

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

THOMÉ SABBAG NETO

JUÍZES CRIAM NORMAS?
OBJEÇÕES À TESE DE QUE NÃO HÁ NORMAS
ANTES DA INTERPRETAÇÃO (JUDICIAL) DA LEI

CURITIBA

2023

THOMÉ SABBAG NETO

JUÍZES CRIAM NORMAS?
OBJEÇÕES À TESE DE QUE NÃO HÁ NORMAS
ANTES DA INTERPRETAÇÃO (JUDICIAL) DA LEI

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior
Coorientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Sabbag Neto, Thomé

Juízes criam normas? Objeções à tese de que não há normas antes da interpretação (judicial) da lei / Thomé Sabbag Neto. – Curitiba, 2023.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Sérgio Said Staut Júnior.

Coorientador: Sérgio Cruz Arenhart.

1. Direito - Filosofia. 2. Norma jurídica. 3. Hermenêutica (Direito). I. Staut Júnior, Sérgio Said. II. Arenhart, Sérgio Cruz. III. Título. IV. Universidade Federal do Paraná.



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

ATA Nº266

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia treze de fevereiro de dois mil e vinte e três às 14:30 horas, na sala Sala de defesas do PPGD-UFPR, Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, Praça Santos Andrade, n. 50, terceiro andar, Curitiba-PR, Brasil, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **THOMÉ SABBAG NETO**, intitulada: **JÚIZES CRIAM NORMAS? OBJEÇÕES À TESE DE QUE NÃO HÁ NORMAS ANTES DA INTERPRETAÇÃO (JUDICIAL) DA LEI**, sob orientação do Prof. Dr. **SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: **SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR** (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), **CÉSAR ANTONIO SERBENA** (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), **JOSÉ LAMEGO** (UNIVERSIDADE DE LISBOA). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela **APROVAÇÃO**. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, **SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR**, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 13 de Fevereiro de 2023.

Assinatura Eletrônica

14/02/2023 08:55:38.0

SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

14/02/2023 09:45:31.0

CÉSAR ANTONIO SERBENA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

15/02/2023 12:54:15.0

JOSÉ LAMEGO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE LISBOA)



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **THOMÉ SABBAG NETO** intitulada: **JUIZES CRIAM NORMAS? OBJEÇÕES À TESE DE QUE NÃO HÁ NORMAS ANTES DA INTERPRETAÇÃO (JUDICIAL) DA LEI**, sob orientação do Prof. Dr. SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 13 de Fevereiro de 2023.

Assinatura Eletrônica

14/02/2023 08:55:38.0

SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

14/02/2023 09:45:31.0

CÉSAR ANTONIO SERBENA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

15/02/2023 12:54:15.0

JOSÉ LAMEGO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE LISBOA)

Praça Santos Andrade, 50 - CURITIBA - Paraná - Brasil
CEP 80020300 - Tel: (41) 3310-2685 - E-mail: ppgdufpr@gmail.com

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.

Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 256038

Para autenticar este documento/assinatura, acesse <https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp>
e insira o código 256038

*Dedico este trabalho à
Desembargadora Denise Krüger Pereira,
tia muito querida que me mostrou na prática a importância
– e a possibilidade – do ofício jurisdicional prestado de modo sério e legítimo.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares, especialmente à minha mãe, Rosângela de Aguiar, pelo entusiasmo encorajador com todas as minhas empreitadas; ao meu pai, Thomé Sabbag Filho, por driblar tão habilmente sua enfermidade de modo a seguir me reconhecendo como seu filho e me ensinando de tantas formas inesperadas; e ao meu filho, João Pedro Cercal Sabbag, pelo amor que recebo, mas sobretudo pelo amor que aprendi a dar.

Agradeço de forma muito especial ao professor e amigo Luiz Guilherme Marinoni, orientador primeiro (orientador, aliás, de toda uma geração de Juristas), que tanto me estimulou a retornar à Academia e a quem muito devo, não só do ponto de vista intelectual, mas também profissional e pessoal. A gênese deste trabalho se deve às nossas muitas conversas sobre a relação entre a jurisdição e a democracia, ao longo da redação de seu já penúltimo livro, que aborda com rara acuidade as terras ainda inexploradas – e às vezes muito maltratadas, no duplo sentido da expressão – do processo e da jurisdição constitucionais no Brasil.

Agradeço aos meus orientadores, os professores Staut e Arenhart – Sérgio, ambos: respectivamente na Teoria do Direito e no Processo, os dois se destacam não só pela seriedade acadêmica, incontroversa, mas também pela abertura pacífica à controvérsia, ao diálogo com opiniões diversas e a tudo quanto é por definição necessário a que a produção do conhecimento siga sendo viva e fecunda. Agradeço também ao professor Cesar Antonio Serbena, pelas considerações de ordem metodológico-formal e pelas indicações bibliográficas que fez para a eventual e cogitada hipótese de que um dos capítulos iniciais da pesquisa (o relativo à exposição das principais ideias do realismo jurídico) venha a ser objeto autônomo de futuros trabalhos.

Agradeço ao professor José Lamego, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por vários motivos pelos quais lhe sou grato e devedor: primeiro, por seu conhecimento, tão bem condensado em seus excelentes *Elementos de Metodologia Jurídica*, obra que muito me auxiliou nesta pesquisa; depois, por sua douta presença na Banca Examinadora deste despretenso trabalho d'além-mar; depois ainda, por sua generosidade ao externar suas impressões e seu veredito sobre o trabalho, recomendando-o à publicação; e, finalmente, por sua disponibilidade, tão pronta e estimulante, em aceitar ser meu orientador no doutoramento.

Agradeço aos amigos que estiveram presentes de forma direta e constante ao longo da elaboração do trabalho, com destaque à Tagie Assenheimer, processualista como poucos o são, por ter acompanhado tudo desde o início, compartilhando comigo o seu refino intelectual; ao Frederico Junkert, constitucionalista mesmo, pela amizade crescente e pelo intercâmbio profícuo de ideias político-jurídicas; e ao Bruno Augusto Vigo Milanez, processualista também

(penal embora), pela leitura prévia e atenta do texto e pelas boas conversas que tivemos a respeito do difícil tema da pesquisa.

Agradeço aos vários amigos que estiveram presentes no dia da defesa deste trabalho e que puderam ver o quão acirradas são as discussões que o tema suscita, até mesmo antes de se adentrar o mérito dos argumentos: por isso e por tanto mais, agradeço aos amigos Antonio Juliano Albanez, Heroldes Bahr Neto, Ivens Hübert, Luiz Alberto França, Miguel Kalabaide, Natascha Schmitt, Rafael Gapski Moreira, Rafael Mueller, Renata de Andrade Santos e Vitor Puppi, como também a todos os demais amigos de interlocução diária que afortunadamente temos em comum.

Agradeço, enfim, a todos os que, direta ou indiretamente, de um jeito ou de outro e mesmo que sem intenção, auxiliaram-me a desenvolver ou a concluir este trabalho, seja na formulação inquietante das perguntas corretas, seja na identificação progressiva das respostas possíveis.

*“[...] é uma máxima heurística que a verdade
não está em uma das duas visões em disputa,
mas em alguma terceira possibilidade que ainda não foi pensada,
que só podemos descobrir rejeitando algo assumido como óbvio por ambos os disputantes.”*
(Frank Plumpton Ramsey, em *The Foundations of Mathematics and Other Logical Essays*)

*“[...] é significativo que, nas moedas, a figura de Dikê
por vezes se confunde com a de Tykê,
a deusa do destino incerto.
Também ela segura uma balança.”*
(Johan Huizinga, em *Homo Ludens*)

RESUMO

A criação e a interpretação das normas jurídicas são problemas clássicos e persistentes na Filosofia e na Teoria do Direito. Tais problemas que, em tempos de crise metodológica relevante nas práticas jurídicas, acabam por ganhar a atenção até mesmo daqueles que, antes, dispensavam-se de pensar neles (tanto operadores jurídicos mais afeitos à prática que à teoria, quanto a população leiga, naturalmente distanciada dessas discussões). Nesse trabalho, após um mapeamento sumário das principais teorias sobre a criação e a interpretação das normas (nomeadamente o positivismo legalista, o positivismo reformado de Kelsen e Hart, a tese de Dworkin e as variantes escandinava, genovesa e norte-americana do jusrealismo), o consenso teórico segundo o qual não existem normas antes da interpretação (judicial) da lei será revisitado criticamente, desde uma abordagem filosófico-argumentativa. Essa revisão consistirá na submissão da tese cético-voluntarista, segundo a qual é o intérprete que cria as normas, a testes teóricos de cinco tipos: testes semânticos (*“O que é que se afirma, afinal?”*), testes lógicos (*“Com que consistência se afirma o que se afirma?”*), testes epistêmicos (*“É isso o que de fato acontece?”*), testes fenomenológicos (*“É isso o que em geral se acha que acontece?”*) e testes pragmáticos (*“É isso o que queremos que aconteça?”*). A conclusão se apoiará nos resultados desses testes teóricos e, mesmo não propondo qualquer tipo de retorno às teses formalistas, rejeitará a descrição teórica segundo a qual as decisões judiciais são atos de criação de normas gerais.

Palavras-chave: normas jurídicas; interpretação jurídica; ceticismo normativo; voluntarismo interpretativo.

ABSTRACT

The making and interpretation of legal norms are classic and persistent issues in Philosophy of Law and Jurisprudence. In times of serious methodological crisis in legal practices, these issues end up drawing the attention even of those who were previously exempt from thinking about them (both legal operators more accustomed to practice than theory, and the lay audience, naturally distanced from such debates). In this work, after briefly mapping the major theories on the making and interpretation of norms (namely legalist positivism, Kelsen and Hart's reformed positivism, Dworkin's thesis and the Scandinavian, Genoese and North American variants of legal realism), the theoretical consensus according to which there are no norms before the (legal) interpretation of the statutes will be critically revisited from a philosophically argumentative approach. Such review will consist of submitting the skeptical and voluntarist thesis, according to which it is the interpreter who creates the norms, to five types of theoretical tests: semantic tests (*"What is being ultimately asserted?"*), logical tests (*"With what consistency one asserts what is asserted?"*), epistemic tests (*"Is this what actually happens?"*), phenomenological tests (*"Is this what is generally thought to happen?"*) and pragmatic tests (*"Is it what we want to happen?"*). The conclusion will be based on the results of these theoretical tests and, although it does not propose any kind of return to formalist theses, it will reject theoretical description according to which judicial decisions are acts that create general norms.

Keywords: legal norms; legal interpretation; normative skepticism; interpretive voluntarism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
-----------------	----

PARTE I

CONSIDERAÇÕES TEÓRICO-EXPOSITIVAS

A criação e a interpretação das normas na Teoria do Direito

1 O PROBLEMA DA DETERMINAÇÃO DO DIREITO: MAPEAMENTO SUMÁRIO DAS PRINCIPAIS TEORIAS JURÍDICAS NÃO REALISTAS A RESPEITO DA NOMOGÊNESE E DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	25
--	-----------

1.1 O POSITIVISMO LEGALISTA (OU FORMALISMO EXEGÉTICO): “ <i>As normas são criadas pelo Legislador, devendo os Juízes simplesmente aplicá-las</i> ”	32
--	----

1.2 O POSITIVISMO REFORMADO E AS TESES DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: “ <i>As normas são criadas tanto pelo Legislador, quanto, nos casos difíceis, pelos Juízes, discricionária e intersticialmente</i> ”	40
---	----

1.3 A PROPOSTA DE DWORKIN: “ <i>O Juiz não tem discricionariade nem mesmo nos casos difíceis, devendo sempre escolher a única resposta</i> ”	56
--	----

2 O JUSREALISMO E SUAS PRINCIPAIS TESES: O CETICISMO EPISTÊMICO-NORMATIVO E O VOLUNTARISMO INTERPRETATIVO-DECISÓRIO.....	71
---	-----------

2.1 O JUSREALISMO EUROPEU CONTINENTAL: “ <i>A norma não é objeto da interpretação, mas o seu resultado, pois texto não é norma</i> ”	74
--	----

2.2 O JUSREALISMO NORTE-AMERICANO: “ <i>O Direito é o que os Juízes dizem que ele é</i> ”	82
---	----

2.3 O DUPLO DENOMINADOR COMUM TEÓRICO ENTRE AS VÁRIAS VERTENTES JUSREALISTAS E A TESE CÉTICO-VOLUNTARISTA MODERADA: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES CRÍTICAS	90
---	----

PARTE II

CONSIDERAÇÕES CRÍTICO-ARGUMENTATIVAS

Objeções à tese de que não há normas antes da interpretação (judicial) da lei

3 TESTES FORMAIS: SEMÂNTICOS E LÓGICOS	104
---	------------

3.1 TESTES SEMÂNTICOS: “ <i>O que é que se afirma, afinal?</i> ”	105
--	-----

3.1.1 A ambiguidade inerente à proposição aqui discutida – e a proposições correlatas	106
---	-----

3.1.2 O exagero inerente ao sentido forte da tese analisada	110
---	-----

3.1.3 A inutilidade teórica do sentido fraco da tese analisada: trivialidade proposicional	112
--	-----

3.1.4 A consequência da ampliação do rol de intérpretes normativos e o necessário e subreptício retorno ao ceticismo forte e judicialista	114
3.1.5 Preventivamente: este trabalho não se volta contra um “espantalho”	116
3.1.6 Conclusão sinótica dos testes semânticos	124
3.2 TESTES LÓGICOS: “ <i>Com que consistência se afirma o que se afirma?</i> ”	124
3.2.1 Inferências inválidas: contradições e paralogismos inerentes a algumas teses cético-voluntaristas	125
a) <i>A tese de que as leis não contêm normas, por dependerem de interpretação, é contraditória com a não extensão dessa mesma conclusão às decisões judiciais e aos textos doutrinários</i>	125
b) <i>A lei é “indeterminada”, mas os precedentes não?</i>	130
c) <i>Alguns paralogismos (non sequitur e falso dilema) identificados na tese cética</i> ...	132
3.2.2 Inferências incompletas: algumas premissas cético-voluntaristas implicam consequências indesejáveis, mas inevitáveis	137
a) <i>Se a tese cético-voluntarista é verdadeira, então a atividade legislativa é supérflua</i>	139
b) <i>Se a tese cético-voluntarista é verdadeira, então não há hierarquia normativa</i>	146
c) <i>Se a tese cético-voluntarista é verdadeira, então a aplicação de normas é odiosamente retroativa</i>	149
d) <i>Se a tese cético-voluntarista é verdadeira, então Juízes podem criar normas gerais e abstratas sem precisar satisfazer diversas condições de legitimidade democrática</i> ..	152
e) <i>Se a tese cético-voluntarista é verdadeira, então não há fronteiras entre o político e o jurídico</i>	157
3.2.3 O problema da contradição performativa	165
3.2.4 Conclusão sinótica dos testes lógicos	166
4 TESTES MATERIAIS: EPISTÊMICOS, FENOMENOLÓGICOS E PRAGMÁTICOS	168
4.1 TESTES EPISTÊMICOS: “ <i>É isso o que de fato acontece?</i> ”	168
4.1.1 O ceticismo voluntarista é pertinente mais a uma Sociologia do que uma Teoria do Direito	168
4.1.2 Descrição vs. prescrição: o descritivismo problematizado	171
4.1.3 O conceito de “objetividade” revisitado	177

4.1.4 O hiperfoco cético-voluntarista na questão dos “textos”	182
4.1.5 O erro cético-voluntarista é simetricamente oposto ao do formalismo	187
4.1.6 Texto não é norma, obviamente: mas e daí?.....	190
4.1.7 A tese cética não admite – ou, se admite, não explica – o erro judicial	193
4.1.8 Outras insuficiências explicativas da tese cético-voluntarista aqui examinada.....	196
4.1.9 Há dispositivos legais cujo conteúdo claramente se opõe à tese cético-voluntarista	199
4.1.10 O Juiz não cria normas tal como o Legislador o faz: as diferenças irreduzíveis entre a atividade judicial e a legislativa, enquanto teste epistêmico derradeiro	201
4.1.11 Conclusão sinótica dos testes epistêmicos.....	223
4.2 TESTES FENOMENOLÓGICOS: “ <i>É isso o que em geral se acha que acontece?</i> ” ..	224
4.2.1 O ceticismo voluntarista não descreve a atividade judicial tal como o Povo e os próprios Juizes a descrevem	224
4.2.2 Prospectar normas inferencialmente é diferente de criar normas	230
4.2.3 Conclusão sinótica dos testes fenomenológicos	237
4.3 TESTES PRAGMÁTICOS: “ <i>É isso o que queremos que aconteça?</i> ”	237
4.3.1 A tese cético-voluntarista acaba por trair o constitucionalismo moderno e sua finalidade precípua de limitar o exercício do poder normativo do Estado/Soberano	240
4.3.2 A insegurança jurídica e a aplicação retroativa de normas em tese criadas pelo Juiz	245
4.3.3 O carácter fundamentalmente não democrático da nomopoiese judicial	246
4.3.4 O desprezo pela vontade político-parlamentar e os seus perigos práticos e teóricos	256
4.3.5 Conclusão sinótica dos testes pragmáticos	260
CONCLUSÕES	261
REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO	267

INTRODUÇÃO

Em períodos de relativa normalidade prático-institucional do Direito, as discussões filosófico-conceituais a seu respeito ficam, em geral, reservadas ao domínio acadêmico especializado e por isso, nesses períodos, só existem graças ao ânimo teórico dos filósofos – e, claro, à sua permanente disposição ao debate. Porém, nos períodos em que a prática jurídica se desorganiza e entra em crise (geralmente em função de outras crises, de ordem política, social, moral *etc.*), tanto os operadores jurídicos como a própria sociedade voltam a perceber a importância das discussões jusfilosóficas.

Porém, essa redescoberta se dá por razões diversas: **a)** os práticos jurídicos, filosoficamente avessos em virtude de seu pragmatismo mais ou menos acentuado e mais ou menos justificado, passam a ver nessas discussões o ensejo de obter as respostas necessárias para mitigar as inúmeras perplexidades causadas pela forma com que o Direito passou a ser praticado nesses períodos de crise e resolver dúvidas metodológicas angustiantes acerca de como ele o deveria ser; percebem então como incontornável o enfrentamento daquelas mesmas questões que antes compreensivelmente desprezavam, como “*O que é e como deve ser o Direito?*”, “*Para que serve ou deve servir o Direito?*” e “*Como ele é e como deve ser praticado?*”; e **b)** o Povo, juridicamente leigo e por isso naturalmente disposto a acreditar que as instituições legislativas e judiciárias funcionam de forma mais ou menos regular quanto à produção e à aplicação do Direito, passa a enxergar nos debates teórico-jurídicos um domínio em relação ao qual se vê impelido a ter opinião crítica e informada¹, por passar a considerar que, sobretudo nesses períodos de crise, a jurisdição é prestada de forma aleatória e impositiva, não raro à margem da lei, tudo com base em vieses morais, idiossincrasias voluntaristas e preferências ideológicas dos Juízes. Assim, por razões variadas e cada um em seu grau e a seu modo, todos passam a se aventurar nos difíceis debates da Teoria e da Filosofia do Direito, cuja relevância é enfim redescoberta e reafirmada para além dos muros filosófico-acadêmicos, tudo em função de questões muito práticas e concretas – quando não urgentes e até dramáticas.

Aliás, a motivação para o presente trabalho surgiu justamente da confluência de dois tipos de perplexidades: **a)** de um lado, a *perplexidade prática* com o chamado ativismo judicial, com o decisionismo voluntarista e com outros fenômenos assemelhados, com os quais me

¹ Tornou-se já lugar-comum, há alguns anos, dizer que o brasileiro médio passou a conhecer melhor os nomes dos onze integrantes do Supremo Tribunal Federal do que os dos onze integrantes da seleção brasileira de futebol.

deparei enquanto advogado e cidadão; e **b)** de outro, a *perplexidade teórica* com o ceticismo voluntarista de escolas jusfilosóficas (como o chamado realismo jurídico e sua ênfase na atividade interpretativa, especialmente a judicial) e de ideologias jurídico-políticas (como o pragmatismo e o neoconstitucionalismo, com o seu hiperfoco nos princípios e na interpretação constitucional), ceticismo com cuja anuência acadêmica mais ou menos generalizada – e em alguns casos até inconsciente – deparei-me surpreso, como aluno, após ter retomado os estudos jurídicos em nível de pós-graduação². Tive, então e simultaneamente, as duas ordens de motivação às quais aludi acima (a *metodológico-pragmática*, própria dos operadores jurídicos, e a *crítico-avaliativa*, própria do cidadão médio, ambos perplexos com a forma como o Direito passou a ser produzido e aplicado no Brasil de uns anos para cá); e, tendo dado vazão a ambas e por isso voltado a estudar academicamente, a essas duas motivações somou-se, então, uma terceira: a *analítico-filosófica*, própria dos que se engajam nas discussões de Teoria e Filosofia do Direito.

A propósito, todas essas dúvidas e perplexidades, práticas e teóricas, são ainda mais intensas nos casos como o da prática jurídica brasileira atual, na qual existe uma intensa e crescente *disputa pelo poder normativo* entre o Legislativo e o Judiciário, isto é, pelo poder de exarar normas gerais e abstratas destinadas a controlar a conduta social. E, no fundo, as teses justeóricas que dão ao Juiz o poder – *de facto* ou até mesmo *de jure* – de se substituir ao Legislador, “criando normas (gerais)”, não são senão ideologias que transformam a interpretação jurídica (especialmente a interpretação constitucional) em um expediente destinado à mutação jurídico-normativa por via judicial impositiva, num processo franco e aberto de competição normativa, por vezes ideologicamente motivada, contra o Parlamento e a Administração. Nesse embate, aliás, essas teses parecem querer garantir vitória antecipada e infalível ao Judiciário, mediante, por exemplo, o dogma da indeterminação dos textos legislativos, o mito da última palavra do Judiciário sobre o sentido das leis e ideias similares.

