

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

HENRIQUE ABEL

**A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – POSITIVISMO, PRAGMATISMO E
CETICISMO NO CENÁRIO DO “PÓS-POSITIVISMO”**

**São Leopoldo
2011**

HENRIQUE ABEL

A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – POSITIVISMO, PRAGMATISMO E
CETICISMO NO CENÁRIO DO “PÓS-POSITIVISMO”

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre, pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos -
UNISINOS

Orientador: Prof^ª Dr^ª Fernanda Frizzo Bragato

São Leopoldo
2011

A139d Abel, Henrique

A discricionariedade judicial e sua (in)compatibilidade com o Estado democrático de direito – positivismo, pragmatismo e ceticismo no cenário do “pós-positivismo”/ por Henrique Abel. 2011.

122 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2011.

Orientadora: Profª Drª Fernanda Frizzo Bragato.

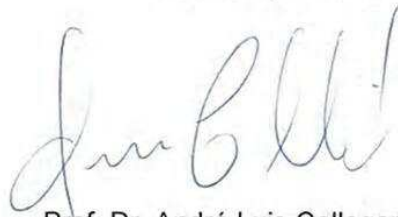
1. Direito - Positivismo. 2. Discricionariedade judicial. 3. Neoconstitucionalismo. 4. Ceticismo. 5. Dworkin, Ronald. I. Título. II. Bragato, Fernanda Frizzo.

CDU 340.13

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “A discricionariiedade Judicial e sua (IN)Compatibilidade com o Estado Democrático de Direito – Positivismo, Pragmatismo e Ceticismo no Cenário do “Pós-Positivismo”, elaborado pelo mestrando Henrique Abel, foi julgado adequado e aprovado por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 12 de dezembro de 2011.



Prof. Dr. André Luis Callegari

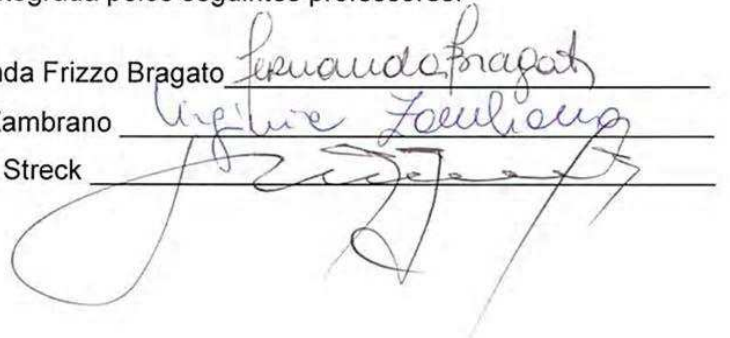
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Fernanda Frizzo Bragato

Membro: Dra. Virginia Zambrano

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck



AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa, orientador do meu Trabalho de Conclusão na graduação do curso de Ciências Jurídicas e Sociais nesta universidade, no ano de 2004. A presente dissertação, sob muitos aspectos, é uma evolução natural daquele trabalho – que, cabe lembrar, foi fortemente inspirado pelas excelentes aulas que tive na disciplina de Filosofia do Direito com o Prof. Dr. Gerson Pinto Neves, a quem igualmente agradeço.

À minha orientadora, Prof. Dra. Fernanda Frizzo Bragato, pela sempre atenciosa disponibilidade, pela leitura minuciosa de todos os capítulos e pelas ótimas sugestões metodológicas e bibliográficas. Ela detectou e apontou todas as falhas desta dissertação durante a sua elaboração - as que eventualmente sobraram são de minha inteira responsabilidade.

Ao Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, pelo voto de confiança quando da apresentação em banca do projeto desta dissertação.

À Chaiane Thiesen Bitelo e Juliani Leal, pelas sugestões de organização para elaboração deste trabalho.

Ao Setor de Referências da Biblioteca da Unisinos, pelo excelente - e gratuito - trabalho de orientação no tocante à rigorosa adequação desta dissertação às regras da ABNT.

Aos amigos e pessoas queridas, pelos muitos momentos subtraídos de nosso convívio.

A meus pais, Heron e Maria Regina, por absolutamente tudo.

"Each of us burts with love of life and fear of death: we are alone among animals conscious of that apparently absurd situation. The only value we can find in living in the foothills of death, as we do, is adverbial value." ¹

RONALD DWORKIN

"[...] it is the mark of an educated man to look for precision in each class of things just so far as the nature of the subject admits: it is evidently equally foolish to accept probable reasoning from a mathematician and to demand from a rhetorician demonstrative proofs." ²

ARISTÓTELES

"Caso alguém me convencer, me provar que penso ou procedo erradamente, tratarei de corrigir-me, já que busco a verdade, que nunca fez mal a ninguém. Mas, quem persiste no erro e na ignorância faz mal a si mesmo." ³

MARCO AURÉLIO

"[...] o que torna verdadeira uma convicção não é o prazer nem o conforto que nos proporciona. [...] As descobertas da investigação às vezes são errôneas, mas isso não as torna subjetivas. [...] Os que insistem em que a verdade é algo maleável e subjetivo não compreendem que, com tal critério, a investigação é impossível." ⁴

BERTRAND RUSSELL

*"Did you see the frightened ones?
Did you hear the falling bombs?
Did you ever wonder
Why we had to run for shelter
When the promise of a brave new world
Unfurled beneath a clear blue sky?"*⁵

ROGER WATERS

¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011. p.13

² ARISTOTLE. *Nicomachean Ethics*. 1094^b24.

³ MARCO AURÉLIO. *Meditações*. São Paulo: Martin Claret, 2001. p.54. (Original: Livro VI, XXI).

⁴ RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 452.

⁵ Trecho da letra de *Goodbye Blue Sky*, do álbum *The Wall*, lançado pela banda britânica Pink Floyd em 1979.

RESUMO

O presente trabalho busca fazer uma análise do *status quaestionis* do positivismo jurídico na atualidade, compreendido em dois planos: primeiro, enquanto construção teórica que busca se renovar e se reafirmar dentro das ciências jurídicas após a ampla repercussão da famosa - e já bem assentada - crítica de Dworkin ao positivismo; segundo, na forma de práticas que continuam presentes no senso comum teórico dos juristas brasileiros, dentre as quais se destaca a questão da discricionariedade judicial. Deseja-se, com isso, superar o debate clássico Hart-Dworkin de trinta anos atrás e analisar como esse debate evoluiu, ou seja, como os positivistas contemporâneos lidaram com as críticas de Dworkin e o que este autor, hoje, tem a dizer do positivismo jurídico que ainda sobrevive no meio acadêmico. Pretendemos, também, demonstrar que a discricionariedade judicial que herdamos do positivismo normativista pós-Kelsen possui um "Calcanhar de Aquiles" filosófico, qual seja, a sua necessária vinculação com o ceticismo filosófico, uma postura historicamente superada dentro da filosofia desde os tempos de Platão e Aristóteles. Além dessa má fundamentação filosófica, sustentaremos ainda que a discricionariedade judicial positivista é intrinsecamente incompatível com o Estado Democrático de Direito, nascido no Século XX dentro do paradigma do neoconstitucionalismo (Constitucionalismo Contemporâneo) do segundo pós-Guerra.

Palavras-chave: Dworkin. Positivismo jurídico. Discricionariedade judicial. Neoconstitucionalismo. Ceticismo.

ABSTRACT

The present study attempts to analyze the *status quaestionis* of legal positivism today, understood on two levels: first, while theoretical construct that seeks to reassert itself within the legal sciences after the famous and well established critics of Ronald Dworkin. Second, in the form of practices that are still present in the common sense of Brazilian jurists, among which highlights the issue of judicial discretion. This study seeks to overcome the classic Hart-Dworkin debate of thirty years ago to look at how this debate evolved. In other words: how today positivists dealt with the critics of Dworkin and what this author now has to say about contemporary positivist theories in Law academy. We also wanted to demonstrate that judicial discretion inherited from Kelsen's normativism has an "Achilles Heel" philosophy, namely, its necessary connection with the philosophical skepticism, a position historically overcome within the philosophy since the times of Plato and Aristotle. In addition to this poor philosophical background, the positivist judicial discretion is inherently incompatible with the modern models of democratic rule of law, born in the twentieth century within the paradigm of neoconstitutionality (Contemporary Constitutionalism) after the Second World War.

Keywords: Dworkin. Legal positivism. Judicial discretion. Neoconstitutionality. Skepticism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A CLÁSSICA CRÍTICA DE DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO	11
1.1 DWORKIN E O DIREITO COMO INTEGRIDADE	11
1.2 A CRÍTICA DE DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO	22
1.3 O PODER DOS JUÍZES NA TEORIA DE DWORKIN	26
2 A SOBREVIDA DO POSITIVISMO JURÍDICO NO PLANO TEÓRICO E ACADÊMICO.....	28
2.1 POSITIVISMO INCLUSIVO E POSITIVISMO EXCLUSIVO.....	30
2.2 O POSITIVISMO EXCLUSIVO EM JOSEPH RAZ E ANDREI MARMOR E O POSITIVISMO INCLUSIVO DE JULES COLEMAN.....	32
2.3 AS DEFICIÊNCIAS DAS TEORIAS POSITIVISTAS PÓS-DWORKIN	46
3 A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL POSITIVISTA COMO MANIFESTAÇÃO DO CETICISMO FILOSÓFICO.....	59
3.1 SÓCRATES E PLATÃO - O NASCIMENTO DA FILOSOFIA CLÁSSICA E DA CRÍTICA AO CETICISMO	59
3.2 A CRÍTICA AO CETICISMO EM ARISTÓTELES – A NÃO-CONTRADIÇÃO COMO UM PRINCÍPIO PRELIMINAR DO MÉTODO CIENTÍFICO.....	69
3.3 IMPLICAÇÕES DA REFUTAÇÃO DO CETICISMO FILOSÓFICO NA REFUTAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E NA QUESTÃO DA POSSIBILIDADE DE RESPOSTAS CORRETAS NO DIREITO	73
4 A SOBREVIDA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA PRÁXIS JURÍDICA BRASILEIRA E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O NEOCONSTITUCIONALISMO	92
4.1 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL POSITIVISTA, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E NEOCONSTITUCIONALISMO (CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO)	93
4.2 A SOBREVIDA DO POSITIVISMO JURÍDICO NO BRASIL	108
CONCLUSÃO.....	119
REFERÊNCIAS	126

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, em grande parte em virtude do neoconstitucionalismo europeu e das reações intelectuais aos horrores da Segunda Guerra Mundial, o positivismo jurídico sofreu críticas fulminantes provenientes do meio acadêmico. Provavelmente, nenhum outro autor contribuiu tanto para a superação do discurso positivista quanto o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, principalmente em virtude de suas três obras mais emblemáticas: *Levando os Direitos a Sério* (1977), *Uma Questão de Princípio* (1985) e *O Império do Direito* (1986).

As críticas de Dworkin (e as derivadas de seu trabalho) progressivamente se popularizaram entre a comunidade jurídica internacional. Como resultado, elas acabaram por minar as bases teóricas do positivismo jurídico, que passou a ser comumente visto sob o rótulo de uma doutrina ultrapassada e superada – ao ponto de o termo *pós-positivismo* ter se popularizado no jargão jurídico como sinônimo da realidade contemporânea dos ordenamentos jurídicos ocidentais.

A ideia de “pós-positivismo”, no entanto, abriga um comodismo perigoso. Ela ignora dois fatos fundamentais para a compreensão do *status* do positivismo jurídico na contemporaneidade. O primeiro ponto é o fato de que a alardeada “morte” intelectual do positivismo jurídico é colocada em cheque pela perseverante sobrevivência que esta corrente de pensamento vem recebendo nos meios acadêmicos, em diferentes versões e concepções, destacadamente por meio dos esforços intelectuais de autores como Joseph Raz, Andrei Marmor e Jules Coleman.

Uma verdadeira superação do positivismo jurídico no plano teórico, dessa forma, precisará tomar o debate Hart/Dworkin não como solução, mas sim como ponto de partida para sedimentação de uma teoria da decisão verdadeiramente pós-positivista. Passados mais de vinte e cinco anos desde a publicação das obras seminais de Dworkin, é necessário que o *status* acadêmico do positivismo jurídico seja reavaliado, no sentido de uma renovação do combate intelectual às ideias positivistas - que prosseguem, de forma perseverante, no objetivo de desconstruir a crítica dworkiniana, resgatando (total ou parcialmente) o legado de Hart e Kelsen.

O fato, assim, é que hoje já existe uma nova geração de positivistas do Direito, que já absorveram a crítica de Dworkin e que, não obstante, continuam defendendo um projeto de positivismo jurídico para a contemporaneidade. Dessa forma, é preciso tomar a crítica de Dworkin a Hart não mais como objeto de novos estudos, mas sim como *o pressuposto a*

*partir do qual surgem novos autores positivistas (e “novos positivismos jurídicos”), que pretendem ter superado a crítica dworkianiana.*⁶

Os trabalhos destes novos autores nos obrigam, assim, a entrar numa *nova fase do debate*, analisando a relevância e atualidade dos postulados destes “novos” positivismos jurídicos, bem como a sua (in)compatibilidade com os fundamentos das democracias ocidentais contemporâneas.

O segundo ponto talvez seja ainda mais importante, e diz respeito à *práxis* da prestação jurisdicional no Brasil. Isso porque a inquestionável e assentada vitória da crítica ao positivismo jurídico no campo das ideias não teve o condão de eliminar da prática judiciária (e nem mesmo da mentalidade dos juristas) a mais grave e criticável falha do positivismo jurídico, qual seja: a *discricionariedade judicial*.

Pior do que isso: o acomodamento em relação ao “fato” da morte do positivismo jurídico consagrou, como sendo “pós-positivistas”, uma série de mitos, lugares-comuns e chavões que *nada mais são do que novas indumentárias para a velha figura da discricionariedade*, dentre os quais se pode citar a concepção de que o juiz deve decidir de acordo com “seus sentimentos”, prestando contas apenas à “sua consciência”.⁷

Perceba-se que, ao contrário da outra questão que levantamos anteriormente, aqui não há uma *defesa propriamente dita* do positivismo jurídico. Pelo contrário: hoje, uma parte alarmantemente significativa da comunidade jurídica brasileira legitima condutas discricionárias do Judiciário *ao mesmo tempo em que imagina que seu discurso representa a encarnação mesma do “antipositivismo”*.

Pelo menos em parte, isso ocorreu em virtude de uma equivocada obsessão com a questão do apego dos juristas à “letra fria da lei”, questão que foi erroneamente transformada na principal bandeira antipositivista - deixando livre o caminho para que o verdadeiro grande

⁶ Oportuno deixar claro desde já que, apesar deste objetivo, não se ignora o fato de que Ronald Dworkin – do alto de seus 79 anos de idade – continua sendo, através de seus livros mais recentes, um dos nomes mais importantes (talvez ainda O mais importante) no enfrentamento das manifestações teóricas positivistas mais recentes. Embora este primeiro capítulo seja concentrado numa espécie de recapitulação da crítica clássica de Dworkin ao positivismo jurídico, as obras mais recentes do autor (*A Justiça de Toga*, de 2006, e *Justice for Hedgehogs*, de 2011 – ainda não traduzido para o português) serão igualmente usadas como referencial teórico no presente trabalho.

⁷ “É o caso, por exemplo, de Eduardo Cambi, que, a partir de uma mixagem de matrizes e autores, sustenta que o juiz, nos casos difíceis, possui tanta margem de discricionariedade quanto o legislador, como se, a um, o legislador tivesse discricionariedade nesta quadra da história e, a dois, não fosse a discricionariedade, exatamente, a porta de entrada dos decisionismos e voluntarismos. Mais ainda, embora sua obra tenha pretensões pós-positivistas (ou antipositivistas), o que, registre-se, é extremamente louvável, Cambi insiste em teses que são contrárias (ou estão em contradição) ao que propõe, como, por exemplo, quando sustenta que a sentença é ato de vontade do juiz – reprimando, consciente ou inconscientemente, o pai do positivismo normativista (Kelsen) [...]”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29.

problema do positivismo jurídico, a discricionariedade judicial, permanecesse vivo na prática jurídica, legitimado sob novas justificativas (entre elas, paradoxalmente, o discurso pretensamente “antipositivista”).

Ocorre que, diante do atual paradigma do Estado Democrático de Direito, estabelecido por meio do neoconstitucionalismo do segundo pós-guerra, se faz necessária uma teoria da decisão que, superando o legado do positivismo jurídico, deslegitime atuações judiciais pautadas pela discricionariedade.

Em suas diferentes manifestações (inclusive aquelas que se apresentam como decorrentes da rejeição ao positivismo jurídico), a discricionariedade deve ser compreendida como uma prerrogativa simplesmente *incompatível com o atual estágio da democracia brasileira*, para que seja reafirmado o compromisso dos juízes e tribunais com a integridade do ordenamento jurídico, compreendido na forma de um sistema de regras e princípios.

Nos vemos, portanto, diante de um verdadeiro paradoxo: enquanto que o desprestígio intelectual do positivismo jurídico no meio acadêmico brasileiro sugere que o mesmo se trata de uma “doutrina morta”, ao mesmo tempo se verifica que algumas das concepções mais problemáticas do positivismo jurídico continuam manifestando-se tanto na prática judicial quanto no “senso comum teórico” dos juristas (inclusive ocultas, muitas vezes, sob o manto de posturas pretensamente “pós-positivistas”).

Dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito contemporâneo, combater o positivismo significa, essencialmente, *combater a discricionariedade judicial*. O que uma postura crítica (e comprometida com a democracia) deve querer é, precisamente, que sejam cumpridas as leis, e não o contrário.

No Capítulo 1, faremos uma breve recapitulação dos principais fundamentos da teoria interpretativa de Dworkin, bem como os principais pontos da clássica crítica ao positivismo jurídico levada a cabo pelo autor. No Capítulo 2, damos um salto de trinta anos para frente para analisar o status acadêmico que o positivismo jurídico tem hoje e as diferentes formas como ele é apresentado (examinando a divisão em positivismo inclusivo e exclusivo), por intermédio do estudo das doutrinas específicas de três autores extremamente representativos do positivismo jurídico contemporâneo: Joseph Raz, Andrei Marmor e Jules Coleman. Em seguida, no mesmo capítulo, iremos examinar essas novas construções positivistas à luz do Dworkin do Século XXI, através dos trabalhos mais recentes do autor, bem como de acordo com as novas teorias de Neil MacCormick, um ex-positivista hoje bastante alinhado com a teoria dworkiniana.

No Capítulo 3, apresentaremos o argumento de que a discricionariedade judicial positivista é uma postura intrinsecamente atrelada ao ceticismo filosófico. Faremos um retrospecto desde Sócrates e Platão, mostrando como se dá o surgimento histórico desta filosofia (ou “anti-filosofia”), assim como a forma com que Aristóteles procede com a sua clássica refutação do ceticismo. Por fim, apresentaremos quais são as implicações dessas considerações, concernentes à refutação do ceticismo, para a (im)possibilidade de fundamentação filosófica da discricionariedade judicial e para a questão da possibilidade de respostas corretas no Direito.

O Capítulo 4, por fim, faz uma análise da discricionariedade judicial à luz dos princípios e prerrogativas do Estado Democrático de Direito nascido com o neoconstitucionalismo (Constitucionalismo Contemporâneo), bem como analisa a forma como o positivismo jurídico sobrevive hoje na práxis judiciária brasileira.

Em síntese, o presente trabalho pretende fazer uma análise do status acadêmico do positivismo jurídico contemporâneo, sob a ótica de um princípio orientador claro e bem delimitado, qual seja, a *democracia* – nos moldes do que dela se espera após as vastas construções teóricas posteriores à Segunda Guerra Mundial.

Uma última observação, mas não menos importante: é fundamental ter em mente que as principais matrizes teóricas do presente trabalho (a teoria interpretativa de Dworkin e a hermenêutica jurídica como sustentada no Brasil por Streck) são teorias preocupadas com a questão da democracia, com a realização dos direitos em sentido amplo e com a eliminação da discricionariedade judicial – mas isso não as torna teorias que se colocam “contra” os juízes. *A crítica à discricionariedade judicial não é uma crítica aos juízes: é uma crítica a toda uma cultura jurídica* – que forma advogados, promotores, delegados, juízes, etc. – que foi incapaz de superar a discricionariedade enquanto herança do positivismo normativista de Kelsen e Hart.

O combate ao qual o presente trabalho se filia é um combate contra uma cultura estabelecida de forma irrefletida, contra um estado de coisas, e não – como se poderia imaginar de maneira equívoca – contra esta ou aquela categoria de operadores do Direito. A prova disso é que, a cada dia que passa, mais magistrados vêm se filiando a estes estudos críticos, combatendo a discricionariedade judicial desde dentro da magistratura. A superação destes velhos postulados positivistas passa, necessariamente, pela conscientização da importância de uma postura crítica a ser adotada por parte não apenas dos acadêmicos, mas também dos juristas de todas as áreas.

1 A CLÁSSICA CRÍTICA DE DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO

1.1 DWORKIN E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

O objetivo deste primeiro capítulo é examinar, de forma resumida, os pontos principais da crítica dworkiniana ao positivismo jurídico, a fim de melhor nos situarmos em relação aos antecedentes históricos da situação atual do positivismo jurídico no plano teórico e acadêmico.⁸

O norte-americano Ronald Dworkin firmou-se como um dos maiores jusfilósofos vivos da atualidade. Formado pelas universidades de Harvard e Oxford, Dworkin foi associado a uma firma de advocacia em Nova Iorque e foi professor na Universidade de Yale entre 1962 e 1969, sendo também professor de jurisprudência em Oxford desde 1969. Membro da Academia Americana de Artes e Ciências, ele hoje é professor em Oxford tanto da Escola de Direito quanto do Departamento de Filosofia. O respeito que obteve foi decorrente dos inúmeros artigos sobre tópicos filosóficos, legais e políticos que ele escreveu, assim como seus livros mais famosos: *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985), *Law's Empire* (1986), *Philosophical Issues in Senile Dementia* (1987), *A Bill of Rights for Britain* (1990), *Life's Dominion* (1993) e *Freedom's Law* (1996). As obras de Dworkin foram traduzidas para diversas línguas, incluindo até mesmo chinês e japonês.

No trabalho de Dworkin (ou nas obras e críticas derivadas dele) encontramos aquelas que são, provavelmente, as mais influentes e fulminantes críticas que o positivismo jurídico sofreu nas últimas décadas. Não é por outra razão que as teorias de Dworkin se tornaram o alvo por excelência dos doutrinadores positivistas contemporâneos.

Dworkin parte do conceito de *proposição jurídica*, que vem a ser toda a afirmação ou alegação que uma pessoa pode fazer sobre aquilo que a lei lhe permite, proíbe ou autoriza. Por exemplo: se digo que a lei me permite andar em determinada

⁸ Embora se possa dizer que o núcleo da obra de Dworkin esteja contido em três de seus livros (“*Levando os Direitos a Sério*”, “*Uma Questão de Princípios*” e “*O Império do Direito*”), o breve resumo sobre sua teoria, da forma exposta neste capítulo, é basicamente centrado em um artigo do autor (“*É o Direito um Sistema de Regras?*”) e na obra “*O Império do Direito*”, que cronologicamente é o último dos três livros supracitados. Portanto, qualquer ideia atribuída a Dworkin ao longo deste capítulo - e que eventualmente não tenha sua fonte expressamente referida em nota de rodapé - foi exposta e trabalhada pelo autor no livro “*O Império do Direito*” e no artigo “*É o Direito um Sistema de Regras?*”.

estrada a 80 quilômetros por hora - ou que a Constituição Federal proíbe a prática de racismo - ambas as afirmações constituem proposições jurídicas. Destas proposições é feito o nosso Direito. Deste fato, podemos concluir, com Dworkin, que toda a problemática existente no Direito diz respeito às divergências que existem quanto ao entendimento destas proposições.

Segundo Dworkin, existem duas maneiras através das quais podemos divergir a respeito da verdade de uma proposição jurídica⁹:

- a) *divergência empírica sobre o Direito* – ocorre quando há discórdia quanto à existência de uma norma no sistema vigente¹⁰. Esta divergência é banal e fácil de ser resolvida. Se um advogado afirma que no Estado do Rio Grande do Sul há uma lei limitando a velocidade dos automóveis nas rodovias em 80 quilômetros por hora e outro advogado diz que tal lei não existe, basta a simples constatação da existência ou não dessa lei para apontar quem está com a razão;
- b) *divergência teórica no Direito* - mais problemática, este tipo de divergência não se preocupa em discutir se determinada norma *existe* ou não, mas sim diz respeito a questionamentos teóricos, como por exemplo: *o que é o Direito?* Ou, ainda: *o que é “segregação racial”?* Ocorre, portanto, quando há uma divergência relativa ao conteúdo material da norma.

Dworkin irá afirmar que, em larga escala, os filósofos do Direito adotam a teoria de que a divergência *teórica* seria tão somente uma ilusão. Ele batiza essa visão de *ponto de vista da simples questão de fato dos fundamentos do Direito*.¹¹ Em síntese, essa teoria pode ser resumida da seguinte forma: o Direito seria nada mais do que aquilo que os tribunais e legislaturas decidiram no passado. Ele existiria como simples *fato*, e o que o Direito *é* pouco ou nada teria a ver com o que o Direito *deveria ser*. Assim, quando advogados e juízes parecem estar divergindo teoricamente sobre *o que é o Direito*, na verdade estariam apenas discutindo sobre o que o Direito *deveria ser*. Segundo este ponto de vista, os juristas divergem, portanto, sobre *fidelidade* às normas estabelecidas e *moralidade* - e não sobre Direito.

⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 05-10.

¹⁰ Por “norma”, entenda-se aqui não só um dispositivo legal propriamente dito como, também, os repertórios de decisões judiciais precedentes.

¹¹ *Ibid.* p. 10.

O ponto de vista da *simples questão de fato dos fundamentos do Direito* encontra respaldo no modo como geralmente o trabalho dos juízes é visto pelos cidadãos. Popularmente, a questão da fidelidade é reduzida a dois pólos radicalmente distintos: o dito *conservador* e o dito *progressista*.

O juiz conservador seria aquele que aplica o Direito independente de gostar dele ou não, acreditando que juízes que não o fazem terminam por minar a democracia ao submeter a lei a seus interesses ou opiniões políticas. Já o juiz progressista seria aquele que prefere a Justiça à lei, considerando os conservadores como julgadores mecânicos, que fazem cumprir "a lei pela lei", sem preocuparem-se com as injustiças e com o sofrimento das pessoas.¹²

À primeira vista, tanto o *ponto de vista da simples questão de fato dos fundamentos do Direito* quanto a noção de *fidelidade* exposta acima poderiam parecer como explicações perfeitamente completas da problemática da divergência no Direito. Bastaria que o juiz deixasse em casa suas ideologias, idiosincrasias e opiniões e aplicasse - da maneira mais asséptica possível - o Direito bruto e perfeito que encontra em sua frente, aplicando para cada situação particular a norma correspondente previamente elaborada pelos legisladores. Estaria, assim, resolvido o problema da divergência no Direito. A partir de então, as discussões sobre justiça e moral poderiam se alongar para o resto da eternidade no campo da filosofia, com jurisfilósofos se reunindo num tranquilo jardim epicurista para longas noitadas de divagações eivadas de subjetivismos complexos, de preferência bem longe das necessidades práticas e urgentes da vida cotidiana e da realidade forense.

O que Dworkin nos ensina com clareza, no entanto, é o quanto tais concepções sobre o Direito são limitadas e, pior do que isso, francamente inúteis. Inúteis porque tal simplificação da realidade *passa ao largo da problemática da divergência no Direito*, buscando contorná-la ou extirpá-la como alternativa à sua completa incapacidade de tentar entender, explicar e superar o problema.

Entre os principais problemas destas “teorias simplificadoras” apontadas por Dworkin, ele destaca duas questões centrais: a *ausência da norma* e o *alcance da norma*. Cabe uma breve análise de tais arguementos.

¹² A forma como Dworkin descreve essa “visão leiga” quanto ao papel dos juízes corresponde, de forma absolutamente precisa, ao esquema mental que orienta a imensa maioria dos operadores do Direito hoje no Brasil. Isso é duplamente desconcertante: primeiro, porque Dworkin descreve essa postura como sendo aquela que se espera de um leigo em Direito (o óbvio pressuposto implícito é de que seria inaceitável que um jurista pudesse ter uma visão tão pobre sobre a atividade judicial). Segundo, porque esses esclarecimentos não foram feitos por Dworkin antontem, mas sim há quase três décadas atrás.

a) *ausência da norma*: mesmo os positivistas e defensores do ponto de vista da simples questão de fato dos fundamentos do Direito não chegam ao ponto de negar um fato óbvio, qual seja: de que *nem sempre a lei será uma resposta pronta à frente do juiz*. Todos admitem que, havendo as famosas “lacunas da lei” - ou o “silêncio da norma”, o juiz não tem outra opção a não ser fazer valer o seu discernimento (leia-se: fazer uso de “sua” *discricionariedade*) para estabelecer uma norma para o caso particular.¹³ Sobre tal problema, Dworkin afirma que:

Se os tribunais tem discricionariedade para modificar regras estabelecidas, então essas regras evidentemente não os vinculavam e, portanto, não seriam consideradas como lei no modelo dos positivistas. O positivista deve assim argüir que existem padrões, eles mesmos vinculando os juízes, que determinam quando um juiz pode rejeitar ou alterar uma regra estabelecida e quando ele não pode.¹⁴

Dworkin observa que o ponto de vista da *simples questão de fato dos fundamentos do Direito* não oferece nenhuma explicação para como os juízes devem proceder no caso de não encontrarem uma resposta pronta na lei. Desta forma, a questão da fidelidade (que, como já vimos, geralmente é só até onde vai a discussão em termos superficiais) é substituída por uma nova problemática: a questão da reparação. Isso significa o seguinte: *como devem os juízes "criar" o novo Direito?*

Poderíamos, por exemplo, entender que os juízes devem preencher as lacunas da lei com prudência, preservando ao máximo o espírito do ramo do Direito em questão. Ou talvez os julgadores deveriam ser guiados pelo princípio dos "anseios populares", ou seja, tentando chegar ao resultado que entendam ser "a vontade do povo". Poderiam os

¹³ É impossível deixar de observar a contradição que surge nesse momento, que é no mínimo irônica. Vejamos: o positivista defende, com unhas e dentes, que a moral deve ser removida para bem longe do Direito. No entanto, quando a norma não se mostra suficiente por si só para dar solução a um caso concreto, este mesmo positivista irá legitimar a *discricionariedade* judicial e depositar todas as suas esperanças no *discernimento* do juiz. Ora, mas falar em “discernimento” pressupõe justamente a adoção de juízos de valor, de pesos e medidas, de considerações morais e, enfim, de todo aquele “entulho filosófico” que o positivista tanto queria separar do Direito. Para ser coerente, o positivista teria de aceitar o fato bruto e incômodo de que, se o critério primário para uma boa decisão é observar a literalidade da norma, *na ausência desta o critério será simplesmente a autoridade do juiz*, pouco importando o quão irracional ou intrinsecamente absurdo seja o conteúdo material de sua decisão. Não faz *nenhum sentido* afastar do Direito noções filosóficas de verdade e moralidade e, depois da decisão discricionária do juiz, reclamar que ele decidiu de forma “pouco sábia”, “pouco justa” ou “pouco razoável”.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *É o Direito um Sistema de Regras?* Trad. Wladimir Barreto Lisboa, Revista do Centro de Ciências Jur. e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, nº 92, São Leopoldo, vol. 34, setembro/dezembro 2001. p.148.

juízes, ainda, arriscar-se a fim de tornar a decisão tão justa e sábia quanto, em sua opinião, fosse possível.

Independente de qual destas noções seja a mais adequada (supondo, para fins de argumento, que alguma o seja), o que fica demonstrado pelo argumento de Dworkin é que a visão cético-positivista do ponto de vista da simples questão de fato dos fundamentos do Direito simplesmente *não contribui em nada* para resolvermos estas dúvidas.

b) *alcance da norma*: os problemas relativos à divergência teórica no Direito não se resumem aos casos em que a lei é omissa ou lacunosa. Em muitos casos a lei é clara e completa, e ainda assim um caso particular gera enormes divergências entre os julgadores. Por que isso ocorre? Porque "lei" pode ser duas coisas distintas: um documento com palavras impressas, físico, que o legislador tinha diante de si quando a aprovou, ou *o direito criado no momento da promulgação da lei-documento*. Esta última, afirma Dworkin e poucos discordam, é a "verdadeira" lei. Então, na verdade o que o caso particular irá gerar será a seguinte indagação: *quando a lei X foi promulgada, criou-se tal direito Y que o requerente agora pleiteia?*

Dworkin narra o caso real de um homem chamado Elmer, que assassinou seu avô. Elmer era o herdeiro da maior parte dos bens do avô em seu testamento. A questão que gerou polêmica no julgamento era: pode alguém herdar tendo assassinado o testador?¹⁵

Para não haver questionamentos por parte dos positivistas, Dworkin deixa claro que os juízes deste caso eram unânimes no entendimento de que deveriam seguir as normas vigentes, e não mudá-las em nome de sentimentos elevados de moral ou justiça. Nenhum dos juízes estava preocupado em dar lições de moral ou em brilhar diante de câmeras de televisão (aliás, inexistentes à época do fato). Ocorre, simplesmente, que a lei *nada dispunha* sobre tal hipótese, nem contra nem a favor do herdeiro homicida. Sem vedação, deveriam entender que seria permitido que Elmer herdasse? Seria este o direito nascido com a lei de sucessões de Nova York, onde este caso ocorreu?

Este é um caso em que não parece correto dizer que a lei é *silente, obscura ou omissa*. Isso porque nenhuma lei, por mais elaborada que seja, pode prever *todas* as situações e nuances passíveis de ocorrer no mundo dos fatos. Não há "silêncio da lei"

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 20.

em tal caso. Há, isso sim, uma questão de *princípio*, naturalmente muito mais difícil de delimitar do que um caso de mera aplicação de dispositivos legais.

Os juízes do caso Elmer, explica Dworkin, se dividiram em dois entendimentos radicalmente distintos: o da *interpretação literal* e o da *vontade do legislador*. O entendimento da interpretação literal propõe que devemos entender a lei através de uma interpretação "acontextual", ou seja, como se estivéssemos lendo a lei sem informação alguma do caso em questão. O juiz que seguiu este entendimento, obviamente, votou favoravelmente a Elmer.

O entendimento da *vontade do legislador* foi defendido por um juiz que distinguia a *letra da lei* (o texto legal) e a *lei propriamente dita* (o que deve ser). Ele escreve que:

é um conhecido cânone da interpretação que algo que esteja na intenção dos legisladores seja parte dessa lei, tal como se estivesse contida na própria letra; e que uma coisa que esteja contida na letra da lei faça parte da lei, se estiver presente na intenção de seus criadores.¹⁶

Dworkin esclarece que não cabe interpretar essa afirmação de forma radical: o juiz não quis dizer que uma lei não possa ter *nenhuma* consequência não prevista. Ele queria apenas definir um *princípio*, que Dworkin chama *intermediário*: o de que uma lei não poderia ter nenhuma consequência que os legisladores teriam rejeitado se nela tivessem pensado. Imperativo esclarecer desde já que *Dworkin deixa claro que este primeiro princípio não só é problemático como está longe de representar uma solução adequada para a questão da divergência*. Ainda assim, percebemos que tal princípio já se coloca muito à frente do estreitamento proposto pelo “ponto de vista da simples questão de fato dos fundamentos do Direito”.

A partir desse exemplo, Dworkin expõe sua crítica ao que ele chama de *ponto de vista da intenção do legislador*. Segundo o autor, devemos nos perguntar em primeiro lugar quem, afinal, seria *o legislador*?¹⁷ Seriam todas aquelas pessoas que eram membros do Poder Legislativo à época da promulgação da lei? E os parlamentares que votaram *contra* a lei, são incluídos como parte deste ente fictício – *O Legislador* - ou não?

Com efeito, a técnica interpretativa do suposto desvelamento da *intenção do legislador* torna-se bem menos atraente quando visualizamos a complexidade real do

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo. Martins Fontes, 1999. p. 23.

¹⁷ *Ibid.* p. 382.

processo legislativo, envolvendo centenas de membros com atitudes, visões e interesses difusos. Tudo isso deixando de fora uma série de outros personagens envolvidos indiretamente com a criação das leis, como lobistas e grupos de pressão popular, cujas intenções também poderiam ser levadas em conta, já que muitas vezes estas pessoas ou grupos possuem papel importante na elaboração e criação de novas normas.

No entanto, identificar quem seria *O Legislador* não é o único problema que Dworkin aponta. Existem sutilezas ainda mais complexas. Por exemplo, muitas vezes ocorre de que alguns parlamentares são a princípio contrários à redação final de determinadas leis, mas acabam votando nelas porque acreditam que é melhor uma lei incompleta (ou defeituosa) do que lei nenhuma. Ou seja, *muitas vezes o legislador não é bem sucedido no que diz respeito a ver suas reais intenções cristalizadas na norma legal*, e ainda assim acaba se posicionando a favor da aprovação da lei, achando que ela é melhor do que lei nenhuma, ou melhor do que a lei anterior. Compreendido isso, fica a questão: *como falar em “intenção” do “Legislador”?*

Mas a terceira objeção de Dworkin talvez seja a mais séria. Poderíamos colocá-la da seguinte forma: *como podemos esperar descobrir a “intenção” do legislador referente à uma situação específica sobre a qual ele nunca pensou e, conseqüentemente, sobre a qual jamais manifestou posição ou vontade alguma?* A tarefa, portanto, seria a de buscar descobrir qual seria a vontade do legislador para um determinado caso, mas isso seria claramente impossível. Não temos como saber se, confrontado com determinado caso concreto, o “legislador” seria coerente com o espírito da lei como um todo ou se surpreenderia com uma visão especial, diferenciada.

É por estes aspectos que Dworkin defende que a atitude interpretativa é superior à simples busca pela “intenção do legislador”:

(O Juiz) pode exercitar sua imaginação interpretativa não na atuação legislativa de diferentes legisladores individualmente considerados, mas na atuação da própria legislatura, perguntando-se qual sistema coerente de convicções políticas justificaria melhor o que ela realizou.¹⁸

Segundo Dworkin, portanto, não há melhor alternativa para os juízes do que a interpretação da lei. Tal interpretação deve ser feita, defende ele, de uma forma *construtiva*. Ele não reserva este entendimento exclusivamente para o Direito. Dworkin

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo. Martins Fontes, 1999. p. 402.

afirma que *toda a interpretação criativa* (ou seja, de algo criado pelas pessoas como entidade distinta delas, como é o caso não só do Direito mais também da arte) *não é interpretação conversacional, e sim construtiva*.¹⁹

Dworkin, dessa maneira, aponta um paralelo entre a interpretação artística e a do Direito, pois em ambas podemos levantar os mesmos pontos. Por exemplo: devemos levar em conta as intenções do autor de um romance, ou apenas a qualidade da obra, seu resultado final?

Tanto na interpretação do Direito quando na artística iremos nos deparar com os mesmos problemas, e talvez o mais sério deles seja o seguinte: podemos manter atualizada a obra de um artista, podemos realmente compreendê-lo, estando nós distanciados da época e do quadro de referências do artista? Afinal de contas, a verdade é que, com o passar do tempo, nós simplesmente não vemos mais o mundo como o artista o via.

Dworkin aponta que a ideia de *consciência social* (ou seja, de que as culturas e épocas possuem uma consciência duradoura e que a própria história teria uma vida mental abrangente) oferece uma fuga para o problema da interpretação. Mas sua idéia de interpretação construtiva dispensa este ponto do pensamento de Habermas. Isso porque, segundo ele:

na interpretação construtiva as intenções históricas não são os fundamentos constitutivos da compreensão interpretativa (...) a incapacidade de recuperá-las não é um desastre interpretativo, pois existem outras maneiras, quase sempre muito melhores, de encontrar valor nas tradições às quais aderimos.²⁰

A importância da *interpretação construtiva* em Dworkin reside no fato de ela ser o meio para se chegar na noção medular da filosofia jurídica do autor, que vem a ser a concepção de *integridade no Direito*. Podemos definir a integridade como uma

¹⁹ Dworkin não é totalmente original neste ponto. Além da visível influência de Heidegger e Gadamer, suas ideias parecem ter algum grau de influência mais distante por parte do trabalho do filósofo alemão Wilhelm Dilthey (1833-1911), que trabalhava com o conceito de *verstehen* - ou seja, *o tipo de entendimento que adquirimos ao saber o que outra pessoa quer dizer através daquilo que diz* (ou seja, uma *interpretação participativa*). O conceito, vale anotar, foi posteriormente aplicado à sociologia por Max Weber. Dworkin aproxima-se também do pensamento de Habermas, que fez a observação (crucial, segundo Dworkin) de que *a interpretação pressupõe que o autor poderia aprender com o intérprete*. Também de acordo com Habermas, Dworkin aponta a distinção entre *ciência natural* e *ciência social*: para ele, o que difere as duas é que, nesta última, os cientistas já encontram seus dados pré-interpretados. Eles devem compreender o comportamento do modo como este *já é compreendido* pelas pessoas que têm tal comportamento, o que faz com que o cientista social seja *necessariamente um participante*, ainda que virtual, das práticas que pretende descrever.

²⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo. Martins Fontes, 1999. p. 80.

compreensão do Direito como um todo, abrangendo *normas e princípios*, e norteada pelo compromisso de, ao mesmo tempo, ser *coerente e íntegra* com o que o Direito *foi* e manter a capacidade de, nos moldes da *integridade*, renovar o Direito na medida do necessário.

Podemos dizer, assim, que *a integridade e a interpretação construtiva se situam num “meio termo” entre o convencionalismo, de um lado, e o pragmatismo de outro*. Aquele se preocupa em manter as diretrizes do passado, este é orientado pelos melhores resultados para o futuro. A integridade dworkiniana, por sua vez, é obtida através de um processo no qual o julgador se coloca como *um elo da história do desenvolvimento dos entendimentos jurídicos*. Cabe a ele preservar os entendimentos passados, mas adaptando-os para a realidade do caso no presente.

Assim, o juiz ao mesmo tempo lê, interpreta e constrói o entendimento jurídico, chegando ao melhor entendimento através de uma análise das normas e dos princípios do caso, e decidindo pelo que for mais justo, equitativo e de acordo com a integridade do sistema jurídico como um todo.²¹

Embora central na obra de Dworkin, ele explica que *a noção de integridade nem sempre será o fator mais importante*. O autor dá o seguinte exemplo: vamos supor que o Legislativo quer criar uma lei que responsabiliza por acidentes os fabricantes de todo o tipo de equipamentos, mas algum fator externo (por exemplo, um grupo poderoso de lobistas) acaba restringindo o escopo da responsabilidade apenas ao setor automotivo. Ora, será melhor aprovar essa lei assim, restrita e incompleta o quanto seja, do que não aprovar lei alguma.

É claro, no entanto, que a noção de integridade evidentemente condena essa atitude. Um sistema onde esse tipo de coisa fosse a regra, e não a exceção, acabaria por perder toda sua integridade e, conseqüentemente, sua legitimidade.

