

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
BACHARELADO EM DIREITO

PEDRO DE PERDIGÃO LANA

**DISCRICIONARIEDADE E CONTENÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA
DEFESA DO POSITIVISMO JURÍDICO**

CURITIBA
2017

PEDRO DE PERDIGÃO LANA

DISCRICIONARIEDADE E CONTENÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA
DEFESA DO POSITIVISMO JURÍDICO

Monografia requisito para conclusão do curso
de bacharelado em Direito (período noturno),
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

CURITIBA

2017

AGRADECIMENTOS

A meu pai e minha mãe, pelo sentimento constante e permanente de agradecimento que tenho em relação a ambos, por tudo que já fizeram por mim e pela base que me deram para o que tenho de melhor. Como já disse tantas vezes, é impossível colocar em palavras o amor que sinto por ambos.

Às minhas irmãs, pela carinhosa companhia desde sempre e disputas que sempre me fizeram crescer.o.

À minha namorada, por ser parte fundamental de um dos melhores e mais felizes períodos de minha vida.

Ao meu finado avô e maravilhosa avó, que, ao que tudo indica, devem ser a origem genética que me fizeram seguir para essa área que hoje aprecio tanto.

À minha orientadora, Eneida Desiree Salgado, e coorientadora, Angela Fonseca, por, além da ajuda no desenvolvimento desta monografia, terem sido destacados exemplos entre os e as docentes na vida acadêmica UFPR, em aspectos tão diversos como a dedicação, a capacidade intelectual, a prestatividade e a postura ética.

Ao meu padrinho e professor, Marcos Wachowicz, por toda a convivência que já tivemos e, nas suas espirituosas palavras, por completar meu ensino formal.

Ao professor Mauricio Timm Do Valle, pela divertida monitoria e por ter me colocado em contato com o positivismo e proporcionado a quebra de alguns dogmas que eu tinha sobre o direito.

Aos acadêmicos Pedro Luz de Castro, Rodrigo Bley Santos e Renê Chiquetti Rodrigues pelas inestimáveis e severas críticas aos vários erros da monografia, assim como a Gustavo Dalpupo de Lara pela gentil correção e apontamentos.

Ao CA\$H por me aguentarem cada um da sua maneira particular, e terem sido as parcerias mais interessantes e divertidas que eu poderia pedir no tempo em que cursei a graduação. Não preciso falar o quanto cada um de vocês significa pra mim e meu apreço por cada um, com toda sorte que dei de encontrar tantas pessoas

que eu respeito em tão pouco tempo.

Aos meus amigos da UTFPR, continuamente mostrando que boas amizades não têm data de validade.

Ao Eliezer e ao Gerson, parceiros de filosofia, perrengues e comentários dos mais vulgares. Que venham mais muitos anos de diferentes parcerias.

Aos membros passados e atuais do grupo PET - Direito UFPR, por terem me ensinado como pesquisar e terem propiciado os eventos e reuniões mais produtivos de que já participei.

Aos meus outros/as colegas de faculdade, que tão positivamente influenciaram a minha vida, e que mereceriam uma menção individual aqui se minha desmedida preguiça e escassa originalidade não me impedissem (o que, felizmente, não muda em nada o afeto que sinto por cada um de vocês).

“Tudo bem,” disse Susan. “Eu não sou estúpida. Você está dizendo que humanos necessitam de... fantasias para tornar a vida suportável”

SÉRIO? COMO SE FOSSE ALGUM TIPO DE PÍLULA ROSA? NÃO. HUMANOS PRECISAM DE FANTASIAS PARA SEREM HUMANOS. PARA SER O LUGAR ONDE O ANJO CAINDO ENCONTRA O MACACO ASCENDENDO

“Fadas dos dentes? Papai Noel? Pequenas-”

SIM, COMO PRÁTICA. VOCÊS TÊM QUE COMEÇAR APRENDENDO A ACREDITAR NAS PEQUENAS MENTIRAS

“Para que possamos acreditar nas grandes?”

SIM. JUSTIÇA. MISERICÓRDIA. DEVER. ESSE TIPO DE COISA.

“Não é a mesma coisa!”

É MESMO? ENTÃO PEGUE O UNIVERSO E O MOA ATÉ O PÓ MAIS FINO E O PASSE PELA PENEIRA MAIS FINA E ENTÃO ME MOSTRE UM ÚNICO ÁTOMO DE JUSTIÇA, UMA MOLÉCULA DE MISERICÓRDIA. E MESMO ASSIM – Morte acenou com a mão. E MESMO ASSIM VOCÊS AGEM COMO SE HOUVESSE ALGUMA ORDEM IDEAL NO MUNDO, COMO SE HOUVESSE ALGUMA... ALGUM DIREITO ABSTRATO NO UNIVERSO PELO QUAL SERIAM JULGADOS.

*“Sim, mas as pessoas precisam acreditar nisso, ou então qual é o sentido-”
ESSE É EXATAMENTE MEU PONTO.*

Tradução livre de diálogo em “Hogfather”, de Terry Pratchett

RESUMO

O debate entre Hart e Dworkin, grandes representantes, mesmo no contexto brasileiro, das teorias descritivas do positivismo e do “pós-positivismo”, permanece fundamental para pleno entendimento dos desenvolvimentos teóricos no campo jurídico, especialmente quando se fala das relações entre direito e moral e a relação desse tema com as decisões judiciais. Diferencia-se aqui o que cada autor define como discricionariedade judicial, ou seja, o espaço de liberdade decisório do juiz e a forma como ele deve decidir. É então investigada a problemática cada vez mais central da arbitrariedade e imprevisibilidade dos julgamentos no judiciário brasileiro. A suposta neutralidade e a imagem de um Poder Republicano alheio a política são formas de legitimação do judiciário, assim como as justificativas fornecidas para a atuação dos juízes como agentes éticos diferenciados. Observando a prática judiciais, constata-se certa incompatibilidade das teorias invocadas como foram pensadas. Traz-se para a discussão também a influência de perspectivas filosóficas éticas sobre os limites e possibilidades de objetivação, relativa ou absoluta, dos valores morais da sociedade e qual é o papel dos juízes nisso. Por último, o estudo da moralidade vai encontrar, no âmbito jurídico, reflexos diretos nos princípios, e a maneira como eles são utilizados pelo judiciário brasileiro permite desvelar pormenores das teorias que os magistrados dizem adotar.

Palavras-chave: Positivismo, Discricionariedade, Decisionismo, Legitimidade, Moral, Hart, Dworkin.

ABSTRACT

The discussion between Hart and Dworkin, great names even in the Brazilian context of the descriptive law theories of positivism and “post-positivism”, remains fundamental to fully understand a great range of theoretic developments in law studies, specially when the topic is the relations between law and moral and the relation of this thematic with judicial decisions. This essay differentiates what each author defines as judicial discretion, that is, how much liberty a judge have to decide and how he should do it. The increasingly central problem of arbitrariness and unpredictability of Brazilian judiciary decisions is then scrutinized. The pretended neutrality and the image of a Republican Power that is extraneous to politics are means of legitimization of the judiciary, as well as the justifications offered for classifying judges as towering ethical agents. Observing the judicial practice in Brazil, it's possible to see some incompatibility with the invoked theories, as they were conceived. It's also useful to examine the influence of ethical perspectives about the limits and possibilities of objectifying, relatively or absolutely, moral values of society and what is the role of judges in this process. At least, the study of morality will find, at the field of law, direct reflects on the concept of principles, and the way they are used by the Brazilian judiciary allows the verification of some of the details of the theories judges claim they adopt.

Keywords: Positivism, Discretion, Legitimacy, Moral, Hart, Dworkin.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 SOBRE A ARBITRARIEDADE DO JUIZ.....	14
2.1 ATIVISMO JUDICIAL, DECISIONISMO, DISCRICIONARIEDADE.....	15
2.2 DISCRICIONARIEDADE NO POSITIVISMO E “PÓS-POSITIVISMO” E O PAPEL DA LINGUAGEM ABERTA.....	22
3 POR QUE UMA MUDANÇA SOBRE TEORIA DESCRITIVA É RELEVANTE?... 	31
3.1 PROBLEMAS COM A TEORIA DWORKINIANA NO BRASIL.....	34
3.2 NEUTRALIDADE E LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO.....	40
4 MORALIDADE, PRINCÍPIOS E ANÁLISE DE CASO.....	48
4.1 COMO A PERSPECTIVA ÉTICA PODE AFETAR A ARBITRARIEDADE.....	48
4.2 “PAMPRINCIPIOLOGISMO” E PRINCÍPIO DA MORALIDADE COMO PARADIGMA PARA ESTUDO DA DISCRICIONARIEDADE.....	55
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
BIBLIOGRAFIA.....	69

1 INTRODUÇÃO

Esse ensaio objetiva chamar atenção e trazer mais argumentos para um relevante tema dentro da teoria do direito brasileiro: o debate positivismo e “pós-positivismo”, em especial quanto aos aspectos morais, e sua relevância no cotidiano prático do judiciário e suas análises. A arbitrariedade e limitação de poderes do juiz vêm ganhando proeminência e centralidade no debate jurídico, com forte acentuação a partir de 2015. A arbitrariedade é aqui entendida como a possibilidade do magistrado, durante o processo interpretativo de criação da norma¹, decidir conforme seu próprio convencimento subjetivo enquanto ignora limites implícitos ou explícitos impostos pelo ordenamento – sem que seja acompanhada de uma argumentação, nos moldes previstos pelo sistema jurídico, capaz de fornecer justificativa suficiente. Essa liberdade de ação pode assumir diferentes nomes dependendo da perspectiva adotada, sendo necessário uma conceituação mais precisa para evitar confusões terminológicas.

A investigação sobre esse tema pode ser acompanhada de análises sociológicas e filosóficas, a fim de complementar a crítica jurídica baseada na perda da segurança jurídica ou falta de coerência do sistema. Esse outro apoio, mesmo que superficial devido às limitações de um jurista ao discorrer sobre outras áreas do conhecimento, é benéfico para se aprofundar a influência da subjetividade do magistrado nas decisões. A partir dele é possível depreender quais os efeitos dessa arbitrariedade em um sistema que em grande parte se legitima através da afirmação de ser neutro e imparcial.

É importante notar que a expansão da arbitrariedade não deve nem pode ser imputada de forma pejorativa diretamente aos juízes, como se estivessem sempre conscientemente buscando alargar suas competências e debilitar suas limitações por motivos egoístas (mesmo que isso possa ser verdade em certas situações, não deve ser tomada axiomáticamente como regra). Parece temerário presumir que magistrados, mesmo quando erram grosseiramente, não estão tentando fazer aquilo

1 Entende-se aqui o conceito de norma como diferente do texto legal, com sua existência dependendo da criação no caso concreto através do ato de vontade do aplicador do direito. Muito se aponta que essa diferenciação entre regra (texto) e norma aparece apenas com não-positivistas, mas tal diferenciação já pode ser facilmente depreendida do final da Teoria Pura do Direito. KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 387-395

que é “justo”, ainda que a noção de “justiça” seja altamente indeterminada. A crítica, portanto, deve ser feita sobre os aspectos mais objetivos da arbitrariedade, como no âmbito institucional (de como se organiza e funciona o judiciário) e o ensino nas universidades. Assim, como forma de inibir esse comportamento, procuram-se as razões que o reforçam na maneira como o Direito está posto ou como ele é investigado no Brasil. Neste sentido, será bastante utilizada aqui a análise feita pelo Min. Luis Barroso em suas obras: apesar de o jurista nunca ter afirmado ser um seguidor rigoroso de Dworkin, o norte-americano segue sendo uma das maiores fontes do brasileiro. Além disso, o peso de sua doutrina – tanto por ser um dos ministros mais influentes nas decisões do STF quanto por ser um teórico acessível e muito citado em decisões judiciais² – é notório na aplicação prática do direito pátrio.

Nesse questionamento entra, como parte do tema escolhido, o debate entre o positivismo e o “pós-positivismo”. Não se trata de uma pretenciosa abordagem teórica que busque determinar qual linha permite maior utilização, pelos magistrados, dos seus próprios valores para decidir. Isso raríssimas vezes é colocado nesses termos, em qualquer linha da teoria do direito. O que se busca aqui é levantar indicativos sobre qual delas na prática acaba possibilitando mais esse comportamento indesejado³. Antes de prosseguir, dois esclarecimentos são necessários:

i) a perspectiva aqui adotada é analisar ambas teorias enquanto teorias descritivas⁴, que pretendem descrever o direito como ele de fato se apresenta – na linguagem que teria como parâmetros lógicos as variáveis “verdadeiro” e “falso”. Servem, assim, como suporte para aqueles que desejam analisar como o direito de fato funciona – e utilizar isso como base para pesquisas, estatísticas, teorias da

2 Ser um ministro do STF é um fator importante para a grande repercussão no judiciário de Roberto Barroso, porque a doutrina brasileira parece influenciar muito pouco as decisões dos tribunais, mesmo quando é o caso de julgamentos pelo STF de temas bastante controversos. Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. M. Law in the Books and Books in the Court. Are social Rights Literature and Judicial Practice on the same page in Brazil? In: *Annuaire International des Droits de L'Homme*, v. VII, 2014.

3 ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoria del control constitucional*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 1997. p. 64

4 Embora existam filósofos do direito que afirmem ser impossível uma separação rígida entre teoria descritiva e normativa, e algumas das críticas mais incisivas sobre os escritos de Dworkin sejam a de que eles se resumam a uma teoria normativa, sem nunca ter alcançado o *status* pretendido de uma teoria descritiva. Até a conclusão deste ensaio será possível perceber que a teoria de Dworkin tende bastante para um caráter normativo, e não descritivo. Cf. FINNIS, John. *Natural Law and Natural Right*. 2 ed. New York: Oxford University Press, 2011.

decisão, entre outros. Um dos grandes exemplo da abordagem descritiva é o “Conceito de Direito” de Hart, embora o autor também tenha escrito bastante na área do positivismo normativo. Esse ensaio busca evitar um aprofundamento nas teorias normativas do direito, aquelas que tentam firmar fins e meios sobre como o direito deve ser, sendo essas valoradas logicamente em “boa” e “ruim”. Este trabalho objetiva levantar alguns pontos sobre as possibilidades dessas teorias (mesmo que devido a leituras equivocadas) estimularem ou inibirem o juiz a se portar arbitrariamente⁵.

ii) A própria existência de um único conceito agregador chamado “pós-positivismo” deve ser severamente contestada. Esse termo surgiu de uma visão muito contestável do positivismo como algo ultrapassado, conservador e legalista⁶, e tenta passar a imagem de que o “injusto” positivismo jurídico teria sido superado por teorias “mais justas” como o neoconstitucionalismo⁷. A essência de formulações como “neoconstitucionalismo” só ganha sentido se estiver pressuposta essa superação. Entretanto, há pouquíssimas (para não dizer nenhuma) referências ao termo “pós-positivismo” no debate entre estudiosos jusnaturalistas e positivistas anglo-saxões: o contexto particular do Brasil e América Latina onde esse conceito vingou pode ter origem na reduzida quantia de positivistas nessas regiões. O “pós-positivismo” funciona como movimento apologético à expansão da jurisdição constitucional (incluindo o ativismo judicial), como forma alegadamente superior de organização política e defesa dos direitos fundamentais⁸. Contudo, ainda se utilizará esse termo no resto do ensaio, sempre entre aspas, pois o alvo da crítica aqui é justamente a forma como Dworkin é utilizado no Brasil (dentro do agrupamento

5 Uma das críticas mais importantes feitas sobre Kelsen e Hart, e aos positivistas em geral, é a falta de textos destrinchando o funcionamento da jurisprudência aplicada (e, conseqüentemente, sobre teoria da decisão) pelo viés positivista. Mais adiante no texto isso será detalhado.

6 Exemplifica-se muito bem essa visão dominante no judiciário através do artigo de um juiz Federal do Trabalho, membro do conselho consultivo da escola da magistratura trabalhista e professor de direito, intitulado “O fenômeno pós-positivista: considerações gerais”, disponível em < <https://www.anamatra.org.br/artigos/977-o-fen-meno-p-s-positivista-considerac-es-gerais-04661906468367117>>, acesso em 19/08/2017.

7 Acusação infundada, considerando que vários positivistas eram ativistas políticos progressistas e frequentemente criticavam leis consideradas injustas, como foi e fez o próprio Hart. Cf. SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do direito e da moral – uma visão a partir do neopositivismo de Hart e a crítica de Nino. Em: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 48, 2008. p. 168.

8 ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. Em: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 1, n. 11, pp. 6460-6470, 2012.

teórico “pós-positivista”), incluindo suas leituras equivocadas que se tornaram majoritárias.

Uma rápida reflexão sobre o conceito de “discricionariedade” no ordenamento jurídico brasileiro já gera questionamentos sobre a alegada adoção da ótica de Dworkin, com sua teoria que é considerada uma terceira via entre o juspositivismo e o jusnaturalismo⁹, na hermenêutica pátria. Isso tem efeitos na invocação de outros autores como Robert Alexy, devido às constantes confusões dos juristas sobre sua teoria com a dworkiniana.

Este ensaio se preocupa com a afirmação sobre a superação do positivismo hartiano como uma ferramenta descritiva adequada de como concretamente funciona o judiciário no Brasil, pela sua possibilidade de evidenciar com mais clareza aspectos essenciais do sistema jurídico. Será prejudicial para um entendimento crítico do direito adotar um teórico que aparenta ser um avanço à teoria do direito (Dworkin em relação aos positivistas), sem pelo menos antes entender adequadamente o positivismo? Essas perguntas são importantes pois, dentre outras investigações teóricas, a análise sociológica do direito por Bourdieu, que pretende ir além do debate entre as teorias descritivas do direito, indica que o poder simbólico (exercido pelo direito enquanto discurso legítimo) é tanto mais eficaz quanto menor for o reconhecimento, por aqueles que o suportam, da arbitrariedade que está na origem de seu funcionamento¹⁰. Assim, o poder se resume ao controle, em alternativas formalmente conservadas mas impossíveis faticamente por vontade do próprio ator¹¹, que interioriza esse proceder como único possível por acreditar na imagem do sistema jurídico como neutro e totalizante.

Os textos constitucionais (como fundamento político-jurídico do Estado e dos sistemas jurídicos) não se caracterizam por consensos completos, sendo o processo constituinte especialmente marcado pelo conflito de interesses extremamente divergentes, transparecendo os conflitos diários da sociedade que regula¹². No caso

9 LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. In: *American Journal of Jurisprudence*, v. 48, 2003, p. 31.

10 BOURDIEU, Pierre. La Fuerza del Derecho, elementos para una sociología del campo jurídico. In: *Poder, Derecho y Clases Sociales*. Bilbao: RGM, 2001. p. 165-223.

11 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 41

12 Thomas Jefferson, em cartas para Madison, sugeriu que uma Constituição expiraria naturalmente a cada 19 anos, devido às mudanças contínuas que ocorrem na sociedade. Cf. FORD, P. *The writings of Thomas Jefferson*. 1895, p. 116-121. APUD ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Op. cit, p. 29.

brasileiro, essas disputas aparecem em conhecidos dispositivos contraditórios dentro da Constituição da República Federativa do Brasil como os da função social da propriedade rural e exceções à desapropriação. É notório o fato do direito ser uma produção extensamente dilatada no tempo e ter como resultado colateral a incorporação de princípios e regras incompatíveis, sendo constante a necessidade dos procedimentos jurídicos de (ao menos alegadamente) compatibilização – julgamentos da corte suprema, por exemplo.

Portanto, parece bastante audacioso afirmar que os princípios seriam por si suficientes para garantir a previsibilidade das decisões, representando a moralidade comunitária e um conjecturado espírito do ordenamento jurídico, sem que sejam explicados os meandros, exceções e cuidados dessa linha de pensamento. Ainda assim, é dessa forma que o ambiente jurídico no Brasil acaba abordando a ideia da “única resposta correta” e da integridade do ordenamento de Dworkin.