Essas teses, pelo menos quando levadas às suas mais concretas e últimas consequências lógicas (muitas vezes recusadas ou eufemizadas pelos próprios defensores das teses abstratas que as implicam inevitavelmente), distorcem a natureza e a finalidade precípua da função jurisdicional, de modo a violar o princípio democrático e o da separação harmoniosa dos

² Tive, na ocasião, a mesma impressão que Marcelo Neves teve em relação à utilização abundante de princípios e ponderações, ou seja: a de que o ceticismo normativo e o voluntarismo interpretativo constituíam uma corrente justeórica “cuja trivialização emprestava a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, p. X).

Poderes, gerando o que muito bem poderia ser chamado já de uma *disfunção* jurisdicional: um projeto de transformação jurídica, política e constitucional a ser operada pelo engajamento militante dos Tribunais e pretensamente justificada de forma retroativa – quando não apenas retórica e nominal – pela fundamentação, mediante o emprego sincrético e caótico, mas sempre pragmaticamente muito bem calculado, das diversas metodologias interpretativas que, disponíveis como que num cardápio, são identificadas a cada vez como as mais úteis e convenientes para cada ocasião (“metodologia” interpretativa *ad hoc*).

A questão relativa ao exercício do poder normativo em sociedade, portanto, está longe de ser um mero e inútil pedantismo teórico-acadêmico, ostentando, ao contrário, evidente importância prática³: no limite, a discussão sobre hermenêutica jurídica (sobretudo no campo da interpretação constitucional) diz respeito a duas questões tão delicadas quanto muito concretas: **a)** qual é, afinal, a fonte soberana do poder político-normativo em determinada comunidade político-jurídica, sobretudo no confronto entre Legislativo e Judiciário, se é que há uma?; e **b)** os direitos e as garantias fundamentais estabelecidos em textos normativos dependem mesmo de que os Juízes concessivamente os referendem mediante “interpretação” ou são, como deveria ser consenso, trunfos verdadeiros e efetivos que, justamente por serem o que são, independem do reconhecimento obsequioso de qualquer autoridade estatal, inclusive dos Juízes?

Ora, se os dispositivos legais (constitucionais inclusos e com especial destaque) não fornecem respostas além daquelas que seus intérpretes lhes atribuem – de forma extrínseca, retrospectiva e subjetiva – de que eles servem, afinal? Como parece óbvio e até intuitivo, eles devem ser – e são, como procurarei demonstrar – algo mais do que meros pretextos justificativos para decisões judiciais e muito mais do que simples recursos retóricos destinados a embelezar decisões voluntaristas orientadas verdadeiramente pelos materiais extrajurídicos aleatórios e imprevisíveis que são acolhidos pelo Juiz em função de suas preferências pessoais. Portanto, sem se negar que há sempre alguma margem ineliminável de liberdade interpretativa – pois isso seria negar o óbvio –, há de se evitar o extremo contrário de considerá-la maior ou mais incontrolável do que realmente é, uma vez que ela pode e deve ter seus limites materiais

³ Aliás, tão fortemente prática é essa importância, que ela diz respeito não apenas à prática *jurídica* (ultrapassagem dos limites da interpretação judicial, insegurança jurídica *etc.*), nem se reduz sequer à prática *sócio-política* (deterioração democrática da produção do Direito, violação à separação harmoniosa dos Poderes *etc.*), mas até mesmo às práticas *econômicas* (diminuição calamitosa de investimentos nacionais e internacionais, em virtude da insegurança jurídica, que torna impossível a atividade empresarial de calcular riscos, atividade que depende de um cenário de expectativas minimamente estabilizadas).

e formais razoavelmente demarcados, assim como pode e deve ter a legitimidade de seu conteúdo racionalmente controlada, por dever estar apoiada em fundamentos mais fortes do que o reconhecimento precocemente resignado de que não tem como ser diferente e de que, portanto, um voluntarismo subjetivo é o único caminho possível.

Para enfrentar o problema, precisarei enfrentar questões teórico-filosóficas bastante instigantes e sutis, razão pela qual dedicarei a primeira parte do trabalho a um mapeamento preliminar minimamente aprofundado das principais teorias a respeito do nascimento das normas jurídicas e da interpretação jurídica, para que, em seguida, possa me demorar nas teses cético-realistas, expondo os seus principais argumentos e procedendo a um seu exame crítico, sobretudo porque tais teses, querendo ou não, acabam por referendar o voluntarismo judicial, senão como algo apreciável, ao menos como algo supostamente inevitável. Não é à toa que muitas decisões judiciais que pretendem se afastar do sentido claro dos dispositivos legais que “interpretam” julgam necessário ou pelo menos muito oportuno fazer referência a trechos jusfilosóficos cético-realistas, principalmente relativos às teses da “indeterminação dos textos legais”, da “distinção entre texto e norma” e de outras noções semelhantes.

Estou convencido de que, chegadas as coisas onde chegaram, com Juízes decidindo de forma claramente *contra legem*, com a leniência ou mesmo o entusiasmo de Juristas que, em sede doutrinal e abstrata, afirmam que são os intérpretes e aplicadores que “criam as normas”, é preciso dar alguns passos atrás, até que possa ser identificada a primeira premissa equivocada ou o primeiro mal-entendido proposicional que está na base desse “castelo de cartas” que é o decisionismo voluntarista (entusiasmado ou resignado), cujas premissas jusfilosóficas, a propósito, foram invisibilizadas e já tornadas pressupostos tácitos, verdadeiros hábitos mentais, por se terem entronizado como ciência normal, *mainstream* doutrinal. Minha expectativa com este trabalho é, então, justamente submeter este conjunto de premissas cético-voluntaristas a escrutínio rigoroso, para avaliar seu poder lógico-teorético e, enfim, demonstrar – assim espero – que algumas delas são apenas trivialmente verdadeiras, algumas não têm as consequências que em geral se lhes atribuem e algumas são simplesmente falsas, de modo que, portanto, nenhum desses três tipos de premissas é capaz de idoneamente suportar uma conclusão tão forte e ambiciosa como a de que “*Legisladores não criam normas jamais; somente os Juízes [ou, eufemisticamente, os intérpretes] é que as criam.*”.

É realmente uma tarefa necessária – por razões tanto teóricas, quanto práticas – desintoxicar-se dos pressupostos abstratos que, não sendo revisitados e estando desconectados da realidade mais inegável, falsifica a nossa *visão* (que, em grego, diz-se “*theoria*”, justamente) das coisas: o fato óbvio de que Aquiles afinal alcança a tartaruga – e, aliás, com que facilidade!

– põe em ridículo a tese abstrata e inegavelmente sedutora de Zenão de Eléia, segundo a qual é matematicamente impossível que ele a alcance: segundo o eleata, para que Aquiles alcançasse a tartaruga, ele deveria, antes, alcançar cada um dos sucessivos pontos ocupados por ela, processo que faz diminuir a distância entre ambos, mas nunca a anula, já que, por menor que seja, a velocidade da tartaruga é diferente de zero, o que é suficiente para sempre haver mais algum ponto que Aquiles deva cobrir antes de ultrapassá-la⁴. Da mesma forma, uma tese tão audaciosa quanto a do realismo jurídico, que se compromete com a inexistência de um fato tão patente quanto o de Legisladores criarem, sim, normas jurídicas, é uma tese que deveria *pelo menos* despertar em nós algum alerta epistêmico, alguma reserva ou escrúpulo, ainda que ela nos soasse plausível e engenhosa no campo abstrato dos conceitos – sobretudo se parássemos de avaliar a sua veracidade “no meio do caminho”, por não sondarmos as suas últimas consequências, algumas das quais poderiam nos fazer recusá-la pronta e definitivamente.

Naturalmente, o que pretendo com este trabalho não é a proposição de um retorno às teses formalistas e legalistas do século XIX, teses que ninguém mais defende seriamente, mas que constituem apenas o extremo contrário do exagero igualmente implausível e pernicioso das teses contemporâneas que afirmam, de um lado, a indeterminação *legislativa* e *cognitiva* das normas jurídicas e, de outro, a sua determinação *judicial* e *volitiva*⁵. Assim, o formalismo de outrora e o ceticismo de hoje são dois extremos especulares, cujos exageros levaram Herbert Lionel Adolphus Hart a considerá-los como simétricos antípodas que, análogos a Cila e Caribde, só acertam justamente quando um corrige o outro⁶.

Aliás, chega a ser inclusive irônico o fato de que as mais diversas metodologias interpretativas sejam constantemente capturadas e reaproveitadas por ideologias políticas as mais diversas e que se revezam – a depender da circunstância e do cálculo estratégico – entre o

⁴ Em sua *Física* (sobretudo no Livro VI, Parte 9), Aristóteles ocupa-se de refutar os famosos argumentos de Zenão contra o movimento e a mudança. Dentre eles, Alexandre Koyré destaca, além do acima explicitado, o da *dicotomia* (“antes que o móvel tenha atingido o termo de sua trajetória, ele deve ter percorrido a metade da distância, e assim, sucessivamente, ao infinito”) e o da *flecha* (“A flecha que voa está, em cada momento e em cada ponto de sua trajetória, imóvel”) (KOYRÉ, Alexandre. *Estudos de história do pensamento filosófico*, pp. 2-3).

⁵ “Um texto não deve ser interpretado de maneira estrita, tampouco de maneira leniente; deve, isto sim, ser interpretado de maneira razoável, de modo a contemplar tudo aquilo que, de maneira justa, ele significa. [...] enquanto o bom textualista não é um adepto da interpretação literal, também não é um niilista. As palavras realmente possuem uma gama limitada de significados e nenhuma interpretação que vá além deste alcance é permitida. [...] Admitir o contrário é abandonar o textualismo e transformar os textos democraticamente adotados em meros trampolins para a criação judicial de normas” (SCALIA, Antonin. *Uma questão de interpretação: os Tribunais Federais e o Direito*, pp. 32-35).

⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 191.

rigorismo literalista e o construtivismo voluntarista⁷: trata-se de um emprego seletivo e sazonal das metodologias interpretativas que se afigurem ao Juiz como as mais convenientes para cada ocasião, em vista de um pragmatismo vulgar, meramente instrumental e claramente orientado à consecução das simples – mas aparentemente irresistíveis – preferências subjetivas do Juiz, que, ao agir assim, desvincula-se, na base da força bruta, dos compromissos mais indeclináveis que a função jurisdicional deve ter com o ordenamento jurídico positivo, sobretudo quanto ao seu conteúdo claro e manifesto. Sem qualquer rubor ou escrúpulo, o consequencialismo decisório não hesita em variar, indefinidamente e sem nenhum critério que seja verdadeiramente distinto do puro cálculo pragmático, as metodologias interpretativas, que, portanto, passam a ser empregadas não mais como *critérios racionais de prospecção normativa*, mas apenas como *recursos retóricos de retrospecção justificativa*. Não é incomum que o mesmo Juiz que ontem decidiu de modo literalista, cantando loas à vinculação judicial ao sentido claro da lei, decida hoje da forma mais desabridamente voluntarista e *contra legem*, dessa vez compondo odes aos valores materiais que em tese legitimam e até exigem a sua decisão, num maquiavelismo hermenêutico do tipo “vale-tudo”, graças à alardeada nobreza dos fins declaradamente visados pelo “intérprete”. Trata-se, como se vê logo, de um claro ecletismo metodológico, de um verdadeiro caos interpretativo, que não raro chega até mesmo a assumir o seu caráter metodologicamente camaleônico, *ad hoc*.

Um das hipóteses com que trabalho neste estudo, já a partir de uma perspectiva histórica, é a de que a confiança entusiasmada com o ofício do Juiz, a partir da segunda metade do século XX, é como que um resultado natural das sucessivas frustrações de expectativa que ocorreram quando a confiança e o entusiasmo se dirigiram, de forma talvez igualmente ingênua,

⁷ Nesse sentido, Carlos Blanco de Moraes, da Universidade de Lisboa, em seu artigo “*As ideologias da interpretação e o Ativismo Judicial: o impacto das ‘ideologias da interpretação’ nos princípios democrático e da separação de poderes*”, bem demonstrou que tanto metodologias mais formalistas, quanto metodologias mais construtivistas estão bem servidas de teóricos que as endossam ao longo de todo o espectro político-ideológico: “Em termos puramente políticos, coexistem no amplo universo positivista, pensadores conservadores (FORSTHOFF e LUHMANN), com expoentes liberais (WALDRON) e teóricos de esquerda (TUSHNET), alguns deles com remota influência marxista (HABERMAS). E, no suprapositivismo, conservadores jusnaturalistas (SPADARO e BACHOF) coexistem com republicanos laicos e politicamente liberais (HESSE), expoentes da esquerda liberal (DWORKIN e ZAGREBELSKI) e pensadores neoconstitucionalistas de inspiração marxista (BONAVIDES)” (MORAIS, Carlos Blanco de. *As “ideologias da interpretação” e o Ativismo Judicial: o impacto das “ideologias da interpretação” nos princípios democrático e da separação de poderes*, *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, 2016, v. I, p. 278). Ora, é possível haver ativismo judicial em favor de teses conservadoras quando a lei é progressista e em favor de teses progressistas quando a lei é conservadora, razão pela qual o ativismo judicial e sua ideologia correspondente não são intrinsecamente “de esquerda” ou “de direita”, sendo inevitavelmente circunstancial e contingente qualquer associação nesse sentido.

ao ofício do Legislador (século XIX) e ao do Administrador (primeira metade do século XX)⁸. Teria havido, então, segundo esta hipótese, um *revezamento de expectativas ingenuamente unilaterais*, sendo que o atual momento histórico-jurídico das principais nações ocidentais corresponderia àquele em que as últimas esperanças de alguns movimentos intelectuais teriam sido depositadas na atividade alegadamente esclarecida, imparcial e técnica dos Juízes, sobretudo dos Juízes constitucionais⁹.

Ainda do ponto de vista histórico, destaco o conhecido fenômeno pelo qual, em grande parte das democracias ocidentais ao longo do século XX, houve um processo gradativo de transferência de poder das instituições eletivas, que representam o Povo (Parlamentos, sobretudo, mas também a Administração), para os Tribunais, sobretudo os Tribunais Constitucionais. Este processo, naturalmente, gerou preocupações quanto aos óbvios riscos oferecidos por aquilo que se pode chamar de “Estado Jurisdicional”¹⁰, no qual quem dita os rumos sociais e quem decide até mesmo as discussões morais mais fundamentais e razoavelmente controvertidas é a instância jurídica, e não tanto a política, às vezes inclusive de forma abrupta, vertical e anterior ao momento de maturação popular e parlamentar das tomadas de decisão mais caras à sociedade.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, passou ao centro das atenções, não só dos operadores jurídicos como também do próprio Povo, tudo de forma vertiginosamente

⁸ Naturalmente, uma análise histórica de curto alcance e localmente situada (por exemplo: do Brasil de 1980 até hoje) trará resultados bastante diferentes de uma análise histórica de longo alcance. Então, é preciso cuidar para não alimentar a impressão historicamente desinformada de que a lei como fonte jurídica é algo que sempre prevaleceu na humanidade e que só recentemente, nas últimas décadas, é que se teria passado a aumentar a intensidade da produção jurisprudencial do Direito. Seja como for, o objeto do presente trabalho não é *empírico* (análise de práticas jurídicas do Brasil de hoje, por exemplo), mas antes *conceitual* (análise filosófica dos argumentos que amparam teses cético-voluntaristas quanto à criação e à interpretação de normas, mediante testes semânticos, lógicos, epistêmicos, fenomenológicos e pragmáticos).

⁹ Porém, naturalmente, esta confiança no Judiciário não é unanimidade, sendo antes uma aposta de certo setor da filosofia jurídico-política especializada. O debate a esse respeito geralmente opõe, na forma de um dilema, Legislativo e Judiciário, alguns destacando a maior legitimidade democrática do primeiro, enquanto outros enfatizam o caráter mais tecnicamente qualificado do segundo. A propósito, este dilema fiduciário foi expresso de modo particularmente notável pela ex-Presidente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Jutta Limbach, quando perguntou: “Não indica a grande e inabalável confiança na jurisdição constitucional talvez uma desconfiança política em face da democracia?”.

¹⁰ Cabem aqui os termos – algo mais provocativos – “juristocracia” e “supremocracia”, alcunhados por Ran Hirschl e Oscar Vilhena Vieira, respectivamente: “Supremocracia é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição. [...] A supremocracia é uma consequência da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*, p. 162).

crescente¹¹, em especial nos últimos anos – e, é preciso dizer, meses. Isso indica com clareza que, bem ou mal, por essa ou aquela razão, a Corte acabou por centralizar a função de tomar as decisões mais relevantes para os rumos não só da triste história jurídico-penal dos escândalos políticos, como também da relevante história jurídico-legislativa a respeito de temas moralmente disputados, como o aborto, o casamento não-heterossexual, a política de cotas *etc.*, independentemente da posição – favorável ou contrária – que se tenha em relação a cada um deles.

Vários fatores contribuíram, historicamente, para essa centralização ampliativa do poder jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, como os seguintes, dentre outros: **a)** a amplitude normativa da Constituição de 1988 e o conhecido processo de constitucionalização dos vários ramos do Direito, fatores que, juntos, alçaram ao âmbito constitucional diversos temas que, em geral, ficam reservados ao domínio infraconstitucional em outros países; **b)** o tradicional caráter híbrido de sua competência, ao mesmo tempo destinada ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, ao processamento de feitos de sua competência originária enquanto foro especial e, como se não bastasse, ao julgamento de recursos extraordinários em casos concretos; **c)** a eventual inércia do Legislador e do Administrador em relação a medidas necessárias mas impopulares, ante o fato de a reação social não impactar tanto os Juízes quanto impacta os titulares de cargos eletivos e suas necessidades eleitorais; e **d)** o encorajamento jusfilosófico feito pela tese de que são os Juízes que realmente criam as normas jurídicas, em vista da dita “indeterminação” dos textos legislativos, e de que isso é assim especialmente no caso da jurisdição prestada pelas Cortes Constitucionais quando editam precedentes vinculantes.

Com essas sumárias considerações históricas, percebe-se que são já muito antigos os esforços destinados a solucionar, ou ao menos a amenizar, o problema teórico-prático da aplicação da lei, decorrente do fato de que esta aplicação só se faz – e só se pode fazer – de forma interpretativamente mediada. A identificação do problema, no seio da filosofia política, surge muito cedo no desenvolvimento das democracias ocidentais, tendo recebido, desde então, tratamentos teóricos os mais diversos: desde a proposta mais clássica da separação dos Poderes, arranjo em que o Juiz não poderia ser mais que a “boca da lei” (positivismo legalista) até o

¹¹ O diagnóstico de Carlos Blanco de Moraes é ainda mais taxativo: “O Brasil constitui, quanto a esta questão [da interpretação judicial da Constituição], um laboratório paradigmático, não apenas por ser a única potência regional relevante desse hemisfério [Sul], mas porque o STF se converteu, graças ao seu ativismo, no mais poderoso Tribunal Constitucional do Mundo” (MORAIS, Carlos Blanco de. As “ideologias da interpretação” e o Ativismo Judicial: o impacto das “ideologias da interpretação” nos princípios democrático e da separação de poderes, *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, 2016, v. I, p. 286).

pragmatismo jurídico mais politicamente engajado, segundo o qual a atividade jurisdicional não deve contas à lei positiva, senão pretextualmente, e sim apenas à justiça material da decisão (pragmatismo instrumentalista), há um amplo espectro de posições teóricas intermediárias a respeito de como deve ser acomodada essa tensão fundamental que há entre a criação e a aplicação das normas jurídicas.

A propósito, se o problema da interpretação da lei se põe já nesse âmbito bastante geral da atividade jurisdicional, ele se intensifica agudamente quando a lei interpretada é o texto de Constituições prolixas, rígidas e axiologicamente densas como a brasileira. Justamente em vista desse grande coeficiente de densidade axiológica e de abstração conceitual de vários dispositivos do texto constitucional, é inevitável que a interpretação e a aplicação da Constituição sejam atividades menos puramente cognitivas quando comparadas às que se dão em relação às normas de maior concreção e especificidade. Ou seja: parece haver maior “criatividade” no exercício da função jurisdicional que interpreta normas cujo texto é integrado por conceitos abstratos e cujo conteúdo é denso de valor moral, o que é recorrente quando se fala em jurisdição constitucional.

Enfim: não são novos nem o problema aqui levantado, nem a sua percepção, nem as várias tentativas teórico-práticas de sua resolução, o que poderia fazer pesar sérias suspeitas a respeito da possibilidade concreta de o presente trabalho ter alguma utilidade e pelo menos algum grau de originalidade. Naturalmente, não tenho a pretensão nem de um mapeamento realmente exaustivo das várias descrições teóricas e prescrições práticas a respeito do tema, nem, muito menos, de efetivamente resolvê-lo. Dentro da imensa amplidão e profundidade que o tema oferece, este trabalho cobrirá, naturalmente, apenas um recorte específico: **a)** na primeira parte, farei considerações teórico-expositivas, pontuando as teses centrais das principais teorias jurídicas a respeito da criação e da interpretação das normas, cobrindo um gradiente que vai do formalismo legalista mais extremado até o jusrealismo cético-voluntarista, passando pelo assim chamado “positivismo reformado” de Hans Kelsen e Herbert Lionel Adolphus Hart (mais próximo ao ceticismo), bem como pela proposta de Ronald Dworkin (mais distante do ceticismo); e **b)** na segunda parte, serão aplicados cinco tipos de testes teóricos à tese cético-voluntarista segundo a qual não há normas antes da interpretação (judicial) da lei: testes semânticos, testes lógicos, testes epistêmicos, testes fenomenológicos e testes pragmáticos.

