economia encontra limites no princípio constitucional da liberdade de iniciativa, e o dever de indenizar (responsabilidade objetiva do Estado) é decorrente da existência do dano atribuível à atuação do Estado.*

[...]

É dizer, com base nessa discricionariedade inadmissível num Estado de Direito, é possível ao Estado, ao intervir no domínio econômico, *desrespeitar liberdades públicas e causar prejuízos aos particulares*, impunemente. (sem grifos no original)

Não pretendemos tratar acerca das provas produzidas nos processos. Não se sustenta aqui que a prova foi mal feita ou que o juiz não apreciou o conjunto probatório como deveria.

Porém, o decisor se deparou com um caso muito antigo, sem documentos confiáveis<sup>569</sup>. E mesmo se os documentos solucionassem a existência de prejuízo, isso não prejudicaria o nosso argumento. Até mesmo poderíamos assumir que isso tivesse acontecido. Mas disso não decorreria necessariamente a conclusão chegada pelo Judiciário, já que diversos fatores ainda deveriam ter sido problematizados.

Assim, procuramos demonstrar que, mesmo com o fato de que não havia a possibilidade de fundamentação por mera justificação interna (subsuntiva), o Supremo e as demais cortes fizeram uso de conceitos vagos e indeterminados para fundamentar uma situação peculiar. O que se quer dizer é que temos, aqui, um verdadeiro *déficit de justificação* decisória.

Veja-se que os relatores lançaram mão de justificativas genéricas para não enfrentar a questão central: poderia o Poder Público ser condenado apenas pelo fato de intervir no domínio econômico, congelando os preços? E mais: o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, a par de julgar favoravelmente à União, fixou o entendimento em recurso repetitivo de que basta a perícia comprovar algum prejuízo para que o Poder Público seja condenado.

A primeira questão aqui é: nos votos proferidos, houve algum problema de consistência<sup>570</sup>? Parece que não. Houve a análise dos dispositivos da legislação e da Constituição como limites à possibilidade de fundamentação após o texto legal interpretado. Não se agiu de modo inconsistente com o texto dentro da interpretação disponível a ele, ou seja, não houve contradição lógica entre duas ou mais regras. De fato, parece ter sido observada a propriedade sintática na estrutura interna do discurso.<sup>571</sup>

Contudo, o problema começa na análise do critério de consequência lógico-jurídica. Nos votos, constata-se o argumento de que a intervenção estatal na

---

<sup>569</sup> Veja-se, como exemplo, a quantidade de decisões discrepantes sobre o mesmo assunto em diversos tribunais (AC 1999.34.00.000467-4/DF vs. AC 1999.34.00.025904-8/DF, no TRF1; Voto-vista do Min. Herman Benjamin no REsp 771.787/DF vs. AgRg no REsp 1095285/DF, no STJ; e RE 598537 AgR/PE vs. AI 683098 AgR/DF, no STF).

<sup>570</sup> Um dos requisitos escolhidos como critério de sindicabilidade no Capítulo II.

<sup>571</sup> Ao contrário da coerência que não requer apenas que as proposições de um argumento não se contradigam, mas sim que elas sejam integradas em um todo harmônico (PINO, *op. cit.*).

economia violou os princípios e fundamentos da ordem econômica (CF, art. 170) e o princípio da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV), além de contrariar o art. 37, § 6º, CF (premissa maior). Após, ao analisar os fatos – fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor (premissa menor) –, entendeu-se que havia a obrigação de indenizar por parte do Poder Público (conclusão silogística). É justamente a aplicação silogística que tornou discricionária a fundamentação do Judiciário. Faltou às cortes justificar a própria premissa maior adotada (contexto de justificação de segunda ordem).

Os tribunais construíram o seguinte princípio implícito: “se o particular não auferir o lucro pretendido quando a União intervier no domínio econômico, deve-se sempre indenizá-lo por danos econômicos”, quando na verdade nos parece que a solução deveria passar pela seguinte pergunta (problematização): deve a União indenizar o particular por danos econômicos sempre que intervier no domínio econômico e se o particular não auferir o lucro pretendido? Essa é uma forma de “universalizabilidade” do Direito que resultaria na justificação mais adequada.

Imagine-se se em todos os casos (universalização) em que o Poder Público intervém para regular a economia haja a condenação à indenização por “danos econômicos”. E isso apenas pela questão hipotética de que as empresas teriam obtido lucro maior sem a intervenção estatal<sup>572</sup>. Ou simplesmente que a “intervenção estatal na economia encontra limites no princípio constitucional da liberdade de iniciativa”, conforme, por exemplo, decidiu o Supremo Tribunal. Se somente no que se refere aos processos do setor sucroalcooleiro o impacto gerado ultrapassará a casa dos 112 bilhões de reais, a aplicação dedutiva deste tipo de caso *poderia* implicar a escassez de recursos públicos.<sup>573</sup>

E mais: haveria outro valor por detrás da discussão que poderia servir de base justificatória para universalizar a premissa maior? Quer dizer, da premissa maior, se universalizarmos, há algum valor<sup>574</sup> que poderia sustentá-la; que poderia ter uma consequência aceitável? Pensamos que a própria justiça social (prevista no art. 170

---

<sup>572</sup> Conceito inexistente na literatura jurídica, mas criado/inventado pelos tribunais para justificar e legitimar a condenação da União nos casos do setor sucroalcooleiro.

<sup>573</sup> Como será visto no último ponto deste estudo.

<sup>574</sup> Se mostra importante esclarecer que, apesar das conhecidas controvérsias entre princípios e valores, onde os primeiros possuíam uma base normativa, enquanto os valores, uma axiológica, adota-se neste estudo a postulação maccormickiana de que eles seriam conceitos convergentes (vide nota de rodapé nº 433).

da CF/88), *se bem conceituada*<sup>575</sup>, poderia justificar (consequencialismo lógico-jurídico) essa universalização.

No julgamento do Supremo Tribunal, por exemplo, constata-se um argumento consequencialista latente, o qual deveria ter sido colocado efetivamente em debate e não apenas *a latere*:

Esclareça-se, ao cabo – quase em termos de repetição -, que não se trata, no caso, de submeter o interesse público ao interesse particular da Recorrente. A ausência de regras claras quanto à política econômica estatal, ou, no caso, a desobediência aos próprios termos da política econômica estatal desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos, são fatores que acarretam *insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última análise, ao próprio consumidor.* (grifo nosso)

Aliás, esse é um ponto essencial. Percebe-se que em algumas ocasiões os tribunais buscam argumentar – ou justificam sem perceber que estão assim procedendo – com base nas consequências jurídicas que possam surgir de seus julgados, mas não fazem isso de forma clara, acarretando prejuízo inclusive ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido, Tathiane Piscitelli, tratando da justificação de uma decisão da Suprema Corte em relação ao alto valor público envolvido, sendo que se chegou a tratar de um potencial “esvaziamento do tributo” (não de forma explícita), registra que

Não obstante, porque esses argumentos são marginais na justificação dos votos – já que não seriam aptos a receber o qualificativo “jurídicos” – esse tipo de debate sequer é trazido à tona no julgamento. Seja a Fazenda, sejam os julgadores, ao procederem a esse tipo de alegações, limitam-se a repetir obviedades, relacionadas com a necessidade de defesa do interesse público, via arrecadação tributária. **O reconhecimento de argumentos como tais como jurídicos**, porque, sim, referem-se a um dos elementos da concepção de direito tributário aqui proposta, **resgataria esse tema e o traria para o debate judicial. O resultado seria a produção de decisões mais bem fundamentadas, inclusive porque as partes, ao procederem a alegações desse tipo, veriam-se no dever de justificá-las detalhadamente**<sup>576</sup>. (grifos no original).

Ademais, a não assunção explícita das escolhas feitas podem ser encaradas como um disfarce a verdadeiras opções políticas do decisor travestidas de

<sup>575</sup> Do contrário, cairíamos em um argumento circular e fluido, ou seja, ficaríamos no mesmo erro dos tribunais em relação aos princípios da ordem econômica.