Para concluir os questionamentos levantados, é proveitoso uma busca por um caso paradigma que torne mais palpável os apontamentos feitos durante o ensaio (que é essencialmente uma revisão bibliográfica). Para isso, parece adequada uma busca nas decisões das turmas do Superior Tribunal de Justiça, por ser uma corte de uniformização que tem como uma das principais funções manter a coerência do sistema jurídico ao mesmo tempo que ainda deve observar os mandamentos de tribunais superiores (Plenário e STF)¹³, e despontando como um espaço onde o problema da arbitrariedade deveria ser mínimo – mesmo que, na prática, esse tribunal acabe muitas vezes por ampliar essa disfunção.

Dentro do STJ, a ideia de moralidade (no princípio da moralidade) como palavra-chave aparece como um conceito jurídico indeterminado particularmente adequado para os fins desse trabalho, por ser: i) ela mesmo um fator-limitador (de elementos como a discricionariedade administrativa); ii) uma das problemáticas fundamentais da teoria do direito (relação direito-moral); iii) um conceito que, ao menos supostamente, é especialmente dependente dos valores comunitários e da passagem do tempo; iv) ter relações indiretas com o notório temor dos doutrinadores nacionais e internacionais¹⁴ sobre a arbitrariedade do judiciário, onde o “juiz decide

13 Além de outros fatores, como não ter tanta legitimidade para assumir uma perspectiva criativa como o STF tem; o tempo de atuação na magistratura de seus ministros; ser mais intensamente acompanhado por instituições civis; entre outros.

14 Alguns exemplos: ANNUS, Taavi. Courts as Political Institutions. *Juridica International*, XIII. p.

conforme sua própria moral”.

22-30. Estonia, 2007; MELO, Sérgio Santos; FERREIRA, Maria Gorete. Judicialização, ativismo e decisionismo judicial. Em: *Revista Jurídica – CCJ*, v. 18, nº. 36, maio/ago, 2014.; ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional...* Op. cit.

2 SOBRE A ARBITRARIEDADE DO JUIZ

O problema da arbitrariedade judicial, foco de diversas discussões dentro do ambiente jurídico e aqui considerada como a decisão realizada pelo juiz conforme suas motivações pessoais e sem previsão legal *lato sensu*, assume diversas nomenclaturas, utilizadas usualmente de forma pejorativa e sem grandes preocupações conceituais. Entre elas, destacam-se como muito comuns os termos “decisionismo”, “discricionariedade” e “ativismo judicial”. É oportuno preliminarmente estabelecer algumas fronteiras conceituais, sem pretensão de serem absolutas e de forma específica para esse ensaio, entre os termos de decisionismo/ativismo judicial (que não são a mesma coisa, mas se aproximam no senso comum jurídico) daquele de discricionariedade.

Em seguida, estando as diferenças e conexões dos conceitos mais estabelecidas, pretende-se mostrar como o positivismo jurídico de Hart e Kelsen e o “pós-positivismo” de Dworkin tratam o tema. Os dois autores foram escolhidos por terem se confrontado diretamente, gerando terreno fértil para encontrar as divergências, e por serem influências diretas dos autores contemporâneos positivistas e os “pós-positivistas”¹⁵. Tendo como objetivo ensaístico pequenos apontamentos sobre o ensino desses autores (especialmente nas faculdades de direito), e para evitar uma extensão maior do texto, as análises sobre as questões essenciais (de teoria descritiva do direito) terão como foco esses dois autores e não os seguidores de suas linhas na contemporaneidade. Isso não impede, no entanto, que sejam citados positivistas mais recentes para trazer argumentos sociológicos ou

15 Muitos autores sustentam, especialmente nas universidades mais tradicionais da cultura anglo-saxã, que esse debate teria acabado com vitória de Hart. Essa linha de doutrinadores apontam que as críticas relevantes ao positivismo hoje partem do jusnaturalismo de John Finnis (cujas críticas por vezes deixaram Hart sem respostas) e seus seguidores. Declaram que a crítica proveniente de Dworkin serviu para que Hart ajustasse e esclarecesse sua teoria, especialmente nas questões sobre interpretação jurídica que eram largamente ignoradas pelos grandes positivistas, onde se encontra o famoso argumento dworkiniano do “ferrão semântico”. Hart geralmente respondia Dworkin avisando sobre uma interpretação equivocada de seus escritos, enquanto comumente cedia para o argumento de outros adversários, mas alguns desafios constantes na obra “Império da Lei” permanecem sem resposta definitiva. Para maior detalhamento, conferir a introdução dos artigos: LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. In: *American Journal of Jurisprudence*, v. 48, pp. 17-51, 2003; ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. Em: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro...* Op. cit. Conferir, também, o último capítulo de SHAPIRO, Scott J. *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed* (March 5, 2007). Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 25/08/2017.

filosóficos para o ensaio, de acordo com a necessidade de tornar mais didáticos pontos de vista hartianos.

2.1 ATIVISMO JUDICIAL, DECISIONISMO, DISCRICIONARIEDADE

Há uma enorme dificuldade em se fixar um “acordo semântico” sobre o que seria o ativismo judicial, sendo utilizado ora para se referir a uma exagerada interferência judicial na sociedade, e ora – como o faz Roberto Barroso, um dos defensores mais ferrenhos do ativismo judicial no Brasil¹⁶ – como uma atuação do judiciário para suprir carências e lacunas do ordenamento em defesa de direitos fundamentais. É nesse último sentido que se aproxima o uso original da expressão, feita pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., para abordar a atuação da Suprema Corte Americana no sistema do *common law*. Essa transposição do sistema anglo-saxônico para o romano-germânico foi feita sem maiores rigores de diferenciação, e gera até hoje obstáculos semânticos que servem como um primeiro aviso sobre potenciais confusões entre os interlocutores.¹⁷

Trata-se, em grande parte, de uma diferença sobre o entendimento do que é o conceito: para os defensores, não se trata de arbitrariedade do juiz, e sim de uma busca pela justiça social que secundarizava a formalidade do ordenamento, possibilitando que o raciocínio jurídico seja maleabilizado em detrimento de sua “cientificidade”. O foco dessa ideia de ativismo judicial se refere a uma postura interventiva do juiz, dentro dos limites firmados pelo ordenamento em uma visão sistemática e teleológica, para desempenhar um papel afirmativo de bem-estar social, conforme caracterizado por Schlesinger Jr. sobre decisões da Suprema Corte dos EUA que quebraram a tradição de autocontenção do tribunal, como a limitação

16 Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Em: *RDE. Revista de Direito do Estado*, v. 13, 2009, p. 71-91; BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil Contemporâneo”. Em: *Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Versões mais sintéticas podem ser encontradas em palestras/entrevistas documentadas, como “*Constituição, Direito e Política no Brasil Contemporâneo*”, disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/?p=1197>>.

17 PÁDUA, Thiago Aguiar. A expressão “ativismo judicial” como um “clichê constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 134-168.

da carga horária das jornadas de trabalho.¹⁸

O aumento do ativismo judicial no Brasil, nessa análise, parte de uma massificação da judicialização de demandas sociais não supridas pelo poder público administrativo ou legislativo (pedido de medicamentos, garantia de moradia, entre outros), provocando o jurista a assumir um papel garantista de direitos fundamentais e criando um sentimento de responsabilidade pela representação das minorias não representadas nas arenas políticas institucionalizadas usuais¹⁹. Assume, via de regra²⁰, um modelo ético utilitarista buscando aquilo que é “bom” (mesmo que sob um viés subjetivo), e não o “correto” que caracteriza as teorias da hermenêutica do direito.²¹

O ativismo judicial chamado de “bom” não é uma crítica a arbitrariedades do juiz. Conforme definido por autores como Barroso, com base ao menos parcial em Dworkin, a moral nessa visão se torna intrínseca ao direito através de argumentos de princípio (normas com teor moral que buscam a garantia de direitos, determinando o que deve ser e tendo caráter deontológico). Esse viés também opõe aqueles argumentos aos de política (que buscam satisfazer ou proteger fins da sociedade/comunidade, determinando o que é melhor e tendo caráter axiológico)²². Nas palavras do atualmente ministro do STF, o ativismo seria “uma atitude: um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, dela extraíndo regras não expressamente criadas pelo constituinte ou legislador”²³. Já o ativismo judicial “ruim”, chamado assim pelo potencial danoso, seriam atuações judiciais que flexibilizassem

18 KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism". Em: *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1446.

19 NUNES, Dierle José Coelho. Fundamentos e dilemas para o sistema processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do processualismo Constitucional democrático. Em: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes, MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, MAGALHÃES, José Luiz Quadros (coord.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.166.

20 O ativismo judicial pode também assumir um caráter profundamente deontológico quando se trata o “direito fundamental” como uma regra moral que se impõe por si só e deve ser cumprida mesmo que existam limitações, como algo separado da disponibilidade de recursos por parte do Estado garantidor (a exemplo das intensas críticas sobre as decisões de fornecimento de medicamento). Cf. WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, Risco e Saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

21 MELO, Sérgio Santos; FERREIRA, Maria Gorete. Judicialização, ativismo e decisionismo judicial. Em: *Revista Jurídica – CCJ*, v. 18, nº. 36, maio/ago, 2014.

22 DWORKIN, Ronald. Casos difíceis. Tradução de Javier Esquivel. Em: *Cuadernos de Crítica*, n.º 14, México: Instituto de Investigaciones Filosóficas – Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

23 BARROSO, Luis Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 20.

regras – através do uso descuidado de princípios, por exemplo – sem a intenção de defender direitos fundamentais e, cumulativamente, recaíssem em cinco vícios: a invalidação de atos de outros poderes, o afastamento da aplicação de precedentes, a atuação como legislador, a utilização de técnicas hermenêuticas reconhecidas apenas pela doutrina e, acima de tudo, julgamentos pré-determinados a fins específicos.²⁴

Porém, análises como a de Thiago Pádua apontam que a expressão “ativismo judicial” acabou se tornando um clichê²⁵, que é a repetição de um termo esvaziado de significado e que ganha força argumentativa por si só, mesmo que não seja exatamente adequado à discussão em que é inserido. Ou seja, é um falso argumento, uma simplificação de algo muito mais complexo que apela para noções previamente formadas pelo interlocutor. O próprio uso dos termos “ativismo judicial bom e ruim”, difundido pelo Min. Barroso, auxilia o esvaziamento de significado e a confusão dos interlocutores quando são utilizados.²⁶

Como o objetivo deste ensaio é procurar problemas e vislumbrar ferramentas capazes de investigar de forma realista como se formam as ações individuais subjetivas, o ativismo judicial deve ser entendido dentro do âmbito jurídico e político por um viés institucionalista²⁷. Isto é, de como ele se apresenta concretamente e como ele se insere no equilíbrio entre as instituições, e não pelas intenções daqueles que o aplicam. Vai além das propostas e limitações deste texto prever o comportamento subjetivo dos juízes. Em diversos trabalhos da doutrina brasileira há uma tendência à romantização dos juízes quanto ao preparo intelectual, noção das consequências para além do caso concreto e conhecimento da teoria do direito (que poucos defendem serem fatores adequadamente avaliados por concursos públicos). Isso é reconhecido como algo profundamente problemático até pelos simpatizantes do ativismo.²⁸

24 KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism". Em: *California Law Review*... Op. cit. p. 1471-76.

25 Conferir nota 18.

26 PÁDUA, Thiago Aguiar. A expressão “ativismo judicial” como um “clichê constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*... Op. cit. p. 134-168.

27 Assim, o texto não cai em abordagens como a busca pela definição estabelecida no conceito original cunhado por Arthur Schlesinger Jr., o que é pouco frutífero para este ensaio.

28 Cf., por exemplo, a crítica às “decisões extravagantes ou emocionais” em matéria de medicamentos e terapias em: BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Temas de direito constitucional*, tomo IV, 2009.

Defensores do seu uso como termo positivo afirmam que o Judiciário poderia em algumas situações pontuais se sobrepor ao Legislativo e ao Executivo devido à sua função representativa, contra majoritária e sua consequente responsabilidade em “empurrar a história”²⁹. Apontam também a defasagem nos processos democráticos e do ordenamento jurídico brasileiro em relação a países com maior autocontenção judicial, ou até uma suposta maior qualificação cognitiva dos magistrados³⁰.

Aparenta, contudo, ser um salto lógico muito grande determinar que a aplicação de uma “constituição não escrita” por funcionários não eleitos é a resposta mais adequada para o risco da dominação das minorias pela maioria em uma democracia³¹. Menos razoável ainda é declarar que os juízes teriam uma capacidade extraordinária de prever o desenvolvimento da opinião pública sem que eles mesmos acabassem direcionando-a a partir de seus próprios valores disfarçados de “previsões”³².

É conveniente evitar, nesse momento, maiores aprofundamentos na discussão do quão controversas são algumas dessas afirmações e suas derivações para se centrar em uma conclusão simples, de onde é possível tirar alguns espaços para prosseguir a explicação³³: o ativismo judicial frequentemente se resume a juízes suprindo uma (presumida ou real) inépcia/omissão dos outros poderes, ao buscar uma interpretação mais justa que a explícita nos textos legais. Mesmo ao se ignorar o conteúdo das decisões, que poderia ser positivo ou não, apenas essa forma já é problemática por tender a uma instabilidade e desconfiança entre as instituições.

Isso se deve à secundarização dos outros poderes, no sentido de não terem a palavra final na função em que foram criados e desenvolvidos para cumprir – o que é prejudicial mesmo que a instituição não esteja cumprindo bem seu papel, visto

Ironicamente, em outros artigos como o citado nas próximas notas de rodapé, o próprio Barroso vai defender uma suposta capacidade acima da média para lidar com litígios por parte dos magistrados.

29 BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015.

30 BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Temas de direito constitucional*, tomo IV, 2009.

31 ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoria del control constitucional...* Op. cit. p. 26.

32 *Idem*. p. 92-95.

33 Para aprofundamento nesse tema, conferir: PÁDUA, Thiago Aguiar. A expressão “ativismo judicial” como um “clichê constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. *Revista Brasileira de Políticas Públicas...* Op. cit.

que acaba por inibir o debate quanto às possibilidades de aprimorar a instituição apropriada para uma função. Isso pode resultar em uma grave desvalorização do processo eleitoral, que é o meio de escolha direto do legislativo e do executivo. Isso envolve, também, ignorar todos os mecanismos de controle e fiscalização aperfeiçoados historicamente, e, como será apontado no decorrer do trabalho, pode ser uma solução que gera dificuldades ainda mais custosas.³⁴

O judiciário brasileiro foi, ao menos oficialmente, planejado desde 1988 como em busca de uma maximização de sua independência e fortalecimento perante os demais poderes e demais interesses do jogo político³⁵. Quase todos os limites do judiciário são definidos pelo próprio judiciário, em especial pelo STF e pelo CNJ. Como consequência colateral, não é raro os magistrados se sentirem confortáveis, devido ao arranjo institucional, para secundarizar o texto legal e criar normas conforme suas preferências pessoais³⁶. Isso levanta questionamentos não só sobre a harmonia entre os poderes, mas também sobre a própria forma como o judiciário foi planejado, pois a medida que a legislação não mais funciona como limitação dos juízes, outros mecanismos sociais e/ou institucionais de controle do agente público devem ser desenvolvidos.

Além disso, a defesa do ativismo judicial acaba dependendo muito de um abandono da preocupação com a forma em prol de seu conteúdo, no sentido que é comum que ele só seja considerado “bom” quando estiver de acordo com a opinião ideológica do autor, seguindo uma linha textualista (de restrição à liberdade decisória do juiz) nas situações contrárias³⁷. Exemplificando esse ponto, Roberto Barroso escreveu um artigo em que faz uma retomada histórica para apontar os benefícios do ativismo judicial na Suprema Corte dos Estados Unidos provenientes do legado da Corte Warren³⁸, enquanto lamenta os retrocessos que seguiram esse período na Corte Burger, na Corte Rehnquist e na Corte Roberts³⁹. Parece omitir, entretanto,

34 ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional...* Op. cit. p. 22-23.

35 DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. Em: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011. p. 221

36 MENDES, Regina Lucia Teixeira. Dilemas da decisão judicial: as representações dos juízes brasileiros sob o princípio do livre convencimento do juiz e outros princípios correlativos. Em: *Revista Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 14, n.1, 2008. p. 203.

37 *Idem*. p. 21.

38 Há um costume nos Estados Unidos de nomear períodos característicos da Suprema Corte Americana pelas suas presidências, que são vitalícias. A corte Warren, por exemplo, se refere à presidência de Earl Warren, de 1953 até 1969.

39 BARROSO, Luís Roberto. *A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria*

que o procedimento formal de todas essas cortes era ao mesmo tempo para os “avanços” quanto para os “retrocessos”, ou seja, uma atuação contrária à autocontenção cuja pedra fundante pode ser encontrada na decisão de *Marbury v. Madison* em 1803.

O decisionismo, que muitas vezes é utilizado como sinônimo do ativismo judicial, tem uma carga semântica mais pejorativa e refere-se usualmente à arbitrariedade do juiz ao decidir fora das previsões legais explícitas. Pode, todavia, também ser utilizado para tratar de temas como o realismo jurídico dos EUA, concebido dentro do *common law* e com as decisões dos juízes assumindo uma centralidade quase absoluta no ambiente jurídico, sendo muito pouco limitadas e geralmente acompanhadas de uma forte dependência dos precedentes⁴⁰. Ainda, é utilizado por autores como Dimoulis como a forma de decidir dentro do espaço de indecisão que caracteriza a discricionariedade⁴¹. Porém, o decisionismo é tipicamente utilizado como sinônimo do “ativismo judicial ruim”, significando a falta de preocupações com uma técnica adequada e coerente, quando o juiz esquece de qualquer critério de correção e decide pelo que é “bom” sob sua ótica pessoal de forma consequencialista/utilitarista⁴². Esse é o conceito que pode substituir o de “arbitrariedade do juiz” neste ensaio, possibilitando uma alternância terminológica para evitar repetições no resto do texto.

A discricionariedade judicial, por sua vez, se refere, de maneira geral, à atuação do juiz na produção da norma quando se ultrapassam os limites do direito⁴³. Não se deve confundir com o conceito de discricionariedade muito comum no Direito Administrativo, referente às decisões que a Administração pode tomar com liberdade quanto ao conteúdo, destinatário, conveniência, oportunidade e modo de realização⁴⁴. Apesar das semelhanças, é preciso manter em mente a clara separação entre esses dois institutos jurídicos, pela maior complexidade e

da Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Paraná, n. 9, 2008, p. 258-301

40 Cf. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

41 DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. Em: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011. p. 231

42 MELO, Sérgio Santos; FERREIRA, Maria Gorete. Judicialização, ativismo e decisionismo judicial. Em: *Revista Jurídica – CCJ*, v. 18, nº. 36, maio/ago, 2014. p. 53-80,

43 ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discricionariedade judicial e teoria do direito. Em: *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVII, n. 60, maio/ago. 2013.

44 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Editora RT, 1995, p. 143

importância no debate da teoria do direito que a discricionariedade judicial apresenta.

Mais precisamente, é possível dizer que se trata da atuação do juiz para construção da norma nos vários casos onde a solução dos problemas não se encontra pronta no ordenamento. Aqueles que acreditam que o juiz deve ser apenas a boca da lei (que seria o pré-positivismo, a exemplo do conceitualismo germânico⁴⁵, e não o positivismo como é frequentemente ensinado), por exemplo, recusam por completo a existência de discricionariedade. É um conceito muito utilizado no debate de positivismo *versus* “pós-positivismo”, pois o primeiro aceita em *hard cases* uma discricionariedade com pouca limitação normativa, implicando que serão utilizados padrões extrajurídicos e a existência de amplo poder criativo, chamada de discricionariedade forte; enquanto na segunda a liberdade decisória do juiz seria guiada por valores intrínsecos ao ordenamento, chamada discricionariedade fraca⁴⁶. Importante perceber que essa é uma distinção elaborada por Dworkin, já que Hart nunca a aceitou por considerar que só há um tipo de discricionariedade, que é quando o juiz atua como “legislador do caso concreto”⁴⁷.