O motivo fundamental desta pesquisa não será tanto a avaliação crítica do ativismo judicial, embora isso de passagem vá inevitavelmente ocorrer, quando da aplicação dos testes pragmáticos. O objeto de análise do trabalho também não será propriamente *o realismo jurídico* e nem mesmo qualquer *autor jusrealista*. O objeto de interlocução e análise será, muito mais

modestamente, apenas uma *proposição*, aliás muito específica: a de que não existem normas jurídicas antes da interpretação (judicial) da lei, justamente, como o subtítulo indica expressamente. Então, o problema aqui enfatizado será antes e prioritariamente de ordem descritiva e conceitual: o que se quer aquilatar não é tanto se essa proposição encerra riscos práticos temíveis (como sem dúvida encerra, por conceder dignidade filosófica a vertentes ideológicas, instrumentalistas e pragmatistas), mas se ela é, ao menos, mas de verdade, uma boa descrição das práticas jurídicas, em geral, e das práticas decisório-judiciais, em especial. Eis aí onde poderá haver, neste trabalho, algum ineditismo contributivo, mesmo assim muito relativo, já que quase todos os argumentos dirigidos contra a proposição em questão já se encontram presentes – embora de forma esparsa e diluída – nos debates travados na Filosofia e na Teoria do Direito.

Em suma, pretendo apenas contribuir com algumas discussões justeóricas, compartilhando intuições e contra-argumentos a respeito da noção – inicialmente filosófica, mas posteriormente assimilada e difundida, de forma pouco cuidadosa, no âmbito mais superficial da Dogmática Jurídica especializada – de que o Legislador não cria normas ao legislar só porque o registro linguístico de suas decisões políticas é “indeterminado” e de que, portanto, é o Juiz quem verdadeiramente o faz ao “interpretar” os textos normativos. Espero, com isso, pôr em xeque a noção de que a tese cético-voluntarista é a que melhor descreve a atividade judicial que não se limita a aplicar o sentido claro dos textos normativos aos casos fáceis, no mínimo demonstrando como ela não é a única descrição para todos os casos em que isso ocorre, fragilizando assim um consenso que se formou muito rapidamente e sem uma análise escrupulosa das muitas implicações, dificuldades e sutilezas relacionadas ao tema.

Levanto-me, assim, contra um consenso já bastante generalizado, o que é sem dúvida desafiador; e o faço não porque ele esteja necessária e fundamentalmente errado (até porque, como se verá, algumas de suas premissas são inclusive trivialmente verdadeiras), mas porque, em tempos de ativismo e arbitrariedades judiciais tão extremados como os do Brasil de hoje, teses e premissas jusfilosóficas que acabam por endossar ou encorajar esse caos metodológico-jurídico devem ser escrupulosamente revistas, pois é muito provável que, além de conterem equívocos com os quais possivelmente já nos acostumamos, elas sejam muitas vezes objeto de apropriação interessada por correntes prático-jurídicas que propõem um decisionismo perigosamente decidido e incontrolavelmente consequencialista.

Afinal, dizer o Direito em sociedade é, fundamentalmente, uma questão de *poder*, razão pela qual todo cuidado com essas questões – aparentemente abstratas e “meramente descritivas” e não raro consideradas como preciosismos pedantes – é pouco.

PARTE I
CONSIDERAÇÕES TEÓRICO-EXPOSITIVAS:
A criação e a interpretação das normas na Teoria do Direito

**1 O PROBLEMA DA DETERMINAÇÃO DO DIREITO: MAPEAMENTO SUMÁRIO
 DAS PRINCIPAIS TEORIAS JURÍDICAS NÃO REALISTAS A RESPEITO DA
 NOMOGÊNESE E DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA**

*“O formalismo e o ceticismo em relação às normas são a
 Cila e a Caribde da teoria do direito;
 são grandes exageros, saudáveis quando um corrige o outro,
 e a verdade está em algum ponto entre eles.”*
 (Herbert Lionel Adolphus Hart, em *O Conceito de Direito*)

Qual é o conteúdo do Direito? O que é efetivamente obrigatório, permitido ou proibido em uma determinada comunidade jurídico-política, num dado momento? Quem estabelece isso, quando e por quais meios? E como sabê-lo antes que as instâncias oficiais de aplicação do Direito se pronunciem? Vários modelos de teorias e práticas jurídicas apresentam respostas diferentes a essas indagações: **a)** para o modelo jusnaturalista clássico, as normas devem ser *deduzidas* a partir da revelação divina (jusnaturalismo religioso) ou da razão humana (jusnaturalismo iluminista), segundo o critério da verdade; **b)** para o modelo juspositivista clássico, as normas são *produzidas* pelo Legislador e podem, por isso, ser conhecidas a partir do critério da fonte (autoridade) e do modo (processo legislativo) de sua produção; **c)** para o modelo neoconstitucionalista ou “pós-positivista”, as normas são *induzidas* pelo Juiz ao resolver casos concretos, mediante a “interpretação” dos materiais jurídicos a partir do critério de sua conformidade à Constituição¹².

¹² Esses três modelos são referidos em: ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, pp. 100-104. Os verbos “deduzidas”, “produzidas” e “induzidas” foram aqui empregados nos seguintes sentidos: **a)** no primeiro modelo, *deduzir* uma norma é o processo pelo qual ela é identificada como tal por qualquer pessoa, por revelação ou pela razão; **b)** no segundo, *produzir* uma norma é o processo pelo qual o Parlamento estabelece os comandos deônticos que se tornam obrigatórios; e **c)** no terceiro modelo, *induzir* uma norma é o processo pelo qual o Juiz, partindo do caso concreto, identifica a (suposta) norma geral que o possa resolver da melhor forma, segundo ele. Os termos “deduzidas” e “induzidas” são empregados aqui com a mesma característica geral que o seu uso tem em Epistemologia: se dedução é um processo que vai do geral para o particular, a indução se dá pelo vetor simetricamente oposto, indo do particular (caso concreto) para o geral (norma geral criada judicialmente).

Eis aí o difícil problema da *determinação do Direito*, que constitui uma das principais preocupações dos teóricos e filósofos do Direito, se é que não se trata da principal preocupação, já que a determinação do conteúdo das fontes jurídicas (lei, precedentes *etc.*) é imprescindível para que o exercício do poder estatal não seja o mero exercício da força bruta, apenas retroativamente adornada de formas jurídicas nominais e aparentes¹³.

Além disso, o problema da determinação do Direito se projeta em dois campos – aliás, umbilicalmente interligados e também cruciais à Filosofia e à Teoria do Direito: o da *nomogênese* (o processo de *determinação substantiva* ou *constitutiva* das normas jurídicas) e o da *interpretação jurídica* (o processo de *determinação metodológica* ou *declaratória* das normas jurídicas)¹⁴.

O problema da nomogênese diz respeito à questão de quando, como e por quem são – ou devem ser – estabelecidas as normas jurídicas: se antes da interpretação, pelos Legisladores; se depois dela, pelos Juízes; se ambas as possibilidades; se nenhuma delas; com quais requisitos mínimos de forma e de legitimidade em qualquer dos casos; e assim por diante. Quando é que nasce uma norma jurídica, afinal? Esse é, essencialmente, o problema nomogenético (ou nomopoiético), problema de natureza *ontológica*, que responde ou procura responder qual é o Direito.

Já o problema da interpretação diz respeito à questão de como é possível a alguém saber qual é o Direito, isto é, qual é o conteúdo das normas jurídicas. Como é que os enunciados normativos (leis, precedentes *etc.*) devem ser interpretados para que deles se possa extrair, com

¹³ “Da possibilidade de determinar o conteúdo dos conceitos jurídicos dependerá, assim, a manutenção da distinção entre o exercício da autoridade com fundamento no direito e o mero exercício da força e poder apenas nominalmente jurídicos” (DECAT, Thiago Lopes, *Direito e racionalidade prática*, p. 32). Mais à frente se verá, mas convém antecipar desde já, que a vertente justicista do ceticismo voluntarista concebe que a formação das normas jurídicas (nomogênese) só se dá após a interpretação dos enunciados normativos (especialmente a interpretação judicial); e, ao que parece, só concebe assim porque o sonho epistêmico do formalismo jurídico (o de alcançar-se um conhecimento objetivo, neutro e não problemático sobre as normas jurídicas) mostrou-se não só impossível como ingênuo, ao se terem revelado como inelimináveis das práticas jurídicas os “casos difíceis” e as “zonas de penumbra” dos enunciados normativos. Mas, ora, toda e qualquer empresa científica é necessariamente limitada e imperfeita, inclusive por definição. Porém, a Física, por exemplo, mesmo não sabendo tudo sobre o mundo, continua com suas investigações, sem alterar o seu objeto e sem fingir que não sabe o que já sabe muito claramente, só porque desconhece tantas outras coisas, mais “difíceis”. Já a Teoria Jurídica cético-realista, só por detectar que não sabe tudo sobre as normas e que este conhecimento não pode ser objetivo, neutro e mecânico aos moldes das ciências naturais, ao invés de continuar tentando saber algo sobre o Direito, declara que a tarefa é impossível e, no limite, dilui as fronteiras entre a Teoria do Direito e a Sociologia, a Psicologia, a Economia *etc.*, ao afirmar que o Direito é aquilo que os Tribunais dizem (ou provavelmente dirão) que ele é ou aquilo que eles fazem com que ele forçosamente seja.

¹⁴ Como se verá mais adiante, há teorias que recusam a própria distinção entre estes dois processos, por afirmarem justamente que a constituição das normas jurídicas se dá somente com a interpretação jurídica. Seja como for, a distinção aqui é, ao menos por enquanto, invocada e tratada apenas *conceitualmente*, com o propósito de justamente introduzir o problema que será investigado ao longo de todo o trabalho.

alguma precisão e objetividade, o seu conteúdo normativo? Esse é, fundamentalmente, o problema interpretativo (ou hermenêutico), problema de natureza *metodológica*, que responde ou procura responder como podemos saber qual é o Direito.

Aliás, a interpretação é um tema clássico, permanente e verdadeiramente fundamental às mais variadas práticas jurídicas da história, como provam bem, por exemplo, os antigos e abundantes brocardos jurídico-hermenêuticos forjados pelo Direito Romano, citados até hoje nos sistemas jurídicos contemporâneos. Apesar das muitas diferenças estruturais e funcionais entre as práticas jurídicas antigas, as medievais, as modernas e as contemporâneas, em todas elas o problema da interpretação invariavelmente se coloca com bastante centralidade, por uma razão muito singela e até intuitiva: o Direito, por ser uma prática social eminentemente linguístico-conceitual, não pode ser aplicado senão através de *mediações interpretativas* entre as hipóteses abstratamente previstas nos discursos das fontes jurídicas e os casos concretos submetidos à adjudicação. A propósito, o Direito supõe uma *longa cadeia interpretativa*, inclusive com instâncias anteriores e posteriores à decisão judicial, que é apenas um ponto do longo *continuum* hermenêutico das práticas jurídicas, e não necessariamente o mais importante: i) Parlamentares e Administradores interpretam fatos, valores e outros materiais técnicos e políticos; ii) Juízes interpretam enunciados legislativos, enunciados jurisdicionais (precedentes), costumes e outros materiais jurídicos; iii) Serventuários da Justiça interpretam enunciados jurisdicionais para lhes dar cumprimento; e assim por diante.

Esses dois temas (o da norma e o da interpretação) constituem, em verdade, duas faces de uma mesma moeda (a determinação do Direito)¹⁵: **a)** de um lado, o tema da *nomogênese* diz respeito à determinação do Direito em clave *ontológica*, isto é, num sentido *constitutivo*: aquele que produz normas jurídicas gerais e abstratas *determina* (= estabelece, impõe) conteúdos

¹⁵ O óbvio imbricamento entre *teoria da norma* e *teoria da interpretação* foi muito bem percebido como uma correlação essencial por Miguel Reale, que, com base nele, consagrou a seguinte paráfrase ao conhecido ditado popular: “dize-me como conceituas a norma jurídica, e eu direi como a interpretas” (REALE, Miguel. “Para uma hermenêutica jurídica estrutural”, *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, p. 86). E, de fato, quanto à norma, tem-se que: **a)** se se definir norma jurídica como os comandos editados pela atividade político-legislativa, então não se poderá conceder à interpretação judicial qualquer caráter nomogenético; mas **b)** ao contrário, se se define norma jurídica como o significado que só se constitui pela interpretação judicial dos textos legislativos, então esta é que será a via nomopoiética por excelência, senão a única. Reciprocamente, quanto à interpretação, tem-se que: **a’)** se se reconhece na interpretação atributo nomogenético, então se deve reconhecer também, por consequência, que nem todas as normas se constituem a partir da atividade legislativa, pois pelo menos algumas delas só nascerão com a (e pela) atividade hermenêutico-judicial; mas **b’)** se, ao contrário, a interpretação é considerada como sendo exclusivamente declarativa e cognitiva (nunca constitutiva e volitiva), então se deve reconhecer que a atividade interpretativa não cria normas, já que declarações não têm a condição de criar normas, apenas – e no máximo – a de revelá-las.

deônticos que se tornam exigíveis a todos os Cidadãos de uma mesma comunidade jurídico-política; e **b)** de outro lado, o tema da *interpretação* diz respeito à determinação do Direito já em chave *metodológica*, isto é, num sentido *inspeccional* ou *declaratório*: aquele que aplica normas jurídicas gerais e abstratas deve *determinar* (= mensurar, aferir) o que já foi – se é que já foi – determinado pelas fontes jurídicas autorizadas.

Ocorre que à questão da *determinação* do Direito está previsivelmente associada a questão antípoda: a da *indeterminação* do Direito, justamente. A indeterminação implica um problema desde sempre conhecido nas mais variadas práticas jurídicas: por mais precisa que seja a formulação de uma norma, ela sempre apresentará alguma margem maior ou menor de “interpretação”, tarefa cujo exercício pode colocar em xeque a autoridade da fonte criadora da norma e frustrar a finalidade visada quando de sua instituição¹⁶. Aliás, a indeterminação pode ocorrer tanto em *nível semântico* (no âmbito da *formulação das normas*), quanto em *nível propriamente normativo* (no âmbito das *normas formuladas*): **a)** a indeterminação semântica – inevitável em qualquer uso da linguagem natural, mas nunca absoluta – implica dificuldades de classificação e subsunção que tornam mais ou menos difícil determinar se um caso individual realmente se enquadra na previsão normativa correspondente¹⁷; e **b)** a indeterminação normativa – bastante recorrente no discurso das fontes jurídicas – implica casos de

¹⁶ Tanto é antiga a noção de que a “interpretação” pode desvirtuar a intenção normativa originária, que foi justamente em função desse risco que se estabeleceu “a conhecida proibição de Justiniano de que se interpretassem as normas do seu *Corpus Juris*” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*, p. 68).

¹⁷ “Para além destes problemas de indeterminação de soluções normativas [lacunas e antinomias], existem problemas de qualificação ou subsunção que surgem ao nível da aplicação de normas gerais aos casos individuais e que têm que ver com a indeterminação semântica dos enunciados jurídicos. Essa indeterminação semântica é inerente a qualquer linguagem natural e consiste numa dificuldade em determinar se o caso individual se enquadra na previsão normativa – se é subsumível no caso genérico” (LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, p. 112). E também: “A classificação de um caso individual, ou seja, a sua pertença a um caso genérico – aquilo que os juristas costumam referir como problema da ‘subsunção’ –, confronta-se com problemas *empíricos* e *semânticos*: os primeiros têm que ver com a escassez de informação, gerando aquilo que Carlos Alchourrón (1931-1996) e Eugenio Bulygin (1931-[2021]) referem como ‘lacunas de conhecimento’ (*gaps of knowledge*); os segundos decorrem da indeterminação semântica ou ‘vagueza’ (*vagueness*) dos conceitos gerais, gerando aquilo que Alchourrón e Bulygin designam como ‘lacunas de reconhecimento’ (*gaps of recognition*)” (LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, p. 158).

subdeterminação deôntica (lacuna; incompletude) ou de sobredeterminação deôntica (antinomia; inconsistência)¹⁸.

Assim, antes de poder concentrar a atenção nas teses do realismo jurídico – pois, afinal, é o seu ceticismo voluntarista que estará principalmente sob exame neste trabalho¹⁹ –, é necessário que se faça um mapeamento mínimo das principais teorias da nomogênese e da interpretação jurídica que despontaram no cenário teórico-jurídico moderno e contemporâneo, a fim de que, por meio de juízos de semelhança e disparidade, de proximidade e contraste, seja possível ter-se o retrato mais nítido possível das principais teses cético-realistas. Naturalmente, é preciso um recorte, em extensão e profundidade, das teorias que serão expostas e sumariamente analisadas em seus pontos fortes e fracos: só serão levadas em conta, aqui, as teorias que tiveram – ou ainda têm – algum impacto relevante na constituição e no desenvolvimento do realismo jurídico, ou seja, que tenham alguma relação com os temas implicados na presente investigação²⁰.

¹⁸ “Este problema de indeterminação semântica, como dificuldade de correlacionar ou subsumir um caso individual no caso genérico ou hipotético (pode entrar a bicicleta no parque público?), é distinto dos problemas de subdeterminação deôntica, que consistem no facto de que um caso genérico de um determinado universo de casos não está correlacionado com qualquer solução normativa, isto é, na verificação da existência de um ‘lacuna’: dada a chamada ‘proibição de denegação de justiça’, o juiz transmuda-se aí de ‘auxiliar da legislação (*Gehilfe der Gesetzgebung*: Heck) em verdadeiro ‘legislador substituto’ (*Ersatzgesetzgeber*: Heck)” (LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, p. 114). O problema da indeterminação semântica também é distinto do problema de sobredeterminação deôntica, consistente nas antinomias (inconsistências) que se põem entre normas incompatíveis entre si (por contrariedade ou contradição), normas que, no entanto, pretendem regular um mesmo caso genérico ou hipotético (LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, p. 122).

¹⁹ É verdade que a questão dos limites interpretativo-decisórios do Juiz pode ser abordada desde duas perspectivas diferentes: **a)** de um lado, a *perspectiva jusrealista*, de *caráter descritivo*, para a qual Juízes *criam* normas (algumas vertentes considerando que isso é *inevitável* em virtude da “indeterminação” da linguagem, outras enfatizando que, mesmo que seja ou fosse evitável, fato é que eles *acabam por criá-las*; e **b)** de outro lado, a *perspectiva pragmatista*, de caráter *prescritivo*, para a qual Juízes *podem e devem* mesmo interpretar as normas como se elas já significassem o que em tese *deveriam significar*, segundo determinado propósito reconhecido como bom. Porém, o presente trabalho não irá discutir, senão de passagem, essa segunda dimensão do problema (a político-pragmática), concentrando-se na primeira, até porque é esta (a filosófico-linguística) que costuma servir de base para legitimar justeiramente posições pragmatistas, decisionistas, ativistas *etc.*

²⁰ Na exposição que se seguirá, estarão contempladas apenas as escolas positivistas e realistas: as jusnaturalistas não serão aqui consideradas, não porque sejam irrelevantes (elas não o são), mas porque é precisamente na relação ao mesmo tempo de continuidade e de tensão que há entre o positivismo e o realismo jurídico que o foco deste trabalho está tematicamente situado. Em outras palavras: como o problema fundamental desta investigação é o da determinação – substantiva e metodológica – do Direito *a partir da ação e das convenções humanas*, não são diretamente relevantes, para os fins visados aqui, aquelas teorias segundo as quais a determinação substantiva do Direito transcenderia a ação e as convenções humanas (por decorrer de Deus ou da própria realidade) e que, conseqüentemente, afirmam que a determinação metodológica do Direito dependeria do mero acatamento passivo de dados revelados pela fé ou pela razão. Não vai aí, portanto, qualquer desprestígio às teses jusnaturalistas, sobretudo às suas formulações mais recentes e mais robustas: trata-se apenas de um recorte temático.

De um modo geral, as várias teorias a respeito da nomogênese e da interpretação jurídica se distinguem em função do *grau de discricionariedade judicial* que admitem no processo de adjudicação (resolução de casos com base em normas gerais)²¹. Há, como é previsível, um arco de teorias, desde as mais formalistas e legalistas, que concedem quase nenhum espaço à discricionariedade judicial, até as que o concedem em escala desmesuradamente larga, como o jusrealismo, em geral descritivamente, e o pragmatismo, inclusive prescritivamente²². Haveria, nesse cenário, o seguinte gradiente, de forma resumida e bastante esquemática: **a)** teorias tradicionais da interpretação, segundo as quais a norma é uma realidade pré-existente, posteriormente conhecida mediante interpretação: a Escola da Exegese (*École de l'Exegese*), em França, e a Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), na Alemanha; **b)** teorias finalistas responsáveis pelas primeiras críticas ao formalismo tradicional, segundo as quais a aplicação do Direito deve ter em vista antes a sua função teleológica (resolução de conflitos), e não a mera subsunção de fatos a comandos previamente definidos: a Escola da Pesquisa Científica Livre (*École de la Libre Recherche Scientifique*), em França, e as Jurisprudências Teleológica (*Zweckjurisprudenz*) e dos Interesses (*Interessenjurisprudenz*), na Alemanha; **c)** teorias sociológicas contrárias à interpretação tradicional de carácter formalista: a Jurisprudência Sociológica (*Sociological Jurisprudence*) e o realismo jurídico norte-americano, nos Estados Unidos da América, e o Movimento do Direito Livre (*Freirechtsbewegung*), na Alemanha²³; e **d)** teorias axiológico-pragmáticas, que abrem espaço a que o Juiz interprete, complementemente ou até corrija normas jurídicas, tendo em vista os valores que lhes dão sentido: Jurisprudência de Valoração (*Wertungsjurisprudenz*).