<sup>576</sup> *Op. cit.*, p. 250

terminologias jurídicas. Isso converteria um argumento que poderia ser válido (sob a ótica de justificação de escolhas) em uma “categoria de referência ilusória”.<sup>577</sup>

Mas voltando ao ponto central. Diversas indagações, dentre elas a própria *instabilidade* citada no voto analisado do Supremo Tribunal Federal, poderiam ser problematizadas no caso do setor sucroalcooleiro, a fim de diminuir a discricionariedade do decisor. Traz-se, nessa perspectiva, e sem a pretensão de fazer a defesa de uma ou outra posição, interessante voto proferido em processo análogo, relatado pelo ministro Herman Benjamin<sup>578</sup>, do Superior Tribunal de Justiça, que bem demonstra a insuficiência do mero argumento da responsabilidade objetiva do Estado:

RECURSO ESPECIAL Nº 771.787/DF. ADMINISTRATIVO. LEI 4.870/65. SETOR SUCRO-ALCOOLEIRO. FIXAÇÃO DE PREÇOS PELO INSTITUTO DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL – IAA. LEVANTAMENTO DE CUSTOS, LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO A PRODUTIVIDADE MÍNIMA. PARECER DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. DIFERENÇA ENTRE PREÇOS E CUSTOS. ELASTICIDADE. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO A PARECER DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. CONGELAMENTO DE PREÇOS. ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA PARA DETERMINAÇÃO DOS PREÇOS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO COMPROVADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. 1. A fixação do preço da cana-de-açúcar deve levar em consideração o levantamento dos custos de produção, mas com ele não se confunde (art. 9º, Lei 4.870/65). Vale dizer: a apuração dos custos de produção é apenas um dos critérios importantes para o estabelecimento do preço final da cana-de-açúcar. 2. *O procedimento para fixação de preço é complexo e deve considerar inúmeras variantes, não apenas o custo. Não se pode negligenciar, por exemplo, o fenômeno da elasticidade, entendido como a sensibilidade da demanda pelo produto em relação à variação de seu preço.* 3. À Fundação Getúlio Vargas - FGV cabia apenas levantar os custos de produção, e não fixar o preço a ser praticado. *Ademais, o parecer apresentado pela FGV constitui peça meramente enunciativa e, como tal, não produz efeitos vinculantes.* 4. A eficácia da Lei 4.870/65 foi suspensa pelos atos normativos que determinaram o congelamento geral de preços. Assim, a partir da edição do DL 2.335/87, a atribuição para a fixação de preços passou a ser do Ministro da Fazenda (e não mais do I.A.A.), que não os estipulava de acordo com os critérios da Lei 4.870/65. 5. Como afirmado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, por ocasião do voto-vista proferido no REsp 845.424-DF, “da conduta imputada à União, de estabelecer o preço dos produtos do setor sucro-alcooleiro em valores inferiores aos constantes de planilhas da FGV, não decorreu, direta, imediata e necessariamente para a autora, o evento danoso alegado na petição inicial”. 6. Em acréscimo, ao apreciar a prova dos autos, o *Tribunal de origem consignou que se trata de uma “prova genérica, hipotética, não de uma prova concreta, como se exige, de dano sofrido pela empresa. Não se demonstrou que tenha sofrido prejuízos, nem que tenha auferido lucros abaixo do razoável”.* 7. Recurso Especial não provido.” (sem grifos no original)

<sup>577</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2006, p. 187.

<sup>578</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto-vista do ministro Herman Benjamin no Recurso Especial 771.787/DF. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 09. Set. 14.

Percebe-se que o ministro pretendeu trazer ao debate outras questões que não apenas a responsabilidade objetiva. Se é certo que há esse tipo de responsabilidade, não é certo que o Poder Público seja universalmente responsabilizado, sobretudo diante de uma justificação deficitária. Mais uma vez é interessante atentar para as palavras do ministro relator:

O problema de decidir o preço a ser fixado não é tarefa para solução só com dados de custos. *Necessário se torna uma gama de informações sobre o mercado (elasticidade na economia) para que se possa, casando informes internos com externos, optar pelas decisões mais corretas.* (Eliseu Martins, Contabilidade de Custos, 2000, p. 249). Outro aspecto evidentemente relevante e absurdamente negligenciado pelo perito (e pela Usina) é a elasticidade da demanda em relação ao preço do álcool. Em breve síntese, pode-se definir elasticidade como a sensibilidade da demanda pelo produto em relação à variação de seu preço. *Há produtos com alta elasticidade e outros com elasticidade mínima.* Tome-se como exemplo o sal. Por ser um produto essencial e sem possibilidade de substituição, ainda que seu preço fosse controlado e aumentasse significativamente, a população não deixaria de comprá-lo. Assim, o aumento do preço do sal teria forte impacto na inflação, pois diminuiria o poder de compra da população. Diz-se, portanto, que há baixa elasticidade de demanda com relação ao preço do sal. Por outro lado, com o chocolate ocorre o oposto. *Dado um aumento de seu preço, é evidente que haverá queda no consumo, já que é produto não-essencial e há vários substitutos no mercado (doces em geral).* Assim, quanto ao chocolate, pode-se dizer que há alta elasticidade de demanda em relação ao seu preço. (grifos nosso)

Veja-se também o voto (vencido) do desembargador federal João Batista, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, naquele mesmo julgamento (EIAC 0037746-53.1999.4.01.3400/DF):

[...] Excessos tem sido cometidos na jurisprudência, com tratamento favorecido às supostas vítimas, *incluídas grandes empresas e poderosos grupos econômicos, indiscriminadamente, em matéria de responsabilidade extracontratual do Estado.* Tais excessos são denominados pelo hoje Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, *como patologia institucional, caracterizado pelo conceito amplíssimo dado à responsabilidade objetiva:* a) “levando às raias do esoterismo a exegese para a definição do nexo causal”; b) “os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados”; c) “visão distorcida de Estado, protetora de privilégios e de corporativismos”, ocorrendo, lamentavelmente, “a usurpação de instrumentos normativos destinados à proteção da cidadania para proteger privilégios”. *Está-se a praticar, por outras vias, o capitalismo assistencial (modelo que permite transferir para a coletividade uma parte dos custos empresariais).* Não é verdadeiro que o capitalismo se oponha, por princípio, ao assistencialismo, sendo-lhe caro o assistencialismo em seu próprio benefício. Os “orgulhosos gigantes” do sistema empresarial privado são os mais persistentes e exitosos candidatos ao auxílio público. Procura-se por outros caminhos continuar o regime de subsídios pagos pela sociedade, que sempre favoreceu o setor sucro-alcooleiro (cf. fls. 104-105, 108, 120, 122, 124, 363, 372, 596, 1.193, 1.205, 1.240, 1.248 e 1.249) [...].

Portanto, os tribunais se utilizaram de conjecturas para fundamentar seus acórdãos, tais como: que as empresas teriam vendido a mesma quantidade de produtos se o Estado não tivesse intervindo; que aumentando-se o preço da mercadoria, os custos de produção permaneceriam inalterados e, da mesma forma, os índices de inflação<sup>579</sup>. Não se considerou, ainda, que o congelamento de preços não afetou de modo exclusivo determinada empresa, uma vez que as consequências do ajuste tiveram impacto em vários setores da economia, como nos preços dos combustíveis, de transporte, alimentos etc., bem assim em cidadãos economicamente ativos no país naquele período – aspecto coletivo da demanda. Sem contar ainda a pouca maturação jurisprudencial em relação à responsabilidade do Poder Público por fato do legislador, ao determinar a fixação de determinado valor para o setor afetado com a política estatal, uma vez que, se tratando de medida genérica, há o risco de transformar um ente político em um tipo de seguradora universal.<sup>580</sup>

Nota-se que havia espaço para a justificação, para a prestação de contas (função política) do Judiciário. Ou seja, parece mesmo que se está a praticar, pelo Judiciário, um capitalismo assistencial de transferência de uma parte dos custos empresariais para a coletividade. Se faz necessário, dessa maneira, buscar um outro nível de problematização, uma forma de se julgar que responda à complexidade do Direito.

O que chamamos de *buscar outro nível de problematização*, ou seja, uma justificação de segunda ordem, pode ser extraído do caso *Dynamco vs. Holland and Hannen and Cubitts Ltd.*, de 1971, cujo julgamento foi proferido pela Corte Suprema da Escócia e tratado por MacCormick. No caso, a fábrica do autor sofreu corte de

---

<sup>579</sup> Como exemplo de uma percepção diversa da questão, veja-se trecho do acórdão proferido pelo TRF/1ª Região nos autos da AR 44573-27.2001.4.01.0000: “O perito calculou o faturamento pelo preço que a empresa entende que deveria ter sido fixado e dele subtraiu o resultado obtido com o preço efetivamente praticado, na sentença considerando-se a diferença dano indenizável. Para chegar a essa conclusão, suprimiu premissas insustentáveis, como: a) a empresa realizaria o mesmo número de vendas se o preço tivesse sido fixado em patamar superior, mesmo que outras empresas, aceitando, continuassem a vender pelo preço fixado pelo Governo; b) aumentando-se o preço da mercadoria, os custos de produção permaneceriam inalterados e, da mesma forma, os índices de inflação; c) não há influência do preço de cada produto sobre a relação entre o consumo de álcool e o de derivados de petróleo, especialmente gasolina. Trata-se, a realizada nos autos, de uma prova genérica, hipotética, não de uma prova concreta, como se exige, de dano sofrido pela Autora. Não se demonstrou que a empresa tenha sofrido prejuízos, nem que tenha auferido lucros abaixo do razoável”. Disponível em [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br). Acesso em: 07. Jul. 14.