A integridade²² é, desta forma, a maneira como Dworkin busca superar as divergências que sempre afloram nos chamados "casos difíceis" (*hard cases*). O autor, aliás, não vê com bons olhos essa expressão.²³ Ocorre que os positivistas têm o vício de

²¹ Na obra de Dworkin, fica evidente a ressalva de que a integridade do ordenamento jurídico deve ser observada por *todos* os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. O autor também admite que, por óbvio, nenhuma mudança de paradigma filosófico fará com que o sistema jurídico seja sempre integralmente perfeito. Todavia, ele ressalta que eventuais incoerências devem ser vistas como um defeito, sempre passível de ser corrigido ou melhorado, e não como regra.

²² Oportuno, aqui, chamar a atenção para o paralelo que Dworkin traça entre o Direito e um “romance em cadeia”. Ver: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo. Martins Fontes, 1999. p. 275-286.

²³ *Ibid.* p. 422.

falar em casos “difíceis” porque, como limitam o Direito à esfera normativa, se vêm em uma situação desconfortável quando estão diante de um caso que não pode ser resolvido por um simples “encaixe” do caso concreto em uma hipótese legal pré-existente. Tendem, então, a denominar tais situações de “casos difíceis”.

Dworkin explica que, na verdade, estas situações não são questões *difíceis*, mas sim questões *de princípio*. É justamente por isso que tais casos irão parecer assustadoramente difíceis para quem não reconheça os princípios como parte do sistema jurídico.

A noção de *princípio* é fundamental dentro da teoria de Dworkin, e não poderia ser de outra forma. Afinal, se a lei é silente ou ambígua sobre determinada questão, de que modo um juiz poderia praticar uma interpretação construtiva se não houvesse nada além da lei para valorar e fundamentar sua decisão? Sem os princípios, o Direito se limitaria a ser, como queriam os positivistas, um mero *sistema de regras*. Se assim fosse, não haveria nenhum sentido de se falar em integridade, nem em maneiras melhores e piores de interpretar uma lei ou decidir uma questão.

Ao apontar que o ato de decidir dos juízes deve ser valorado e avaliado segundo os princípios do Direito e a noção de integridade, Dworkin também descarta alguns argumentos tradicionais dos céticos e positivistas. Um exemplo seria uma afirmação do tipo *"a decisão é apenas uma questão de postura política e reflete apenas a opinião do Juiz, e ele erra ao tentar argumentar que ela é algo mais do que isso."*²⁴

As diferenças existentes entre princípios e leis são bastante claras. Segundo Dworkin, podemos diferenciá-los em três aspectos básicos:

a) *Cogência* – em relação a um caso concreto, uma lei ou é aplicável ou não. É uma situação de “tudo ou nada”: ou a hipótese legal ocorre no mundo, como fato, ou não. Em se tratando de princípios, é muito mais difícil definir quando um determinado

²⁴ Está claro que esse tipo de concepção configura verdadeira apologia ao autoritarismo. Equivale a dizer que a decisão do juiz seria um mero exercício de poder, e que a jurisdição atribuída ao juiz seria uma espécie de “sinal verde” para que ele passasse a impor coercitivamente aos jurisdicionados os seus juízos de valor íntimos, seus preconceitos, seus achismos, suas idiossincrasias, suas opiniões pessoais sobre a vida em geral, etc. É kafkiano imaginar que, em um Estado Democrático de Direito, as pessoas possam ser obrigadas a fazer ou deixar de fazer algo em virtude dos caprichos individuais de uma pessoa, pelo simples fato de essa pessoa ter sido investida de autoridade - como se essa autoridade fosse divina ou absoluta, e não uma autoridade *de um determinado poder do Estado*, portanto inserida no contexto de um ordenamento jurídico democrático, o que necessariamente pressupõe que nenhum ator social seja dotado de superpoderes.

princípio é, ou não, aplicável em determinada situação. Isso porque o princípio tem um caráter mais amplo e geral do que a lei;

b) *Precisão* – uma lei pode conter tantas previsões ou exceções quanto os legisladores quiserem, a fim de que se torne tão específica quanto se quiser. Não se pode fazer o mesmo com princípios: eles só podem ser valorados quando do exame de um caso concreto. As nossas leis, por si só, já representam em grande parte "lapidações" de princípios gerais, e isso apenas reafirma a importância destes. *É justamente pelo caráter geral e amplo do princípio que as leis não podem substituí-los: devem, isso sim, harmonizar-se com eles.*

c) *Peso (ou Importância)* – leis não podem possuir mais "peso" ou importância que outra. Se duas leis se contradizem, uma será fatalmente inválida. Por exemplo, posso ter uma determinação legal na Constituição Federal e um dispositivo que a afronta numa lei qualquer, mas isso não significa que possuam "pesos" diferentes: a segunda lei é simplesmente inconstitucional, devendo ser descartada. Em nosso ordenamento jurídico, existe uma hierarquia entre diferentes dispositivos legais, mas essa hierarquia justamente impede, a princípio, que duas leis contrárias possam coexistir. Num caso em que ocorra uma situação dessas (por exemplo, duas leis ordinárias distintas dispoendo regras opostas), haverá outros critérios para sabermos qual é a lei válida, como, por exemplo, a data em que foram promulgadas.

Em se tratando de princípios, a questão do "peso" se torna bem mais complexa: dois princípios distintos e opostos podem, sim, ser trazidos à tona num mesmo debate, e o fato de serem opostos não invalida *in limine* nenhum deles. É claro que, como afirma Dworkin:

[...] não é qualquer princípio que irá justificar uma modificação, pois em tal caso jamais uma regra estaria preservada. Deve haver alguns princípios que contam e outros que não, e deve haver alguns princípios que contam mais que outros [...]²⁵

Ocorre, assim, que diferentes princípios poderão sobrepor um ao outro ou vice-versa, dependendo da natureza e das singularidades do caso concreto. Por exemplo: em determinado caso, o melhor entendimento poderia concluir que o princípio da liberdade de expressão se sobrepõe ao direito da comunidade em não se ver exposta à violência ou

²⁵ DWORKIN, Ronald. *É o Direito um Sistema de Regras?* Trad. Wladimir Barreto Lisboa, Revista do Centro de Ciências Jur. e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, nº 92, São Leopoldo, vol. 34, setembro/dezembro 2001. p.148.

pornografia. Todavia, isso não significa que este princípio *sempre* será secundário em relação à liberdade de expressão. Dentro da noção de integridade, é preciso verificar qual princípio é o mais adequado (e o mais relevante) para o caso particular.

Dworkin não nega que a noção de integridade implica num compromisso filosófico difícil, e que dificilmente um juiz atarefado poderia decidir todos os seus casos com tamanha análise. É verdade que as exigências práticas da vida limitam o processo decisório, mas isso não é justificativa para cairmos numa espécie de “preguiça pragmática” e nos conformarmos com teorias da decisão carentes de bons fundamentos filosóficos (e pouco compatíveis com o que hoje se entende por democracia).

1.2 A CRÍTICA DE DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO

A *integridade* dworkiniana, assim, é uma atitude que valora e dá sentido ao Direito, não o tratando como mera retórica vazia em nome de interesses contrários, nem como um sistema fechado de regras, como queriam os positivistas.

Finalizando esta breve recapitulação sobre a teoria de Dworkin, iremos agora examinar as principais críticas que o autor faz ao positivismo jurídico, o que ele faz começando por um resumo das teses centrais desta teoria:

O positivismo contém algumas poucas proposições centrais e constituintes de sua estrutura. Embora nem todo o filósofo chamado de positivista as subscrevesse segundo o modo pelo qual as apresento, elas, não obstante, definem a posição geral que desejo examinar. Estas teses principais podem ser estabelecidas da seguinte maneira:

a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais usadas pela comunidade direta ou indiretamente com o propósito de determinar quais comportamentos serão punidos ou coibidos pelo poder público. Estas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas por critérios específicos através de testes que dizem respeito não ao seu conteúdo, mas a sua origem ou modo através do qual elas foram adotadas. (...)

b) O conjunto de regras legais válidas é exaustivo do “direito”, de modo que se um determinado caso não está claramente compreendido por tal regra (...) então este caso não pode ser decidido “aplicando-se o direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade, como um juiz, “exercendo sua discricionariedade”. (...)

c) Afirmar que alguém tem uma “obrigação jurídica” significa dizer que seu caso recai sobre uma regra jurídica válida (...). Na ausência de uma regra legal válida não há obrigação jurídica.²⁶

A “versão” do positivismo jurídico na qual Dworkin centra seus ataques é a de Hart, que ele considera como uma das melhores e mais bem acabadas teorias positivistas. Dworkin aponta que alguns autores importantes, como Austin, geraram diversos equívocos que ameaçavam as estruturas dos fundamentos do positivismo. Uma das falhas de Austin, observada por Hart, é a obliteração da distinção entre *ser obrigado* a fazer algo e *ter uma obrigação* de fazer algo. Austin, ignorando tal distinção, afirmava simplesmente que toda regra é um comando geral, e que basta a pessoa ser suscetível de punição em caso de descumprimento para que esteja ela obrigada perante uma regra. Sobre isso, Dworkin comenta que:

Uma regra jamais pode ser vinculante apenas porque alguma pessoa com poder físico assim o deseje. Tal pessoa deve possuir autoridade para emití-la ou não haverá tal regra. (...) Essa é a diferença entre um direito válido e as ordens de um homem armado.²⁷

Delimitados os fundamentos centrais do positivismo jurídico, Dworkin passa a expor sua crítica geral contra tal teoria. Podemos resumir sua crítica em três aspectos centrais. Primeiro: *o Direito não é apenas um sistema de regras, mas sim um sistema de regras e princípios*; segundo: *a tradicional noção de "discricionariedade" sustentada pelos positivistas é falha e autoriza os juízes a terem um poder arbitrário e descabido*; terceiro: *pode existir uma obrigação jurídica, ainda que ausente uma regra legal válida*. Vamos analisar brevemente cada uma dessas proposições.

a) *O direito não é apenas um sistema de regras, mas sim um sistema de regras e princípios, que não são a mesma coisa*: o primeiro aspecto apontado por Dworkin como deficiência do positivismo jurídico é a ausência de distinção entre regras e princípios. Já assinalamos anteriormente como Dworkin opera esta distinção.

Compreendida a existência e a importância dos princípios para as decisões particulares no Direito, Dworkin aponta que existem duas atitudes distintas que podem ser tomadas: a primeira delas seria considerar que o Direito inclui tanto princípios

²⁶ DWORKIN, Ronald. *É o Direito um Sistema de Regras?* Trad. Wladimir Barreto Lisboa, Revista do Centro de Ciências Jur. e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, nº 92, São Leopoldo, vol. 34, setembro/dezembro 2001. p.120-121.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *É o Direito um Sistema de Regras?* Trad. Wladimir Barreto Lisboa, Revista do Centro de Ciências Jur. e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, nº 92, São Leopoldo, vol. 34, setembro/dezembro 2001. p. 124.

quanto regras, ou seja, que alguns princípios podem ser tão juridicamente vinculantes quanto leis.

Em sentido contrário, a outra abordagem possível seria considerar os princípios como *referenciais extrajurídicos*, aos quais o juiz pode recorrer se assim desejar. Evidentemente, o positivista opta por este segundo entendimento, defendendo que princípios são meros “referenciais”, que estariam fora do Direito, e que serão seguidos pelos juízes nos casos em que a lei “não for suficiente”, de acordo com a discricionariedade do julgador. Isso nos leva à segunda crítica de Dworkin, qual seja, de que:

b) *A tradicional noção de "discricionariedade" dos positivistas é falha:* tradicionalmente, as correntes positivistas defendem que, num caso em que a lei for omissa, não resta outra maneira de o juiz decidir senão fazendo uso de sua "discricionariedade", ou seja, decidindo simplesmente da maneira que lhe parecer mais correta.

Dworkin ataca frontalmente essa posição. Primeiramente, ele aponta que *discricionariedade só significa alguma coisa quando se entende que a pessoa que a possui é normalmente subordinada a algo ou alguém*. Seria errado uma pessoa dizer que tem (ou que não tem) discricionariedade para comprar um automóvel, por exemplo. Dworkin comenta que:

A discricionariedade, assim como o espaço central de um anel, não existe senão pelos limites que o contornam. Ele é, portanto, um conceito relativo. (...) O conceito de 'discricionariedade' se encontra em seu habitat em apenas um tipo de contexto: quando uma pessoa é, de modo geral, encarregada de tomar decisões subordinadas a padrões estabelecidos por uma autoridade particular.²⁸

Desse modo, o autor identifica duas maneiras distintas de entender o conceito de "discricionariedade": uma *fraca*, na qual a discricionariedade do juiz se resume a usar seu discernimento para decidir determinado caso, e uma *forte*, na qual o juiz não está vinculado a nenhum padrão estabelecido pelas autoridades em questão.

Assim, um sargento que recebe ordens de um superior para que escolha seus cinco soldados *com mais tempo de serviço militar*, para a realização de uma determinada tarefa, não possui nada além de discricionariedade no sentido fraco. Ou seja, ele tem “liberdade” para escolher - mas dentro de critérios que admitem pouca

²⁸ DWORKIN, Ronald. *É o Direito um Sistema de Regras?* Trad. Wladimir Barreto Lisboa, Revista do Centro de Ciências Jur. e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, nº 92, São Leopoldo, vol. 34, setembro/dezembro 2001. p.139.

subjetividade e dentro dos limites claros e bem estabelecidos previamente pela autoridade superior. Cabe observar que qualquer escolha fora desses padrões será simplesmente uma escolha *errada*, que não estará em conformidade com a ordem dada.

Poderíamos falar em discricionariedade no sentido forte se o mesmo sargento recebesse ordens de escolher os cinco *melhores* soldados para a tarefa. Isso porque não existem, por óbvio, padrões estabelecidos pela autoridade superior para aferir qual soldado é “melhor”, já que este é um conceito eivado de subjetividade.

Na prática, diante de tal missão, o sargento do exemplo de Dworkin estaria autorizado a escolher *quem ele achasse melhor*. Para fins de análise do alcance do poder decisório do sargento, a ordem superior “escolha os cinco melhores soldados” não teria resultados distintos de uma ordem do tipo “escolha os cinco soldados que você quiser”.²⁹

Dworkin observa que os positivistas tratam a discricionariedade do juiz como se fosse o caso da discricionariedade *em sentido fraco* apontada por ele. Ou seja, o juiz sempre estaria devidamente limitado pela “moldura externa” do Direito, ainda que ausente/silente a lei.

No entanto, há vários problemas nesse ponto de vista. Ele não aborda a questão da existência dos princípios jurídicos, nem tampouco como valorá-los ou aplicá-los. O entendimento positivista simplesmente determina ou que os padrões que não sejam normas *não são vinculantes* para os juízes - ou (o que é a mesma coisa) que, ausente a norma, o juiz possui "discricionariedade" para decidir. Ora, *mas na medida em que se está falando de padrões subjetivos não vinculantes, resta evidente que a discricionariedade que o positivismo jurídico outorga aos juízes não é a fraca, mas sim a forte.*

²⁹ Sobre este ponto, alguém poderia fazer a crítica de que a distinção operada por Dworkin seria desnecessária e artificial, na medida em que ele estaria apenas dando outros nomes para a distinção “discricionariedade X arbitrariedade”. Deve ficar claro, no entanto, que a discricionariedade em sentido forte de Dworkin não se confunde com arbitrariedade, embora represente uma grande margem de livre poder de decisão para quem a possui. O valor desta distinção operada pelo autor reside no fato de que os positivistas irão sustentar que o juiz possui apenas algo equivalente à discricionariedade *fraca* de Dworkin, ao passo que a distinção deste torna evidente que, no positivismo jurídico, o juiz na verdade desfruta daquilo que ele chama de discricionariedade em sentido *forte*. A distinção operada por Dworkin, portanto, não vem para confundir, mas sim para esclarecer que o positivismo adota o conceito de “discricionariedade” sem, no entanto, tratar a fundo os limites que definem essa prerrogativa. Dizer que o juiz estaria limitado pela “moldura externa” do Direito é a mesma coisa que mandar um sargento selecionar seus cinco *melhores* soldados, ou seja, é conceder uma liberdade de decidir extremamente ampla e subjetiva. Isso não significa que *discricionariedade em sentido forte* seja sinônimo de *arbitrariedade*. O que ocorre é que a discricionariedade em sentido forte é *uma porta aberta para a arbitrariedade*, e nos obriga a depender dos limites que o próprio juiz irá impor a si mesmo. Legitimada a discricionariedade, tudo dependerá, no final das contas, da sorte de que “o juiz seja bom”.

Segundo Dworkin, o positivismo jurídico é falho quanto a este aspecto por ignorar que *existem padrões jurídicos para um juiz sustentar sua decisão ainda que ausente o dispositivo legal*. Isso ocorre justamente por conta da noção de princípio, que a visão positivista ignora ou relativiza.

c) *Pode existir uma obrigação jurídica ainda que ausente uma regra legal válida*: o positivismo também erra ao conceber que não existem obrigações jurídicas fora das regras legais. Este entendimento é compatível com a noção de discricionariedade dos positivistas, porém, uma vez compreendido que esta discricionariedade não pode ser a assim chamada *forte* (ainda que ausente a norma, já que a decisão deve continuar adstrita a princípios jurídicos), compreende-se em decorrência disso que pode haver obrigação jurídica mesmo na ausência do dispositivo legal. Sobre isso, Dworkin afirma:

Uma vez que [...] tratemos os princípios como jurídicos, ressaltamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios bem como por uma regra estabelecida. Poderíamos dizer que uma obrigação jurídica existe sempre que a causa de uma tal obrigação (em termos de princípios jurídicos vinculantes de diferentes tipos) é mais forte do que a causa contrária.³⁰

1.3 O PODER DOS JUÍZES NA TEORIA DE DWORKIN

Por fim, é importante esclarecer um último ponto a respeito da teoria da Dworkin, que é comumente vista como uma teoria “liberal” da decisão³¹. Essa leitura por vezes gera um grave equívoco, que pode ser resumido pelo seguinte questionamento: a ideia do Direito como integridade – estabelecendo que *o papel dos juízes vai além da mera aplicação mecânica dos textos legais* - não estaria abrindo as portas para o ativismo, para o protagonismo judicial e para uma espécie de “ditadura do judiciário”?

³⁰ DWORKIN, Ronald. *É o Direito um Sistema de Regras?* Trad. Wladimir Barreto Lisboa, Revista do Centro de Ciências Jur. e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, nº 92, São Leopoldo, vol. 34, setembro/dezembro 2001. p.158.

³¹ Oportuno observar que uso o termo “liberal”, aqui, com a conotação que a palavra tem no debate político norte-americano, ou seja, como sinônimo de progressista ou “de esquerda”. Trata-se de um esclarecimento importante, na medida em que, no Brasil, tal termo praticamente nunca é empregado nessa acepção, mas sim como sinônimo do que os italianos chamam de *liberista*, ou seja, um adepto do *liberalismo econômico* (amplamente associado, no Brasil, às posturas políticas “de direita”, o que só aumenta a confusão em relação ao sentido da palavra no uso cotidiano da língua inglesa).

Malgrado o fato de ser uma percepção completamente equivocada da teoria dworkiniana, tal preocupação existe e é de certa forma compreensível. Se afirmamos que o juiz pode (e deve!) ir além da literalidade do texto normativo na hora de decidir e de fundamentar uma decisão, não se estaria, com isso, dando ao julgador subsídio filosófico para que ele estivesse livre para decidir com base em nada além de suas paixões pessoais e ideologias?

O fundamental, aqui, é compreender que, ao contrário do que pode parecer numa leitura apressada, não há qualquer espaço para dúvidas no sentido de que a noção de Dworkin - do Direito como integridade - é uma teoria *limitadora do poder dos juízes*, e não o contrário.

Com efeito, enquanto que o positivismo jurídico concede ao juiz um subjetivo e desvinculado “poder descricionário” para decidir os casos menos óbvios, *a teoria de Dworkin irá reduzir a extensão dessa liberdade*. Ele sustentará que a insuficiência da norma não é um “sinal verde” para o juiz decidir do jeito que preferir. Ainda que a lei não lhe seja suficiente para decidir, o juiz estará vinculado aos princípios jurídicos, ao passado das decisões judiciais, à estrutura sistêmica do ordenamento jurídico e à noção de que a sua decisão é um trabalho inserido no contexto histórico das decisões, e não uma manifestação isolada de vontade ou de opinião.³²

O positivismo jurídico, por sua vez, ao afastar a moral do Direito, nos deixa carentes de qualquer argumento ou embasamento para criticar as decisões ditas “discricionárias” dos juízes. De acordo com o positivismo, silente ou insuficiente a lei, os juízes poderiam decidir como bem entendessem, pois estariam no exercício de sua “discricionarietà”, e não teríamos como alegar que tal decisão é “injusta” ou “desarrazoada”.

³² Parte dessa leitura equivocada a respeito da obra de Dworkin se deve ao fato de que o discurso dos princípios jurídicos é frequentemente e inconscientemente deturpado para legitimar posturas que nada mais são do que expressões evidentes da cultura da “ampla discricionarietà” do juiz. Não é raro ver, no Direito pátrio, situações de protagonismo judicial em que o julgador, valendo-se de uma postura descricionária e solipsista, “ultrapassa” as “barreiras” dos textos legais, imaginando estar encarnando a perfeita antítese do positivismo jurídico – quando, na verdade, só está legitimando o velho paradigma contra o qual crê estar lutando. Algumas leituras superficiais do trabalho de Dworkin acabam levando os juristas a crer que o autor pretendeu “tirar poder” das normas legais para dá-lo aos juízes, o que é uma completa e absurda inversão da realidade. Na raiz de todo o problema, está a má-compreensão sobre o positivismo jurídico. Ao contrário do que está difundido no senso comum teórico dos juristas, o problema do positivismo jurídico nunca foi o seu apelo à obediência das normas legais, mas sim as prerrogativas antidemocráticas que ele concede aos juízes sempre que estes estejam diante de um caso concreto que não se resume à simplicidade banal de encontrar a resposta pronta num artigo de lei.

Abstráida a moral e a noção de integridade, estas noções sequer fazem sentido, pois uma decisão só pode ser mais/menos razoável (ou mais/menos justa) na comparação com um *referencial* – sendo que, na teoria positivista, este referencial simplesmente deixa de existir.

2 A SOBREVIDA DO POSITIVISMO JURÍDICO NO PLANO TEÓRICO E ACADÊMICO

Conforme já antecipamos no início do primeiro capítulo do presente trabalho, nas últimas décadas o positivismo jurídico sofreu críticas fulminantes provenientes do meio acadêmico, destacadamente por parte da robusta obra do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin e de suas três obras mais emblemáticas: *Levando os Direitos a Sério* (1977), *Uma Questão de Princípio* (1985) e *O Império do Direito* (1986).

As bases teóricas do positivismo jurídico foram minadas ao ponto de o termo *pós-positivismo* ter se popularizado, no jargão jurídico, como sinônimo da realidade contemporânea dos ordenamentos jurídicos ocidentais. O positivismo jurídico, dirão alguns mais apressados, hoje está morto e enterrado.

Esta realidade, no entanto, eclipsou um fenômeno acadêmico particularmente interessante: severamente ferido pelas críticas de autores como Dworkin, o positivismo jurídico se dividiu em duas construções teóricas distintas (os chamados *positivismo inclusivo* e *positivismo exclusivo*) e, longe de desaparecer dos meios acadêmicos, se tornou objeto de estudos de uma nova geração de doutrinadores positivistas, que vem dedicando seus esforços intelectuais no sentido de restabelecer o positivismo jurídico (em suas diferenças versões) enquanto doutrina válida e discurso respeitável. Para fins do presente trabalho analisaremos, dentre estes “novos positivistas”, as obras de Joseph Raz, Andrei Marmor e Jules Coleman.

A sobrevivência do positivismo jurídico nos meios acadêmicos deve, no entanto, ser analisada dentro de suas devidas proporções. A primeira observação importante neste sentido é que os mais renomados e influentes defensores do positivismo nos meios acadêmicos, hoje, são autores norte-americanos e britânicos. Hoje, há poucos autores declaradamente positivistas nos meios acadêmicos brasileiros.³³ Podemos afirmar que, até o momento, não temos equivalentes nacionais de Raz, Marmor ou Coleman, nem

³³ Um exemplo seria Dimitri Dimoulis. Algumas considerações deste autor a respeito do positivismo jurídico serão objeto de análise no Capítulo 3 do presente trabalho.

tampouco espaços acadêmicos dignos de nota que estejam se afiliando ao trabalho destes autores em nosso país.

A segunda observação pertinente diz respeito ao fato de que, mesmo nos Estados Unidos e na Inglaterra, isso que poderíamos chamar de “neopositivismo jurídico” tem se mostrado um fenômeno de dimensões bastante limitadas, essencialmente restrito a pequenos grupos acadêmicos – que o próprio Dworkin acusa de, basicamente, “falarem para si mesmos”.³⁴

Isso nos poderia levar à seguinte indagação: se, pelo menos até o momento, este “neopositivismo jurídico” é um fenômeno tão distante da realidade brasileira e notadamente mal-sucedido nos seus esforços em superar a crítica dworkiniana, qual seria então a importância de se deter em uma análise do trabalho destes autores? Ao desperdirmos nosso tempo com estes autores, não estaríamos, para usar uma expressão coloquial, “chutando um cavalo morto”?

Tal simplificação deve ser vista com restrições. É importante lembrar que a doutrina jurídica, até hoje, não construiu uma teoria da decisão adequada para o Estado Democrático de Direito neoconstitucional no qual hoje vivemos. Nossa ainda jovem democracia brasileira, apesar de todos os seus admiráveis e inegáveis progressos, não solidificou, nas práticas jurídicas e institucionais, uma cultura democrática forte (basta ver como as questões relativas à cidadania e direitos fundamentais ainda padecem de má-compreensão e aplicação no nosso país). Significa dizer: é uma ilusão acharmos que estamos “protegidos” de uma súbita ressurreição do positivismo jurídico no nosso país. Pelo contrário: salta aos olhos o fato de que a nossa prática jurídica se afiliou a um “pós-positivismo” de conveniência, de fundamentos teóricos paupérrimos e pouco claros, derivados de um verdadeiro “mix-teórico” - desprovido de qualquer erudição, consistência, robustez argumentativa ou filiação intelectual clara.

Esse sincretismo teórico não representa nenhuma verdadeira superação do positivismo jurídico (e muito menos uma correta compreensão da doutrina de Dworkin ou da *Nova Crítica do Direito* de Streck), mas sim um pragmatismo que aposta tudo na

³⁴ “Os defensores do positivismo jurídico nos meios acadêmicos, como Coleman e Raz, persistem. (...) Empenham-se muito pouco em associar sua filosofia do direito tanto à filosofia política em geral quanto à prática jurídica, à erudição e à teoria substantivas. Oferecem cursos restritos à “filosofia do direito” ou à teoria analítica, nos quais distinguem e comparam diferentes versões contemporâneas do positivismo, participam de congressos dedicados a esses temas e, em seus próprios periódicos especializados, comentam, nos mínimos detalhes, as ortodoxias e heresias de cada um.” DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 300-301.

discricionariedade judicial. Tal estado de coisas não deixa margem para dúvidas de que o discurso jurídico pátrio, com extrema facilidade, estaria pronto para rapidamente receber e absorver doutrinas neopositivistas, caso estas viessem de encontro à conveniência das políticas judiciárias do momento.³⁵

Significa dizer: na ausência de uma sólida cultura jurídica anti-positivista, não se pode incidir no erro de imaginar que o Brasil estaria “imune” a um eventual novo influxo de teorias positivistas³⁶. Daí a importância de analisar - e criticar - o trabalho dos positivistas pós-Dworkin, até como forma de sedimentar uma efetiva cultura jurídica anti-discricionária e anti-positivista em nosso país – para impedir que, em qualquer eventualidade e por circunstâncias diversas, tais teorias venham a ser docilmente adotadas pela doutrina e pela jurisprudência pátrias.³⁷

2.1 POSITIVISMO INCLUSIVO E POSITIVISMO EXCLUSIVO

Conforme já referimos anteriormente, a ampla recepção que as obras de Dworkin tiveram nos meios acadêmicos provocou um fenômeno interessante nas fileiras do positivismo jurídico, qual seja, a divisão do positivismo em duas versões

³⁵ Essa tendência da doutrina e da jurisprudência pátrias a uma espécie de “adaptacionismo de conveniência” é devidamente criticada por Streck: “*Na verdade, está-se diante de um sincretismo ad hoc: quando interessa ao establishment dogmático (aos detentores da fala), lança-se mão da filosofia da consciência; quando já não há como “segurar” esse “estado de natureza hermenêutico” decorrente dessa “livre convicção”, “livre convencimento”, “íntima convicção” (e suas decorrências, como o panprincipiologismo, o axiologismo, o pragmaticismo, etc), apela-se ao mito do dado ... E tudo começa de novo, como um eterno retorno...!*”. (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.118).

³⁶ Até porque é impossível deixar de observar que o meio intelectual brasileiro sofre da indisfarçável tendência de seguir, sem maiores reflexões, os modismos intelectuais estrangeiros. Um hipotético declínio do prestígio da doutrina de Dworkin nos EUA, por exemplo, provavelmente já bastaria para que houvesse um novo influxo de teorias positivistas na doutrina e jurisprudência pátrias. Embora um cenário semelhante pareça bastante implausível, alguns autores positivistas como Brian Leiter manifestam ostensivamente sua crença de que as teorias de Dworkin estariam com os seus dias contados. Nesse sentido, ver: LEITER, Brian. *The End of Empire: Dworkin and jurisprudence in the 21st century*. Public Law & Legal Theory Working Paper No. 70. The University of Texas School of Law, September 2004. Disponível no endereço eletrônico: <http://ssrn.com/abstract=598265> (última consulta realizada em 17/11/2011). Embora de discutível valor científico (malgrado a indiscutível autoridade intelectual e acadêmica do autor), já que se trata da adaptação para texto de um discurso que se constitui basicamente de um agressivo ataque geral à obra e ao legado de Dworkin, o referido artigo é bastante ilustrativo como demonstração do grau de rejeição que as doutrinas de Dworkin enfrentam em alguns círculos positivistas e pragmáticos nos Estados Unidos.

³⁷ É também significativo o fato de que o próprio Dworkin tem dedicado boa parte de seus esforços intelectuais no sentido de analisar e criticar o trabalho desta “nova leva” de positivistas jurídicos. Um capítulo inteiro de sua obra *A Justiça de Toga* (2006), por exemplo, é dedicado exclusivamente para este fim.

bastante distintas³⁸: os chamados *positivismo inclusivo* (ou “inclusivista”) e o *positivismo exclusivo*. Segundo Dworkin, estas duas correntes podem ser explicadas da seguinte forma:

A primeira delas é o positivismo ‘exclusivo’, que insiste na tradicional tese positivista de que aquilo que o direito exige ou proíbe não pode jamais depender de qualquer critério moral. Coleman chama o professor Joseph Raz, de Oxford, de principal patrocinador contemporâneo do positivismo exclusivo, e discute as opiniões de Raz com certa profundidade. A segunda modalidade de positivismo é o positivismo ‘inclusivo’, que permite a introdução de critérios morais no texto para identificar o direito válido, mas somente se a comunidade jurídica tiver adotado uma convenção que assim o determine. Coleman responde pela segunda modalidade (...)³⁹

Resumidamente, a diferença essencial entre ambos reside no fato de que o *positivismo inclusivo aceita a possibilidade de existirem casos em que o Direito seja determinado por considerações morais*, hipótese que o positivismo exclusivo não admite. No entanto, via de regra, essa “abertura” do positivismo inclusivo para a moral é muito mais limitada do que na teoria integrativa de Dworkin, embora claramente inspirada por esta.⁴⁰

Trataremos, a seguir, das duas versões do positivismo jurídico. Primeiro, analisaremos o positivismo exclusivo da forma como ele é sustentado por Joseph Raz (considerado o seu maior expoente vivo) e Andrei Marmor, um dos mais destacados pupilos de Raz. Em seguida, examinaremos o positivismo inclusivo segundo a visão de Jules Coleman.

³⁸ Pode parecer exagerado atribuir exclusivamente a Dworkin essa divisão nas fileiras positivistas, mas é oportuno frisar que o próprio Jules Coleman atribui à obra de Dworkin o mérito de ter sido um “catalisador” que “renovou” o debate e permitiu (segundo ele) o aperfeiçoamento teórico do positivismo jurídico. Nas palavras de Dworkin: “Hart não publicou nenhuma resposta de peso a meus argumentos enquanto viveu, mas outros positivistas analíticos o fizeram. Um deles, Jules Coleman, afirmou que meu artigo funcionava como um catalisador, forçando-os a depurar e desenvolver o positivismo analítico de modo a municiá-lo para o embate com minhas objeções”. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 48. Dworkin afirma que Coleman considera, dessa forma, que o trabalho daquele teria sido responsável pelo surgimento de “duas versões do positivismo e uma disputa estimulante e esclarecedora entre elas” (Ibid. p. 266).

³⁹ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p.266.

⁴⁰ Comentando as conclusões de Coleman, Dworkin afirma: “Isso não parece positivismo; parece mais Hércules e seus colegas trabalhando. Não obstante, Coleman insiste que sua teoria do direito é muito diferente da minha, e que a dele é uma espécie de positivismo jurídico [...]”. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 268. A referência a “Hércules” se deve ao fato de este é o nome do fictício juiz que Dworkin utilizou, em diversos exemplos e argumentos expostos em algumas de suas obras mais célebres.

Ato contínuo, faremos uma breve análise das posições recentes de Neil MacCormick, um autor cujo histórico é intimamente ligado ao positivismo jurídico, mas que, no entanto, hoje sustenta uma teoria claramente alinhada com Dworkin e com intenções pós-positivistas. Analisaremos, também, como Dworkin responde às novas estratégias argumentativas do positivismo jurídico em seus trabalhos mais recentes.

2.2 O POSITIVISMO EXCLUSIVO EM JOSEPH RAZ E ANDREI MARMOR E O POSITIVISMO INCLUSIVO DE JULES COLEMAN

Para o presente estudo, interessa-nos em particular a visão de Andrei Marmor, que é declaradamente sustentada nas teses de Joseph Raz, um dos mais proeminentes defensores vivos do positivismo jurídico. Conforme veremos, alguns conceitos-chave de Raz (como “poder dirigido” e a ideia do Direito como prática impositiva) se mostrarão essenciais na leitura feita por Marmor.⁴¹

A ideia básica no positivismo jurídico sustentado por Marmor é a seguinte: *todo Direito é, necessariamente, baseado em fontes, e tudo o que não é baseado em fontes não é Direito.*

Sobre as semelhanças entre o positivismo inclusivo e a doutrina de Dworkin, Marmor dirá que:

Though both Dworkin and inclusive legal positivists share the view that there are close relations between morality and legal validity, they differ on the grounds of these relations. Dworkin maintains that the dependence of legal validity on moral considerations is an essential feature of the law which basically derives from law’s profound interpretative nature. Inclusive positivism, on the other hand, maintains that such a dependence of legal validity on moral considerations is a contingent matter; it does not derive from the nature of law or of legal reasoning as such. Inclusive positivists claim that moral considerations affect legal validity only in certain cases, namely, in those which follow from the rules of recognition which happen to prevail in a given legal system. In other words the relevance

⁴¹ “The basic insight of Raz’s argument is, that the law is an authoritative social institution. The law, Raz claims, is a *de facto* authority. However, it is also essential to law that it must be held to claim legitimate authority. Any particular legal system may fail, of course, in its fulfilment of this claim. But the law is the kind of institution which necessarily claims to be a legitimate authority. Now, it is a necessary condition of an authority’s legitimacy that it be able to prescribe for its subjects reasons for actions that the subjects would be better off complying with, as compared to their attempts to act on those reasons directly, without the mediation of the authority’s directive. This is what Raz calls the authority’s essential mediating role. Hence it follows that for something to be able to claim legitimate authority, it must be of the kind of thing capable of claiming it, namely, capable of fulfilling such a mediating role.” MARMOR, Andrei. *Exclusive Legal Positivism*. In: COLEMAN, Jules L. (editor). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (Chapter 3). Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 108-109.

of morality is determined in any legal system by the contingent content of that society's rules of recognition.⁴²

E salienta a diferença do entendimento do positivismo exclusivo em relação à proposta inclusivista:

As opposed to both these views, exclusive legal positivism maintains that a norm is never rendered legally valid solely in virtue of its moral content. Legal validity, according to this view which I will strive to defend here, is entirely dependent on the conventionally recognized sources of law.⁴³

As fontes do Direito, convencionalmente reconhecidas como tais, são o fundamento de legitimidade do Direito no positivismo exclusivo ao qual se filia Marmor. De forma sintética, pode-se resumir essa ideia da seguinte forma: *dizer que existe uma regra sobre determinada questão é a mesma coisa que dizer que existe uma convenção sobre essa questão.*

Significa dizer: se não existe nenhum comportamento prescrito para tal situação, dois comportamentos distintos, sob o ponto de vista jurídico, serão igualmente válidos, na medida em que inexistente qualquer convenção sobre o “comportamento correto” que seria exigível em tal situação.

Marmor ilustra essa questão com o seguinte exemplo: vamos imaginar que estamos lidando com convenções de linguagem coloquial. Imagine que uma pessoa queira dizer que estará em determinado lugar às nove horas de um certo dia. Nenhuma pessoa, por óbvio, seria assolada por qualquer tipo de dúvida ao utilizar a expressão “nove horas da manhã” para denominar tal horário.

Porém, do ponto de vista do convencionalismo da linguagem, poderíamos não ter essa mesma certeza se estivéssemos falando do horário específico das onze e meia de um determinado dia. Uma pessoa poderia ficar em autêntica dúvida ao se referir sobre esse horário, cogitando que, em virtude do avanço da hora, já não seria mais o caso de se falar em “manhã”.

No referido exemplo – partindo-se do pressuposto de que as convenções da linguagem realmente não sejam claras sobre esse ponto - a conduta da pessoa que fala em “onze e meia da manhã” e da que prefere falar apenas em “onze e meia” (por

⁴² MARMOR, Andrei. *Exclusive Legal Positivism*. In: COLEMAN, Jules L. (editor). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (Chapter 3). Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 105.

⁴³ *Ibid.* p. 105.

entender que tal horário não mais se qualificaria como “manhã”) são igualmente *válidas*. Não seria possível, do ponto de vista jurídico, qualificar uma das condutas como correta e outra como equívoca. Só se pode falar em comportamento “errado”, para fins jurídicos, quando ocorre uma inobservância de regra pré-estabelecida. Inexistindo uma convenção clara e reconhecida enquanto tal, inexistente regra, e portanto não se pode falar em conduta “errada”. Marmor complementa da seguinte forma:

Similar examples are abundant in law. Take, for instance, the rules of recognition concerning the doctrine of precedent. In all the jurisdictions which have such conventions, they would normally include some notion about the life expectancy of precedents; how far back in history one could go in search of a binding precedent. Different jurisdictions have different conventions about these matters. But, of course, no such convention can be very accurate. Once we have face a borderline case, the only thing to say about it is that it is a borderline case, namely, that there is no convention about that matter and that the question must be answered on its merits.⁴⁴

Uma das principais críticas de Marmor ao positivismo inclusivo se dá no sentido de que esta ótica, segundo o autor, parte do princípio de que existiria uma verdadeira “fenda”, um abismo entre a regra/convenção e a sua prática, sua aplicação. Marmor irá responder que essa fenda simplesmente não existe, pois *o que tornaria a convenção uma convenção seria precisamente a constatação do hábito reiterado de sua prática*.

É a *aplicação* da regra, portanto, que constitui a própria existência dela. Assim sendo, a convenção só se realiza enquanto tal na medida em que efetivamente existe enquanto prática social. Isso porque:

The convention is constituted by the practice of its application to particular cases. (...) Conventions are what they are, because there is a practice of applying the rule to certain cases; it is the application of the rule which constitutes its very existence. (...) The only reality there is to a convention is the actual practice of its application; a social practice.⁴⁵

Marmor esclarece que a sua defesa do positivismo exclusivo não tem por objetivo negar a possibilidade de surgimento de controvérsias sobre o que as leis e o Direito deveriam ser. Segundo o autor, qualquer coisa que tenha significado pode dar

⁴⁴ MARMOR, Andrei. *Exclusive Legal Positivism*. In: COLEMAN, Jules L. (editor). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (Chapter 3). Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 113.

⁴⁵ *Ibid.* p. 113.

origem a controvérsias. Podem existir diferentes entendimentos a respeito de uma dada convenção, e um dos entendimentos pode ser manifestamente mais adequado do que os outros. Mas isso, segundo Marmor, não significa que exista um abismo entre a convenção e sua aplicação, abismo este que pudesse ser atravessado por uma ponte criada pelas considerações morais “corretas” ou “verdadeiras”.

Para o autor, dizer que uma regra existe é o mesmo que dizer que uma convenção existe. Dizer que uma convenção existe, por sua vez, significa que existe uma prática social reconhecida enquanto tal. Ora, para Marmor, na medida em que surge a discordância sobre se a questão “X” é prescrita ou não pela convenção, *isso automaticamente implicaria em reconhecer que não existe uma convenção sobre a questão “X”*.

A convenção, segundo o autor, só existe quando ela se manifesta através de uma prática reiterada que, precisamente por conta disso, não dá margem para dúvidas acerca da existência da própria convenção. Em outras palavras, simplesmente não faria sentido, na visão de Marmor, dizer que existe uma convenção sobre “fazer X” e, ao mesmo tempo, observar que as pessoas discordam de forma substancial sobre a questão de “X” ser ou não ser prescrito pela convenção.

Isso não impede, no entanto, o autor de reconhecer que os juízes efetivamente podem criar novos padrões jurídicos e que o Direito pode “evoluir”, por assim dizer, através do repertório jurisprudencial. Marmor irá buscar em Raz uma explicação para esse fenômeno, capaz de ser conciliada com o positivismo jurídico exclusivo.⁴⁶

A explicação de Raz, utilizada também por Marmor, é construída da seguinte maneira: analisemos aquelas regras jurídicas que determinam que a validade de outras regras jurídicas depende de certas considerações morais ou políticas. Essas regras jurídicas que determinam validade não representam um “sinal verde” para que os juízes julguem os casos concretos da maneira como bem entenderem, mas sim conferem ao Judiciário poderes que podem ser definidos como *limitados e dirigidos*.

A função destes poderes limitados e dirigidos é precisamente limitar que tipos de razões ou objetivos podem/devem ser levados em consideração pelos juízes, quando

⁴⁶ “Joseph Raz has long suggested the following solution: legal rules which prescribe that the validity of other legal rules depend on certain moral or political considerations, actually function as power-conferring rules, granting to the judiciary limited and guided legislative power”. MARMOR, Andrei. *Exclusive Legal Positivism*. In: COLEMAN, Jules (editor). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (Chapter 3). Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 121.

houver a necessidade de modificar ou anular normas existentes (ou de criar novos padrões jurídicos em adição aos já existentes).

Dessa forma, esse poder dos juízes de modificar, alterar ou invalidar normas legais é *guiado* por certos objetivos pré-determinados pela regra que concede validade. É um poder limitado e direcionado por certos tipos de considerações sobre as quais eles estão previamente autorizados (pela regra de validação) a se apoiarem.