Antes de passar à breve exposição e análise de algumas das principais teorias a respeito desse espinhoso tema, faço três ressalvas relevantes: **a)** primeira: as teses não serão expostas em ordem cronológica – já que o interesse aqui não é propriamente *histórico*, mas *teórico-argumentativo* –, razão pela qual adotarei um critério de exposição que estabeleça, ainda que

²¹ “A discussão sobre a ‘natureza’ e o método da interpretação jurídica constitui, em bom rigor, uma tomada de posição sobre o grau de discricionariedade do juiz no processo de resolução de casos individuais com base em normas gerais” (LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, p. 76).

²² “O modo de entender a vinculação do juiz à lei e a justificação das decisões judiciais oscila, portanto, entre o modelo do juiz mecânico aplicador do Direito e o carácter lógico-dedutivo da justificação das decisões judiciais, por um lado, como no caso da Escola da Exegese, e formas extremas de decisionismo, por outro, como nos casos do Movimento do Direito Livre e do realismo jurídico norte-americano – e do seu prolongamento: os *Critical Legal Studies*” (LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, p. 100).

²³ “[...] são estas duas correntes [o Movimento do Direito Livre e o realismo jurídico norte-americano] que de modo mais vincado exprimem posições de ‘ceticismo interpretativo’” (LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, p. 75).

com algum ziguezague intermediário, um arco contínuo entre dois extremos: o do positivismo legalista, que muito atribui ao Legislador e bem pouco ao Juiz, e o do realismo jurídico (pelo menos em suas feições mais radicalizadas), que muito atribui ao Juiz e bem pouco ao Legislador; **b)** segunda, talvez desnecessária: toda classificação é uma simplificação pedagogicamente útil da realidade, e nunca uma sua descrição milimetricamente exata, motivo pelo qual a exposição a seguir também padecerá desse mal necessário; além disso, há que se diferenciar com certa clareza *i)* as teses tal como são em razão de seu conteúdo teórico objetivo, *ii)* as teses tal como circulam e influenciam a prática jurídica concreta (o que ocorre de forma muitas vezes distinta de seu conteúdo teórico, em virtude de más compreensões, de assimilações distorcidas ou de apropriações estratégicas) e *iii)* as teses tal como são descritas por historiadores, professores *etc.* (processo em que se submetem a um processo inevitável de redução, em virtude do fato de que exposições sistemáticas dessa natureza – isto é, voltadas ao registro histórico e à instrução pedagógica – não podem nem precisam captar todas as suas muitas nuances, sutilezas e complexidades); e **c)** terceira, ainda mais óbvia: o mapeamento a ser feito não tem qualquer pretensão de esgotar ou mesmo verticalizar profundamente os sistemas teóricos que, portanto, serão expostos apenas sumariamente; de forma consciente e intencional, fiz a opção metodológica de enfatizar apenas alguns autores clássicos, deixando de fora diversos outros, relevantíssimos: a intenção foi apenas a de identificar algumas questões filosóficas de profundidade que estão nas raízes dos sistemas teóricos mais diferentes e que devem ser enfrentadas quando da análise da tese cético-voluntarista (jusrealista).

Por fim, é oportuno antecipar uma conclusão que se tornará mais clara e mais analiticamente demonstrada ao longo do trabalho: as teorias nomogenéticas e hermenêuticas mais extremadas (como o são o legalismo e o realismo) se enfrentam de forma algo improdutiva, porque o próprio debate geralmente é feito com base na premissa de que há uma *resposta única* à tormentosa questão sobre a determinação do Direito (se ela é feita pelo “Legislador-escritor” ou se o é pelo “Juiz-leitor”); porém, essa expectativa é intelectualmente ingênua, por decorrer de um simplismo incompatível com a grande complexidade do fenômeno jurídico. Por isso mesmo, tais teorias – como sempre ocorre com proposições extremadas e unilaterais – estão erradas e, a propósito, não tanto naquilo que *afirmam*, mas antes naquilo que *negam*: de um lado, o legalista está certo ao afirmar que existe determinação legislativa do Direito, mas erra ao dizer que não há determinação judicial do Direito; e, de outro lado, o realista comete o erro simetricamente oposto – tão errado e nocivo quanto o primeiro, mas com

o agravante de ser mais perigoso do que ele, devido à ampla e firme adesão que tem logrado obter nos meios jurídicos especializados, na teoria e na prática²⁴.

1.1 O POSITIVISMO LEGALISTA (OU FORMALISMO EXEGÉTICO): “*As normas são criadas pelo Legislador, devendo os Juízes simplesmente aplicá-las*”

Embora considerado já muito antigo e superado, o positivismo legalista do século XIX exerceu enorme influência na mentalidade jurídica europeia e, por extensão, na mentalidade jurídica latino-americana. Até bem pouco tempo atrás na prática judicial brasileira e de outros países de tradição de *civil law*, a metodologia formalista-exegética – forjada para explicar e operar o Código Civil Napoleônico²⁵ –, era utilizada de forma quase unânime pelos Juízes e, mesmo que hoje sejam conhecidas várias insuficiências, exceções e ressalvas ao modelo da subsunção dos fatos do caso às normas legisladas, este continua sendo o modelo de referência para descrever pelo menos a noção mais básica e elementar do ofício jurisdicional e, aliás, este é o modelo que fornece a estrutura ainda hoje utilizada pela maior parte das fundamentações das decisões judiciais, estrutura que, se vista de forma ligeira, pode dar a entender que, de fato,

²⁴ A propósito dessa “dialética de extremos” entre o formalismo legalista e o ceticismo judicialista: “Ninguém ousaria mais sustentar hoje que o juiz é apenas ‘a boca da lei’. Não obstante, as opiniões continuam a divergir sobre a necessidade e, portanto, sobre a extensão de seu poder de apreciação. As explicações precedentes sugerem que a aplicação do direito não se reduz a um puro mecanismo, nem sequer a uma série de operações exclusivamente lógicas. [...] Não somente o fato não se deixa verificar facilmente e o direito é freqüentemente obscuro, antinômico ou incompleto, mas é o ajuste mútuo deles que confere ao juiz uma função propriamente criadora. [...] Sem dúvida, numerosas regras de direito deixam ao magistrado um amplo poder de apreciação [...]. Por isso ninguém jamais pretendeu que ela [a atividade judicial] oferecesse a ilusória facilidade de uma operação puramente lógica ou mecânica. Entretanto, a idéia às vezes avançada de que a intuição do juiz basta para tudo, tanto para escolher a regra aplicável como para avaliar os fatos e adaptar-lhes o dispositivo, deve ser resolutamente combatida. Sob sua variante mais perversa, essa doutrina apresenta a motivação do julgamento como um raciocínio fictício que lançaria um véu de legalidade sobre uma decisão cuja única fonte seria a consciência, o senso de justiça ou a equidade do magistrado. Não é impossível que certos juízes trabalhem dessa maneira, mas não é papel da doutrina encorajá-los ou aprová-los” (RIGAUX, François. *A lei dos juízes*, pp. 71-72).

²⁵ O entusiasmo racionalista-iluminista com os Códigos – como expressão máxima do dogma da unidade sistemática e exaustiva da nomopoiese legislativa – exerceu influências profundas nas práticas jurídicas romano-civilistas: “Imunes às influências do *common law*, no curso do século XIX, todos os Estados latino-americanos que tinham conquistado a independência reputaram indispensável dotar-se de códigos e superar o direito baseado nas ‘Leis para as Índias’ e as chamadas *Siete Partidas* (América espanhola), ou as *Ordenações Filipinas* (Brasil). [...] Não obstante as numerosas crises de rejeição que a codificação sofreu, seja na Europa (especialmente nos países germânicos), seja, mais tarde, em países que se tornaram independentes (em particular, onde a raiz do direito consuetudinário, jurisprudencial, religioso dificultou a sua aplicação), o modelo codicista fincou fortes raízes por todas as partes, acompanhando outro grande movimento coetâneo: o da formalização das Constituições” (PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*, v. 1, pp. 323-325).

o Juiz não fez outra coisa senão empregar o raciocínio lógico-dedutivo destinado à subsunção jurídica²⁶, mesmo quando, porém, ele se afasta enormemente do sentido claro da lei.

Fundamentalmente, o formalismo jurídico²⁷ é *legicêntrico* no âmbito jurídico (ao afirmar a centralidade da lei como fonte exclusiva ou soberana de Direito), *estatalista* no âmbito político (ao afirmar que toda a produção jurídica é estatal) e *burguês* no âmbito socioeconômico (ao romper com as estruturas socioeconômicas do antigo regime e afirmar o ideário moderno)²⁸. Segundo uma leitura historicamente informada, o formalismo legalista constitui o resultado de um processo gradativo de redução e simplificação das práticas jurídicas medievais deflagrado pela Modernidade²⁹.

A ideia central do formalismo jurídico é a de que o Direito se constitui de *formas legais* (isto é, daquilo que é produzido *pelo Legislador*, figura jurídica e politicamente central neste modelo), necessárias e suficientes à resolução de qualquer problema jurídico, bastando para isso a comparação entre o seu conteúdo e os fatos do caso. Nesse arranjo distributivo do poder

²⁶ “Com efeito, a leitura desavisada das decisões judiciais produz a sensação de se ter realizado apenas um raciocínio lógico-dedutivo, uma perfeita e contundente derivação silogística pela qual alguns fatos foram subsumidos em uma norma jurídica, processo em que o julgador serviu apenas como um intermediário para fazer a respectiva verificação [...]. Enraizado de forma muito profunda (ainda) na tradição jurídica que segue de perto os postulados em que se assenta o Estado de Direito liberal, o modelo formalista e legalista tem cumprido o papel, como nenhum outro, de suporte exclusivo às decisões judiciais” (MORA RESTREPO, Gabriel. *Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces*: teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales desde los modelos de razonamiento práctico, p. 187, tradução livre).

²⁷ Manuel Atienza salienta a existência de pelos menos dois sentidos para a expressão “formalismo jurídico”: **a)** de um lado, o *sentido fraco ou amplo*, em que significa a concepção segundo a qual o Direito “consiste, em boa medida, em uma série de *regras* preexistentes ao aplicador, de maneira que a tomada de decisões jurídicas, salvo casos excepcionais, não exige propriamente uma deliberação e resulta, assim, relativamente previsível” (ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*, v. 1, pp. 23-24); e **b)** de outro lado, o *sentido forte ou estrito*, em que alude às concepções jurídicas da Escola da Exegese (França), da Jurisprudência dos Conceitos (Alemanha) e do Formalismo Jurisprudencial de Langdell (EUA), cujos traços comuns são: “considerar que o Direito é um sistema completo e coerente; que somente os legisladores, e não os tribunais, podem criar Direito (a interpretação consistiria em descobrir o significado objetivo de um texto ou de seu autor, não em inovar ou desenvolver o Direito); que [...] a certeza e a previsibilidade são os valores jurídicos máximos; que o verdadeiro Direito consiste em regras gerais e abstratas fixadas em ‘livros jurídicos’; que os conceitos jurídicos possuem uma lógica própria, a qual permite deduzir soluções a partir deles, sem levar em consideração elementos extrajurídicos [...]; que as decisões judiciais somente podem se justificar dedutivamente, isto é, segundo o esquema do silogismo subsuntivo [...]” (ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*, v. 1, p. 24).

²⁸ BOTERO-BERNAL, Andrés. “El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX e primera mitad del siglo XX”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, v. 1, p. 90.

²⁹ São nesse sentido as lições de Paolo Grossi: **a)** “Como norma que presume prender a complexidade do social em um sistema fechado, o Código, toda codificação, somente pode traduzir-se em uma operação drasticamente redutiva [...]” (GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas na modernidade*, p. 104); e **b)** “No auge da idade moderna, a esfacelada, complexa e talvez complicada paisagem sócio-política e cultural é abandonada em troca de uma concepção monopolista e absorvente do poder político, o direito passa de nervura da inteira sociedade civil a simples nervura somente do poder político” (GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*, p. 142).

estatal, o Legislador é que, só ele, cria o Direito, limitando-se os Juízes a operar *raciocínios silogísticos de natureza lógico-dedutiva* que façam derivar das formas legais – presumidamente claras, completas e consistentes – as consequências jurídicas para cada caso particular³⁰. A atividade judicial, nesse contexto, consiste em *identificar as decisões legislativas pretéritas*, como que num trabalho de “arqueologia jurídica”, para então comparar os fatos do caso com as previsões legais através da técnica da *subsunção*³¹.

Daí porque os dois eixos fundamentais do formalismo exegético sejam, precisamente, os *textos legais*, de um lado, e a *vontade do legislador* (e/ou *da lei*), de outro³², restrição que teria como objetivo a tutela da *segurança jurídica* e seus valores de certeza, de previsibilidade, de garantia da soberania da vontade democrático-parlamentar, de respeito às liberdades individuais em face do poder estatal e assim por diante³³.

São basicamente três, portanto, os pontos de apoio nos quais se assenta o formalismo:

- a) a ideia de que a legitimidade jurídica dependeria imprescindivelmente da maioria parlamentar, já que esta daria vazão à vontade geral, critério último ou único de legitimidade;
- b) a avaliação de que a lei é justa porque o Legislador é não apenas porta-voz da vontade geral

³⁰ “Por ‘formalismo’ entendo o hábito intelectual dos estudiosos de Direito para os quais um problema jurídico se resolve predominante ou exclusivamente pela análise mais ou menos detalhada das regras de origem legislativa que foram promulgadas a respeito. Essas regras, quando são plurais em número, são por sua vez entrelaçadas através do uso de um pequeno número de regras de segundo nível (por exemplo, de vigência da lei, de especialidade de matéria, de fontes e de hierarquia de normas), igualmente emanadas do poder legislativo [...]” (LÓPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del Derecho*, p. 137, tradução livre).

³¹ Na excelente síntese feita por José Lamego: “O formalismo interpretativo tende a reduzir o problema da determinação das consequências normativas relativamente a certas matérias ou casos a operações intelectuais de apreensão de significados e de subsunção, isto é, a conceber a interpretação jurídica como uma actividade puramente cognoscitiva, consistente na identificação da vontade ou intenção do legislador (*voluntas, mens legislatoris*) – teoria subjectivista da interpretação – ou do sentido objectivo (único e determinado) do texto legislativo (*voluntas, mens legis*) – teoria objectivista da interpretação – e a apresentar a justificação da decisão judicial em termos estritamente lógico-dedutivos” (LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, p. 96).

³² Segundo Luís Cabral de Moncada, tais são os “dois dogmas fundamentais” da Escola da Exegese (MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil*, p. 177). E, segundo um dos grandes representantes da Escola, Jean Charles Florent Demolombe (1804-1887), “[...] a minha profissão de fé: os textos antes de tudo! Eu publico um curso de Código de Napoleão; tenho, portanto, como desiderato explicar o próprio Código de Napoleão, considerado como lei vigente, como lei válida e obrigatória” (*apud* LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, p. 76).

³³ Aqui é oportuno lembrar a advertência de Miguel Reale contra o modo fácil e anacrônico de censurar-se o modelo exegético, quando isso é feito de forma historicamente descontextualizada: “A ‘interpretação mecânica’ da lei [...] talvez seja passível de menores reservas e críticas se situarmos a Escola da Exegese no contexto histórico em que floresceu a Democracia liberal, com a sua clássica concepção do Estado de Direito de molde individualista. Já foi dito que no fundo de toda ideologia liberal lateja um motivo anárquico, no sentido de precavida desconfiança ou ‘suspiciência’ em relação às perigosas interferências do Poder”, já que “toda Hermenêutica Jurídica é sempre expressão da *estrutura histórico-cultural* na qual ela se insere e se desenvolve, só podendo e devendo ser apreciada no respectivo contexto” (REALE, Miguel. Para uma hermenêutica jurídica estrutural, *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, pp. 81-83).

como também racional e providente, isto é, capaz de prever as situações de fato e vincular a elas as melhores consequências jurídicas do ponto de vista racional; e **c)** a consequente redução do papel do Juiz ao de funcionário que, se não se limita a meramente repetir ou ecoar a lei, é só porque se limita a bem pouco mais do que isso: proceder à sua aplicação, por meio de deduções silogísticas que engendrem a já referida subsunção.

Para os Juízes, embora o modelo pareça diminuir-lhes a importância (e em certo sentido verdadeiramente o faça), a descrição feita por ele lhes é notoriamente *útil e confortável*: **a)** útil, porque de fato muitos casos são dotados de uma simplicidade tal que torna suficiente, ou quase, e em todos os casos necessária, a operação silogística da subsunção, especialmente quando os enunciados legais são, também eles, claros e evidentes; e **b)** confortável, porque a decisão que tomam não decorre, ao menos em tese e idealmente, de suas vontades ou preferências subjetivas, nem são, portanto, impostas retroativamente aos jurisdicionados, antes decorrem da vontade parlamentar majoritária que estabeleceu as normas aplicáveis ao caso com antecedência.

Como era previsível (porque ocorre sempre e invariavelmente na história das ideias), as críticas não tardaram a atingir o formalismo jurídico. E o fundo comum dessas várias críticas diz respeito à constatação de que a lógica formal é insuficiente para fornecer critérios de correção substancial ou material das premissas em que as decisões judiciais se embasam. Em outros termos, o denominador comum de várias das críticas antiformalistas se refere ao fato de que as próprias premissas de uma decisão judicial proferida segundo o modelo formalista *dependem de mediações e justificações elas mesmas*, já que elas também precisam ser estabelecidas de modo justificado. Ora, em boa lógica, apenas premissas autoevidentes não demandam demonstração ou justificação e esse quase nunca é o caso em âmbito jurisdicional: para ficar em um único exemplo, a definição da premissa menor (os fatos do caso) é um ato *reduutivo e seletivo*, pois obviamente não são todos os fatos do caso que são levados em conta para cotejo com as normas legais, mas apenas aqueles que o Juiz considera – de forma correta ou incorreta e mais ou menos justificada – *relevantes*, o que supõe a existência de critérios de *seleção e hierarquização*. Naturalmente, a lei não tem como dispor previamente quais são os fatos relevantes de cada caso e, por isso, não tem como orientar o Juiz a como identificar os

seus traços faticamente relevantes e, assim, compreender o caso de forma simplificada ao essencial: a definição judicial da premissa menor está fora do alcance e do controle legislativo³⁴.

Outras críticas específicas – oriundas sobretudo da chamada Escola do Direito Livre (Hermann Kantorowicz) e do realismo jurídico norte-americano (Oliver Wendell Holmes Jr.) – são, por exemplo, as seguintes: **a)** os materiais utilizados pelos Juízes para decidir os casos concretos não se limitam à lei; **b)** estabelecido o conflito entre segurança jurídica e justiça, essa última deve prevalecer; **c)** o processo decisório é influenciado antes e mais por fatores extrajurídicos variados (como crenças morais, políticas, religiosas *etc.*), sendo a fundamentação jurídica da decisão um mero adorno retórico construído retroativamente para legitimá-la³⁵.

No âmbito das práticas jurídicas germânicas, especificamente, o seu teor antiformalista se deve, no mínimo: **a)** à força de sua própria tradição, que faz com que a metodologia jurídica alemã privilegie os fatores científico-jurisprudenciais e consuetudinários em relação aos legislativos-positivos; **b)** à influência da Escola do Direito Livre (*Freirechtsbewegung*) e de correntes neohegelianas, nas duas primeiras décadas do século XX; **c)** aos impactos econômicos da I Guerra e as suas consequências sobre o Direito das Obrigações; **d)** ao antagonismo entre o caráter conservador da Magistratura e o caráter progressista do Parlamento de Weimar; **e)** à eclosão de novas correntes jusnaturalistas como reação compreensível aos horrores da II Guerra, no afã de se preservar um núcleo axiológico mínimo que não pudesse ser comprometido nem mesmo pela lei positiva, o que constituiria, por definição, um Direito supralegal; **f)** à transição do Estado liberal para o Estado social e duas importantes consequências dela: a ressignificação constitucionalizada das categorias fundamentais da dogmática jurídica e a

³⁴ Outros exemplos de insuficiência da lógica formal para a resolução de impasses metodológicos corriqueiros na atividade jurisdicional são os seguintes: a vagueza dos enunciados legais; a inexistência de hierarquia entre os vários métodos de interpretação (literal, sistemático, teleológico *etc.*); as lacunas legislativas; e assim por diante. Muitos problemas inerentes à adjudicação serão abordados na sequência, na medida em que forem sendo expostas as demais teorias da interpretação que serão aqui retratadas e analisadas.

³⁵ Diferentes o quanto sejam sob vários aspectos, a Escola do Direito Livre e o jusrealismo norte-americano assemelham-se fundamentalmente quanto à concepção de base segundo a qual o Direito é produto antes judicial do que legislativo: “Em última análise, o Movimento do Direito Livre conduzia a um sistema de criação judicial do Direito (*judge made law*): era isso que, por exemplo, Hermann Isay propugnava, ao afirmar que o Direito não era o sistema das normas, mas o conjunto das sentenças judiciais. [...] Essas formas radicais e extremas são prosseguidas por algumas das vertentes do realismo jurídico norte-americano” (LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, pp. 98-99).

crescente legitimação de um Direito estabelecido judicialmente; e **g**) à consolidação de teorias como a Tópica e a Hermenêutica, que destacam o papel ativo e criativo do ofício jurisdicional³⁶.