No positivismo, essa discricionariedade se foca nos casos de maior complexidade, pois há litígios inteiramente previstos em lei que requerem pouca atividade hermenêutica dos juízes⁴⁸. Já no “pós-positivismo”, lembrando dos argumentos de princípio de Dworkin, não é aceita uma discricionariedade “forte”, apenas uma versão “fraca”: o direito seria guiado por uma pretensão de correção moral, da busca pela justiça, que por sua vez seria pautada por valores inerentes ao ordenamento que seriam resgatados pelo magistrado.⁴⁹

45 GORDON, Thomas F. From Jhering to Alexy - Using Artificial Intelligence Models in Jurisprudence. In: PRAKKEN, H; MUNTJEWERFF, A. J.; SOETEMAN A.(eds). *Proceedings of the Jurix 94 Conferece*. Koninklijke Vermande, Amsterdam, 1994. Disponível em: <<http://jurix.nl/pdf/j94-02.pdf>>. Acesso em 09/08/2017. p. 21-22

46 BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Política Públicas...* Op. cit. p. 23-50

47 LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. In: *American Journal of Jurisprudence...* Op. cit. p. 22-23

48 ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discricionariedade judicial e teoria do direito. Em: *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVII, n. 60, maio/ago. 2013, p. 55-64.

49 BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Política Públicas...* Op. cit.

2.2 DISCRICIONARIEDADE NO POSITIVISMO E “PÓS-POSITIVISMO” E O PAPEL DA LINGUAGEM ABERTA

A discricionariedade provém da noção do direito como um sistema aberto – ou tendo uma textura aberta, como diria Hart⁵⁰ – significando assim a existência necessária de lacunas que deverão ser preenchidas, preferencialmente com previsão legal que permita esse procedimento, por elementos extrajurídicos, realizando uma separabilidade de Direito e Moral na perspectiva kantiana (doutrina do direito estudada pelo direito e doutrina da virtude estudada pela Ética)⁵¹.

Todavia, a radicalização (absoluta separação entre direito e moral) da doutrina positivista atualmente é sustentada apenas pelos exclusivistas como Raz, e mesmo eles relativizam essa rigidez em última instância quando falam da reivindicação fundamental de autoridade do Direito⁵²; os positivistas inclusivistas aceitam que a moral possa ser parte estruturante de um ordenamento jurídico, apenas que não é necessária para caracterizar a existência do direito⁵³. Jules Coleman, um dos inclusivistas, declara que o teste da separabilidade (entre direito e moral) não é uma das características essenciais do positivismo como um todo⁵⁴, embora haja forte discordância que aponte que esse é sim um dos critérios essenciais para distinção das teses positivistas⁵⁵. Mesmo que reconheçam que há historicamente aspectos morais que o direito sempre regulou, não se pode logicamente depreender dessa observação uma ligação necessária ou que existam valores indiscutíveis independentes da cultura e/ou momento histórico.⁵⁶

Antes de iniciar a diferenciação da discricionariedade nos dois sistemas,

50 HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011. p. 148-149

51 NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 48

52 O Direito, para ser considerado como tal, necessariamente tem que fazer uma reivindicação de autoridade que exclua os outros sistemas normativos, e essa reivindicação sempre será moral. Cf. capítulos 1 e 2 de RAZ, Joseph. *Authority of Law – Essays On Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

53 SHAPIRO, Scott J. *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed...* Op. cit. p. 18-26

54 COLEMAN, Jules. Beyond inclusive legal positivism. In: *Ratio Juris*, v. 22, n. 3. pp. 359-394. September 2009. p. 383.

55 Os exclusivistas, mas não só eles, geralmente seguem nesse sentido. Conferir a obra de Dimoulis, que reitera essa separação como elemento ventral do positivismo: Cf. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. Op. cit.

56 HART, H. L. A. *O Conceito de Direito...* Op. Cit. p. 201

levanta-se mais um ponto para evitar confusões: quando se fala aqui de “positivismo” não está sendo abarcado o fiscalismo jurídico anterior a Kelsen e Hart ou o positivismo exegético. Nem Kelsen nem Hart afirmam que existiria uma separação estanque entre o subjetivo e o objetivo, como às vezes é ensinado nas faculdades de direito brasileiras. O jurista fiscalista tenta abordar o direito com um método descritivo e empírico da mesma maneira que fazem as ciências biológicas e físicas nas suas áreas. Hart, contrariando os fiscalistas e buscando fundamentos em Ludwig Wittgenstein, leva em consideração o aspecto interno das regras, que refere-se às razões subjetivas para seu reconhecimento enquanto normas⁵⁷. Proveitoso levantar esse ponto para não haver dúvidas sobre a separação entre o subjetivo e o objetivo não estar implícita na descrição e argumentação desenvolvidos nos próximos parágrafos.

No positivismo, nos casos judiciais em que a lei não é capaz de explicitamente lidar com o caso concreto, a resposta aparece na subjetividade do juiz que agirá de forma similar a um “legislador contido” (discricionariedade forte, conforme nomeia Dworkin) nesses casos, possibilitando diversas soluções para um mesmo litígio⁵⁸, o que também acarreta a dificuldade de se definir uma decisão como “legalmente incorreta”. O positivismo não exclui a ideia de princípios, mas os coloca como incapazes de preencher todas as lacunas, pois nega a normatividade daqueles que são derivados somente de um Direito Natural e a impossibilidade do texto legal prever todos os litígios possíveis⁵⁹. Já a discricionariedade fraca coloca que o magistrado se balizará em princípios que mesmo não estando positivados podem ser depreendidos do ordenamento, estando o juiz vinculado a um agir estritamente jurídico que lhe permitirá resolver qualquer caso através do manuseio correto das ferramentas disponíveis (o que, para autores como Dworkin, significa que haverá apenas uma solução correta).⁶⁰

Dworkin critica o positivismo de Hart ao afirmar que este não leva em

57 BOLZANI, Cesar Felipe. *Coerência, fontes e incorporação: investigações sobre a relação de Direito e Moral*. 2016. 105 f. Monografia apresentada na Faculdade de Direito da UFPR para obtenção do grau de bacharel em Direito. p. 21.

58 SHAPIRO, S. J. *Legality*. New York: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

59 ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. Em: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro...* Op. cit. p. 6471

60 Como se aprofundará mais adiante, Dworkin não está falando em termos objetivos, mas sim em uma única resposta correta subjetiva, o que permite discordâncias.

consideração a existência de princípios como parte obrigatória do ordenamento legal, o que o positivista responde como sendo uma compreensão equivocada de sua obra⁶¹. O autor norte-americano aponta como a flexibilização de regras, que sempre acontecerá para a produção da norma no caso concreto (já que é impossível prever as peculiaridades), depende da utilização de princípios que justifiquem o não cumprimento estrito da letra da lei. Como princípios não têm obrigatoriamente sua legalidade dependente da regra de reconhecimento⁶², e têm como função dar a melhor justificação moral possível ao direito, Dworkin afirma aquilo que seria chamado de discricionariedade pelos positivistas seria na verdade uma atitude vinculada ao ordenamento, pois os valores que seriam utilizados não seriam pessoais, e sim depreendidos do sistema jurídico⁶³.

O teórico norte-americano continua caracterizando o positivismo ao descrever a regra de reconhecimento (chamado por Dworkin de Teste de Pedigree) como um conjunto de práticas e consensos utilizados pelos juristas diretamente ligados à aplicação da lei, que definem critérios baseados na forma (adoção, formulação, entre outros) que identificam as regras utilizadas pela comunidade jurídica, ou seja, o que é ou não direito válido. Isso serviria para separar o direito das regras jurídicas não válidas e de regras morais⁶⁴. A regra de reconhecimento, na definição dos positivistas, é uma regra social que pode ser traduzida no reconhecimento da autoridade de algum texto normativo através dos costumes dos funcionários do sistema jurídico, que são exclusivamente fatos sociais⁶⁵. O autor norte-americano parece errar o alvo quando afirma que esse critério de validade das leis é sempre não-moral (para os positivistas inclusivistas, a única regra que obrigatoriamente terá uma fonte apenas social é a de reconhecimento⁶⁶) e quando

61 Herbert Hart afirmou em seu posfácio nunca ter excluído a ideia de princípios do ordenamento legal, e sim que houve uma confusão terminológica: aquilo que Hart nomeou como “regra” seria o que Dworkin nomeou de “*standard*”. In: HART, Herbert H. L. A. *O Conceito de Direito*. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

62 Grande doutrinadores brasileiros seguem nessa mesma linha, apontando que a validade dos princípios é baseada em seu próprio conteúdo. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 51-55.

63 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 58-63

64 *Idem*. p. 27.

65 ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. Em: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro...* Op. cit. p. 6472

66 SHAPIRO, Scott J. *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed...* Op. cit. p. 23

esquece de colocar um requisito social obrigatório na sua Teste de Pedigree⁶⁷.

Dworkin nega essa separabilidade ao declarar que a imbricação entre direito e moral, especialmente na forma dos princípios, ajuda a desfazer a imagem de que o direito não tem como plano de fundo uma forte carga política (alegação que este ensaio discorda, a partir do contexto do judiciário brasileiro). Aponta, também, que o direito funciona através de uma prática argumentativa, com seus operadores e participantes construindo diversos consensos através da argumentação – sobre o que é válido ou não, sobre qual o significado de certo termo, entre outros. Assim, passa a ser necessário que a legitimação do direito envolva uma legitimação moral, relativo à moral social naquele espaço-tempo, que possibilitaria que as decisões fossem aceitas pela comunidade como um todo. Isso essencialmente significa que o juiz pode recorrer aos padrões morais da comunidade, que teriam por essa natureza comunitária um caráter mais objetivado, e que isso seria uma fonte de direito.⁶⁸

Assim, Dworkin defende sua famosa tese da existência da resposta correta para cada caso: o direito não seria incompleto, apenas o positivista faria essa imagem dele, pois nos princípios baseados na moralidade social (que seriam a melhor justificação moral) estariam contidos os fatores necessários para suprir as situações aparentemente não acobertadas pelo ordenamento. Aparecem aqui dois importantes conceitos: a) o de integridade, que é ao mesmo tempo o reconhecimento mútuo como coautores de leis dos membros de uma comunidade (comunidade de princípios) e uma interpretação legal sob a lente da história institucional⁶⁹, o que nos leva ao; b) o romance em cadeia, onde cada decisão tem responsabilidade sobre as que a precederam e as que a seguirão⁷⁰. Através dessas suas noções, o autor norte-americano pretende assim afastar a noção de que o juiz teria alguma discricionariedade para decidir conforme seus próprios valores.

O positivismo, todavia, procura mostrar que apesar das boas intenções o resultado final ainda seria o mesmo: diante de casos complexos, com princípios conflitantes, o juiz acabaria em última instância decidindo conforme seus próprios

67 *Idem.* p. 8.

68 BOLZANI, Cesar Felipe. *Coerência, fontes e incorporação: investigações sobre a relação de Direito e Moral...* Op. cit. p. 29-33.

69 NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.* Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 67.

70 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios.* São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 235-237

valores. Hart aponta que ao decidir *hard cases* os juízes frequentemente citam algum princípio geral ou uma teleologia abrangente, exemplificando com alguma outra área do conhecimento (não jurídica) conexa ao tema em litígio. Isso seria, para o inglês, a real essência da “interpretação construtiva”, tão central na teoria da decisão judicial de Dworkin.⁷¹

Hart argumenta que a ferramenta hermenêutica dworkiniana não elimina a possibilidade de criação judicial de direito, pois princípios contraditórios poderão incidir nos casos que não são particularmente simples (mesmo em países que, diferentemente do Brasil, não têm como característica de seus sistemas a pamprincipiologia⁷²), autorizando analogias e argumentos conflitantes. E será o juiz que optará pelo que considerar mais adequado, confiando que sua percepção é a correta, e não alguma ordem de prioridades dificilmente identificáveis prescritas pelo ordenamento. Afinal, seria impossível determinar previamente padrões de conduta capazes de solucionar qualquer contingência, pois há uma indeterminação inerente à orientação social (devido às limitações naturais da linguagem e sua textura aberta)⁷³.

Além disso, há ainda um problema nas decisões das cortes que não refletem a melhor justificação moral. Elas por acaso não seriam direito? Qualquer decisão que não fosse reconhecida como constituída pela melhor justificação moral seria um erro jurídico? Diversos críticos do positivismo declaram que o ordenamento jurídico nazista não seria direito^{74,75}, mas isso parece partir de uma premissa que há uma

71 HART, H. L. A. *O Conceito de Direito...* Op. cit. p. 137-144.

72 Esse conceito será explicado no último capítulo.

73 HART, H. L. A. *O Conceito de Direito...* Op. cit. p. 145-149.

74 Há de se chamar a atenção, entretanto, para o fato que nem os grandes nomes do jusnaturalismo contemporâneo, como John Finnis, consideram que uma lei injusta não deva ser considerada lei. Afirmar tal coisa seria pura besteira, nas palavras do autor, e não há nenhum comprometimento do jusnaturalismo com essa tese. Cf. FINNIS, John. *Natural Law and Natural Right*. 2 ed. New York: Oxford University Press, 2011, p. 363-366

75 Outra afirmação comum, chamada de fórmula de Radbruch e repercutida por Alexy (em seu livro *Conceito e Validade do Direito*), é de que o sucesso do nazismo no campo jurídico seria culpa do positivismo. O recurso à redução *ad hitlerum* é extremamente comum na doutrina brasileira que se coloca como “pós-positivista”, como se pode conferir em BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 349; e em PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 66. Tal acusação já foi largamente respondida por positivistas, estrangeiros e brasileiros, (conferir, por exemplo, <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2013/08/alexey-formula-de-radbruch-e-positivismo.html>). Há de se notar, também, que Carl Schmitt, o grande teórico do ordenamento jurídico nazista, foi um dos críticos mais radicais do positivismo.

carga semântica positiva ao conceito direito⁷⁶ – ou seja, que o direito necessariamente é bom, o que não parece se sustentar para além de esperançosos desejos dos teóricos desse campo. Afinal, como devem ser chamados os ordenamentos jurídicos de sistemas avaliados como injustos, para que seja possível realmente investigar esses problemas e evitá-los no futuro⁷⁷?

A resistência ao direito injusto só pode se dar de forma efetiva e sólida no campo de argumentação extrajurídico, como campanhas de desobediência a leis discriminatórias: mesmo positivistas exclusivistas como Raz afirmam categoricamente que não há dever moral de obedecer nem sistemas jurídicos justos, e muito menos os injustos⁷⁸, corroborando o pensamento de Hart⁷⁹. No fim, o positivismo sempre teve como uma de suas maiores defesas ser um filtro contra fatores ideológicos – afirmação importante para se lembrar quando esse ensaio for tratar sobre neutralidade e legitimidade – para identificar o direito válido: John Austin já declarava que a existência do direito é uma coisa, seu mérito ou demérito é outra⁸⁰.

É nesta parte que outra crítica proveniente de Dworkin parece encontrar um obstáculo. O teórico afirma que toda concepção de direito deve descrever como ele justifica o exercício do poder de coerção pelo Estado, o que inclusive impede que uma teoria seja puramente descritiva⁸¹. Essa resposta, todavia, é algo que ele considera essencial mas que fica no segundo plano para os positivistas (que querem apenas identificar os pontos em comum dos sistemas para uma conceitualização adequada⁸²): a coerção pelo Estado nunca é justificada pelo direito em si, pois ele ainda será categorizado como tal mesmo se for cruel e injustificável, estando a

76 Como faz Carlos Santiago Nino, que diz existir um significado emotivo favorável na palavra “direito”. Cf. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1980, p. 15. APUD SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do direito e da moral – uma visão a partir do neopositivismo de Hart e a crítica de Nino. Em: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR...* Op. cit. p. 183-184

77 Para maior aprofundamento nessa questão, cf.: RAZ, Joseph, About Morality and the Nature of Law. *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 48, p. 1, 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1008801>>. Acesso em 22/08/2017.

78 Conferir o capítulo IV de RAZ, Joseph. *Authority of Law – Essays On Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

79 HART, H. L. A. *O Conceito de Direito...* Op. cit. p. 224

80 AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 187.

81 DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 110.

82 LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. In: *American Journal of Jurisprudence...* Op. cit. p. 42.

resistência mais radical ao direito para além das normas e outros setores do ordenamento.

Hart demonstra menos otimismo sobre os sistemas jurídicos, e sobre as possibilidades de autocontrole do judiciário sobre seus poderes, quando objetiva realizar uma descrição fiel, mas abrangente, do direito. Aponta que há restrições essenciais do sistema jurídico, e que casos indeterminados serão resolvidos através do uso de padrões extrajurídicos, ou seja, os juízes recorrerão a outros sistemas normativos que não o direito. Essas considerações extrajurídicas, no entanto, não poderiam nunca esquecer da autoridade cerceadora de que estão dotadas as regras⁸³. Os princípios, juridicamente vinculantes, seriam apenas o limite das considerações pessoais do magistrado, guiando seu raciocínio sem ampliar seu espaço decisório; não são, portanto, algo que contraria a tese da discricionariedade forte, e sim que a comprova.⁸⁴

Em outras palavras, os positivistas não negam a utilização da moral no direito nem que o juiz recorrerá à moralidade social em suas decisões; mas só que a existência dessa moralidade não a torna automaticamente vinculante em um sentido jurídico, o que só aconteceria quando fosse incorporada pelo direito por uma fonte adequada, passando pela regra de reconhecimento⁸⁵. A autoridade do direito é a ele conferida através de padrões sociais, não morais.

O senso comum aceita axiologicamente a percepção de uma moralidade comum, na qual todos teriam um acordo semântico em relação aos mesmos conceitos-valores, o que não reflete a realidade. O desejo geral por prosperidade, progresso, cultura e justiça (entre outros) não significa que as pessoas apoiem ou queiram exatamente as mesmas coisas e ideias, havendo alta probabilidade de divergência entre as políticas públicas mais adequadas para chegar nesses objetivos comuns. No fundo, muito dos desacordos entre fins específicos e valores menos gerais são genuínas divergências morais, o que não pode ser resolvido pelo apelo aos valores gerais, que vão ter diferentes significados para pessoas diferentes.⁸⁶

83 HART, H. L. A. *O Conceito de Direito...* Op. cit. p. 149

84 BOLZANI, Cesar Felipe. *Coerência, fontes e incorporação: investigações sobre a relação de Direito e Moral...* Op. cit. p. 69-71.

85 ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discricionariedade judicial e teoria do direito. Em: *Revista CEJ...* Op. cit.

86 RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. In: *The Yale Law Journal*, v. 81, 1972. pp.

Retomando, o positivismo não necessariamente exclui a incorporação de sistemas morais no sistema jurídico⁸⁷, mas afirma que aqueles não fazem obrigatoriamente parte deste, podendo o ser caso sejam reconhecidos pelas fontes próprias do direito. Essa é a chamada tese fraca de separabilidade, característica do positivismo inclusivista⁸⁸. As discordâncias entre juízes sobre quais princípios aplicar em um caso concreto (supostamente incompatíveis com o caráter consensual da regra de reconhecimento, conforme crítica de Dworkin) seria para Hart justamente disputas sobre a existência ou não da aceitação pelos membros do sistema.⁸⁹ A diferença essencial se encontra, portanto, na visão de que não há um teste de melhor justificação moral – mesmo que apenas como uma pretensão – para identificar o que é direito e o que não é, o que parece ser a explicação mais razoável para pensar os ordenamentos jurídicos, e em especial o brasileiro.