Marmor ilustra a questão com o seguinte exemplo: partindo do fato de que a Constituição norte-americana proíbe punições cruéis, os juízes estariam livres para questionar um determinado tipo de punição com base no argumento de que se trata de uma punição cruel. Isso (ou seja, o juízo de valor sobre a punição ser cruel ou não) é claramente uma consideração de ordem moral.

No entanto, esses mesmos juízes não estariam livres para questionarem determinado tipo de punição com base no argumento de que essa punição é inadequada do ponto de vista da eficiência econômica, mesmo que as considerações deles sobre essa questão fossem procedentes do ponto de vista técnico. Isso porque, nesse exemplo, o Direito não concedeu aos juízes a prerrogativa de decidirem com base em quaisquer padrões morais que lhes parecerem adequados, mas sim com base nesta ou naquela consideração moral/política previamente autorizada pela regra de validação.

Nesse caso, a regra convencionalmente estabelecida admite que juízes impugnem punições com base no argumento moral da crueldade, mas não com base em outros argumentos morais que também seriam possíveis, coerentes o quanto sejam. Daí a natureza limitada e dirigida desse poder.

Essas regras (limitadas e direcionadas) de atribuição de poder são chamadas por Raz de “poder dirigido” e, segundo Marmor:

Power is directed here in two respects: first, it is circumscribed by its legally prescribed aims and reasons. Secondly, it is a kind of power which the norm subjects (i.e. judges or other officials) have a legal duty to exercise. Unlike the typical case of a power-conferring rule, which leaves it entirely to the norm subjects' will whether to exercise the power or not, such a directed power makes it obligatory to exercise it. As Raz pointed out in detail, such directed power-conferring rules are ubiquitous in the law, and they often apply to legislators, as well as to numerous officials, and not only to judges.⁴⁷

⁴⁷ MARMOR, Andrei. *Exclusive Legal Positivism*. In: COLEMAN, Jules L. (editor). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (Chapter 3). Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 121.

E, percorrendo o raciocínio que já analisamos, é com base nestas considerações que Marmor irá explicar o fenômeno da renovação do Direito pelas mãos dos juízes:

The essential point, however, is this: even when power-conferring rules are directed in both ways we mentioned, their exercise changes the law. Whenever one makes use of a legal power one introduces a change in the law in the form of creating new rights and duties which have not been hitherto part of the law. This simply follows from the logic of the concept of a legal power, and it is true of the exercise of power both in the private and the public law. The whole idea of a power-conferring norm is to provide the norm subjects and legal officials with a tool to introduce a change in the law. And this, of course, is true of judicial power as well. When judges are granted a directed power to interpret the law according to certain moral considerations, they are given the power to change the law in a limited and guided manner.⁴⁸

Marmor ressalta que uma definição do que seja validade jurídica não deve ser adstrita à ideia do “Direito que os juízes estão obrigados a aplicar”, nem como o fato de as normas sob análise estarem ou não formalmente incluídas no conjunto das leis internas de um dado sistema jurídico. Para Marmor, a validade jurídica deve ser definida de acordo com a sua relação com a verdade e, como esta, não admite gradação. Ou, nas palavras do autor:

It seems that the best way to define legal validity is by its affinity with truth. This is partly suggested by the fact that validity is a phase-sortal concept: norms can either be legally valid, or not. Legal validity, like truth, does not admit of degrees (I am neither denying, nor suggesting, that legal validity is logically bivalent, or that it excludes the possibility of indeterminacy. I am only suggesting here that legal validity does not admit of degrees). (...) Part of what is entailed by the conventional foundations of the law is, that the truth conditions of propositions of this kind are reducible to truths about social conventions combined with truths about particular facts or events.⁴⁹

Marmor segue seu raciocínio rejeitando um possível argumento contrário à sua tese, qual seja: se as fontes convencionais funcionam como as regras de reconhecimento do Direito, por que essas fontes convencionais não poderiam constituir formas de o Direito ser reconhecido por meio de argumentos morais ou políticos?

⁴⁸ Ibid. p. 122.

⁴⁹ Ibid. p. 106.

A resposta, segunda, Marmor, é simples: as convenções constitutivas não podem determinar o modo como as pessoas pensam, nem seus juízos de valor, nem a maneira como elas deveriam agir de acordo com padrões morais. Não é esse o papel das convenções constituídas em uma sociedade, mas sim agir precisamente da forma contrária: determinando formas específicas através das quais esta ou aquela consideração moral e/ou política *se converte em uma prática social convencionalmente estabelecida* e, em virtude disso, *torna-se parte do Direito*. Nas palavras do autor:

Actually, this is not so simple. Conventions do play significant roles in shaping some of our moral conceptions, particularly with respect to the so-called ‘thick’ moral concepts. The content of such thick concepts as ‘shame’, ‘chastity’, ‘politeness’, and so on, is partly determined by social conventions. I do not wish to deny this. The point here is different, namely, that constitutive conventions have no role to play in determining that we should act according to moral reasons. Moral and other practical reasons are there to be acted upon, regardless of conventions. Conventions can constitute part (but only a part!) of what it means to act morally in this or that situation. But they cannot constitute reasons for acting according reasons.⁵⁰

Prosseguindo, segundo Marmor, a ideia tradicionalmente aceita de que a preocupação central do positivismo seria com a “certeza” do Direito não procede. As preocupações com essa questão, segundo ele, são irrelevantes, pois a função das convenções sociais não é dar certeza às relações humanas, protegendo-as da insegurança e dos imprevistos.

Para o autor, as convenções são precisamente aquilo que torna o Direito, Direito – da mesma forma como as convenções constituídas do teatro são o que possibilita a existência do teatro (e do próprio conceito de teatro), e assim como as convenções constituídas (regras) de um determinado jogo “X” são precisamente o que faz aquele jogo ser o jogo “X”, e não damas, xadrez, futebol ou qualquer outro jogo.

Esse argumento, evidentemente, tem fortes raízes nas ideias consagradas por Hart em sua célebre obra *O Conceito de Direito*. Para Hart, da mesma forma, as regras do jogo são aquilo que dá identidade ao jogo. Essas regras podem ser mal aplicadas ou inobservadas eventualmente, a título de equívoco ou por razões de força maior, sem que o jogo deixe de ser o jogo só por causa disso.

⁵⁰ MARMOR, Andrei. *Exclusive Legal Positivism*. In: COLEMAN, Jules L. (editor). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (Chapter 3). Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 106.

No entanto, se a partir de determinado momento as regras começarem a ser *sistematicamente* desobedecidas, então o que está se jogando não é mais aquele jogo original, e sim um novo jogo, que Hart denomina “jogo ao arbítrio do marcador”, a título de exemplo. Segundo Hart:

O fato de as aberrações oficiais isoladas ou excepcionais sejam toleradas não significa que o jogo de críquete ou beisebol não esteja mais sendo jogado. Por outro lado, se essas aberrações forem freqüentes, ou se o marcador repudiar a regra de pontuação, haverá um momento em que ou os jogadores não mais aceitarão as decisões anômalas, ou, se o fizerem, o jogo terá mudado. Não será mais críquete ou beisebol, mas um ‘jogo ao arbítrio do marcador’ [...].⁵¹

Assim, Marmor sustentará que não é a preocupação com a certeza que importa para a o positivismo exclusivo, mas sim a ideia do Direito como sendo uma prática social constituída por convenções, sendo que essas possuem, portanto, uma função *constitutiva* – e não epistemológica.

Marmor não nega que certeza e previsibilidade estejam entre os valores que devem ser observados pelo Direito e que, da mesma forma, são elevados quando existe a prática de um sistema jurídico bom e legítimo. Mas isso não significa que o positivismo, por sua preocupação com eventuais intromissões ilegítimas de considerações morais e políticas na seara jurídica, almeje um sistema jurídico plenamente seguro e previsível. Ele irá argumentar, inclusive, que o Direito sequer é inteiramente coerente, e que tampouco se deveria esperar que ele fosse. Nas palavras de Marmor:

(...) we should ask now is whether it makes any sense to assume that the law is necessarily coherent, logically, or otherwise. A negative answer to this question is hardly deniable. Coherence might be a necessary requirement that we ascribe to theories, as such. The incoherence of a theory normally indicates that part of it is false. But the law is not a theoretical domain. It is a practical one, where the numerous complexities of our lives are regulated by norms, decisions, and force. It may well be desirable (to some extent!) that these regulations be shaped in a coherent fashion, but it certainly cannot be assumed to be so, by necessity. A priori, the law need not be coherent at all.⁵²

⁵¹ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2009. p. 187.

⁵² MARMOR, Andrei. *Exclusive Legal Positivism*. In: COLEMAN, Jules L.(editor). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (Chapter 3). Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 124.

Este é, portanto, o ponto essencial da argumentação de Marmor: as convenções não criam padrões de moralidade e política, pois as divergências naturais que as pessoas têm sobre questões morais e políticas impossibilitariam a construção de uma prática social estruturada. O que as convenções fazem é *constituir essa prática social para além dessas divergências políticas e morais*. Uma determinada posição moral ou política não pode ser imposta, pois as partes em desacordo têm direito às suas respectivas opiniões. Já uma prática social estruturada pode muito bem ser impositiva, tanto que isso é precisamente o que ocorre com o Direito.

Isso não significa, no entanto, que as considerações morais não tenham valor. As pessoas que vivem sob a égide de determinado sistema jurídico podem, no campo da moral, lamentar a ausência de uma lei “X”, ou entenderem que uma determinada prática “Y” dos tribunais não deveria existir. Mas isso não muda o fato de que todos reconhecem que “X” e “Y” são Direito, ou seja, representam uma convenção constitutiva e constituída, que dá alicerce para uma determinada prática social estruturada (no caso, a prática judiciária).⁵³

Da mesma forma, Marmor não duvida que as considerações morais e políticas influenciem a criação e o estabelecimento das convenções, *antes de* elas se tornarem convenções constituídas (ponto, a partir do qual, a validade delas não depende mais de considerações morais ou políticas).⁵⁴

Existem, ainda, dois outros pontos importantes da doutrina de Raz que são utilizados por Marmor na construção de suas teses. O primeiro é a concepção do Direito

⁵³ "Esta relativa independencia de las normas respecto de las razones que las justifican explica por qué las normas son consideradas como razones completas por sí mismas y por qué las hipostasiamos y las tratamos como objetos. (...) Y esto explica por qué los enunciados de "debe" son meramente enunciados de que hay una razón, mientras que los enunciados de que hay una regla son enunciados de una razón - la regla es la razón". (RAZ, Joseph. *Razon Pratica Y Normas*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 90-91).

⁵⁴ Raz irá afirmar que a virtude intrínseca da norma é possuir autoridade moral legítima sobre aqueles sujeitos à ela, e que o fato de a norma ser objeto de respeito e identificação por parte dos cidadãos é um mérito moral, mas não pode ser considerado como um componente constitutivo da norma (ou como condição de legitimidade desta). Para o autor: "What makes the law different, what makes its intrinsic excellence a moral excellence, is that it is a structure of authority, that it is in the business of telling people what they must do. Necessarily, the law claims to have legitimate moral authority over its subjects. Hence its intrinsic virtue is to have such authority". E segue: "All we can say is that the law can be a valuable constituent component of valuable social groups, and if it is it has moral merit in being a worthy object of identification and respect. But we cannot say that it must be such a constituent component, or that it fails if it does not. On the other hand all law must enjoy legitimate authority, or it fails in meeting its inherent claim to authority." RAZ, Joseph. *About Morality and the Nature of Law*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008801&rec=1&srcabs=999552 (acesso realizado em: 09/05/2011)

como sendo uma instituição social *impositiva*⁵⁵, o que Marmor explica da seguinte forma:

The basic insight of Raz's arguments is, that the law is an authoritative social institution. The law, Raz claims, is a de facto authority. However, it is also essential to law that it must be held to claim legitimate authority. Any particular legal system may fail, of course, in its fulfillment of this claim. But the law is the kind of institution which necessarily claims to be legitimate authority. Now, it is a necessary condition of an authority's legitimacy that it be able to prescribe for its subjects reasons for action that the subjects would be better off complying with, as compared to their attempts to act on those reasons directly, without the mediation of the authority's directive. This is what Raz calls the authority's essential mediating role.⁵⁶

O segundo ponto que Marmor aproveita dos trabalhos de Raz é a concepção de que o Direito deve ser capaz de fazer uma *diferença prática* diante daquelas questões as quais ele está ali para solucionar. Portanto, não se pode falar em “Direito” ou “autoridade”, dentro dessa concepção, se estes não se traduzem numa prática estruturada que efetivamente tenha o condão de fazer uma diferença prática na solução de questões litigiosas. E esse objetivo não pode ser cumprido se a validade das normas for condicionada a controvérsias morais ou políticas, que impossibilitam a identificação das regras enquanto tais por parte daqueles que estão sujeitos às regras.⁵⁷

Por fim, Marmor deixa claro que, na concepção do positivismo jurídico exclusivo, não existe um “meio-termo” entre o positivismo e as teses de Dworkin. Para

⁵⁵ Raz deixa bem claro que, para ele, a legitimidade da autoridade constituída nada tem a ver com o fato de os cidadãos se identificarem com ela ou não. Ele afirma que: “*Your contry is your country whether you like it or not, whether you are alienated from it or not, and this government is the government of all the people of this country however much they hate it. [...] it would be good, desirable, to have the bulk of those subject to a political authority identify with the regime for which it acts. But identification should not be thought of as a condition of legitimacy.*” RAZ, Joseph. *The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception*. In: *Minnesota Law Review*, Vol. 90. Oxford University, 2006. p. 1042-1044. Disponível no endereço eletrônico: <http://ssrn.com/abstract=999849> (ultimo acesso realizado em 30/11/2011).

⁵⁶ MARMOR, Andrei. *Exclusive Legal Positivism*. In: COLEMAN, Jules L. (editor). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (Chapter 3). Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 109.

⁵⁷ “*La actitud de quienes aceptan la legitimidad de una autoridad es necesariamente una actitud de confianza razonada. Tenemos razones para considerar la decisión de la autoridad como indicio de que hay razones adecuadas para hacer lo que se nos dice que hagamos. Las directivas de la autoridad llegean a ser nuestras razones. Aunque la aceptación de la autoridad se base en la creencia de que sus directivas están bien fundadas en razón, se entiende que producen los beneficios que tratan de producir sólo si confiamos en ellas más bien que en nuestro propio juicio independiente sobre los méritos de cada caso a las que aquéllas sean aplicables. Este es todo el sentido de admitir que la autoridad debe disponer del poder de adoptar decisiones*”. (RAZ, Joseph. *Razon Pratica Y Normas*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 241-242).

o autor, o positivismo inclusivo, em todas as suas versões, é insustentável na medida em que alheio às noções estabelecidas por Raz (em síntese, a ideia do Direito como prática social impositiva, apta a fazer uma diferença prática em relação às questões as quais se propõe a resolver).

Na leitura de Marmor, não é coerente um positivismo jurídico que não esteja, da mesma forma, de acordo com a teoria dos fundamentos convencionais do Direito. Dessa forma, uma conciliação do positivismo com as teorias interpretativas de Dworkin, segundo o positivismo exclusivo sustentado por Marmor e Raz, não passaria de um ideal utópico, incapaz de ser sustentado enquanto teoria jurídica.

Passaremos agora a analisar o chamado *positivismo inclusivo*, na forma como ele é apresentado e sustentado por Jules Coleman, um de seus defensores mais conceituados na atualidade.

Para sustentar a sua versão “inclusiva” do positivo jurídico – que ele denomina *incorporacionismo* - Jules Coleman se distancia bastante das teses de Raz e Marmor, bem como abre mão de uma série de postulados tradicionais e característicos do positivismo.

Em síntese, Coleman irá romper com a *tese da separabilidade* (entre Direito e moral), com a *regra de reconhecimento* (para Hart⁵⁸, existiriam as chamadas “regras primárias” e um conjunto de “regras secundárias”, dentre as quais as mais destacadas seriam as chamadas regras de reconhecimento) e com a ideia de *critério de legalidade*.⁵⁹

O grau de rompimento de Coleman com o positivismo jurídico tradicional é tamanho que Dworkin chega a sustentar que:

[...] a versão de Coleman do positivismo jurídico é mais bem descrita como antipositivismo. Ele abandonou completamente o legado filosófico que se propõe a defender, e cobre sua retirada afirmando que se mantém fiel ao princípio fundamental do positivismo: aquele segundo o qual o direito é sempre uma questão de convenção”.⁶⁰

⁵⁸ Ver: HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁵⁹ “In this essay, I characterize the original intervention that became Inclusive Legal Positivism, defend it against a range of powerful objections, explain its contribution to jurisprudence, and display its limitations and its modest jurisprudential significance. I also show how in its original formulations ILP depends on three notions that are either mistaken or inessential to law: the separability thesis, the rule of recognition, and the idea of criteria of legality. The first is false and is in event inessential to legal positivism. The second is inessential to legal positivism. The third is likely inessential to law”. COLEMAN, Jules L.. *Beyond Inclusive Legal Positivism*. Yale Law School. Ratio Juris, Vol. 22, Issue 3, pp. 359-394, September 2009, p. 01.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p.280.

Conforme apontado por Dworkin, Coleman sustentará que sua teoria é positivista em virtude de permanecer fiel ao que ele chama de “postulado essencial” do positivismo, qual seja, a ideia de que o Direito é sempre necessariamente uma questão de *convenção*.

Coleman, é verdade, goza do privilégio de poder anunciar o positivismo inclusivo como sendo o legítimo herdeiro do legado de Hart. Ele faz questão de nos lembrar que, no já célebre pós-escrito de *O Conceito de Direito*, Hart expressamente se filiou ao positivismo inclusivo⁶¹ (denominado “*soft positivism*” pelo próprio Hart)⁶².

Para Coleman, a legalidade possui *aspectos sociais e normativos*, sendo que os fatos sociais atuam de forma decisiva nas determinações e no conteúdo das normas jurídicas.⁶³ O aspecto decisivo que surge nisso, segundo o autor, é a necessidade de que exista sempre uma convenção para que se possa efetivamente falar na existência de um Direito. Para Coleman, a estrutura da prática jurídica:

[...] é criada e mantida pelo comportamento dos participantes, mas o conteúdo das regras que constitui a prática não é. As negociações são resultado de um conjunto contínuo de negociações. Portanto, pode muito bem haver divergências acerca de seu conteúdo – divergências que, além do mais, são substantivas e importantes, e que, dada a estrutura em questão, poderiam muito bem ser resolvidas mediante o apelo a uma argumentação moral substantiva sobre como se deve

⁶¹ "In the Postscript, Hart explicitly embraces 'soft positivism' (his labor for inclusive positivism, or what I call Incorporationism), apparently settling the issue between inclusive and exclusive legal positivists for Hart's legacy". COLEMAN, Jules (editor). *Hart's Postscript - Essays on the Postscript to the Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 100.

⁶² "In the Postscript, Hart embraces the form of legal positivism that I have been developing since 'Negative and Positive Positivism'. This form of positivism has gone under a variety of names. Wil Waluchow refers to it as 'inclusive positivism'; Hart refers to it as 'soft positivism'; Dworkin calls it 'soft conventionalism'. It is most commonly referred to as inclusive legal positivism, which is designed to emphasize the contrast with Raz's exclusive legal positivism. I prefer 'Incorporationism', and that is the label I will employ throughout". COLEMAN, Jules (editor). *Hart's Postscript - Essays on the Postscript to the Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 100.

⁶³ "I then characterize the central claim of ILP in a way that relies on none of these: ILP is the claim that necessarily social facts determine the determinants of legal content. I show that ILP so conceived leaves the central debates in law largely untouched. I suggest how the most fundamental of these—the question of the normativity of law—at least can be usefully addressed. The essay closes by suggesting that even though one can distinguish the social from the normative dimensions of law, a theory of the nature of law is necessarily an account of the relationship between the two: It is a theory either of the difference that certain distinctive social facts make in normative space, or it is an account of the distinctive normative difference that law makes, and the social and other facts that are necessary to explain that difference. One can distinguish between but one cannot separate the social from the normative aspects of legality". COLEMAN, Jules L.. *Beyond Inclusive Legal Positivism*. Yale Law School. Ratio Juris, Vol. 22, Issue 3, pp. 359-394, September 2009, p. 01.

proceder, e que podem convidar à discussão dos aspectos principais da referida prática.⁶⁴

Coleman irá sustentar que um governo baseado no Direito é preferível em relação a qualquer outra forma alternativa de exercício do poder, pois o Direito teria um potencial inerente de acomodar as aspirações morais e os ideais da sociedade. Mas o autor faz questão de deixar claro que esses ideais seriam externos ao conceito do Direito, sendo apenas o caso de que este tem o potencial de servir bem aos interesses daqueles. O Direito teria, assim, uma espécie de “capacidade de atração” da moralidade.⁶⁵

Embora rejeite boa parte dos postulados tradicionais do positivismo jurídico, Coleman, conforme já assinalamos, faz questão de definir sua teoria como positivista⁶⁶ e sustenta vários pontos de discordância com a obra de Dworkin⁶⁷. Para Coleman, a

⁶⁴ COLEMAN, Jules L. *The Practice of Principle: in Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 99. In: DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 268.

⁶⁵ “In my own work, especially, in *The Practice of Principle*, I have offered a theory of law that involves a variety of elements, some familiar, some not, that can be conjoined in a way that explains why governance by law is preferable to alternative forms of governance. If one is moved by the moral ideals of autonomy and dignity, then one can see how the elements of my analysis constitute a thing (law) that has the capacity for accommodating those ideals in ways that others forms of governance cannot or cannot as well. If one is moved by the ways in which effective organization can enhance human welfare, then it is plain to see that law, understood in terms of the analysis I offer, can be conducive to those ends. But autonomy, dignity, and welfare do not enter at any point into the analysis that I offer, nor do any other moral properties. These ideals are external to the concept of law; law happens to be the kind of thing that can serve them well. The capacity to do so is, in a metaphysically innocent sense, an inherent potential of law.” COLEMAN, Jules L. *Methodology*. Publicado em *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (Chapter 8). Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 332.

⁶⁶ Ao contrário do que ocorre com Neil MacCormick, conforme veremos mais adiante.

⁶⁷ Uma crítica em particular que Coleman dirige a Dworkin – e com a qual não é possível concordar – é no sentido de que a teoria da integridade dworkiniana não traria nenhuma garantia de justiça e seria compatível com uma normatividade injusta ou iníqua. Coleman afirma que: “Alternatively in claiming that legality is a normative concept of assessment, one can be understood to be calling attention to the idea that a system of law or a legal institution embodies or expresses a particular kind of political virtue. This, I take it, is an important feature of Ronald Dworkin’s jurisprudence. For Dworkin, the distinctive virtue of law is not justice, but what he calls ‘integrity’. Indeed Dworkin can sometimes be read as claiming that a theory of law is a theory of legality by which he has in mind an account of the kind of value or political virtue displayed by ‘the legal’. Possessing the virtues distinctive of law, like possessing most ordinary virtues, is a matter of degree. Thus, legal systems can display integrity for example even if some of its laws are immoral. Integrity is the virtue law strives to achieve but as with the rest of us falls short of doing so from time to time (or more often than that). Thus, understood in this way, the claim that legality is a normative concept is perfectly compatible with the possibility of immoral laws and thus with the narrow formulation of the separability thesis.” COLEMAN, Jules L. *The Architecture of Jurisprudence*. Yale Law School, Public Law Working Paper No. 210. Janeiro 2011. Pag. 14. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1634667. Acesso realizado em 18/11/2011. Impossível deixar de observar que essa afirmação ignora o recorrente apelo de Dworkin à integridade não apenas no que diz respeito à jurisprudência dos tribunais, mas sim em relação aos valores políticos, sociais e jurídicos que orientam a nossa sociedade. Nesse sentido: “I argue throughout the book that in political morality integration is a necessary condition of truth. We do not

questão da *convenção* se sobrepõe às discussões envolvendo aspectos de moralidade, pois tais discussões seriam irrelevantes para a determinação daquilo que é ou não é efetivamente Direito.

Apesar disso, para Coleman, os critérios morais podem não apenas ser objeto de inspiração de dispositivos legais como podem, até mesmo, ser utilizados nas ponderações dos juízes em casos concretos – *desde que haja convenção nesse sentido*. Para sustentar tal tese, Coleman se vê obrigado a recorrer a um conceito de “convenção” bem mais elástico e rarefeito do que aquele defendido pelo positivismo jurídico tradicional. Dworkin chamará esse argumento de “estratégia de abstração”.⁶⁸

Em síntese, Coleman irá definir como “convenções” todas as considerações morais que estão incluídas explícita ou implicitamente nos dispositivos legais, enxergando as divergências disso decorrentes como sendo tão somente divergências “de aplicação”. Ele explica esse ponto da seguinte forma:

[Uma] regra de reconhecimento que afirma que nenhuma norma pode ser jurídica a menos que seja justa parece tratar a moral como uma condição necessária da legalidade. Uma regra de reconhecimento que afirma que certas normas são jurídicas porque expressam uma dimensão de justiça ou imparcialidade trata a moral como condição suficiente de legalidade.

Cláusulas como a da Igual Proteção, da Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, ou disposições legais semelhantes que se encontram na Carta Canadense de Direitos e Liberdades são, certamente, exemplos de regras de reconhecimento que tratam certas características da moralidade de uma norma como condição necessária de sua legalidade. Por outro lado, poder-se-ia pensar que o princípio “Ninguém deve se beneficiar de sua própria torpeza” é jurídico porque expressa uma dimensão de justiça ou imparcialidade, caso em que o fato de fazê-lo parece ser o bastante para configurar sua condição de legalidade.⁶⁹

secure finally persuasive conceptions of our several political values unless our conceptions do mesh. (...) That means that a defense of some particular conception of a political value like equality or liberty must draw on values beyond itself: it would be flaccidly circular to appeal to liberty to defend a conception of liberty. So political concepts must be integrated with one another. (...) That fact provides an important part of the case for the unity of value.” DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011. p. 5-7.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p.272. Mais adiante, analisaremos algumas das inconsistências mais graves da teoria de Coleman.

⁶⁹ COLEMAN, Jules L. *The Practice of Principle: in Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 99. In: DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 272.

As teses de Coleman dão margem para uma série de questionamentos. Será que ainda se trata de uma teoria positivista, ou poderia ser considerada como um outro tipo de Teoria do Direito pós-positivista? Há como efetivamente sustentar esse “alargamento” que Coleman propõe para aquilo que se pode denominar de *convenção*? Estes são alguns dos pontos que retomaremos em seguida neste capítulo.

2.3 AS DEFICIÊNCIAS DAS TEORIAS POSITIVISTAS PÓS-DWORKIN

Os autores que continuam adeptos do positivismo jurídico frequentemente sugerem que os seus trabalhos lograram êxito em superar a robusta crítica dworkiniana ao positivismo jurídico, mas não é isso o que demonstra a análise de seus escritos. O estudo das teorias positivistas exclusivistas e inclusivistas demonstra, de forma evidente, que estas teorias avançaram muito pouco (e, na verdade, até mesmo *esforçaram-se muito pouco*) para superar as críticas de Dworkin em relação, por exemplo, ao caráter antidemocrático da discricionariedade judicial positivista.

Como analisaremos de forma mais aprofundada no próximo capítulo, o positivismo jurídico, por não ter apresentado uma solução adequada para o problema da discricionariedade judicial, *é hoje claramente uma doutrina incompatível com o Estado Democrático de Direito erigido na esteira do neoconstitucionalismo do último meio século*.

Além de não responder adequadamente a este ponto já referido, que poderíamos chamar de “questão democrática”, as estratégias inclusivista e exclusivista do positivismo jurídico falham até mesmo em criar uma teoria coerente capaz de, pelo menos, manter a solidez do legado de Hart. Como vimos, o positivismo exclusivo, na forma como defendido por autores como Raz e Marmor, não apenas ignora por completo a volumosa obra de Dworkin (o que é absurdamente grave, dado o fato de que se trata provavelmente do mais influente jusfilósofo do mundo nos últimos trinta anos) como representa, ainda, um retrocesso “conservador” em relação à própria maneira como Hart enxergava a sua própria teoria (lembrando que o autor, no pós-escrito de *O Conceito de Direito*, se declarou um adepto do “*soft positivism*”).

Já o positivismo inclusivo de Coleman, por sua vez, acaba por fazer tantas concessões à doutrina de Dworkin que este chega a sustentar que o “positivismo” de Coleman seria mais bem descrito como “antipositivismo”. O positivismo inclusivo, de certa forma, parece apresentar “o pior de dois mundos”: não possui a coerência

estrutural do positivismo jurídico clássico (uma vez que abandona a maior parte de seu legado filosófico) mas, no entanto, continua refém do problema da discricionariedade judicial, na medida em que, ao contrário da obra de Dworkin, não se preocupa em construir uma teoria da decisão preocupada com a questão da democracia e da limitação do poder dos juízes.

Para continuar explicando o Direito como um fenômeno sempre e necessariamente convencional, Coleman adota a estratégia de “alargar” o conceito de “convenção”, como observa Dworkin:

Coleman, porém, insiste que os juízes estão seguindo uma convenção sobre o modo de identificar o que o direito exige quando divergem acerca do que ele exige. Portanto, ele se vê diante do desafio de explicar como isso é possível. [...] ele insiste que a divergência judicial, mesmo quando portadora de uma dimensão moral, é sempre uma questão de aplicação, e não de conteúdo. [...] Coleman insiste em dizer que todos os juízes da Suprema Corte acatam essa convenção, e, quando não chegam a uma posição consensual sobre a validade ou não das leis que criminalizam a homossexualidade, estão simplesmente divergindo sobre a aplicação da convenção a essas leis. Portanto, até mesmo as questões de direito constitucional norte-americano que mais convidam à divergência moral se baseiam, na verdade, na convenção.⁷⁰

Para Dworkin, a estratégia de Coleman simplesmente “banaliza” o positivismo jurídico, minando seus alicerces teóricos de três formas distintas⁷¹. Primeiro, Dworkin observará que, como Coleman não estabelece nenhum limite para o grau de abstração das convenções, qualquer prática jurídica poderia ser classificada como “convencional”, por mais distante dos postulados positivistas tradicionais que essa prática em questão se apresentasse. Por exemplo: uma comunidade “A”, cujo único ponto de acordo entre seus membros fosse no sentido de que as questões jurídicas devem ser julgadas de forma “apropriada” e “imparcial” (embora divergindo completamente sobre o que viria a ser um julgamento “apropriado” ou “imparcial” na prática) seria, para Coleman, uma comunidade com convenções estabelecidas sobre o conteúdo do Direito.

Coleman iria dizer que as divergências jurídicas surgidas na sociedade “A” seriam única e exclusivamente divergências “de aplicação”, e não divergências de conteúdo propriamente dito, malgrado o fato de a comunidade “A” não possuir nenhuma convenção em termos de conteúdo, mas sim tão somente uma adesão

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 270-273.

⁷¹ *Ibid.* p. 273.

apriorística a alguns postulados-chave de sentido indeterminado, que não possuem qualquer utilidade enquanto não tiverem o seu conteúdo interpretado, discutido e definido.

Em segundo lugar, Dworkin irá apontar que a estratégia de Coleman faz com que o positivismo não tenha mais quaisquer condições de explicar as singularidades do Direito e do raciocínio jurídico, pois todas as divergências de uma comunidade se tornariam divergências de aplicação (menos abstrata) a respeito da correta prática em relação à convenção (mais abstrata) que todos compartilham.

Por derradeiro, Dworkin observará que o argumento de Coleman enfraquece a própria ideia do que vem a ser uma “convenção”. Dworkin dirá que uma convenção se caracteriza por ser resultado não do comportamento isolado de um agente, mas sim pela *convergência de condutas*. Em outras palavras, uma conduta que um indivíduo adotaria de qualquer forma, pouco importando a conduta dos demais membros de sua coletividade, não pode ser considerada uma *convenção*.

É por isso que é impróprio dizer, por exemplo, que os juízes compartilham entre si a convenção de que devem julgar seus casos de maneira adequada, na medida em que um juiz sempre vai achar que deve julgar seus casos de maneira adequada, independentemente do que pensem os outros juízes. “*Qual seria a alternativa? Decidir de maneira imprópria?*”, questiona Dworkin⁷², antes de concluir, sobre o positivismo inclusivo de Coleman, que:

[...] seu uso da convenção persegue a vitória por meio da capitulação. Sua primeira estratégia banaliza a ideia de convenção, tornando-a inútil em termos práticos e teóricos. Sua segunda estratégia, que espera transformar cooperação em convenção, fracassa porque a cooperação não precisa depender da convenção, e porque um sistema jurídico não precisa, como questão de necessidade conceitual, depender da cooperação plena. Não fizemos progressos no entendimento da persistência dos acólitos do positivismo – no entendimento, por exemplo, da razão pela qual Coleman se mostra tão ansioso para desfraldar a bandeira do positivismo que, ao fazê-lo, parece propenso a abrir mão de todos os seus artigos de fé.⁷³

Dworkin não deixou sem resposta as pretensões dos positivistas inclusivistas e exclusivistas de “superar” sua bem assentada crítica ao positivismo jurídico. Em sua obra *A Justiça de Toga*, ele dedica um capítulo inteiro a analisar o status atual do debate

⁷² DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 274.

⁷³ Ibid. p. 280-281.

positivista, trinta anos depois da publicação da seminal obra *Levando os Direitos a Sério*. A crítica que ele faz ao positivismo exclusivo de Raz é particularmente contundente:

As condições morais que Raz identifica colocam um problema sério para ele. Se aceitasse o que parece possível inferir de seus pressupostos anteriores – o fato de que uma verdadeira lei deve atender a todas as condições necessárias de autoridade legítima, inclusive as de natureza moral -, ele não poderia ser um positivista exclusivo. O fato de uma lei ser excessivamente má para poder ser legítima é uma questão moral, e um positivista exclusivo não pode admitir que a existência da lei dependa da resposta correta a uma questão moral. [...] Se aceitarmos a afirmação de Raz de que o direito deve ser necessariamente capaz de autoridade legítima, e se acreditarmos que o direito jamais terá autoridade legítima se for intrinsecamente mau, teremos então que concluir que o direito não pode ser intrinsecamente mau, o que implica afirmar que o positivismo é falso.⁷⁴

Além disso, mais uma vez Dworkin demonstrará as contradições entre o positivismo jurídico e a democracia contemporânea:

Jeremy Bentham, o primeiro filósofo a apresentar uma versão sistemática do positivismo jurídico, tinha grandes preocupações políticas. [...] À época, o positivismo tinha um quê democrático, e quando a democracia se tornou supostamente mais progressista, o positivismo tornou-se parte do hino desse progresso. [...] Contudo, a influência política do positivismo jurídico diminuiu muito nas últimas décadas, e esse sistema filosófico deixou de ser uma força importante tanto na prática jurídica quanto na educação jurídica. O Estado se tornou demasiado complexo para adequar-se à austeridade positivista. A tese de que o direito de uma comunidade consiste apenas nas determinações explícitas dos órgãos legislativos parece natural e conveniente quando os códigos legislativos explícitos podem pretender suprir toda a legislação de que uma comunidade necessita. Contudo, quando a transformação tecnológica e as inovações comerciais superam o provimento do direito positivo – como ocorreu intensamente nos anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial – os juízes e as outras autoridades judiciais devem voltar-se para princípios mais gerais de estratégia e justiça, de modo a adaptar e fazer o direito evoluir em resposta às novas necessidades. Portanto, parece artificial e despropositado negar que esses princípios também participam da definição do que é direito. Além disso, depois da guerra difundiu-se muito a ideia de que os direitos morais que as pessoas têm contra as instituições legislativas possuem força de lei [...] Repetindo, parecia cada vez mais sem sentido declarar que essas restrições morais ao Estado não eram, em si, parte do direito da comunidade. De maneira correspondente, o apelo do positivismo exauriu-se. Não mais se associava ao progresso democrático, mas ao maiorismo

⁷⁴Ibid. p. 286-287.

conservador; eram os juízes liberais que apelavam à moralidade para justificar uma maior proteção jurídica dos direitos individuais. A maioria dos juristas acadêmicos presumia que, se uma teoria geral sobre a natureza do direito fosse realmente necessária, deveria ser mais sutil do que o positivismo jurídico.⁷⁵

A leitura dos trabalhos dos positivistas contemporâneos, como Raz e Marmor, demonstra que eles parecem mais preocupados com detalhes do debate interno de suas próprias teorias do que em efetivamente fazer algo para adequar o positivismo jurídico aos avanços das ciências políticas e jurídicas do segundo pós-guerra até hoje. Há um inegável descompasso do positivismo jurídico com o que se espera, hoje, de uma teoria do Direito comprometida com os direitos e garantias fundamentais, com a universalização dos direitos humanos e com o compromisso comum e recíproco de diferentes nações com o respeito pelos direitos individuais e sociais.

Difícilmente vemos os positivistas desenvolverem seus raciocínios com base nas complexidades do mundo contemporâneo, globalizado e diante da perspectiva de novas configurações de poder econômico entre as nações. Pelo contrário: com frequência, os exemplos positivistas são construídos com base em “jogos de xadrez” ou raciocínios análogos, precisamente porque as deficiências e limitações do positivismo não aparecem com clareza em cenários mais simples.

Sabemos – e o positivismo jurídico não nega isso – que as normas jurídicas de uma sociedade são construídas como um verdadeiro reflexo dos juízos morais desta mesma sociedade, ou seja, representam uma positivação das aspirações comuns por justiça, consagrando os valores que são compartilhados por esta coletividade humana em particular. Diante deste fato, o positivismo jurídico fracassa em sua proposta de negar qualquer influência da moral no Direito após a criação de uma norma sobre o conteúdo em questão. Se são as nossas aspirações e juízos morais que nos levam a desejar a criação de uma determinada lei “X” (e a eleger representantes que irão criá-la), como se pode imaginar que aquelas mesmas aspirações e juízos morais que fomentaram a criação da lei não irão reaparecer, na forma de reflexões e ponderações, quando um caso concreto envolvendo a matéria da lei “X” for levado à apreciação de um juiz ou tribunal?

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 299-300. As considerações que Dworkin apresenta aqui vêm de encontro com o que iremos sustentar no terceiro capítulo do presente trabalho, ou seja: que o neoconstitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial assentou, na doutrina jurídica internacional, um novo paradigma que não é compatível com o velho positivismo jurídico (e, conforme já vimos, as “novas” doutrinas positivistas não lograram sucesso em superar tal problema).

Não é sem motivo que os positivistas frequentemente apelam para modelos de raciocínio baseados em jogos, que simplificam o fenômeno da origem das normas legais, abstraindo o fato de que elas surgem, através da política, como uma consequência de sermos seres que enxergam o mundo por meio de concepções morais que se manifestam no mundo das relações sociais na forma de valores autênticos.

Qual é o problema do raciocínio jurídico construído sobre um jogo? Vamos exemplificar com um raciocínio análogo. Imaginemos que duas pessoas estão jogando xadrez e optaram por convencionar que o movimento das peças “cavalo” passará a ser um “V” ao invés do tradicional movimento em “L”. Convencionada tal alteração nas regras, não haverá qualquer mudança significativa para que o jogo possa continuar sendo jogado. A única coisa que acontecerá, como Hart assinalava e já ilustramos anteriormente neste capítulo, é que o jogo de xadrez estaria deixando de ser propriamente um jogo de “xadrez” e estaria se tornando algum outro jogo (um xadrez personalizado, por assim dizer).⁷⁶ A única regra que os dois jogadores precisam observar para continuar jogando sem problemas é que as convenções adotadas deverão valer para ambas as partes, mas nada além disso.

O Direito, com efeito, não funciona dessa maneira, pois ele é muito mais do que um simples fruto de convencionalismo arbitrário ou gratuito: *ele é uma normatização dos valores que compartilhamos enquanto sociedade*. Pergunta-se: assim como os nossos hipotéticos jogadores de xadrez mudaram o movimento das peças “cavalo” de “L” para “V”, nós poderíamos mudar o nosso Direito pátrio de forma a descriminalizar o homicídio? Ou para aumentarmos, no Código Penal, a pena para o crime de furto a fim de que ela se tornasse mais severa do que a pena para o crime de roubo? Poderíamos mudar as leis civis no sentido de liberar o devedor de qualquer obrigação para o credor, dando para aquele direito de indenização contra este, caso o credor lhe tirasse o sossego em virtude da dívida não paga?

Todos estes exemplos são claramente absurdos, e a única resposta imaginável é: claro que não! E a resposta é negativa precisamente porque o Direito não é mera

⁷⁶ Como já vimos anteriormente, Hart, partindo do exemplo dos jogos de críquete ou beisebol, denominará esse novo jogo (surgido das decisões anômalas do árbitro) de “jogo ao arbítrio do marcador”. Oportuno esclarecer que o autor de *O Conceito de Direito* está, na referida passagem, tratando de uma situação onde aquelas pessoas imbuídas do papel de decidir violam as normas convencionadas do jogo/ordenamento jurídico, enquanto que o argumento que desenvolvemos acima parte do princípio de que a convenção foi alterada, de comum acordo, pelas próprias partes que compartilham dessa convenção. Isso não traz qualquer prejuízo ao argumento acima desenvolvido, que versa sobre o conteúdo moral do Direito, enquanto que o argumento de Hart lidava com a questão dos limites da aplicação. HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.187.

convenção, apta a ser substituída a qualquer momento e de qualquer forma por qualquer outro arranjo convencionado. É em decorrência desta principiologia que, por exemplo, o nosso ordenamento jurídico não pode ser modificado no sentido de passar a prescrever a pena de tortura para presos, ainda que a maior parte da população brasileira efetivamente se manifestasse a favor da adoção de medidas draconianas desta natureza.

Diferentemente do exemplo do jogo de xadrez, onde as regras (sejam tradicionais ou personalizadas) não possuem qualquer raiz valorativa, as normas jurídicas possuem um conteúdo moral que necessariamente orienta a forma como o ordenamento jurídico se organiza e se sistematiza. E o positivismo jurídico, tanto na época de Hart quanto nos dias atuais, continua nos devendo a explicação para esta pertinente questão: *como a moral poderia “não influenciar” o Direito, quando do julgamento de casos concretos, se esses casos concretos são julgados com base em normas jurídicas que são concebidas precisamente como projeções de nossos valores morais?*

A sobrevida do positivismo jurídico nos meios acadêmicos, como se vê, não se dá sem grandes dificuldades de argumentação e aplicabilidade para o mundo contemporâneo. Dworkin irá observar que:

Os defensores do positivismo jurídico nos meios acadêmicos, como Coleman e Raz, persistem. Mas seus argumentos, como tentei demonstrar, têm o artificialismo e a premência que os defensores de uma crença sagrada criam quando se veem diante de evidências constrangedoras. O que é essa crença sagrada? [...] Eles exaltam o positivismo como uma representação exata do próprio conceito de direito, ou como a representação teórica mais iluminadora dos fenômenos jurídicos ao longo do tempo. Às vezes, eles os tratam como se fossem exatamente a mesma coisa. Mas não apresentam nenhuma explicação séria do tipo de análise conceitual que têm em mente, assim como nenhuma comprovação empírica que pudesse sustentar amplas generalizações sobre as formas e o histórico das instituições jurídicas. Empenham-se muito pouco em associar sua filosofia do direito tanto à filosofia política em geral quanto à prática jurídica, à erudição e à teoria substantivas. [...] Por quê? Parte da resposta, acredito, está na contínua influência de dois talentosos filósofos que há muito tempo publicaram duas análises influentes do positivismo: H.L.A Hart, no mundo anglo-saxão, e Hans Kelsen, no resto do mundo. Mas essa resposta parcial também aprofunda o enigma: por que esses filósofos – que, a exemplo da coruja de Minerva, alçaram voo no crepúsculo de suas tradições – ainda impõem respeito e estimulam o isolamento intelectual?⁷⁷ [...] apresentarei o que considero ser pelo menos parte da resposta: os

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 300-301.

positivistas são atraídos por essa concepção de direito não por seu apelo inerente, mas porque essa doutrina lhes permite tratar a filosofia do direito como uma disciplina autônoma, analítica e autossuficiente.⁷⁸

Também é oportuno, para os objetivos do presente trabalho, tecermos algumas considerações sobre os posicionamentos atuais de Neil MacCormick, um autor que era tradicionalmente associado ao positivismo jurídico. Seu famoso *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978) pode ser visto não apenas como uma resposta às críticas de Dworkin à obra de Hart mas, também, como um meio-termo entre as duas teorias. No entanto, em relação às teorias mais recentes de MacCormick, nos parece claro que o autor não pode mais ser, de forma alguma, enquadrado como um “positivista” (é digno de nota o fato de que o próprio autor já não se considera mais como sendo um positivista).⁷⁹ Pode-se dizer que o trabalho recente de MacCormick representa uma espécie de símbolo da capitulação teórica do positivismo jurídico.