Apesar das claras insuficiências do modelo formalista e do ainda mais claro descompasso entre ele e as práticas jurídicas contemporâneas, muitas críticas que lhe foram dirigidas erraram na dose, caindo em extremos opostos e tão perniciosos quanto (ou até piores), pois pautados por um *voluntarismo imprevisível* e um *desprestígio inaceitável ao ofício legislativo* – análogo simétrico ao anterior desprestígio ao ofício jurisdicional. Problemático e insuficiente o quanto seja para vários casos, o modelo da subsunção silogística tem, apesar de tudo, ainda um bom espaço na prestação jurisdicional (talvez até mesmo o seu espaço central), por ser suficiente à resolução adequada de um grande número de casos (talvez mesmo a maioria), em que os enunciados legais aplicáveis são especialmente claros e os fatos do caso são confortavelmente subsumíveis ao sentido claro daqueles. Portanto, seria impróprio – porque exagerado, simplista e fortemente desconectado da realidade – considerar que o modelo formalista teria sido *superado*, pois, mais precisamente, ele foi apenas diagnosticado como *parcialmente insuficiente* para, sozinho, descrever e orientar a atividade decisório-judicial em *todos* os casos, sendo por isso, em verdade, *apenas um modelo metodológico-decisório dentre outros*.

Em suma, para o modelo formalista: **a**) o Direito é constituído de normas jurídicas produzidas exclusivamente pelo Parlamento, de forma não só materialmente legítima, como formalmente clara, racional e sistemática³⁷; **b**) a função jurisdicional tem caráter técnico-

³⁶ LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, pp. 103-105. Em relação ao desenvolvimento judicial do Direito, Karl Larenz (1903-1993) distingue duas formas principais: **a**) o *imanente* à lei (*gesetzesimmanente Rechtsfortbildung*), em que o Juiz simplesmente preenche ou integra as lacunas normativas, mantendo-se fiel, contudo, à teleologia da própria lei; nessa forma, as técnicas principais seriam a analogia e a redução teleológica (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*, pp. 524-574); e **b**) o *superador* da lei (*gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*), em que o Juiz verdadeiramente transforma o Direito vigente, em função das necessidades do comércio jurídico, ou da natureza das coisas, ou de algum princípio ético-jurídico (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*, pp. 588-610).

³⁷ Segundo Andrés Botero-Bernal, “se o único que recebe a soberania de forma privilegiada pelo contrato-social, por um lado, e pelo contrato-mandato ou por representação, por outro, é o legislador, questão que alguém esclarecido defenderia ao considerar isso como racional, caberia explicar em todo o seu sentido a expressão de que a lei é soberana (o indivíduo cede a soberania ao povo, este ao Estado, que, por sua vez, a entrega – quanto ao poder de criar normas – ao legislador, o que faz a lei; logo, a lei é soberana), racional e sábia (por ser soberana não pode ser julgada, já é o próprio limite do poder e da moralidade; mais ainda, por ser o resultado dos representantes eleitos, pode-se supor que o que eles fazem goza da aquiescência moral dos eleitores), e só pode ser aplicado, mas não interpretado pelos outros órgãos [...]. Assim nasceu a exegese, como resposta política à abordagem do direito natural – sobretudo racionalista – de um Estado e de uma democracia representativa.” (BOTERO-BERNAL, Andrés. “El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX e primera mitad del siglo XX”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, v. 1, pp. 85-86, tradução livre).

burocrático³⁸, limitando-se à identificação das normas legisladas pertinentes (premissa maior) e à comparação dos fatos do caso (premissa menor) com as previsões normativas, tudo mediante juízos lógico-dedutivos de subsunção a partir dos quais a decisão do caso é logicamente alcançada (conclusão); e **c**) a interpretação é atividade judicial de natureza cognitiva (*iurisdictio in sola cognitione consistit*), que permite a identificação do sentido dos enunciados legislativos através dos cânones hermenêuticos tradicionais (método literal, método sistemático, método teleológico *etc.*).

É preciso, porém, fazer a ressalva de que essas características definiriam apenas o *tipo ideal* de legalismo: “Mais difícil é encontrar situações históricas que lhe correspondam, mesmo aproximadamente”³⁹. Isso se deve ao fato de que diversos fatores surpreendentemente destoantes dessas características típico-ideais costumam ser fartamente encontrados na realidade empírica, por meio de pesquisas históricas mais aprofundadas e menos esquemáticas. Exemplos disso, extraídos de textos de época (fontes primárias) por António Manuel Hespanha, são os seguintes: **a**) o papel do Legislador é limitado, por um lado, pelo conhecimento dos Juristas, capaz de inferir as leis do Direito natural, e, por outro, pela prudência casuística dos Juízes, capaz de aplicar a finalidade das normas aos casos concretos⁴⁰; **b**) mesmo autores fiéis a Napoleão, como Jean Guillaume, diziam que os méritos dele, ao instituir o Código Civil, derivava sobretudo de seu acatamento à força da razão e da justiça inerente ao juízo dos

³⁸ A propósito do tema, há “dois grandes modelos de organização do Poder Judiciário: o de tipo burocrático-funcional, de molde franco-alemão, e o de tipo representativo, de molde anglo-saxão” (PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*, v. 2, p. 232), entre os quais há diferenças sensíveis sob vários aspectos, que se refletem principalmente nas distintas formas de recrutamento judicial: **a**) de um lado, o modelo burocrático francês, por conceber os Juízes como funcionários públicos cujo ofício é considerado eminentemente *técnico*, estabelece como forma de ingresso na magistratura a aprovação em concurso público; e **b**) de outro lado, o modelo representativo anglo-saxão, por atribuir dimensão também política à função jurisdicional, inclusive com forte missão de controle normativo do Legislativo e do Executivo, prevê outras modalidades de recrutamento, como a nomeação, a eleição direta e a seleção por mérito.

³⁹ HESPANHA, António Manuel. “Tomando a História a sério” – os exegetas segundo eles mesmos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão* (experiências jurídicas antes e depois da modernidade), p. 209.

⁴⁰ “Nesta coabitação, o espaço mais limitado é, como se pode ver, o do legislador, encravado entre a sabedoria quase sagrada [*sic*] dos juristas e o artesanato casuista do juiz. Ou seja, não podia criar disposições normativas genéricas, de forma não controlada (pela ciência dos juristas), nem tão pouco [*sic*] levar as suas atribuições de regulação até à fase final de aplicação concreta” (HESPANHA, António Manuel. “Tomando a História a sério” – os exegetas segundo eles mesmos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão* (experiências jurídicas antes e depois da modernidade), p. 217).

“magistrados esclarecidos”⁴¹; c) a oposição entre a letra da lei e o seu “espírito” ou “razão de ser” já existia, quase como que num prenúncio à dialética neoconstitucionalista entre “regras” e “princípios”⁴²; d) até mesmo uma noção similar à criação judicial das normas se verificava nas práticas jurídicas franco-revolucionárias: a aplicação tradicional, reiterada, da lei poderia se dar num sentido adquirido posteriormente à constituição da vontade do Legislador⁴³; *etc.*

Para se entender como foi possível a existência dessas características tão destoantes daquelas costumeiramente atribuídas ao formalismo legalista, será preciso olhar para o fato de que, na época e apesar dos impulsos revolucionários, a noção de Direito natural era ainda bastante vívida: todo aquele que reconhecer a existência de normas ou direitos que independam de sua positivação volitivo-estatal estará sempre disposto a reconhecer a possibilidade de que o aplicador das normas não esteja completamente adstrito aos textos normativos⁴⁴. Além disso, isso também se deve ao fato de que havia então – como há sempre – uma tensão entre, de um lado, a vontade popular (representada pelos Parlamentares e, por extensão, pela lei) e, de outro,

⁴¹ “[...] logo nas primeiras páginas, o autor – um fiel de Napoleão, a quem se dirige neste prefácio, indiretamente coloca os juristas num nível superior ao dos legisladores. A grandeza de Napoleão proviria, de facto, da decisão de ordenar a elaboração de um Código Civil; mas não menos de, consciente das suas limitações de simples legislador, confiar esta tarefa a magistrados esclarecidos e puros de intenções [...]. [Por isso] o Código obteria ‘l’Autorité de la raison, là où il ne peut pas avoir celle de la loi’ (p. xv). A última frase não é mais o que a reiteração de uma fórmula que se utilizava para justificar a validade do direito comum medieval: onde ele não pudesse valer como um comando do legislador (*ratione imperii*), valia pelo império da própria razão (*imperio rationis*)” (HESPANHA, António Manuel. “Tomando a História a sério” – os exegetas segundo eles mesmos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão* (experiências jurídicas antes e depois da modernidade), p. 219).

⁴² “Sendo notar [*sic*], para problematizar leituras demasiado entusiastas do atual neo-constitucionalismo, que a oposição do texto-comando a espírito-razão chega a formulações muito próximas da oposição agora usual entre regras e princípios” (HESPANHA, António Manuel. “Tomando a História a sério” – os exegetas segundo eles mesmos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão* (experiências jurídicas antes e depois da modernidade), p. 220).

⁴³ “De fato, a aplicação da lei, se repetida, acabaria por criar um ‘sistema de aplicação’ que é também crucial para averiguar o seu significado. Na verdade, trata-se daquilo que a doutrina tradicional chamava de *usus legis* [...], capaz de redirecionar o sentido legislativo original” (HESPANHA, António Manuel. “Tomando a História a sério” – os exegetas segundo eles mesmos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão* (experiências jurídicas antes e depois da modernidade), p. 221).

⁴⁴ “A distinção, fundamental e sempre presente, entre direito natural e direito positivo continua a ser um elemento fundamental da teoria implícita do direito, bem como de vários mecanismos dogmáticos, sobretudo, da interpretação e da integração; mas também da avaliação das soluções legislativas e, em caso disso, do seu afastamento” (HESPANHA, António Manuel. “Tomando a História a sério” – os exegetas segundo eles mesmos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão* (experiências jurídicas antes e depois da modernidade), p. 221).

a justiça ou a técnica (representada pelos Juízes e Jurisconsultos e, por consequência, pelas decisões e doutrinas jurídicas)⁴⁵.

1.2 O POSITIVISMO REFORMADO E AS TESES DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: “*As normas são criadas tanto pelo Legislador, quanto, nos casos difíceis, pelos Juízes, discricionária e intersticialmente*”

O século XX conheceu dois dos maiores teóricos do Direito de todos os tempos: Hans Kelsen (1881-1973) e Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992). Embora cada um a seu modo e com diferenças importantes entre seus respectivos modelos teóricos⁴⁶, ambos procuraram encontrar um *meio-termo* entre o formalismo legalista (analisado na seção anterior) e o ceticismo voluntarista (a ser analisado no próximo capítulo), sobretudo quanto aos difíceis temas justeóricos da produção, da interpretação e da aplicação do Direito. Suas principais obras, aliás paradigmáticas, foram respectivamente *Reine Rechtslehre (Teoria Pura do Direito)*, de 1934, e *The Concept of Law (O Conceito de Direito)*, de 1961, a partir das quais serão expostas, a seguir, suas principais ideias quanto ao tema aqui enfocado.

A concepção fundamental do positivismo do século XX – muito influente e disseminada na Teoria do Direito – é a de que o Direito é um conjunto de normas jurídicas criadas, modificadas e revogadas por atos humanos concretos e cujo conteúdo independe de fatores extrajurídicos de natureza axiológica (morais, políticos, religiosos *etc.*). Para o positivismo, é irrelevante saber se existem normas morais universalmente válidas, com *status* ontológico metafísico: mesmo que existam, o conteúdo das normas *jurídicas* não deve ser aferido em

⁴⁵ “Assim, o juízo sobre o legalismo e sobre a Escola da Exegese ganhavam um significado político. Desde logo, no plano da grande política. Para os adeptos de uma ‘nova ordem’, os exegetas representavam [...] sintomas da resistência de um paradigma obsoleto, o do Estado democrático, laico, articulado sobre a vontade popular. Para os partidários do Estado democrático, mais ou menos renovado, o legalismo representava, pelo contrário, o primado da vontade popular, seja sobre soluções politicamente autoritárias, seja sobre modelos de direito ‘científicos’ ou ‘tecnicistas’, monopolizados por elites acadêmicas” (HESPAÑA, António Manuel. “Tomando a História a sério” – os exegetas segundo eles mesmos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*, p. 235).

⁴⁶ Seria possível afirmar, embora com boa dose de simplificação, que a inspiração filosófica de Kelsen é neokantiana, sem contar suas inclinações germânicas à sistematicidade e à conceptualidade, ao passo em que Hart foi principalmente influenciado pela atmosfera da filosofia analítica e da filosofia da linguagem, sem contar suas inclinações inglesas a algum grau de empirismo.

função de sua compatibilidade com esta tábua de valores, mas apenas e tão somente por sua *origem*⁴⁷.

Para Hans Kelsen, o sistema jurídico é um conjunto escalonado de normas⁴⁸, em que entre uma norma superior e uma inferior há uma *relação de determinação* (ou *vinculação*): enquanto a norma superior serve de critério de *validade* para a norma inferior, esta é uma *aplicação* daquela, isto é, uma concreção possível dentro de um horizonte de possibilidades interpretativas irreduzivelmente plurais. Nessa estrutura, as normas superiores estabelecem a *autorização formal* das normas que lhes são inferiores e estas, reciprocamente, estabelecem *concretizações materiais* daquelas. Nesse contexto escalar é que surge o conhecido conceito kelseniano de *moldura* (*Rahmen*), enquanto metáfora espacial do conjunto irreduzivelmente plural de possibilidades interpretativas e aplicativas das normas jurídicas em geral, pois o órgão que as cria inevitavelmente deixa nelas *margens de indeterminação*, seja *intencionalmente* (quando o órgão normativo, por *querer deixá-las*, considera como equivalentes as várias possibilidades de aplicação e de modo explícito remete a escolha ao aplicador), seja *não-intencionalmente* (quando o órgão normativo é *incapaz de evitá-las*, quer por se valer de termos ambíguos ou de termos que, ao aplicador, parecem discrepar da vontade do próprio órgão normativo, quer por editar dispositivos normativos distintos que se contradizem total ou parcialmente)⁴⁹.

No capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito*, Kelsen rechaça expressamente duas teses formalistas comentadas na seção anterior: a de que cada enunciado legislativo oferece sempre uma única solução correta e a de que essa solução é cognoscível pelo aplicador apenas com base em atos de entendimento, sendo desnecessários – e mesmo inconvenientes – quaisquer

⁴⁷ STRUCHINER, Noel. Algumas “proposições fulcrais” acerca do Direito: o debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et al* (Orgs.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*, pp. 409 e ss.

⁴⁸ No nível último dessa estrutura escalonada, estaria a *Grundnorm*, entendida por Kelsen ora como uma norma “que é mas não se sabe qual” (donde seu caráter *hipotético e sem conteúdo*, segundo escreveu na *Teoria Pura do Direito*), ora como uma norma “que não é mas é como se fosse” (donde seu caráter *ficcional*, de mero *expediente epistêmico*, conforme indicou em seus últimos escritos).

⁴⁹ “Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 388).

atos de vontade⁵⁰. Para Kelsen – e isso, claro, é filosoficamente disputável –, “não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra”⁵¹.

É preciso cuidar, porém: Kelsen, logo depois de afirmar isto, faz uma ressalva tão sutil quanto importante: não é que todas as possibilidades interpretativas são equivalentes às demais de modo incondicional e absoluto, pois essa equivalência *i)* é *parcial*, por se dar apenas entre as possibilidades interpretativas *que sejam compatíveis com as demais normas*, e *ii)* é *relativa*, por se tratar de uma equivalência apenas do ponto de vista *do Direito positivo*, e não de todos os pontos de vista possíveis (político, moral *etc.*). Daí porque a eleição entre possibilidades interpretativas compatíveis com as demais normas não seja, para Kelsen, “um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito”⁵². Isso aliás demonstra que os temas aqui investigados – criação e interpretação de normas – é um problema cuja resposta depende da própria concepção de Direito e de Teoria do Direito de que se parta: **a)** de um lado, a aplicação do Direito pode ser, como é para Kelsen, um problema de política jurídica, e não de Teoria do Direito; mas **b)** de outro, ela pode ser considerada como o único problema teórico-jurídico realmente sério, pois o Direito não serve a outro fim que não o de justamente resolver problemas mediante aplicação de normas.

Kelsen defende, então, uma tese de *relativa indeterminação* dos enunciados legais e uma correspondente tese de que o ofício jurisdicional é caracterizado por uma *relativa*

⁵⁰ “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 391).

⁵¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 391.

⁵² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 393. E a citação segue: “A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, [a] criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa [...]” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 393).

discrecionarietà e por algum grau de *criatividade normativa*⁵³. É preciso novamente cuidar, no entanto: a afirmação kelseniana de que o Juiz cria normas com base na escolha volitiva e politicamente caracterizada *ainda não é* equivalente à tese cético-realista mais radical (que se exporá abaixo, no momento oportuno) segundo a qual o Juiz cria normas *no mesmo sentido geral e abstrato* das normas que são fruto da atividade legislativa; a afirmação de Kelsen é mais modesta, por se referir tão somente ao fato – trivial e indisputado – de o Juiz criar normas *individuais e concretas* (na citação da última nota de rodapé, Kelsen deixa claro que se refere de modo estrito à atividade judicial destinada à “obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei”).

É preciso insistir nisso: quando Kelsen afirma que os Juízes também “criam Direito” ele o faz no sentido modesto de que, em seu sistema, sentenças judiciais criam normas jurídicas inferiores, concretas, individuais, e não no sentido ambicioso – futuramente endossado por outras teorias e escolas justeóricas – de que Juízes criam normas no mesmo sentido e no mesmo grau que os Legisladores⁵⁴. Assim corretamente entendida, a afirmação kelseniana de que a interpretação judicial “cria Direito” (que é o que define, para ele, a expressão “interpretação autêntica”) é talvez menos forte do que parece à primeira vista, pois “Direito” aí não é um conceito integrado apenas pelas normas gerais e abstratas editadas pelos órgãos legislativos, mas também pelas normas individuais e concretas criadas pelos órgãos judiciários.

⁵³ Para Kelsen, a diferença entre a atividade legislativa, ao densificar a Constituição, e a atividade jurisdicional, ao aplicar a lei, é uma diferença que, sendo só quantitativa, “consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária [*rectius*: volitiva]” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 393).

⁵⁴ A proposição de que a atividade do Juiz não se limita à mera aplicação mecânica de normas gerais e abstratas, mas depende de atividade interpretativa criativa ou acomodatória para o caso concreto “não equivale a conceber a norma jurídica como o produto do arbítrio ou da vontade decisionista do jurista intérprete; pretende basicamente ampliar o conceito de norma ao entendê-la como um processo que conjuga a ‘norma dada’ ou a ‘norma preexistente’ que constitui o *prius* da interpretação, com a ‘norma produto’ ou ‘norma resultado’ que supõe o momento completo e culminante da elaboração normativa. Em sentido análogo, Hans Kelsen denomina ‘norma individual’ aquela que resulta da interpretação e aplicação do direito” (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Direitos humanos, Estado de direito e Constituição*, p. 245).

Porém, a situação é mais complexa e tensional, pois de fato há passagens na obra de Kelsen que o podem aproximar das correntes cético-realistas⁵⁵: **a)** no próprio capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito*, Kelsen afirma a possibilidade de o Juiz criar até mesmo normas (ainda assim individuais e concretas, contudo) que se situam “*completamente fora da moldura*” estabelecida pela norma nominalmente interpretada-aplicada; para ele, uma tal decisão não produz menos Direito do que as decisões que elegem possibilidades de aplicação escrupulosamente *internas* à moldura⁵⁶; **b)** na *Teoria Pura do Direito* de 1960, Kelsen rejeita como fictícia a distinção processualística entre sentenças declaratórias e sentenças constitutivas, ao afirmar que toda sentença, por criar norma individual, é necessariamente constitutiva, não se limitando jamais a um mero teor declaratório⁵⁷; e **c)** em sua obra póstuma (*Teoria Geral das Normas*), Kelsen reestrutura sua teoria de forma mais radical, aproximando-se bastante do voluntarismo próprio do realismo jurídico⁵⁸, ao estabelecer que o objeto da Teoria do Direito se limita estritamente aos comandos individuais: somente a partir de um ato volitivo-decisório que imponha uma norma individual é que nasceria aquilo que o Direito realmente é; assim, Kelsen deixou de definir o Direito como um conjunto de normas, gerais e individuais, criadas

⁵⁵ A esse respeito, Cesar Antonio Serbena, em sua tese de titularidade recém-convertida em livro não hesita em classificar Kelsen como um justicista realista: “O argumento principal que desenvolveremos nesse primeiro capítulo é que teoria jurídica de Hans Kelsen, além de ser uma teoria normativista, é uma teoria realista do Direito. A literatura jurídico explorou de modo predominante a característica normativista da teoria de Kelsen, o que não corresponde exatamente ao próprio Kelsen, uma vez que ele também se definia como um *realista* e possuía um programa de pesquisa epistemologicamente realista e antimetafísico” (SERBENA, Cesar Antonio. *Novas perspectivas do realismo jurídico*, p. 11).

⁵⁶ Essa afirmação, embora pareça já preparar um posterior acirramento do teor cético-voluntarista no pensamento de Kelsen, também pode ser lida com intensidade mais branda, como significando apenas o fato trivial de que o Juiz pode errar e de que, aliás, este erro também pode ser cometido pelo Legislador ao criar leis inconstitucionais.

⁵⁷ Segundo Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, o germe voluntarista de Kelsen estaria já na *Teoria Pura do Direito* de 1960: “a seu ver [no de Kelsen], todas as sentenças judiciais seriam criação de normas individuais e portanto constitutivas de direitos, jamais reconhecedoras de direitos pré-existentes, mesmo que tais direitos fossem correspondentes ao conteúdo de normas gerais postas” (MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, p. 94).