Um dos pontos mais relevantes do desenvolvimento do Estado de Direito a partir do fim do século XVIII é o fortalecimento dos princípios-limitadores da legalidade e da segurança jurídica, que hoje são fortemente mitigados pela adoção de ferramentas de intencional vagueza semântica para se adaptar aos contextos. Exemplos dessas ferramentas, que não são por si negativas (ao contrário, são necessárias para o funcionamento do atual sistema jurídico), são as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, que não raramente se misturam conceitualmente e frequentemente são elementos essenciais para entender o funcionamento de princípios⁹⁰. Os Conceitos Jurídicos Indeterminados são parte de uma linguagem aberta do direito e são um dos mecanismos criados para possibilitar a pretensão, pelo ordenamento jurídico, de abarcar o mundo em sua totalidade.

Sobre a linguagem aberta, na perspectiva do “pós-positivismo”, o Min. Barroso aponta que a Constituição se utiliza de inúmeras cláusulas abertas

850.

87 Fora o positivismo exclusivista, que se baseia para esta afirmação na *preemption thesis* de Raz, que não será aprofundado aqui mas trata basicamente da substituição da razão dependente pela razão do direito/do judiciário. Os artigos de Joseph Raz e Scott Shapiro defendendo o positivismo exclusivista contra o positivismo inclusivista são leituras indicadas para se aprofundar nessa divergência; assim como a contraparte dos inclusivistas como Wilfrid J. Wachulow e Jules L. Coleman. Alguns artigos desses autores, relevantes para este ensaio, podem ser encontrados na bibliografia ao final do texto.

88 SHAPIRO, Scott J. *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed...* Op. cit. p. 22-23

89 *Idem.* p. 25-26.

90 MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura no Novo Código Civil. In: ALVIN, Arruda; ALVIN, Thereza (Orgs.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 83-84.

(conceitos jurídicos indeterminados e princípios, geralmente), e que embora existam algumas fortes certezas sobre o que eles podem significar e o que eles não podem, há também uma ampla área de penumbra que acaba recaindo na subjetividade do intérprete. Isso é especialmente notável nos princípios constitucionais de forte carga axiológica, como o da dignidade da pessoa humana ou da moralidade administrativa. Na interpretação de normas de linguagem aberta, o direito acaba perdendo significativa parte de sua objetividade em prol do espaço valorativo do intérprete, e mesmo que exista um consenso de que o juiz não deve utilizar de seus próprios valores morais e políticos, isso não muda o fato que ele dificilmente não os usará na maneira como o sistema jurídico brasileiro é construído.⁹¹

Assim, cabe entender se a utilização dessa linguagem aberta dos textos jurídicos pode também ser compreendida, inclusive sobre o viés de fiscalizar as ações do judiciário, pela perspectiva positivista. Afinal, se o alegado consenso de que o juiz não deve utilizar seus próprios valores morais e políticos for apenas uma opinião de como o direito deveria ser, e não como ele realmente é, é necessário pensar em outras formas de analisar o comportamento de juízes, como agentes estatais que detêm grande poder sobre a vida dos indivíduos que formam a comunidade sob sua jurisdição.

91 BARROSO, Luis Roberto. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em 03/03/2017. p. 23

3 POR QUE UMA MUDANÇA SOBRE TEORIA DESCRITIVA É RELEVANTE?

Se tanto o positivismo quanto o “pós-positivismo” se propõem a apenas descrever como o direito é (lembrando que esse ensaio tenta evitar demasiada atenção para a abordagem normativa, a fim de restringir seu escopo), então qual a importância da abordagem descritiva na proposição de soluções para um problema prático - no caso, a arbitrariedade dos juízes?

Partindo primeiro da afirmação mais óbvia, Dimoulis aponta que, do ponto de vista estático, a atuação prática é precedida pelas opções teóricas. Por outro lado, do ponto de vista dinâmico, é possível constatar uma interação constante, com a mudança das posições e comportamentos de juízes e outros operadores do direito sendo identificáveis por transformações em seus posicionamentos teóricos durante sua carreira. É um erro imenso considerar que um conhecimento aprofundado sobre teoria descritiva do direito estaria apenas no campo do abstrato e interessaria apenas para filósofos do direito.⁹²

Identificando novamente e de forma mais sucinta a principal diferença entre ambos, o “pós-positivismo” de Dworkin defende que a moralidade das decisões judiciais é necessariamente intrínseca ao direito e é retirada diretamente da moralidade da comunidade de princípios, enquanto o positivismo de Hart e seus seguidores firma que, em última instância, deverá o juiz decidir conforme seus próprios valores (notando-se que ele também pode usar a moral da comunidade em suas decisões), podendo existir limites à sua discricionariedade estabelecidos por princípios reconhecidos pelo sistema jurídico.⁹³

A teoria descritiva proveniente de Hart passa (especialmente para os leigos e para aqueles que estudaram superficialmente o tema, que é importante para a análise que será feita sobre neutralidade e legitimidade) uma imagem de maior responsabilidade pessoal sobre o magistrado, dirimindo um pouco da aparência de uma decisão técnica, já preexistente no ordenamento. Isso ganha relevância a partir do momento em se expõe o judiciário como incapaz de fazer, por si próprio, que seus julgamentos sejam obedecidos, dependendo então – ao menos, como regra –

92 DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. Em: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Op. cit. p. 220-221

93 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios...* Op. cit.; e HART, H. L. A. *O Conceito de Direito...* Op. cit.

de que outros poderes o façam⁹⁴.

Há uma extensa lista de decisões judiciais ao redor do mundo, geralmente de um tribunal contra outra instituição pública, que não se tornaram efetivas por terem sido consideradas demasiadamente arbitrárias⁹⁵. Ocorreu, no Brasil, recentemente um caso que ficou famoso em que o Senado, presidido por Renan Calheiros, desobedeceu a liminar da ADPF 402, proferida pelo relator Min. Marco Aurélio em 05/12/2016, que obrigava o presidente do Senado a se afastar do cargo por ser réu em ação penal. Poucos dias depois, no dia 07/12/2016, o Plenário do STF derrubou a liminar. Há como pressionar os tribunais pelo receio do conflito institucional e da perda de legitimidade que resulta de decisões não cumpridas, sendo um lembrete da fragilidade dos juízes quanto ao poder de aplicar diretamente suas decisões. Essa é uma maneira de impedir que o ativismo judicial se retroalimente, pois a melhor maneira de ampliar poderes assim é reafirmando-os constantemente.⁹⁶

Independentemente da apreciação sobre o conteúdo desses casos ser benéfica ou prejudicial para a comunidade e do restrito número daqueles com poder suficiente para proceder dessa maneira, ele ainda exemplifica bem um tipo de controle externo do judiciário, mesmo que não oficial ou formalizado. Esse exemplo mostra o constrangimento em prol da contenção do Supremo sobre sua discricionariedade pelo receio de que as decisões não sejam cumpridas. As formas de controle interno, como a reforma da sentença pelos tribunais superiores ou as fracas sanções do Conselho Nacional de Justiça, não mostraram até hoje força suficiente para diminuir a arbitrariedade dos magistrados, abrindo espaço para pensar mecanismos alternativos de fiscalização e controle.⁹⁷

Cabe, aqui, mesmo se tratando de um positivista exclusivista, mencionar a tese da autoridade alegada de Joseph Raz. Esse autor identifica uma diferenciação

94 ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional...* Op. cit. p. 65-66.

95 Na Itália logo após a fundação da Corte Constitucional, na Alemanha sob a proibição na Baviera de crucifixos nas escolas públicas, nos Estados Unidos com a demora da obediência da sentença anti-segregatória *Brown v, Board of Education*. In: BARROSO, Luis Roberto. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política...* Op. cit. p. 37-38.

96 ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional...* Op. cit. p. 68

97 Esse trabalho se foca nas possibilidades de controle externo. Para sugestões de controle interno, assim como sua atual inefetividade, é recomendada a leitura do seguinte artigo: GICO JR, Ivo Teixeira Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 479-499

entre autoridade legítima e a autoridade de fato. A primeira emite diretivas que as pessoas cumprem voluntariamente por considerarem moralmente melhores que as outras razões morais disponíveis. Já a segunda apenas alega ser como a primeira, ou acredita que é, mas é reconhecida como tal pelos sujeitos submetidos a ela, e deve dessa maneira resguardar a noção de autoridade legítima. Enquanto aquela fornece razões para o agir das pessoas, esta fornece apenas uma razão para que acreditem que ela tem essa legitimidade e ajam de acordo com suas diretivas sem necessidade de força. O direito pode, circunstancialmente, ter uma autoridade legítima, mas o que sempre terá é uma autoridade de fato, pois aceita ser obedecido não só por apresentar a melhor razão moral para os jurisdicionados, mas também por fatores como comodidade, prudência, receio de sanções, etc.⁹⁸

Assim, não pode o sistema jurídico abandonar completamente a ideia de que deve corresponder em alguma medida aos valores morais daqueles que serão afetados por ele, sob o risco de corroer sua autoridade. Esse ensaio defende ser prejudicial que a responsabilidade por esses julgamentos polêmicos não recaia pelo menos majoritariamente naqueles que o realizaram. E o faz baseado em Hart, que argumentava que uma teoria do direito que tenha como fundamento o positivismo jurídico seria muito mais “honestá”, principalmente quando se tem como foco a resistência a leis injustas⁹⁹. E é mais “honestá” por, escolhendo como foco uma descrição mais crua, não ter como objetivo justificar o direito. Por isso a teoria se afirma como moralmente neutra¹⁰⁰, o que não quer dizer que não seja essencial para posteriores críticas morais sobre o sistema jurídico, conforme indica o autor no posfácio de sua maior obra.¹⁰¹

Ao explicitar o máximo possível que as decisões das cortes não são de fato integralmente técnicas nem que estavam previamente contidas no direito, e sim que são formadas em grande parte por valorações pessoais dos juízes (os questionamentos sobre inexistência de neutralidade serão expostos mais adiante) e também que isso é inerente ao sistema jurídico e não um simples erro do magistrado, é criado mais um estímulo para que a sociedade e outras instituições desenvolvam novas formas de restringir uma liberdade exacerbada do judiciário. Por

98 RAZ, Joseph. *Authority of Law – Essays On Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

99 HART, H. L. A. *O Conceito de Direito...* Op. cit. p. 224.

100 JEREMY, Waldron. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press UK. 1999. p. 166

101 *Idem*. p. 300-301

último, sendo este ensaio um trabalho acadêmico, há também o intuito de estimular o debate no ambiente universitário e doutrinário, considerando que ambos estão interligados, através da tentativa de combater, mesmo que com pequeno impacto, axiomas que já estão profundamente arraigados no ensino da teoria do direito no Brasil.

Partindo desses pressupostos, é possível começar a verticalizar a discussão sobre a possibilidade do positivismo ajudar a evidenciar a forma como os valores morais aparecem nas escolhas judiciais.

3.1 PROBLEMAS COM A TEORIA DWORKINIANA NO BRASIL

Há um relevante apontamento, antes de voltar a tratar das teorias dworkinianas sobre a concepção sociológica e doutrinal do direito, da distinção que esse autor faz para evitar confusões conceituais: a sociológica seria aquela referente à estrutura social característica, que aceitaria o ordenamento nazista como direito; enquanto a doutrinal, que se intercala e se confunde com a concepção aspiracional, tem um caráter interpretativo e mais voltado a uma imagem ideal do direito. A título de exemplo, para Dworkin essa concepção se volta para a justificação moral, enquanto para Shapiro ela se volta para o planejamento das práticas sociais.¹⁰²

Essa concepção aspiracional com foco na correção moral aparenta facilitar, a partir de uma leitura pouco rigorosa do que Dworkin realmente pretendeu, que os juízes assumam para si a função de “corrigir” o direito, de adaptar o que ele é para aquilo que ele deveria ser, através da concepção do magistrado. A noção dos positivistas de que o direito tem em sua essência a orientação daqueles subordinados a ele, para conhecerem como poderão agir e o que devem esperar dos outros, gera mais estímulos para respeitar a previsibilidade e coerência entre as decisões, o que é um aspecto central do debate sobre a contenção do judiciário.

O positivismo, enfim, coloca a segurança jurídica enquanto pretensão de correção normativa, abarcando e eclipsando a noção abstrata de justiça¹⁰³. Essa

102 BOLZANI, Cesar Felipe. *Coerência, fontes e incorporação: investigações sobre a relação de Direito e Moral...* Op. cit. p. 45-47.

103 NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.* Belo

concepção também ganha importância por ressaltar o problema de uma falta de coerência entre as decisões judiciais, gerando dúvidas sobre qual o comportamento permitido na comunidade e quando que seria cabível (e, conseqüentemente, quando seria inócuo) levar um litígio para ser resolvido pelo judiciário.¹⁰⁴

Dworkin, reprovando a discricionariedade judicial e a falta de controle desta, afirma a necessidade da integridade e do conseqüente romance em cadeia. Isso é parte essencial da ideia da “resposta correta para o caso concreto”. O magistrado deve levar em consideração aquilo que foi decidido e escrito antes da sentença que está prestes a prolatar, assim como pensar nas conseqüências de sua decisão para aquelas que a seguirão. O autor de “O Império do Direito” diz que o juiz, ao mesmo tempo, tanto cria quanto descobre o direito¹⁰⁵. Rupturas com essa história institucional, portanto, deveriam ser devidamente e profundamente fundamentadas.

Importante notar, para não tornar a crítica demasiadamente superficial, que a ideia da resposta correta é mais complexa do que parece à primeira vista. Dworkin reitera em diversos momentos se tratar apenas de uma postura, e não uma garantia metodológica, o que possibilita discordâncias razoáveis entre juízes, advogados, cidadãos, entre outros¹⁰⁶. De maneira aparentemente contraditória com a defesa da intervenção dos juízes nas políticas públicas, o Min. Barroso fala que a pretensão de resposta correta para o caso específico se refere a “uma resposta subjetivamente correta”, inexistindo uma resposta objetivamente correta. Tal afirmação, que deveria ser um obstáculo para os argumento em prol de um aumento do poder dos magistrados, parece ter outro sentido para o Ministro, que ainda afirma ser fato

Horizonte: Forum, 2011. p. 47.

104 Para exemplificar essa concepção: “*Essa previsibilidade, que chamaremos segurança jurídica, por sua vez, permite aos agentes sociais saberem e negociarem ex ante a quem fica alocado o risco de um determinado evento. Além disso, caso o risco de um determinado evento não tenha sido expressamente previsto em um contrato, seja por que não há contrato (e.g. em um caso de responsabilidade civil extracontratual), seja por que as partes não anteviram o evento ou preferiram não regulá-lo (lacuna contratual), a previsibilidade da conduta do magistrado permite aos agentes que, na presença do evento conflituoso, emulem o resultado de um julgamento sem precisar recorrer ao Judiciário. Assim, por exemplo, em um acidente de trânsito em que uma das partes bate na outra por trás, sabendo que o Judiciário vai presumir sua culpa, há uma maior probabilidade de o condutor que bateu concordar espontaneamente em indenizar o condutor do veículo da frente. Essa cooperação espontânea (autocomposição) alcança o mesmo resultado que seria alcançado por um julgamento (heterocomposição) sem incorrer nos custos de adjudicação, logo, é mais eficiente*”. In: GICO JR, Ivo Teixeira. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas...* Op. cit. p. 481.

105 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios...* Op. cit. p. 238

106 NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 55-56.

inegável que mesmo aqueles que consideram que existem altos graus de objetividade nos valores morais devem reconhecer que a verdade não se apresentaria de forma clara e precisa.¹⁰⁷

A adoção da teoria descritiva de Dworkin nesse ponto parece ser problemática devido a: (i) diminuta importância que muitos magistrados dão aos precedentes, problema que o CPC/2015 tentou resolver; e (ii) resistência do judiciário pátrio em relação à fundamentação exaustiva de suas decisões, seja pela grande carga de trabalho seja pela suposta desnecessidade em esmiuçar cada argumento colocado. A título de exemplo, com o Código de Processo Civil de 2015, desenvolveu-se intenso debate sobre o parágrafo 1º do artigo 489¹⁰⁸.

Esse dispositivo não considera fundamentada qualquer decisão judicial que, entre outros: se limitasse à indicação ou reprodução de ato normativo sem explicar sua relação com a questão decidida; que empregasse conceitos jurídicos indeterminados sem relacioná-los ao caso; ou que invocasse precedente ou enunciado de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes na questão em julgamento. E essa parte da lei sofreu inclusive pedido de veto por entidades de magistrados, com notável destaque à Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).¹⁰⁹

107 BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Política Públicas...* Op. cit. p. 35

108 Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

109 Cf. <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>>. Acesso em 02/03/2017. Para mais informações sobre o debate levantado, pode-se conferir também o artigo de Rafael Tomaz de oliveira (<http://www.conjur.com.br/2015-mai-30/diario-classe-debate-fundamentacao-cpc-corporativo#_ftn1>). Acesso em 02/03/2017 e de Streck com

Faz sentido afirmar que magistrados seguirão precedentes nos sistemas mais conhecidos de *common law*¹¹⁰, pois existe um acordo implícito de respeito ao *stare decisis*¹¹¹ e de coerência entre os juízes para possibilitar a replicação das sentenças. Já no sistema brasileiro, de origem romano-germânica, era esperado que uma jurisprudência relativamente uniformizada não necessitasse de maiores mecanismos de reforço (como aqueles voltados ao respeito aos precedentes) além da maior vinculação ao texto legal, muito mais extenso e com maiores pretensões de completude e universalidade; o aumento do ativismo judicial, no entanto, dificulta a esperança de coerência baseada apenas em um texto legal que é frequentemente flexibilizado em demasia pelas sentenças.¹¹²

Não há uma instituição como o *stare decisis* em efetivo funcionamento na estrutura do judiciário brasileiro, e tampouco é possível afirmar que a lei funciona adequadamente como limitadora e controladora da atividade jurisdicional. É preciso se perguntar, então, quais os incentivos que os magistrados têm para seguir as decisões de tribunais superiores (e manter a coerência uns com os outros). A preocupante resposta, conforme análise econômica do direito feita por Ivo Teixeira Gico Jr., é que não há quase nenhum incentivo nesse sentido.¹¹³

Dessa forma, a ideia do “romance em cadeira” em Dworkin, mesmo lembrando de sua natureza parcialmente prescritiva, fica bastante prejudicada quando aplicada sobre o contexto brasileiro. O desenvolvimento de novos institutos que estimulam uma prática de respeito aos precedentes é salutar¹¹⁴, mas ainda há

Dierle Nunes (<http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>. Acesso em 02/03/2017)

110 Vale sublinhar que tanto Dworkin quanto Hart, apesar de terem pensando em uma Teoria Geral do Direito querendo englobar todos os sistemas jurídicos (com foco nos ocidentais), tinham o *common law* como sistema mais imediatamente observável. Pode ser, portanto, um pouco desnecessário lembrar que suas teorias se amoldem melhor aos ordenamentos de origem anglo-saxônica. Hart, no entanto, objetivou uma teoria mais geral, e Dworkin escolheu estudar sistemas jurídicos bem sucedidos. Cf., para mais informações, a nota de rodapé 120.

111 *Stares decisis*, explicado de forma sucinta, é vinculação obrigatória que toda decisão judicial tem sobre as futuras decisões, exigindo que divergências futuras sejam bem argumentadas e que o uso de precedentes explicita as similares entre os casos. Pode ser vulgarmente traduzida como “respeito aos precedentes”.

112 GICO JR, Ivo Teixeira. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas...* Op. cit. p. 483-484

113 *Idem*. p. 488

114 Não se desconhece que existe um interessante debate sobre os reais benefícios ou prejuízos desse sistema de precedentes adotado pelo CPC/15. Não faltam exemplos no ordenamento brasileiro de importação isolada de institutos estrangeiros que acabam perdendo um pouco do sentido ou da eficácia ao serem retirados de seu contexto original; há o risco, nesse caso, de simplesmente se aumentar vertiginosamente o poder das cortes superiores. A visão majoritária desse debate é capitaneada por Taruffo, Mitidiero e Marinoni; e é contestada por alguns autores

uma resistência muito grande por parte dos magistrados em aceitá-los. Enquanto as decisões continuam imprevisíveis e os responsáveis pela sua fiscalização ficam recalitrantes em impedir tal fenômeno, permanece urgente a busca por outros meios de vigilância eficiente.