<sup>580</sup> Essa análise também pode ser encontrada na problematização feita por dois ministros do Supremo Tribunal (Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa) no julgamento da reponsabilidade civil da União no congelamento de preços do setor aéreo – Recurso Extraordinário nº 571.969/DF. Tais votos ficaram vencidos. A síntese do julgamento pode ser encontrada no Informativo nº 738, do Supremo Tribunal, de 10 a 14 de março de 2014. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 02. Set. 14.

energia elétrica em duas ocasiões em 1969 quando empregados da ré cortaram os cabos pertencentes à empresa de energia elétrica do sul da Escócia e com isso os autores sofreram perda de produção e de lucros. Perceba-se como se pode alcançar a melhor resposta possível (para não dizer *a correta*, em termos dworkinianos) com o argumento consequencialista lógico-jurídico. Disse lord Kissen:

Para resumir, minha opinião é que, pela Lei da Escócia, não é admissível que os autores iniciem uma ação por danos financeiros, no que seu caso se baseia, na medida em que a causa da perda não foi dano físico a bens de sua propriedade ou cuja posse tivessem. É uma questão diferente determinar se a lei deveria ser ampliada de modo a cobrir a perda econômica em casos de negligência em que não tenha havido dano à propriedade da pessoa que alega a perda. Há muitas observações judiciais nos casos que mencionei, aí incluídos *Reavis v. Clan Line Steamers* (1925 S.C. 725), sobre a multiplicidade de ações que poderia se seguir a um ato de negligência se a lei fosse como os autores a afirmaram, bem como sobre a necessidade prática de limitações [...] Se os autores estiverem corretos em suas pretensões, os resultados seriam “espantosos” para usar o termo do presidente Clyde do tribunal, em *Reavis*, p. 740. Toda empresa ou pessoa que usar a eletricidade na atividade empresarial poderia ter o direito de reivindicar compensação por lucros cessantes e outras perdas financeiras se um cabo fosse danificado por negligência e o fornecimento de eletricidade fosse interrompido. Não poderia haver distinção entre proprietários ou ocupantes de fábricas com maquinário, de lojas, escritórios, hotéis, restaurantes, minas, pedreiras e, em alguns casos, de residências[...].<sup>581</sup>

O argumento de Lord Kissen de que se os autores estiverem corretos em suas pretensões, os resultados seriam “espantosos”, já que toda empresa ou pessoa que usar a eletricidade na atividade empresarial poderia ter o direito de reivindicar compensação por lucros cessantes e outras perdas financeiras se um cabo fosse danificado por negligência e o fornecimento de eletricidade fosse interrompido, mostra uma forma de se universalizar uma premissa maior adotada.

Nessa mesma medida, a seguinte justificativa: “Não poderia haver distinção entre proprietários ou ocupantes de fábricas com maquinário, de lojas, escritórios, hotéis, restaurantes, minas, pedreiras e, em alguns casos, de residências [...]”, é uma mostra de como a problematização de uma questão pode ser realizável.

### 3.3.4 O setor sucroalcooleiro judicializado – o requisito da coerência

No processo de investigação da coerência, conta muito a análise dos princípios e valores que, sempre que possível, conferem sentido a um conjunto relevante de

<sup>581</sup> MACCORMICK, *op., cit.*, 2006, pp. 180-181.



normas jurídicas, ou seja, leis e precedentes lidando com o mesmo assunto no mesmo campo do Direito<sup>582</sup>. O caso do setor sucroalcooleiro no Supremo Tribunal enfrenta, nesse aspecto, uma peculiaridade em relação aos demais casos pesquisados. Trata-se do critério da coerência decisória. Não que nos demais casos não tenha faltado esse requisito, mas aqui a falta de integridade fica mais nítida no que se refere a não observância de um dos “materiais jurídicos” (para usar uma expressão de MacCormick): o precedente.

Em pesquisa realizada em 02.08.2014, na página do Supremo Tribunal na *internet*, apareceram quatorze acórdãos<sup>583</sup> publicados a partir de pesquisa com a expressão “sucro\$”<sup>584</sup>, sendo que dez tratam mais especificamente da matéria de fundo do *leading case*.

Os acórdãos apresentam as mais diversas fundamentações: alguns apenas inadmitem o Recurso Extraordinário<sup>585</sup>; outros inadmitem o RE, mas, incoerentemente, tratam do mérito; há os que fazem o mesmo, afirmando que não vão analisar a repercussão geral porque não vão admitir o RE, mas, atecnicamente, tratam do mérito. Há acórdãos julgados por maioria; outros, à unanimidade. Veja-se a tabela abaixo, na qual estão dispostos os processos em ordem de antiguidade de julgamento:

Recurso	1.O STF afasta o exame da repercussão geral, pois vai inadmitir?	2.O STF conhece do recurso?	3.O STF decide o mérito?	4.O STF decide a liquidação?	5.Há divergência interna no STF?
<b>1.AgRg no RE 368.558</b>	Anterior à Lei 11.418/2006	⊗	⊗	⊗	⊗
<b>2.RE 422.941</b>	Anterior à Lei 11.418/2006	S	S	S	⊗
<b>3.AgRg no AI 683.098</b>	⊗	⊗	S	⊗	⊗
<b>4.AgRg no AI 752.432</b>	⊗	⊗	S	⊗	⊗

<sup>582</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, 2008, p. 260.

<sup>583</sup> Excluiu-se da pesquisa as decisões monocráticas.

<sup>584</sup> O símbolo “\$” permite que a pesquisa busque qualquer palavra que comece por “sucro”. Logo, pode ser “sucroalcooleiro”, “sucro-alcooleiro”, apenas “sucro”, bem como grafias equivocadas, como “sucroalcooleiro”.

<sup>585</sup> Doravante identificado com a sigla “RE”.

5. AgRg no RE 598.537	⊘	⊘	S	⊘	⊘
6. AgRg no RE 632.644	⊘	S	S	⊘	S
7. AgRg no RE 634.438	⊘	S	S	⊘	S
8. AgRg no RE 671.353	S	⊘	⊘	⊘	⊘
9. AgRg no AI 777.361	⊘	⊘	S	⊘	S
10. AgRg no RE 648.622	⊘	S	S	⊘	S

A tabela já demonstra, por si, que não há um entendimento pacificado no Supremo sobre a matéria, nem coerência no tratamento dos recursos, principalmente das questões processuais. Mas analisa-se agora as situações ali expostas.

No Agravo Regimental no RE 368.558 (n.º 1) x o RE 422.941 (n.º 2), as duas primeiras linhas apresentam enorme disparidade no que toca à 2ª e à 3ª colunas. São os julgados mais antigos da Corte a respeito do tema.

O primeiro (Agravo Regimental no RE 368.558 - n.º 1 da tabela), era um RE da União, e foi inadmitido, em 16.11.2004. O relator era o ministro Carlos Velloso. Entendeu-se que se tratava de matéria fática e infraconstitucional. Foi o primeiro recurso a ser apreciado no Tribunal sobre o tema. Um ano depois, em 06.12.2005, foi julgado o RE 422.941 (n.º 2 da tabela), recurso de empresa do setor, tendo sido admitido e provido (*leading case*, portanto). O relator era o mesmo ministro Carlos Velloso.

Fica evidente a incoerência, uma vez que no RE da União entendeu-se pelo revolvimento de fatos e de exame de norma infraconstitucional; e, em caso idêntico, mas no recurso da empresa, passou a ser admitido, e provido (e pelo mesmo relator).

Percebe-se, ainda na 2ª coluna, que cinco recursos, de sete (n.ºs 3, 4, 5, 8 e 9), passam a ser inadmitidos por matéria fática e infraconstitucional. Todos os cinco recursos eram da União. Mas a matéria não era constitucional? Não foi conhecido o RE na sessão de julgamento do RE 422.941 (n.º 2). E, observe-se, em dois recursos (Agravo Regimental no RE 632.644 [n.º 6] e Agravo Regimental no RE 648.622 [n.º 9] – este último o mais recente), o STF julga diretamente o mérito. A matéria de mérito é ou não é constitucional? É ou não é matéria fática? Os julgados do Supremo, portanto,

devido à incoerência, não são capazes de fixar uma diretriz segura para as perguntas propostas.

Sobre a existência da repercussão geral: a matéria nunca teve a sua repercussão geral analisada. O único acórdão que explica esse fenômeno é o agravo regimental no RE 671.353 (antepenúltimo julgado da tabela – n.º 8). E o fundamento é o seguinte: não há necessidade de se analisar a repercussão geral porque o RE não será admitido. E de fato não é necessário o exame, conforme dispõe o art. 323 do Regimento Interno do Supremo. Mas como explicar os RE's que julgam apenas o mérito (recursos n.º 6, 7 e 10)? E os que não conhecem e julgam mérito ao mesmo tempo (n.ºs 3, 4, 5 e 9)?

Isso tudo sem nada tratar a respeito da repercussão geral. Nesses julgados, a Corte demonstra falta de técnica, pois julga Recurso Extraordinário sem analisar repercussão geral, às vezes admitindo-os e julgando o mérito. Esse é o estado da arte da justificação de nossos tribunais.