⁵⁸ Segue uma boa síntese dessa reestruturação teórica e dessa aproximação de Kelsen com o voluntarismo cético: “Para tanto, basta observar a postura assumida por Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, afirmando que a decisão do tribunal é discricionária, mas permaneceria como jurídica desde que estivesse incluída dentro da moldura de interpretações possíveis [...]. Contudo, após a edição de 1960, Kelsen dá uma guinada completamente diferente em sua teoria – um *giro decisionista*, ao admitir que o tribunal possa escolher uma interpretação que se situe fora dessa moldura interpretativa (PEDRON, Flávio Quinaud; OMATTI, José Emílio Medauar. *Teoria do Direito Contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom*, p. 81).

pelos órgãos de criação, para defini-lo, mais restritivamente, como o conjunto de normas individuais construídas pela adjudicação⁵⁹.

Essas razões, dentre outras, é que levaram Joseph Raz a criticar a obra póstuma de Kelsen, valendo-se do absurdo inerente ao seguinte exemplo de contraste: se o Parlamento editar uma lei estabelecendo imposto sobre a renda, não se seguirá, daí, que os Cidadãos devam recolher o imposto estabelecido; “apenas se e quando um oficial de justiça me ordenar a pagar eu tenho que pagá-lo”, sendo que, porém, não há razão alguma para que o dito oficial assim ordene⁶⁰.

Deixando de lado essa instigante questão histórica a respeito da possível conversão final de Kelsen a um forte voluntarismo cético⁶¹, fato é que, de seu modelo-padrão, exposto na *Teoria Pura do Direito*, extraem-se as seguintes noções fundamentais suas a respeito das normas e da interpretação jurídicas: **a)** é ineliminável alguma margem de indeterminação relativa dos enunciados normativos, podendo tal indeterminação ser intencional ou não-intencional; **b)** o

⁵⁹ Conforme LOSANO, Mario Giuseppe. *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, apud MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, p. 94. Nesse sentido: “Isso significa que o sistema normativo deixa de ser um sistema de normas gerais para ser um sistema de normas individuais reconstruídas, o que aproxima KELSEN do ceticismo e simplesmente implode a concepção do direito como um sistema que regula previamente o comportamento ao solucionar casos individuais a partir de regras gerais. A solução de KELSEN é insatisfatória porque deixa de explicar a racionalidade prática da atividade de legislação e leva ao irracionalismo. Afinal, qual seria a diferença dada pela promulgação de uma lei geral se cada um somente estaria obrigado ao comportamento legislado diante de sua imposição concreta pelo juiz?” (MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, p. 93).

⁶⁰ A citação, na íntegra, é a seguinte: “Ela [a nova doutrina de Kelsen] leva diretamente à conclusão de que a razão prática é impossível e o discurso prático igualmente impossível ou inútil para quaisquer efeitos. O parlamento pode legislar impondo que todos devem pagar um percentual de sua renda como imposto. Não se segue daí, de acordo com a nova doutrina kelseniana, que eu deva pagar o imposto. Apenas se e quando um oficial de justiça me ordenar a pagar eu tenho que pagá-lo. Mas não há razão pela qual o oficial deva me ordenar a fazê-lo. É verdade que existe uma lei determinando que os oficiais de justiça exijam o pagamento dos devedores, mas pela mesma lógica maluca, nem esse oficial, nem qualquer outro oficial está obrigado a exigir de mim o pagamento” (RAZ, Joseph. “Kelsen’s General Theory of Norms”. *Critical Study, Philosophia*, 6, 1976, p. 503, apud MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque, *Positivismo jurídico lógico-inclusive*, p. 93).

⁶¹ Existem leituras recentes que, de forma talvez surpreendente, enxergam no modelo de Kelsen um teor menos discricionarista do que o sugerido acima. Endossando essa outra visão, Thomas da Rosa Bustamante, em breve resenha sobre a recente obra de David Dyzenhaus (*The Long Arc of Legality*: Hobbes, Kelsen, Hart, de 2022), enfatiza que “o princípio epistêmico da unidade, que lastreia o postulado kelseniano de uma norma fundamental que nos permite interpretar um conjunto de pronunciamentos autoritativos como constituindo um único sistema, estabelece um requisito de *consistência* e determina a ‘função específica da interpretação jurídica’, que é ‘eliminar essas contradições mostrando que são contradições só aparentes’, uma vez que o Direito seja entendido de forma inteligível” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Interpretive authority and the kelsenian quest for legality*, tradução livre). Segundo essa interpretação, tal requisito de consistência, afirmado por Kelsen (em decorrência de sua noção de que o Direito é um sistema coerente), seria incompatível com teses fortemente discricionárias, já que, na dúvida de como um dispositivo legal deve ser interpretado, a melhor resposta não é a e que o Juiz deve escolher qualquer uma das possibilidades segundo critérios extrajurídicos, mas a de que ele deve escolher a possibilidade que melhor se compatibiliza com o ordenamento positivo integralmente considerado.

ofício decisório-judicial conta com dois momentos: o momento *cognitivo*, em que são inventariadas as possibilidades interpretativas internas à moldura normativa; e o momento *volitivo*, em que, dentre essas possibilidades (ou mesmo dentre as possibilidades de um conjunto maior, que exorbite os limites da moldura), é escolhida uma delas, com base em critérios estranhos ao Direito positivo (valores morais, sociais *etc.*); **c)** não é possível afirmar que, à luz do Direito positivo, uma das possibilidades interpretativas seja a única correta, mas apenas que todas elas são possíveis e, por isso mesmo, juridicamente equivalentes⁶²; e **d)** a atividade judicial, ao interpretar e aplicar normas superiores (gerais), cria normas inferiores (individuais), de modo que aplicar uma norma e criar outra, inferior e mais específica, são processos que, se não forem idênticos, são ao menos causalmente simultâneos e recíprocos; por isso, Juízes “criam Direito”, mas no sentido de que criam normas individuais.

Nesse sistema, portanto, pode-se inferir que as normas gerais nascem quando de sua produção pelas fontes autorizadas a produzi-las e a sua interpretação é não só cognitiva como também – e talvez principalmente – volitiva, ante a inevitável indeterminação dos textos normativos.

Por fim, a oposição de Kelsen ao positivismo legalista (ou formalismo exegetico) é ostensiva e declarada: a *Teoria Pura do Direito* é uma crítica manifesta ao positivismo ideológico dessa escola e as principais ideias kelsenianas acerca da interpretação jurídica são frontalmente incompatíveis com as teses exegetico-legalistas. Portanto, contra Kelsen não se podem fazer as mesmas objeções que se faziam, com bons motivos e desde o século XIX, contra o positivismo legalista⁶³.

Apesar disso, Kelsen reconhece expressamente, ao final de sua *Teoria Pura do Direito*, que a interpretação jurídica – por consistir em um processo volitivo de escolha entre possibilidades distintas de concretização do Direito – constitui um problema em termos de

⁶² “A sua [de Kelsen] afirmação central aí – cujo endereço declarado é o cognitivismo interpretativo oitocentista e a sua pretensão de univocidade – está na caracterização do direito aplicável (‘anzuwendende Recht’) como uma moldura (‘Rahnen’) dentro da qual são admissíveis várias possibilidades de aplicação (‘innerhalb dessen mehrere Möglichkeiten der Anwendung’). Vale dizer: dentro da qual são admissíveis várias possibilidades de aplicação *igualmente corretas* do ponto de vista do sistema normativo” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 29).

⁶³ “E sobre as críticas que a identificam com a exegese, apenas duas coisas poderiam ser ditas: a primeira é que, como já vimos, a TPD é claramente uma teoria crítica face ao positivismo ideológico; a segunda é que não podemos cair na facilidade que implica reduzir um gênero [positivismo] à sua espécie mais fraca [formalismo legalista], ou seja, reduzir o positivismo à exegese, movimento criticado com razão desde o próprio século XIX, para poder dobrá-lo” (BOTERO-BERNAL, Andrés. “El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX e primera mitad del siglo XX”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, v. 1, pp. 129-130, tradução livre).

segurança jurídica. Não foi à toa que as duas últimas palavras de sua obra capital tenham sido justamente “segurança jurídica”: Kelsen literalmente encerra seu *magnum opus* aconselhando a dogmática jurídica a exercer seu papel interpretativo “por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja *reduzida a um mínimo* e, assim, se obtenha o *maior grau possível de segurança jurídica*”⁶⁴.

Essas são, então, em brevíssimas linhas, as ideias centrais da teoria kelseniana quanto às normas e à interpretação jurídica, extraídas que foram de uma teoria muito mais abrangente que, naturalmente, versa sobre incontáveis outros temas e que estabeleceu os principais pontos de debate na Filosofia e na Teoria do Direito ao longo do século XX⁶⁵.

Outro modelo teórico central do positivismo reformado – também discricionarista em certo sentido e grau, mas ainda mais distante do realismo cético-voluntarista do que o modelo de Kelsen – é o proposto por Hart, célebre positivista inglês.

No que diz respeito à teoria da norma e da interpretação jurídica, Hart também se posiciona a meio-caminho entre o formalismo exegético (para o qual, como visto, o Juiz *somente afere* normas já estabelecidas previamente pelo Legislador, através de atos de interpretação *meramente cognitivos*) e o voluntarismo cético (para o qual as normas *não existem* antes da atividade de interpretação-decisão, entendida como sendo eminentemente *volitiva e criativa*)⁶⁶. Ambos os extremos são expressamente recusados por Hart como “ilusões” (o

⁶⁴ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 397, sem itálicos no original. O curioso e sintomático fato de Kelsen terminar a *Teoria Pura do Direito* preocupado com a segurança jurídica foi percebido e salientado em: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 30.

⁶⁵ Kelsen inspirou alguns dos debates teóricos mais relevantes do século XX, dentre os quais Andrés Botero-Bernal destaca fundamentalmente os que se travaram com: **a)** Alf Ross (realista escandinavo), que acusou Kelsen de não ser verdadeiramente positivista, em virtude tanto do resíduo metafísico que há em seu sistema normativo, por conta da norma fundamental inverificável, quanto de seu estruturalismo abstrato que não parte da realidade jurídica, especialmente da realidade judicial; **b)** Carl Schmitt, para quem a teoria de Kelsen implicaria a juridicização do político e a politização do jurídico, ao propor que a guarda da Constituição competisse a um Tribunal Constitucional e não ao Presidente da República; **c)** Alexander Hold-Ferneck, segundo o qual a teoria de Kelsen não é fiel à premissa metodológico-positivista de purificação axiológica da ciência jurídica, já que vários dos postulados seus estão incontornavelmente assentados em valores (liberalismo burguês, pretensão de neutralidade *etc.*); **d)** Herbert Lionel Adolphus Hart, que criticou a norma hipotética fundamental inverificável, cogitando, em seu lugar, de uma regra de reconhecimento que consistiria em um fato social verificável; Hart criticou também o dogma kelseniano da unidade do sistema normativo e demonstrou que nem todas as normas têm a estrutura lógica “suposto fático/coação”; e **e)** Carlos Cossio, que considerava a sua própria teoria (teoria egológica do Direito) como sendo mais fiel ao positivismo jurídico e ao próprio projeto teórico kelseniano do que a do próprio Kelsen.

⁶⁶ Aliás, o capítulo VII de sua obra, verdadeiramente paradigmática, *O conceito de direito*, é inteiramente dedicado aos dois extremos referidos (formalismo e ceticismo). A certa altura, Hart afirma que “[a] história da teoria do direito é, sob esse aspecto, curiosa, pois costuma ou ignorar ou exagerar a indeterminação das normas jurídicas”, advertindo que se deve “evitar essa oscilação entre extremos” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 169).

formalismo como um “sonho” – com um “paraíso dos conceitos” – e o ceticismo como um “pesadelo”, ambos tendo como denominador comum irrealista justamente o exagero e o caráter algo “onírico”⁶⁷). É por isso que, para ele, cada um desses extremos só é válido e útil quando, porque e na medida em que corrige o outro.

Aliás, segundo Hart, o ceticismo voluntarista não seria outra coisa senão justamente o resultado da *frustração* do projeto formalista. Assim, o chamado realista jurídico não seria mais que um legalista frustrado que, ao cair num *falso dilema*, conclui exageradamente que “Ou as normas são o que seriam no paraíso do formalista, e acorrentam como grilhões, ou não há normas, apenas decisões ou padrões de comportamento previsíveis”⁶⁸.

Para Hart, algum grau de discricionariedade na interpretação dos enunciados normativos (leis ou precedentes) é um dado inevitável, em vista do que chamou de “*textura aberta do direito*” – formulação que se tornou célebre (*open texture*). Essa textura aberta é uma condição inafastável da linguagem natural, eminentemente conceitual (que é a empregada pelo discurso das fontes jurídicas), condição assim entendida e definida: todo e qualquer termo geral tem um conjunto de casos aos quais claramente se aplica, um conjunto de casos aos quais claramente não se aplica e um conjunto de casos de aplicabilidade incerta, duvidosa⁶⁹. E, segundo Hart, decidir se um termo geral é ou não aplicável a um caso incerto, duvidoso, consiste em examinar se esse caso, problemático, é *suficientemente assemelhado* a algum caso não problemático *em aspectos considerados pertinentes*. A resolução dos casos obscuros depende então, em outras

⁶⁷ Num seu célebre artigo publicado pela primeira vez em 1977, Hart diz o seguinte: “Retratei a Teoria do Direito norteamericano assediada por dois extremos, o pesadelo e o nobre sonho: o ponto de vista de que os juízes sempre criam e nunca encontram o Direito [...] e o ponto de vista oposto segundo o qual os juízes nunca criam Direito. Como outros pesadelos e outros sonhos, ambos são, em minha opinião, ilusões, ainda que tenham muitas coisas a ensinar aos juristas em suas horas de vigília. A verdade, talvez trivial, é que às vezes os juízes fazem uma coisa e às vezes outra” (HART, Herbert Lionel Adolphus. “American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream”. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, pp. 123-144, tradução livre). Nesse artigo, a respeito da jurisdição norteamericana, Hart afirma que um jurista inglês fica perplexo com o grande poder dos Tribunais (especialmente da Suprema Corte) e considera difícil de justificar esse modelo no contexto de uma democracia.

⁶⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 180.

⁶⁹ “Não apenas no terreno das normas, mas em todos os campos da existência, há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer. É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis (‘Se algo é um veículo, um automóvel o é’), mas haverá também casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não (‘A palavra aqui usada, ‘veículo’, incluirá bicicletas, aviões, patins?’)” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 164). Essa noção é muito similar à da *Jurisprudência dos Interesses*, já vigente no século XIX: “Com PHILIPP HECK, podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um *núcleo* conceitual e um *halo* conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 209).

palavras, de uma aferição dupla e articulada entre a *suficiência* da semelhança e a *pertinência* dos critérios considerados para a comparação⁷⁰.

Aqui, será preciso abrir um parêntese de maior densidade filosófica: é clara a influência que Hart recebeu da filosofia analítica e, muito especialmente, da filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein (ou da leitura que Friedrich Waismann fez das teses wittgensteinianas), sobretudo quando estabelece que o sentido de um termo geral (como o termo “veículo” de seu conhecido exemplo de se proibir o tráfego de veículos num parque) se define pela *habilidade pragmática de aplicá-lo a contento*⁷¹, o que, por sua vez, consiste na capacidade de *identificar pelo menos algumas de suas instâncias não problemáticas*⁷². Isso significa que, caso não haja, no seio de uma comunidade linguística, um conjunto de instâncias claras de aplicação de um termo geral, este não poderia ser objeto de uso compartilhado e, portanto, *nem sequer teria, nela, qualquer sentido*. Aliás, o que justifica a tese hartiana de que todo enunciado normativo contém algumas normas já constituídas antes da interpretação judicial é precisamente o fato de que tais normas consistem nos significados claros, não problemáticos, dos enunciados normativos, aplicáveis que são aos ditos casos *simples* ou *familiares* (*plain cases* ou *familiar ones*), suas instâncias por excelência. Caso os enunciados normativos não tivessem quaisquer significados claros, então eles seriam constituídos apenas de *termos inteiramente destituídos de sentido*, o que tornaria impossível, inclusive, que houvesse aspectos nebulosos seus que

⁷⁰ Ou, nos termos de Hart, a solução de um caso difícil consiste em “examinar (como quando se utiliza um precedente) se o caso presente se assemelha ‘suficientemente’ ao caso simples sob os aspectos ‘pertinentes’” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 165).

⁷¹ Na síntese bem-sucedida de Wayne Morrison, a respeito dessa tese wittgensteiniana aproveitada por Hart: “Ter um conceito é – pelo menos em parte – ser capaz de usar certas palavras corretamente, empregar exemplos daquilo a que a palavra se refere e fazer certos tipos apropriados de julgamentos e discriminações” (MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, p. 429). Na mesma obra, Wayne Morrison cita o seguinte trecho de Wittgenstein, em suas *Investigações Filosóficas*: “Entender uma frase significa entender uma linguagem. Entender uma linguagem significa ter o domínio de uma técnica” (seção 199).

⁷² Essa definição wittgensteiniana de que “*conhecer* o sentido de um termo geral” (*know that*) é no fundo “saber *como* aplicá-lo” (*know how*), ainda que o termo não estabeleça nem possa estabelecer, de antemão, todas as instâncias às quais se poderia aplicar corretamente, é uma tese que faz dos *conceitos linguísticos* como que *regras a serem seguidas* (donde a sua pertinência para a análise do Direito): tanto o uso da linguagem, quanto a identificação do conteúdo de normas jurídicas, nesse contexto, indicam a existência de um “saber fazer” implícito às práticas linguísticas e jurídicas, saber prático sem o qual seguir regras seria algo impossível, por demandar um regresso infinito de regras que explicassem como as regras iniciais deveriam ser seguidas. Assim, a interpretação linguística e jurídica seria uma atividade que se revela e se aperfeiçoa à luz de critérios que só se podem encontrar e extrair a partir da própria prática. É por isso que Hart considera inútil que os chamados “cânones interpretativos” sejam estabelecidos pela lei: isso não resolveria o problema da dúvida interpretativa, pois estabeleceria um regresso infinito: “Os cânones de ‘interpretação’ não podem eliminar essas incertezas, embora possam minorá-las; pois esses cânones constituem, eles próprios, normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretação” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 164).

demandassem interpretação judicial: tudo seria puro *nonsense* e qualquer aplicação deles seria um processo completamente aleatório ou indecidível. Se não existissem os casos *fáceis*, não existiriam também os casos *difíceis* ou *imprevistos* (*unenvisaged cases*): todos os casos seriam ou “facílimos” (no sentido de que qualquer solução lhes conviria indiferentemente, isto é, de que podem ser resolvidos “de qualquer jeito”, aleatória e gratuitamente), ou “impossíveis” (rigorosamente insolúveis), o que no fundo – ou na prática – é a mesma coisa. A propósito, Hart chama a atenção para o fato de que a maior parte dos casos judiciais é constituída de “casos fáceis”, de modo que a ênfase excessiva na “zona de penumbra” é uma descompensação, um erro de medida, de algumas teses cético-voluntaristas⁷³.

Para Hart, então, todo padrão linguístico-normativo que seja claro para uma massa considerável de casos pode eventualmente se mostrar nebuloso para um caso suficientemente *sui generis* que desafie razoavelmente a sua aplicabilidade, uma vez que a linguagem conceitual é sempre mais simples do que a realidade que ela busca descrever, em virtude das abstrações simplificadoras das quais depende para atingir os seus fins de categorização e comunicação. Para ficar em um exemplo formidavelmente ilustrativo, basta ver que os termos “réptil”, “ave” e “mamífero” são de aplicação muito simples e incontroversa a um número imenso de casos (o da cobra, o da águia, o do leão *etc.*), mas se tornam imediatamente problemáticos assim que nos deparamos com a complexa figura do ornitorrinco, que produz veneno como os répteis, põe ovos como as aves e os répteis, tem bico como as aves e membranas nas patas como as aves que nadam, amamenta seus filhotes como os mamíferos e assim por diante⁷⁴.

Esse claro-escuro a respeito do grau de determinação e simultânea indeterminação dos enunciados normativos é a “marca registrada” da teoria de Hart e consiste, no fundo, não só em uma *característica inevitável* da linguagem natural (como visto acima), mas também em um *recurso estratégico* destinado a equilibrar a tensão fundamental que há entre duas necessidades antagônicas mas igualmente importantes de todo sistema jurídico: a necessidade de *segurança previsível* (que depende de clareza – ou clausura – de sentido, que torne desnecessárias e até

⁷³ Nisso, Hart está de acordo com o diagnóstico de, por exemplo: **a)** Benjamin Cardozo: “Dos casos que se apresentam ao tribunal em que atuo, acredito que a maior parte não poderia, com algum quê de razão, ser resolvida a não ser de uma única maneira”; e **b)** Roscoe Pound: “A cada dia que passa, a prática nos mostra que muitas regras são aplicadas sem maiores questionamentos” (*apud* MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, p. 455).

⁷⁴ “[...] por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida [...]. [...] a incerteza nas zonas limítrofes é o preço a pagar pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação referente a questões factuais” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 166).

inconvenientes quaisquer decisões oficiais posteriores) e a necessidade de *justiça flexível* (que depende de penumbra – ou abertura – de sentido, que torne possíveis e mesmo necessárias decisões interpretativas posteriores)⁷⁵. Naturalmente, essa balança nem sempre está equilibrada, sendo possíveis desbalanços para um lado ou para outro, ora sacrificando muitas coisas relevantes em nome da segurança, ora renunciando à segurança de um tal modo que muitas coisas ficam suscetíveis de serem “tratadas pelos tribunais como permanentemente passíveis de revisão”⁷⁶.

Vê-se, aqui, com muita nitidez, que Hart, em seu debate teórico com o realismo cético-voluntarista, está muito preocupado em demonstrar o mais claramente possível que as práticas jurídicas, por terem a finalidade fundamental de orientar os Cidadãos e as autoridades oficiais especialmente nos temas mais caros e indisputados na sociedade (como o homicídio, por exemplo), devem fazê-lo mediante a edição de normas suficientemente claras e precisas, sob pena de se tornar necessário algo que é *praticamente impossível* e ao mesmo tempo *axiologicamente indesejável*: que absolutamente tudo dependa de decisões judiciais prévias que interpretem o ordenamento jurídico de modo a dizer quais são as suas exigências específicas para cada caso particular, sendo impossível agrupar casos relevantemente semelhantes para que sejam julgados com base em regras gerais suficientemente claras⁷⁷.