Dirimindo ainda mais o funcionamento do romance em cadeia, sua base que é o conceito de integridade do direito também depende de um modelo de comunidade de princípios (onde todos se reconhecem como livres, iguais e coautores das leis). Dworkin aponta que suas ideias não funcionariam da mesma maneira em uma comunidade de fato onde não se assume nenhuma vinculação ou responsabilidade em especial, ou em comunidades de regras onde o respeito a convenções não remete necessariamente a princípios de conteúdo moral. Seria temerário afirmar que a sociedade brasileira, que tem índices de confiança em seus representantes e nos seus concidadãos notoriamente baixos¹¹⁵, se enquadraria nessa particularidade definida pelo autor não-positivista.

Importante salientar que quando se fala de precedentes segundo Dworkin neste ensaio, o foco não está na figura dos precedentes em si, e sim como um reflexo concreto da historicidade no Direito (ou seja, a jurisprudência expõe com clareza a história e atual momento do desenvolvimento de cada sistema, o que deve ser pouco obscuro para o bom funcionamento dos ordenamentos jurídicos)¹¹⁶. No terceiro capítulo, tratando da utilização e conceitualização de princípios, será possível entender melhor o colossal prejuízo que a falta de cuidado com a historicidade do direito causa nas decisões judiciais, mais graves ainda dentro dos judiciários que adotam (ou dizem adotar) as teses dworkinianas.

É profícuo também mencionar as teorias provenientes de Robert Alexy, outro teórico muito citado nas decisões judiciais, que são frequentemente mal interpretadas como uma continuação das de Ronald Dworkin, especialmente por

como Igor Raatz e Lênio Streck. Para maior aprofundamento na questão: RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira? Em: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 11, n. 11, 2013, p. 217-237.

115 Pesquisa do IBOPE de 2015 apontou que a menor confiança do brasileiro médio é nos órgãos políticos de representação, e que o índice de confiança em vizinhos e brasileiros de modo geral não passa de 60, de um total possível de 100. Cf. <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Instituicoes-politicas-perdem-ainda-mais-a-confianca-dos-brasileiros.aspx>>. Visitado em 18/08/2017.

116 WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, p. 305-324, janeiro/junho de 2013. pp. 314-315

serem dois dos principais nomes da teoria principiológica do “pós-positivismo”. Nada mais equivocado: Alexy argumenta sobre a impossibilidade da tese da única resposta correta alegando que ela só seria possível com, além de um consenso comunitário improvável, uma variante mais forte da teoria dos princípios, que deveria conter também todas as relações de prioridade abstratas e concretas entre cada um deles¹¹⁷

Os juízes brasileiros fazem bastante referência à separação entre regras e princípios e, especialmente, à ponderação desses últimos. Todavia, os magistrados geralmente consideram que a ponderação é em si um princípio, e não um método, como originalmente colocou o autor alemão. Lênio Streck aponta, sobre essa confusão, que a ponderação nos termos do autor alemão não é uma simples operação em que se colocariam dos princípios em uma balança para ver qual deles “pesa mais” no caso concreto, não existindo em Alexy a brecha para essa escolha direta do intérprete.¹¹⁸

Mais especificamente, os juízes raramente procedem à necessária análise dos três subprincípios da ponderação caso identifiquem algum conflito entre direitos fundamentais, sejam eles a adequação (a medida será realmente apta para resolver o litígio?), necessidade (a supressão de um dos direitos fundamentais é imprescindível ou há outra possibilidade?) e proporcionalidade (o direito fundamental suprimido não terá uma restrição de maior intensidade que o benefício provindo do direito que está colidindo com ele?). Esse último subprincípio, inclusive, acaba sendo invocado em separado, mas de forma absolutamente desvirtuada e se resumindo a um forte conteúdo retórico, sem utilizar a lógica que deveria ser inerente a esse método.¹¹⁹

É difícil portanto aceitar sem grandes ressalvas que a teoria de Dworkin (e Alexy, sendo esse último ainda mais corrompido) é inquestionavelmente a melhor teoria como funciona o sistema jurídico brasileiro. O próprio Dworkin já admitiu que está preocupado em descrever ordenamentos jurídicos que estão prosperando

117 ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n.5, 135-151, 1988. p. 145-151.

118 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2013. p. 287

119 TOVAR, Leonardo Zchuri. Promessas da modernidade e Ativismo Judicial. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v.5, Número Especial, 2015, p. 518-536.

(*flourishing legal systems*)¹²⁰¹²¹, não sendo difícil afirmar que a quantia de profundas reformas contínuas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 indicam que o ordenamento brasileiro ainda está buscando consolidação e a melhor adaptação para seus jurisdicionados.

Averigua-se, inclusive, a maior centralidade teórica que os positivistas dão à precisão descritiva ao resgatar a proposta do Juiz Hércules de Dworkin, que seria o magistrado capaz de cumprir adequadamente todos os critérios que o norte-americano elenca, como o da integridade. O nome é assumidamente escolhido por ser uma tarefa sobre-humana, sendo essencialmente um horizonte que os aplicadores do direito devem seguir mesmo que não possam atingi-lo nunca. É perceptível, assim, um elemento intensamente normativo dentro da construção teórica do norte-americano¹²². Uma crença nas virtudes e capacidades hercúleas do aplicador de encontrar no ordenamento, a partir do caso concreto, a solução mais satisfatória é severamente criticada pelos positivistas¹²³.

É possível ainda aprofundar a proposta deste ensaio que apresenta o positivismo como uma teoria que facilita a implicação de um pouco mais de responsabilidade pessoal do juiz pelas decisões que profere, fornecendo alguns novos elementos que podem ser usados na discussão sobre os fatores que geram o decisionismo. E, para chegar nesse ponto, é necessário trabalhar com a alegada neutralidade e legitimidade desse poder estatal.

3.2 NEUTRALIDADE E LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO

Por quais motivos os jurisdicionados aceitam as decisões judiciais mesmo quando discordam do seu conteúdo? Não é possível resumir tudo à “ameaça de coerção”, visto ser uma possibilidade que pessoas de fato aceitem a razão do

120 DWORKIN, Ronald. *Law's Empire...* Op. cit. p. 110.

121 Brian Leiter também afirma, sob o viés do positivismo inclusivista, que a teoria do direito descritiva de Dworkin na verdade se refere a sistemas jurídicos específicos, possivelmente sendo apenas uma descrição contextualizada do funcionamento do judiciário dos EUA. Sua ideia de correção moral seria, portanto, apenas a regra de reconhecimento típica daquele sistema. Cf. LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. In: *American Journal of Jurisprudence...* Op. cit. p. 31.

122 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Op. cit. 165-183.

123 DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. Em: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011. p. 234

magistrado como a mais adequada¹²⁴, chegando a substituir seu entendimento e valoração do caso pelas fundamentações do juízo¹²⁵. Trata-se, portanto, de uma crença de que o judiciário tem, por alguma razão, uma maior capacidade de resolver os litígios que as próprias pessoas.

O senso comum vê o judiciário como um poder imparcial e neutro, fora da esfera política do legislativo e do executivo. Essa visão tem vários fundamentos na doutrina, sendo comum encontrar razões como o emprego da técnica jurídica, a falta de função representativa e de vinculação partidária, a independência funcional dos tribunais e a submissão estrita aos dispositivos legais ou constitucionais.¹²⁶ Autores como Barroso vão inclusive declarar que uma crítica que indique que uma decisão não foi estritamente jurídica é desqualificante e ofensivo.¹²⁷

Por outro lado, linhas de pesquisas como a *political jurisprudence* do EUA colocam o sistema jurídico como parte do sistema político, com a decisão judicial sendo uma subclassificação disfarçada da ação política e juízes como atores (que, como colocam os positivistas, também fazem direito) direcionados por, dentre outros, filiações partidárias e interesses ideológicos ou estratégicos¹²⁸. Esses estudos fornecem ampla base empírica para essas afirmações¹²⁹. Ressalta-se que, apesar da *political jurisprudence* ter várias divergências internas, a ideia geral dos tribunais como entes também políticos permanece como ideia geral que os unifica.¹³⁰

124 E Hart já afirmava que o poder coercitivo do direito e do governo só se estabelece com a cooperação voluntárias das pessoas a eles subordinadas, e que nem sempre isso se dá através da ameaça. HART, H. L. A. *O Conceito de Direito...* Op. cit. p.26-29 e jp. 217.

125 Apenas para tornar essa ideia da substituição mais compreensível, é possível recorrer a teoria da razão excludente em Joseph Raz, tomando cuidado para evitar uma equivalência entre ambas. Para Raz, a razão excludente de uma decisão é aquela que limitam as ações dos indivíduos em litígio, independente das razões individuais originais das partes, que são substituídas pela primeira. A diferença é que as partes seguem essa razão excludente porque ela provém da autoridade, não porque necessariamente concordam com ela. In: BOLZANI, Cesar Felipe. *Coerência, fontes e incorporação: investigações sobre a relação de Direito e Moral...* Op. cit. p. 48-50.

126 TAVARES. André Ramos. *Tribunal e Jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 42-46

127 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista (Syn)thesis*, v. 5, n.1, p. 23-32, 2012.

128 REHDER, Britta. What is political about Jurisprudence? Courts, Politics and Political Science in Europe and the United States. In: *MPIfG Discussion Paper 07/5*, 2012. Disponível em: <www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp07-5.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 10

129 Conferir a lista de artigos da nota de rodapé 20 na p. em: ANNUS, Taavi. Courts as Political Institutions. In: *Juridica International XIII*. p. 22-30. Estonia, 2007

130 As subdivisões mais importantes são: (i) a abordagem institucionalista clássica, que vê os tribunais como parte de uma estrutura institucional maior, de todo o setor público, sendo participando desse processo político mais amplo; (ii) a abordagem comportamental, que se foca no processo e motivação das decisões judiciais, pensando as cortes como conglomerados de

Mas porquê ainda permanecem resquícios dessa imagem de neutralidade, mesmo após décadas de crítica ferrenha? Afinal, não há porque considerar depreciativo classificar decisões judiciais como também orientadas politicamente ou ideologicamente, pois mesmo na *political jurisprudence* as vertentes do novo institucionalismo (em especial a histórico-interpretativa) fazem questão de sublinhar que o direito como política – no sentido estrito, de participação no jogo político que caracterizam Executivo e Legislativo – é ainda assim direito. Há particularidades sobre o funcionamento institucional do judiciário, como a obrigatoriedade da justificação das decisões com argumentos jurídicos (ou aparentemente jurídicos), que o diferencia profundamente do legislativo e do executivo, consideradas consensualmente como instituições políticas.¹³¹

A tentativa de ainda manter essa falsa imagem é também uma forte ferramenta política de legitimação.¹³² Indo para outra vertente de análise, completamente diversa da *Political Jurisprudence*, Bourdieu fornece, através de sua conhecida teorização sobre a relação no direito com sua legitimidade e suposta neutralidade, uma base para reafirmar a importância de mudanças sobre a teoria descritiva adotada e como ela é compreendida. O autor francês afirma que a retórica da autonomia, neutralidade e universalidade do direito não se trata de uma máscara ideológica, mas sim da própria estrutura de funcionamento do campo jurídico.¹³³

Até a linguagem utilizada nos textos jurídicos (leis, sentenças, doutrina) é desenvolvida de forma a produzir algum dos três efeitos retóricos supracitados¹³⁴. Observa-se isso em ferramentas discursivas como a frequente utilização das

juízes individualizados cujos valores e preferências pessoais são as mais importante variáveis para entender o judiciário; (iii) a abordagem neoinstitucionalista, que se subdivide em outras visões, adiciona ou o condicionamento dos juízes feitas pelas instituições externas, como opinião popular e legislativo (Institucionalismo da Decisão Racional), ou as condicionantes do próprio sistema jurídico, como a pressão de outros magistrados e a força impositiva da coerência jurisprudencial (Institucionalismo histórico-interpretativo). Cf. REHDER, Britta. What is political about Jurisprudence? Courts, Politics and Political Science in Europe and the United States. *MPIfG Discussion Paper...* Op. Cit. p. 11-16.

131 REHDER, Britta. What is political about Jurisprudence? Courts, Politics and Political Science in Europe and the United States. *MPIfG Discussion Paper...* Op. Cit. p. 13 e 23.

132 BURLEY, Anne-Marie; MATTLI, Walter. Europe before the Court: A Political Theory of Legal Integration. In: *International Organization*, v. 47, n. 2, p. 41-76, 1993. p. 44

133 BOURDIEU, Pierre. La Fuerza del Derecho, elementos para una sociología del campo jurídico. In: *Poder, Derecho y Clases Sociales...* Op. cit. p. 173-174.

134 Não se ignora, todavia, que parte de linguagem considerada inacessível e “elitista” é importante para dar precisão ao manejo do Direito, assim como a linguagem técnica nas ciências sociais ou mesmo biológicas. Há termos que se diferenciam muito no uso comum, do cotidiano, e no seu significado dentro do mundo jurídico.

construções passivas, abstratas e indefinidas (como “pelo entendimento deste juízo”, ou “consoante o entendimento do direito pátrio”) e o uso de sujeitos que procuram abarcar a totalidade (“todos têm direito a”, “nenhum ser humano será obrigado a”)¹³⁵. A linguagem é uma parte do processo contínuo de racionalização do direito que busca diferenciar cada vez mais o “leigo” do “profissional do direito”, buscando dar uma aparência técnica para a elaboração e aplicação das normas de maneira que, para ambos os grupos, pareça que o sistema jurídico é completamente independente das forças que ele ratifica e legitima, consolidando-as na sociedade.¹³⁶

O juiz assim veste a fantasia de simples aplicador da lei, que quando realiza algum processo criativo o faz baseado em limites muito bem definidos, através de uma leitura “profissionalizada” dos princípios e de um corpo sistemático de regras, buscando através de procedimentos lógicos “revelar” a justiça escondida dentro dos textos – e demais fontes – legais.¹³⁷ Kelsen já elencava dentre seus objetivos, ao desenvolver a Teoria Pura e os passos iniciais do positivismo, que fosse superada a ilusão da certeza jurídica originada na teoria jurídica tradicional, que colocava o direito como um sistema fixo que regula todos os aspectos do comportamento humano.¹³⁸ Nesse sentido, não é comum encontrar linhas relevantes do positivismo que neguem os elementos políticos inerentes às cortes.¹³⁹

Na realidade, a operação hermenêutica de declaração (*declaratio*) das normas é caracterizada por enorme liberdade do intérprete sendo muito comum a racionalização jurídica feita após o juiz já ter decidido o que considera mais correto em relação ao caso em análise¹⁴⁰.

135 *Idem.* p.173-174.

136 BOURDIEU, Pierre. La Fuerza del Derecho, elementos para una sociología del campo jurídico. In: *Poder, Derecho y Clases Sociales...* Op. cit. p. 169

137 *Idem.* p. 179-181

138 KELSEN, H. On the theory of interpretation. *Legal studies*, v. 10, n. 2, Blackwell publishing Ltd., July 1990. p. 132

139 Assim como a esmagadora maioria dos doutrinadores anglo-saxões não-positivistas e mesmo a maior parte da doutrina da Europa Continental. Vide o ex-membro da Corte Constitucional Alemã, Dieter Grimm, que escreveu que hoje provavelmente ninguém argumentaria contra o fato de que o comportamento dos juízes e de julgamentos não são e nem poderia ser completamente explicados em termos jurídicos. Cf. GRIMM, Dieter. Constitutional Adjudication and Democracy. In: ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (eds.) *Judicial Review in International Perspective*. The Hague: Kluwer Law International, 2000. p. 113.

140 Tal afirmação é continuamente explicitada pelos magistrados do sistema jurídico brasileiro, como já demonstraram algumas pesquisas baseadas em entrevistas. Cf.: MENDES, Regina Lucia Teixeira. Dilemas da decisão judicial: as representações dos juízes brasileiros sob o princípio do livre convencimento do juiz e outros princípios correlativos. Em: *Revista Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 14, n.1, p. 191-208, 2008. Outro forte exemplo provindo da Suprema Corte do país, o próprio Min. Marco Aurélio já disse que “Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e

Mesmo que no fundo as decisões tenham raízes mais profundamente cravadas nas disposições éticas dos agentes internos do sistema jurídico do que em normas puras, a percepção dos jurisdicionados da arbitrariedade do processo de interpretação é evitada. A eficácia simbólica é conferida pela forma racional do sistema jurídico, em contraposição à forma mágica/teológica dos procedimentos arcaicos de julgamento, consequentemente legitimando o direito sem que seja necessário recorrer a argumentos sagrados ou de vigilância divina.¹⁴¹

Para Bourdieu, a eficácia simbólica só se exerce com a cumplicidade dos que a sofrem, tendo maior garantia de funcionamento quanto maior for sua sutileza. Uma das funções do trabalho jurídico de transformar em lei as representações e práticas éticas é fundamentar a adesão dos leigos à legitimidade do direito pela crença na neutralidade e autonomia do direito. O direito, como forma por excelência do discurso legítimo, não pode exercer sua eficácia específica para além da medida em que permaneça desconhecida o quanto é arbitrário o fundamento de seu funcionamento, dependendo profundamente das crenças e mitos sobre sua imparcialidade para se manter como um mecanismo de planejamento e controle social.¹⁴²

É necessário inserir mais a percepção de que o judiciário é um poder político tanto quanto o legislativo e o executivo no senso comum jurídico, e não apenas no sentido amplo de políticas, para proporcionar o planejamento de formas de controle de um poder político (assim como o voto é, ao menos teoricamente, a forma de controle para o legislativo e o executivo). Isso, necessário ressaltar, não é todavia uma exclusividade do juspositivismo: visão é corroborada por alguns filósofos da linha de Dworkin no Brasil, como a afirmação de Vera Karam de Chueiri de que a incompatibilidade de princípios contrários levaria necessariamente a disputa para espaços extrajurídicos, como a arena política.¹⁴³

Sendo mais incisivo nos exemplos sobre a atuação do judiciário como um

posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio” Cf. <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>>, acesso em 18/08/2017.

141 BOURDIEU, Pierre. La Fuerza del Derecho, elementos para una sociologia del campo jurídico. In: Poder, Derecho y Clases Sociales... Op. cit. p. 186

142 *Idem.* p. 210

143 CHUEIRI, Vera Karam. Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience). *Graduate Faculty of Political and Social Science*, New York, New school university, Ph. D.: f. 216, 2004.

poder essencialmente político, o teórico norte-americano – em congruência com outros juristas de relevância¹⁴⁴ ou mesmo cientistas políticos¹⁴⁵ - exemplifica esse ponto com *justices* da Suprema Corte dos EUA que defendem fervorosamente a autocontenção e o apego às fontes estabelecidas. Dworkin, que se posiciona ideologicamente à esquerda, critica a ala da direita daquele tribunal, mais propensa à defesa da autocontenção da corte. Afirma que seria um erro considerar que seus *justices* se baseariam em uma visão conservadora do sistema jurídico ou em um firme princípio político, aparentando ter forte influência das filiações ideológicas, religião e valores culturais. Isso seria observável na tendência desse grupo a julgar inconstitucional leis passadas com base em pautas mais progressistas (como as relacionadas ao aborto ou educação pública), enquanto sobre a legislação com teor mais tradicionalista repetem o mantra da autocontenção do judiciário.¹⁴⁶

É preciso, no entanto, se precaver quanto a forma como essa crítica é feita para não desconsiderar totalmente o papel do judiciário na sociedade¹⁴⁷. O ataque de Dworkin ao positivismo sobre a representatividade do juiz para atuar como legislador do caso concreto, que se assemelha em partes ao questionamento deste ensaio sobre a legitimidade dos tribunais para o ativismo judicial, é similar à utilizada por Schmitt para justificar o monopólio do que é jurídico para o poder executivo, restringindo o juiz novamente a apenas a “boca da lei”. O autor alemão também aponta a ideia de neutralidade e imparcialidade como fatores determinantes para disfarçar a força e atuação política do judiciário, o que seria incompatível com a ausência de escolha direta pelo povo.¹⁴⁸

144 POSNER, Richard: “*The Supreme Court is a political court. Republicans’ actions are proof*”. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/opinions/the-supreme-court-is-a-political-court-republicans-actions-are-proof/2016/03/09/4c851860-e142-11e5-8d98-4b3d9215ade1_print.html> Acesso em: 16/04/2017.