Tal fato nos lembra da complexidade do processo de justificação a partir do ideal de coerência como um elemento de sistematicidade do Direito. E estamos com MacCormick quando afirma que um Direito coerente é preferível ao incoerente, “e são preferíveis as interpretações de um Direito potencialmente incoerente que recuperem, na medida do possível, uma autopercepção coerente”.<sup>586</sup>

### 3.3.5 O setor sucroalcooleiro judicializado – a divergência teórica

Ainda dentro da falta de problematização, pergunta-se: o que são os “danos econômicos” exaustivamente citados nos acórdãos? Será que o que uma determinada pessoa entende por “danos econômicos”<sup>587</sup>, livre iniciativa, responsabilidade universal etc. é a mesma coisa que outra pessoa pensa? Ou seja, será que o conceito desses termos são iguais para todo mundo? Aqui, podemos aplicar a primeira parte desta dissertação, quando afirmamos com Dworkin que a Escola Analítica, representada neste estudo por Hart, pensa que as discussões intersubjetivas são apenas discussão sobre fatos, ou apenas criteriológicas<sup>588 589</sup>, por compartilharmos a mesma semântica,

<sup>586</sup> *Op. cit.*, 2008, p. 265.

<sup>587</sup> Que, diga-se de passagem, é um conceito inexistente na literatura jurídica.

<sup>588</sup> Vide item 1.2.1.

<sup>589</sup> O uso do termo “critério” nesta parte em nada tem a ver com os “critérios de sindicabilidade das decisões” utilizado anteriormente. Uma coisa são os “critérios” que, se adotados, podem servir para averiguar se estamos frente a uma boa decisão, ou seja, uma decisão fundamentada. Outra coisa é pensar que as divergências que

os mesmos aspectos linguísticos. Mas já foi referido que nossas discussões são, na verdade, também teóricas, sobre o próprio conceito de Direito.

O problema é que não conseguimos estabilizar semanticamente<sup>590</sup> a aplicação de uma norma relativamente a termos com palavras de conteúdo valorativo, como é o caso, por exemplo, de “dano econômico”, ordem justa ou livre iniciativa. Em nenhum momento nos acórdãos citados demonstrou-se uma preocupação com essa questão, salvo em um dos votos no julgamento do Superior Tribunal de Justiça<sup>591</sup>, onde se inicia uma discussão parecida sobre “prejuízo contábil” e “prejuízo financeiro”, mas não levada à frente pelos demais ministros.

Já se disse que no processo de aplicação da norma os tribunais deveriam demonstrar como formularam o juízo sobre esses conceitos, já que é no momento da justificação que o magistrado irá levar suas preferências pessoais, seus valores<sup>592</sup>, seu modo de ver o mundo a teste. Conforme Freitas Filho, quanto mais “justificada for a decisão, mais clara ficará a opção política do juiz e mais visíveis ficarão eventuais incoerências entre diversas decisões de tal juiz”.<sup>593</sup>

As cortes utilizaram apenas de princípios como argumento retórico, sem justificar claramente a aplicação deles, deixando de problematizar a questão. Ao trazer a responsabilidade objetiva como salvaguarda de todos os problemas teóricos e práticos do caso, os decisores caíram na discricionariedade positivista. Tudo isso é agravado pelo fato de que se caiu também no aguilhão semântico denunciado por Dworkin, uma vez que implicitamente se entendeu que não haveria divergência sobre o conceito de “dano econômico”. Para os tribunais, a divergência se limitou aos fatos. O conceito adotado apareceu como algo autoevidente<sup>594</sup> nas decisões, o que nos leva a concluir que os tribunais, ao preencherem as expressões valorativas presentes ou não na norma, deixaram de apontar os critérios utilizados para determinar o motivo da consideração de que houve efetivo “dano econômico” e até onde haveria o prejuízo à *livre iniciativa*.<sup>595</sup>

---

existem entre as pessoas se dão apenas quanto aos fatos e não quanto aos conceitos, já que teríamos, diante do uso comum e compartilhado da nossa linguagem, sempre os mesmos “critérios” para identificar alguma coisa. Por exemplo, um veículo automotor somente seria aquele que possui quatro rodas (aqui está um critério que em tese seria compartilhado) e fosse movido a combustível (outro critério). Como já estudado, isso pode servir para identificar alguma coisa do nosso cotidiano (um veículo, uma cadeira, uma cama etc.), mas não se torna útil para identificar conceitos do Direito (por exemplo, justiça, justiça social, igualdade etc.).

<sup>590</sup> FREITAS FILHO, *op. cit.*, 2007.

<sup>591</sup> Voto da ministra Eliana Calmon no julgamento do recurso repetitivo citado acima.

<sup>592</sup> FREITAS FILHO, *op. cit.*, 2007.

<sup>593</sup> *Ibid.*

<sup>594</sup> *Ibid.*

<sup>595</sup> Seria esta numa matriz liberal, social, neoliberal...?

Novamente se traz MacCormick para auxiliar a compreensão do que buscamos justificar:

Nós desenvolvemos diferentes filosofias do Direito a partir de concepções rivais da legalidade, e não a partir de alguma forma de descrição empírica das coisas tal como elas são ou da semântica da linguagem ordinária. A maior ou menor força da abordagem filosófica depende da consistência e atratividade da concepção que ela propõe desse valor político importante, considerado em conjunto com outros valores importantes como democracia, liberdade ou igualdade. A metodologia que sigo neste livro está particularmente em sintonia com essa ideia de Dworkin.<sup>596</sup>

Por óbvio, o Judiciário poderia fazer essa problematização e chegar ao mesmo resultado, ou seja, a condenação da União. Mas isso mostra que há um déficit de justificação nos tribunais brasileiros, com potenciais problemas econômicos e sociais.

Quer-se dizer, então, que não parece acertado simplificar o Direito a ponto de se pensar que sempre compartilhamos de critérios-comuns acerca do conceito de algo. A posição de que as divergências são apenas factuais, justamente por partilharmos desses mesmos critérios, pode ser útil para identificarmos o conceito de carro, bicicleta, televisão etc., mas isso se torna impossível para identificarmos o conceito de Direito, de livre iniciativa, de “dano econômico” etc.<sup>597</sup>. Pertinente a leitura de Ronaldo Porto sobre esse aspecto:

[...] a despeito de Dworkin ter ou não razão em atribuir a Hart a aceitação de uma concepção semântica criterial, o ponto central de seu argumento sobre o desacordo teórico subsiste mesmo diante de uma concepção não semântica. Isso porque seu argumento não pressupõe que inexistam situações de desacordo que podem ser explicadas por concepções semânticas. Ele afirma, porém, que há tipos de desacordo, notadamente aqueles tão comuns nas práticas argumentativas jurídicas, que não podem ser assim explicados.<sup>598</sup>

É necessário um aspecto interpretativo da prática social sobre esses conceitos, já que essa análise é sempre substantiva e engajada. Como diz Dworkin, “O direito não é esgotado em nenhum catálogo de regras e princípios, cada qual com seu próprio

---

<sup>596</sup> *Op. cit.*, 2008, p. 39.

<sup>597</sup> “Os conceitos de liberdade, democracia etc. [e aqui poderia tranquilamente incluir os conceitos pesquisados neste tópico] funcionam [...] como conceitos interpretativos de *valor*: seu sentido descritivo é contestado, e a contestação gira em torno de qual especificação de um sentido descritivo melhor apreende ou melhor dá conta desse valor. O significado descritivo não pode ser removido da força valorativa porque o primeiro depende do segundo desse modo particular” (DWORKIN, *op. cit.*, 2010, p. 212).

<sup>598</sup> MACEDO JR., *op. cit.*, p. 185.

domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos [e nem] por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas”.<sup>599</sup>

### 3.4 O (potencial) impacto da simplificação do Direito

Para finalizar o estudo, e também para o assunto ficar mais no plano de dados, a falta de responsabilidade com um julgamento sério, vale dizer, não arbitrário, bem fundamentado, problematizado, *pode* traduzir-se em impactos financeiros exorbitantes. É de se registrar que esta parte não se faz com um rigorismo científico, até porque não se tem como fazer uma análise fiscalista do que se dirá. Mas se torna importante na medida em que, após trazer um apanhado teórico acerca da complexidade do Direito e da responsabilidade do Judiciário, e verificar o déficit de justificação na práxis dos tribunais brasileiros, esta dissertação faz uma reflexão da consequência prática que pode acarretar um caso não problematizado.

No Brasil, sobretudo no pós-88, houve um aumento exponencial do protagonismo do Judiciário operado pela necessidade de concretização das promessas das constituições dirigentes e compromissórias – função política de preservação da vontade constitucional. Em outras palavras: com o advento do Estado Social e Democrático de Direito, os chamados direitos de segunda dimensão tiveram uma forte influência na atividade judicial. Os juízes passaram a se preocupar em garantir e dar efetividade às chamadas normas programáticas. Isso já foi analisado em outro momento.