No sistema de Hart, portanto, a função jurisdicional não tem uma só natureza, sendo por isso impossível dizer que ela sempre se limita a aplicar normas preexistentes ou que, ao contrário, ela sempre cria normas que antes não existiam. Há espaço para ambas as coisas, no modelo de Hart: **a)** de um lado, o Juiz meramente aplica o sentido simples e claro dos enunciados normativos pertinentes aos “casos fáceis”; nessas hipóteses, a norma já existia antes

⁷⁵ “Na verdade, todos os sistemas conciliam, de modos diferentes, duas necessidades sociais: a necessidade de certas normas que os indivíduos particulares possam aplicar a si próprios, em grandes áreas do comportamento, sem nova orientação oficial e sem considerar questões sociais; e a de deixar em aberto, para serem posteriormente resolvidos por meio de uma escolha oficial e bem informada, problemas que só podem ser adequadamente avaliados e solucionados quando ocorrem em um caso concreto”. (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 169).

⁷⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 169.

⁷⁷ A ideia de que regras são fundamentais a práticas sociais convencionais, devendo ser claras para que sejam conhecidas por todos e não podendo ser alteradas a cada caso, encontra antecedente em Wittgenstein, que “recorreu a analogias com jogos comuns e cunhou a expressão ‘jogos de linguagem’ para referir-se a práticas e modos de vida. Quando se joga críquete, é imprescindível a adesão a um conjunto de regras públicas; o jogo se torna impraticável se cada um dos participantes resolver seguir seu conjunto particular de regras. As autoridades tampouco podem mudar as regras repentinamente, sem consulta. [...]. Nosso conhecimento de nós mesmos e de nossa sociedade não pode provir da experiência atomizada de indivíduos, mas é, em si, produto de atividades dirigidas por regras que devem ser públicas e sociais” (MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, p. 431).

da interpretação-decisão e o Juiz se limitou a impor as suas consequências próprias; e **b)** de outro, quando o caso é suficientemente complexo, de modo a evidenciar aspectos de incerteza no enunciado normativo, o Juiz cria Direito novo mediante a escolha do sentido que mais lhe pareça pertinente à solução do caso; esse segundo tipo de atividade jurisdicional cria norma individual e, quando fortemente estabilizado na forma de precedente, é equiparável “ao exercício, por parte de um órgão administrativo, de poderes normativos delegados” (norma geral e abstrata)⁷⁸.

Assim, tanto em relação ao problema nomogenético, quanto em relação ao problema hermenêutico, a teoria de Hart parece mais ricamente nuançada que os modelos teóricos de então, já que, para ele, de um lado, há normas que já existem antes da atividade interpretativa judicial, mas há outras que só se produzem por ela; e, de outro lado, paralelamente, há interpretação meramente subsuntiva, mas também há interpretação discricionária⁷⁹. Não haveria, então, uma resposta única para essas questões e dilemas justeóricos, como esperam, de forma otimista demais, as propostas teóricas mais radicais e que alimentam a expectativa ingênua de uma resposta única.

Há aqui certa semelhança entre as ideias de Hart e as de Kelsen, a respeito da margem de discricionariiedade que, em algum grau mais ou menos limitado, sempre há na interpretação judicial: **a)** a “moldura” kelseniana (*Rahnen*) seria análoga à “textura aberta” hartiana e ao consequente leque de possibilidades de sentido (*open range of possibilities*); **b)** em ambos os modelos, quando o Juiz “cria norma” ao eleger possibilidades interpretativas disputáveis, faz-se referência às normas individuais, que resolvem o caso, criadas “intersticialmente”⁸⁰, e não às normas gerais, como as editadas pelo Legislador – embora Hart admita a produção judicial

⁷⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 176. Apesar das críticas que faz às teses cético-realistas, Hart não nega que elas têm consigo alguma verdade relevante, sobretudo em dois aspectos: **a)** primeiro, o de que, de fato, nenhum enunciado legislativo ou precedente é forte o suficiente para *garantir* que as decisões judiciais respeitem o seu conteúdo, mesmo quando muito claro; e **b)** segundo, o de que, uma vez sendo inevitável que o processo decisório seja influenciado por concepções pessoais extrajurídicas do Juiz, então este não deve “contrabandear-las” para o âmbito jurídico, como se jurídicas fossem, mas tratá-las abertamente como tais.

⁷⁹ Convém anotar, porém, que a discricionariiedade, em Hart, não é absoluta ou dita em sentido forte: “O magistrado, ao atuar de forma discricionária, o faz, sofrendo inúmeras restrições, as quais estão contidas no ordenamento jurídico como um todo. Ou seja, a liberdade de criar *direito novo* está limitada pelo direito *preexistente*. [...] Dessa forma, o juiz, ao se utilizar desse poder discricionário, não atua da mesma maneira como faz o legislador, que goza de completa liberdade na maneira de tratar as situações da vida social” (KOZICKI, Katya. *Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial*, p. 20).

⁸⁰ Para Hart, os Juízes “exercem um poder discricionário autêntico, embora intersticial, de criar o direito, naqueles casos em que a lei explícita vigente não impõe uma decisão” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 335).

de normas gerais, através de precedentes; e c) além disso, Kelsen e Hart não aceitam a tese da única resposta correta, nem tampouco estão preocupados em fornecer critérios prescritivos que permitam diferenciar ou hierarquizar as várias possibilidades interpretativas, de modo a que umas sejam mais acertadas, ou mais justas, ou mais satisfatórias, que outras, até porque isso colidiria com os limites metodológicos e com as finalidades teóricas do positivismo jurídico.

Apesar dessas e outras importantes semelhanças, Hart parece estar mais distante do voluntarismo cético do que Kelsen, por considerar haver um suporte *racional* (e não apenas *volitivo*) na eleição de uma possibilidade interpretativo-decisória⁸¹. Não bastasse isso, a crítica de Hart ao ceticismo jurídico-normativo é bastante contundente e ostensiva, opondo-lhe uma série de argumentos contrários, como os seguintes: **a)** para que o Direito possa alcançar seus fins, as normas jurídicas devem ser explicitadas de um modo suficientemente claro a ponto de as pessoas poderem discernir e obedecer o seu conteúdo *por si mesmas*, sem a necessidade constante e atomística – aliás totalmente impraticável – de que, em todos os casos, fosse antes proferida deliberação oficial discricionária apta a “revelar” o sentido normativo abscondito – ao qual, por alguma estranha razão, apenas os Juízes teriam acesso⁸²; **b)** a existência de decisões judiciais não só *não implica a inexistência* de normas pré-constituídas (afirmar o contrário seria, aliás, um paralogismo do tipo *non sequitur*), como aliás *as pressupõe*, já que a legitimidade e a própria existência dos Tribunais são estabelecidas por normas que antecedem suas decisões⁸³;

⁸¹ “Até aqui, a tese é seguramente mais forte que a de Kelsen, pois afirma um suporte (supostamente) racional para a decisão, e não, ao contrário, um simples exercício judicial deixado à vontade dos juízes” (MORA RESTREPO, Gabriel. *Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces: teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales desde los modelos de razonamiento práctico*, p. 208, tradução livre). E a esse respeito Hart mesmo ressaltou o seguinte, no famoso Pós-escrito de sua obra capital: “É importante observar que o poder de criar o direito que atribuo aos juízes, para habilitá-los a regulamentar os casos que o direito deixa parcialmente não regulamentados, é diferentes daquele de um poder legislativo: não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações que restringem sua escolha, limitações das quais o poder legislativo pode ser totalmente isento, mas também, como são exercidos apenas para decidir casos específicos, o juiz não pode utilizá-los para introduzir reformas amplas ou novos códigos legais. Assim, seus poderes são intersticiais, além de sujeitos a muitas restrições substantivas. Não obstante, haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito. Mas não deve fazê-lo arbitrariamente: isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 352).

⁸² “Trata-se de normas cuja aplicação os indivíduos podem perceber eles próprios caso após caso, sem necessidade de recurso ulterior à orientação ou discricionariedade oficial” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 176).

⁸³ “[...] a afirmação de que existem decisões tomadas por tribunais não pode ser coerentemente associada à negação da existência de quaisquer normas [...], pois] a própria existência de um tribunal envolve a existência de normas secundárias que outorgam jurisdição a uma sucessão variável de indivíduos, tornando assim suas decisões vinculantes” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 177).

c) o ponto de vista interno (isto é, o que é adotado pelas pessoas de determinada comunidade jurídica) é de um modo tal que as pessoas, ao avaliarem e argumentarem contra ou a favor certas condutas, próprias ou alheias, não se valem apenas daquilo que provavelmente os Tribunais decidirão (ponto de vista externo), mas se valem dos padrões de conduta *claramente estipulados pelas fontes jurídicas convencionadas* como obrigatórios, proibidos ou permitidos⁸⁴; d) é apenas um *falso dilema* o que faz com que o jusrealista se sinta forçado a abraçar o pesadelo cético-voluntarista só porque o sonho formalista se lhe provou utópico⁸⁵; e) é falso afirmar que normas não existem só porque, psicologicamente, os seus cumpridores espontâneos (Cidadãos) as cumprem sem pensar nelas e os seus intérpretes-aplicadores (Juízes) as adotam apenas nominal e retroativamente para justificar decisões que, em verdade, teriam sido tomadas por outros motivos; e isso é falso porque i) os cumpridores espontâneos das normas de todo modo as invocariam para justificar sua conduta acaso fossem impelidos a isso e ii) em geral, as decisões judiciais são tomadas com base no “autêntico esforço de obedecer a normas aceitas conscientemente como padrões; ou, se tomadas intuitivamente, são justificadas por normas que o juiz se dispunha previamente a obedecer e cuja aplicabilidade ao caso em pauta seria geralmente reconhecida”⁸⁶; e f) o argumento cético-realista de que decisões judiciais criam normas porque *afinal prevalecem* é um argumento fraco, por confundir *definitividade* com *infalibilidade*: ora, do fato de uma decisão prevalecer eficazmente não se segue que ela é a correta aplicação das fontes jurídicas (há aqui, de novo, a falácia do tipo *non sequitur*); então, mesmo que se reconheça que o assentimento judicial seja necessário para *perpetuar* um padrão normativo, disso não se segue que ele o *crie*; somente se a tolerância da população com decisões *contra legem* for indefinidamente grande é que se poderá afirmar que, em algum momento, o Direito antigo vigente foi substituído por outro, judicialmente posto ou imposto, mas “a

⁸⁴ “As leis atuam em suas vidas não apenas como hábitos ou como instrumentos para que elas possam prever as decisões dos tribunais ou os atos de outras autoridades, mas como padrões jurídicos aceitos de conduta. Isto é, as pessoas não apenas agem com razoável regularidade da forma exigida pelo direito, mas o consideram um padrão jurídico de comportamento, referindo-se a ele ao criticar outras pessoas, justificar suas exigências ou aceitar críticas e exigências feitas por outros [...]; mas é certamente um fato observável da vida social que as pessoas não se limitam ao ponto de vista externo, registrando e prevendo as decisões dos tribunais ou a incidência provável de sanções” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, pp. 178-179).

⁸⁵ “Essa tese dá a entender que estamos diante do seguinte dilema: ‘Ou as normas são o que seriam no paraíso do formalista, e acorrentam como grilhões, ou não há normas, apenas decisões ou padrões de comportamento previsíveis.’ Entretanto, trata-se sem dúvida de um falso dilema” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p.180).

⁸⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 182.

permanente possibilidade dessas transformações não prova que o sistema seja agora o que seria se a transformação ocorresse”⁸⁷.

Todavia – e é natural que tais complexidades e tensões teóricas inevitavelmente se ponham em temas tão difíceis e sutis como esse –, o modelo hartiano parece conter algo que, ao menos potencialmente, é compatível com a tese fundamental do realismo jurídico: a ideia de uma *norma de reconhecimento*, segundo a qual o critério definidor de quais são as normas válidas em um sistema jurídico não é propriamente normativa, mas sim social, por consistir na *prática convergente* das várias instâncias oficiais em reconhecer quais são as normas válidas e quais não são⁸⁸. Visto esse conceito sob certa perspectiva, ele parece ao menos condizente com a tese jusrealista de que o Direito é aquilo que as autoridades interpretativas oficiais dizem que ele é⁸⁹.

Dito isso tudo, eis então a compreensão fundamental do positivismo jurídico do século XX a respeito: **a)** da *gênese normativa*: por consequência da “moldura normativa” (Kelsen) e da “zona de penumbra” (Hart), o ofício jurisdicional cria Direito novo, seja por estabelecer volitivamente a norma jurídica individual (Kelsen e Hart), seja por estabelecer, em certos casos, ainda que só intersticialmente, inclusive normas jurídicas gerais, na forma de precedentes (Hart); e **b)** da *interpretação jurídica*: cada enunciado normativo (lei, precedente *etc.*) oferece várias possibilidades interpretativas e de aplicação, uma dentre as quais deverá ser forçosamente eleita pelo Juiz em cada caso, o que torna o seu ofício inevitavelmente dotado de algum grau mínimo e ineliminável de discricionariedade, maior ou menor a depender de cada caso particular.

Em ambos os temas, a tese positivista aqui analisada guardou distância tanto da tese formalista, quanto da tese cética, pois: **a)** de um lado, o formalismo legalista diminui o papel da interpretação, tratando-a ingenuamente como um procedimento mais ou menos mecânico de

⁸⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 189.

⁸⁸ “Em geral, a norma de reconhecimento não é explicitamente declarada, mas sua existência fica *demonstrada* pela forma como se identificam normas específicas, seja pelos tribunais ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados e assessores jurídicos” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 131).

⁸⁹ A propósito, Hart mesmo, embora não se refira apenas aos Juizes quando fala em autoridades oficiais que convergentemente reconhecem quais são as normas válidas, acaba por – como, aliás, geralmente ocorre com os autores jusrealistas – reconhecer que a autoridade judicial é ainda mais intensa sob esse aspecto: “Evidentemente, há uma diferença entre o uso feito pelos tribunais dos critérios oferecidos pela norma e o uso que os outros fazem desses mesmos critérios; pois, quando os tribunais chegam a uma conclusão específica, com base no fato de que certa norma foi corretamente identificada como norma jurídica, aquilo que declaram tem um caráter especial de autoridade imperativa, que lhe é conferido por outras normas” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 131).

extração não-problemática de sentido dos enunciados normativos e, assim, reserva a gênese normativa apenas à atividade legislativa; e **b)** de outro, o ceticismo voluntarista diminui o papel da atividade legislativa, considerando-a também ingenuamente como mera redatora de caracteres linguísticos indeterminados, de modo a, conseqüentemente, afirmar – de forma mais ou menos radical e mais ou menos consciente de suas últimas conseqüências – que as normas jurídicas só nascem após a interpretação.

1.3 A PROPOSTA DE DWORKIN: “*O Juiz não tem discricionariedade nem mesmo nos casos difíceis, devendo sempre escolher a única resposta*”

Como visto na seção anterior, os positivistas do século XX, iconicamente representados por Kelsen e Hart, pretenderam corrigir os erros notórios do positivismo legalista do século XIX – sobretudo quanto à tese da determinação exclusivamente legislativa das normas jurídicas –, mas cuidando para não cair no extremo contrário do ceticismo voluntarista que endossa a tese da determinação exclusivamente judicial dessas mesmas normas.

No entanto, apesar de todo o inegável avanço teórico-epistêmico promovido por esses dois grandes modelos juspositivistas, ambos foram ainda considerados como *demasiadamente discricionaristas*⁹⁰ (ou *voluntaristas*) por Ronald Dworkin (1931-2013), que reconhecia em Hart – de quem foi professor-assistente e depois sucessor, na Universidade de Oxford – a proposição mais sofisticada do positivismo jurídico, seu principal rival teórico e a teoria jurídica dominante desde então. Justamente porque o positivismo de Hart lhe parecia o melhor exemplar do positivismo jurídico, é que Dworkin dirigiu contra ela o seu esforço crítico-dialético, aliás bastante próprio e original⁹¹.

⁹⁰ A preocupação de Dworkin com o tema da discricionariedade judicial é permanente em sua carreira filosófica, aliás desde o seu princípio. Basta ver que já em seu primeiro artigo (“*Judicial Discretion*”), publicado em 1963, dedicou-se justamente a enfrentá-lo.

⁹¹ Dworkin foi um teórico de difícil classificação nas grandes taxonomias justeóricas, parecendo não se encaixar bem em nenhuma delas, nem mesmo nos grandes grupos do juspositivismo e do jusnaturalismo. Autor dotado de intuições muito originais – quando não idiossincráticas –, Dworkin revelou-se como um ponto fora de curva: defendeu convictamente teses bastante contraintuitivas (como a tese da única resposta correta) e, embora contrário ao realismo jurídico, também dava, como ele, centralidade ao Judiciário em sua análise descritivo-prescritiva do Direito. Além disso, assim como Hart, esgrimiou argumentos contra várias escolas ao mesmo tempo, isto é, combateu simultaneamente em vários *fronts* da dialética jusfilosófica, rejeitando de um só golpe as propostas fundamentais do positivismo (legalista e reformado), do realismo e do pragmatismo. Naturalmente, recebeu críticas várias e persistentes (como as de Andrei Marmor, Joseph Raz, Leslie Green, Jeremy Waldron *etc.*) e alimentou muitos e importantes debates da Filosofia e da Teoria do Direito desde que iniciou sua carreira justeórica.

A tese positivista fundamental contra a qual Dworkin se volta é a tese do “direito como *simples questão de fato*”⁹², segundo a qual o Direito não consistiria em outra coisa senão no conjunto de decisões tomadas pelas instituições jurídicas no passado; por isso, o trabalho de identificar o Direito, segundo o olhar positivista, consistiria numa mera *prospecção de fatos pretéritos*, ao estilo de um arqueólogo, de um historiador ou, de forma ainda mais simplória, de um mero registrador notarial⁹³: além desse levantamento de fatos passados, nada mais seria necessário para se determinar e se conhecer o Direito, a não ser, no máximo, a interpretação meramente semântica da expressão verbal das decisões pretéritas inventariadas – já que, depois disso, nada mais restaria senão a criação judicial e discricionária de novas normas, com base em critérios extrajurídicos. Aliás, é justamente com base nessa tese fundamental que o positivismo jurídico entende (ou pretende), por consequência, que a Teoria do Direito é meramente *descritivista*, e não *prescritivista*: sua finalidade é apenas a de identificar e descrever os fatos normativos pretéritos, guardando-se escrupulosamente de formular qualquer juízo avaliativo acerca de seu conteúdo.

Segundo Dworkin, essa tese positivista tem a seguinte consequência: as práticas jurídicas, por mais complexas que eventualmente se mostrem, só podem conter *desacordos empíricos* (isto é, divergências *factuais* sobre quais eventos normativos pretéritos devem solucionar o caso, à luz da semântica de seus registros textuais)⁹⁴, não podendo jamais ensejar *desacordos teóricos* (isto é, divergências *interpretativas* sobre como o material jurídico interpretado deve resolver o caso, à luz das diferentes concepções sobre o que o Direito é e para que ele serve). Todos os desacordos seriam, portanto, mais ou menos *superficiais*, limitando-se a disputas sobre quais regras são aplicáveis aos casos, ou sobre qual é exatamente o conteúdo semântico dessas regras aplicáveis. Para Dworkin, se essa tese positivista fosse verdadeira, desacordos verdadeiramente *profundos*, relativos à própria natureza e à finalidade social do Direito (ontologia e teleologia jurídicas), simplesmente não existiriam nem poderiam existir nas práticas jurídicas, o que é não é o caso, já que desacordos assim fundamentais ocorrem com boa frequência, sobretudo nos chamados “casos difíceis”.

⁹² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, pp. 10-12.

⁹³ Para Dworkin, a concepção do Direito como simples questão de fato faz com que ele não seja nada mais do que “aquilo que as instituições jurídicas, como as legislativas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 10). Além disso, tais concepções não teriam ainda rompido o cordão umbilical com as teses imperativistas, que entendiam o Direito como o produto das decisões proferidas por aquele que detém o poder político (isto é, o soberano, segundo a conhecida formulação de John Austin).

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 41.

E a crítica de Dworkin ao positivismo – sobretudo ao positivismo hartiano, para ele o seu melhor exemplar – começa muito cedo: já em seu artigo *The Model of Rules*⁹⁵, de 1967, ele concentra sua primeira e contundente crítica ao positivismo jurídico naquelas que, segundo ele, seriam as suas teses principais⁹⁶: **a) a tese das regras (em sentido estrito)**⁹⁷, segundo a qual o Direito é um conjunto de regras, entendidas como padrões de avaliação de conduta que são estabelecidos sob a forma lógica do “tudo ou nada”, razão pela qual só existem os direitos e as obrigações que constam do conteúdo explícito das regras jurídicas; **b) a tese das fontes sociais do Direito**, segundo a qual as regras jurídicas válidas podem ser, todas elas, identificadas por um teste de validade que leva em conta apenas a fonte de sua produção (teste de *pedigree*⁹⁸), desprezando completamente o seu conteúdo; essa tese tem forte relação com a *tese convencionalista* (se é que ambas não são apenas formulações diferentes de uma só tese), segundo a qual a identificação da validade das regras jurídicas se dá apenas em função da chamada “regra de reconhecimento”, que consiste meramente numa prática social convergente e convencionalizada pela qual se atribui a algumas fontes sociais específicas a prerrogativa de legitimamente criar regras jurídicas obrigatórias; e **c) a tese da discricionariedade judicial**,

⁹⁵ Este artigo teve impacto imediato e particularmente intenso nas discussões teórico-jurídicas de então. Foi publicado pela primeira vez em 1967 (*The University of Chicago Law Review*, v. 35, n. 1, pp. 14-46), republicado como *The Model of Rules I* e posteriormente incluído em sua obra *Taking Rights Seriously*. Note-se que sua primeira publicação se deu apenas seis anos depois da publicação de *The Concept of Law*, de Hart.