145 TOLES, Tom: “*The claim of de-politicizing the Supreme Court nomination does nothing but highlight just how political it is*”. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/news/opinions/wp/2016/02/24/the-claim-of-de-politicizing-the-supreme-court-nomination-does-nothing-but-highlight-just-how-political-it-is/>>. Acesso em 16/04/2017, 19h15.

146 DWORKIN, Ronald. The Supreme Court phalanx. In: *The New York Review of Books*, vol. 54, n. 14, 27/09/2007.

147 John Hart Ely faz uma interessante análise de como coibir as interpretações muito extensivas dos juízes, defendendo o textualismo, ao mesmo tempo que lhes fornece uma participação ventral no adequado funcionamento das democracias: o judiciário como guardião dos procedimentos. Cf. ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional...* Op. cit. p. 128-130.

148 MATOS, A. S. M. C.; MILÃO, D. A. P. Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. Em: *Seqüência*, n. 67, p. 111-137, dez. 2013.

Schmitt, inclusive, travou com Kelsen um debate que tem muitos reflexos naquele realizado entre Hart e Dworkin. Deste debate surge, por parte de Kelsen, um dos primeiros apontamentos modernos e relevantes sobre a neutralidade e legitimidade aqui abordadas: a teoria negativa da interpretação, que lembra que o direito posto é, ao menos em última instância, violência organizada e monopolizada, sendo menos importante para defini-lo o seu conteúdo que a força que o aparelha¹⁴⁹. Essa teoria lembra que mesmo uma decisão que fuja do quadro legal de possibilidades se torna válida se não severamente questionada ou anulada pelos próprios dispositivos que o sistema oferece com essa finalidade, sendo imposta pela autoridade mesmo que em contrariedade à teoria pura do direito.

Como consequência, uma das formas mais fáceis de estabelecer uma relação de legitimidade e poder sobre os jurisdicionados é ocultar espaços de arbitrariedades, invertendo a lógica de controle que deve recair sobre os agentes públicos. O judiciário necessita de uma significativa parcela de apoio popular, para garantir a aplicabilidade de suas decisões aumentar o custo de ações cerceadoras dos outros poderes sobre si. Faz isso mantendo a ilusão de que não atua como “legislador do caso concreto” ao mesmo tempo que tende a alinhar seus julgamentos com a opinião popular, conforme pesquisas sobre o comportamento de juízes em diferentes países.¹⁵⁰

Aqui se encontra também outra resposta dos positivistas para uma das críticas de Dworkin, que apontou a impossibilidade de divergências puramente teóricas (sobre quais são os fundamentos legais) dentro da teoria positivista: os juízes na verdade estão discordando de como os fundamentos legais deveriam ser, e não como de fato são. Alegam que estão discutindo em busca de uma norma que estaria implícita no ordenamento para encobrir sua natureza de “legislador do caso concreto” nas lacunas existentes, visto que não estão explicitamente legitimados para cumprir essa função.¹⁵¹

No entanto, é possível amenizar os efeitos negativos deste funcionamento

149 *Idem.* p. 130-137,

150 VANBERG, Gerog. *Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment.* Annual Review of Political Science, n. 18, 2015. p. 179-181

151 SHAPIRO, Scott J. *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed...* Op. cit. p. 33. A resposta aprofundada para a crítica dos desacordos teóricos é muito mais complexa e longa do que o exposto sucintamente nessas linhas, mas como seria necessária uma razoável quantia extra de páginas para destrinchá-la suficientemente, é mais sensato indicar a detalhada explicação que pode ser encontrada nos capítulos 4, 5 e 6 do artigo citado.

ao se estabelecer alguns parâmetros, como um tratamento de fato isonômico e previsível, que permita pelo menos que os jurisdicionados saibam os limites permitidos de suas ações e o que esperar como sanção. Por isso, é interessante saber como está funcionando o judiciário brasileiro hoje nesse sentido, e observar se há casos do funcionamento dos tribunais que explicitam notórios desvios daquilo que seria considerado uma performance apropriada do judiciário sob a ótica da teoria descritiva dominante.

4 MORALIDADE, PRINCÍPIOS E ANÁLISE DE CASO

Quando se pretende abordar a questão da moralidade no direito, é importante partir do pressuposto de que os conceitos morais, muitos deles refletidos nos conceitos jurídicos indeterminados do ordenamento brasileiro, nunca são de fácil apreensão. Isso, infelizmente, não é um obstáculo para que toda a discussão que envolveu sua construção e divergências com o passar do tempo sejam absolutamente ignoradas, transformando o conceito em um truísmo, cujo sentido supostamente seria claro para todos interlocutores. Ou seja, um termo que envolveu debates teóricos profundos durante séculos pode ser utilizado como se fosse algo óbvio, com uma carga semântica já pacificamente consensualizada entre os juristas ou, pior, entre toda a comunidade abarcada por certo ordenamento.

Essa falta de cuidado com os termos construídos filosoficamente ganha relevância neste ensaio ao se considerar a inerente carga moral dos princípios e, conseqüentemente, o necessário cuidado e diligência para utilizá-los nos momentos de interpretação e criação da norma para o caso concreto. A noção de integridade do sistema jurídico de Dworkin depende do respeito à história institucional dos princípios e a argumentação que os fundamenta, sendo esses os critérios que evitam que o magistrado simplesmente assuma um valor moral pessoal para julgar. Sem que haja essa consonância entre a jurisprudência, não há o que se falar em um processo de descoberta pelo juiz de valores imbricados no ordenamento ou na sociedade.

Assim, para apontar o aspecto mais importante em que a perspectiva dworkiniana pode ser lida de forma a facilitar o decisionismo no Brasil, é preciso analisar os pressupostos da teoria moral e da teoria dos princípios nesse autor e em Hart, expondo também como funciona a questão principiológica no “pós-positivismo” aqui criticado.

4.1 COMO A PERSPECTIVA ÉTICA PODE AFETAR A ARBITRARIEDADE

No estudo da moral é central o valor do que é “bom” e “mau” em relação ao livre-arbítrio humano e suas possibilidades racionais de escolha, que é o campo da

Ética. Não se pode depreender das decisões comportamentais, todavia, os juízos de valor, considerando que juízos de valor diferentes podem racionalmente dar origem ao mesmo comportamento, e vice-versa. Nas palavras de Reale, corroborando as assertivas de Raz anteriormente citadas nesse ensaio¹⁵², pessoas que defendem os mesmos valores, inclusive com a mesma hierarquia, podem divergir profundamente quanto à projeção concreta dos mesmos¹⁵³.

A partir daqui se entrará em uma questão delicada deste ensaio, que é o debate de como (e se) a filosofia moral do direito influencia as teorias descritivas e a forma de decisão dos juízes¹⁵⁴. Preliminarmente, pretende-se deixar em evidência que essa última seção não intenciona apontar uma linha da metaética¹⁵⁵ que seja superior às outras, e sim argumentar no sentido de que uma pode influenciar mais no aumento do decisionismo que outra. Este ensaio também defende que, apesar de Kelsen ser um relativista moral, essa visão não é obrigatória para ser positivista, existindo uma grande variedade de associações de correntes morais a esta teoria do direito¹⁵⁶.

Fazendo uma rápida categorização: o realismo moral pensado no âmbito do direito defenderá que existem fatos que fazem julgamentos morais serem verdadeiros ou falsos¹⁵⁷, independente das crenças ou sentimentos sobre o assunto em questão. O anti-realismo nega essa afirmação, através de diferentes vertentes apontando que só há julgamentos morais e as pessoas que os fazem. O realismo faz parte do universalismo ético, que se contrapõe ao relativismo e afirma que há sistemas morais que se aplicam universalmente sobre qualquer indivíduo, sem que isso signifique que há necessariamente ações intrinsecamente certas ou erradas (isso é uma característica do absolutismo moral, que é apenas uma vertente)¹⁵⁸. O

152 RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. In: The Yale Law Journal, v. 81, 1972. pp. 850.

153 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 555-561.

154 Filósofos como Waldron vão apontar que os fundamentos morais são pouco relevantes para teoria descritiva, pois o foco dela seriam os fatos sociais. Cf. JEREMY, Waldron. *Law and Disagreement...* Op. Cit. p. 166

155 A metaética não se preocupa tanto com o que é moral pro caso concreto, e sim com quais critérios e propriedades para definir algo como moral. No caso do direito, a metaética vai abordar questões como a possibilidade e benefício de se positivar valores morais gerais.

156 DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. Em: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011. p. 241

157 O realismo moral no âmbito do direito não deve, de maneira alguma, ser confundido com o realismo jurídico, pois seus pressupostos são inclusive conflitantes. Da mesma maneira, o relativismo moral se diferencia fortemente do relativismo epistemológico.

158 Para melhor compreensão, útil salientar que para o realismo moral é possível classificar como

universalismo pode, assim, ser compatibilizado com um pluralismo moral que aceita a existência de valores igualmente corretos que conflitam um com o outro, pois crenças não se confundem com verdades e critérios de moralidade.¹⁵⁹

Esta posição sobre a abrangência da posição metaética entre os positivistas é sustentada por Hart, que pretendeu justamente contornar as incisivas e destrutivas críticas éticas feitas sobre o pensamento relativista/cético de Kelsen¹⁶⁰, que apontava que não há nenhuma objetividade nos fatos morais e que o certo e errado sempre dependeria do contexto e cultura. De fato, não é comum que os exclusivistas ou inclusivistas atuais se apeguem à tradição metaética relativista (embora seja constante a alegação de que o anti-realismo fortalece as teses positivistas¹⁶¹), assim como a maior parte dos filósofos aderiu ao realismo a partir da década de 90 ou dos anos 2000.¹⁶²

Isaiah Berlin, um dos grandes nomes da ética (e do pluralismo, parte da perspectiva metaética do universalismo) do século XX, já argumentava contra o erro da tentativa de se objetivar de forma simplista a moral, arguindo que a escolha de um valor comumente significa a renúncia de outro, havendo uma perda irreparável mas necessária no processo de decisão. Segundo o autor, quando se aplica isso aos valores essenciais, como liberdade e igualdade, inevitavelmente um deles acabará sendo suprimido e a tentativa de proteger esse direito a todo custo terá falhado: contra a tese da resposta correta, a leitura de Berlin leva à conclusão de que muitas vezes nenhuma decisão possível será correta (pela teleologia do ordenamento). Importante perceber, todavia, que o britânico está falando sobre a relatividade de crenças morais, não sendo tão extremo a ponto de afirmar a relatividade dos fatos morais como faz o relativismo ético.¹⁶³

verdadeiras ou falsas as proposições ao se referirem aos fatos morais objetivos e passíveis de constatação no mundo. Isso não impede que haja discordância sobre os julgamentos morais em si, que pertencem mais campo dos estudos éticos que da metaética (o realismo moral não leva uma visão moral substancial particular), mas envolve certa objetivação dos critérios para se definir o que seria moral. Os realistas pensam que ao menos alguns desses julgamentos deverão ser verdadeiros, o que representa um obstáculo ao argumento relativista de que “duas pessoas de culturas diferentes podem estar igualmente corretas”.

159 JEREMY, Waldron. *Law and Disagreement...* Op. cit. p. 164

160 HART, H. L. A. Positivism and the separation of Law and Morals. In: *Harvard Law Review*, v. 71, p. 593-629, 1958.

161 JEREMY, Waldron. *Law and Disagreement...* Op. cit. p. 165

162 BOURGET, David; CHALMERS, David J. What do philosophers believe? *Philosophical Studies*, v. 170, n. 3, p. 465-500. 2014

163 Há uma patente distinção entre fatos e crenças morais: mesmo no realismo, onde não há rígida diferença entre ambos, esses últimos apenas têm como ponto de referência os primeiros, que

Pelo outro lado, a concepção construtivista ética de Dworkin (que é extremamente específica) é muito mais complicada. Além de negar a própria existência da metaética, o norte-americano rejeita a posição de Isaiah Berlin sob, dentre outros, o argumento de que o receio do filósofo britânico com o monismo moral se justificava apenas perante o medo do totalitarismo que assombrou o século XX. O não-positivista ataca brutalmente mesmo a ideia de que haveria razão no relativismo de crenças, apontando a dificuldade de se encontrar uma equivalência semântica nos critérios éticos (como a noção de justiça). Finalizando seu pensamento filosófico, Dworkin criará uma assombrosa e muito refinada integridade interpretativa de todos conceitos relacionados ao direito, ética, moralidade e política (o direito para ele, inclusive, é um braço da moralidade).¹⁶⁴

Sobre isso, Jeremy Waldron argumenta pela irrelevância do objetivismo moral (como uma versão robusta do realismo) no direito. Isso têm reflexos na busca pela “resposta correta”, visto que Ronald Dworkin se aproxima do objetivismo ao reiteradamente declarar que não há nada de errado ou arbitrário quando juízes incorporam valores políticos e morais em seus julgamentos. Waldron aponta estar consensuado que mesmo aqueles que acreditam que há verdades morais ainda vão notar as profundas divergências existentes na sociedade, além da enorme dificuldade em acessar essas verdades ou de definir critérios para constatá-las. Em outras palavras, o juiz não tem capacidade sobre humana e o melhor que poderá fazer, estando ou não correta a perspectiva realista, é impor sua opinião sobre esses fatos morais sobre os litigantes. Essa imposição parece arbitrária e pouco democrática especialmente quando recai sobre grandes setores da população, sem ter ao menos a relativa legitimidade dos números que é conferida pelo voto popular.¹⁶⁵

A tentativa de objetificar valores morais os consensualizando, considerada por muitos como necessária para a vida em sociedade, é uma adoção da ética do consenso. É uma visão dentre as possíveis, bastante influente na filosofia e teoria do direito hoje; ressalta-se, contudo, os reiterados fracassos em se eternizar valores

por sua vez independem das opiniões e do estado psicológico das pessoas. Cf. BERLIN, Isaiah. *Liberty: Incorporating four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

164 DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, No. 2, Spring, 1996. pp. 87-139.

165 JEREMY, Waldron. *Law and Disagreement...* Op. cit. p. 182-187

substantivos.¹⁶⁶ No caso de Dworkin, por exemplo, a ética do consenso é claramente reivindicada¹⁶⁷, mas fundamentada em uma linha que se opõe ao pluralismo de valores, ao criar uma teoria *sui generis* da existência de verdades morais independentes do sujeito individual, aspirando firmar juízos éticos determinados¹⁶⁸.

O construtivismo moral de Dworkin é de elevada complexidade, o que gera o risco de uma interpretação rasa e confortável (pois diminui o receio dos jurisdicionados sobre julgamentos políticos ou ideológicos) sobre a possibilidade de juízes acessarem os fatos morais que existiriam objetivamente, como em um “espírito” comunitário¹⁶⁹. Isso se torna um problema quando essa prática é assumida pelo magistrado, parte de um órgão que não obtém sua legitimação através do processo democrático voltado para a instituição de consensos, para representar as opções da população¹⁷⁰, como pretende Barroso ao falar da “função representativa do STF”¹⁷¹¹⁷². É contraditório argumentar que o judiciário conseguiria captar os consensos de valores, a fim de prescrever e obrigar comportamentos morais que não eram originalmente encontrados na lei, com mais perfeição do que o legislativo ou executivo.¹⁷³

Não há nenhuma razão sólida para crer que os tribunais seriam melhores que as legislaturas para resolver contendas profundamente morais¹⁷⁴, e muito menos

166 No exemplo da mais antiga constituição ainda em vigor, a dos EUA, todos os esforços de congelar esses valores morais foram desafortunados. Cf. ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Op. cit. p. 113.

167 Há também a ética Kantiana, a ética jusnaturalista e a ética utilitarista. Mais informações em: BOBBIO, Norberto. *O filósofo e a política*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. p. 185-188.

168 DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd better believe it. *Philosophy & Public Affairs*, Op. Cit.

169 *Idem*. p. 86

170 ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional...* Op. cit. p. 74

171 BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Op. cit.

172 A existência da função representativa do STF foi profundamente criticada no excelente artigo de HARTMANN, Ivar Alberto; CHADA, Daniel Magalhães, A Razão Sem Condições De Qualidade (Reason without Conditions for Quality) (November 11, 2015). VILHENA, Oscar (Org.). *Coletânea Organizada pela FGV Direito São Paulo com trabalhos que discutem o artigo "A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria"*, de Luís Roberto Barroso. 2015. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2689294>>

173 *Idem*. p. 86-92.

174 Contudo, não se ignora que há autores que discordam dessa afirmação. Michael Serota é um deles, ao entender ser possível afirmar uma certa probabilidade de que juízes decidam menos influenciados por seus preconceitos ou inclinações políticas que a média. Isto porque nessa situação há uma consciência de que as decisões serão avaliadas pelo público e isso levará a uma tentativa de se portar de maneira mais objetiva e neutra. Mas mesmo Serota coloca ressalvas sobre sua visão, pontuando que “(...) *even fidelity based motivations are the predominant feature of the justices's decision-making process, the cognitive bias caused by political motivations may still mitigate the justices's neutrality*” (em tradução livre: “mesmo que as

para considerar que o raciocínio de um caso concreto poderia descobrir princípios capazes de objetivar assuntos éticos e se sobrepôr às decisões feitas por representantes eleitos. Isso seria justificado apenas pela existência do Juiz Hércules que, como já apontado por Dworkin, foi pensado como sendo uma figura além dos limites humanos normais. Essa autopercepção como pessoas dotadas de excepcional capacidade racional parece ser proveniente do contato com outras disciplinas que o estudo e trabalho com direito proporciona, gerando a falsa impressão no jurista que ele tem algum domínio de todas e portanto seria o mais indicado para desenvolver uma filosofia moral do direito mais adequada.¹⁷⁵

Essa posição dworkiniana que afirma que com o avanço da filosofia moral teria sido encontrado algum método completo e final (Dworkin se refere ao pensamento ético de Rawls) é criticada como algo demasiadamente audacioso por John Hart Ely¹⁷⁶, assim como pelo doutrinador do pragmatismo jurídico e filósofo Richard Posner, que argui serem temerárias as caracterizações demasiadamente firmes de uma moral que transcenda o individual e o local. Inclusive, para Ely, mesmo que existissem princípios morais universais claramente identificáveis, eles seriam inúteis, pois seriam tão poucos e abstratos (como “não deverá causar sofrimento desnecessário”) que não poderiam ser diretamente aplicados sobre os casos concretos, também devido à sua complexidade na mistura de valores essenciais – o raciocínio do abstrato para o concreto também teria que estar padronizado para cada caso possível.¹⁷⁷¹⁷⁸

Nesse eterno embate moral reside uma das explicações mais fortes para justificar a existência do direito: a relativa pacificação criada pela positivação (firmada pelo Estado) de valores morais em leis, que inevitavelmente terão conteúdo axiológico. Relativa pois não se exclui a possibilidade de discordância moral, mas é impositivo o respeito à moralidade instituída e, desejando mudá-la, atua-se dentro do

motivações baseadas em fidelidade sejam uma característica dominante do processo de tomada de decisão dos juízes, a tendência cognitiva causada por motivações políticas ainda podem mitigar a neutralidade do juiz”). In: SEROTA, Michael. Popular Constitutional Interpretation. Connecticut Law Review, v. 44, n. 5, 2012. p. 1668-1673.

175 ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional...* Op. cit. p. 78.

176 ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional...* Op. cit. p. 79-80

177 POSNER, Richard A. The Problematics of Moral and Legal Theory. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 7, pp. 1637-1717, 1997.