Contudo, a falta de controle acerca dos limites e possibilidades da atividade (simplista e discricionária) dos tribunais *pode* erigir um paradoxo. Ao mesmo tempo em que os direitos sociais, prometidos pela Constituição de 1988, demandam uma maior atuação do Judiciário, a falta de problematização na identificação do Direito no caso concreto acaba por comprometer, qualitativamente, o resultado dessa importante função constitucional.

Pretende-se com este trabalho, além do seu objeto principal de comprovar que vivenciamos uma simplificação do Direito por um déficit de justificação (com prejuízo ao controle popular), contribuir na reflexão acerca do papel do Judiciário na democracia pós-88.

---

<sup>599</sup> *Op. cit.*, 2007, p. 492.

O Judiciário permanece imune ao diagnóstico negativo de qualquer problema social. Exemplifica-se essa afirmação com aqueles que se centraram na análise das falhas dos mecanismos de assistência social<sup>600</sup>. Tendo por base os debates do I Fórum de Administração de Políticas Sociais, promovido pela Escola de Administração Pública da Federação Getúlio, as autoras Sposati, Carvalho e Fleury<sup>601</sup> elencaram os problemas da política assistencial no Brasil. Conforme publicado, as razões do combalido projeto de políticas sociais são: a) a centralização e autoritarismo; b) a inadequação ante as demandas prevalentes; c) a insuficiência de recursos alocados; d) a dispersão quanto às fontes de dotação de recursos financeiros; e) a concentração da renda; f) a baixa produtividade e qualificação dos recursos humanos; g) os péssimos salários; h) a burocracia e a incapacidade gerencial; i) o paternalismo etc. Veja-se que o problema é centrado nos Poderes Executivo e Legislativo (este em menor abrangência). Em nenhum momento se cogitou envolver o Judiciário nessa discussão.

A preocupação que externamos neste item, ou seja, até que ponto o Judiciário deve se sentir responsável por uma decisão de forte índole social e econômica, levou Campilongo a pôr em dúvida, inclusive, a própria competência do Judiciário para lidar com algumas dessas questões:

Nas sociedades complexas não é simples definir em termo éticos e substantivos o que é o bem comum ou a vida digna. [...] o enfrentamento casuístico, conjuntural, singular e diversificado desses problemas [desequilíbrios sociais] pelo juiz de primeira instância [...] por sua natureza fragmentária e diversificada pode, também, transformar-se num sistema absolutamente irracional de tomada de decisões, com enormes riscos e custos políticos, jurídicos e econômicos. Riscos e custos, vale sublinhar, de agravamento dos problemas que pretende resolver. [...] O problema é particularmente grave quando estão em jogo racionalidades materiais opostas. [...] A tolerância administrativa ou judicial para a ocupação de áreas de proteção de mananciais por grupos sem-teto pode redundar na poluição da água a ser utilizada por toda a população. A defesa cega e intransigente do meio ambiente pode provocar o desemprego. Dito de outro modo: a busca de maior igualdade, paradoxalmente, provoca novas desigualdades. O Judiciário não está habilitado, nem teórica nem operacionalmente, para lidar com essa contingência. Além disso, nesses casos, os efeitos imprevistos e indesejados ocorrem somente após a tomada de decisão, quando o juiz já não tem nenhuma responsabilidade ou controle sobre o caso (salvo raras exceções, como nas questões ambientais, em que a coisa julgada tem características peculiares). É natural que se coloque a dúvida sobre a

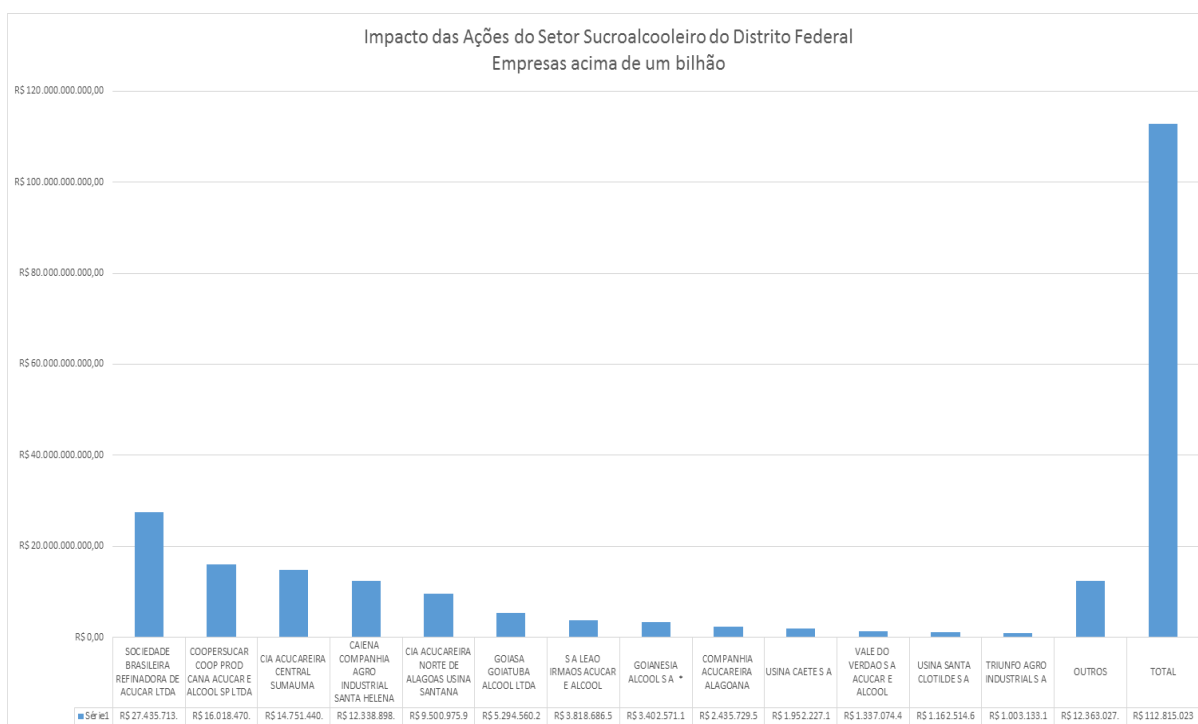
---

<sup>600</sup> No sentido amplo, ou seja, qualquer política pública que promova um melhoramento na qualidade de vida da população menos favorecida.

<sup>601</sup> SPOSATI, Aldaíza; CARVALHO, Maria do Carmo Brant de; FLEURY, Sônia Maria Teixeira. **Os direitos (dos desassistidos) sociais**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2012, pp. 114-115.

competência do juiz ou dos tribunais em geral para lidar com essas questões.<sup>602</sup>

No contexto atual, tendo em vista que o Judiciário ganhou uma função especial na temática dos programas de ação social do Estado<sup>603</sup>, se mostra importante analisar as consequências econômico-financeiras dos acórdãos escolhidos para teste. Conforme dados extraídos dos Departamentos de Cálculos e Perícias e de Serviços Públicos da Advocacia-Geral da União, os processos do setor sucroalcooleiro têm um impacto potencial que gira em torno de 112 bilhões de reais; isso apenas no Distrito Federal. Vejamos os quadros:



Fonte: Departamento de Cálculos e Perícias e Departamento de Serviço Público da Advocacia-Geral da União.

<sup>602</sup> *Op. cit.*, pp. 107-108.

<sup>603</sup> A primeira função política colocada acima.



AUTOR_PRINCIPAL	TOTAL
SOC BRAS REFINADORA	R\$ 27.435.713.015,88
COOPERSUCAR	R\$ 16.018.470.724,97
CIA ACUC CENTRAL SUMAUMA	R\$ 14.751.440.765,49
CAIENA	R\$ 12.338.898.149,25
USINA SANTANA	R\$ 9.500.975.902,46
GOIASA GOIATUBA	R\$ 5.294.560.267,23
S A LEAO IRMAOS	R\$ 3.818.686.519,60
GOIANESIA	R\$ 3.402.571.182,32
ALAGOANA	R\$ 2.435.729.544,65
USINA CAETE S A	R\$ 1.952.227.138,20
VALE DO VERDAO S	R\$ 1.337.074.457,26
SANTA CLOTILDE S A	R\$ 1.162.514.603,89
TRIUNFO AGRO INDUST	R\$ 1.003.133.102,78
OUTROS	R\$ 12.363.027.865,06
TOTAL	R\$ 112.815.023.239,05

Fonte: Departamento de Cálculos e Perícias e Departamento de Serviço Público da Advocacia-Geral da União.