As teorias atuais de MacCormick, nas quais ele claramente rompe com o seu passado positivista, não têm o nível de desenvolvimento e aprofundamento teórico da obra de Dworkin – vale lembrar que MacCormick rompe com o seu passado positivista e consolida sua teoria atual apenas em 2007, com *Institutions of Law*, enquanto que Dworkin vem desenvolvendo suas teorias, de forma harmônica, desde o final dos anos 1970. Apesar disso, em suas obras recentes, MacCormick demonstra de forma evidente a sua intenção de aderir aos principais postulados das obras de Dworkin.

Já vimos que alguns autores como Raz e Marmor não só permaneceram como que “surdos” às críticas de Dworkin como, ainda, trabalham com uma versão do positivismo jurídico que é ainda mais distante do pensamento dworkiniano do que a própria obra de Hart. Outros, como Jules Coleman, engendraram por uma versão do positivismo jurídico que alguns enxergam como a legítima herdeira de Hart e única salvação possível para o positivismo jurídico depois do assentamento das duras críticas de Dworkin (enquanto outros a enxergam como uma rejeição pura e simples ao legado filosófico do positivismo).

⁷⁸ Ibid. p. 267.

⁷⁹ “No início dos anos 1980, eu era corretamente caracterizado como um membro da mesma escola de pensamento de Hart [...]”, diz MacCormick. E ainda: “Considero o debate entre positivismo incluyente e excluyente (inclusive and exclusive) árido e infrutífero, e não entrei nele. De qualquer maneira, não me considero mais um positivista.” MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 365.

MacCormick, por sua vez, foi ainda mais longe: em termos gerais, pode-se dizer que ele “jogou a toalha” para as críticas de Dworkin. O ex-positivista denomina sua nova teoria de “Teoria Institucional do Direito”, por meio da qual o autor define o Direito como sendo uma *ordem normativa institucional*⁸⁰. Essa teoria tem uma série de pontos de confluência com a doutrina de Dworkin. Primeiro: ela admite a possibilidade de “respostas certas” para os problemas jurídicos. Segundo: ela admite que o Direito envolve conhecimento jurídico genuíno, mas que esse conhecimento não pode ser avalorativo. MacCormick dirá que:

A teoria declaratória pressupõe que haja algum modo de alcançar a resposta correta no tipo de questão que estamos considerando. A teoria não adota tal pressuposição porque existe algum elemento do Direito que possa ser, por assim, calculado com precisão, mas porque argumentos apropriados aplicados ao ordenamento jurídico estabelecido podem gerar uma conclusão mais aceitável do que qualquer outra para o dado problema.⁸¹

E sobre Hart, MacCormick irá afirmar o seguinte:

[...] as idéias maiores e mais duradouras de Hart dizem respeito à necessidade de entender a conduta governada por regras (*rule-governed conduct*) a partir do ‘ponto de vista interno’. Isso é essencial para desenvolver uma teoria clara e convincente das normas – mas as regras são apenas um tipo de norma. A análise do Direito como uma união de regras primárias e secundárias, apesar de ter uma percepção valiosa, é, ao final, incompleta e insatisfatória. Um recomeço é necessário.⁸²

O que MacCormick está dizendo, ao sintetizar sua teoria, vai inteiramente de encontro com o argumento que será apresentado mais adiante no presente trabalho⁸³, qual seja: a partir do momento em que admitimos que uma decisão judicial “X” pode ser *mais correta* (ou “mais adequada”, ou “mais acertada”) do que uma decisão judicial “Y”, *não temos como escapar do fato de que estamos admitindo que existem respostas corretas em Direito*, por mais que a resposta idealmente “mais correta” para um caso

⁸⁰ Aqui, novamente MacCormick faz questão de se afastar do seu passado positivista. Falando sobre a sua teoria institucional, ele dirá que “*trata-se de uma teoria pós-positivista do Direito*”. MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 367.

⁸¹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 344.

⁸² *Ibid.* p. 366.

⁸³ No Capítulo 3, quando trataremos da crítica ao ceticismo filosófico enquanto arcabouço teórico da discricionariedade judicial.

“Z” jamais venha a ser alcançada na prática, com o problema permanecendo envolto em polêmica e contestação até o fim dos dias.

A posição de MacCormick sobre o tema, no entanto, não é tão clara quanto a de Dworkin. O autor irá afirmar que:

[...] às vezes uma das respostas juridicamente possíveis é capaz de, após reflexão, ser caracterizada como irrazoável, ou menos razoável do que a alternativa, e então a coisa certa a fazer será decidir pela visão mais razoável. Ainda assim, mais uma vez, pode haver casos em que nem o Direito e tampouco o nosso senso comum sobre o razoável determinarão finalmente a solução, e não há outro recurso senão o de deixar que alguma pessoa dotada de autoridade decida e, desde que se comporte razoavelmente, suas decisões recebam autoridade.⁸⁴

A conclusão de MacCormick, neste particular, é manifestamente discutível. Com facilidade, poderíamos dizer que, com a afirmação acima, ele na verdade estaria repristinando a velha legitimação positivista da discricionariedade judicial (ou seja, a máxima do tipo “nos *hard cases* e na ausência de regras claras, o juiz tem discricionariedade para decidir de acordo com a sua consciência, dentro da moldura geral do ordenamento jurídico”). Com efeito, parece contraditório que o autor sustente uma tese de “respostas corretas em Direito” ao mesmo tempo em que admite “*casos em que nem o Direito e tampouco o nosso senso comum sobre o razoável determinarão finalmente a solução*”.

É claro que as discussões jurídicas demandam decisões práticas e em tempo hábil, e que as análises dos problemas sobre os bens da vida pleiteados em juízo *não podem ser objeto de reflexões eternas*. Uma teoria filiada à possibilidade de decisões corretas em Direito, por óbvio, não implica numa teoria que pretenda garantir que todos os juízes e tribunais que sejam seus adeptos irão chegar, sempre, à decisão mais correta e adequada em todos e cada um dos casos concretos que julgarem.

Diante destes inafastáveis óbices da vida prática, MacCormick poderia ter aberto uma exceção, em sua argumentação, para casos em que o juiz ou tribunal tomasse uma decisão, em caráter irrecorrível, sem ter chegado na solução mais adequada. Evidentemente, neste caso, só nos restaria obedecer tal decisão, ainda que - por falta de tempo, de sabedoria, de conhecimento técnico ou de uma análise mais atenta - o juiz ou tribunal tivesse deixado a desejar e que a referida decisão fosse criticável à luz de melhores entendimentos sobre a questão.

⁸⁴ Ibid. p. 361.

No entanto, conforme já exposto, MacCormick parece ir além, aparentemente concebendo a possibilidade de ocorrerem situações em que *o próprio Direito* (e não o juiz ou Tribunal) *pode ser incapaz de dar uma solução adequada para um determinado caso concreto*, o que naturalmente não é compatível com a doutrina que ele expõe.

Não é o caso, no entanto, de compreender MacCormick como sendo um defensor da discricionariedade judicial. Apesar das aparentes contradições nestes aspectos pontuais apontados, o autor sustenta diversas vezes que aposta na racionalidade jurídica em detrimento do decisionismo. Nesse sentido, ele dirá: “*O fato de que o caráter final da decisão jurídica, em nome dos propósitos práticos da tomada de decisões, impõe um fechamento, não pode insulá-la contra novas interpelações da razão crítica*”.⁸⁵

MacCormick irá explicar essa questão através do seu conceito de *defeasable*, ou seja, a ideia de que o Direito possui uma natureza permanentemente contestável. Para o autor, não existe qualquer contradição entre essa característica do Direito e a sua natureza racional-valorativa apta a nos conduzir a soluções corretas para os problemas jurídicos do mundo dos fatos. MacCormick irá explicar que:

O Direito não é a única disciplina ou arte prática na qual os especialistas mais altamente qualificados podem ter diferentes opiniões sobre os casos. Diagnósticos médicos difíceis, e prognósticos feitos com base em diferentes linhas possíveis de tratamento podem também ocasionar diversidade de opinião entre os mais qualificados e hábeis especialistas, e o mesmo se aplica a engenheiros, arquitetos, contadores e, temos que supor, a praticamente qualquer domínio profissional, ou mesmo não-profissional, de julgamento especializado.⁸⁶

Importante frisar que *as limitações das ciências humanas não são óbice à busca por respostas corretas em Direito*, na medida em que isso não implica em exigir argumentações de caráter “demonstrativo”, como se não existisse raciocínio e racionalidade fora dos padrões empírico-demonstrativos das ciências ditas “exatas”. Sobre isso, o autor dirá que:

Argumentação jurídica racional, de acordo com a visão apresentada aqui, não é argumentação demonstrativa. Exceto em situações franca e essencialmente incontestadas, a argumentação racional não equivale a uma demonstração lógica da correção do resultado alcançado à luz de

⁸⁵ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 361.

⁸⁶ *Ibid.* p. 336.

premissas jurídicas e factuais incontroversas. Ela é racionalmente persuasiva, e não racionalmente demonstrativa.⁸⁷

A teoria de MacCormick, é oportuno observar, possui uma destacada preocupação com a democracia. A ideia do Direito como tendo uma natureza necessariamente *defeasable* não significa outra coisa senão reconhecer aquele grau de conflituosidade inerente (e, por isso mesmo, inclusive desejável) numa sociedade democrática. O desacordo, neste contexto, surge como algo de positivo e intrínseco à democracia, e não como um indicativo de um suposto fracasso dos sistemas jurídicos.

Outro aspecto importante é que os pontos de desacordo, no Direito, aparecem como *exceções* que confirmam a regra – ou seja, *a regra é o consenso*. Significa dizer, nas palavras de MacCormick, que:

Apesar de endêmico, é importante destacar que o desacordo é focado, episódico e local, e não abrangente e universal em todo o sistema jurídico. Se fosse abrangente e universal, o Estado e a sociedade civil estariam à beira de um colapso, ou teriam mesmo já entrado em colapso, e o Direito seria um campo de batalha, e não um sistema de normas institucionais que está, de modo geral, estabelecido e em funcionamento. Desacordos relativos a questões importantes e profundas de opinião existem. Eles são, no entanto, desacordos entre pessoas que compartilham uma visão dos pontos que estão em jogo no argumento, ao mesmo tempo em que atribuem peso diferente a componentes diversos, de modo isolado e em alguma combinação. Nesse sentido, eles são desacordos razoáveis entre pessoas razoáveis, desacordos que persistem depois de debate e deliberação cuidadosos e refletidos.⁸⁸

Esta é, em breve síntese, a teoria de MacCormick. Como vimos, apesar de alguns pontos de obscuridade em relação a quais seriam os limites objetivos da discricionariedade judicial, estamos diante de uma teoria que absorveu as lições de Dworkin e que parece efetivamente distanciada não apenas dos postulados mas, também, das preocupações recorrentes dos autores positivistas.

MacCormick passa ao largo do debate entre positivismo inclusivo e exclusivo, bem como de discussões típicas de autores alinhados com tais teorias, como a questão das regras de reconhecimento, do convencionalismo, etc. Assim como Dworkin, MacCormick demonstra maior preocupação com a questão da democracia e em demonstrar que o Direito não opera como mero discurso de legitimação ou de

⁸⁷ Ibid. p. 361.

⁸⁸ Ibid. p. 339.

conveniência dos poderes constituídos, mas sim como um campo do conhecimento humano dotado de suficiente racionalidade, capaz de dar soluções coerentes e adequadas para os problemas que lhe são apresentados.

Portanto, ao longo deste capítulo e até este ponto, partimos do positivismo exclusivo, passamos pelo positivismo inclusivo e chegamos até um ex-positivista que hoje constrói sua teoria do Direito orientado pelas preocupações características de autores como Dworkin (e que, como ele, estão alinhados naquilo que poderíamos chamar de um movimento “pós-positivista”)⁸⁹, como demonstra o inteligente e necessário alerta que o autor faz no encerramento de sua obra *Retórica e o Estado de Direito*:

Quando o modo de vida de sociedades civilizadas fica sob ameaça, é urgente que seus cidadãos reflitam sobre a questão do que mais importa naquele modo de vida ameaçado. A erosão do Estado de Direito não seria um bom modo de enfrentar e reverter ameaças à civilização, mas um modo de render-se a elas. Levar a razão prática e a argumentação jurídica a sério não enfraquece o respeito pelo Estado de Direito; essa atitude o reforça.⁹⁰

⁸⁹ MacCormick defende expressamente a ideia de que a discricionariedade judicial e o decisionismo são incompatíveis com a ideia contemporânea de Estado democrático, exatamente o argumento que sustentaremos na segunda parte do Capítulo 3 do presente trabalho. Nas palavras do autor: “Finalmente, no nível mais elevado da teoria política e constitucional, o tema do ‘Estado de Direito’, ou do caráter de um *Rechtsstaat*, é posto em questão. Se o Estado de Direito significa um governo das leis e não dos homens, ele é impossível de se realizar se a tese da infalibilidade judicial é verdadeira. Afinal, o governo das leis torna-se simplesmente o governo das pessoas que produzem decisões jurídicas. Na visão alternativa, a ideia de Estado de Direito adquire um sentido diferente. A ideia é que as pessoas que proferem as decisões jurídicas são responsáveis por defender e implementar o Direito, em vez de criá-lo por meio de seus opiniões. Assim, nossa crença no Direito e na ordem, caso se trate de uma crença no Estado de Direito, modifica-se profundamente de acordo com a opinião que adotamos sobre a possibilidade de os juízes errarem.” MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 357. Oportuno frisar que reconhecer que os juízes podem errar significa dizer que existem padrões de racionalidade jurídica para além da “discricionariedade judicial” e que, em outras palavras, uma decisão não se torna adequada apenas porque foi proferida por uma autoridade com poder para tanto. Ou seja, é a autoridade judicial que está adstrita à racionalidade jurídica e que deve curvar-se a ela - jamais o contrário. Também é impossível deixar de observar a convergência da teoria de MacCormick com a hermenêutica filosófica de Lenio Streck, quando aquele afirma que: “O contexto jurídico, no entanto, é um contexto no qual a ideia recém-mencionada de coerência tem uma importância peculiar e óbvia. Em uma discussão jurídica, ninguém começa a partir de uma folha em branco e tenta alcançar uma conclusão razoável a priori. A solução oferecida precisa fundar-se ela mesma em alguma proposição que possa ser apresentada ao menos com alguma credibilidade como uma proposição jurídica, e essa proposição deve mostrar coerência de alguma forma em relação a outras proposições que possamos tirar das leis estabelecidas pelo Estado. Aqueles que produzem argumentos e decisões jurídicas não abordam os problemas da decisão e da justificação no vácuo, mas, em vez disso, o fazem no contexto de uma plethora de materiais que servem para guiar e justificar decisões, e para restringir o espectro dentro do qual as decisões dos agentes públicos podem ser feitas legitimamente.” MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 31.

⁹⁰ *Ibid.* p. 362.

3 A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL POSITIVISTA COMO MANIFESTAÇÃO DO CETICISMO FILOSÓFICO

Sustentaremos, ao longo deste capítulo, que a discricionariedade judicial positivista é uma postura intrinsecamente *cética* – não no sentido coloquial em que a palavra é costumeiramente utilizada nos dias de hoje⁹¹, mas sim na qualidade de herdeira de uma tradição filosófica conhecida como *ceticismo*.

Para compreender melhor esta corrente de pensamento e a influência que ela exerceu sobre o fenômeno do positivismo jurídico, se faz necessária uma breve digressão histórica sobre as origens da filosofia clássica na Grécia e o legado que nos foi deixado pelos primeiros – e até hoje mais célebres – críticos do ceticismo.

3.1 SÓCRATES E PLATÃO - O NASCIMENTO DA FILOSOFIA CLÁSSICA E DA CRÍTICA AO CETICISMO

A filosofia, no período convencionalmente chamado *pré-socrático*, não se assentava sobre a busca da verdade e dos padrões imutáveis da natureza. Tinha, pelo contrário, se solidificado na concepção de que a busca pelo conhecimento das coisas que estavam para além do homem devia ser ignorada (na medida em que, de qualquer forma, não era possível alcançar tal conhecimento). A atenção dos pensadores centrava-se, dessa forma, no *convencionalismo*, vez que estabelecida a concepção de que a convenção (*nómos*) predominava em importância sobre a natureza (*phýsis*).

É essa a mentalidade que sai da Jônia, região grega em que nasce a filosofia, e desembarca em Atenas, por volta da metade do século V A.C. Essa filosofia jônica é substancialmente distinta da filosofia clássica grega que surgirá com Sócrates e atingirá

⁹¹ Como se sabe, nos dias atuais a postura “cética” é celebrada como uma espécie de virtude. No sentido em que a palavra é coloquialmente utilizada, cético é o indivíduo “incrédulo”, de mentalidade cientificista, apegado aos *hard facts* da vida e que não se deixa convencer por nada além de provas científicas e argumentação racional. O cético, nesta acepção, é aquele que duvida de tudo o que não pode ser claramente provado ou demonstrado pelo método científico, aquele que critica o apego a uma ideia fundada simplesmente no fascínio que ela gera (ou em suas raízes religiosas ou espirituais). Esse significado da palavra não deve ser confundido com o sentido que o termo tem dentro da filosofia. Com efeito, exigir fundamentação razoável de uma ideia para tomá-la por verdadeira é radicalmente diferente de negar a possibilidade de uma ideia ser verdadeira em si. Mais do que isso: a primeira postura representa a negação lógica da última (que é a postura que configura o ceticismo como pensamento filosófico). Ironicamente, apesar de a postura cética hoje ser associada com o cientificismo, o método científico como o conhecemos basicamente nasce com Aristóteles e com a refutação cabal do ceticismo enquanto postura filosófica.

o seu ápice teórico com Aristóteles: aquela é mais uma cosmogonia⁹², e por isso os filósofos jônios são muitas vezes chamados de *filósofos da natureza*.⁹³

A filosofia pré-socrática pode ser bem resumida na célebre frase de Protágoras de Abdera: "*O homem é a medida de todas as coisas*". Em outras palavras, o ser e o não ser dependem apenas das sensações, opiniões e conveniências do homem. As coisas são ou não são na medida em que o homem, através do *nómos*, as faça ser ou não ser. Bertrand Russell explica que "*como os sofistas perceberam que não podiam ter o conhecimento, declararam que não era importante. O que importava era a opinião útil*".⁹⁴

Esse pensamento desembarca em Atenas através dos chamados *sofistas*, que eram basicamente professores que ensinavam retórica, oratória e erística (a arte de "dobrar" argumentos, distorcer os fatos e recorrer a eufemismos para convencer um público-alvo). Sobre isso, Russell refere que "*é importante distinguir a erística da dialética. Os que praticam a primeira só querem vencer, enquanto que os dialéticos tentam descobrir a verdade. Na realidade, trata-se da distinção entre debate e discussão*".⁹⁵

Os sofistas foram fundamentalmente importantes para sua época por duas razões: primeiro, porque forneciam educação e passavam adiante ensinamentos e conhecimentos numa época em que não havia uma educação sistemática propriamente dita na Grécia. Segundo, porque surgem numa época de esplendor democrático, na qual as constituições das cidades se difundiam e, com isso, a capacidade de encantar pelo discurso e de se fazer ouvir era mais valiosa do que nunca.

Os ensinamentos sofísticos eram de ordem eminentemente prática, ou seja: ninguém pagava a eles para aprender sobre o bem ou o mal, sobre o sentido da vida ou para saber se existiam ou não verdades naturais. O centro dos ensinamentos dos sofistas

⁹² Vale observar que os filósofos pré-socráticos não "ignoravam" o mundo natural – tanto é que buscavam raciocinar a respeito de seus elementos constitutivos e determinantes. O que ocorre é que os pré-socráticos acreditavam que a possibilidade de investigação filosófica terminava dentro dos limites dos fenômenos do mundo natural, que nada disso era importante para as relações humanas e que, quanto a estas, não havia nada mais profundo a fazer do que buscar convencer os outros da superioridade de nossos pontos de vista e preferências pessoais, através da argumentação.

⁹³ "Embora a filosofia nasça como cosmologia, isto é, voltada para a explicação da Natureza (o princípio primordial gerador de todas as coisas, o processo de formação e de ordem no mundo, o ciclo das gerações e dissoluções da realidade), porque ela nasce no contexto da *pólis*, há, como diz Jaeger, 'uma projeção da *pólis* no universo', isto é, o vocabulário das relações sócio-políticas e morais é o vocabulário usado para explicar a Natureza". CHAUI, Marilena. *Introdução à História da Filosofia vol. I – Dos pré-socráticos a Aristóteles*. 3ª edição. São Paulo: Brasiliense. 1994. p. 40.

⁹⁴ RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. 6ª edição. Rio de Janeiro : Ediouro, 2002. p. 63.

⁹⁵ RUSSELL, Bertrand. *Op. Cit.* p.64.

era a arte de ser cidadão, de ser hábil e persuasivo num ambiente em que as opiniões proliferavam.⁹⁶

Pouco nos sobrou de eventuais legados escritos dos sofistas, e a maior parte dos relatos sobre eles que chegaram até nós foram escritos por seus adversários confessos. Entre estes adversários, estão talvez os dois maiores nomes da história do pensamento ocidental: ninguém menos do que Platão e Aristóteles.

O desprezo aos sofistas, no entanto, nasce juntamente com a filosofia clássica grega – ou seja, com o pensamento de Sócrates. Além das profundas diferenças de cunho filosófico, para ele era inaceitável o fato de que os sofistas eram pagos por suas aulas. Essa conduta batia de frente com as crenças socráticas de que o conhecimento era coisa íntima que um filósofo devia compartilhar com os seus, tendo como fim não o dinheiro, mas sim o aperfeiçoamento natural de uma vida reflexiva.

Além de Sócrates, os próprios oligarcas atenienses também tinham sérias restrições aos sofistas. Diziam aqueles que “ser cidadão” é algo que não se pode ensinar a ninguém, pois seria algo que “se é por natureza”. Marilena Chauí comenta que “*os sofistas, diziam os oligarcas, eram estrangeiros que chegaram a Atenas desconhecendo a estirpe ática e os negócios da cidade e por isso imaginavam poder ensinar o que não se ensina*”.⁹⁷

No entanto, a questão filosófica da verdade era o ponto nevrálgico de embate entre Sócrates (e seus discípulos) e a tradição sofista. Aqueles acusavam os sofistas de serem charlatões, uma vez que se preocupavam apenas com opiniões (*dóxa*) e aparências, esquecendo-se da verdade (*alétheia*), que é para todos e em todo lugar a mesma. A questão da verdade simplesmente não figurava entre as preocupações dos sofistas, que – sem o menor constrangimento – podiam ensinar a argumentar em favor ora de uma idéia, ora de sua contrária.

Por terem vindo da Jônia – região que, à época, desfrutava de uma realidade bastante cosmopolita – os sofistas perceberam que não raro havia fossos intransponíveis entre os costumes de diferentes povos e locais. Isso os levou à ideia de que, de fato,

⁹⁶ “Com a tese convencionalista dos sofistas, a verdade deixava de ser prioritária. A palavra, para os sofistas, era pura convenção e não obediência nem à lei da natureza e tampouco às leis divinas (sobrenatural). Como era uma invenção humana, podia ser reinventada e, conseqüentemente, as verdades estabelecidas podiam ser questionadas. Os sofistas provocam, assim, no contexto da Grécia antiga, um *rompimento paradigmático* [...]. Por isso, *Platão é o primeiro a sair a campo para um enfrentamento* que, mais do que filosófico, tem um forte componente político.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.119

⁹⁷ CHAUI, Marilena. *Introdução à História da Filosofia vol. I – Dos pré-socráticos a Aristóteles*. 3ª edição. São Paulo: Brasiliense. 1994. p.124.

tudo era questão de convencionalismo (*nómos*) e costumes, e que não existia nenhuma verdade em si (pelo menos no que diz respeito ao mundo das estruturas e relações humanas).⁹⁸ Firma-se, em razão disso, o chamado *ceticismo*.⁹⁹

Protágoras é o mais destacado representante do pensamento cético e pragmatista disseminado pelos sofistas. Filósofos como Demócrito afirmavam o caráter subjetivo da experiência sensível, mas não chegavam a negar a existência de uma *phýsis* eterna e imutável, dotada de verdades com tais qualidades. Protágoras sepulta a *phýsis*: as coisas são ou não são na medida em que cada homem a faça ser ou não ser, não havendo assim a menor possibilidade de algo ser universalmente conhecido por todos através do pensamento. Curiosamente, embora Protágoras pareça abandonar a busca pela verdade, observa Russell que ele:

[...] ainda parece admitir que uma opinião seja melhor do que outra, no sentido pragmático, mesmo que esta posição esteja sujeita à crítica lógica geral contra o pragmatismo. Pois, se perguntarmos qual de duas opiniões é de fato a melhor, voltamos imediatamente à noção da verdade absoluta.¹⁰⁰

Sócrates, dessa forma, representa um notável avanço do espírito filosófico dentro do panorama da cultura grega. Não à toa, ele é às vezes tido como "o primeiro filósofo" ou o precursor da filosofia grega. Ainda que isto não seja verdade, a profundidade de seu método filosófico o coloca a tal distância das antigas correntes jônias que a cronologia do desenvolvimento da filosofia grega recebeu a divisão clássica entre antes e depois de Sócrates, sendo que uma multiplicidade de pensadores passou a ser compreendida dentro do período denominado como *pré-socrático*.

Existem dois pontos muito importantes que podemos depreender dos ensinamentos socráticos (e que, de certa forma, talvez resumam os fundamentos básicos da filosofia clássica grega): 1) a afirmação da supremacia da verdade (*alétheia*) sobre as

⁹⁸ "Os sofistas - que podem ser considerados os primeiros positivistas - defendiam o convencionalismo, isto é, de que entre palavras e coisas não há nenhuma ligação/relação. Claro que, com isso, a verdade deixava de ser prioritária". STRECK, Lenio Luiz. *Da "justeza dos nomes" à "justeza da resposta" constitucional*. In: RIPE Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.43, n. 50, jul/dez 2008. P.93

⁹⁹ "Porque fazem a opção pelo nómos contra a *phýsis*, os sofistas são considerados relativistas, isto é, negam a existência de valores, idéias e leis absolutas e universais." CHAUÍ, Marilena. *Introdução à História da Filosofia vol. I – Dos pré-socráticos a Aristóteles*. 3ª edição. São Paulo: Brasiliense. 1994. p.126.

¹⁰⁰ RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. 6ª edição. Rio de Janeiro : Ediouro, 2002. p.64.

opiniões e os convencionalismos; 2) conseqüentemente, a prerrogativa que o indivíduo tem de se insurgir contra o consenso estabelecido, valendo-se da verdade, da razão e do refinamento das ideias decorrente da reflexão autêntica e da análise crítica dos conceitos arraigados na sociedade.¹⁰¹ A verdade como bem maior a ser buscado, em Sócrates, é um idealismo que marcaria profundamente o seu mais notável seguidor, Platão.¹⁰²

Em outras palavras, podemos dizer que o método filosófico nasce da necessidade auto-imposta de um homem no sentido de colocar ordem e coerência em suas crenças e conhecimentos, bem como de seus esforços para defender a ideia de que um homem pode se levantar contra o consenso da maioria e julgá-lo (com base em valores racionalmente demonstrados e conceitos mais apurados do que aqueles vigentes, fruto de reflexões cuidadosas), podendo não raro estar certo contra o pensamento coletivo. Sócrates foi, até onde a história nos permite saber, o primeiro homem de

¹⁰¹ “Do Laques e do Mênon podemos concluir as idéias fundamentais da filosofia socrática: [...] 4) a razão é a capacidade para chegar aos conceitos pela distinção entre aparência sensível e realidade, entre opinião e verdade, entre imagem e conceito, acidente e essência. A razão é o poder da alma para conhecer a essência das coisas. [...] 8) Se o sofista considera que pode defender com igual força argumentos contrários, isto é, a tese A e sua antítese não-A, é porque toma indiferentemente qualidades acidentais de A, podendo negá-las ou afirmá-las à vontade, sem jamais alcançar as qualidades essenciais.” CHAUI, Marilena. *Introdução à História da Filosofia vol. I – Dos pré-socráticos a Aristóteles*. 3ª edição. São Paulo: Brasiliense. 1994. p.154.

¹⁰² Saber “onde termina” Sócrates e começa Platão é um antigo problema histórico e filosófico, na medida em que o primeiro não nos legou quaisquer escritos, sendo que seus ensinamentos sobrevieram através do Sócrates fictício, isso é, enquanto personagem dos diálogos platônicos. Por vezes, fica a dúvida: Platão fala pela boca do Sócrates ou Sócrates fala pelo texto de Platão? Hoje os historiadores parecem crer que isso varia de acordo com as fases da vida de Platão. Dessa forma, seus escritos vão desde a apologia incondicional de Sócrates, narrando sua defesa, até diálogos da velhice nos quais Sócrates já não passa de um mero personagem, como no *Timeu*, passando por retratos das questões de interesse de Sócrates (*Mênon*) e dele como um personagem em meio a ideias que já são inteiramente de Platão (*Banquete*, *Fédon*). Apesar destas dificuldades, até onde sabemos o método socrático consistia basicamente na compreensão primeira de que devemos nos livrar daquelas “certezas” que obtemos por hábito ou por adesão aos consensos e costumes, buscando organizar nossos conhecimentos num todo crítico, coeso e não-contraditório. Para isto, não é suficiente o mero uso de palavras de ordem do senso-comum, como por exemplo “Justiça”: deve-se buscar a essência dessa virtude, questionando-se “o que é Justiça?”. Ainda que não se consiga chegar num conceito acabado e perfeito sobre tal valor, a simples consciência das dificuldades de conceituação representa um avanço crítico nas ideias irrefletidas, pois a dificuldade na conceituação implica, no mínimo, que a aplicação desses conceitos na vida prática também deve levar em consideração essas incertezas e dificuldades. A importância destes fundamentos socráticos é imensurável pois, ao colocar como um imperativo a necessidade de busca pela essência das coisas, daquilo que as define fundamentalmente, Sócrates inaugura a própria noção de *conceito*, sem a qual não se pode sequer conceber o desenvolvimento de nenhuma ciência ou método científico. Esse instrumental de investigação científica inaugurado por Sócrates recebe o seu refinamento definitivo, dentro da filosofia grega clássica, através da obra de Aristóteles, que deixará o idealismo platônico de lado e se concentrará, entre outros temas, no estudo e delimitação de regras preliminares que necessariamente devem ser observadas em qualquer campo do conhecimento, como o Princípio da Não-Contradição, que analisaremos mais adiante.

espírito a colocar-se nesta situação nada cômoda – mas, como sabemos, não foi o último.¹⁰³

O método dialético socrático é por vezes chamado de *ironia*. Alegando nada saber e fingindo-se ignorante, o filósofo interpelava o adversário, pretendo conhecedor do assunto, com uma série de questões com vistas a determinar conceitos e buscar a coerência do conjunto dos postulados. Sócrates multiplicava as perguntas até colher o adversário em visível contradição, não lhe dando alternativa senão admitir que era ignorante naquilo sobre o que pensava saber tudo.

Assim, mostrava Sócrates que muitas vezes as ideias e crenças queridas aos corações dos atenienses não passavam de senso comum absorvido por hábito - e insustentáveis perante uma reflexão mais cuidadosa.¹⁰⁴

Um ponto importante a ser destacado em Sócrates é o seu *idealismo*¹⁰⁵ na busca pela verdade: o objetivo dele não é consolidar dogmas, defender ideologias prontas ou alcançar a verdade sobre tudo, mas sim mostrar a todos que é fundamental que os questionamentos sejam feitos e que a inteligência humana não pode ser sacrificada no altar de um consenso geral ou no isolamento arrogante da opinião pessoal irrefletida. A lição de Sócrates, contra o ceticismo sofista, é a de que não podemos meramente colocar para escanteio estas dúvidas profundas do existir humano com princípios postigos do tipo "não existem verdades". Sobre este ponto, Russel refere que:

Nos primeiros diálogos de Platão, onde Sócrates se destaca mais claramente, nós o encontramos buscando a definição de termos éticos.

¹⁰³ O exemplo mais notório é, evidentemente, Jesus Cristo. Como aponta Marilena Chauí, "*os pensadores cristãos nunca se cansaram de comparar Sócrates e Jesus: ambos foram condenados por seus ensinamentos, ambos compareceram aos tribunais e não se defenderam, ambos nada deixaram escrito, ambos criaram uma posteridade sem limites, e tudo quanto sabemos de ambos depende de fontes indiretas, escritas depois de estarem mortos.*" (CHAUÍ, Marilena. *Op. Cit.* p. 151)

¹⁰⁴ É neste contexto que deve ser entendida a célebre máxima socrática "só sei que nada sei". Significa dizer que Sócrates não se considerava um sábio, um *expert* cheio de conhecimentos ou um "dono da verdade" a quem os atenienses deveriam ouvir com devota atenção. Da primeira parte de seu método, a ironia (*eiróneia*), que identifica o erro e refuta o falso, decorre uma segunda fase, em que o filósofo orienta o interlocutor através de perguntas e conceitos até que se possa chegar na definição procurada. A isso se chama *maieutica*: a arte de realizar um parto, que neste caso equivale ao "parto" da ideia verdadeira. Marilena Chauí observa que a vontade de Sócrates é "*suscitar no interlocutor o desejo de saber (como o médico suscita no paciente o desejo de cura) e auxiliá-lo a realizar sozinho este desejo. O diálogo é a medicina socrática da alma. Essa medicina da alma afirma, contra o sofista, que a verdade existe e podemos conhecê-la.*" (CHAUÍ, Marilena. *Op. Cit.* 3ª edição. São Paulo: Brasiliense. 1994. p.144).

¹⁰⁵ "Era Sócrates um mártir da filosofia. E que é, perguntava ele, a filosofia? O processo de raciocínio que nos capacita a conhecer nossa própria personalidade. *Gnothi Seauton*, conhece-te a ti mesmo." THOMAS, Henry. *Vidas de Grandes Filósofos*. Porto Alegre: Globo, 1965. p. 11

[...] Não nos são dadas respostas definitivas a tais questões, mas nos é mostrada a importância de fazê-las.¹⁰⁶

Platão herda, de Sócrates, o idealismo da busca pela verdade e pela distinção entre o real e o aparente. Todavia, é fundamental anotar que, em Sócrates, não havia nenhum fundamento metafísico a justificar essa tomada de posição. Platão altera radicalmente este quadro de coisas, ao expor a sua doutrina do *Mundo das Ideias*, uma espécie de matriz ideal de tudo o que existe em nosso mundo sensível.

De acordo com o pensamento platônico, o mundo no qual vivemos, mundo das aparências, existe na eterna tensão entre o “ser” e o “não-ser”. O “ser” deriva de tudo aquilo que vem das ideias, que é eterno e imutável, como verdade, bondade e beleza. O “não-ser”, ao contrário, está ligado ao transitório e efêmero, que deriva da matéria, indeterminada, mutável e irracional.¹⁰⁷

Platão herda de seu velho mestre o repúdio aos sofistas e dá seguimento ao combate de Sócrates ao discurso antiteórico dos sofistas, cuja postura era de verdadeiros “coveiros” da filosofia. Nos escritos platônicos, encontramos um dedicado trabalho no sentido de demonstrar a importância de se lidar com a ideia da verdade¹⁰⁸ também naquilo que diz respeito à política, à sociedade e às relações humanas.¹⁰⁹

¹⁰⁶ RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p.69.

¹⁰⁷ A distância neste particular entre Sócrates e Platão é, como se vê, abissal: uma coisa é hierarquizar a vida contemplativa e a reflexão crítica como superiores às banalidades cotidianas e às opiniões pré-concebidas. Outra coisa, bem diferente, é afirmar que estes aspectos são falsos e ilusórios ou, pelo menos, que são menos reais do que as ideias. Em Platão, a distinção socrática entre o permanente e o contingente (e entre o verdadeiro e o ilusório) ganha uma explicação de cunho metafísico.

¹⁰⁸ “Así, el concepto platónico del filosofar es el más alto y más amplio que se haya nunca afirmado en la historia de la filosofía. [...] Y de toda cosa precisará conocer lo verdadero y lo falso, porque únicamente de su confrontación podrá sacarse la verdad del ser (344b). La indagación em que el filosofar se realiza no consiste em la formulación de una doctrina: cualquier tarea humana ofrece al hombre la posibilidad de alcanzar la verdad y juntarse com el ser.” ABBAGNANO, Nicolas. *Historia de La Filosofía - Tomo I*. Barcelona, Montaner Y Simon, 1955. p.96.

¹⁰⁹ O seguinte trecho de um dos diálogos da célebre “A República” de Platão nos demonstra isso de forma muito clara: “Sócrates – Então, tornaremos magistrados preferivelmente os que, conhecendo a essência de cada coisa, não são inferiores aos outros nem em experiência nem em nenhuma espécie de mérito?/ Glauco – Seria absurdo não escolhê-los, se, quanto ao resto, em nada são inferiores aos outros./ Sócrates – É conveniente dizer agora de que forma poderão aliar a experiência à especulação?/ Glauco – Com certeza./ Sócrates – Como dissemos no início desta conversa, é necessário começar por conhecer bem o caráter que lhes é próprio, e eu julgo que, se chegarmos a um acordo satisfatório, concordaremos também que podem aliar a experiência à especulação e que é a eles, e não a outros, que deve pertencer o governo da cidade./ Glauco – Como assim?/ Sócrates – Em primeiro lugar, admitamos, no que concerne ao caráter filosófico, que eles amam sempre a ciência, porque esta pode dar-lhes a conhecer essa essência eterna que não está sujeita às vicissitudes da geração e da corrupção./ Glauco – Sim, admitamo-lo./ Sócrates – E que amam a ciência na totalidade, não renunciando a nenhuma de suas partes, pequena ou grande, exaltada ou desprezada, da mesma forma que os ambiciosos e os amantes a que nos referimos há pouco./ Glauco – Tens razão./ Sócrates – Considera agora se não é necessário que homens que devem ser como acabamos de dizer possuam,

Ele não nega, é claro, a dificuldade de se trabalhar com conceitos éticos e morais. Em seus diálogos, podemos perceber que a menor de suas preocupações é chegar numa resposta pronta e acabada. Usando Sócrates como seu personagem principal, através do qual fala o próprio autor, Platão centra seus esforços em atacar as palavras de ordem e os conceitos prontos com os quais muitas pessoas, incluindo aí os sofistas, acreditavam ter as respostas prático-funcionais para a definição de valores complexos.¹¹⁰

Platão, dessa maneira, potencializa o poder da crítica de Sócrates, e assim ambos lançam na história do pensamento ocidental os fundamentos para que gerações vindouras encontrem guarida intelectual contra os perigos do convencionalismo, do pragmatismo e das práticas alheias à reflexão crítica.¹¹¹ Posteriormente, Platão fundaria sua Academia, uma comunidade de educação livre que, nas palavras de Abbagnano:

além disso, uma outra qualidade./ Glauco – Qual?/ Sócrates – A sinceridade, uma tendência natural para não admitirem voluntariamente a mentira, mas odiá-la e amar a verdade. / Glauco – É importante. / Sócrates – Não apenas é importante, meu amigo, mas é forçoso que aquele que ama alguém ama tudo o que se assemelha e liga ao objeto do seu amor. / Glauco – Tens razão. / Sócrates – Ora, poderias encontrar alguma coisa que se ligue mais estreitamente à ciência do que a verdade? / Glauco – É impossível. / Sócrates – Pode acontecer que o mesmo espírito seja ao mesmo tempo amigo da ciência e da mentira? / Glauco – De modo nenhum. / Sócrates – Logo, quem ama de fato a ciência deve, desde a juventude, desejar tão vivamente quanto possível apreender toda a verdade.” PLATÃO. *A República* (coleção Os Pensadores). São Paulo: Nova Cultural, 2004. p. 192-193.

¹¹⁰ Nos diálogos platônicos, observamos que as definições derivadas do senso-comum ateniense eram temperadas por diversas posturas que eram sistematicamente combatidas por Sócrates e Platão, como por exemplo o pragmatismo. Logo no primeiro livro de seu célebre diálogo *A República*, Platão narra um encontro entre Sócrates e um irado interlocutor chamado Trasímaco. Mais do que a distância imensa que separa as visões de ambos sobre a questão da justiça, não se pode ignorar que, enquanto Sócrates se debruça sobre a questão através de um lento processo filosófico de construção, Trasímaco crê ter resolvido a questão com base na adoção de um critério da vida prática, fazendo a apologia do poder coercitivo ao determinar que *justiça é simplesmente a conveniência do mais forte*. Vê-se que é um critério tão arbitrário quanto qualquer outro – ele poderia, por exemplo, ter determinado que a justiça reside na conveniência do mais abastado, ou do mais belo. Trasímaco não demonstra ver importância em distinguir a *verdade* do *funcional*, e sua conduta parece sugerir que, adotado seu conceito, não haverá mais necessidade de os filósofos debruçarem-se sobre este intrincado tema.