178 ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional.* Op. cit. p. 72-73

quadro previsto para que sejam positivados outros valores, ou então se insurgir contra ele. Dessa forma, criam-se obstáculos para a absoluta imprevisibilidade sobre quais ações seriam passíveis de sanção e um método mais rigoroso para encontrar sistemas éticos que se aplicam universalmente (universalismo moral, que inclui a posição de Berlin), evitando um poder acentuadamente autoritário de intervenção do magistrado na vida do indivíduo e da sociedade.

Em uma perspectiva metodologicamente positivista que busca trabalhar com delicadeza o problema da convivência entre pessoas com opiniões divergentes, os valores sociais podem fazer parte do direito positivo, desde que se formule mecanismos de incorporação claros, firmadas em fatos sociais, para identificar a existência desse consenso social e sempre de forma a estabelecer um limite para as decisões do magistrado. Essas maneiras podem, em diferentes linhas argumentativas, serem presumidas a partir das leis feitas por representantes do povo, sem comprometer as fronteiras entre a função legislativa e a judicial¹⁷⁹; ou cumulativamente ser parte inerente do juiz, como defende Roberto Barroso¹⁸⁰, visto que o mesmo teve uma formação especial dentro da sociedade sob sua jurisdição e lida com ela diariamente, e portanto também poderia legitimamente proclamar normais morais ao lidar com os casos concretos a que o legislador não teria acesso.

Essa última perspectiva é o alvo de crítica deste trabalho, pois coloca na figura do juiz a responsabilidade pelo aperfeiçoamento do judiciário através da correção moral e, conseqüentemente, pela resolução dos conflitos na sociedade¹⁸¹.

Essa visão parte de uma interpretação torta de Dworkin, sendo que o próprio autor norte-americano reconhece esse comportamento como um grave equívoco, arguindo que os argumentos éticos e pragmáticos devem ter como porta de entrada o legislativo, posteriormente incorporados de forma condicionada no ordenamento e discurso jurídicos¹⁸². Para além dessa entrada, os positivistas também querem firmar critérios menos maleáveis para os poderes de que os magistrados dispõem para

179 SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. 2007. Disponível em: <<http://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmiento+Ubiquidade+Constitucional.pdf>>

180 BARROSO, Luis Roberto. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política...* Op. cit.

181 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

182 NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 58

limitar ou ampliar aquilo que foi positivado.

Esse campo de estudos interfere profundamente mesmo nas discussões ontológicas sobre o Direito, para determinar quais as normas deontológicas com coercibilidade – que formariam os ordenamentos jurídicos – e quais são apenas regras morais¹⁸³, o que é central na diferenciação entre positivismo e “pós-positivismo” mas que não se resume a esse embate no direito: a construção sobre o que são e como utilizar os princípios é inteiramente permeada por questões éticas, como será exposto a seguir.

4.2 “PAMPRINCIPIOLOGISMO” E PRINCÍPIO DA MORALIDADE COMO PARADIGMA PARA ESTUDO DA DISCRICIONARIEDADE

Os princípios existem para além do Direito, e uma rápida visão sobre isso auxilia no entendimento de como eles se desenvolveram no ambiente jurídico. A etimologia da palavra “princípio” mostra que dentre os primeiros usos registrados é possível encontrar uma base latim que remete a ideia de origem/início, sendo juridicamente definidos por Gasparini como proposições primárias e/ou fundamentais que estruturam e dão validade a sistemas, dando-lhes uma coesão em sua totalidade e coerência¹⁸⁴. No sistema moral, por exemplo, são os valores medulares que pautam todo o comportamento de certa pessoa ou grupo. As leis da conservação da energia e da termodinâmica também podem ser nomeadas assim na química e na física. E no estudo do direito que o termo se complexifica e assume maior importância.

Há diversas concepções sobre o que é um princípio hoje, sendo muito fácil cair em um sincretismo conceitual. É benéfico, ao menos inicialmente, elaborar uma distinção, mesmo que sem se aprofundar em demasiado nessa discussão, como definir que princípios não são regras. A visão tradicional sobre princípios, como a de Josef Esser, conferia-lhes uma função de valores a serem seguidos pelo juiz, sem vinculação imediata nas decisões. Dworkin, repudiando a discricionariedade positivista, diferenciou regras e princípios pelo critério do tudo ou nada, com a

183 TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 8.

184 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 60.

aplicação de uma regra excluindo a outra enquanto os princípios possuiriam uma dimensão de peso sem necessária exclusão mútua. Alexy, por sua vez, se baseia no prisma da ponderação para afirmar que princípios são mandados de otimização e aplicáveis em diferentes graus para casos diferentes¹⁸⁵.

Vale a pena se aprofundar nesses últimos dois teóricos e sua relação com a discricionariedade: para Dworkin os princípios, junto com a coerência, serviriam como fatores de restrição do intérprete. Mas ele também afirmará que os princípios institucionalizados têm sua validade garantida por princípios muito mais amplos da moralidade política, arguindo ser impossível refletir suficientemente a aceitação desses últimos em alguma regra de reconhecimento. Ou seja, esse autor rejeita a “Teste de Pedigree” porque a força vinculativa de princípios derivaria de suas propriedades morais, não pelo reconhecimento através de fatos sociais, e porque seria impossível formular uma regra estável que os admitisse em sua totalidade com base apenas em seu suporte institucional.¹⁸⁶

Essa concepção é, entretanto, respondida mesmo pelos que não são positivistas: Alexy se aproxima mais do positivismo e da tese da discricionariedade forte, nessa área específica, ao reconhecer que a discricionariedade é inevitável na aplicação de princípios, diferentemente da aplicação de regras. A “otimização” que os tem por base acaba dependendo em grande parte da subjetividade dos juízes¹⁸⁷. Por isso, para o teórico alemão é imprescindível estabelecer parâmetros e ferramentas hermenêuticas bem definidas que firmem a possibilidade de agir do magistrado, e que devem obrigatoriamente ser seguidos ao se adotar o modelo “pós-positivista”.

Autores brasileiros bastante citados em decisões judiciais, como Pedro Lenza e Alexandre de Moraes¹⁸⁸, também têm conceitos próprios de princípios, mas Suelen Webber argumenta que eles em muito pouco contribuem para o debate

185 WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, janeiro/junho de 2013. pp. 307-308.

186 SHAPIRO, Scott J. *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed*. Op. cit.. p. 14.

187 OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 62

188 Seguindo o objetivo do ensaio, foram citados aqui dois autores que são, conforme Suelen Webber, muito invocados em decisões judiciais, mesmo que não sejam particularmente reconhecidos pela sua qualidade técnica. Não se deseja, portanto, afirmar que todos autores brasileiros têm pouco a contribuir com a definição princípios, o que excluiria obras muito bem fundamentadas sobre o tema, mas sim que resumir a análise aos que aparentam ser uma preferência dos órgãos do judiciário.

principiológico, justamente por caírem em sincretismo metodológico ou ampliarem desnecessariamente os significados semânticos em vez de delimitá-los¹⁸⁹. Celso Antônio Bandeira de Mello tem uma das conceituações que se enquadra nos objetivos deste ensaio, visto que a versão resumida de sua concepção é uma constante nas obras jurídicas pátrias e é uma definição inicial, mas crucial, para se entender o tema no Brasil: como a utilização dos métodos defendidos por Dworkin e Alexy acabam sendo deixados em segundo plano, a noção de Bandeira de Mello – que é basicamente a concepção geral da palavra adaptada ao estudo do direito – acaba sendo, na prática, como princípios são entendidos e utilizados no ordenamento brasileiro.¹⁹⁰

Esse descuido, intencional ou não, com a integral compreensão sobre a ferramenta dos princípios acaba tendo resultados nefastos: a expressão termina por ser utilizada de forma banal, sem observação de sua construção histórica (na doutrina e jurisprudência) e portanto sem significância real para o caso em que foram inseridos, sendo citados apenas para gerar uma aparência de fundamentação técnico-jurídica suficiente, como se a palavra “princípio” tivesse força argumentativa por si só¹⁹¹.

Paulo Lôbo já escreveu sobre o tema, falando dos princípios do Direito Civil Constitucional. O grande civilista afirma ser problemático importar as teorias principiológicas de Dworkin e Alexy, pois grande parte da distinção entre regras e princípios feitas por ambos é mal adequada ao contexto brasileiro. Os princípios jurídicos seriam, para esse autor e alinhado à visão positivista, reguladores de conduta, e não poderiam nunca ser confundidos com máximas, premissas ou diretrizes, pois isso resulta em sua banalização.¹⁹²

189 WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, janeiro/junho de 2013. pp. 310

190 “O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 230.

191 WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, janeiro/junho de 2013. pp. 314-315

192 LOBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. Em: *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 249-259, set./dez. 2013.

Não é todo valor ou ideia que pode ser considerado principiológico: se eles têm força normativa e aplicabilidade imediata (ou seja, se são normas jurídicas vinculantes, o que é a grande novidade das teorias contemporâneas sobre princípios, tanto de Dworkin como Alexy¹⁹³), é necessário que ao menos exista um consenso no judiciário sobre sua conveniência. Para isso deve se atentar à sua firme construção histórica institucional na jurisprudência ou à sua positivação pelo legislativo, ou então qualquer argumentação relevante nos julgamentos acabará por se transformar em princípios. Não é preciso nem ao menos categorizar um princípio com esse nome – o princípio da presunção de inocência pode ser chamado apenas de presunção de inocência – mas seus alicerces precisam estar bem firmados no sistema jurídico. Se essa não for a concepção adotada, então é mais profícuo retornar à honestidade do positivismo de Kelsen (normativismo) que afirmava que os princípios eram efetivamente abstratos, enquanto as teorias contemporâneas sobre os mesmos trazem sua categorização como normas jurídicas vinculantes.¹⁹⁴

Parece extremamente prejudicial para o sistema jurídico que os magistrados possam confeccionar a seu bel-prazer princípios para justificar suas pretensões e opiniões pessoais, embasados em uma estranha leitura de Dworkin, desequilibrando toda a ideia dos precedentes e da coerência entre as decisões. Da mesma forma, não poderiam de forma legítima preencher livremente o significado dos termos principiológicos positivados na constituição, como se cada juiz fosse uma parte em separado do sistema jurídico. Inclusive porque, no caso de tribunais superiores cujas decisões têm efeitos universalizantes, acaba efetivamente se convertendo na capacidade de legislar mesmo nos casos onde não existiria brecha para discricionariedade. Esse tipo de comportamento, a ampliação exagerada da atividade interpretativa e criativa do judiciário, provoca o esvaziamento da legalidade infraconstitucional e enfraquece imensamente a segurança jurídica e a estabilidade das expectativas normativas.¹⁹⁵

Lembra-se aqui, retomando a linha central desse trabalho, que um dos pilares

193 STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de informação legislativa*, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012. p. 12

194 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 488-526

195 CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 774-792, 2015. p. 785-787

do surgimento do positivismo é o utilitarismo moral de Bentham como uma forma de impedir a arbitrariedade dos juizes aristocratas e, conseqüentemente, combater as tradições morais reacionárias. A extração de princípios morais das tradições jurídicas era considerado, nesse momento, como um ato conservador e anticientífico a ser suprimido¹⁹⁶.

Abrindo um parêntese, antes de continuar, para ressaltar previamente quaisquer apontamentos sobre sincretismos metodológicos: nesse capítulo será largamente utilizado o pensamento de Lênio Streck, mas deve-se apontar há neste ensaio pouca concordância com sua proposta de solução do problema do decisionismo no sistema jurídico brasileiro. Esse autor é utilizado pela sua valorosa identificação e detalhamento do problema do decisionismo, mas não há convergência com suas críticas teóricas aos positivistas contemporâneos, e nem se trilha o caminho da solução proposta através da hermenêutica de Heidegger e Gadamer. Afasta-se, contudo, alegações de incoerência pelas diversas citações a esse jurista: o próprio Streck, após décadas produzindo artigos apontando a suposta superação de todos os pressupostos do positivismo, reconheceu a necessidade de ceder em alguns pontos onde as contribuições dos positivistas seriam proveitosas para a busca de um fim em comum, seja ele a diminuição do decisionismo¹⁹⁷.

Como o prejuízo teórico acima mencionado pode ser observado na prática brasileira? Naquilo que Streck chama de pamprincipiologismo, que é a criação de inúmeros “princípios” utilizados no cotidiano dos tribunais de forma eminentemente retórica e redundante, já sendo abarcadas por outros ou estando explicitamente firmados em regras – como aquelas que definem o procedimento interpretativo das normas. Dentre uma vasta lista de exemplos, destacam-se os princípios: da precaução; da absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente; do processo tempestivo; da humanidade; do autogoverno da magistratura; da situação excepcional consolidada; da busca da verdade; da livre admissibilidade da prova; entre muitos outros.¹⁹⁸

196 DWORKIN, Ronald. Hart's postscript and the Point of Political Philosophy. In: *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 2006, p. 180.

197 Cf. <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>>. Acesso em 19/08/2017.

198 STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de informação legislativa*, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012. p. 9-10.

Essa distorção tem como consequência indireta um efeito ainda mais nefasto para o ordenamento: a hipossuficiência (ou banalização) principiológica, que afeta os princípios já consolidados tornando-os semanticamente vazios ou mesmo contraditórios consigo mesmo, atrofiando e exaurindo sua força argumentativa¹⁹⁹. Há diversos resultados nocivos à integridade, coerência e segurança sistema jurídico, que este ensaio considera característicos do “pós-positivismo” vigente no direito, como por exemplo:

(i) a negação da qualidade de princípios para aqueles que foram assim determinados pelo texto constitucional, como se pode observar com o voto do Min. Luiz Fux no julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADIn 4578²⁰⁰, sobre a lei da ficha limpa, onde se afirmou que presunção de inocência devia ser reconhecida como regra, em notória antinomia com a regra da Constituição e com a jurisprudência do próprio tribunal²⁰¹;

(ii) a forte relativização de princípios, como o da presunção da inocência pelo STF em 2016, primeiro no julgamento do HC 126.292 e com posterior confirmação de seus efeitos *erga omnes* no acórdão das ADCs 43 e 44. Ironicamente, nesse caso, vários ministros declararam, entre eles explicitamente o Min. Roberto Barroso²⁰² e implicitamente o Min. Luiz Fux²⁰³, que poderia ser feita a relativização justamente pela presunção de inocência ser um princípio e portanto ser passível de ponderação com outros;

199 COSTA, Reginaldo Rodrigues da; et al. Os problemas da aplicação do princípio da dignidade humana em um contexto neoconstitucionalista. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 36.1, jan./jun. 2016. p. 50-53.

200 “A presunção de inocência consagra - dá no art. 5º, LVII da Constituição deve ser reconhecida, segundo lição de Humberto Ávila, como uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação penal até que transitada em julgado decisão penal condenatória. Concessa venia, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo” (ADC 29, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012 RTJ VOL-00221-01 PP-00011)

201 STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de informação legislativa*, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012. p. 11

202 Na página 27 do acórdão: “a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144)”

203 Na página 60 do acórdão: “E, como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional, (...) é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social.”

(iii) o desvirtuamento e enfraquecimento de princípios vagos e aplicáveis a uma grande gama de situações, como o da dignidade humana, que são utilizados como *ratio decidendi* em casos onde outros princípios ou regras seriam mais adequados, tendo como consequência a progressiva perda de seu valor e força normativa e sendo reduzidos a meros reforços argumentativos²⁰⁴. Isso fica em evidência na utilização do princípio da dignidade humana para se justificar decisões divergentes e paradoxais em ações de pedido de medicamentos semelhantes²⁰⁵;

No ponto de encontro de todas os questionamentos levantados neste capítulo, surge o princípio da moralidade (ou da moralidade administrativa) como um excelente exemplar a ser trabalhado. Ele, representando em parte a posituação do debate ético com algumas poucas delimitações (como ser aplicável ao Poder Público – e, via de regra, à Administração Pública), explicita diretamente a dificuldade de se objetivar valores morais no direito nos casos concretos, com a mutabilidade daquilo que é ou não moral. É, também, controverso por ser quase sempre reivindicado como possibilidade de interferência e controle do judiciário em outros poderes, sendo inclusive uma das bases da Súmula Vinculante n. 13, que trata do nepotismo. É, por fim, um princípio que é a o mesmo tempo muito utilizado de forma redundante (usado como argumento para corroborar a aplicação nítida de regra) e desvirtuado pela sua vagueza e aparente aplicabilidade em um excessivo rol de situações diferentes.

Retomando a função dos princípios nas teorias contemporâneas, que hipoteticamente seriam utilizadas pelos tribunais brasileiros, é necessário antes evidenciar qual a construção institucional do princípio da moralidade e se ela está sendo levada em consideração pelo judiciário, dentro da noção de integridade do sistema jurídico. Para isso, serão utilizados dois conceitos que se complementam: um pela doutrina e outro pela jurisprudência, em busca de maior coesão e precisão nas demarcações realizadas nessa investigação jurisprudencial.

Pela doutrina, foi escolhida a curta conceituação de Humberto Ávila, por sua importância no direito brasileiro, atualidade e escritos sobre a teoria dos princípios. O professor da USP e especialista em metodologia da ciência do direito pontua que

204 SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. (Org.). Interpretação constitucional. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

205 WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, Risco e Saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

o princípio da moralidade estabelece um estado de confiabilidade e estabilidade nas relações entre o particular e o poder público, para cuja promoção são necessários comportamentos sérios, motivados, leais e esclarecedores, mesmo que não previstos em lei. A inexistência de parâmetros objetivos, com base apenas na vontade pessoal do agente público, acarretaria na violação da moralidade. Ávila também ressalta que esse princípio tem uma peculiaridade importante, que é sua função residual: o princípio da moralidade só deveria ser invocado quando nenhum outro pudesse resolver a lide de forma mais direta, considerando que existe vasta superposição de incidências – com o princípio da publicidade ou da pessoalidade, pro exemplo. Esse cuidado ajudaria a preservar a força normativa desse princípio.²⁰⁶

Pela jurisprudência, foi escolhida recente definição proferida em acórdão do Supremo Tribunal Federal (em acordo com outros precedentes do STF), órgão cujos julgamentos não podem ser ignorados pelo STJ, devido à diferença hierárquica:

É por isso mesmo que o enunciado do princípio da moralidade administrativa – que, repita-se, tem natureza essencialmente jurídica – está associado à gama de virtudes e valores de natureza moral e ética: honestidade, lealdade, boa-fé, bons costumes, equidade, justiça. São valores e virtudes que dizem respeito à pessoa do agente administrativo, a evidenciar que os vícios do ato administrativo por ofensa à moralidade são derivados de causas subjetivas, relacionadas com a intimidade de quem o edita: as suas intenções, os seus interesses, a sua vontade. Ato administrativo moralmente viciado é, portanto, um ato contaminado por uma forma especial de ilegalidade: a ilegalidade qualificada por elemento subjetivo da conduta do agente que o pratica. Estará atendido o princípio da moralidade administrativa quando a força interior e subjetiva que impulsiona o agente à prática do ato guardar adequada relação de compatibilidade com os interesses públicos a que deve visar a atividade administrativa. Se, entretanto, essa relação de compatibilidade for rompida – por exemplo, quando o agente, ao contrário do que se deve razoavelmente esperar do bom administrador, for desonesto em suas intenções, for desleal para com a Administração Pública, agir de má-fé para com o administrado, substituir os interesses da sociedade pelos seus interesses pessoais –, estará concretizada ofensa à moralidade administrativa, causa suficiente de nulidade do ato (...) É por isso que o desvio de finalidade e o abuso de poder (vícios originados da estrutura subjetiva do agente) são considerados defeitos tipicamente relacionados com a violação à moralidade. Pode-se afirmar, em suma, que a lesão ao princípio da moralidade administrativa é, rigorosamente, uma lesão a valores e princípios incorporados ao ordenamento jurídico, constituindo, portanto, uma injuridicidade, uma ilegalidade lato sensu. Todavia, é uma ilegalidade qualificada pela gravidade do vício que contamina a causa e a finalidade do ato, derivado da ilícita conduta subjetiva do agente.²⁰⁷

206 ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out/nov/dez 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31129>>.