Isso é superior ao orçamento de alguns ministérios que têm como função primordial a própria realização de políticas públicas de assistência social e à saúde<sup>604</sup>. Devemos afirmar que o intuito nesta parte não é trazer dados empíricos sobre o déficit orçamentário em determinada política pública, por exemplo. Não estamos preocupados, pelo menos nos limites deste trabalho, em demonstrar de fato que o déficit dos cofres públicos decorre de julgamentos simplificados. Isso parece até mesmo impossível, já que o orçamento da União é único.<sup>605</sup>

Fica essa afirmação, portanto, assumidamente no plano das hipóteses e intuições. Mas pretendemos, com esta parte final do trabalho, mostrar que o Judiciário não pode ficar imune ao controle social e que também deve se sentir responsável em alguma medida pela carência de recursos financeiros do Estado.<sup>606</sup>

Tal preocupação pode ser vista do próprio voto do desembargador federal João Batista, do Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

<sup>604</sup> Os valores do potencial impacto dos processos judiciais do setor sucroalcooleiro são quase o *dobro* do orçamento de 2014 do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (R\$ 68 bilhões) e maiores do que a totalidade do orçamento de 2014 do Ministério da Saúde (R\$ 106 bilhões), conforme anexo II da Lei 12.952/2014 (LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL - LOA). Encontrado em <https://orcamento.federal.gov.br/orcamentos-aneais/orcamento-2014/loa/Anexo%20II%20-%20LOA%202014.pdf>. Acesso em: 20. Ago. 14.

<sup>605</sup> Esse tipo de pesquisa exigiria um exercício de futurologia, para saber onde o gestor escolheria alocar esses valores. Por isso, fizemos questão de colocar neste subitem o verbo *poder* (por exemplo: a decisão simplificada *pode* acarretar...) de forma grifada. Ainda assim, percebe-se que o impacto é de tamanha expressão que o risco fiscal contingente nas ações do setor sucroalcooleiro, conforme anexo do Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2015 (PLDO), é de R\$ 173,5 bilhões de reais. Disponível em: [http://www.orcamento.federal.gov.br/orcamentos-aneais/orcamento-2015/arquivos-ldo/anexo\\_v\\_riscos\\_fiscais.pdf](http://www.orcamento.federal.gov.br/orcamentos-aneais/orcamento-2015/arquivos-ldo/anexo_v_riscos_fiscais.pdf). Acesso em: 19. Ago. 2014.

<sup>606</sup> Não estamos levando em conta outros problemas que causam a falta de recursos orçamentários, como a má gestão e a corrupção.

BUSCAR AQUELE JULGAMENTO QUE ELE FALA DAS OUTRAS POSSIBILIDADEDES... E DE REPENTE COLOCAR ESTE NA CONCLUSAO Mais uma vez, gostaria de sugerir aos ilustres pares uma releitura do art. 37, par. 6º, da Constituição. Entendo que nunca foi tão oportuna essa releitura como quando se busca superar o modelo de Estado liberal, ou neoliberal (alguns até chamam, para os Estados periféricos, de modelo neonaziliber), e alcançar o modelo de Estado participativo, da democracia direta. **Nesta visão, impõe-se repensar também a responsabilidade extracontratual do Estado para concluir que quem está pagando a indenização não é um Estado distante de nós**, mas nós mesmos; de nosso bolso é que vai sair o dinheiro. E, pior, o valor da indenização vai ser subtraído da esperança de uma refeição (não três) diária a milhares de miseráveis. **O pagamento dessa indenização (no caso anterior, conforme foi anunciado, trata-se de R\$ 4.000.000.000,00) significa menos recursos para programas sociais. É grande a responsabilidade do juiz em casos da espécie. Se defere o pedido sem o requisito da prova suficiente do dano e sua causa, está transferindo dinheiro do povo para grupos econômicos. Isto não é cumprir a Constituição.**

Aliás, estamos com aqueles que admitem que as consequências econômicas podem se traduzir em verdadeiros argumentos jurídicos e, assim, ser levadas em consideração pelos decisores, já que por detrás dessas consequências diversos valores estão em debate, ainda que implicitamente. É o caso do setor sucroalcooleiro. Sob toda a discussão fática, há o tratamento de normas constitucionais, objetivos constitucionais<sup>607</sup>. Parece ser isso o que Piscitelli propõe dentro da seara tributária:

Não obstante, porque esses argumentos são marginais na justificação dos votos – já que não seriam aptos a receber o qualificativo “jurídicos” – esse tipo de debate sequer é trazido à tona no julgamento. Seja a Fazenda, sejam os julgadores, ao procederem a esse tipo de alegações, limitam-se a repetir obviedades, relacionadas com a necessidade de defesa do interesse público, via arrecadação tributária. **O reconhecimento de argumentos como tais como jurídicos**, porque, sim, referem-se a um dos elementos da concepção de direito tributário aqui proposta, **resgataria esse tema e o traria para o debate judicial. O resultado seria a produção de decisões mais bem fundamentadas, inclusive porque as partes, ao procederem a alegações desse tipo, veriam-se no dever de justificá-las detalhadamente**<sup>608</sup>. (grifos no original)

Dworkin também não foge dessa possibilidade:

[...] o argumento normativo que proponho não condena, em si, os juízes que consideram as consequências sociais de uma norma relativa a prova em confronto com outra... Não afirmo, certamente, que os juízes nunca levam em conta as consequências sociais ao fixar normas de convencimento ou outras regras processuais. Assim, não constitui um exemplo contrário à minha

<sup>607</sup> Justiça social, valores regidos pela ordem econômica constitucional etc. Mas, diante da coerência a ser buscada com este trabalho, todos esses argumentos, mesmo que considerados jurídicos, devem sempre fazer parte do campo justificatório do decisor.

<sup>608</sup> *Op. cit.*, p. 250.

afirmação quando os juízes consideram o interesse do público ao decidir se uma organização de proteção a crianças ou um ramo da imprensa deve revelar informações que têm relação com a decisão à sua frente.<sup>609</sup>

Não é simples conferir ao juiz a capacidade de definir em nome do Estado quais valores este deve abraçar<sup>610</sup>. É por isso que os objetivos sociais, quando frente a casos complexos, cuja resposta não se tem de modo dedutivo, devem ser levados no cálculo decisório.

Esse argumento não só não constitui uma prática judicial antidemocrática ou uma suplantação do papel do legislador, como representa uma observação aos postulados constitucionais<sup>611</sup> de matriz político-social. Por outra parte, é verdade que a consideração acerca das “consequências sociais da decisão não pode ser o único norte do raciocínio judicial, porém nem está ausente por completo na atuação efetiva dos tribunais”<sup>612</sup>, nem parece, também, que deva está-lo.

---

<sup>609</sup> *Op. cit.*, 2005, pp. 112-113.

<sup>610</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, 2011, p. 107.

<sup>611</sup> SANCHÍS, *op. cit.*, 2012, p. 237.

<sup>612</sup> *Ibid.*

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso retornar agora às premissas iniciais, a fim de responder algumas indagações colocadas como o objeto de pesquisa. O Direito é algo complexo? Se sim, ele pode ser simplificado? O Judiciário está cumprindo sua função constitucional? Dentro da práxis decisória, há alguma situação que permita avaliar essas questões?

Pois bem. Acreditamos ter elementos que possibilitem responder a essas indagações. De início, o Direito tem um discurso complicado. Simplificá-lo seria deixar sua identificação e justificação a cargo do subjetivismo do intérprete, material com o qual o positivismo jurídico sempre trabalhou, seja qual for a matriz utilizada. O tripé formador do que chamamos de “Escola do Direito de Oxford” foi fundamental para a demonstração da dificuldade de identificação do Direito de uma dada sociedade. É com ele que chegamos à conclusão de que o Direito não é uma epifania, como se encontrá-lo fosse algo momentâneo e heurístico. Há um caráter de fenômeno social complexo nele e que o liga à determinada concepção de Estado, à política e às escolhas valorativas consideradas primordiais pela sociedade.

A ideia do Direito como prática é um empreendimento onde os participantes fazem reivindicações ao longo do tempo em formas repetidas, nada obstante muitas vezes não comuns, sendo justamente isso que dá o caráter iterativo do Direito. Aqueles envolvidos nessa prática percebem que as permissões e exigências feitas por ela ficam na dependência da discussão e mobilização da verdade e correção de certas proposições. Foi Dworkin quem nos permitiu postular que o Direito é uma prática interpretativa e construtiva, exemplificando com a questão de que certos povos que dispõem de um Direito fazem reivindicações sobre o que é permitido e proibido por ele. E que grande parte dessa identificação passa pela descoberta mediante a observação de como eles realizam, fundamentam e defendem essas reivindicações.

Também por isso que ao longo desta dissertação o enfoque se deu na justificação jurídica a partir do ponto de vista dos decisores, ao tentar, conforme o “tripé de Oxford”, apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica, mas não pelo fato de que se pode compreendê-la totalmente ao analisar suas palavras, mas sim porque o argumento nos processos judiciais, conforme a crítica dworkiniana, continua sendo um bom paradigma para a exploração do aspecto central e de proposição da prática jurídica. E até mesmo a regra de reconhecimento hartiana depende dessa observação da prática complexa na identificação do Direito a partir de

alguns critérios determinados, não obstante para o positivismo sejam independentes de uma avaliação do conteúdo das regras.