¹¹¹ Platão possuía uma personalidade bem distinta de Sócrates. Assim como seu mestre, ele acreditava no valor superior da contemplação e da reflexão filosófica como atividades mais elevadas do espírito humano. Todavia, possuía um vívido interesse na prática política e levava às últimas conseqüências sua crença de que os filósofos deveriam ser reis, ou que os reis deveriam ser filósofos. Chegou, inclusive, a ter pretensões de guiar reformas políticas na região de Siracusa, não tendo conseguido outra coisa senão ser vendido como escravo, fato cuja responsabilidade costuma ser atribuída ao tirano local Dionísio, o Velho. Felizmente, um amigo de Platão chamado Aniceris de Cirene tratou de resgatá-lo, salvando-o desta situação singularmente tragicômica, na qual o homem que viria a ser um dos pilares da história do pensamento ocidental viu-se colocado à venda como escravo. Mas o engajamento político de Platão também rendeu momentos mais felizes do que o infeliz incidente em Siracusa: em Atarneu, na Mísia, o tirano local Hermias solicitou a dois discípulos de Platão, Erasto e Corisco, que elaborassem uma nova constituição para a cidade, a fim de dar ao governo de Hermias uma forma mais branda. Esta constituição foi concebida, colocada em prática e trouxe tanta simpatia para Hermias que certos territórios se submeteram por vontade própria ao seu governo. Abbagnano conta que “Hermias honrou os seus amigos dando-lhes a cidade de Asso, e constituiu com os dois

[...] recebeu forma jurídica; e, à semelhança das comunidades pitagóricas, foi uma associação religiosa, um *tiaso*. Esta era, por outro lado, a única forma que uma sociedade cultural podia legalmente revestir na Grécia; e era uma forma que não excluía qualquer gênero de actividade, profana ou recreativa.¹¹²

A teoria epistemológica de Platão pode ser resumida na forma como ele conceituava os quatro graus possíveis de evolução do conhecimento, quais sejam: *eikasía*, *pístis*, *diánoia* e *epistéme*.¹¹³

A *eikasía* seria aquele conhecimento derivado da imaginação ou da percepção simples – visão, poesia e artes plásticas. É uma concepção mais “crua”, derivada de simulacros, ícones ou imagens.

A *pístis* é a crença ou opinião (*dóxa*). Reflete ainda algo que se limita à sensação e à percepção, porém já com maior dose de confiança e estrutura. Sobre a *pístis*, Chauí explica que:

[...] é a opinião acreditada sem verificação; conhecimento que não foi demonstrado nem provado, mas passivamente aceito por nós pelo testemunho de nossos sentidos, por nossos hábitos e também pelos costumes nos quais fomos educados. Varia de pessoa para pessoa, de sociedade para sociedade, de época para época. É subjetivo e convencional.¹¹⁴

A *diánoia* se refere ao raciocínio, seja ele dedutivo, demonstrativo ou discursivo. Passa-se da mera *aparência* para um primeiro contato efetivo entre a inteligência e a essência da coisa. Um exemplo seria o conhecimento das regras e objetos matemáticos. Platão dá uma importância acentuada para a matemática, até porque ele herda e aprofunda a crença pitagórica de que o universo mesmo, por detrás das aparências e do sensível, é regido por padrões matemáticos eternos e imutáveis.¹¹⁵

A *epistéme*, por fim, se refere àquilo que seria o saber verdadeiro, o conhecimento das ideias, da verdade e dos princípios. É o mais alto nível do saber, obtido através dos atos de intuição intelectual (*nóesis*) qualificados e lapidados pelo trabalho dialético de superação de cada etapa do conhecer, da *eikasía* à *epistéme*. É o

platônicos uma comunidade filosófica, de que Platão era o longínquo nome tutelar." ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Lisboa: Editorial Presença, 1981. p.125.

¹¹² Ibid. p.125

¹¹³ ABBAGNANO, Nicolas. *Historia de La Filosofia - Tomo I*. Barcelona, Montaner Y Simon, 1955. p.82.

¹¹⁴ CHAUI, Marilena. *Op. Cit.* 3ª edição. São Paulo : Brasiliense. 1994. p.192.

¹¹⁵ Essa poderosa ideia adentra tão fundo no imaginário humano que, mais de dois milênios depois, ela retorna com força renovada com o advento da física newtoniana e do pensamento cartesiano.

conhecimento coerente, fruto de um depurado processo de busca pela verdade das coisas.¹¹⁶

A teoria platônica do conhecimento nos ajuda a compreender melhor a escolha de Platão pela forma do diálogo para seus textos. O processo dialético, representado pelo diálogo, é justamente a maneira pela qual o filósofo pode progredir em sua busca pela verdade das coisas, passando de um grau para o outro do conhecer através da dialética, que é definida por Chauí como:

o movimento que permite à alma, subindo de hipótese em hipótese, chegar ao não-hipotético, isto é, ao não-condicionado por outra coisa, ao princípio verdadeiro, à ideia. Aqui, o pensamento trabalha exclusivamente com as formas inteligíveis, indo de umas a outras, sem nunca recair no raciocínio hipotético, nem na opinião, nem no simulacro.¹¹⁷

Uma última observação oportuna sobre o trabalho de Platão: no conjunto, ele acabou concebendo uma filosofia política algo dogmática, numa rigidez bem distante de qualquer visão propriamente “democrática” de governo. É manifesto que a democracia ateniense não produziu boas impressões em Platão (vide o absurdo julgamento de Sócrates). O ideal de prática política de Platão, principalmente em seus últimos escritos, poderia dessa forma ser erroneamente visto como algo semelhante a um pragmatismo, o que viria a ser inclusive aproveitado por pensadores futuros para buscar enquadrar Platão, erroneamente, como uma espécie de “precursor” do positivismo jurídico.¹¹⁸

¹¹⁶ Apesar de seus inúmeros pontos de rompimento com Platão, a teoria epistemológica de Aristóteles não deixa de exibir pontos em comum com as teses de seu mestre. Coincidência ou não, o Estagirita também elenca quatro formas diferentes de enunciação de um discurso, quais sejam: *poética*, *retórica*, *dialética* e *lógica*. Ou seja, em Aristóteles, de forma muito semelhante ao esquema platônico, o discurso se manifesta através de uma hipótese imaginada/romantizada/idealizada (*poética*), é sustentada através de determinada argumentação ou saber (*retórica*) e chega numa síntese através do confronto dialético entre tese e antítese (*dialética*), submetendo-se por fim à *lógica* para que seja demonstrada como efetivamente correta. A semelhança com a epistemologia platônica do esquema *eikasía-pístis-diánoia-epístéme* é bastante perceptível.

¹¹⁷ CHAUI, Marilena. *Op. Cit.* 3ª edição. São Paulo: Brasiliense. 1994. p.192.

¹¹⁸ Hans Kelsen chega a afirmar que “O Críton é, pois, uma apologia do direito positivo e, assim, ao mesmo tempo, a mais verdadeira – porque a mais pessoal – apologia de Sócrates escrita por Platão” KELSEN, Hans. *A Ilusão da Justiça*. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 519. Do fato de que os princípios de Sócrates o fizeram recusar a proposta de seus seguidores de desobedecer às leis do Estado e fugir da pena de morte, Kelsen retira a conclusão de que tal comportamento seria uma apologia ao direito positivo em si. O Platão kelseniano parece chegar à conclusão de que a justiça, no fim das contas, não passa de ilusão, uma interpretação certamente questionável. Contra a interpretação kelseniana de um Platão desiludido com a Justiça, poderíamos expor a clara síntese do escrito platônico *As Leis* feita por Abbagnano: “ [...] *la ley debe conservar su función educativa; no debe solo mandar, sino también convencer y persuadir de la propia bondad y necesidad [...]. Respecto al castigo, [...] no debe ser una venganza, sino que sólo debe corregir al culpable moviéndole a libertarse de la injusticia y a amar la justicia.*” ABBAGNANO, Nicolas. *Historia de La Filosofía - Tomo I*. Barcelona, Montaner Y Simon, 1955. p. 93. Oportuno lembrar que *As Leis* vem a ser

3.2 A CRÍTICA AO CETICISMO EM ARISTÓTELES – A NÃO-CONTRADIÇÃO COMO UM PRINCÍPIO PRELIMINAR DO MÉTODO CIENTÍFICO

Embora Aristóteles não tenha sido o criador da crítica ao ceticismo enquanto postura filosófica, é na obra dele que o ceticismo encontrará o seu mais forte adversário em todo o legado da filosofia clássica. Pelo rigor de sua metodologia e pelo nível de técnica através do qual aprofundou e desenvolveu a filosofia até então existente, o Estagirita obteve sucesso em nos deixar um poderoso legado filosófico contra o discurso cético-pragmático.

Ao contrário de seu mestre Platão, Aristóteles não irá apostar num idealismo de cunho transcendental. Pelo contrário: ele irá apostar no rigor técnico das ferramentas que o homem possui para acumular conhecimento, separar o verdadeiro do falso e descobrir e enunciar verdades sobre o mundo que o cerca. Em outras palavras, ele irá apostar na pesquisa científica empírica, na coerência sistêmica de um determinado discurso ou campo de estudo e no estabelecimento de diretrizes para um método científico.

A influência de Aristóteles no Direito é de uma importância histórica que chega a ser difícil de mensurar. O livro V de sua obra *Nicomachean Ethics* é um dos mais clássicos e influentes ensaios sobre a Justiça já produzidos até hoje, tendo gerado incontáveis leituras ao longo dos séculos e inspirado os estudiosos da área jurídica de múltiplas formas distintas. Alguns dos postulados sustentados por Aristóteles na referida obra (como, por exemplo, o cânone interpretativo de que, na ausência da lei, o intérprete deve fazer um esforço retroativo para buscar aquilo que teria sido “a vontade do legislador” para o caso específico)¹¹⁹ só foram efetivamente superados já em pleno Século XX.

precisamente o último (e o mais longo) de todos os diálogos platônicos. A observação de Abbagnano deixa claro, portanto, que não há que se falar de um Platão rendido a um pragmatismo positivista, como queria Kelsen. Também cabe frisar que a investigação que Platão realiza na celebra obra *A República* é um estudo sobre o que seria uma forma de Estado ideal do ponto de vista da melhor adequação dos cidadãos para o funcionamento otimizado da sociedade, e não um manifesto de projeto político totalitário, como sustentam autores como Karl Popper. Por exemplo: Gadamer, em *Plato und die Dichter* (1934), descreve a cidade defendida por Platão em *A República* como uma utopia carregada de passagens irônicas, que não deve ser perseguida e nem utilizada como orientação para projetos políticos.

¹¹⁹ “When the law speaks universally, then, and a case arises on it which is not covered by the universal statement, then it is right, when the legislator fails us and has erred by over-simplicity, to correct the omission – to say what the legislator himself would have said had he been present, and would have put into his law if he had know.” (Aristotle. *Nicomachean Ethics*. Book V, 1137b 20).

Apesar disso, nos dias atuais, a influência de Aristóteles na filosofia do Direito tem se mantido mais restrita ao campo da ética, da moral e da retórica, e sob vários aspectos é natural que assim seja. Aristóteles não era um jusfilósofo no sentido moderno da palavra, e tampouco se viu diante das dificuldades existentes em nossos ordenamentos jurídicos contemporâneos, cuja complexidade é incomparavelmente superior àquilo que existia no incipiente modelo da democracia ateniense da época de Aristóteles.

Muitas das concepções do Estagirita (como o já ilustrado apelo à “vontade do legislador”) encontram-se manifestamente superadas pela filosofia do Direito contemporânea, e várias de suas orientações mais clássicas (a busca pelo justo-meio, as noções de Justiça Restaurativa e Distributiva, o apelo à regra da prudência, etc) hoje nos servem mais como pontos de partida gerais para novas reflexões do que como construções jusfilosóficas aptas a serem adotadas “em bloco” como soluções para os problemas contemporâneos das ciências jurídicas.¹²⁰

Estas circunstâncias, no entanto, podem ter contribuído para eclipsar uma grande contribuição da doutrina aristotélica que, apesar dos mais de dois milênios que nos separam da época em que viveu o Estagirita, continua plenamente atual e invicta no campo da filosofia, qual seja: *a refutação aristotélica do ceticismo e do relativismo*.¹²¹

O ceticismo e o relativismo são doutrinas filosóficas incrivelmente mal-sucedidas, que foram golpeadas de morte pelo advento da filosofia clássica grega e tornaram-se, desde então, o exemplo arquetípico de tudo o que pode haver de mais precário em termos de argumentação filosófica. Salvo engano, não houve desde então

¹²⁰ É importante que o caráter geral da observação feita no parágrafo acima não seja interpretado como uma declaração simplista de “obsolescência” do legado aristotélico. Para afastar qualquer possibilidade de tal interpretação, basta que se tenha em mente o importante resgate de noções aristotélicas operado no Século XX por autores da envergadura de Chaim Perelman e Theodor Viehweg.

¹²¹ Esse é um ponto fundamentalmente importante para a doutrina que critica o positivismo jurídico nos dias atuais. Isso porque, conforme o desenrolar da história já provou para além de qualquer dúvida possível, o problema fundamental da doutrina positivista – ou seja, a janela discricionário-relativista que ela abre para os julgadores nos assim chamados *hard cases* – é uma questão que pode se manifestar na prática jurisdicional independentemente de qualquer adesão expressa ou consciente ao positivismo jurídico. Pior: a discricionariedade judicial, no Brasil, tem se tornado moeda corrente justamente no momento histórico em que se anuncia o advento do assim chamado *pós-positivismo*, como a doutrina crítica em nosso país tem denunciado de forma sistemática. Uma verdadeira superação do legado do positivismo jurídico exigirá mais do que a vitória moral sobre o discurso do “apego à letra fria da lei”: exigirá uma vitória filosófica sobre o oculto arcabouço teórico cético-relativista que alimenta a concepção do “juiz que decide livremente de acordo com sua consciência”. Mais adiante, voltaremos a este ponto de forma mais aprofundada.

quem tenha tido algum sucesso em reerguer essas doutrinas do ponto de vista intelectual, a fim de torná-las novamente respeitáveis.¹²²

É justamente por isso que causa grande espanto perceber a forma como, de maneiras muitas vezes implícitas e subconscientes, a postura cético-relativista ainda se mostra assustadoramente influente nos meios jurídicos, tanto na prática jurisdicional como, inclusive, na própria doutrina. Daí a importância de nos voltarmos para as bem construídas lições aristotélicas sobre a refutação do ceticismo e do relativismo, um tema para o qual as ciências jurídicas, até o momento, têm dado pouca atenção para a obra do Estagirita.

O *Princípio da Não Contradição*, provavelmente a maior contribuição de Aristóteles para o dismantelamento do ceticismo e do relativismo, encontra-se desenvolvido no Livro Γ (Gama)¹²³ da *Metafísica* de Aristóteles. Esse simples fato pode explicar, em parte, a razão pela qual estas lições do filósofo grego não recebem a devida atenção por parte dos estudiosos das ciências jurídicas. A *Metafísica* de Aristóteles é um conjunto de quatorze livros que de forma alguma possuem uma unidade clara, constituindo-se numa caótica miscelânea de estudos variados e frequentemente confusos, naquela que é provavelmente a obra mais irregular do *corpus aristotelicus*.¹²⁴ Nas palavras de Jonathan Barnes:

Uma leitura atenta da *Metafísica* não revela nenhuma unidade tênue ou subjacente: a obra é antes uma compilação de ensaios que um

¹²² Salvo, é claro, aquelas adesões marcadas pelo mais puro pragmatismo e que nem sequer tentam construir uma doutrina filosófica coesa para fundamentar tal postura - como é o caso, na atualidade, de Richard Rorty, Stanley Fish e Richard Posner, apenas para citar alguns. Com efeito, ser cético hoje é uma questão análoga a uma conversão religiosa: o indivíduo “passa” para o outro lado e lá permanece, fiel ao seu dogma, surdo ao que a filosofia tem a dizer sobre o assunto.

¹²³ Também conhecido como *Livro IV*, embora – paradoxalmente – o símbolo “Gama” (Γ) corresponda ao numeral “3” no sistema numérico grego. Isso se explica pelo fato de que os dois primeiros livros da *Metafísica* são ambos representados pelo símbolo “Alfa” (“A” para o Livro I e “α” para o Livro II), ficando o Livro III como “Beta” (B), que corresponde ao numeral 2, e assim por diante.

¹²⁴ Aqui é oportuno ter em mente um dado histórico de grande importância: ao contrário do que aconteceu com Platão, cujas obras destinadas ao público externo (chamadas “exotéricas”) chegaram aos nossos dias integralmente preservados, as obras “exotéricas” de Aristóteles foram completamente perdidas. O *corpus aristotelicus* que conhecemos hoje foi editado no Século I por Andrônico de Rodes, e é constituído inteiramente de anotações particulares e escritos que não foram elaborados para publicação. Estima-se hoje que algo em torno de dois terços do total dos escritos aristotélicos foi perdido ao longo dos tempos. Apesar disso, felizmente, temos bons motivos para crer que o conjunto das obras de Aristóteles que chegaram aos nossos dias representam com certa fidelidade os campos de interesse do filósofo e o desenvolvimento de suas ideias. Sobre isso, Jonathan Barnes comenta que “o tanto de espaço que o corpus destina para diferentes assuntos pode não ser proporcional ao espaço e tempo que Aristóteles efetivamente devotou a esses assuntos; mas é razoável acreditar que o corpus não descaracteriza radicalmente os interesses e realizações de Aristóteles”. BARNES, Jonathan (org). *Aristóteles*. São Paulo: Ideias & Letras, 2009. p. 39.

tratado concatenado. A compilação foi presumivelmente feita por Andrônico para sua edição das obras de Aristóteles. Por que estes ensaios particulares foram compilados e por que eles foram posicionados nesta particular ordem são questões para as quais não aparece nenhuma resposta razoável. A Metafísica é uma mixórdia, uma barafunda. Isso, por si só, poderia fazer-nos ficar em dúvida quanto à possibilidade de extrairmos dos ensaios que a constituem qualquer conjunto coerente de teorias metafísicas e atribuí-las a Aristóteles [...] ¹²⁵

Estas dificuldades que a Metafísica aristotélica oferece (ao ser analisada como um todo) podem ter contribuído para ofuscar a valiosa lição que o Livro Γ oferece na forma de uma verdadeira “princiologia do método investigativo”. Para Aristóteles, a impossibilidade de atributos contrários pertencerem simultaneamente ao mesmo objeto (ou de uma pessoa acreditar que determinada coisa é ou não é ao mesmo tempo) é mais do que um axioma: *é o ponto de partida, o pressuposto lógico, o princípio primeiro que antecede até mesmo os demais axiomas.* ¹²⁶

Mais adiante, ele apresenta a sua famosa refutação do ceticismo, que pode ser resumida da seguinte forma: *“If that which it is true to affirm is nothing other than that which it is false to deny, it is impossible that all statements should be false; for one side of the contradiction must be true.”* ¹²⁷ Isso porque:

For he who says that everything is true makes the statement contrary to his own also true, so that his own is not true (for the contrary statement denies that it is true), while he who says everything is false makes himself also false. ¹²⁸

Significa dizer: o ceticismo é uma doutrina intrinsecamente e inescapavelmente autofágica. O cético que diz que “qualquer coisa é verdade” automaticamente torna verdadeira a afirmação de quem faz uma afirmação contrária a sua, portanto tornando falsa a afirmação do cético em seus próprios termos. O cético, por outro lado, que diz que “tudo é falso” automaticamente torna falsa a sua própria afirmação.

¹²⁵ BARNES, Jonathan (org). *Aristóteles*. São Paulo: Ideias & Letras, 2009. Pag. 104.

¹²⁶ *“It is for this reason that all who are carrying out a demonstration refer it to this as an ultimate belief; for this is naturally the starting-point even for all the other axioms”.* (Aristotle. *Metaphysics*. Book IV, 1005b 31).

¹²⁷ Aristotle. *Metaphysics*. Book IV, 1012b 7.

¹²⁸ Aristotle. *Metaphysics*. Book IV, 1012b 15.

O ceticismo, enquanto postura filosófica, não se sustenta perante a mais breve análise à luz do Princípio da Não Contradição¹²⁹. Aristóteles provou, através do raciocínio lógico, que o ceticismo não é uma filosofia¹³⁰: é um tropeço de raciocínio.¹³¹

3.3 IMPLICAÇÕES DA REFUTAÇÃO DO CETICISMO FILOSÓFICO NA REFUTAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E NA QUESTÃO DA POSSIBILIDADE DE RESPOSTAS CORRETAS NO DIREITO

Seria um erro pensarmos, diante do que foi exposto, que a verdade à qual Aristóteles se refere no Livro Γ da Metafísica seria tão somente uma “verdade divina”, de contornos jusnaturalistas, voltada para a busca de verdades absolutas sobre a natureza cosmológica da vida e, portanto, absolutamente apartadas daquilo que se entende por “certo” e “errado” nos debates jurídicos contemporâneos. Nada poderia ser mais falso.

¹²⁹ Uma observação oportuna: o presente trabalho não ignora a viragem lingüístico-ontológica de Heidegger e Gadamer, nem a superação da filosofia subjetivista da consciência e da anterior filosofia objetivista aristotélico-tomista. Não deve haver nisso qualquer surpresa, pois naturalmente não se trata da primeira vez (e certamente nem da última) que alguma parte dos estudos aristotélicos foram superados ao longo dos séculos. Cabe apenas observar, no entanto, que essa superação do pensamento metafísico aristotélico não implica em refutação ou superação do Princípio da Não-Contradição em particular. Pelo contrário: a hermenêutica de Gadamer tem em comum com o aristotelismo o seu caráter anti-relativista e de incompatibilidade absoluta com o ceticismo filosófico. A superação da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem é antes uma reafirmação da refutação do ceticismo do que uma ameaça a este ponto em particular da filosofia aristotélica. Também é oportuno lembrar que, a rigor, toda tradição teórica anticética tem sua ancestralidade no legado socrático-platônico-aristotélico. Para um anti-relativista, negar esta herança seria algo como um parricídio intelectual.

¹³⁰ “*Scepticism naturally made an appeal to many unphilosophic minds. People observed the diversity of schools and the acerbity of their disputes, and decided that all alike were pretending to knowledge which was in fact unattainable. Scepticism was a lazy man's consolation, since it showed the ignorant to be as wise as the reputed men of learning. To men who, by temperament, required a gospel, it might seem unsatisfying, but like every doctrine of the Hellenistic period it recommended itself as an antidote to worry. Why trouble about the future? It is wholly uncertain. You may as well enjoy the present; "What's to come is still unsure." For these reasons, Scepticism enjoyed a considerable popular success. It should be observed that Scepticism as a philosophy is not merely doubt, but what may be called dogmatic doubt. The man of science says 'I think it is so-and-so, but I am not sure.' The man of intellectual curiosity says 'I don't know how it is, but I hope to find out.' The philosophical Sceptic says 'nobody knows, and nobody ever can know.' It is this element of dogmatism that makes the system vulnerable. Sceptics, of course, deny that they assert the impossibility of knowledge dogmatically, but their denials are not very convincing.*” RUSSELL, Bertrand. *A History of Western Philosophy and Its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day*. London: George Allen & Unwin Ltd, 1961. p. 233.

¹³¹ Num último gesto desesperado, o cético poderia se defender enunciando algo do tipo: “a única afirmação verdadeira é que todas as demais são falsas”. Com isso, aparentemente, seria possível enunciar a tese medular do ceticismo sem que o Princípio da Não Contradição destruísse imediatamente a proposição enunciada. Mas essa é uma saída falsa, refutada pelo próprio Aristóteles na *Metafísica*: dizer que apenas tal afirmação é verdadeira tornaria igualmente verdadeiras todas as proposições que enunciassem que a primeira proposição é verdadeira, o que paradoxalmente tornaria falsa a proposição originária, novamente arruinando o enunciado cético.

O raciocínio jurídico e as regras lógicas que tornam uma argumentação mais ou menos qualificada não existem num mundo “apartado” da filosofia – pelo contrário, compartilham um vocabulário comum e inseparável das ciências da linguagem e das técnicas de argumentação e construção de raciocínios retóricos e dialéticos. Dessa forma, é absurdo imaginar que o Direito estaria “num outro plano”, a salvo e imune das conclusões da filosofia. Significa dizer: *se o ceticismo é um ponto de vista superado na filosofia, ele também é, necessariamente, um ponto de vista ilegítimo dentro da argumentação jurídica.*

Trazer à baila o raciocínio filosófico, portanto, de forma alguma implica em adesão a qualquer tipo de jusnaturalismo (e tampouco a idealismos de contornos cosmológicos ou religiosos). Falar em “verdade” requer, sempre e necessariamente, uma contextualização apropriada. A “verdade” num texto literário não é a mesma “verdade” buscada por uma determinada ciência natural, nem tampouco a mesma “verdade” buscada por uma ciência teórica, que – da mesma forma – não lidará com as mesmas “verdades” buscadas por uma ciência social aplicada em específico.¹³² Também esta questão já se encontrava devidamente esclarecida para Aristóteles, que asseverava que:

Our discussion will be adequate if it has as much clearness as the subject-matter admits of; for precision is not to be sought for alike in all discussions, any more than in all products of the crafts. (...) We must be content, then, in speaking of such subjects and with such premisses to indicate the truth roughly and in outline, and in speaking about things which are only for the most part true and with premisses of the same kind to reach conclusions that are no better. (...); for it is the mark of an educated man to look for precision in each class of things just so far as the nature of the subject admits; it is evidently equally foolish to accept probable reasoning from a mathematician and to demand from a rhetorician demonstrative proofs.¹³³

Ou seja – e isso já aparece com clareza no *corpus aristotelicus*: falar em “verdade” num determinado campo do conhecimento não implica necessariamente na busca por uma verdade universal, absoluta e imutável, nem por uma verdade matematicamente demonstrável (a menos, é claro, que o domínio da investigação em

¹³² "Poderíamos dizer que todo enunciado isolado, sem conexão histórica, é abstrato e por conseguinte 'irreal' ou formalmente falso, na medida em que pretende ser concreto e versar sobre realidades sensu strictu; e assim podemos avaliar como é íntima e essencial a conexão da verdade com a história (...). Isso nos conduz à necessidade de uma historização metódica e formal do conhecimento". (MARÍAS, Julián. *Introdução à Filosofia*. 2ª edição. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1966. Pag. 121).

¹³³ Aristotle. *Nicomachean Ethics*. Book I, 1094b 13.

questão seja precisamente o da matemática), nem por uma verdade que exceda os limites que a matéria em questão comporta.

Por isso, falar em *respostas corretas em Direito* não significa sugerir que os juízes estariam, doravante, obrigados a encontrar – por meio de profundas elucubrações filosóficas - respostas jurídicas definitivas e inatacáveis, perfeitas e absolutas. Significa tão somente reconhecer um pressuposto elementar de qualquer campo do conhecimento humano, qual seja, *a possibilidade de se distinguir o verdadeiro do falso e o correto do incorreto*.¹³⁴

Isso porque, ao refutarmos a possibilidade de respostas corretas em Direito, estaríamos novamente caindo na armadilha cético-relativista de que “não existem verdades” (ou, pelo menos, de que elas não existem nas ciências humanas). Ora, mas no momento em que adotássemos a crença da ausência de padrões verificáveis de verdade/falsidade no Direito, *estariamos ao mesmo tempo abrindo mão de qualquer possibilidade de crítica racional ao conteúdo das decisões judiciais*.¹³⁵

Pergunta-se: dado o pressuposto de que “não existe verdade” no Direito, como poderíamos falar numa “decisão acertada” por parte de determinado juiz ou tribunal? Como falar em uma “má decisão”?

¹³⁴ Alguns autores (cito, como exemplo, Marcelo Campos Galuppo) julgam que seria problemático falar em *verdade* no Direito, não por adesão a uma matriz teórica cético-relativista, mas sim porque a expressão *correção normativa* seria mais apropriada do que se falar em “verdade” (uma palavra de significações muito amplas, que poderia evocar a rígida relação entre adequação do enunciado com a descrição de uma realidade objetiva do mundo físico, na forma das ciências naturais). Para fins do presente trabalho, o conceito de *verdade* que aqui se defende não sofre qualquer prejuízo se substituído pela ideia de *correção normativa*. Pelo contrário, é exatamente disso que se está falando – *verdade enquanto respostas corretas e adequadas em Direito* - e não de verdades metafísicas que deveriam ser alcançadas pelos juízes por meio de uma transcendência espiritual, depois de longas sessões de profundas elucubrações filosóficas. Minha única divergência pontual com Galuppo se dá pelo fato de que ele sustenta que um Direito pós-positivista deveria, necessariamente, reconhecer o caráter não-científico do Direito. O principal argumento do autor nesse sentido é de que “ciência (e verdade) implicam previsão, o que é impossível no direito”. O argumento é claramente falho, dado o fato de que efetivamente existe um grau bastante razoável de previsibilidade no Direito – tanto ou mais, inclusive, do que em outras ciências sociais aplicadas. Se Galuppo fala em “previsão” no sentido de “certeza matemática”, então nenhuma ciência humana seria ciência (aliás, por esse critério, algumas ciências ditas exatas – como a física teórica, por exemplo – também deixariam de sê-lo). É fundamental ressaltar que o fato de o positivismo jurídico ter tentado transformar o Direito em algo análogo a uma ciência natural não torna “positivista” o esforço de reconhecer o Direito como uma autêntica ciência humana (ou ciência social aplicada). Ver: GALUPPO, Marcelo Campos. *A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo*. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol.1, n.3. Crítica à Dogmática – dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. Pág. 195-206.

¹³⁵ “Há sempre um sentido que nos é antecipado. [...] há uma clivagem entre nós e o mundo, porque nunca atingimos o mundo dos objetos de maneira direta, mas sim, sempre pelo discurso. [...] isso nem de longe pode significar uma espécie de “livre disposição do discurso”; ao contrário, é exatamente a hermenêutica que melhor propiciará as condições para encontrar respostas corretas no direito.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 164.

De duas, uma: ou a adequação de uma decisão depende tão somente do fato de ela ser prolatada por uma autoridade com poder para tanto (e, assim sendo, qualquer decisão de um juiz seria automaticamente “correta”, pelo simples fato de que ele está investido de autoridade para decidir) *ou* devemos reconhecer que existem padrões de racionalidade, dentro da sistemática do ordenamento jurídico vigente, que nos permitem criticar uma decisão como incorreta, equivocada ou tecnicamente inadequada, ainda que regularmente prolatada por autoridade regularmente investida dos poderes necessários para decidir.

Dito de outro modo: ou o Direito é tão somente aquilo que é enunciado por quem tem o poder de dizê-lo, *ou* o Direito opera como uma superestrutura - à cuja integridade e coerência sistêmica estão submetidos mesmo aqueles que estão imbuídos do dever/poder de julgar os casos concretos. *Tertium non datur*, diriam os escolásticos.¹³⁶

Seria igualmente equivocado supor que o reconhecimento, na esfera filosófica, de que o Direito deve buscar respostas corretas significaria um retorno à pretensão positivista de transformar o Direito numa racionalidade instrumental tão próxima quanto possível das ciências ditas “exatas”. O objetivo das abordagens críticas contemporâneas (como a hermenêutica jurídica, por exemplo) não é fazer com que o Direito “copie” outras ciências, mas sim que ele seja redescoberto e revalorizado enquanto campo autônomo do conhecimento humano, dentro do qual as verdades que se

¹³⁶ Existe uma noção bastante difundida no imaginário das ciências humanas – notadamente na seara do Direito – cuja popularidade é inversamente proporcional ao seu valor racional intrínseco, qual seja, a ideia de que falar em “verdade” representa um apelo à incompreensão e ao autoritarismo, ao passo que uma sociedade plural e democrática estaria mais protegida da conflituosidade conformando-se com uma noção relativista de que “não existem verdades” e que tudo se resumiria a opiniões igualmente válidas. Em resumo: a verdade oprime, o relativismo liberta! Salta aos olhos que estamos diante de mais uma infeliz encarnação do ceticismo filosófico. A ideia de que uma proposição não pode se erguer por seus próprios méritos não só é antiteorética e antifilosófica como, ainda, é profundamente antidemocrática (a menos que se entenda “democracia” no velho sentido de “ditadura da maioria”, absolutamente incompatível com o sentido que o termo possui hoje, principalmente no pós-neoconstitucionalismo). Se uma ideia não pode prevalecer por seus próprios méritos intelectuais, racionais e qualitativos, resta evidente que só passam a existir duas formas de fazer uma ideia prevalecer: através da força ou através da quantidade (pelo número de pessoas que aderem a ela). Sobre isso, Dworkin observa que “*A adolescência de nosso século esteve impregnada de ideologias, e elas não lhe foram de grande proveito. [...] Para onde quer que nos voltemos, deparamo-nos com as rejeições e os ataques dos pós-modernistas, pré-estruturalistas, desconstrucionistas, adeptos dos Estudos Jurídicos Críticos, pensadores da teoria racial crítica e milhares de outras legiões do exército antiteorético. Alguns dizem que teoria é mistificação, outros que é opressão, e muitos que ela é ambas as coisas.*” DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 84. Warat, por sua vez, também alerta sobre a necessidade de o Direito ser mais do que uma *doxa* vulgar, e sim uma *episteme* autêntica. Ver: WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito. Vol. I – interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 13-18.

procura sem dúvida são problemáticas e contingentes, mas que nem por isso deixam de possibilitar a construção de “verdades”. Mais do que isso: fazer com que se compreenda que o Direito não pode ser um deserto cético no qual a descrença absoluta em qualquer possibilidade de verdade (que esteja além da literalidade incontroversa de um dispositivo legal) seja substituída por discursos de poder, por conveniências da política ou por desmandos do poder econômico.¹³⁷

A impossibilidade de uma linguagem humana capaz de compreender, apreender e enunciar as estruturas da realidade do mundo fático já aparece como o tema principal do diálogo platônico *Crátilo*, no século IV A.C.¹³⁸. Isso nos mostra que, para

¹³⁷ “[...] o relativismo anula, se não a “essência”, pelo menos alguma coisa que lhe seria ainda mais penoso se ele fosse consequente consigo mesmo: a *função vital* da verdade. Com efeito “minha” verdade não me basta e para que ela seja efetiva e realmente *minha*, para que eu possa aderir a ela e nela me apoiar, é necessário que não seja “minha” e sim *das coisas*.” MARIAS, Julián. *Introdução à Filosofia*. 2ª edição. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1966. p. 131.

¹³⁸ O diálogo platônico *Crátilo* é protagonizado por três personagens: Sócrates, Hermógenes e Crátilo, que dá nome ao diálogo. Sócrates aparece como sendo o representante da posição do próprio Platão, como era comum nos diálogos deste. Hermógenes, por sua vez, está convencido de que qualquer nome que se der a qualquer coisa é um nome adequado e tão bom quanto qualquer outro, e que nenhuma designação pertence a nenhuma coisa particular da natureza. Todos os nomes das coisas, portanto, seriam frutos do hábito e das convenções estabelecidas pelo uso. O argumento de Sócrates contra a tese de Hermógenes começa pelo reconhecimento, por parte deste, de que um discurso pode ser falso ou verdadeiro. Isso leva Hermógenes a reconhecer, conseqüentemente, que as partes de um discurso verdadeiro também devem ser verdadeiras (não vamos aqui entrar no mérito de que a veracidade de uma conclusão, por óbvio, não implica necessariamente na veracidade de todos os argumentos que sustentam tal conclusão). Como o menor elemento de um discurso são os nomes e conceitos nele referidos, reconhecer que um discurso verdadeiro é feito de partes verdadeiras implica em reconhecer, também, que essas partes farão referência a nomes e conceitos que também são verdadeiros. Ou seja, as partes de um discurso verdadeiro não poderiam ser verdadeiras se a menor unidade dessas partes (ou seja, os nomes dados às coisas) também não fossem verdadeiras. Sócrates prossegue sustentando que todas as ações podem ser feitas de uma maneira certa, que é eficiente, ou errada, que não funciona. Por exemplo, se vamos serrar uma árvore, há ferramentas que se prestam para tanto e outras através das quais não conseguiremos executar a ação com sucesso. Como falar é um tipo de ação, se impõe a conclusão de que também a fala pode ser certa (eficiente) ou errada. Como dar nome às coisas é uma parte da fala, Sócrates conclui que - também ao dar nome às coisas - nós nos valemos das prescrições impostas pela própria natureza das coisas, e não com base somente em nossa própria vontade. A nomenclatura, para Sócrates, é um instrumento para se lidar com a realidade das coisas. Sócrates também rebate o célebre argumento de Protágoras, no sentido de que “o homem é a medida de todas as coisas”, questionando Hermógenes se todos os homens são bons. Hermógenes responde que boa parte dos homens são maus, mas reconhece que uns poucos são muito bons. Ao ilustrar o fato de que diferentes homens possuem diferentes graus de virtude, de qualidade e de sabedoria, Sócrates demonstra que a ideia de Protágoras não procede, pois a concepção de que o homem é “a medida de todas as coisas” implicaria em todos os homens serem igualmente portadores das mesmas qualidades. Se um determinado homem pode ser considerado melhor ou pior do que outro, é precisamente porque o homem não é a medida de todas as coisas, ou seja, existem coisas que existem por si mesmas e cuja realidade é imposta pela natureza. Oportuno observar que, apesar do *Crátilo* do diálogo platônico aparecer como sendo um cético absoluto, ele não possui nenhuma crença no convencionalismo. Crátilo não duvida que as coisas tenham nomes impostos pela ordem natural das coisas. Pelo contrário: é a crença nessa nomenclatura “divina” que o leva a concluir que a nossa linguagem convencional é falsa e, em última instância, imprestável. Trata-se de uma “mudança de clave” em relação ao tradicional argumento cético de que “tudo é convencionalismo”. Crátilo, ao contrário dos sofistas, é cético precisamente porque acredita numa razão superior, que seria impossível de ser compreendida ou descrita pelos convencionalismos linguísticos das sociedades humanas. O ceticismo dele, portanto, não

compreender as origens intelectuais do positivismo jurídico, é preciso voltar às origens da própria filosofia. Isso porque a propensão do ser humano em colocar em dúvida a verdade enquanto possibilidade (e finalidade) do discurso racional é (pelo menos) tão velha quanto a própria filosofia. A maneira como esse “impasse” filosófico chegou nos nossos dias é bem resumida por Perelman:

Diante da multiplicidade dos caracteres humanos, da pluralidade das opiniões, o papel tradicional dos filósofos era, estabelecendo uma hierarquia entre esses caracteres, ensinando o verdadeiro sentido das palavras, fornecer a resposta válida, objetivamente fundada, que haveria de se impor a todos os seres dotados de razão. [...] Infelizmente, estas esperanças milenárias se mostraram vãs: a multiplicidade das filosofias, por ser oposta ao corpo comum dos conhecimentos científicos e acarretar controvérsias sem fim, levou a um ceticismo crescente quanto ao papel prático da razão e a uma separação metodológica entre os juízos de realidade e os juízos de valor. Somente os juízos de realidade seriam a expressão de um conhecimento objetivo, empírico e racionalmente fundado, sendo os juízos de valor, por definição, irracionais, subjetivos, dependentes das emoções, interesses e decisões arbitrárias de indivíduos e grupos de toda espécie.¹³⁹

Podemos afirmar que *o ceticismo, nascido diante de tais dificuldades, está na raiz do utilitarismo, do pragmatismo, do relativismo e, já dentro da seara do Direito, do positivismo jurídico*. Tal evolução é compreensível, pois - na medida em que se acredita que “não existe verdade” nas ciências humanas - passa a ser imperativo encontrar *outros critérios* que possam justificar/legitimar/orientar os processos decisórios nas sociedades humanas.

Mas será que, diante da “multiplicidade de filosofias” referida por Perelman, deveríamos então concordar com os positivistas, deixando de lado as discussões sobre integridade do Direito e moralidade, reduzindo o Direito à aplicação da lei (*easy cases*) e confiando na discricionariedade judicial (*hard cases*)?¹⁴⁰ Deveríamos concordar com os céticos, que alegam que os debates sobre o certo ou o errado (ou o justo e o injusto) não passam de expressões de vontade dos debatedores, e que nenhuma razão assiste a nenhum deles? Será que devemos aceitar as teses dos pragmáticos e utilitaristas e reger a aplicação das leis e as noções de justiça tendo como norte nada além daquilo que

se coloca contra a existência da verdade, mas sim contra a nossa capacidade de, através da linguagem, enunciar algo de verdadeiro sobre as coisas. Ver: PLATÃO, *Crátilo*. Disponível na íntegra (em inglês) no endereço eletrônico: <http://classics.mit.edu/Plato/cratylus.html>

¹³⁹ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. 3. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2000. p. 152.

¹⁴⁰ Sem entrar no mérito, por ora, de que tal distinção (*easy cases/hard cases*) sequer é possível, conforme já bem demonstrado por Dworkin.

parece mais útil e melhor para a coletividade, deixando de lado noções confusas e desnecessárias como “justiça”?

Aqui cabe um esclarecimento importante. Pode parecer despropositado e confuso falar em “ceticismo”, “relativismo”, “pragmatismo” e “utilitarismo” em um trabalho cujas críticas são voltadas ao positivismo jurídico. No entanto, sustentamos no presente trabalho que *simplesmente não há como levar adiante uma crítica sólida ao positivismo jurídico sem que a mesma esteja atrelada a uma firme rejeição às posturas céticas/relativistas/pragmáticas/utilitaristas*.

Há duas razões para isso. Primeiro; porque *o positivismo jurídico é uma doutrina intrinsecamente cética e relativista*. *Cética*, porque nega que uma proposição jurídica não consagrada na lei possa se sustentar pelo seu valor moral ou por seu maior grau de acerto/veracidade/coerência em detrimento de uma proposição contrária. Nega, portanto, a existência de qualquer solução melhor ou pior nos casos em que a lei, por si só, não é suficiente para solucionar o caso concreto (daí o apelo à “discricionariedade” do juiz, que surge como uma prerrogativa a ser usada para dar uma solução prática para uma situação na qual não estariam presentes quaisquer padrões jurídicos para se falar em um pronunciamento judicial “certo” ou “errado”).

Relativista, porque aceita que um mesmo ordenamento jurídico possa dar respostas distintas para diferentes casos sem que haja diferenças essenciais entre eles. Ocorre que, para o positivismo jurídico, não existe verdade para além das normas legais. Qualquer Direito construído fora do terreno “sólido” do normativismo é, para o positivismo, um ato de “discricionariedade” que se sustenta como correto e adequado por si só, sem prestar contas a nenhum padrão interpretativo, coerência histórica ou integridade sistêmica.

Segundo; porque o positivismo jurídico abre uma janela para decisionismos, incoerências e arbitrariedades (qual seja, a discricionariedade judicial), mas até aí ainda estamos diante de um aspecto meramente *instrumental*. Materialmente, a retórica que fundamentará a decisão “discricionária”, no mais das vezes, se apresentará sob o argumento em prol daquilo que *fará a diferença prática*, no sentido da “funcionalidade” do Direito (*pragmatismo*) ou daquilo que é *útil* para a sociedade dentro de uma perspectiva consequencialista dos “melhores resultados” (*utilitarismo*). Ou seja, *a discricionariedade judicial se apresenta como o meio através do qual o julgador se vê autorizado a decidir com base nestas orientações da racionalidade instrumental*, orientações estas que são extremamente criticáveis do ponto de vista filosófico.