207 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdão proferido em Recurso Extraordinário N°

Na busca por um exemplo teratológico forte o suficiente para exemplificar os argumentos desse ensaio em prol da falta de efetividade do “pós-positivismo” como teoria capaz de impedir arbitrariedades no judiciário brasileiro, foram adotados dois importantes critérios na pesquisa jurisprudencial pelo termo “princípio da moralidade”: (i) para minimizar o espaço de discricionariedade, a fim de ver qual o impacto do decisionismo mesmo nessa situação, foi escolhido o Superior Tribunal de Justiça, um tribunal de uniformização jurisprudencial regular e permanente (diferente, portanto, das Turmas Nacionais de Uniformização), que não detém a mesma liberdade criativa que o Supremo Tribunal Federal. Os ministros do STJ também estão em altíssima posição hierárquica e de respeito perante a magistratura nacional, sendo figuras de referência; (ii) nessa mesma linha, foram investigados preferencialmente acórdãos das turmas, buscando também alguns julgados do plenário para evitar concepções ou técnicas específicas de um ministro; (iii) a busca foi limitada até 01/01/2016, a fim de obter uma decisão recente e não ampliar demais a quantia de acórdãos, o que facilitaria muito que fosse “pescado” um julgamento que fugisse demais dos padrões do tribunal.

Um dado interessante na busca pelo julgamento paradigma foi que, nos casos observados dentro do período temporal mencionada acima, salta aos olhos que função residual do princípio da moralidade é plenamente ignorada: o princípio é frequentemente usado apenas como reforço argumentativo – não raro só citado em conjunto com mais dois ou três princípios – para situações já integralmente previstas em regras.

A decisão paradigma dos argumentos apresentados neste ensaio, todavia, é a proferida no Recurso Especial n. 1.459.190/SP. Durante este acórdão, é feita uma referência ao princípio da moralidade como base fundante de uma regra aplicável sobre empresas privadas, mais especificamente sobre a deliberação de sócios em matéria que seja de seu interesse. Apesar de não ser uma utilização direta de princípios como motivos determinantes da decisão, esse julgado é extremamente

405.386/RJ. Constitucional. Pensão especial a viúva de prefeito. Lei Municipal de efeitos concretos. Validade. Isonomia e princípio da moralidade (CF, art. 37). Imunidade material de vereadores (CF, art. 29, VIII). Extensão quanto à responsabilidade civil. Recursos extraordinários providos. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Ministro Teori Zavascki. Julgado em 26.02.2013. Publicado no DJe em 25.03.2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

didático para mostrar como a função principiológica é entendida pelos magistrados (e parte significativa dos juristas) no país:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. SOCIEDADE LIMITADA. EXCLUSÃO DE SÓCIO MINORITÁRIO. PRAZO DECADENCIAL DE TRÊS ANOS PARA ANULAÇÃO DA ASSEMBLEIA. DECISÃO DA MAIORIA DOS SÓCIOS, REPRESENTATIVA DE MAIS DE METADE DO CAPITAL SOCIAL. QUORUM DE DELIBERAÇÃO EM QUE NÃO PODE SER COMPUTADA A PARTICIPAÇÃO, NO CAPITAL SOCIAL, DO SÓCIO EXCLUENDO. (...)
4. Em regra, o direito de sócio participar nas deliberações sociais é proporcional à sua quota no capital social. Por outro lado, o § 2º do art. 1.074 do Código Civil veda expressamente, com fundamento no princípio da moralidade e do conflito de interesses, que sócio participe de votação de matéria que lhe diga respeito diretamente, como só a exclusão de sócio, haja vista que atinge diretamente sua esfera pessoal e patrimonial.²⁰⁸

Essa utilização foge completamente do conceito consolidado da doutrina e jurisprudência, que esclarece se tratar de uma moralidade particular da esfera pública, baseada na conduta subjetiva do agente que a praticou e em critérios que permitem identificar uma troca dos interesses públicos pelos interesses do particular. Não está explicado no acórdão qualquer razão para a transposição desse princípio, cuja essência está completamente vinculada ao direito público, para o direito privado. Esse outro ramo é regido por uma lógica centrada na autonomia, sendo completamente diferente daquela da Administração Pública, não sendo possível levar sem maiores explicações ou desenvolvimentos teóricos o princípio da moralidade para um espaço que lhe é tão estranho. Parece difícil sustentar que existe uma “integridade” ou se constatar que está sendo seguido um “romance em cadeia” quando um argumento com essa notória falta de rigor terminológico, tão central na diferenciação entre princípios jurídicos e princípios meramente morais, aparece em uma decisão de um órgão coletivo de uma das mais altas cortes do sistema, sendo ainda repetido no Informativo 575 do STJ²⁰⁹?

A explicação, aqui, é simples ao se observar através de uma lente positivista: trata-se apenas do juiz apontando um valor pessoal seu, que presumidamente também seria compartilhada pelos empresários interessados e da sociedade como

208 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Acórdão proferido em Recurso Especial N° 1.459.190/SP. Órgão Julgador: Quarta Turma. Relatora: Ministro Luis Felipe Salomão.. Julgado em 15.12.2015. Publicado no DJe em 01.02.2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1501919>>.

209 Cf. <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0575.rtf>. Acesso em: 19/08/2017

um todo, no texto do acórdão. O magistrado relator, observado sob essa lente, está dizendo que a regra que incide sobre o litígio foi formulada dentro daquilo que ele considera a melhor resposta moral para o ambiente empresarial nessa demanda. Note-se, todavia, que essa permanece sendo somente sua opinião pessoal: ele não apresenta os motivos pelo qual pensa isso, nem o raciocínio lógico-filosófico que chegou a essa conclusão, nem o desenvolvimento institucional do princípio nos casos semelhantes ao analisado. Seria possível contrariar o argumento do acórdão, a título de exemplo, simplesmente ao se afirmar ser mais imoral tolher o direito do sócio de representar o seu interesse particular na empresa, considerando que ele teria adquirido legalmente suas ações e que não há nexos causal entre tal participação e o prejuízo para a empresa e/ou sua função social.

Não existiriam grandes problemas se essa colocação fosse exposta exatamente dessa forma: como um simples valor do relator. Ele poderia apenas afirmar que considerava moralmente positiva a existência dessa regra. Todavia, devido ao costume judicial de se nomear como princípio qualquer valor moral assumido pelo magistrado, a fim de aumentar-lhe a força argumentativa, o princípio da moralidade como embasamento de uma regra que se aplica a relações empresariais privadas agora consta na jurisprudência de uma das cortes superiores, com influência sobre todo o território nacional. Ela agora pode ser usada, ao respeitar (ainda que pelos motivos errados) o dever legal de coerência entre as cortes, como fundamentação inicial para justificar que o princípio seja utilizado também no âmbito privado em outras situações. E assim por diante até que, pela leitura superficial de alguns autores-chave, pela inexistência de método na reivindicação de princípios e pela falta de rigor no uso de conceitos, cria-se um campo inteiramente novo onde o juiz pode intervir com base em suas opiniões particulares na vida privada de cada um.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de concluir, é importante salientar que não há aqui qualquer pretensão de afirmar que Dworkin, com toda sua relevância no âmbito da teoria e filosofia do Direito, estaria equivocado, que sua teoria seria inaplicável ou que ela sempre resultaria em problemas. Pelo contrário, boa parte das críticas aqui apresentadas se referem a leituras deturpadas do autor na sua adaptação ao contexto brasileiro: a tese central de Dworkin é uma tentativa de evitar decisões compostas por convicções pessoais do magistrado²¹⁰. O que se buscou encontrar foram quais aspectos de sua teoria parecem abrir brechas para essas interpretações prejudiciais, muitas vezes feitas por teóricos de inegável capacidade intelectual, e se existiria alguma alternativa com potencial para melhor suprir essas lacunas.

Também não se advoga de forma cega pelo positivismo, como grande solução para aplacar os males do judiciário brasileiro. Mesmo considerando que o positivismo não teria sido solapado pelos ataques de Dworkin, ainda assim não se pode afirmar categoricamente que essa teoria descritiva é a mais adequada para a contenção das decisões judiciais. Contudo, como já afirmou Bruno Torrano de Almeida, para ser possível qualquer perspectiva de superar o positivismo é necessária antes ser profundamente positivista, conhecendo corretamente seus detalhes e defesas²¹¹. Assim, acredita-se que o aumento do debate sobre o juspositivismo no cenário brasileiro deve, como pretende demonstrar esse ensaio, estimular teorias favoráveis à contenção de decisões judiciais.

Comprovando a alegação de que o positivismo não é uma resposta isolada, encontra-se vários pontos de concordância entre Hart e seus contemporâneos jusnaturalistas que também atacam os comportamentos criticados nesse ensaio, como o necessário espaço de discricionariedade do juiz derivado da textura aberta das normas jurídicas²¹², a necessidade de se afastar as decisões que não podem ser

210 SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do direito e da moral – uma visão a partir do neopositivismo de Hart e a crítica de Nino. Em: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Op. cit. p. 183-184

211 ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. Em: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Op. cit. p. 6472

212 NINO, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 87-95.

compatibilizadas com o direito positivado²¹³ ou mesmo a impossibilidade de se consolidar princípios morais através da reflexão individual, com processos políticos coletivos de caráter democrático sendo a única fonte de legitimidade da autoridade da ordem jurídica²¹⁴. O positivismo surge como uma posição interessante justamente por ser extremamente mal visto em boa parte do ambiente jurídico brasileiro, além de ter como um de seus fundamentos originários uma descrição que exponha como o judiciário funciona para além da busca pela forma mais moralmente justa de como ele deveria funcionar.

Este trabalho, terminando esses comentários finais antes da conclusão, também não teve como objetivo indicar as soluções práticas para o problema apresentado, ou seja, quais seriam os mecanismos institucionais de controle que poderiam ser implantados. Uma das limitações mais claras ao trabalhar com teorias descritivas que não buscam analisar sistemas jurídicos específicos é a falta de sua aplicabilidade imediata sobre um ordenamento específico. O ensaio, apesar da preocupação prática, se mantém no âmbito teórico do debate sobre dificuldades relacionadas às decisões judiciais.

O que o ensaio pretendeu de fato trazer para o debate acadêmico foi um resgate de alternativas de análise para avaliar o problema crescente da arbitrariedade judicial no Brasil. Para isso, foram comparados aspectos teóricos entre Hart e Dworkin, devido à sua importância como base da maior parte do pensamento jurídico vigente no país hoje. Desfizeram-se possíveis confusões que comumente atrapalham as análises dessa seara: a identificação do termo “pós-positivismo” como um movimento apologético que erroneamente considera os positivistas como ultrapassados e reacionários; a acentuada diferença entre o positivismo exegético e a visão a partir de Kelsen; a diferenciação e relações internas dos conceitos de ativismo judicial, decisionismo e discricionariedade, detalhando as defesas e críticas ao primeiro deles; e a separação entre teorias descritivas e teorias prescritivas do direito. Em seguida, foi analisado o papel da discricionariedade no positivismo e no “pós-positivismo”, engendrando também o debate sobre direito e moral que é intrínseco a esse tema. Mostrou-se a tentativa de Dworkin de vincular os valores morais ao direito para impedir uma discricionariedade

213 *Idem.* p. 66-67 e p. 137-143.

214 *Ibidem.* p. 193.

judicial forte, enquanto Hart argumenta que a discricionariedade sempre existirá, e que é possível colocar aspectos morais no direito apenas através da tese do reconhecimento.

Esclarecendo o intuito do ensaio, foram analisados os resultados desejados de uma mudança em uma teoria meramente descritiva, indicando a necessidade de reações sociais e institucionais, incluindo a criação de novos mecanismos de controle. É questionada então a desarmonia entre a teoria de Dworkin e observações sobre o sistema jurídico brasileiro, como a dificuldade em se estabelecer uma coerência jurisprudencial. Com base principalmente em Bourdieu, também foi colocado em debate o quanto o “pós-positivismo” auxilia o fortalecimento de uma imagem irreal de neutralidade e legitimidade dos magistrados e o risco que a naturalização dessa imagem gera.

Por último, abordou-se rapidamente as questões éticas sobre o tema e suas implicações, no âmbito da limitação dos poderes do judiciário. Ligou-se isso à teoria dos princípios para alguns autores, com centralidade novamente em Hart e Dworkin, e como ela se dá na prática no Brasil, através da crítica principiológica, trazendo um exemplo de caso recente para comentar sua relação com os pontos levantados durante o resto do texto.

Espera-se que o ensaio tenha fornecido elementos suficientes, para instigar mais o debate em três principais áreas: (i) a secundarização do positivismo pela academia jurídica brasileira, algo bastante criticável perante a produção recente e de altíssima qualidade dessa linha em outros países; (ii) o reforço da exposição do caráter também político (no sentido estrito) do judiciário, apresentando os juízes como pessoas comuns com suas próprias vontades, opiniões e possibilidades de falhar; e (iii) a urgência da formulação de controles externos (ou institucionais com critérios objetivos) das decisões judiciais, devido justamente ao caráter político desse poder público.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n.5, pp. 139-151. 1988.

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. Em: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, n. 11, pp. 6455-6506, 2012.

_____. Discricionariedade judicial e teoria do direito. Em: *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVII, n. 60, maio/ago. 2013.

ANNUS, Taavi. Courts as Political Institutions. In: *Juridica International XIII*. p. 22-30. Estonia, 2007

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. M. Law in the Books and Books in the Court. Are social Rights Literature and Judicial Practice on the same page in Brazil? In: *Annuaire International des Droits de L'Homme*, v. VII, 2014.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out/nov/dez 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31129>>.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria da Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Paraná, n. 9, p. 258-301, 2008.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Política Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50,

2015.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista (Syn)thesis*, v. 5, n.1, p. 23-32, 2012.

_____. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>.

_____. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BERLIN, Isaiah. *Liberty: Incorporating four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O filósofo e a política*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BOLZANI, Cesar Felipe. *Coerência, fontes e incorporação: investigações sobre a relação de Direito e Moral*. 2016. 105 f. Monografia apresentada na Faculdade de Direito da UFPR para obtenção do grau de bacharel em Direito.

BOURGET, David; CHALMERS, David J. What do philosophers believe? *Philosophical Studies*, v. 170, n. 3, p. 465-500. 2014

BOURDIEU, Pierre. La Fuerza del Derecho, elementos para una sociologia del campo jurídico. In: *Poder, Derecho y Clases Sociales*, p.165-223, Bilbao: RGM, 2001.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 774-792, 2015

CHUEIRI, Vera Karam. Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience). *Graduate Faculty of Political and Social Science*,

New York. New school university, Ph. D, 2004.

COLEMAN, Jules. Beyond inclusive legal positivism. In: *Ratio Juris*, v. 22, n. 3. pp. 359-394. September 2009.

COSTA, Reginaldo Rodrigues da; et al. Os problemas da aplicação do princípio da dignidade humana em um contexto neoconstitucionalista. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 36.1, p. 37-56, jan./jun. 2016.

SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do direito e da moral – uma visão a partir do neopositivismo de Hart e a crítica de Nino. Em: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 48, p. 165-186, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. Em: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 102, pp. 215-253, jan./jun. 2011.

_____. Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. Casos difíceis. Tradução de Javier Esquivel. Em: *Cuadernos de Crítica*, n.º 14, México: Instituto de Investigaciones Filosóficas – Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

_____. Hart's postscript and the Point of Political Philosophy. In: *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 2006.

_____. *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Objectivity and Truth: You'd better believe it. *Philosophy & Public Affairs*, v. 2, n. 2, p. 87-139, 1996.

_____. The Supreme Court phalanx. In: *The New York Review of Books*, vol. 54, n. 14, 27/09/2007.

_____. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Right*. 2 ed. New York: Oxford University Press, 2011.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GICO JR, Ivo Teixeira. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 479-499, 2015.

GRIMM, Dieter. Constitutional Adjudication and Democracy. In: ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (eds.) *Judicial Review in International Perspective*. The Hague: Kluwer Law International, 2000.

GORDON, Thomas F. From Jhering to Alexy - Using Artificial Intelligence Models in Jurisprudence. In: PRAKKEN, H; MUNTJEWERFF, A. J.; SOETEMAN A.(eds). *Proceedings of the Jurix 94 Conference*. Koninklijke Vermande, Amsterdam, 1994. Disponível em: <<http://jurix.nl/pdf/j94-02.pdf>>.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

_____. Positivism and the separation of Law and Morals. In: *Harvard Law Review*, v. 71, p. 593-629, 1958.

HARTMANN, Ivar Alberto; CHADA, Daniel Magalhães, A Razão Sem Condições De Qualidade (Reason without Conditions for Quality) (November 11, 2015). VILHENA, Oscar (Org.). *Coletânea Organizada pela FGV Direito São Paulo com trabalhos que discutem o artigo "A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria", de Luís Roberto Barroso*. 2015. Disponível em: <[SSRN: https://ssrn.com/abstract=2689294](https://ssrn.com/abstract=2689294)>

JEREMY, Waldron. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press UK. 1999.

KELSEN, H. On the theory of interpretation. *Legal studies*, v. 10, n. 2, p. 132, Blackwell publishing Ltd., July 1990.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism". Em: *California Law Review*, v. 92, n. 5, 2004.

LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. In: *American Journal of Jurisprudence*, v. 48, pp. 17-51, 2003.

LOBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. Em: *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 249-259, set./dez. 2013.

MATOS, A. S. M. C.; MILÃO, D. A. P. Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. Em: *Seqüência*, n. 67, dez. 2013.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura no Novo Código Civil. In: ALVIN, Arruda; ALVIN, Thereza (Orgs.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Editora RT, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MELO, Sérgio Santos; FERREIRA, Maria Gorete. Judicialização, ativismo e decisionismo judicial. Em: *Revista Jurídica – CCJ*, v. 18, nº. 36, maio/ago, 2014.

MENDES, Regina Lucia Teixeira. Dilemas da decisão judicial: as representações dos juízes brasileiros sob o princípio do livre convencimento do juiz e outros princípios correlativos. Em: *Revista Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 14, n.1, p. 191-208, 2008.

NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

NINO, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

NUNES, Dierle José Coelho. Fundamentos e dilemas para o sistema processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do processualismo Constitucional democrático. Em: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes, MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, MAGALHÃES, José Luiz Quadros (coord.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PÁDUA, Thiago Aguiar. A expressão “ativismo judicial” como um “clichê constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 134-168, 2015.

PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

POSNER, Richard A. The Problematics of Moral and Legal Theory. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 7, pp. 1637-1717, 1997.

RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira? Em: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 11, n. 11, p. 217-237, 2013.

RAZ, Joseph, About Morality and the Nature of Law. In: *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 48, p. 1, 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1008801>>.

RAZ, Joseph. *Authority of Law – Essays On Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

_____. Legal Principles and the Limits of Law. In: *The Yale Law Journal*, v. 81, 1972. pp. 823-854.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REHDER, Britta. What is political about Jurisprudence? Courts, Politics and Political Science in Europe and the United States. In: *MPIfG Discussion Paper 07/5*, 2012. Disponível em: <www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp07-5.pdf>.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. 2007. Disponível em: <<http://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmiento+-+Ubiquidade+Constitucional.pdf>>

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. New York: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed* (March 5, 2007). Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657>>.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2013

_____. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de informação legislativa*, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Ética, do mundo da célula ao mundo dos valores*. São Paulo: Saraiva, 2014.

TOVAR, Leonardo Zchuri. Promessas da modernidade e Ativismo Judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v.5, Número Especial, p. 518-536, 2015.

TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008

VANBERG, Gerog. Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment. *Annual Review of Political Science*, n. 18, p. 167-185, 2015.

WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, Risco e Saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

_____. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, janeiro/junho de 2013.