Portanto, todo o arsenal teórico que nos foi fornecido pelos filósofos do Direito na parte inaugural deste estudo mostra que aquela tendência diagnosticada inicialmente, de ver o Direito instrumentalizado, ou seja, como um meio para a consecução de certos fins ou propósitos, nada obstante seja natural em órgãos eminentemente políticos, não pode ser encarada como um campo livre e lotérico.

E isso aumenta de importância pelo fato de que, no Brasil, sobretudo no pós-88, houve um aumento exponencial do protagonismo do Judiciário operado pela necessidade de concretização das promessas da nossa Constituição dirigente e compromissória. E aqui reside a primeira das duas mais recentes funções políticas do Judiciário: de preservação da vontade constitucional. Em outras palavras: com o advento do Estado Social e Democrático de Direito, os chamados direitos de segunda dimensão tiveram uma forte influência na atividade judicial. Os juízes passaram a se preocupar em garantir e dar efetividade às chamadas normas programáticas.

Isso, aliado à segunda função política, qual seja, de prestação de contas ao jurisdicionado, formaram a temática principal investigada. Mas para tanto, foi necessário trazer alguma teoria que possibilitasse verificar a hipótese inicial, qual seja, a de que o Judiciário vem, sistematicamente, e de forma discricionária, simplificando o Direito e deixando de justificar sua atividade decisória. Optamos, então, por utilizar a doutrina de Neil MacCormick. E ela pareceu adequada para essa atividade, sobretudo porque possibilitou no plano empírico verificar aquela intuição introdutória. Foi com as suas categorias teóricas – coerência, consistência e consequência – que houve a sindicabilidade das decisões escolhidas para teste, as quais permitiram verificar que de fato há um déficit de justificação nos tribunais brasileiros.

Ainda no campo teórico, foi possível concluir o acerto da postulação dworkiniana no sentido de que nossas divergências, se verdadeiras, não ficam no plano estrito dos fatos, mas sim se relacionam com nossas questões teóricas, sobre o próprio conceito de Direito e de palavras/termos com forte carga avaliativa (teoria da interpretação das práticas sociais).

Com a pesquisa, não nos pareceu acertado simplificar o Direito a ponto de se pensar que sempre compartilhamos de critérios-comuns acerca do conceito de alguma coisa. A posição de que as divergências são apenas factuais, justamente por partilharmos desses mesmos critérios, pode, como agora de fato concluímos, ser útil

para a identificação do conceito de carro, bicicleta, televisão etc., mas isso se torna impossível para identificarmos o conceito de Direito, de livre iniciativa e de “dano econômico”.

Como se procurou refletir, é apenas no nível de justificação das decisões que o jurisdicionado tem a oportunidade de fazer o controle da atividade estatal. A falta de justificação importa, então, no empobrecimento do controle acerca dos limites e possibilidades da atividade, ainda simplista e discricionária, dos tribunais, o que, além de violar a própria função político-constitucional do Judiciário, ainda pode erigir o seguinte paradoxo: ao mesmo tempo em que os direitos sociais, prometidos pela Constituição Federal de 1988, demandam uma maior atuação do Judiciário, a falta de problematização na identificação do Direito no caso concreto acaba por comprometer, qualitativamente, o resultado dessa importante função constitucional. Portanto, como reflexão, se colocou em pauta de forma provocativa alguns efeitos potenciais que podem surgir da seara judicial sob a ótica econômico-orçamentária, não obstante nesse campo o Judiciário ainda permaneça imune a críticas.

Este trabalho quis desconstruir algumas ideias presentes sobre o estudo da atividade judicial ao alertar que ainda estamos submetidos a um ato imperial e de força dos decisores. Afirmar que os juízes têm na função política algo de relevante e positivo não significa uma simbiose entre poderes diversos. É na prestação de contas judicial que reside a preservação das garantias jurídicas dos cidadãos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis, *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, núm. 8, 1990.

ALEXY, Robert. A argumentação jurídica como discurso racional. *In: Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Org. Anderson V. Teixeira e Elton S. de Oliveira. Barueri: Manole, 2010.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito**. Lisboa/Portugal: Instituto Piaget, 2005.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

\_\_\_\_\_. **Derecho y argumentación**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

\_\_\_\_\_. **Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico**. Barcelona/ESP: Ariel, 1993.

BAKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011.

BANKOWSKI, Zenon. No espaço do julgamento a ansiedade do confronto. *In.: MACEDO JR., Ronaldo Porto e BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org). Direito e interpretação. racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARBAROSCH, Eduardo. La función de la interpretación en el derecho y la controversia en cuanto a su alcance en algunas de las teorías del derecho. *In.: Rodolfo Vigo [et.al.]. Interpretación y argumentación: problemas y perspectivas actuales*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

BENGOETXEA, Joxerramon. **El último MacCormick: la razón práctica y una narrativa coherente en torno a la soberanía post-nacional**. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2009.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1989.

BERTEA, Stefano. MacCormick's Latest Views of Legal Reasoning and the Positivist Concept of Law. *In: The Post-Sovereign Constellation Law and Democracy in Neil*

**D. MacCormick's Legal and Political Theory.** Agustín José Menéndez and John Erik Fossum (eds). Centre for European Studies University of Oslo, Oslo: Arena, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto-vista do ministro Herman Benjamin no REsp 771.787/DF. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 09. Set. 14.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 771.878/DF. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 08. Out. 13.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg na Reclamação 12.124/PR de relatoria da Ministra Rosa Weber. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 12. Jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 571.969/DF. Informativo nº 738, do Supremo Tribunal, de 10 a 14 de março de 2014. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 02. Set. 14.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. EAC 0037746-53.1999.4.01.3400 / DF, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Rel.Acor. Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira (Conv.), Terceira Seção, E-Djf1 P.16 De 09/04/2013. Disponível em [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br). Acesso em: 18. Ago. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. REsp 1347136/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, Julgado Em 11/12/2013, Dje 07/03/2014. Disponível em [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br). Acesso em: 10. Ago. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo nº 00098597419924058300, Apelreex16074/PE, Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt, Primeira Turma, Julgamento: 13/09/2012, Publicação: Dje 20/09/2012 - Página 322. Disponível em [www.trf5.jus.br](http://www.trf5.jus.br). Acesso em: 20. Ago. 2014.

BUSTAMANTE, Lino Rodrigues-Arias. ***El pensamiento institucional de Santi Romano***. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, Núm. 57, Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social Filosofía del derecho y problemas de filosofía social, vol. IV, 129-145, 1981. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1013>. Acesso em: 21. Abr. 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Em busca de uma filosofia do direito não-positivista: revisitando o debate com o professor Alfonso García Figueroa. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, Ano 2, n. 8, out./dez. 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria do direito e decisão racional – temas de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



\_\_\_\_\_. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 106, jan./jun. 2013.

CALSAMIGLIA, Albert. *¿Por qué es importante Dworkin?* In: **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, vol. 2. Alicante: Universidade de Alicante, 1985.

\_\_\_\_\_. *Postpositivismo*. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, núm. 21, 1998.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. A representação política e o direito moderno. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, n. 49, primavera/1988.

\_\_\_\_\_. **Os desafios do judiciário**: um enquadramento teórico. In: FARIA (Org.), 2010.

\_\_\_\_\_. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Sem inovações no Sistema Judiciário. **Jornal da Tarde**, São Paulo, Segunda-Feira, 11 abr. 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição constitucional e democracia – integridade e pragmatismo nas decisões do STF**. Curitiba: Juruá, 2007.

CELLA, José Renato Graziero. **Legalidade e discricionariedade**: o debate entre Hart e Dworkin. Comunicação apresentada nas XIX Jornadas Argentinas y Primeras Jornadas Argentino-Brasileñas de Filosofía Jurídica y Social (San Carlos de Bariloche, Río Negro, Argentina, 7, 8 y 9 de octubre de 2005), com exposição em 08 de outubro de 2005. Disponível em [http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo\\_27.pdf](http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_27.pdf). Acesso em: 16. Jul. 2014.

CORDEIRO, Paulo Machado. **A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2007.

COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 1, pp. 9-46, jan./abr. 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**: o fundamento místico da autoridade. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. A Conferência McCorckle de 1984: as ambições do direito para si próprio. **Veredas do Direito**, Vol. 1. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, Janeiro/Junho 2004.

\_\_\_\_\_. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF, 2010.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. Uma vitória maior do que se pensava. **Revista Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, Nov./dez. 2012.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito. Temas e desafios**. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: WMF, 2006.