No momento em que se acredita que um ordenamento jurídico não pode dar respostas sistematicamente coerentes para um problema social, não resta outra opção senão recorrer à arbitrariedade ou até mesmo à força, como bem Perelman:

[...] este ceticismo acerca do papel da razão prática apresenta, por sua vez, um duplo inconveniente. Reduzindo ao nada o papel e as esperanças tradicionais da filosofia, ele abandona a fatores irracionais, e afinal de contas à força e à violência, individual e coletiva, a solução dos conflitos concernentes à prática. Recusa, por outro lado, qualquer sentido à noção de razoável, de modo que, como as expressões ‘escolha razoável’, ‘decisão razoável’, ‘ação razoável’ passam a ser apenas racionalizações, falsas aparências, fica impossível que as discussões e as controvérsias possam terminar de outro modo que não seja pelo recurso à força, a razão do mais forte sendo sempre a melhor. [...] Por isso, toda educação, toda moral, toda filosofia prática, seja ela de inspiração religiosa ou laica, tenha ela como objeto a ética, o direito ou a política, não são mais do que ideologia e legitimação capciosa das forças e dos interesses em conflito. Com o desmoronamento da filosofia prática, com a negação do valor de todo raciocínio prático, todos os valores práticos, tais como a justiça, a equidade, o bem comum, o razoável, passam a ser simples palavras vazias que cada um poderá encher de um sentido conforme a seus interesses.¹⁴¹

Oportuno ter em mente que os fenômenos do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito (que abordaremos com maior profundidade no próximo capítulo) não surgem à toa, mas sim *como resposta aos acontecimentos da primeira metade do Século XX*, época marcada pela forte influência de políticas e discursos de cunho pragmático e que foi palco de horrores nunca antes testemunhados pela humanidade, como o advento dos totalitarismos - com os Estados nacionais legitimando ações que, em séculos passados, seriam inimagináveis mesmo nos regimes mais autoritários. Conforme explica Perelman¹⁴²:

Desde o processo de Nuremberg, que pôs em evidência o fato de que um Estado e sua legislação podem ser iníquos, e mesmo criminosos,

¹⁴¹ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. 3. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2000. p. 152.

¹⁴² É importante esclarecer que Perelman, apesar de crítico do positivismo jurídico e das diversas manifestações do relativismo e do ceticismo no direito, não chega a construir uma teoria da decisão apta a superar o problema da discricionariedade. Pelo contrário: ao abordar a questão, talvez superficialmente, ele chega a dizer que “*O juiz possui, a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe permitirá adaptar a lei aos casos específicos. Se não lhe reconhecessem tal poder, ele não poderia, sem recorrer a ficções, desempenhar sua missão, que consiste no solucionamento dos conflitos: a natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo no domínio do direito*”. Como se vê, talvez inadvertidamente, Perelman acaba, dessa forma, aceitando e legitimando a discricionariedade judicial, justamente o aspecto mais criticável – e perigoso – do positivismo jurídico. *Ibid.*, p. 203.

notamos na maioria dos teóricos do direito, e não apenas entre os partidários tradicionais do direito natural, uma orientação antipositivista que abre um espaço crescente, na interpretação e na aplicação da lei, para a busca de uma solução que seja não só conforme à lei, mas também equitativa, razoável, aceitável, em uma palavra, que possa ser, ao mesmo tempo, justa e conciliável com o direito em vigor. A solução buscada deveria não apenas poder inserir-se no sistema, mas também revelar-se social e moralmente aceitável para as partes e para o público esclarecido.¹⁴³

Sobre a questão do ceticismo, Dworkin¹⁴⁴ fará a seguinte observação:

Mas existe entre nós, exatamente nesse momento, uma concepção cuja influência se faz sentir de modo vigoroso e notável - e que constitui a essência do que chamei de espírito de nossa época -, segundo a qual não existem respostas objetivamente corretas a tais questões, não existe nenhuma verdade objetiva sobre a moralidade política "lá fora", no universo, que possa ser descoberta por juízes, juristas ou quem quer que seja.¹⁴⁵

Reiterando sua crítica a este tipo de postura, Dworkin - fazendo uma crítica à obra do jurista americano Richard Posner - observa ainda que o referido autor:

[...] parece entusiasticamente predisposto a adotar a concepção de que a linguagem cria nosso universo moral em vez de intentar expressá-lo. De qualquer modo, essa concepção é hoje

¹⁴³ Ibid., p. 184.

¹⁴⁴ Em *O Império do Direito*, Dworkin faz a oportuna distinção entre *ceticismo exterior* e *ceticismo interior*. O primeiro seria uma teoria metafísica mais ampla, que nega a possibilidade de proposições verdadeiras. O ceticismo interior, por sua vez, seria limitado a uma determina prática ou a um aspecto da vida. Por exemplo: aquela pessoa que acha que nenhum juízo moral pode ser correto ou falso seria um cético exterior, ao passo que aquela que acha que condutas sexuais não podem ser objeto de nenhum juízo moral seria um cético interior. O cético interior, dessa forma, se apóia na possibilidade geral do certo/errado para emitir um juízo cético direcionado sobre algo mais específico. Dworkin dirá que: "O único ceticismo que vale alguma coisa é o ceticismo interior, e é preciso alcançá-lo por meio de argumentos da mesma natureza duvidosa que os argumentos aos quais ele se opõe, e não ser reivindicado de antemão por alguma pretensão à complexa metafísica empírica." Significa dizer: o jurista cético que afirma que o Direito não pode ter respostas adequadas (ou "mais corretas") para problemas específicos precisa sustentar a sua posição em uma dessas espécies de ceticismo. Se ele se filiar ao ceticismo *externo*, terá que contornar todas as dificuldades filosóficas sobre as quais estamos tratando no presente capítulo. Se ele se filiar ao ceticismo *interno*, estará optando por uma postura filosoficamente válida, mas terá o ônus de desenvolver e explicar por quais razões, no seu entender, o Direito "não estaria apto" a produzir respostas adequadas. O que se vê na prática, no entanto, são pessoas que aparentemente adotam o ceticismo interno, porém valendo-se, quando convém, da retórica fácil do ceticismo externo. Para uma melhor compreensão sobre este ponto em questão, ver: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 102-108.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p.84.

muito popular em grande parte do discurso acadêmico contemporâneo, com exceção do filosófico.¹⁴⁶

Streck¹⁴⁷, de forma reiterada e sistemática, tem questionado em suas obras qual seria a legitimidade dos juízes e tribunais de fundamentar suas decisões numa “teoria da consciência” em plena era da filosofia da linguagem. Dito de outro modo: por que o Direito, enquanto ciência social aplicada, estaria “blindado” em relação aos progressos e avanços da filosofia e da linguística?

Dentro do enfoque deste trabalho, é oportuno reiterar essa provocativa crítica, *todavia com um foco epistemológico ao invés de lingüístico*. É o caso de nos perguntarmos: com que legitimidade o discurso jurídico pode se valer de uma postura filosófica que se encontra, há muito, absolutamente refutada e desacreditada dentro do próprio discurso filosófico? *Se a evolução da filosofia tratou de sepultar o ceticismo, com que autoridade podem os juristas ressuscitá-lo por razões de conveniência?*¹⁴⁸

Parece-nos claro que os defensores da “livre consciência de decidir” dos juízes não são, a rigor, adeptos conscientes do ceticismo enquanto postura filosófica. Isso, no entanto, em nada altera o fato de que a ideia da decisão como sendo verdadeira

¹⁴⁶ Ibid. p. 85.

¹⁴⁷ “Como já se viu, deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar, em plena era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito que “constrói” o seu próprio objeto de conhecimento. Pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles (Blackburn).” STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 20.

¹⁴⁸ Paulo Dourado de Gusmão, por sua vez, irá apresentar sua oposição ao positivismo jurídico da seguinte forma: “A tese positivista não pode ser aceita porque opõe, radicalmente, o fenômeno jurídico empírico à idéia, quando aquele supõe esta. Assim, a constatação do fenômeno jurídico supõe a idéia do direito, pois a observação dos direitos supõe, do ponto de vista crítico, a existência de um conceito que diferencie o que é direito do que não o é. A generalização, como pretendem os positivistas, dos dados da experiência jurídica, supõe a distinção desta experiência das demais formas da experiência prática, sendo indispensável, assim, admitir-se um conceito que, logicamente, transcenda esta seleção. Como pode uma pessoa afirmar que um fenômeno social é jurídico, se não tiver a ideia do direito? Só de posse de uma ideia do direito, e em função de um dado fenômeno, podemos estabelecer a relação de identidade entre a idéia e o objeto, para concluir que o objeto pode ser incluído na classe representada pela idéia.” Sobre o ceticismo, ele irá afirmar que “não convence o ceticismo porque para se afirmar a variabilidade do direito deve-se possuir antes um caráter universal do direito, o qual nos permite reconhecer como sendo jurídicas as formas variáveis deste ‘sistema regulador’. O reconhecimento, portanto, da variabilidade da ‘classe’ supõe a noção de ‘classe’, ou seja uma idéia suscetível de ser aplicada a toda e qualquer forma histórica desta classe”. Ele conclui que “Na verdade, o ceticismo jurídico não teve grande aceitação, estando a moderna filosofia do direito dividida, no que diz respeito ao conceito do direito, entre os criticistas e os positivistas”. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Freitas Bastos, 1950. p. 20 a 22. No entanto, o que Gusmão deixa de observar – e que é de suma importância – é que o fracasso teórico do ceticismo no Direito não impediu que ele se convertesse em pressuposto implícito tanto do positivismo jurídico quanto das atuais posturas decisionistas e discricionárias que se pretendem “pós-positivistas”.

“expressão de vontade” do julgador efetivamente *é uma ideia estruturada sobre um pressuposto claramente cético-relativista*. Se o jurista em questão sequer tem consciência disso, tanto pior para a sua teoria da decisão.

A menos que o jurista pró-discrecionabilidade judicial possa construir uma revalidação conceitual do ceticismo aplicado ao Direito, qualquer teoria da decisão que ele construa tendo a postura cética como pressuposto (ainda que invisível e não declarado) estará fadada ao fracasso – na medida em que erguida sobre um aporte filosófico completamente refutado no campo da filosofia, conforme já vimos.¹⁴⁹

Todavia, não é isso que se verifica entre os autores que tentam legitimar a discrecionabilidade judicial. Numa clara situação de petição de princípio, eles parecem dar por pressuposto que a postura cético-relativista é um ponto de partida válido e auto-suficiente, uma espécie de sólido axioma implícito a partir do qual podem desenvolver tranquilamente suas conclusões. É o que se constata, por exemplo, na obra de Diniz¹⁵⁰:

O órgão jurídico ao aplicar uma norma terá que fazer uma interpretação, ante a sua indeterminação essencial, que ocorre quando o seu elaborador deixa ao que a aplicará a permissão de decidir por uma ou outra direção ou quando o seu sentido verbal não é unívoco, apresentando ambigüidade como consequência da discrepância entre a vontade real da lei e a declarada por ela. Em todos esses casos aparecem várias possibilidades para a aplicação jurídica. Essa dupla indeterminação legal conduz o intérprete a apontar quais as soluções possíveis. A determinação dessas possibilidades hermenêuticas é um ato cognoscitivo, mas, como a solução do caso exige uma eleição entre todas, é também volitivo por criar uma norma de escalão inferior. De modo que a sentença não deriva apenas de um ato de conhecimento, mas também de um ato de vontade. (...) Conhecidos os fatos provados e as normas aplicáveis, surge o ato de vontade, que escolhe a norma a aplicar, dentre as suas possíveis soluções. Sendo assim, o ato de conhecimento é condição do volitivo.

¹⁴⁹ O ceticismo filosófico, conforme sustentamos no presente trabalho, sempre aparece de alguma forma como o arcabouço teórico (explícito ou implícito) de teorias da decisão que festejam a discrecionabilidade judicial. É equivocado achar que essa discrecionabilidade cética só se manifesta na forma do positivismo jurídico. Basta ver que hoje, nos Estados Unidos, a doutrina de Dworkin encontra uma resistência muito mais forte e séria da parte do pragmatismo de autores como Richard Posner do que da parte dos positivistas, sejam eles inclusivistas ou exclusivistas. Essa imensa influência do pragmatismo jurídico nos EUA, eclipsando o positivismo, pode ser ilustrada através do seguinte dado: o *Journal of Legal Studies* da Universidade de Chicago, através de um artigo de Fred R. Shapiro publicado em janeiro de 2000, divulgou a lista dos 50 doutrinadores do Direito mais citados do Século XX. Ronald Dworkin ficou em segundo lugar. Quem ficou em primeiro? Richard Posner. Ver: <http://www.jstor.org/pss/10.1086/468080> (último acesso em 28/11/2011).

¹⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002. Pag. 292-293.

Com todo o respeito à iminente jurista, é forçoso reconhecer que ela se equivoca nesta questão em particular. Primeiro, porque ela se vale do superado argumento a respeito da “*vontade real da lei*”¹⁵¹, uma ficção retórica já devidamente desconstruída por autores como Dworkin há pelo menos três décadas. Segundo, porque – de forma intencional ou não – Diniz se vale do mais puro ceticismo para sustentar sua teoria da decisão.

Vejam: ela afirma, com todas as letras, que o ato de conhecimento do juiz se limita a conhecer as *soluções possíveis*. Chegando neste limite absoluto do processo de cognição, o juiz passaria para um processo *de escolha* – qual seja, o de optar qual *solução possível* ele iria efetivamente aplicar no caso concreto em questão.

Justamente por ter como pressuposto implícito (e ponto de partida axiomático) o ceticismo filosófico, a teoria da decisão de Diniz, da forma acima resumida, não resiste a cinco minutos de reflexão crítica. Segundo ela, não há ato volitivo do juiz antes de o mesmo chegar até um feixe de *soluções possíveis*. Até este momento, o juiz estaria categoricamente preso a um processo de conhecimento das normas aplicáveis.

Ora, mas quem (ou o quê) determina quais seriam as *soluções possíveis* e quais soluções seriam, por eliminação, “impossíveis”? Diniz parece acreditar que existem padrões de racionalidade jurídica através dos quais o juiz poderia eliminar as *soluções impossíveis* até reunir diante de si tão somente o seletivo e reduzido conjunto das *soluções possíveis* para o caso diante dele. Ora, mas como sustentar que existem padrões de racionalidade jurídica para se chegar até um conjunto de *soluções possíveis* e, ao mesmo tempo, sustentar que *não existem* padrões de racionalidade jurídica para se continuar avançando, dentro das *soluções possíveis*, até *uma única e efetiva solução mais adequada constitucionalmente* para o problema em questão?

Em outras palavras: se um juiz pode identificar e interpretar normas até o ponto de chegar num conjunto de *soluções possíveis* (eliminando todo um universo de outras soluções e interpretações, descartadas como impossíveis/inaplicáveis), é pura arbitrariedade cética declarar que, a partir deste ponto, a racionalidade jurídica “deixaria de existir”¹⁵², tornando-se, dali em diante, tudo uma questão de escolhas e preferências.¹⁵³

¹⁵¹ É razoável supor que Diniz, aqui, utiliza essa expressão no sentido de “*vontade real do legislador*”. Falar literalmente em “*vontade da lei*” seria algo carente de qualquer sentido lógico ou argumentativo – servindo, quando muito, como uma figura de linguagem.

¹⁵² Perelman sintetiza esse problema de forma esplêndida: “Se a razão permite somente ficar de acordo sobre as conclusões de uma dedução correta, a partir de premissas aceitas, ela se reduz à faculdade de

Por outro lado, se não estabelecermos que existem padrões jurídicos coerentes e cognoscíveis para se chegar até às soluções possíveis, estaremos admitindo – ao contrário do que deseja Diniz – que *o exercício de vontade do julgador já começa antes da definição do conjunto das soluções possíveis*.

Significa dizer: ao enunciar quais seriam as *soluções possíveis*, o juiz cético-relativista-voluntarista *já realizou um processo de vontade* em primeiro grau (qual seja, o de excluir todo um universo de possibilidades como fazendo parte do conjunto das soluções impossíveis/inaplicáveis). Quando, posteriormente, ele escolhe uma dentre as diversas soluções possíveis, só o que ele está fazendo, na verdade, é um ato volitivo de segundo grau.

O grande problema da teoria da decisão de Diniz é que, ao mesmo tempo em que ela busca legitimar a *discricionariedade* judicial e a impossibilidade de se falar em “respostas corretas” em Direito, ela também pretende superar o positivismo jurídico e não deixar portas abertas para a *arbitrariedade* judicial, reafirmando a sua crença na

raciocinar logicamente, ou seja, em conformidade com regras previamente aceitas da lógica formal. Nessa eventualidade, cumpriria mesmo convir com os positivistas que o ideal da razão prática não passa de um mito, igual ao do paraíso perdido. (...) Querendo tratar os valores como objetos de intuição, querendo, por outro lado, encontrá-los como conclusão de raciocínios analíticos, só se pode fracassar na tentativa. Mas, em minha opinião, esse fracasso dos intuicionistas e dos formalistas resulta de uma concepção por demais estreita da razão. Não podemos perguntar-nos, de fato, se convém identificar esta com a faculdade do raciocínio necessário, ou coercivo, ou, pelo menos, formalmente correto. Será que raciocinar nada mais é senão inclinar-se diante das evidências, deduzir e calcular? Poder-se-á dizer que não se raciocina quando se delibera ou quando se argumenta? Cumprirá pretender que quando o raciocínio não nos conduz a conclusões necessárias ou coercivas, ou de uma probabilidade calculável, movemo-nos inteiramente na arbitrariedade? O efeito mais imediato de semelhante alternativa não será aumentar, fora de todas as proporções com a realidade, o campo do irracional na conduta humana?" (PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. 3ª edição. São Paulo, Martins Fontes, 2000. p.98).

¹⁵³ Essa evidente falha de raciocínio aparece reiteradamente na teoria da decisão exposta por Diniz. Veja-se outro exemplo. Ela afirma o seguinte: "Se a norma geral tem várias significações, logicamente, possíveis, só uma decisão de vontade poderia, deveras, optar por uma delas." Ora, mas se uma norma geral pode ter "várias significações logicamente possíveis", como é possível que, dentre estas várias significações, não exista entre elas uma mais qualificada do que a outra? Diniz parece estabelecer uma espécie de "limite metafísico da razão", confiando na construção de raciocínios jurídicos *apenas até certo ponto*, a partir do qual tudo se transformaria em questão de gosto pessoal. Partindo-se (como faz Diniz) do princípio de que existem possibilidades lógicas que excluem uma multiplicidade de significações até que se chegue apenas em algumas "logicamente possíveis", *qual é o sentido de se acreditar que o mesmo processo de construção racional da solução não pode ser depurado até que se chegue numa única solução constitucionalmente adequada*, que supere a "etapa discricionária-volitiva"? Esse ceticismo que surge na obra de Diniz (e que, essencialmente, é uma reedição do ceticismo positivista de Hart), como se vê, é pautado pela mais pura arbitrariedade metodológica. Em analogia, nos faz lembrar daquele antigo temor dos navegadores medievais, no sentido de que só seria possível navegar até um certo ponto do oceano, a partir do qual todas as naus despencariam rumo à escuridão do espaço interestelar. Ver: DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002. Pag. 293.

existência de um sistema jurídico pautado pela integridade, no qual as decisões dos juízes não são incondicionadas. Assim, ela sustentará que:

A decisão do juiz não é incondicionada, pois as suas valorações ou estimativas não são projeções do seu critério axiológico pessoal, uma vez que ele emprega como critérios avaliativos as pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica, interpretando-as em relação com as situações fáticas que deve solucionar tendo em vista o momento atual. Não há uma criação livre, sem freios, porque o próprio direito é uma projeção necessária da estrutura social, valorativa e normativa em que se integra. Toda sentença pressupõe uma certeza objetiva do sistema jurídico (entendido em seus subconjuntos) em que se apoiou. Acrescenta o juiz a esse sistema a norma individual que edita ao julgar o caso sub judice, nele inspirando-se.¹⁵⁴

Diniz, aqui, não faz uma mera concessão às teorias integralistas de molde dworkiniano. O que ela afirma no parágrafo supracitado é, com efeito, a capitulação completa de sua tentativa de legitimar a discricionariedade judicial. Ora, dizer que a sentença pressupõe “*uma certeza objetiva do sistema jurídico*” não é outra coisa senão reconhecer que o sistema jurídico é capaz de produzir respostas corretas para os problemas que lhe são apresentados!

Se o juiz constrói sua decisão através das “*pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica*”, e se essa não é “*uma criação livre, sem freios*” na medida em que o Direito “*é uma projeção necessária da estrutura social, valorativa e normativa em que se integra*”, então o juiz está devidamente amparado para realizar um processo de descobrimento/construção de uma decisão constitucionalmente adequada para o caso concreto – o que é *muito diferente* de eleger meia dúzia de *soluções possíveis* para então *escolher uma delas* como sendo aquela *aplicável* ao caso em questão.¹⁵⁵

Por outro lado, são raros os autores, na doutrina brasileira, que professam expressamente adesão explícita e declarada ao positivismo jurídico. Dimitri Dimoulis é

¹⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 294.

¹⁵⁵ Oportuna aqui a observação feita por Maurício Ramires, quando o autor refere, neste sentido, que “ninguém está a advogar uma noção ingênua e simplista de que as respostas corretas estejam prontas e disponíveis em uma caixa-forte, ao modo de verdades metafísicas. A resposta correta, ao contrário, está ligada ao esforço de descobrir os direitos relativos às partes, em oposição à ideia de inventá-los.” RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 119. Este ponto é fundamental: o objetivo da moderna hermenêutica jurídica não é ripristinar antigas teses jusnaturalistas, mas sim sustentar uma teoria da decisão que não seja alienada da filosofia - nem, tampouco, dos importantes avanços do neoconstitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial. Nas palavras de Dworkin: "Interpretação constitucional não é matemática, e só um tolo imaginaria que suas concepções constitucionais estivessem acima de qualquer constestação." DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p.181.

um deles. O curioso é que, em virtude dos descabros desse “pós-positivismo” cético-relativista-volitivo que se instaurou no Brasil - que sacrifica a possibilidade de respostas constitucionalmente corretas no altar da discricionariedade judicial e das decisões que emanam da “vontade” e dos “sentimentos” do juiz -, as preocupações de Dimoulis acabam se mostrando extremamente oportunas.

Por mais que se queira combater o positivismo jurídico, é impossível não concordar que aquele, ao menos, era uma teoria da decisão coerente (criticável o quanto seja), o que é mais do que se pode dizer do “pós-positivismo” que se instaurou em nosso país desde o advento da Constituição Federal de 1988, onde a doutrina de Dworkin é misturada com a de Alexy, com a legitimação da discricionariedade judicial, com a ideia de que “sentença vem de sentir” e, enfim, com tudo o que for conveniente (no sentido prático e político) para as instâncias incumbidas de tomar as decisões judiciais. Dimoulis irá afirmar que:

O autor dessas linhas adota a visão positivista porque considera que esta produz segurança jurídica, propiciando maiores garantias à população (...). Se o direito for relativizado pela moral, estabelece-se um sistema de exceções no qual a previsibilidade das decisões jurídicas é suplantada pelos 'anseios' da moral. Como não existe uma única moral, a população se encontrará à mercê de valores morais de quem exerce o poder e, principalmente, do Poder Judiciário.¹⁵⁶

A observação do autor é problemática. Ele não observa, por exemplo, que a mesma perigosa discricionariedade que surge num sistema “relativizado pela moral” também – e principalmente – surge no modelo positivista, que cria toda uma categoria de situações (os famosos *hard cases*) nos quais o juiz estaria legitimado a decidir de acordo com a sua discricionariedade. Dimoulis também não leva em consideração que *a discricionariedade judicial é precisamente o ponto mais criticado e trabalhado pelos críticos do positivismo jurídico*, e que, portanto, uma teoria antipositivista tem muito mais a oferecer, em termos de combate à discricionariedade judicial, do que o próprio positivismo jurídico.

No entanto, feitas essas observações, é preciso concordar com a preocupação de Dimoulis quanto ao relativismo das decisões judiciais. De fato, um pretense “pós-

¹⁵⁶ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 118.

positivismo” pautado pela “vontade do julgador” é mesmo tão ruim – senão pior – do que o próprio modelo positivista anterior, com todas as suas conhecidas limitações.

Parece irônico que o presente trabalho - que pretende ser um estudo crítico do positivismo jurídico - se veja obrigado a concordar com certas afirmações de um positivista confesso, mas de fato não há nisso nenhuma contradição teórica. As contradições estão, isso sim, em um ordenamento jurídico que, ao se anunciar “pós-positivista”, ao mesmo tempo se arvora numa teoria da decisão (um “mix teórico”, na verdade) que consagra e legitima a discricionariedade judicial.

Aquilo que poderíamos chamar de “a teoria da decisão vigente” hoje na prática jurisdicional brasileira é algo de uma mendacidade teórica impressionante. Basta ver que *esse estado de coisas parece causar igual espanto e perplexidade tanto em positivistas quanto em antipositivistas*. A afirmação abaixo é de Dimoulis – mas ela poderia, por exemplo, estar inserida em qualquer obra de Streck, sem qualquer incompatibilidade:

Por sua parte, os juízes não podem decidir segundo suas preferências. Devem sempre justificar sua opção com argumentos racionais, que possam convencer os cidadãos. (...) Lendo decisões de tribunais brasileiros, constatamos que, infelizmente, a maioria não oferece fundamentações adequadas. Os argumentos empregados são frequentemente retóricos ('não cabe dúvida', 'é preclaro'), não oferecem uma avaliação detalhada das várias opções interpretativas ou se satisfazem com referências a autoridades (famosos juristas, tribunais superiores), considerando que o prestígio pode justificar uma opinião. Isso é um grave defeito da cultura jurídica. Somente decisões fundamentadas em argumentos sérios satisfazem os requisitos constitucionais e convencem as partes de que a justiça é bem administrada.¹⁵⁷

Em síntese: *duvidar da possibilidade de o Direito e de seus intérpretes chegarem a respostas corretas (ou “constitucionalmente adequadas”) não é outra coisa senão uma reprimenda do ceticismo filosófico, seja de forma implícita ou explícita, consciente ou inconscientemente*.

Isso representa um grave problema para o jurista cético, pois ele necessariamente precisará lidar com o fato de que a sua matriz filosófica já foi, há muito, completamente sepultada dentro da própria filosofia¹⁵⁸. O que lhe resta é: a) criar

¹⁵⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 184.

¹⁵⁸ “[...] os enunciados filosóficos, inclusive os enunciados céticos de diferentes matizes, são iguais a qualquer outro tipo de proposição. [...] Assim compreendidas, as afirmações pragmatistas que estamos

uma nova teoria filosófica capaz de restabelecer o ceticismo enquanto postura filosófica coerente e defensável; *b*) abrir mão do ceticismo ou *c*) lidar com o fato de que a sua teoria da decisão será intrinsecamente incoerente e frágil, na medida em que construída sobre um verdadeiro pântano filosófico.¹⁵⁹

O ceticismo em relação ao Direito enquanto saber prático autônomo (aliado às conveniências político-ideológicas do poder) pode servir como uma “solução” fácil e pragmática para os conflitos cotidianos – e até mesmo atuar como instrumento de agilização da prestação jurisdicional. No entanto, tal postura só amplia o histórico déficit democrático pátrio, além de enfraquecer os fundamentos e alicerces da (ainda jovem) democracia brasileira¹⁶⁰, que certamente não se encontrará em posição de estabilidade e segurança enquanto continuar sendo enxergada, ela própria, como um mero formalismo relativizável, ideal abstrato ou simples argumento de ocasião.¹⁶¹

discutindo não são triunfalmente verdadeiras, mas apenas falsas, e falsas de maneira trivial e prosaica." DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 59.

¹⁵⁹ "Você já encontrou algum argumento jurídico comum que, depois de tudo considerado, seja o mais sensato em qualquer tipo de caso difícil? Então você também rejeitou a tese da inexistência de uma resposta correta, que considero como o alvo de minha própria argumentação." DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 61.

¹⁶⁰ “Ou seja, a força normativa da Constituição – que se manifesta pelo elevado grau de autonomia conquistado pelo direito a partir do segundo pós-guerra – pode, dependendo do *modus* compreensivo-interpretativo utilizado pelos juristas, vir a ser fragilizado ou até mesmo anulado pelo crescente aumento das posturas pragmatistas (nos seus mais variados matizes) que, a pretexto de superar o “ultrapassado” silogismo dedutivista do paradigma liberal-burguês, vêm deslocando o *locus* do sentido do texto – que representa a produção democrática do direito – na direção do protagonismo (acionalista-indutivista) do intérprete”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44.

¹⁶¹ Importante observar que a postura científica moderna é naturalmente “cética” (no sentido da incredulidade e do desapego a qualquer corpo de crenças apriorísticas), *porém necessariamente avessa ao ceticismo filosófico*, na medida em que este representa a negação mesma de qualquer possibilidade de se fazer ciência. Isso porque qualquer campo de conhecimento ou área de estudo necessita, como condição de possibilidade para o seu desenvolvimento, de critérios para distinção do verdadeiro e do falso, com base naquilo que foi verificado empiricamente (ou construído teoricamente). Curiosamente, embora o ceticismo filosófico seja naturalmente incompatível com a postura científica, ele permanece sendo moeda corrente, nos dias atuais, no campo das ciências humanas. Com frequência nos vemos diante de máximas do tipo “só existem verdades nas ciências naturais, mas não nas ciências humanas, pois só aquelas lidam com conclusões indiscutíveis”. Percebe-se, nestas situações, que estamos diante de uma visão bastante precária sobre o que vem a ser ciência. Ora, *tudo em ciência é discutível* – e exatamente por isso é que é ciência. Nada pode ser mais falso do que a ideia de que a ciência seria o terreno das verdades indiscutíveis. Isso não é outra coisa senão confundir ciência com dogma, com religião. Também é oportuno lembrar que tampouco o dissenso teórico pode ser interpretado como uma prova da “ausência de caráter científico” de um determinado campo de estudo. Com efeito, as querelas e debates em vigor nos ambientes jurídicos contemporâneos parecem insignificantes se comparados com as profundas discussões que estão em andamento, por exemplo, na física teórica - onde atualmente os defensores da Teoria das Cordas e da Teoria-M discutem entre si para saber se existe apenas um universo ou se existem dez, onze ou infinitos universos. A diferença é que os físicos teóricos, mesmo diante de dissensos de assombrosa magnitude, continuam enxergando o seu campo de estudo como uma ciência séria e coerente, enquanto que os juristas e estudiosos do Direito, com facilidade, parecem inclinados a acreditar que o

Não há, portanto, como se levar adiante uma efetiva crítica ao positivismo jurídico – e à discricionariedade judicial – sem que esta crítica esteja vinculada à refutação do ceticismo filosófico. *O ceticismo é o fundamento filosófico do relativismo jurídico, que irá aceitar que um mesmo ordenamento jurídico possa dar respostas distintas para casos diferentes sem que haja diferenças essenciais entre eles, apenas em virtude das “escolhas” do julgador, fruto de sua “vontade”*.¹⁶² Num ambiente jurídico dominado pelo ceticismo/relativismo, o pragmatismo e o utilitarismo surgem, então, como “princípios orientadores” do sistema¹⁶³. Não havendo critérios de certo/errado ou verdadeiro/falso, cria-se o culto do decisionismo, e só o que passa a importar é a adoção daquilo “que funciona”, ou que “fará a diferença prática”.¹⁶⁴

Na história da humanidade, ceticismo, pragmatismo e positivismo produziram os mais nefastos resultados no campo da política e do Direito. Da rigidez do Direito medieval baseado nas “palavras dos Doutores” aos totalitarismos de Estado do Século XX, estas filosofias sempre falharam enormemente nas tarefas de melhorar a vida das sociedades e de dar sentido e valor às nossas existências e ações – *especialmente em relação ao ceticismo, com seu inevitável potencial de fomentar nas pessoas uma postura niilista perante a vida, marcada pela relativização absoluta dos valores coletivamente compartilhados e da moral*.

Quanto a isso, oportuno lembrar as palavras de Viktor Frankl, psiquiatra judeu que sobreviveu ao inferno dos campos de concentração nazistas:

fenômeno jurídico, com toda a sua complexidade, não passa de uma fachada do poder político e/ou de uma questão de meras “escolhas” e “opiniões”, tão corretas e verdadeiras quanto qualquer outra.

¹⁶² “Um dos argumentos pragmatistas (visto que seu ceticismo rejeita pretensões não estratégicas), nas suas diversas vertentes, é o de que o direito deve ser visto como essencialmente indeterminado, no que - e essa questão assume relevância no contexto da inefetividade da Constituição brasileira – tais posturas se aproximam, perigosamente, das diversas matrizes positivistas (teorias semânticas em geral), que continuam a apostar em elevados graus de discricionariedade na interpretação do direito. Há, portanto, algo que as aproxima, e essa ligação é uma espécie de grau zero de sentido.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44-45. Streck também irá afirmar que “Se a autonomia do direito aposta na determinabilidade dos sentidos como uma das condições para a garantia da própria democracia e de seu futuro, as posturas axilogistas e pragmatistas – assim como os diversos positivismos stricto sensu – apostam na indeterminabilidade”. *Ibid*, p.45.

¹⁶³ “Isso porque há uma forte afinidade entre uma concepção utilitarista de justiça e uma concepção positivista de legalidade: não é por acaso que os dois fundadores do positivismo jurídico moderno, Bentham e Austin, eram utilitaristas por excelência”. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 350.

¹⁶⁴ Sobre este ponto, Dworkin faz uma observação muito importante: “A explicação teórica da decisão judicial não é necessariamente antiutilitarista nos detalhes. (...) Mas a abordagem teórica tampouco está comprometida com o utilitarismo como guia para a decisão judicial - e, pelo menos em minha opinião, boa parte do nosso direito, inclusive nosso direito constitucional, não pode ser justificada em bases utilitaristas, mas, ao contrário, deve pressupor princípios de igualdade e justiça que não são utilitaristas em espírito ou consequência”. *Ibid*. p. 90.

Não foram apenas alguns ministérios de Berlim que inventaram as câmaras de gás de Maidanek, Auschwitz, Treblinka: elas foram preparadas nos escritórios e salas de aula de cientistas e filósofos nihilistas, entre os quais se contavam e contam alguns pensadores anglo-saxônicos laureados com o Prêmio Nobel. É que, se a vida humana não passa do insignificante produto acidental de umas moléculas de proteína, pouco importa que um psicopata seja eliminado como inútil e que ao psicopata se acrescentem mais uns quantos povos inferiores: tudo isto não é senão raciocínio lógico e conseqüente.¹⁶⁵

Conforme vimos, pragmatismo, convencionalismo e ceticismo surgem no seio do desenvolvimento da filosofia grega e, ainda que confrontados e refutados por alguns dos maiores nomes da história do pensamento humano, ressurgem ciclicamente em diversas épocas, como um equívoco permanente no qual as mentes parecem destinadas a cair de tempos em tempos, para erguerem-se novamente pelo sempre complexo, lento e desafiante retorno ao espírito filosófico.

¹⁶⁵ FRANKL, Victor. *Sede de Sentido*. São Paulo, Quadrante, 1989, p. 45.

4 A SOBREVIDA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA PRÁXIS JURÍDICA BRASILEIRA E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O NEOCONSTITUCIONALISMO

Já demonstramos que o positivismo jurídico não se sustenta do ponto de vista filosófico, na medida em que intrinsecamente atrelado a uma teoria – o ceticismo – que foi devidamente superada já na filosofia clássica grega e que, desde então, nunca mais se reergueu com propriedade.

Agora, nos interessa analisar outra limitação particularmente grave do positivismo, que é a sua manifesta incompatibilidade com um fenômeno jurídico surgido após o final da Segunda Guerra Mundial, qual seja, o *neoconstitucionalismo*.¹⁶⁶

¹⁶⁶ No presente trabalho, usaremos o termo *neoconstitucionalismo* em referência ao novo paradigma de compreensão/elaboração/interpretação do direito constitucional, que emerge após a Segunda Guerra Mundial e encontra suas primeiras expressões legais na Constituição italiana de 1947 e na Constituição alemã de 1949. Este novo paradigma está intrinsecamente ligado à concepção de *Estado Democrático de Direito* (como superação do modelo anterior do “Estado Social” do começo do Século XX e ao “Estado de Direito”/*Rechtsstaat* do Século XIX) e, conforme sustentaremos, com a rejeição dos postulados do positivismo jurídico. No entanto, a utilização do termo não é pacífica na doutrina, como bem destaca Dalmo de Abreu Dallari: “O registro e a análise dessas inovações, de excepcional importância para cada povo em particular, e, em conjunto, para toda a humanidade, vêm sendo feitos por teóricos do Direito de diversas partes do mundo, sob a epígrafe 'neoconstitucionalismo'. Para alguns teóricos que recusam essa expressão, o que se tem é a Constituição tradicional dotada de nova eficácia, especialmente para garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, razão pela qual preferem a epígrafe 'garantismo'. Nesta linha situam-se, por exemplo, Luigi Ferrajoli, na Itália, e Andrés Gil Dominguez, jurista chileno que, tratando diretamente dessa questão, esclarece que 'por garantismo constitucional se entende o conjunto de garantias políticas e jurisdicionais que têm por objeto tornar vigente o modelo de Estado Constitucional de Direito. A maioria dos autores que apontam e analisam as grandes inovações constitucionais prefere a expressão "neoconstitucionalismo", dando-lhe muito maior amplitude do que a afirmação de um garantismo, que pode ter um significado estático e ser confundido com a proteção apenas do já conquistado e efetivado. Na realidade, o enfoque amplo das inovações, abrangendo diferentes partes do mundo e considerando o novo tratamento dado às Constituições, tanto em termos de elaboração quanto de aplicação, mostra que já existe e pode ser claramente identificado um novo constitucionalismo, que é decorrência de uma nova inspiração humanista. O novo humanismo, que é base de uma nova concepção do próprio Direito, assim como do constitucionalismo, afirma a supremacia da pessoa humana na escala dos valores, mas de todas as pessoas humanas, sem qualquer espécie de discriminação ou privilégio, exigindo, além disso, que a afirmação da pessoa humana como valor supremo tenha sentido prático e se confirme no plano da realidade, não se restringindo a meras afirmações teóricas ou formais. Com base nesses pressupostos, e considerando tudo o que já foi exposto, é possível apontar, de modo preciso, as principais inovações que caracterizam o constitucionalismo humanista, que vem ganhando espaço e influência no mundo do século XXI". DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição Na Vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo : Saraiva, 2010. p. 288-290.

4.1 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL POSITIVISTA, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E NEOCONSTITUCIONALISMO (CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO)

É do paradigma neoconstitucionalista que deriva a noção contemporânea do *Estado Democrático de Direito*¹⁶⁷, modelo que não se resume mais a mero “limitador dos poderes estatais”, nem a uma democracia participativa meramente formal (na qual o papel do cidadão se esgota com a participação em processos eleitorais periódicos) e tampouco a uma simples forma de “controle” para “manutenção da paz social”.¹⁶⁸ Com efeito, após o projeto liberal-individualista e o modelo do Estado Social:

num terceiro momento, particularmente no período pós-Segunda Grande Guerra, com o surgimento de uma série de problemas que passaram a afetar o bem-estar da população mundial em função de avanços tecnológicos e de outros fatores ligados a reorganização geopolítica mundial, surgiram os modelos constitucionais denominados Estados Democráticos de Direito, com redefinições fundamentais em relação aos modelos anteriores. Não foram simplesmente agregações de gerações de direitos, mas rearticulações conceituais fundamentais como a ideia de democracia, de cidadania, de dignidade etc”. Isso porque “a concepção de vida boa, de felicidade, que era lastreada unicamente em possibilidades de exercício de uma autonomia individual, atomizada, a partir da

¹⁶⁷ “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade (...). Dito de outro modo, o Estado democrático é plus normativo em relação às formulações anteriores”. BOLZAN DE MORAIS, José Luis e STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pág. 97-99.

¹⁶⁸ É conhecida a tradicional máxima de que o nosso Direito existiria para garantir a “paz social”, mas será que essa ideia realmente se sustenta? É fácil constatar que o modelo democrático deixa muito a desejar como forma de controle social (enquanto que a antítese da democracia, o totalitarismo, se mostra perfeito para tal objetivo). Se o objetivo do Estado Democrático fosse meramente garantir que as pessoas “andassem nos trilhos” da ordem vigente, a única coisa necessária para tanto seria o apelo à coerção e à força. Quanto mais restritos são os direitos aos quais os cidadãos fazem jus - e quanto mais limitada é a possibilidade de demandas - tanto maior será a “paz social”, a ordem e outras “qualidades” de um ordenamento jurídico, que nem por isso estará operando como uma expressão do bem comum. O Direito, entendido dentro do conceito da democracia moderna, existe justamente para garantir que essa paz social não seja absoluta, ou seja, que não seja obtida através de quaisquer meios, como a repressão às opiniões divergentes, o sufocamento das aspirações sociais, a “coisificação” dos indivíduos como meios para fins determinados pelo poder vigente, etc. A existência de “conflituosidade social”, por si só, não pode portanto ser considerada como algo negativo no contexto de um modelo democrático. Pelo contrário: a democracia pressupõe autenticidade nas relações sociais (leia-se: algum nível de conflito), liberdade de expressão e ampla defesa dos direitos individuais e coletivos. A litigiosidade disso decorrente é inevitável e a alternativa seria apostar num modelo pautado pelo autoritarismo.

imposição de exigências de abstenção, em relação ao Estado e a todos os demais cidadãos, de prática de ações que pudessem macular direitos individuais, foi suplantada historicamente por uma compreensão coletiva de qualidade de vida que passou a demandar a satisfação de necessidades materiais, dentre as quais estava a educação.¹⁶⁹

Dalmo de Abreu Dallari descreve o referido fenômeno da seguinte maneira:

Uma das marcas fundamentais dessa busca da paz é, precisamente, a expansão do constitucionalismo mais avançado, de um constitucionalismo renovado, que vai além do estabelecimento de regras formais, inspiradas na teoria ou copiadas de outros povos, e toma por base a realidade de cada povo, estabelecendo novas regras fundamentais de convivência e cuidando de sua efetiva aplicação. São testemunhos eloquentes dessas inovações o surgimento de novas Constituições, como uma espécie de novo 'contrato social', em Estados nos quais já era tradicional a existência de uma Constituição formal, assim como a adoção de uma Constituição baseada na vontade e nos interesses de todo o povo, por Estados e povos que tradicionalmente só conheciam o direito imposto por elites dominantes, como também por povos que só recentemente conquistaram sua independência.

Um ponto fundamental para a compreensão das profundas inovações que vêm ocorrendo é a lembrança de que elas começaram a definir-se logo após o término da segunda guerra mundial. Com efeito, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, começa, efetivamente, uma nova fase na história da humanidade. A par de profundas mudanças políticas favoráveis à proteção da dignidade humana e ao reconhecimento e à efetivação dos direitos fundamentais da pessoa, sem discriminações, foi sendo definida uma nova concepção do próprio Direito, que exclui as construções formais desprovidas de base social para sua legitimação e voltadas à garantia de privilégios mascarados de direitos.¹⁷⁰

O paradigma do Estado Democrático de Direito - consagrando um modelo de democracia representativa avesso a personalismos e protagonismos exacerbados - pressupõe que estas limitações sejam aplicadas *também* no âmbito do Poder Judiciário, independentemente do fato de seus membros não serem eleitos pelo voto popular.

A ausência de protagonismos individuais sustentados em juízos solipsistas e de decisões de conveniência baseada na mera vontade do detentor do poder, sendo uma marca da democracia contemporânea, é um princípio que deve se impor sobre *todos* os poderes que constituem o Estado. Em outras palavras, todo poder, no Estado

¹⁶⁹ SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de Filosofia Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 27-28.