\_\_\_\_\_. A filosofia do direito na Itália na segunda metade do século XX. Tradutores: Dirce Nazaré de Andrade Ferreira e Aloisio Krohling. **Revista Direito, Estado e Sociedade** n. 42, jan/jun 2013.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. *In*: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. Pela democratização do Judiciário. *In.*: FARIA, José Eduardo (Org). **Direito e justiça. A função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A teoria do estado no fim do século XIX e no início do século XX**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.

FERNANDES, Giuliano. **O sentido da filosofia política: um estudo acerca do debate Dworkin-Hart entre direito como integridade e poder discricionário dos juízes**. Orientador: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. 90 f. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, mar./abr./mai. 1994.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Madrid/Esp: Marcial Pons, 2007.

FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

\_\_\_\_\_. Decisões jurídicas e teoria linguística. O prescritivismo universal de Richard Hare. **Revista de Informações Legislativas**, Brasília, a. 45, n. 178, abr./jun. 2008.

\_\_\_\_\_. Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 44, n. 175, jul./set. 2007.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HARE, R.M. **Moral Thinking. Its level, method and point**. Oxford: Clarendon Press, 198.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HAURIUO, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação. Ensaio de vitalismo social**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

HOERSTER, Norbert. **En defensa del positivismo jurídico**. Barcelona: Gedisa, 2000.

HOLMES, Oliver Wendell. **O direito comum: as origens do direito anglo-americano**. São Paulo: Cruzeiro, 1967.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. 364 f. Tese (Doutorado em Direito) apresentada ao programa de pós-graduação da UnB, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1976.

KNOPFHOLZ, Alexandre. A crise do positivismo na pós-modernidade. **Revista Jurídica**, n. 24, Temática n. 8, 2010.

LA TORRE, Mariano C. Melero de. **Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley**. Valencia: Tirant to Blanch, 2012, versão *kindle* e-book.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÁZARO, Fernando Guanarteme Sánchez. **Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable**. Granada/ESP: Comares, 2009.

LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL - LOA. Disponível em <https://orcamento.federal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2014/loa/Anexo%20II%20-%20LOA%202014.pdf>. Acesso em: 20. Ago. 14.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário. *In*: FARIA José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial. fundamentos de direito**. Trad. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial. Dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACCORMICK, Neil. Ainda sobre instituições e direitos. *In*: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski e OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. Barueri: Manole, 2010.

\_\_\_\_\_. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Argumentación e Interpretación en el Derecho**. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2010.

\_\_\_\_\_. **Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política**. Madrid/Esp: Tecnos, 1990.

\_\_\_\_\_. Direito, interpretação e razoabilidade. *In*. **Direito e interpretação. Racionalidades e instituições**. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (Org.). São Paulo: Saraiva, 2011b.

\_\_\_\_\_. Entrevista feita a Manuel Atienza. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006.

\_\_\_\_\_. **H.L.A. Hart**. Trad. Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

\_\_\_\_\_. **Instituciones del derecho**. Trad. Fernando Atria. Madrid/ESP: Marcial Pons, 2011a.

\_\_\_\_\_. La argumentación silogística: una defensa matizada. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, pp. 321-334, 2007. Vide, também, MACCORMICK, *op. cit.*, 2008.

\_\_\_\_\_. **Retórica e estado de direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes; Cláudio Michelon e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia. Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **O decisionismo jurídico de Carl Schmitt**. Teoria Política do Instituto de Estudos Avançados da USP, 1993.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional. Discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ**, Itajaí, v. 16, n. 2, mai./ago. 2011.

MATOS, Andityas Soares de M. Costa. **Contra Natvram. Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2013.

MENDES, Conrado Hubner. O Supremo ainda é muito obscuro. **Revista Época**, n. 684, 27 jun. 2011.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Apresentação: Dworkin e as ambições do direito. Veredas do Direito**, Vol. 1. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, Janeiro/Junho 2004.

MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade. Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito**. São Paulo; RT, 2004.

\_\_\_\_\_. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 21, mar./2002.

MIRANDA, Carmen Maria García. **La unidade en el concepto de ordenamiento jurídico de Santi Romano**. Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña, 2, 287-297, 1998. Disponível em <http://ruc.udc.es/handle/2183/1982>. Acesso em: 23. Abr. 2014.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Modelo argumentativo constitucional. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org). **Argumentação e estado constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. *In*: **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Coordenador Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

\_\_\_\_\_. Argumentação Jurídica e Decisionismo. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) **Crises e desafios da Constituição. Perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b.

PÁRAMO, Juan Ramón de. Entrevista a H.L.A. Hart. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, vol. 5. Alicante: Universidad de Alicante, 1988.

PATTERSON, Dennis. Após a análise conceitual: a ascensão da teoria e prática. *In*: **Direito e interpretação. Racionalidades e instituições**. Org. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAULSON, Stanley L. A ideia central do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011.

PEIXINHO, Manoel Messias. Fundamentos teóricos do positivismo e do neoconstitucionalismo. *In*: **Neoconstitucionalismo**. Org. Regina Quaresma, Maria Lucia de Paula Oliveira e Farlei M. R. de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **La motivation des décisions de justice**. Bruxelles: Centre Nationale de Recherches de Logique, 1978.

PINO, Giorgio. *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, 1, 1998.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011/2012.

POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, introdução.

\_\_\_\_\_. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAZ, Joseph. Teoria e Conceitos. Réplica a Alexy e Bulygin. In.: MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

REGLA, Josep Aguiló. Do “império da lei” ao “estado constitucional”. Dois paradigmas jurídicos em poucas palavras. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org). **Argumentação e estado constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012.

RIEFEL, L. R. R. **Um mundo feito**: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner. 2006. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Luis Fernando Barzotto. Repositório Digital da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em <http://hdl.handle.net/10183/8053>. Acesso em: 08. Jul. 2014.

ROBLES, Gregorio. *Hart: Algunos Puntos Críticos*. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, vol. 21-II. Alicante: Universidade de Alicante, 1998.

ROMANO, Santi. **Fragments de un Diccionario Jurídico**. Traducción Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A., 1964.

\_\_\_\_\_. **O ordenamento jurídico**. Tradução Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

SANCHÍS, Luis Pietro. Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade de solução justa. In: **Argumentação e estado constitucional**. Eduardo Ribeiro Moreira (Org). São Paulo: Ícone, 2012.



SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna. Coimbra, **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 30, jun. 1990.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria M. Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais na sociedade contemporânea**. Centro de Estudos Sociais de Coimbra, n. 65, pp. 2-62, Nov. 1995. Disponível em <http://web.ces.uc.pt/ces/publicacoes/oficina/065/65.pdf>. Acesso em: 10. Jul. 2014.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria da constituição, democracia e igualdade**. Sem data. Disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf). Acesso em: 10. Ago. 14.

SPOSATI, Aldaíza; CARVALHO, Maria do Carmo Brant de; FLEURY, Sônia Maria Teixeira. **Os direitos (dos desassistidos) sociais**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2012.

STRÄTZ, Murilo. O direito constitucional estadunidense na perspectiva retórica de Neil MacCormick. **Revista CEJ**, Brasília, ano XVI, n. 57, p. 19-35, maio/ago. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito. Desvelando as obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o “o problema da discricionariedade dos juízes”. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet**. Disponível em [http://www.animaopet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.animaopet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf). Acesso em: 05. Abr. 14.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 15, jan-abr 2010.

STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. *In: Direito e interpretação. Racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (Org). São Paulo: Saraiva, 2011.

TESSARA, Andrés Ollero. A crise do positivismo jurídico. Paradoxos teóricos de uma rotina prática. *Revista Tributária e de Finanças Públicas. Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 1, out./dez. 1992.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jan./jun. 2005.

TORRE, Massimo Ia. *Reglas, instituciones, transformaciones. consideraciones sobre el paradigma evolución del derecho*. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 1993.

\_\_\_\_\_. Teorias institucionalistas do direito (esboço de uma voz de enciclopédia). *Revista Derechos y Libertades*, número 14, Época II, Enero 2006.

VOSO, Gianluca. *La Teoria dell'Istituzione tra Diritto e Politica*. *Tesi di Laurea, Università degli Studi di Napoli - Federico II*, 159 p., 19.12.2006. Disponível em <http://www.tesionline.it/v2/thesis-detail.jsp?id=16274>. Acesso em: 24. Abr. 14.

WEINBERGER, Ota. *Entrevista feita a Eugenio Bulygin*. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 11, 1992.

WRÓBLEWSKI, Jérzi. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid/Esp: Civitas, 1985.

\_\_\_\_\_. *Sentido y hecho en el derecho*. Trad. Francisco Javier E. Ganuzas. México D.F.: DJC, 2003.

ZAVASCKI, Liane Tabarelli. Um diálogo entre Dworkin e Perelman: reflexões sobre interpretação judicial e poder discricionário. *In: ZAVASCKI, Liane Tabarelli, BUHRING, Márcia Andrea e JOBIM, Marco Félix (Org.)*. *Diálogos constitucionais de direito público e privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.