¹⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição Na Vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 288-290.

Democrático de Direito, é um poder que necessariamente deve ter *limites bem definidos*.¹⁷¹

Por oportuno, cabe refutar desde já a ideia de que os juízes desfrutariam de “discricionariiedade” da mesma forma que a Administração Pública também possui uma margem de discricionariiedade reconhecida pela doutrina pátria (nos *atos administrativos discricionários*, em oposição aos *atos administrativos vinculados*).¹⁷² A analogia não procede porque a discricionariiedade administrativa tem caráter *político-programático* (se essa margem de liberdade não existisse, na prática viveríamos numa ditadura de ideologia única, pois as gestões públicas teriam de governar todas da mesma forma, sem qualquer margem para diferenças políticas, ideológicas, programáticas, etc).

Em outras palavras: é admissível, desejável e *necessário* que um gestor público X, de perfil/partido progressista, protagonize uma gestão distinta de um gestor público Y, de perfil/partido conservador. *O que não é admissível e nem desejável (e muito menos necessário) é que um juiz X, de perfil progressista, julgue - por conta disso - uma determinada causa de forma distinta do que faz um juiz Y, de perfil conservador.*

O juiz, ao contrário do gestor público, *não desfruta de discricionariiedade de caráter político-programático*, a menos que se entenda que os juízes ingressam na magistratura tão somente para realizar uma agenda ideológica particular, e não para atuarem como técnicos, operadores e estudiosos (ou seja, intérpretes qualificados) do Direito, comprometidos com o ordenamento jurídico que rege a vida em sociedade, e não com suas opiniões pessoais e juízos prévios.

Dito de outro modo: o gestor público assume o poder com o propósito declarado de dar início a um *projeto programático* (que, pelo menos em parte, será inevitavelmente *partidário e ideológico*), e não há nisso qualquer choque com a ideia

¹⁷¹ Ao falar em “poderes com limites bem definidos”, não estamos aqui repriminando postulados clássicos liberais no sentido da “não intervenção” do Estado em assuntos que não lhe competem. Não se pode ignorar que o papel do Poder Judiciário na atualidade, dentro do paradigma do neoconstitucionalismo, é muito mais destacado do que no antigo modelo do Estado Liberal. Deve ficar claro que lutar contra a discricionariiedade judicial é lutar contra ativismos, solipsismos e arbitrariedades, e não contra eventuais atuações “corretivas” do Judiciário, que venham expressamente de encontro com os comandos oriundos da Constituição para, por exemplo, sanar omissões de outros poderes do Estado. Sobre isso, Streck dirá que “a defesa de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, a partir do dever fundamental de justificação e do respeito à autonomia do direito, não quer dizer que, por vezes, não seja aconselhável e necessária uma atuação propositiva do Poder Judiciário (justiça constitucional), mormente se pensarmos nas promessas não cumpridas da modernidade e no indispensável controle de constitucionalidade que deve ser feito até mesmo, no limite, nas políticas públicas que, positiva ou negativamente, desbordem da Constituição e da determinação da construção de um Estado Social.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46.

¹⁷² Na obra supracitada, Streck apresenta outros argumentos sobre as distinções que devem ser feitas quanto a este ponto em particular. Ver: *Ibid.* p.41.

contemporânea de democracia representativa. O juiz, por sua vez, não ingressa no Poder Judiciário para dar início a um projeto, nem para atender uma agenda político-ideológica, mas sim para usar o seu elevado conhecimento do Direito (pressuposto de seu ingresso na magistratura) a fim de solucionar os conflitos que provoquem sua prestação jurisdicional.¹⁷³

Conforme já referido anteriormente, o Estado de Direito, dentro do neoconstitucionalismo então nascente, não se limitava mais ao seu antigo papel de “dado pronto e acabado” da ordem social, limitando-se a garantir a segurança dos cidadãos e lidar com seus conflitos particulares (Estado Liberal) ou promover reformas pontuais para mitigar as contradições do modo de produção capitalista (Estado Social).

Esta nova encarnação do ente estatal – Estado Democrático de Direito – apresenta-se como *agente transformador*, fundado em estruturas jurídicas conscientes de que estão em movimento dentro do caminhar contínuo do processo histórico.

É em sintonia com este panorama histórico e filosófico que se desenvolve, por exemplo, a *hermenêutica jurídica*, uma nova forma de pensar o Direito que decorre da própria transformação que as instituições jurídicas sofrem no curso do século XX, em especial no pós-Segunda Guerra Mundial. Por isso:

Neoconstitucionalismo significa ruptura, tanto com o positivismo como o modelo de constitucionalismo liberal. (...) Qualquer postura que, de algum modo, se enquadre nas características ou teses que sustentam o positivismo, entra em linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo. (...) Estado Democrático de Direito e discricionariedade são incompatíveis e essa questão é fulcral. (...) Isso significa dizer que, se o modelo de direito sustentado por regras está superado, o discurso exegético-positivista, ainda dominante no plano da dogmática jurídica praticada cotidianamente, representa um retrocesso, porque, de um lado, continua a sustentar discursos objetivistas, identificando texto e sentido do texto (norma), e, de outro busca, nas (diversas) teorias subjetivistas, a partir de uma axiologia que submete o texto à subjetividade assujeitadora do intérprete, transformando o processo interpretativo em uma subsunção dualística

¹⁷³ Para Aristóteles, o fato de o juiz ser guardião da Justiça e do governo das leis tem como pressuposto o fato de ele ser equânime e equidistante, ou seja, sem qualquer tipo de interesse pelo desfecho de um caso concreto em favor do litigante “A” ou “B”. Para ele, o juiz que não se contenta com as honras da posição privilegiada que ocupa na sociedade e que, insatisfeito com isso, pretende ainda ter um poder que não lhe cabe, acaba se tornando um tirano. Afirma o Estagirita: “*This is why we do not allow a man to rule, but law, because a man behaves thus in his own interests and becomes a tyrant. The magistrate on the other hand is the guardian of justice, and, if of justice, then of equality also. And since he is assumed to have no more than his share, if he is just [...] therefore a reward must be given to him, and this is honour, and privilege; but those for whom such things are not enough becomes tyrants*”. Aristotle. *Nicomachean Ethics*. Book V, 1134^a35.

do fato à norma, como se fato e direito fossem coisas cindíveis e os textos (jurídicos) fossem meros enunciados linguísticos.¹⁷⁴

Isso significa dizer que a compreensão que se tem do fenômeno do constitucionalismo hoje não pode ser confundida com os postulados do constitucionalismo liberal clássico. O neoconstitucionalismo¹⁷⁵ representa uma efetiva ruptura, através da qual se irá buscar uma concepção mais *substancial* de democracia, e não meramente formal. Conseqüentemente, essa realidade irá se traduzir na forma de limitações que os detentores do poder, em outras épocas, não tinham.

Ainda que tenham sua autoridade legitimada pela lei ou por procedimentos de representação popular, os membros dos poderes constituintes do Estado são autoridades *dentro do contexto específico de um Estado Democrático de Direito*. Ou seja, são detentores de poderes específicos e bem delimitados.

Em nosso ordenamento, temos o exemplo do Art. 93, IX da Constituição Federal, que determina que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*”. Existem duas maneiras de interpretar o referido dispositivo constitucional: a primeira seria

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3ª edição. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009. p.8-9.

¹⁷⁵ Uma observação importante: Streck, na introdução da 4ª edição (lançada em 2011) de sua obra *Verdade e Consenso*, esclarece que está deixando de utilizar a nomenclatura “neoconstitucionalismo” em favor da expressão *Constitucionalismo Contemporâneo*. Para Streck, seguindo a crítica feita por Ferrajoli, a ideia de neoconstitucionalismo vem sendo usada hoje como uma pretensa superação do positivismo exegético (que Ferrajoli denomina paleojuspositivismo), e não do positivismo normativista pós-Kelsen, alvo das críticas de Streck. Afirma ele: “Nesse sentido, o neoconstitucionalismo não é uma superação do *paleojuspositivismo* (exegetismo), mas os neoconstitucionalistas acham que é. E esse é o problema. Nesse ponto, Ferrajoli tem razão (ele é contra o neoconstitucionalismo – porque o neoconstitucionalismo de que ele fala é o dos axiologistas, valorativistas, que acham que estão superando o velho positivismo, o primitivo.” Streck ressalva, ainda, que “[...] é importante consignar que a ideia de um neoconstitucionalismo pode dar margem ao equívoco de que esse movimento leva à superação de um outro constitucionalismo (fruto do limiar da modernidade). Na verdade, o Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial”. Feitas estas ressalvas, esclareço que, para fins do presente trabalho, optamos por continuar utilizando a nomenclatura *neoconstitucionalismo* tão somente por uma questão de melhor adequação às referências bibliográficas pesquisadas e utilizadas neste trabalho. Entendemos que, tendo em mente o alerta feito por Streck, a utilização do termo neoconstitucionalismo, problemático o quanto seja, não invalida e nem desfigura, de forma nenhuma, os argumentos apresentados no presente trabalho (e, em especial, no presente capítulo). Apesar dessa opção de nomenclatura, é importante deixar claro que a ideia de neoconstitucionalismo aqui defendida é precisamente aquilo que Streck agora denomina *Constitucionalismo Contemporâneo*, ou seja, “o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual” e que deve estar consciente de seu dever de combater as “heranças malditas” do positivismo normativista pós-Kelsen, e não o positivismo exegético que o próprio Kelsen já havia superado. Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

entender que, por “fundamentadas”, a Constituição está apenas determinando que os juízes não podem dar ordens sem que estas sejam acompanhadas de justificativas formais. A “fundamentação”, assim, seria entendida como *requisito* de ordem *formal*. No entanto, não havendo nenhuma exigência do ponto de vista *substancial*, a justificativa invocada não precisaria ser nada além de um adorno retórico. Com efeito, é difícil imaginar uma decisão – absurda o quanto seja – que não possa ser “justificada” por um *ersatz* de argumento jurídico ou de fundamentação legal.

A segunda forma de interpretar o dispositivo constitucional em análise seria entender que, por “fundamentadas”, a Constituição está exigindo do juiz que este esclareça quais foram *os fundamentos do ordenamento jurídico que o levaram a construir sua resposta para o problema que está tratando*, e não os argumentos de natureza jurídica que o juiz selecionou, *a posteriori*, para justificar sua decisão, meramente atendendo a uma formalidade do ato de decidir.

A diferença aí existente diz respeito ao papel que se quer dar às normas no contexto de um ordenamento jurídico democrático: na segunda hipótese (*fundamentação como demonstrativo de caminho percorrido*), as normas jurídicas configuram um complexo sistema dentro do qual o juiz precisa interpretar e aplicar o Direito para solucionar um problema surgido no mundo dos fatos. Na primeira hipótese (*fundamentação enquanto formalidade/justificação a posteriori*), no entanto, as normas jurídicas não passam de bordas em uma folha em branco, que colocam tão somente *limites periféricos* ao espaço que deverá ser livremente preenchido pelo juiz.

Desnecessário insistir que essas duas visões distintas terão conseqüências muito diferentes na realidade do funcionamento de um Estado que se pretenda “Democrático de Direito”, no contexto do neoconstitucionalismo desenvolvido nas últimas décadas.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Luís Roberto Barroso denominará de “pós-positivismo” esse movimento – que em parte se confunde com o próprio neoconstitucionalismo – que busca superar o positivismo jurídico sem voltar ao já superado paradigma jusnaturalista. Segundo o autor, “o pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente. Se é inegável a articulação complementar entre eles, a tese da separação, que é central ao positivismo e que dominou o pensamento jurídico por muitas décadas, rende tributo a uma hipocrisia. A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Neste contexto, busca ir além da legalidade escrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas.” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 248.

A surpreendente convivência dos operadores do Direito com a questão da discricionariedade judicial, da forma como se vê no Brasil, provavelmente decorre da má-compreensão generalizada a respeito do que vem a ser o positivismo jurídico (e de qual é o cerne da doutrina que o critica).

Tornou-se comum no Direito pátrio ver situações de protagonismo judicial em que o julgador, valendo-se de uma postura discricionária e solipsista, “ultrapassa” as “barreiras” dos textos legais, imaginando estar encarnando a perfeita antítese do positivismo jurídico – quando, na verdade, só está confirmando o paradigma contra o qual crê estar lutando.¹⁷⁷

A postura do juiz que se torna “senhor” do sentido das normas é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Aqui, é oportuno referir as importantes teses do constitucionalista alemão Peter Häberle, que afirma:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.¹⁷⁸

Em relação ao pensamento de Häberle, a síntese feita por Kildare Gonçalves Carvalho é tremendamente esclarecedora:

¹⁷⁷ Um exemplo disso está na obra “*A parcialidade positiva do juiz*”, do magistrado Artur César de Souza. O autor, de forma admirável, faz uma fervorosa crítica ao positivismo jurídico e à imparcialidade judicial enquanto formalidade processual, na medida em que tornaria os juízes meros instrumentos de um Direito (e de um contexto social) marcado pela injustiça e pela desigualdade. Todavia, falta ao autor o suporte de uma teoria da decisão adequada, pois as soluções que ele aponta fatalmente acabam apontando para a discricionariedade judicial, na medida em que apostam na “sensibilidade” de cada julgador individualmente considerado. Isso fica evidente na análise das seguintes afirmações do autor: “Por meio de uma racionalidade crítica que rompe com a totalidade processual dominante (atual concepção do princípio da imparcialidade), o juiz deve abandonar a subjetividade solipsista de apenas realizar um ato de conhecimento no âmbito de atividade jurisdicional, para por meio de sua sensibilidade reconhecer a exterioridade das vítimas, das diferenças sociais, econômicas e culturais. (...) O juiz não deve tematizar o outro (vítima inferiorizada na relação jurídica processual), mas deixar transparecer um desejo metafísico de proferir uma decisão equo e justa, pois o juiz, em relação às vítimas do sistema, tem uma responsabilidade ética pré-originária à totalidade do sistema jurídico dominante”. Aqui se tem um perfeito exemplo de uma teoria que, com o nobre objetivo de combater as desigualdades e de superar o instrumentalismo positivista, acaba resvalando no decisionismo, na discricionariedade judicial e na ideia de sentença como sendo um “ato de vontade” do julgador. Ver: DE SOUZA, Artur César. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 254.

¹⁷⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997. p. 15.

Peter Häberle vê a constituição como processo público. A Constituição se insere no moderno estado constitucional de sociedade aberta de seus intérpretes, pois como lei fragmentária e indeterminada carece de interpretação. Para Häberle, a verdadeira Constituição é sempre o resultado de um processo de interpretação, conduzido à luz da publicidade. A abertura e a pluralidade do processo de interpretação caracterizam a Constituição como um processo, em vez de conteúdo. A teoria da sociedade é a teoria da sociedade aberta. A teoria da constituição, a ideia da possibilidade mantém aberta a Constituição viva, na sua realidade e publicidade em relação à legiferação, administração, jurisprudência, política, dogmática. Sendo a Constituição uma obra aberta, a interpretação não averigua o conteúdo objetivo das normas constitucionais e muito menos a vontade do legislador, mas é um processo desdogmatizado, que se situa no tempo, capta as experiências (abertura para o passado) e as mudanças (abertura para o futuro). Intérpretes ou participantes do processo público de atualização da norma constitucional não são apenas os tribunais, mas todos os que participam da comunidade política, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, pois quem vive a norma, interpreta-a também.¹⁷⁹

Como já abordamos no capítulo anterior do presente trabalho, ainda é amplamente disseminada, no ambiente jurídico, a ideia de que o “grande problema” do positivismo é que ele comandaria os juízes a ficarem limitados à “letra da lei”, quando na realidade o verdadeiro problema do positivismo jurídico (e essencialmente o alvo preferencial de todos os seus críticos mais qualificados) é a sua *legitimação da discricionarietà judicial nos assim chamados hard cases* (por óbvio, a própria definição do que vem ou não a ser um *hard case*, na prática, vira uma questão de discricionarietà).

A crítica que se faz ao positivismo jurídico, portanto, não se dirige ao seu suposto “apelo à legalidade”, mas sim – pelo contrário - à *legitimação que ele dá aos juízes de, em certos casos, estarem desobrigados e desvinculados das leis*. Ou seja, se um juiz “x” afirmasse que um caso concreto “y” era um *hard case*, o juiz “x” estaria autorizado a dar uma resposta ao caso “y” não com base na lei, mas sim na sua “discricionarietà” (leia-se: no conjunto de seus pré-juízos, pré-conceitos e opiniões pessoais, retroativamente “fundamentadas” com um mínimo de retórica jurídica que se fizer necessário para tanto). Portanto:

A hermenêutica filosófica, com os aportes da teoria integrativa de Dworkin, representa, nesse contexto pós-metafísico e pós-positivista,

¹⁷⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 16ª edição. Del Rey Editora: Belo Horizonte, 2010. p. 63-64.

uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica.¹⁸⁰

A ampla repercussão de obras críticas ao positivismo jurídico, nas últimas décadas, criou o ambiente usualmente denominado de “pós-positivismo”, o que contribui para fomentar uma ideia equivocada, qual seja: a de que combater o positivismo jurídico, nesta altura da história, significa “chutar um cavalo morto”. Não é o que a realidade de prática judiciária brasileira demonstra. Em suas diferentes manifestações – e o que é pior, muitas vezes oculto sob o manto de “posturas progressistas pós-positivistas” – as problemáticas oriundas do positivismo jurídico continuam manifestando-se tanto na prática judicial quanto no “senso comum teórico” dos juristas.

Dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito contemporâneo, combater o positivismo significa, essencialmente, combater a discricionariedade judicial. O que uma postura crítica (e comprometida com a democracia) deve querer é, precisamente, que sejam cumpridas as leis, e não o contrário.

Imaginar que “a lei” é uma amarra opressora que deve ser cortada pelas mãos de um juiz libertário é raciocinar nos termos de um Estado Liberal embrionário de três séculos atrás, calcado na tensão entre os indivíduos livres e o Estado opressor (que sempre deveria estar sob pesada vigilância)¹⁸¹. *A lei, no contexto do Estado Democrático de Direito, é precisamente o Direito construído de forma democrática,*

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica nos 20 anos da Constituição: condições e possibilidades para a obtenção de respostas corretas*. In: STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis (organizadores). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado: Anuário 2008, n. 5*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 33.

¹⁸¹ É óbvio que dizer isso não implica em retornar ao velho apego ao “texto da lei”, nos moldes do antigo positivismo exegético. A lei, como sabemos, quando analisada diante de um caso concreto em particular, pode se mostrar insuficiente, pouco clara ou até mesmo inexistente (ou mesmo injusta, se aplicada numa literalidade que se mostre desarmônica com a hermenêutica constitucional). É por isso que as modernas teorias do Direito trabalham com o conceito de *normas*, abrangendo regras e princípios jurídicos, sendo que um determinado problema jurídico não precisa necessariamente ter sua solução antecipada por um dispositivo legal para que se possa dizer que o ordenamento jurídico pode, ainda assim, oferecer uma resposta adequada para o problema em questão. Muito menos precisamos recorrer ao expediente positivista de rotular um caso hipotético como este de “*hard case*”, para então usar esse rótulo como justificativa para dar ao juiz amplos poderes discricionários para que ele, na prática, decida a questão da forma que bem quiser.

nos espaços democráticos adequados para tanto.¹⁸² Sobre essa questão, é oportuna a lição de Manoel Messias Peixinho:

Os métodos de interpretação da Constituição, como contributo do pensamento alemão, têm o objetivo de fornecer uma alternativa hermenêutica aos antigos mecanismos de interpretação, recuperando a corrente filosófica capitaneada por Gadamer e Heidegger, que defendia a compreensão como um ato histórico, no qual o intérprete é senhor de suas possibilidades e dialoga com seu objeto criticamente, sendo o conhecimento um evento, ou seja, uma experiência dialética. [...] Assim, o conceito de normatividade adquire importante utilidade, porque deixa-se de conceber a norma em uma função estática, enquanto símbolo linguístico, para concretizá-la, ou seja, aplicá-la ao caso concreto. Não se entenda, porém, que o método em apreço prega uma dicotomia de interpretação. Antes, significa dizer que a norma somente existe quando arremessada à realidade concreta do caso, afastando-se, portanto, a ficção da hermenêutica tradicional, que concebe a norma sem distingui-la da realidade.

Os novos métodos de interpretação aplicados à Constituição, porém, conquanto tragam uma contribuição relevante para a criação de um método específico de interpretação constitucional, tendem, a seu turno, a elastecer demasiadamente o conceito de normatividade. Ademais, a radicalização tópica, que retira do dogma jurídico a possibilidade de se obter uma única resposta e tenta justificar a decisão em tópicos sem a identificação clara dos critérios aplicados, implica insegurança e incerteza do provimento judicial.¹⁸³

Entendendo-se que o grande mal do positivismo jurídico é a sua *legitimação da discricionarie de judicial*, torna-se fácil compreender que a superação deste problema não pode se dar, por óbvio, pelo protagonismo judicial desenfreado, fundado em falsas questões, como “lei *versus* princípios”, “legalidade *versus* justiça”, “lei *versus* vontade do povo”, etc. Pergunta-se: como pode haver *contraposição* entre a lei e a vontade do povo numa democracia representativa?¹⁸⁴ E entre legalidade e justiça?

¹⁸² “Obedecer “à risca o texto da lei” democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a “exegese” à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária. Portanto [...] estamos falando, hoje, de uma outra legalidade, uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional (não esqueçamos que o direito deve ser visto a partir da revolução copernicana que o atravessou depois do segundo pós-guerra)”. STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* In: Revista NEJ – Eletrônica. Vol. 15, n. 1 (jan-abr. 2010). p.170.

¹⁸³ PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 132-133.

¹⁸⁴ Evidentemente, aqui não cabe resvalar na questão “*constitucionalismo contramajoritário x democracia*”, imaginando-se que um determinado ato legislativo poderia ser “antidemocrático” pelo simples fato de não estar em sintonia com as opiniões populares manifestadas naquele momento em relação àquela controvérsia específica. Infelizmente, grande parte da mídia brasileira possui esse

Sobre o erro conceitual de se imaginar a “vontade popular” como uma espécie de “novo monarca absolutista”, Häberle observará que:

A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se a assumir o lugar do monarca. Essa perspectiva é uma consequência da relativização do conceito de Povo - termo sujeito a entendimentos equívocos - a partir da ideia de cidadão! Liberdade fundamental (pluralismo) e não "o Povo" converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática. Essa *capitis diminutio* da concepção monárquica exacerbada de povo situa-se sob o signo da liberdade do cidadão e do pluralismo.¹⁸⁵

Aparentemente, entre boa parte dos juristas, há uma notável tendência no sentido de simpatizar com a ideia de que o Poder Judiciário deve atuar como uma verdadeira “ferramenta de otimização” da democracia, fazendo-se vista grossa para protagonismos judiciais, decisionismos questionáveis, jurisprudências que mudam “da água para o vinho” e/ou “do dia para a noite” e políticas judiciárias pautadas pelo mais puro pragmatismo, em detrimento da legitimidade do Legislativo devidamente eleito pelo povo (de quem o poder emana, vale lembrar).¹⁸⁶ A consequência disso é um verdadeiro *déficit democrático*, por meio do qual vai se abrindo um abismo cada vez mais profundo entre o povo, a integridade do ordenamento constitucional e o processo de tomada de decisões¹⁸⁷. A democracia é um valor e uma prática que não pode ser capturada por um

lamentável hábito de fomentar, no seu público, a ideia de que a representatividade política (e até mesmo a atuação do Judiciário!) deveria ser pautada pelas pesquisas de opinião de momento, como se o Estado Democrático de Direito fosse uma espécie de *reality show* cujo desenrolar é norteado pelos números do Ibope.

¹⁸⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997. p. 39.

¹⁸⁶ Um esclarecimento oportuno: primeiro, não se está dizendo, por óbvio, que o Judiciário não deveria ter legitimidade para deixar de aplicar uma lei naquelas hipóteses em que o ordenamento jurídico o autoriza – ou expressamente ordena - a fazê-lo (inconstitucionalidade da lei, antinomias, interpretação conforme a Constituição, nulidade parcial com ou sem redução de texto, etc). Segundo, também não se está dizendo que, por vezes, os juízes não tenham que atuar de forma a compensar a inefetividade da administração pública no sentido de garantir às pessoas direitos assegurados pela Constituição.

¹⁸⁷ “Minha defesa de uma teoria da decisão judicial, embora por outras vias teóricas, compartilha com Häberle esse elemento de preocupação com a construção e manutenção de uma sociedade democrática. Também compartilho com o mestre alemão a defesa intransigente dos direitos fundamentais a partir da superação dos velhos modelos teóricos usados para fundamentá-los. Como vaticina Häberle: os direitos fundamentais são o elemento nuclear de um ordenamento jurídico e fator hábil para “medir” os indicadores de legitimidade de um determinado governo (na medida de sua efetivação). Por isso, tais direitos gozam de uma dupla dimensão: individual e institucional; representam, ao mesmo tempo, a realização de direitos subjetivos e objetivos, rompendo, assim, com o dualismo liberal de confrontar indivíduo/homem com o Estado ou com o maniqueísmo liberal que submetia a liberdade à autoridade. Por todos esses motivos, tanto a tese defendida neste artigo quanto aquela que emerge da obra de Häberle, apontam para uma mudança de rota na teoria jurídica.

“super-homem” solipsista – ou ela é plural, controversa e pública, ou simplesmente não é democracia de forma alguma. Conforme Häberle:

Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente 'competente', a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais, tema muitas vezes referido sob a epígrafe do 'aspecto democrático' dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o 'concerto' científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente.¹⁸⁸

Com toda a certeza, substituir o juiz “antigo” (que, no contexto anterior ao do neoconstitucionalismo, não enxergava nada além da “letra fria da lei”) por um juiz dito “novo” (que imagina ser pós-positivista ao valer-se de princípios *ad hoc* para decidir casos concretos com base nas suas noções de justiça e em postulados de conviniência política e/ou econômica) não significa nada além de trocar seis por meia dúzia. De acordo com Dworkin:

São questões difíceis. Cidadãos, juristas e juízes não deveriam tentar respondê-las a partir do zero, ignorando as respostas que outros, especialmente os juízes, já lhes deram no passado. Como disse, qualquer estratégia de argumentação constitucional com pretensões à integridade constitucional total deve buscar respostas que combinem bem com nossas práticas e tradições - que se apoie firmemente em nossa continuidade histórica, bem como no texto da Constituição - para que essas respostas possam, de maneira aceitável, ser consideradas como descrições de nossos compromissos como nação.
¹⁸⁹

Costumo afirmar que essa mudança de rota acarretou uma alteração paradigmática que ainda não foi suficientemente explorada e compreendida pelos juristas. Um destes pontos que permanecem, ainda, elaborados de forma insuficiente é, exatamente, o problema da validade e seu (novo) papel nesses tempos de radicalidade da interpretação e da decisão judicial.” STRECK, Lenio Luiz. *A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (eigenschaften) solipsistas do direito*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011. p. 4-5.

¹⁸⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997. Pag. 36. O autor irá frisar, ainda, que "Povo' não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo também é um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional". (Ibid. p. 37)

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p.174.

Com a adoção de uma teoria da decisão calcada na discricionariedade judicial e na ideia de sentença como “expressão da vontade” do julgador, não se estará realizando qualquer avanço real no combate às “heranças malditas” do positivismo jurídico. Streck irá sintetizar a questão da seguinte forma:

Ou seja: apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista ou pode não ser. Do mesmo modo, não apegar-se à letra da lei pode caracterizar uma atitude positivista ou antipositivista. Por vezes, ‘trabalhar’ com princípios (e aqui vai a denúncia do panprincipiologismo que tomou conta do ‘campo’ jurídico de terras brasílicas) pode representar uma atitude (deveras) positivista. (...) Em suma: o que não podemos fazer é cumprir a lei só quando nos interessa.¹⁹⁰

Ainda sobre o tema, Canotilho faz importante observação:

No plano teórico-constitucional (também no plano teórico-jurídico e teórico-político), a interpretação da constituição conexas-se com a problemática do historicismo e actualismo, há muito discutida na hermenêutica jurídica. O domínio constitucional seria até o espaço jurídico mais adequado para uma perspectiva actualista (=evolutiva, recreativa) (Mortati) da interpretação, dada a necessária repercussão das mudanças político-sociais e do desenvolvimento dos elementos políticos do ordenamento na valoração do conteúdo das disposições constitucionais. Entre um 'objectivismo histórico', conducente à regidificação absoluta do texto constitucional, e um 'objectivismo actualista' extremo, legitimador de uma 'estratégia política' de subversão ou transformação constitucional, a interpretação constitucional deve permitir o desenvolvimento (=actualização, evolução) do 'programa constitucional', mas sem ultrapassar os limites de uma tarefa interpretativa (isto implica proibição de rupturas, de mutações constitucionais silenciosas e de revisões apócrifas).¹⁹¹

Significa dizer: o objetivo da hermenêutica jurídica e da teoria integrativa dworkiniana não é servir de estofado retórico para ideologismos de cunho progressista, como erroneamente pensam alguns, nem como arcabouço teórico conservador para impedir ou dificultar as transformações no Direito. O objetivo das referidas abordagens é precisamente separar a atuação dos juizes de suas ideologias pessoais, paixões, preferências, pré-compreensões e pré-conceitos.

¹⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* In: *Revista NEJ – Eletrônica*. Vol. 15, n. 1 (jan-abr. 2010). p.171.

¹⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.209-1.210

Isso porque, no contexto de um Estado Democrático de Direito contemporâneo, a pessoa ser investida dos poderes típicos da magistratura significa receber a missão de ser um intérprete qualificado - apto a honrar sua formação intelectual no campo das Ciências Jurídicas e zelar pela integridade do ordenamento - e não uma autorização para que a recém nomeada autoridade, a partir daquele momento, passe a julgar as vidas dos outros com base nos ditames de sua personalidade. Ou, nas palavras de Häberle:

Isso significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade.¹⁹²

Imaginar, ao contrário, que o juiz é uma autoridade cujo poder se legitima em virtude de seu próprio *status* significa, em pleno século XXI, manter viva uma concepção *aristocrática* sobre a natureza do poder. Como destaca Celso Ribeiro Bastos:

O Direito evolui também por este caminho, pelo confronto com a realidade. Ele não se aplica a coisas mortas, mas a processos, em maior ou menor ritmo, em mutação. E deste entrelaço do fato com a norma, esta também resulta gradativamente alterada, e isto absolutamente desligado de qualquer necessidade de apelos ideológicos. O Texto Constitucional tem compromisso com valores, mas não com a escamoteação da verdade. Tudo o que for feito para aclarar seus conteúdos estará no bom caminho da interpretação constitucional. Quem dela quiser se utilizar para seguir caminhos pessoais, estará certamente fazendo qualquer outra coisa, menos interpretação constitucional.¹⁹³

Sobre o risco de os princípios jurídicos serem utilizados como uma nova forma de retórica judicial discricionária, Wladimir Barreto Lisboa observa o seguinte:

O importante aqui (...) é que a justificação das decisões jurídicas faça sentido no contexto do sistema jurídico. Isso significa que há limites para a esfera de ação da atividade judicial legítima: os juízes devem fazer justiça de acordo com a lei, e não legislar segundo aquilo que pareça a seus olhos uma forma de sociedade idealmente justa. Portanto, por mais aceitável que seja uma decisão em termos de sua capacidade de universalizabilidade, deve estar respaldada pelo conjunto das regras existentes. O juiz, portanto, deve levar a sério a concepção de justiça que a legislação encarna. Um argumento baseado

¹⁹² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997. p. 18.

¹⁹³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 184-185.

exclusivamente na razão e na justiça de algum princípio inédito não é, desse ponto de vista, adequado, pois se faz necessário algum fundamento a partir do sistema jurídico. (...) Neste sentido, explicar os princípios é racionalizar as regras, e os esforços para formulá-los adequadamente devem funcionar como uma tentativa de justificar a extensão da lei. Trata-se de fazer com a que a lei tenha sentido. A questão, portanto, não consiste em afirmar-se que se têm regras porque se têm princípios. Um princípio jurídico que se apresenta como desejável não é, por isso, um princípio do direito.¹⁹⁴

O fenômeno jurídico, no contexto do Estado Democrático de Direito do segundo pós-guerra, adquire uma nova e profunda complexidade - com a qual não se pode lidar sem uma teoria da decisão arrojada, atualizada com os avanços do pensamento humano em outras áreas e, sobretudo, *profundamente comprometida com a questão da democracia*. Trata-se, como se vê, de um desafio que mal começou. Como aponta Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

[...] significa que a Constituição do Estado Democrático de Direito deve ser compreendida, fundamentalmente, da perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, aberto ao longo do tempo histórico, que atualiza, de geração em geração, o sentido performativo do ato de fundação em que os membros do povo se comprometem, uns com os outros, com o projeto de construção de uma república de cidadãos livres e iguais. Tal projeto deve ser levado adiante, de forma reflexiva, na defesa de um patriotismo constitucional. A Constituição é, pois, a interpretação construtiva de um sistema de direitos fundamentais, garantidores das autonomias pública e privada [...].¹⁹⁵

A ideia de que o protagonismo judicial seria um apropriado “mecanismo de controle” das falhas da democracia representativa encobre um discurso de poder que, viciado pelo autoritarismo, mostra-se ilegítimo no contexto de um Estado Democrático de Direito e incompatível com as construções teóricas desenvolvidas na esteira do neoconstitucionalismo. É imperativo que concepções desse tipo sejam combatidas, sob pena de correremos o risco não apenas de um retrocesso na doutrina jurídica como, também, de um retrocesso democrático na ordem político-jurídica vigente.¹⁹⁶

¹⁹⁴ LISBOA, Wladimir Barreto. *A fundamentação do direito na democracia: entre moralidade, utilidade e legislação*. In: STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis (organizadores). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado: Anuário 2008, n. 5*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 219.

¹⁹⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 111.

¹⁹⁶ “Daí a pergunta: por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, deve(ria)mos

4.2 A SOBREVIVÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO NO BRASIL

Em nosso país, o desprestígio do positivismo jurídico e a ascensão das teorias de autores como Dworkin e Alexy deram origem a um fenômeno tão peculiar quanto preocupante: de um lado, houve o aparente estabelecimento de um consenso no sentido de que o positivismo jurídico é uma doutrina ultrapassada, que o juiz – ao contrário de outros tempos - não mais se resume à mera *bouche de la loi* e que o Direito é mais do que a “letra fria da lei”. Por outro lado, parece igualmente disseminada a ideia de que o instrumento através do qual o juiz deve realizar de forma plena o seu papel na complexa sociedade contemporânea vem a ser a sua ampla liberdade de decidir (a sua “discricionariedade”), o apelo aos seus mais nobres e íntimos sentimentos e as reflexões de foro íntimo entre o julgador e a sua própria consciência. O juiz, nesse paradigma, busca o espírito da justiça por meio de uma solitária reflexão consigo mesmo, numa relação sujeito-objeto com os textos das normas aplicáveis ao caso concreto, relação esta mediada pela sua consciência.

As implicações deste fenômeno, feitas as observações acima resumidas, são bastante óbvias. Ao mesmo tempo em que, na doutrina jurídica brasileira, ocorreu a derrota formal do positivismo jurídico enquanto teoria coerente e academicamente respeitável, por outro lado essa desejada vitória não teve o condão de produzir os resultados lógicos que dela seriam esperados. A antiga discricionariedade judicial de inspiração positivista – que abria as portas para o juiz julgar de acordo com a sua vontade nos assim chamados *hard cases* – foi substituída por uma nova prática discricionária que se mostra ainda mais desprovida de limites definidos.¹⁹⁷

De certa forma, pode-se dizer que o pragmatismo judiciário “assimilou” as teorias de autores Dworkin e Alexy, bem como o seu vocabulário técnico (“princípios”,

continuar a delegar ao juiz a apreciação do ‘direito material em conflito’? Volta-se, sempre, ao lugar do começo: o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 30.

¹⁹⁷ A procedência do que estamos afirmando no presente trabalho pode ser verificada por meio do seguinte fenômeno: praticamente não existem autores abertamente positivistas na doutrina brasileira (sendo Dimitri Dimoulis, por exemplo, uma das poucas exceções que confirmam a regra). Por outro lado, são vários os autores renomados – citamos Maria Helena Diniz apenas a título ilustrativo – que não se constroem em defender abertamente, em suas obras, a discricionariedade judicial como postura legítima e necessária para os juízes. Isso comprova, para além de qualquer possibilidade de dúvida, que hoje se verifica na doutrina jurídica pátria uma verdadeira cisão entre o discurso pró-positivismo e o discurso pró-discricionariedade judicial: aquele caiu no ostracismo, enquanto este foi “aproveitado” do discurso positivista e “harmonizado” à força com as matrizes teóricas mais prestigiadas da atualidade, como é o caso das teorias de autores como Alexy e Dworkin. Sobre a obra de Diniz, no próximo capítulo teremos algumas críticas à defesa que ela faz da discricionariedade.

“ponderação”, “análise das particularidades do caso concreto”, etc), para utilizá-las como instrumental de justificação de uma discricionariedade judicial ainda mais ampla e irrestrita do que aquela que se verificava no modelo positivista. Significa dizer: a vitória dos críticos da discricionariedade judicial foi convertida em discurso de legitimação e fundamentação de uma prática judicial que veio a *consagrar a discricionariedade*, ao invés de sepultá-la junto com o positivismo jurídico.¹⁹⁸

As formas como esse fenômeno se manifesta na prestação jurisdicional brasileira são muitas, e suas conseqüências são graves. Entre elas, podemos destacar: *primeiro*; decisões passam a ser tomadas com base em ementas jurisprudenciais genéricas, das quais a solução é automaticamente extraída para aplicação no caso atual, sem que se proceda com o resgate das circunstâncias do caso-paradigma (que originou a ementa) e com uma reflexão comparativa entre aquelas e as circunstâncias do caso atual. *Segundo*; juízes de primeira instância e tribunais estaduais e regionais passam a atuar como meros reprodutores dos precedentes de tribunais superiores, inclusive mudando automaticamente seus entendimentos quando se estabelece um novo precedente oriundo dos tribunais superiores. *Terceiro*; o apego às rápidas soluções “pré-prontas” da jurisprudência cria um sistema de invocação de precedentes que aproxima a prestação jurisdicional brasileira do modelo da *common law*, muito embora o nosso sistema jurídico seja herdeiro da *civil law*, uma tradição completamente diferente.

Ao adotar esse verdadeiro “*common law* improvisado de conveniência”, sem qualquer respeito à lógica que orienta esta prática em outros países, o jurisprudencialismo brasileiro se torna simplesmente uma práxis marcada pela

¹⁹⁸ Em sua obra *Teoría Impura Del Derecho*, o jurista colombiano Diego Eduardo López Medina desenvolve um argumento interessante: ele sugere que a produção das teorias jurídicas é dividida entre *locais de produção* (centros culturais tradicionais, leia-se Europa e Estados Unidos, nos quais são desenvolvidas teorias com pretensões *transnacionais*) e *locais de recepção* (países de desenvolvimento tardio e periféricos na história colonial, como é o caso de toda a América Latina), onde se busca construir tão somente teorias *locais*, de alcance nacional, a partir de uma influência mitigada das grandes obras provenientes dos prestigiosos centros de produção. “Mitigada” porque, segundo Medina, só o que chega até estes locais de recepção são as obras “de referência”, desacompanhadas do entorno, ou seja, do debate e das depurações teóricas do meio em que a teoria foi produzida. Apesar de isso potencialmente implicar em um ambiente hermenêutico pobre, Medina irá sustentar que esse estado de coisas não é necessariamente um mau, pois permite um processo de *reinterpretação* das obras referenciais sob a ótica de uma nova e específica realidade social e política, permitindo o surgimento de teorias “impuras”, que ganham novo significado na medida em que rompem com a visão “canônica” desenvolvida nos *locais de produção*. Significa dizer: mixagens teóricas e reinterpretações realizadas longe do local de origem das teorias jurídicas consagradas são processos que não são necessariamente banais, podendo resultar em novas compreensões autênticas do Direito nos *locais de recepção*. Infelizmente, no Brasil, as “heresias” teóricas parecem ser sistematicamente concebidas como óbice à evolução do Estado Democrático de Direito, jamais como catalisador deste processo. Ver: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría Impura Del Derecho – La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.

aleatoriedade e pela mais ampla e irrestrita discricionariedade judicial. Ramires irá expor o problema da seguinte forma:

[...] não se pode deixar de mencionar, nessa etiologia, o caótico sistema recursal vigente no Brasil, que tende a concentrar a verdadeira autoridade judiciária nos seus tribunais centrais, produzindo no meio jurídico uma cultura de passividade frente ao poder político. Em outras palavras, o fato de que praticamente todas as decisões prolatadas pelos juízes são revisadas nos órgãos recursais cria a impressão de inutilidade de se produzir decisões que não estejam adequadas ao pensamento dos tribunais superiores, pois estas serão, inevitavelmente, reformadas quando chegarem a eles. Com isso, a práxis judiciária brasileira de certa forma se aproxima daquela da *common law*, sistema jurídico baseado na tradição produzida por seus juízes. [...] os juristas brasileiros não estão preparados para isso. [...] a invocação de precedentes, no Brasil, tem seguido uma lógica de aleatoriedade que é estranha a qualquer sistema de *case law* que se conheça, e em especial ao inglês e ao norte-americano. Sequer os rudimentos da teoria de precedentes, destilada durante séculos nos países que têm essa tradição, são conhecidos por aqui. O resultado é um ecletismo improvisado entre duas tradições diversas, sem que haja uma real interlocução entre elas.¹⁹⁹

Quando se critica a adoção de precedentes pelo judiciário brasileiro, é evidente que não se está querendo dizer que, num modelo de *civil law*, os juízes não poderiam ou não deveriam levar em consideração a jurisprudência dos tribunais. O que é particularmente perturbador na nossa prática judiciária atual é o fato de que os precedentes, sendo múltiplos e “atirando para todas as direções possíveis”, são claramente selecionados tão somente para servirem, retroativamente, como fundamentação de uma postura prévia tomada pelo julgador. Primeiro decide-se e, na seqüência, procura-se uma ementa jurisprudencial alinhada com a decisão tomada.

Na medida em que o nosso sistema não possui qualquer regra relativa a quais casos pretéritos seriam paradigmáticos, nem sobre qual o grau de vinculação que eles gerariam, se torna evidente que a escolha do juiz por esta ou por aquela ementa jurisprudencial – especialmente quando de trata de matéria na qual existem precedentes para todos os gostos – não constitui de forma alguma uma efetiva *fundamentação* da decisão proferida, mas sim tão somente o apelo a um argumento de autoridade (a decisão pretérita deste ou daquele tribunal) como forma de: *a*) atender o critério formal da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, para que a decisão em questão não sofra de vício de nulidade e; *b*) retroativamente, dar ares de racionalidade jurídica e

¹⁹⁹ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.30-31.

de adequação à integridade e coerência do ordenamento jurídico para uma decisão que o juiz já tomou anteriormente, de acordo com os ditames de sua própria consciência.

Significa dizer: a racionalidade da decisão (assim como a sua coerência e integridade com o ordenamento) sofre uma verdadeira *capitis diminutio*, reduzida à condição de mero elemento externo burocrático, adicionado posteriormente na sentença, depois que a decisão já está tomada, na qualidade de fundamentação formal. Ramires irá observar o seguinte:

Como é autoevidente, esse modelo subsuntivo-dedutivo preocupa-se apenas com a instrumentalidade da decisão; estabeleceu-se (tacitamente, ao menos) que uma vez que a conclusão decorra adequadamente das premissas, tem-se ela por válida. Não há cuidado com os fatos, não há preocupação com a arbitrariedade das escolhas dos ‘universais’. Ora, se tanto o método ‘gramatical’ quanto o ‘sistemático’ ou o ‘teleológico’ podem ser fundamento do rigorismo do raciocínio, a solução carece de justificação na opção por um método em vez do outro. [...] Ementas e verbetes extraídos dos julgados pretéritos são aceitos como ‘universais’. Assim, basta amarrar o particular em um desses universais e se tem a aparência de uma conclusão científica: cria-se o ‘método jurisprudencial’. E, se a menção isolada de texto é uma fundamentação deficiente, pouco há a dizer da decisão que simplesmente se ancora em um ou mais verbetes jurisprudenciais, citando-os como se trouxessem a solução invencível do caso jurídico presente. Tanto mais quando se trabalha em um sistema jurídico que conhece precedentes diretamente contrários entre si, não raro no mesmo tribunal.²⁰⁰

Seria até desnecessário observar que a constatação desse estado de coisas representa não só naufrágio da fundamentação das decisões judiciais (considerado o evidente *conteúdo valorativo* desta exigência constitucional) isoladamente considerada, mas sim de todo o modelo processual democrático, que, a reboque das práticas acima elencadas, vai igualmente a pique – e nem poderia ser de outra forma. Com efeito, como falar em “devido processo legal” e em “contraditório e ampla defesa” diante de uma prática na qual as questões levadas ao conhecimento do julgador já se encontram pré-julgadas, aguardando meramente o “copiar/colar” de decisões pretéritas que servirão como discurso de fundamentação da decisão proferida?²⁰¹

²⁰⁰ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.45

²⁰¹ “A construção desses conceitos prévios, abstratos, com pretensões universalizantes, objetiva ‘facilitar’ o ato ‘aplicativo’. A partir desses ‘conceitos’ (v.g., ‘prova robusta’, ‘palavra da vítima’, ‘excesso de prazo’, ‘esfera de proteção’, ‘posse pacífica’), o intérprete exercerá - discricionária e/ou arbitrariamente - a sua subjetividade, isto é, o “conceito”, alçado à categoria universalizante, servirá tanto para absolver como para condenar, tanto para deferir como para indeferir o pleito. Servirá, enfim, para qualquer

É evidente que, quando o Art. 93, IX da Constituição Federal estabelece que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, o que a Norma Fundamental estabelece não é tão somente uma formalidade burocrática para aumentar a carga de trabalho dos juízes, mas sim a consagração de um pressuposto do Estado Democrático de Direito. A fundamentação das decisões judiciais não é “tema de casa” do juiz, ou um ônus para o julgador, mas sim um direito do cidadão – qual seja, o direito de saber, de forma clara e convincente, quais foram as razões que fizeram com que sua pretensão fosse ou não provida.

Se esta fundamentação se torna perfunctória, meramente formal e/ou pré-estabelecida, essa garantia democrática se perde por completo. Pior: como já dissemos, ela compromete as demais garantias democráticas processuais, pois de nada adianta que sejam formalmente observados os requisitos do contraditório e do devido processo legal se o juiz eventualmente já tem a sentença pronta na cabeça desde o seu primeiro contato com os autos.²⁰²

Embora o objetivo do presente trabalho não seja proceder com análises pormenorizadas de casos judiciais específicos, trataremos à baila, para fins ilustrativos, algumas situações concretas nas quais se verifica claramente a ocorrência do fenômeno da discricionariedade judicial na prática judiciária brasileira. Vamos começar pelo conhecido episódio da “guinada jurisprudencial” do Superior Tribunal de Justiça em relação à questão das ações da empresa Brasil Telecom.

Durante mais de uma década, dezenas de milhares de assinantes de linhas telefônicas das antigas companhias estatais do ramo ingressaram no Judiciário contra a sucessora Brasil Telecom. Em síntese, sustentavam que, ao adquirirem linhas telefônicas no final dos anos 1980 e começo dos 1990, eram obrigados a integralizar um valor significativo e serem colocados na condição de *assinantes-acionistas* das antigas companhias estatais de telefonia. Com a privatização do setor de telefonia, a Brasil

resposta. Afinal, trata-se de ‘conceitos sem coisas’”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 170.

²⁰² “A pedra de toque está na *applicatio*. É preciso ver o precedente como a aplicação feita por um julgador a uma situação concreta. O texto do precedente é fundamental para sua compreensão, sim, mas o texto não é a norma. Ou, no que importa aqui, o texto não é o comando dado pelo julgador. O comando não pode ser entendido em sua literalidade, como se tivesse se descolado da situação para a qual foi produzido, passando a existir e valer em uma abstração etérea. É preciso buscar pela aplicação: uma aplicação é que poderá dar indícios para outra (e é preciso ter em conta que a próxima aplicação é sempre outra aplicação: uma solução de caso nunca é a solução automática de outro caso).” RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.149.

Telecom teria se locupletado às custas deste enorme contingente de assinantes-acionistas, não indenizando os mesmos pelas cotas acionárias aos quais faziam jus.

Tal matéria foi discutida no Judiciário pátrio, como já referimos, ao longo de mais de uma década, período no qual se firmou ampla e robusta jurisprudência em favor dos consumidores/assinantes-acionistas lesados, determinando que a empresa Brasil Telecom indenizasse os mesmos na proporção do valor que foi integralizado quando da assinatura do contrato de aquisição das linhas telefônicas, levando em consideração o valor patrimonial das ações da companhia na data da celebração do aludido contrato. A jurisprudência nesse sentido foi tomando corpo entre os juízes de primeira instância, depois nas câmaras dos Tribunais Estaduais e, por fim, no Superior Tribunal de Justiça. A matéria atingiu tal ponto de consolidação jurisprudencial que, até meados da década passada, qualquer pessoa que ingressasse judicialmente comprovando ser assinante-acionista das antigas estatais de telefonia já poderia dar por virtualmente certa a procedência de sua ação.

No entanto, no final do ano de 2007, os juristas brasileiros foram subitamente surpreendidos pela decisão do STJ no *RE nº 975.834*.²⁰³ O tribunal, numa inexplicável “guinada” jurisprudencial, sepultava o entendimento consolidado por anos de sua própria jurisprudência e passava, a partir daquele caso, a entender que, nas ações indenizatórias da Brasil Telecom, o valor patrimonial das ações deveria ser calculado com base nos *balancetes* referentes ao mês da celebração do contrato junto ao assinante-acionista. Tal critério mostrava-se extremamente favorável à empresa ré, na medida em que o valor das ações segundo os balancetes era sempre maior do que o valor aprovado em Assembléia Geral Ordinária. Ações judiciais que custariam várias dezenas de milhares de reais à Brasil Telecom foram reduzidas a valores insignificantes – *sepultando, na prática, a matéria junto ao Judiciário*.

Seria o caso de perguntarmos: *qual é a justificativa do STJ para ter agido dessa forma?* Será que havia, de fato, algum importante componente técnico-jurídico ignorado pela jurisprudência durante anos e que foi, então, “descoberto” pelo STJ no *RE nº 975.834*, permitindo uma decisão mais apurada e mais justa? Não parece ser este o caso, na medida em que a fundamentação jurídica dada pelo STJ foi rechaçada em uníssono pelos juristas brasileiros, que não se cansaram de apontar o fato óbvio de que a decisão

²⁰³https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=733113&sReg=200701860640&sData=20071126&formato=PDF (último acesso realizado em 25/01/2012)

em questão se chocava frontalmente com a Lei 6.404/76, que dispõe expressamente como deve se dar a apuração do valor patrimonial das ações societárias.²⁰⁴

O Artigo 105, III e alíneas da Constituição Federal dispõe que cabe ao STJ julgar recurso especial em causas cuja decisão tenha contrariado tratado ou lei federal (ou lhes negado vigência), julgado válido ato de governo local contestado em face de lei federal e/ou dado à lei federal interpretação divergente da que foi dada por outro tribunal. Resta evidente, pela leitura do dispositivo constitucional, que a missão do STJ é de *harmonizar* a jurisprudência pátria e zelar pelo cumprimento das leis federais. Não foi isso o que aconteceu, todavia, no controverso RE nº 975.834. Pelo contrário: *o STJ pegou uma matéria absolutamente pacificada nas instâncias inferiores e simplesmente “implodiu”, de cima para baixo, o corpo jurisprudencial criado ao longo de vários anos em relação a esta matéria!*

Como não poderia deixar de ser, choveram acusações de que a “virada jurisprudencial” do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria seria um indício de “corrupção”. Por levianas e infundadas que sejam tais acusações, duas conclusões se impõem: primeiro; que a discricionariedade judicial é potencialmente, sim, uma porta para interferências indevidas do poder financeiro nas decisões prolatadas pelo Poder Judiciário. Segundo; que – por mais que tais interferências não ocorram numa determinada situação – *a simples adoção de uma postura discricionária que desrespeita a integridade do ordenamento jurídico representa, por si só, uma corruptela desse ordenamento*. A discricionariedade judicial, pela sua própria existência, macula e corrompe o caráter democrático do ordenamento jurídico.

Outro exemplo prático de discricionariedade judicial na prática jurisdicional brasileira pode ser extraído do amplamente noticiado julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2011. O STF, por unanimidade, reconheceu a possibilidade de união estável para casais do mesmo sexo - malgrado o Art. 226 § 3º da CF falar expressamente de união estável “*entre o homem e a mulher*”.

Trata-se do típico caso no qual se confundiu a justiça da pretensão material em si com o alcance dos poderes da mais alta Corte do país. *Não se trata de ser “contra” ou “a favor” da união civil homossexual em si*, mas sim do fato de que a Constituição

²⁰⁴ Vide, a título de exemplo, o ilustrativo artigo do desembargador aposentado Moacir Leopoldo Haeser, disponível em http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6054/Recurso_Repetitivos_STJ_Perde_o_Rumo, bem como o artigo do Mestre em Direito do Estado pela UFPR, Alexandre Wagner Nester, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=17&artigo=360&l=pt> (último acesso realizado em: 25/01/2012).

Federal expressamente *vedava* tal possibilidade, razão pela qual *qualquer alteração nesse sentido precisaria necessariamente se dar, democraticamente, pela via legislativa*. Ora, como falar em "avanços nos costumes sociais" se não confiamos no Poder Legislativo para traduzir as mudanças sociais na forma de novas normas?

A união civil homossexual era um tema polêmico que clamava por discussão nos espaços públicos de expressão política. No entanto, não tivemos esse debate democrático no Brasil: aqui, onze magistrados tornaram os costumes do país "mais avançados" do dia para a noite, e o "avanço" veio desacompanhado de um maduro e democrático debate político sobre a questão. Práticas como essa divorciam a alteração legislativa do amadurecimento social que deveria ser a fonte e a razão de ser daquela.

A imensa maioria dos juristas brasileiros deu pouca importância para este "atropelo" constitucional - no mérito, afinal de contas, a mudança foi amplamente considerada como sendo positiva (e, particularmente, concordo que seja). Este comodismo, no entanto, é uma cortina de fumaça que encobre as verdadeiras questões: *quando é "aceitável" passar por cima da Constituição Federal pela via judiciária? É democrático que o STF possa se assenhorar do sentido da norma constitucional?*

Vale lembrar: há hipóteses em que o Judiciário é instado pela Constituição (sobretudo no atual paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo) a atuar de forma destacada e interferir em questões de ordem política. Isso não apenas não é excessivo como é amplamente desejável em um Estado Democrático de Direito. O que se critica é o *ativismo judicial*, pautado pela discricionariedade e pela pontual apropriação indevida, por parte do Poder Judiciário, de prerrogativas de poderes alheios.

Voltando ao problema anterior, falávamos na busca do Judiciário por uma eficiência "industrial" na prestação jurisdicional. Todo este processo acaba funcionando como uma verdadeira bola de neve, na qual aspectos negativos vão se tornando causa de novos aspectos negativos e assim por diante. Na prática jurisdicional brasileira de hoje, parece assentada a ideia de que um processo bem julgado é um processo julgado com celeridade, de forma que esse critério *quantitativo* – a rapidez com que o processo sai da mesa do juiz e a quantidade de processos dos quais um juiz consegue se ver livre por ano – se elevou à condição de único critério *qualitativo* para avaliarmos o "bom" funcionamento da Justiça.

O Conselho Nacional de Justiça trabalha, hoje, com um sistema de “indicadores” numéricos do Poder Judiciário²⁰⁵ (os chamados “processômetros”) que visa apurar e divulgar a grande quantidade de processo julgados e/ou baixados. Com isso, os magistrados são pressionados a buscar, anualmente, o maior número possível de sentenças prolatadas e de processos “resolvidos”. Essa instauração de um “fordismo” alienante na prestação jurisdicional, estando claramente acima das capacidades de juízes de carne e osso, demanda a “terceirização” da função jurisdicional para um exército de assessores, estagiários, aprendizes, ajudantes em cargos de comissão e auxiliares análogos, que possibilitam o “milagre da multiplicação” através do qual os juízes conseguem proferir milhares de sentenças por ano, atendendo parcialmente à imensa demanda judicial e satisfazendo os critérios objetivos e instrumentais (deveríamos dizer “industriais”?) dos tribunais aos quais se encontram subordinados.

Diante de tal realidade, como querer que o Direito não seja objetivado, simplificado, estandartizado e transformado numa prática instrumentalizada no melhor estilo “linha de produção”? A partir do momento em que jovens estudantes universitários, na qualidade de “estagiários”, são convocados a dar sentenças no lugar de magistrados, é até mandatário que o “método jurisprudencial” seja tão simplificado e automatizado quanto possível.

Se o ato de julgar, em termos ideais, já é desafiante e complexo mesmo para magistrados (bacharéis em Direito com alguma experiência profissional e que desfrutam da distinção intelectual de terem sido aprovados em concurso público, no qual tiveram seus conhecimentos jurídicos rigorosamente testados), como é possível pretender delegar tais funções para jovens estudantes de Direito, que compõem a massa dos estagiários e assessores em nosso país? É óbvio que, para viabilizar esse tipo de “terceirização” do ato de sentenciar, o Direito precisa ser estandartizado, simplificado e automatizado.

Como já dissemos, se trata de uma bola de neve na qual um mal leva ao outro. A desproporção entre os novos processos que são ajuizados a cada ano, em relação ao contingente humano disponível para julgá-los, leva à necessidade de que as varas judiciais e as câmaras dos tribunais sejam transformadas em linhas industriais de despacho de processos. A prestação jurisdicional, assim, se converte num automatismo

²⁰⁵ Disponível para consulta no endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros> (último acesso realizado em 25/01/2012).

de má-qualidade, no qual as análises jurídicas são empobrecidas e o pragmatismo da celeridade processual se transforma no princípio que se sobrepõe a todos os demais.

Significa dizer, portanto, que o fenômeno da sobrevida da discricionariedade judicial no Brasil se explica pelo caráter de conveniência que ela possui, possibilitando uma práxis menos comprometida, menos vinculada e capaz de análises mais rápidas das causas que são levadas ao conhecimento do Poder Judiciário? Essa nos parece uma resposta parcial e incompleta. *Na raiz do problema, está a má compreensão do positivismo jurídico.* A culpa disso, por óbvio, não é dos juízes, nem dos promotores ou dos advogados que hoje estão exercendo as suas respectivas profissões, mas sim da cultura jurídica que os formou.

O positivismo jurídico, desde que iniciado o seu processo de desprestígio intelectual, foi sempre atacado nos meios acadêmicos em virtude de suas limitações mais evidentes, na medida em que superada a ideia de que as leis poderiam conter todas as respostas e assimilada a concepção de que o Direito era algo maior do que as legislações escritas. Essa cultura jurídica foi a responsável por formar “operadores do Direito” que deveriam, como o Super-Homem de Nietzsche, se libertar das amarras da “letra fria da lei” e buscar o verdadeiro espírito do Direito e da justiça através da reflexão íntima entre suas consciências e os seus valores morais.

Dito de outro modo: a academia e a doutrina nos ensinaram que o positivismo jurídico não mais servia e que precisava ser superado, mas passaram ao largo da crítica à discricionariedade judicial. Pior: fomos ensinados (pelo menos nas entrelinhas) que a discricionariedade judicial seria justamente o caminho para a superação do positivismo jurídico – daí o apelo ao “bom juiz” (em contraposição ao antigo “juiz mau”, o julgador insensível e desprovido de sentimentos elevados de justiça, que julgava os casos concretos apenas com base na fria letra da lei, tão fria quanto o seu coração). Esse tipo de simplificação banal do positivismo jurídico - e das complexidades para superá-lo - é algo que explica, em grande medida, o estado de coisas no qual nos encontramos atualmente.

A práxis judiciária em nosso país, hoje, não satisfaz nenhum tipo de reflexão minimamente crítica, seja de matriz positivista ou antipositivista²⁰⁶. Por mais que se fale

²⁰⁶ Já ilustramos isso quando trouxemos à baila, anteriormente, uma crítica à ausência de fundamentação adequada nas decisões judiciais brasileiras, feita por ninguém menos do que Dimitri Dimoulis, um positivista confesso. As incongruências, incoerências e inconsistências da prática jurídica brasileira contemporânea, definida por Ramires como “uma oficina de falsas facilidades”, fazem com que positivistas e críticos ferrenhos do positivismo se abracem boquiabertos, em igual estado de espanto.

em “princípios” na jurisprudência brasileira contemporânea, esses princípios, no mais das vezes, se manifestam tão somente na forma de adornos retóricos para posturas discricionárias (aquilo que Streck oportunamente denomina de *panprincipilogismo*²⁰⁷, ou seja, a criação massiva de uma plêiade de “princípios de ocasião”, tirados do bolso ou descartados na medida da conveniência das posturas judiciais do dia).

Conforme vimos ao longo do presente trabalho, a persistência da discricionariedade judicial no Direito brasileiro enfrenta dois problemas de naturezas distintas. Primeiro: a “discricionariedade judicial” só pode se justificar enquanto postura cético-relativista que nega a possibilidade de respostas corretas em Direito (com efeito, se o juiz “X” acredita na possibilidade de haver respostas jurídicas corretas, ele não precisa pleitear a prerrogativa de decidir do jeito que ele achar melhor, “de acordo com sua consciência”). Ocorre, no entanto, que o ceticismo que dá sustentação para tal postura, para poder ser utilizado dentro da retórica jurídica, precisa necessariamente ser antes revalidado enquanto postura filosófica, o que até hoje não aconteceu. Sendo uma postura refutada dentro da filosofia, o ceticismo, conforme já sustentamos, não pode ser “reciclado” como fundamentação (ou axioma principiológico) dentro do discurso jurídico (a menos que se imagine que o Direito seja um campo do conhecimento humano isolado e imune ao *status quaestionis* de todas as outras ciências e áreas do conhecimento).

Segundo: dado o fato de que o Brasil, hoje, é um Estado Democrático de Direito estruturado e orientado sobre o paradigma do *neoconstitucionalismo* (ou *Constitucionalismo Contemporâneo*, segundo a nova nomenclatura adotada por Streck), resta evidente que não podem ser toleradas quaisquer concepções, posturas e doutrinas incompatíveis com esse modelo, que traduz o atual momento da história da evolução das instituições jurídicas. Por causa disso, conforme já visto, sustentamos a incompatibilidade da discricionariedade judicial (seja ela praticada em nome do positivismo jurídico ou em nome de um pretenso “pós-positivismo”) com o neoconstitucionalismo e com o Estado Democrático de Direito, sob pena de nos depararmos com a completa impossibilidade de superação do histórico *deficit* democrático em nosso país, obstaculizando – ou mesmo impedindo por completo - a efetivação dos objetivos programáticos consagrados pela Constituição Federal de 1988

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.147.

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 475.

e a realização das assim chamadas “promessas da modernidade”, tanto mais necessárias em países de desenvolvimento tardio, como é o caso do Brasil.²⁰⁸

CONCLUSÃO

O positivismo jurídico não se encontra definitivamente morto nos meios acadêmicos, mas a sua capacidade de explicar o Direito hoje parece bastante limitada e o seu futuro enquanto teoria da decisão é bastante desanimador. Apesar de seus esforços intelectuais, os positivistas contemporâneos não conseguiram harmonizar suas doutrinas com os novos anseios, expectativas e exigências decorrentes do neoconstitucionalismo (Constitucionalismo Contemporâneo) que se desenvolveu e se fortaleceu no último meio século.

No entanto, isso não significa, de forma alguma, que haja espaço para qualquer tipo de triunfalismo por parte das doutrinas críticas do positivismo jurídico e da discricionariedade judicial, como é o caso das obras de Dworkin e, no Brasil, da Nova Crítica do Direito capitaneada por Streck. Primeiro, porque a discricionariedade judicial, embora se tratando de uma espécie de herança do positivismo normativista kelseniano, na prática acabou por se “descolar” deste, assumindo vida própria na práxis judiciária brasileira – inclusive sob o manto de ativismos pretensamente “pós-positivistas”.

Segundo, porque o positivismo jurídico é apenas *um* exemplo de abordagem cética-pragmática-relativista do Direito. Muitas outras são possíveis, e o sucesso das críticas de Dworkin, embora tenham sido quase letais para o positivismo jurídico, não tiveram um efeito tão forte em relação ao pragmatismo (do qual Richard Posner é hoje, nos Estados Unidos, o nome mais destacado) e outras abordagens de perfil

²⁰⁸ “Por fim, insisto: pós-positivismo, (neo)constitucionalismo e democracia pressupõe que o direito possui um elevado grau de autonomia. Isso significa que questões políticas e morais devem ser debatidas à saciedade nos meios políticos de decisão, e que – no âmbito (autônomo) do direito – só se podem desconsiderar as decisões políticas tomadas em contraste com o sistema de garantias construído pela CFRB de 1988. E é exatamente esse o *plus* do Estado Democrático de Direito: a diminuição do espaço de discricionariedade da política pela Constituição fortalece materialmente os limites entre direito, política e moral. Daí a importância de Canotilho e de seu trabalho sobre a Constituição dirigente.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 474.

potencialmente utilitarista, como é o caso da Análise Econômica do Direito²⁰⁹, surgida no mundo anglo-saxão no começo dos anos 1960.

Conforme vimos no presente trabalho, a discricionariedade judicial permanece viva e forte na práxis judiciária brasileira, e quando surgem na doutrina fundamentações teóricas que buscam legitimá-la, estas não se apresentam na forma de adesões ao positivismo jurídico, mas sim como manifestações de uma espécie de pragmatismo judiciário. Isso deixa claro que a mera crítica ao positivismo jurídico não é suficiente: *essa crítica precisa ser dirigida especificamente à discricionariedade e às posturas filosóficas que a inspiram*, como o ceticismo e o relativismo.

É preciso deixar claro que o combate à discricionariedade judicial não é uma questão de rigor acadêmico ou de preciosismos teóricos: trata-se de uma questão fundamental de democracia, de efetiva realização dos objetivos do neoconstitucionalismo e de condição de possibilidade para a efetiva realização das chamadas “promessas da modernidade”, em especial em países como o Brasil, onde a etapa histórica do *welfare state* simplesmente nunca existiu. Trata-se, em outras palavras, de uma luta no sentido de que não se percam as conquistas políticas e sociais de cidadania das últimas décadas.

De nada adianta saltar de um paradigma legalista-positivista para um paradigma dito principiológico e pós-positivista se, por debaixo dos discursos de justificação, o Direito continuar submetido à política, aos desmandos de poderes econômicos e/ou servindo como mero sistema de legitimação do *status quo*, ao arripio do Estado Democrático de Direito que a Constituição Federal nos comanda a construir.

²⁰⁹ “Anoto-se, também, que a plena satisfação das promessas Constitucionais, ou seja, dos Direitos Fundamentais, parece impossível num mundo de escassez. Esta constatação apropriada pelo discurso neoliberal significa a renúncia à concretização do Estado do ‘Bem Estar Social’ herdado das lutas democráticas da segunda metade do século passado. Assim, considerando que certos direitos sempre serão insatisfeitos, devem ser otimizadas as ações para satisfação dos direitos mais fundamentais ao discurso neoliberal: propriedade privada e liberdade de contratar. Nesta lógica, o neoliberalismo coloca a ‘liberdade’ e a ‘propriedade’ como dogmas, os quais, mediante as valiosas trocas que o mercado pode fomentar, seriam os únicos elementos capazes de se justificar uma Teoria da Justiça Liberal qualquer, da moda. Com efeito, a grande estratégia da AED é a de deslocar o critério de validade do Direito do plano normativo para o econômico, a saber, ainda que as normas jurídicas indiquem para um sentido, o condicionante econômico rouba a cena e intervém como fator decisivo. A preponderância coletiva apontada por seus critérios deve preponderar sobre uma avaliação individualista do direito. A maximização de benefícios sociais ao menor custo é o mote, principalmente num ambiente de escassez de recursos. Em resumo, a pretensão de um sistema legal ótimo é o que se apresenta por leis claras e eficazes, tuteladoras da propriedade e dos contratos, tornando, assim, uma peça chave para o crescimento econômico de longo prazo, conforme as regras do neoliberalismo reformado da AED.” ROSA, Alexandre Morais da. *A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (law and economics)*. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008. p. 23.

As conquistas sociais consagradas na Constituição de 1988 foram fruto de longas batalhas políticas e só puderam ver a luz do dia depois de um longo período de exceção institucional. Manter intactas as velhas relações entre Direito e política, por baixo do novo paradigma, não é outra coisa senão seqüestrar e sacrificar as conquistas de um povo inteiro no altar do pragmatismo, da conveniência dos poderes constituídos ou de algum objetivo político não declarado. Se as coisas mudam para continuarem iguais, é porque os juristas estão fazendo algo de muito errado.

Isso não significa, é claro, que a hermenêutica jurídica ou a teoria da integridade de Dworkin apresentem soluções prontas e mirabolantes para os problemas que assolam todos aqueles envolvidos com a prestação jurisdicional em nosso país. Vários aspectos críticos que vivenciamos hoje não podem ser explicados meramente como falhas do ordenamento jurídico, pois dizem respeito a uma crise mais profunda que está ligada ao próprio modelo democrático e ao período histórico no qual vivemos, marcado por um acentuado desaparecimento dos espaços públicos (“públicos” no sentido de “hábeis para o debate de questões de interesse público”), pela redução do espaço para os discursos críticos²¹⁰ (como se a superação de uma determinada etapa da modernidade representasse a conclusão de todas as suas promessas) e pela hiper-aceleração da vida e das relações humanas, num contexto em que a estabilidade e a sensação de segurança parecem evanescentes.

Uma das questões que permanecem em aberto é precisamente essa: *como conciliar os compromissos assumidos pelo Estado Democrático de Direito com esta nova realidade social (segunda fase da modernidade, modernidade líquida ou hipermodernidade)?*²¹¹ Até que ponto é possível trazer para o mundo do Direito a hiper-

²¹⁰ “Parece que o tipo de sociedade diagnosticada e levada a juízo pelos fundadores da teoria crítica (ou pela distopia de Orwell) era apenas uma das formas que a versátil e variável sociedade moderna assumia. Seu desaparecimento não anuncia o fim da modernidade. Nem é o arauto do fim da miséria humana. Menos ainda assinala o fim da crítica como tarefa e vocação intelectual. E em nenhuma hipótese torna essa crítica dispensável”. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 36.

²¹¹ Na virada do milênio, o sociólogo polonês Zygmunt Bauman cunhou a expressão “modernidade líquida” em sua obra homônima (*Liquid Modernity*). Através desta perspectiva, Bauman desenvolve a sua visão sobre a ideia de que a humanidade estaria atravessando um segundo momento da modernidade (uma “segunda modernidade”, ou modernidade *tardia*), concepção essa que já se fazia presente na obra de autores como Ulrich Beck e Anthony Giddens. Bauman fala em modernidade *líquida* como um contraste dos tempos contemporâneos em relação à modernidade clássica, que ele define como *pesada/sólida*. De acordo com o autor, a passagem da “solidez” para um estado “líquido” se dá pelo aumento das incertezas, do desaparecimento das condições para projetos de longo-prazo e da instabilidade e imprevisibilidade sócioeconômica erigidas como regra, e não mais como exceção. A ideia de *modernidade líquida* de Bauman remonta também ao conceito de *hipermodernidade*, termo cunhado no anos 70 pelo filósofo francês Gilles Lipovetsky. A expressão ganha novo destaque com a obra “*Os tempos hipermodernos*” (2004), escrito por Lipovetsky em parceria com Sebastien Charles,

aceleração pela qual passaram os meios de comunicação, de transporte e de processamento de informações? Essa hiper-aceleração é desejável no Direito? Como conciliar um sistema de prestação jurisdicional que se pretende democrático, humanista e garantista (que requer maior cautela, prudência e análise na solução dos conflitos) com os anseios e expectativas de uma sociedade cada vez mais acostumada com o *instantâneo*?

Sem dúvida, o momento histórico pelo qual passamos é mais caracterizado pela *transformação* do que pela *estabilidade*, razão pela qual as dúvidas e incertezas se multiplicam com uma rapidez que as conceituações, respostas e soluções não conseguem acompanhar. O resultado disso surge, no mundo dos fatos, na forma de *contradições*.

Por exemplo: o Estado Democrático de Direito impõe ao Poder Público uma série de compromissos sociais para com os cidadãos. Na medida em que o Executivo se omite em relação a quaisquer dessas obrigações, o Judiciário é instado a atuar de forma “corretiva”, preservando a integridade do ordenamento jurídico constitucional. Ocorre que, ao assumir tal papel, o Judiciário se torna potencialmente mais vagaroso, e se afasta ainda mais do ideal contemporâneo de agilidade que dele se espera.

Situações como essa levam o cidadão a ter que se conformar com uma prestação jurisdicional por vezes *mais lenta* do que era há duas décadas atrás, enquanto que, por outro lado, esse cidadão hoje vive uma vida muito mais *acelerada* do que há duas décadas atrás. Diante disso, parece quase uma fatalidade que o Judiciário venha a *frustrar as expectativas sociais* relativas ao seu funcionamento e eficácia, mesmo que ele não esteja operando de uma maneira que possa ser definida como propriamente disfuncional.

Oportuno observar que a questão de o Poder Judiciário se ver pressionado a atuar, por vezes, como verdadeiro “sucedâneo” da Administração Pública representa apenas um dos “pontos de pressão” tendentes a contribuir para a menor eficiência da

presumivelmente já com influência das ideias desenvolvidas por Bauman. Charles define a hipermodernidade como “uma sociedade liberal, caracterizada pelo movimento, pela fluidez, pela flexibilidade; indiferente como nunca antes se foi aos grandes princípios estruturantes da modernidade, que precisaram adaptar-se ao ritmo hipermoderno para não desaparecer”. Segundo os autores, “o que define a hipermodernidade não é exclusivamente a autocrítica dos saberes e das instituições modernas; é também a memória revisitada, a remobilização das crenças tradicionais, a hibridização individualista do passado e do presente. Não mais apenas a desconstrução das tradições, mas o reemprego dela sem imposição institucional, o eterno rearranjar dela conforme o princípio da soberania individual”. LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 26 e 98.

prestação jurisdicional. O momento histórico contemporâneo (*hipermodernidade*), somado ao projeto do *Estado Democrático de Direito*, representa uma combinação que traz em seu bojo mais questões problemáticas nesse sentido, dentre as quais se destaca: *a massificação da prestação jurisdicional* (decorrentes de circunstâncias *públicas*, como por exemplo do novo papel “garantidor” que o Judiciário deve assumir em relação aos novos direitos, frente ao perfil inoperante do Executivo, bem como de circunstâncias *privadas*, como os problemas oriundos das relações de grandes empresas prestadoras de serviço com uma imensa gama de consumidores); *o aumento de litígios decorrente da degradação das relações inter-individuais* (uma das inevitáveis conseqüências do evanescimento dos espaços públicos e da desintegração do tecido social); *a perigosa e preocupante tendência de o Judiciário ser chamado a atuar também como sucedâneo do Poder Legislativo* (outra conseqüência natural do desaparecimento dos debates públicos autênticos), etc.

O principal aspecto que se deve ter em mente é que as dificuldades e incertezas acima resumidas não podem servir como “desculpa de conveniência” para soluções técnicas de caráter instrumentalista, que busquem resolver o problema através de atalhos que aumentem o *deficit* democrático brasileiro. Poderes discricionários cada vez mais amplos para os juízes, redução dos momentos processuais de instrução e de produção probatória, vinculação cada vez maior das instâncias judiciárias com as súmulas, metas de “produtividade” que obrigam os juízes a transformarem as varas judiciais em linhas de produção de sentenças estandarizadas: tudo isso pode tornar mais fácil para os tribunais a tarefa de cumprirem suas metas numéricas a cada ano, mas estão longe de representar uma efetiva adequação do modelo de prestação jurisdicional brasileiro às prerrogativas de um Estado Democrático de Direito digno de tal nomenclatura.

Também se faz necessário um cuidado especial com certas posturas comumente assumidas pelos operadores do Direito, que frequentemente enxergam no protagonismo judicial uma solução simples e legítima para as respostas insuficientes do Estado. Essa “solução” simplista coloca o povo (e o ambiente político) em segundo plano, para transformar os juízes em verdadeiros “imperadores *ad hoc*”, legitimados a agirem como sucedâneos da Administração Pública.

A democracia, assim, se transmuta numa espécie de “aristocracia esclarecida”, na qual os rumos da sociedade não são mais definidos nas esferas políticas e públicas, mas sim de acordo com os juízos de valor e vontades de uma “intelectocracia”. Sobre essa questão, Cárcova refere o seguinte:

As expectativas, então, que esta especificidade funcional estimula aumentam a reivindicação por um maior grau de protagonismo dos juízes e estimula-se o chamado 'ativismo judicial'.[...] Estas circunstâncias recolocam velhas discussões doutrinárias e põem em tensão valores contraditórios. Se é certo que já resulta insólito sustentar velhas teses reducionistas que viam no juiz um aplicador mecânico de normas, um cego executante da vontade do legislador, não é menos certo que seu obrigado teleologismo traz o risco de um disparate decisionista. Quer dizer, uma hipertrofia de sua função que, ao privilegiar a razão de Estado (Carl Schmitt) sobre a hegemonia da norma, atente contra valores democráticos, cuja consecução importou lutas seculares e aos quais não estamos dispostos a renunciar: legalidade, garantismo, princípio de reserva, tipicidade etc.²¹²

Se abordagens como a teoria de Dworkin e a hermenêutica jurídica, profundamente preocupadas com a questão da democracia, parecem num primeiro momento demasiadamente complexas, não pode ser por outro motivo senão em virtude do fato de que as democracias contemporâneas são, por definição, *hipercomplexas*. Nenhuma abordagem sumária ou manualesca terá o condão de explicar, de forma adequada, o complexo papel dos juízes no contexto de um modelo avançado de organização social e política como é o caso do Estado Democrático de Direito²¹³. As relações sociais, políticas e jurídicas são, hoje, de uma complexidade sem precedentes – e é por isso que teorias de cunho “simplificativo”, como o pragmatismo, parecem tão sedutoras.²¹⁴

²¹² CÁRCOVA, Carlos María. *Direito, Política e Magistratura*. São Paulo: Editora LTR, 1996. p.168-169.

²¹³ “Neste contexto, a disputa pela efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário passa a ser uma das marcas da contemporaneidade. Experimenta-se, assim, um rearranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e se percebe um embate do Estado com ele mesmo, da construção legislativa de promessas à disputa por sua concretização em um primeiro momento no âmbito da administração (Executivo) envolta, hoje, em projetos de reforma do Estado e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites da jurisdição, em busca das promessas perdidas, submetida, agora, à exaustão de suas fórmulas. E, deste quadro surgem e se renovam questionamentos, que vão das clássicas interrogações acerca da eficácia das normas de direitos sociais, visto sob novos ângulos, até as dúvidas acerca da legitimação da jurisdição (constitucional) para intervir nas opções políticas, sejam legislativas, sejam das práticas administrativas”. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito – II*. In: STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 45.

²¹⁴ É oportuno lembrar que, sem entrar no mérito das análises sociológicas sobre as dificuldades decorrentes da “hipermodernidade” ou “modernidade líquida”, o modelo democrático moderno sempre se mostrou essencialmente complexo. Como Bobbio observa, muitas dessas dificuldades foram frequentemente trazidas à baila, ao longo do Século XX, na condição de argumentos que demonstrariam que a democracia era “inviável” e que estaria com seus dias contados. De acordo com o célebre pensador italiano: “O tema da ingovernabilidade a que estariam predestinados os regimes democráticos pode ser articulado em três pontos: a) Bem mais do que os regimes autocráticos, os regimes democráticos são caracterizados por uma desproporção crescente entre o número de

Diante de uma pós-modernidade/hipermodernidade/modernidade líquida que confunde os sentidos e de um Estado Democrático de Direito que se vê diante de múltiplas dificuldades no caminho para transformar suas promessas em realidade, *o papel das ciências sociais aplicadas só pode ser o de reforçar a importância dos ricos arcaísmos teóricos e valores que nos trouxeram até aqui* (e que, findo o Século XX, transformaram as sinistras e célebres distopias de Huxley e Orwell em temores ultrapassados), bem como de construir novas pontes e viabilizar novas técnicas²¹⁵, para que o progresso no cumprimento das promessas da modernidade clássica seja análogo aos progressos técnicos e científicos que o conhecimento humano possibilitou, nas últimas décadas, no campo das comunicações e da informatização.

demandas provenientes da sociedade civil e a capacidade de resposta do sistema político, fenômeno que na terminologia da teoria dos sistemas recebe o nome de sobrecarga. (...) Com uma expressão sintética, pode-se exprimir esse contraste entre regimes democráticos e autocráticos com respeito à relação entre demandas e respostas dizendo que, enquanto a democracia tem a demanda fácil e a resposta difícil, a autocracia torna a demanda mais difícil e tem mais fácil a resposta; b) Nos regimes democráticos a conflituosidade social é maior do que nos regimes autocráticos. (...); c) Nos regimes democráticos o poder está mais amplamente distribuído do que nos regimes autocráticos; neles se encontra, em contraste com o que ocorre nos regimes opostos, o fenômeno que hoje se denomina de poder “difuso”. (...) Mais que difuso, o poder numa sociedade democrática também é fragmentado e de difícil recomposição. (...) A fragmentação cria concorrência entre poderes e termina por criar um conflito entre os próprios sujeitos que deveriam resolver os conflitos, uma espécie de conflito à segunda potência”. Em outras palavras: falar em democracia contemporânea significa, necessariamente, *falar em complexidade*. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2005. p. 93-95.

²¹⁵ “Em outras palavras, redesenhar e repovoar a hoje quase vazia ágora – o lugar de encontro, debate e negociação entre o indivíduo e o bem comum, privado e público. Se o velho objetivo da teoria crítica – a emancipação humana – tem qualquer significado hoje, ele é o de reconectar as duas faces do abismo que se abriu entre a realidade do indivíduo de jure e as perspectivas do indivíduo de facto. E indivíduos que reaprenderam capacidades esquecidas e reapropriaram ferramentas perdidas da cidadania são os únicos construtores à altura de erigir essa ponte em particular”. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 51.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Lisboa: Editorial Presença, 1981.
- BARNES, Jonathan (org.). *Aristóteles*. São Paulo: Idéias e Letras, 2009.
- ___ (editor). *The Complete Works of Aristotle*. 6º printing. New Jersey: Princeton University Press, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de Filosofia Aristotélica*. São Paulo: Manole, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2005.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis e STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003.
- CÁRCOVA, Carlos María. *Direito, Política e Magistratura*. São Paulo: Editora LTR, 1996. p.168-169.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 16ª edição. Del Rey Editora: Belo Horizonte, 2010.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CHAUÍ, Marilena. *Introdução à História da Filosofia vol. I – Dos pré-socráticos a Aristóteles*. 3ª edição. São Paulo: Brasiliense. 1994.
- COLEMAN, Jules L. (editor). *Hart's Postscript - Essays on the Postscript to the Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2001.
- ___ (editor). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (Chapter 3). Oxford: Oxford University Press, 2003
- ___ *The Architecture of Jurisprudence*. Yale Law School, Public Law Working Paper No. 210. Janeiro 2011. Pag. 14. Disponível em:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1634667 (Acesso realizado em 18/11/2011)

_____. *Beyond Inclusive Legal Positivism*. Yale Law School. Ratio Juris, Vol. 22, Issue 3, pp. 359-394, September 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição Na Vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE SOUZA, Artur César. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. 1ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *Domínio da Vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *É o Direito um Sistema de Regras?* Trad. Wladimir Barreto Lisboa, Revista do Centro de Ciências Jur. e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, nº 92, São Leopoldo, vol. 34, setembro/dezembro 2001.

_____. *O Império do Direito*. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma Questão de Princípio*. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011

FRANKL, Victor. *Sede de Sentido*. São Paulo, Quadrante, 1989

GALUPPO, Marcelo Campos. *A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo*. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol.1, n.3 (Crítica à Dogmática – dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais)*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Freitas Bastos, 1950.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LEITE, Flamarion Tavares. *Manual de Filosofia Geral e Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- LEITER, Brian. *The End of Empire: Dworkin and jurisprudence in the 21st century*. Public Law & Legal Theory Working Paper No. 70. The University of Texas School of Law, September 2004. Disponível no endereço eletrônico: <http://ssrn.com/abstract=598265> (última consulta realizada em 17/11/2011).
- LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría Impura Del Derecho – La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004
- MARÍAS, Julián. *Introdução à Filosofia*. 2ª edição. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1966.
- MARMOR, Andrei. *Direito e Interpretação*. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008.
- PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ___. *Ética e direito*. 3ª edição. São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System*. 2º edition (reprinted). Oxford University Press, 1997.
- ___. *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ___. *Can There be a Theory of Law?* Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010287 (acesso: 09/05/2011)
- ___. *About Morality and the Nature of Law*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008801&rec=1&srcabs=999552 (último acesso realizado em: 09/05/2011)
- ___. *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999873&rec=1&srcabs=1008801 (último acesso realizado em 09/05/2011)
- ___. *The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception*. In: *Minnesota Law Review*, Vol. 90. Oxford University, 2006. Disponível no endereço eletrônico: <http://ssrn.com/abstract=999849> (ultimo acesso realizado em 30/11/2011).

ROSA, Alexandre Morais da. *A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (law and economics)*. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008

RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

— *A History of Western Philosophy and Its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day*. London: George Allen & Unwin Ltd, 1961.

SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de Filosofia Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis (organizadores). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado: Anuário 2008, n. 5*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* In: *Revista NEJ – Eletrônica*. Vol. 15, n. 1 (jan-abr. 2010). Pag.158-173.

— *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009.

— *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

— *Verdade e Consenso*. 3ª edição. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009.

— *A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (eigenschaften) solipsistas do direito*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011.

THOMAS, Henry. *Vidas de Grandes Filósofos*. Porto Alegre: Globo, 1965.

WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito. Vol. I – interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994