⁹⁶ A crítica de Dworkin ao positivismo jurídico foi assim resumida por Juliano Souza de Albuquerque Maranhão: “a) a tese das fontes sociais é insuficiente para explicar o conjunto de direitos ou razões que os juízes consideram como legalmente vinculantes; b) a tese da discricionariedade está equivocada, pois em casos não claros as escolhas não são arbitrárias, sendo antes fundamentadas nesses princípios vinculantes; c) se a força vinculante dos princípios como razão jurídica para a ação ou decisão não pode ser baseada na convenção social sobre as fontes, então deve decorrer de uma valoração do mérito moral de seus conteúdos” (MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, p. 118).

⁹⁷ A advertência de Ronaldo Porto Macedo Junior parece mesmo oportuna: “Utilizo aqui a expressão *regra em sentido estrito* para evitar a confusão com a categoria mais abstrata de regra anteriormente utilizada quando analisado o conceito de regra utilizado por Wittgenstein, Winch e também Hart. Num *sentido geral*, também para Dworkin, os princípios jurídicos são regras. O que ele quer ressaltar, em seu argumento contra Hart, é que há várias gramáticas para diversos tipos de regras (ponto sobre o qual, em tese, também Hart concordaria). A gramática das regras em sentido estrito (que funcionam em termos de ‘tudo ou nada’) é distinta da gramática das regras em sentido geral que denominamos princípios (que não seguem a gramática do ‘tudo ou nada’ e exigem justificação na sua aplicação)” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea, p. 162).

⁹⁸ A famosa expressão “teste de *pedigree*” foi adotada por Dworkin como uma metáfora particularmente ilustrativa da tese positivista das fontes sociais do Direito: assim como a “pureza racial” de um animal é definida não em função de quaisquer características suas, mas apenas e tão somente em função de seus progenitores, a validade de uma norma jurídica é definida não em função de seu conteúdo, mas apenas e tão somente em função da *fonte produtiva* da qual ela emanou: se se trata de fonte *socialmente autorizada a produzir Direito*, então a norma é juridicamente válida, obrigatória; do contrário, não. A tese positivista das fontes sociais do Direito tem como corolário a tese, igualmente positivista, da *separação entre o Direito e a Moral*.

segundo a qual só existem duas possibilidades extremas quanto à aplicação do Direito: ou *i)* a *plena determinação* (havida nos *casos fáceis*), quando as regras explícitas aplicáveis a um caso prescrevem uma única solução jurídica possível, sem qualquer margem de dúvida; ou *ii)* a *plena discricionariedade* (inevitável nos *casos difíceis*), quando as regras explícitas aplicáveis a um caso admitem várias soluções interpretativamente possíveis e juridicamente equivalentes, sem que haja qualquer critério jurídico que possa orientar a escolha judicial de uma delas, escolha que se dará, portanto, com base em critérios extrajurídicos a serem selecionados e empregados pelo arbítrio volitivo do Juiz.

Dworkin enfrenta todas essas teses fundamentais do positivismo jurídico invocando um mesmo recurso: o dos *princípios jurídicos*⁹⁹, enquanto *standards* jurídicos distintos das *regras jurídicas em sentido estrito* (ambos distintos, também, das *diretrizes políticas*¹⁰⁰), mas sem deixarem de ser, também eles, razões jurídicas vinculantes para decidir. Segundo Dworkin, o positivismo jurídico, ao desprezar a importância dos princípios, entendia as práticas jurídicas de forma excessivamente simplificada – ora como meramente subsuntivas (quando regras são simplesmente aplicadas), ora como judicialmente discricionárias (quando regras eram volitivamente criadas ou complementadas) –, o que escamotearia o caráter que, para Dworkin, é inclusive o principal das práticas jurídicas: o seu caráter *interpretativo*. Seja como for, decisões com base em princípios são, segundo Dworkin, decisões tomadas *com base no próprio*

⁹⁹ Nessa sua argumentação, Dworkin valeu-se de dois casos exemplares: **a)** o caso *Riggs v. Palmer*, NY, 1889, em que o neto assassinou o avô para amealhar a herança, o que não era vedado por qualquer *regra jurídica explícita*; a Corte, porém, impediu-lhe o acesso à herança com base no *princípio jurídico implícito* segundo o qual criminosos não podem se valer de seus crimes; e **b)** o caso *Henningsen v. Bloomfield Motors*, NJ, 1960, em que a Corte desconsiderou cláusula contratual que dispensava a montadora de indenizar danos decorrentes de falhas mecânicas do automóvel, fixando indenização, aliás em valor bastante alto (para atender-se à finalidade pedagógica das indenizações), com base na máxima não escrita de que quem fabrica produtos perigosos têm responsabilidade especial pelos perigos em questão; principiologicamente, considerou nula a cláusula contratual mais restritiva. Em ambos os casos, as regras jurídicas explícitas, se fossem aplicadas, levariam a resultados moralmente inaceitáveis e, em ambos, as Cortes decidiram contrariamente ao sentido claro das regras explícitas, com base em princípios implícitos dotados de força moral.

¹⁰⁰ Essa é a conhecida tipologia tríplice dos *standards* normativos, na teoria de Dworkin, em que seus três tipos são *estruturalmente diferentes*: **a)** as *regras jurídicas* são padrões de “tudo ou nada” – ou bem se aplicam ou bem não se aplicam – que preveem as consequências para os casos aos quais se aplicam; se duas regras apresentam conflito, então ou uma excepcionará a outra, ou, se isso não for possível, levará à revogação da outra (pelos critérios da especialidade, da superioridade, da superveniência *etc.*); **b)** os *princípios jurídicos* são padrões que, além de não preverem especificamente as consequências para os casos sobre os quais incidem, apresentam dimensão de “peso”, de forma tal que, em diferentes casos, um mesmo princípio pode ter importâncias diferentes, ora cedendo a princípios concorrentes, ora prevalecendo sobre eles; e **c)** as *diretrizes políticas* – que, segundo Dworkin, só podem ser manejadas pelo Legislador, jamais pelo Juiz – estabelecem metas coletivas relacionadas ao bem-estar de estratos específicos da sociedade, respectivamente beneficiados pelas diferentes diretrizes.

ordenamento jurídico, não se tratando, portanto, de critérios extrajurídicos, apesar de seu conteúdo visivelmente valorativo.

Para Dworkin, os princípios¹⁰¹ inviabilizam as teses principais do positivismo, pois: **a)** se há princípios jurídicos e estes são estruturalmente diversos das regras jurídicas, então a tese das regras em sentido estrito é falsa: o Direito não é formado apenas por regras nesse sentido estrito; **b)** se há princípios jurídicos que não estão escritos em nenhuma fonte social formal e se tais princípios implícitos são utilizados como parâmetros argumentativos e justificativos nas práticas jurídicas, então eles não podem ser identificados mediante o teste de *pedigree*, o que revela a insuficiência da tese das fontes sociais; e **c)** se os princípios jurídicos são razões jurídicas vinculantes, que, por isso, impõem que a decisão judicial se dê em determinado sentido mesmo quando as regras são indeterminadas (e, para ele, há uma resposta correta para todo e qualquer caso), então é falso dizer que o Juiz pode escolher, segundo suas preferências volitivas motivadas por fatores extrajurídicos, qualquer uma das interpretações possíveis dessas mesmas regras, o que demonstra a falsidade da tese da discricionariedade judicial¹⁰².

O tema da discricionariedade judicial – particularmente relevante para o presente trabalho – recebeu longo tratamento crítico por parte de Dworkin, iniciado por uma depuração terminológica, ao enfatizar que uma decisão pode ser dita “discricionária” em pelo menos três sentidos muito diferentes: **a)** no de que ela precisará aplicar critérios relativamente abertos, que, por não serem inteiramente objetivos, demandam sempre algum tipo e grau de juízo discricionário do aplicador; ou **b)** no de que ela é a decisão final, irrecorrível, impondo-se em termos eficaciais mesmo que seja uma decisão incorreta ou injusta; ou, ainda, **c)** no de que ela

¹⁰¹ O conceito de “princípios” em Dworkin difere fundamentalmente do conceito de “princípios” em Robert Alexy, pois para o primeiro, diferentemente do segundo: “(1) não se reduz a questão de distinção entre princípios e regras a uma questão morfológica; (2) nem atribui-se a aplicação das regras a um raciocínio de subsunção e a aplicação de princípios a um método de ponderação; e (3) muito menos se procede a uma equiparação funcional entre princípios e valores. Tanto princípios como regras continuam a gozar de uma natureza deontológica, cuja aplicação procede mediante um juízo de adequabilidade, como observa Günther [...] e Habermas [...]” (PEDRON, Flávio Quinaud; OMATTI, José Emílio Medauar. *Teoria do Direito Contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom*, p. 104).

¹⁰² A título de curiosidade histórica, convém dizer que, apesar de serem diferentes as noções alexyana e dworkiniana a respeito de princípios, ambas têm um antecedente doutrinário comum: “As bases dessa metodologia jurídica do século XX, liderada por privatistas, encontram na obra de Josef Esser (1910-1999) a ponte para a questão dos *principios*, a qual viria a se tornar o núcleo da teoria da decisão do Direito Constitucional contemporâneo. Uma vez mais, está no Direito Privado, não apenas no Direito Civil, a chave para se entender problemas como sopesamento, ponderação e colisão de princípios, os quais viriam a assegurar as glórias acadêmicas, no final do século passado, a Robert Alexy e a Ronald Dworkin” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*, p. 10).

não segue qualquer critério objetivo, estando em função *apenas e tão somente* do arbítrio do aplicador, no sentido mais personalista e subjetivista do termo “arbítrio”¹⁰³. Desses três tipos, os dois primeiros são, para Dworkin, sentidos fracos, não preocupantes e até inevitáveis em qualquer comunidade jurídica, ao passo que o último é, ao contrário, um sentido forte, bastante preocupante e que pode e deve ser evitado, já que a discricionariedade nesse último sentido se impõe de forma não só arbitrária do ponto de vista de seu conteúdo, como também inaceitavelmente retroativa do ponto de vista cronológico-normativo (já que exercida *ex post facto*)¹⁰⁴. Feitas essas distinções de nomenclatura, Dworkin acusa os positivistas de afirmar que o primeiro sentido implica o terceiro (falácia do tipo *non sequitur*) e conclui que, no final das contas, a afirmação positivista da discricionariedade é, de duas, uma: ou *trivial* e *não-problemática* (nos dois primeiros sentidos), ou *falsa* e *problemática* (no terceiro sentido)¹⁰⁵.

Relativamente ao tema da interpretação jurídica, Dworkin propôs uma teoria bastante inovadora e muito distanciada dos lugares-comuns teóricos a seu respeito. Dworkin está consciente de que a questão fundamental acerca da interpretação está em se saber se proposições interpretativas são ou não *apofânticas*, isto é, se elas podem ou não ser predicadas dos atributos de verdade ou falsidade (como as proposições declarativas, em geral, inequivocamente o são),

¹⁰³ Esses três sentidos de “discricionariedade” em Dworkin e o seu juízo de valor acerca de cada um deles foram sintetizados da exposição que fez sobre o tema no artigo já comentado acima (*The Model of Rules I*, de 1967). A distinção entre o primeiro e o terceiro sentidos revela que, na tese dworkiniana, a discricionariedade do primeiro sentido *não necessariamente implica* a do terceiro sentido, pois, mesmo nos casos em que as regras são indeterminadas, os Juízes têm o dever de decidir de acordo com a melhor interpretação do ordenamento jurídico integralmente considerado, ao contrário do que afirmavam Kelsen e Hart, para quem, nesses casos, nenhum critério jurídico haveria para nortear a opção judicial por uma ou outra das várias possibilidades interpretativas. Para Dworkin, *incerteza quanto à aplicação* não é o mesmo que *prerrogativa para aplicar livremente*.

¹⁰⁴ De fato e por razões óbvias, parece injusto que a norma utilizada para resolver um caso concreto seja criada apenas no momento da decisão judicial e lhe seja aplicada retroativamente; mas, por outro lado, não parece menos injusto que se considere, como Dworkin parece fazer, que a norma em questão, embora não integrasse explicitamente o ordenamento jurídico, já existia nele de forma implícita; a perplexidade que essa segunda concepção causa decorre do fato de que, também nesse caso, a norma terá sido – em certo grau ou sentido – exigida de forma retroativa e surpreendente, já que, antes da decisão, o significado da norma não havia sido claro para as partes (e para os Cidadãos em geral), tanto que a solução do caso aqui imaginado dependeu de uma decisão interpretativa, possivelmente complexa e, pior, talvez permanentemente disputável e intensamente controvertida. Chega-se aqui, talvez, a um *impasse aporético*, já que a razoabilidade nos faz repugnar tanto a noção de que a norma *já existia* implicitamente antes da decisão, quanto a de que ela *não existia*, tendo sido criada ineditamente por essa mesma decisão. Ora, a rejeição de duas proposições contraditórias fere a lógica clássica, pois, segundo o princípio do terceiro excluído, de duas proposições contraditórias uma é necessariamente verdadeira e a outra, necessariamente falsa. Essas reflexões e discussões serão retomadas mais adiante, quando do exame crítico das principais teses cético-voluntaristas quanto à interpretação jurídica.

¹⁰⁵ “A doutrina da discricionariedade judicial defendida pelos positivistas [...] ou é trivial, se a expressão ‘discricionariedade’ for entendida em sentido fraco, ou, entendida no sentido forte da expressão, é infundada” (RAMÍREZ, Pablo Bonorino. “El derecho como interpretación. La teoría dworkiniana del derecho”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, v. 1, p. 295, tradução livre).

ou se ao contrário elas devem ser avaliadas segundo outros critérios. Para Dworkin, essa questão é não só instigante como parece inclusive indecível, pois nenhuma resposta a ela nos soa bem, não sendo nem intelectualmente convincente, nem valorativamente satisfatória: repugnamos tanto a noção de que, para cada objeto interpretado, há só uma interpretação correta (*dogmatismo*), quanto a noção de que as várias interpretações não são corretas nem incorretas, mas apenas diferentes e “igualmente válidas” (*relativismo*)¹⁰⁶.

Aliás, quanto ao tema da interpretação, Dworkin não se limitou a criticar o positivismo jurídico, voltando seu escrutínio crítico também contra o realismo e o pragmatismo jurídicos, enxergando, a propósito, uma dualidade extremada entre o *convencionalismo* positivista e o *instrumentalismo* pragmatista: enquanto o positivismo sugere que o Juiz deve olhar *somente para trás* (por considerar que o Direito é resultado consumado de práticas sociais pretéritas), o pragmatismo sugere que o Juiz deve olhar *somente para frente* (por considerar que o Direito é mero instrumento para um futuro melhor jamais inteiramente consumado)¹⁰⁷. Segundo Dworkin, apesar dessa oposição divergente e especular, ambas as teses cometem o mesmo erro de conceder desamarrada discricionariedade à interpretação judicial, razão pela qual no modelo teórico-jurídico dworkiniano, as práticas jurídicas atuais devem dialogar com o passado e com o futuro, simultânea e dialeticamente.

Também aqui, quanto à interpretação, Dworkin distingue duas espécies interpretativas fundamentais: **a)** de um lado, a interpretação *conversacional*, que: *i)* é adequada a contextos comunicacionais nos quais a mensagem (uma fala, uma carta *etc.*) só vale na medida em que efetivamente veicule as informações que o orador pretende transmitir ao seu ouvinte; *ii)* tem, por isso, como critério determinante de aferição de sentido a *intenção do orador*; e *iii)* é relativamente *passiva*, *perceptiva* e *empírica*, já que a intenção do orador encerra uma *questão de fato* (ainda que se trate de um fato psíquico); e **b)** de outro lado, a interpretação *construtiva* (ou *criativa*), que: *i)* é adequada a contextos não-comunicacionais nos quais o objeto criado

¹⁰⁶ “É verdade que, em alguns contextos, seria não somente incomum, como também estranho, que um intérprete reivindicasse para si a exclusividade da verdade. [...] [Mas] [e]m certas circunstâncias, o ceticismo pareceria não somente estranho como também escandaloso. Imagine um juiz que envia um réu penal para a prisão, ou talvez para o corredor da morte, ou que obriga um réu cível a pagar uma imensa indenização, mas admite no meio da sentença que outras interpretações das leis, que exigiriam decisões contrárias, são tão válidas quanto a sua” (DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor, pp. 190-191).

¹⁰⁷ “Resumindo a tese: a integridade nega que as manifestações do Direito sejam meros relatos factuais voltados para o passado, como quer o convencionalismo; ou programas instrumentais voltados para o futuro, como pretende o pragmatismo. Para o Direito como integridade, as afirmações jurídicas são, ao mesmo tempo, posições interpretativas voltadas tanto para o passado quanto para o futuro” (PEDRON, Flávio Quinaud; OMATTI, José Emílio Medauar. *Teoria do Direito Contemporânea*: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom, p. 98).

(uma lei, uma peça de teatro *etc.*) desprende-se de seu criador e de suas motivações criativas, para se submeter a um processo contínuo de interpretação no qual os seus diversos intérpretes tentarão, a cada vez, atribuir-lhe o melhor sentido que ele possa ter à luz dos fins a que seu gênero se inclina, o que ocorre sobretudo nos domínios da Arte e da Política (sendo que, em Dworkin, o Direito integra o domínio da Política); *ii*) tem, por isso, como critério determinante o *melhor sentido* que se pode atribuir à coisa interpretada; e *iii*) é marcadamente *ativa*, *argumentativa* e *valorativa*, já que esse melhor sentido encerra uma *questão de valor* (ainda que de um valor controvertido)¹⁰⁸.

Feita essa distinção tipológica, Dworkin não hesita em inserir a interpretação jurídica no tipo da *interpretação construtiva*, que é por ele assim definida (com notória e reconhecida influência da hermenêutica de Hans-Georg Gadamer): o processo de *atribuição de propósito* a um objeto ou prática (propósito que constitui o seu *point*), de modo a torná-lo o melhor exemplar possível do gênero ao qual se supõe que ele pertence¹⁰⁹. Assim, a interpretação criativa mostraria o objeto interpretado “sob a sua melhor luz” (*in its best light*), conforme expressão reiteradamente utilizada por Dworkin.

A propósito, para Dworkin, o Direito é – ele mesmo e como um todo – uma *prática interpretativa* (e não um mero conjunto de regras, como pretendem os positivistas), envolvendo uma trama intrincada e sutil de autoridade, legitimação e argumentação. Então, embora aceite, com os positivistas, que o Direito é uma prática normativa, Dworkin recusa a proposta positivista de que essa prática normativa seja qualificada de *convencionalista*: em seu lugar, propõe que o Direito seja uma prática normativa, sim, mas *interpretativa*. A prática jurídica, nesse contexto, assume a condição *interna e reflexiva* de interpretar continuamente a sua própria finalidade (*point*), para que em função desta os materiais jurídicos (princípios, regras, precedentes, costumes *etc.*) sejam sempre interpretados e ajustados: só assim eles poderão ser vistos à sua melhor luz e só assim poderão cumprir os propósitos que definem o gênero a que pertencem (no caso, o Direito, justamente).

¹⁰⁸ “A [interpretação] conversacional é intencional. Atribui significado a partir dos supostos motivos, intenções e preocupações do orador, e apresenta suas conclusões como afirmações sobre a interpretação deste ao dizer o que disse. [...] A interpretação artística, por sua vez, tem por finalidade justificar um ponto de vista acerca do significado, tema ou propósito de determinada obra artística: um poema, uma peça ou uma pintura, *etc.*, apresentando-se como uma interpretação construtiva, preocupada essencialmente com o propósito, não com a causa. Assim, do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto” (LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em “O Império do Direito”, *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, p. 39).

¹⁰⁹ No original em inglês: “*imposing purpose on an object or practice in order to make it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong*” (DWORKIN, Ronald. *Law’s empire*, p. 52).

Segundo Dworkin, a interpretação se daria em três etapas¹¹⁰: **a)** a *pré-interpretativa*, na qual são identificados e reconhecidos os padrões ou paradigmas da prática em questão; embora essa etapa já seja integrada por algum grau de interpretação, é natural que haja grande coeficiente de consenso social quanto à identificação de padrões ou paradigmas de uma determinada prática (no âmbito jurídico, por exemplo, trata-se de identificar as regras e princípios aceitos preteritamente, dialogando com o passado institucional daquela comunidade jurídica); **b)** a *interpretativa* propriamente dita, na qual o intérprete, argumentativamente, estabelece uma justificativa geral para os exemplares da prática colhidos na etapa anterior¹¹¹, justificativa essa que deverá adequar-se (*fit*) não necessariamente a todos os elementos da prática, mas no mínimo a um bom número deles, sob pena de não se estar mais propriamente interpretando a prática, mas substituindo-a por outra de sua própria criação (no âmbito jurídico, trata-se de, por exemplo, encontrar razões que justifiquem moral e politicamente os materiais jurídicos levantados na etapa anterior); e, finalmente, **c)** a *pós-interpretativa*, na qual o intérprete ajusta a sua compreensão daquilo que a prática efetivamente exige para cumprir otimamente a justificativa encontrada na etapa interpretativa¹¹².

Naturalmente, Dworkin não aceita que a interpretação seja feita de forma subjetivista, idiossincrática e fortemente discricionária pelo intérprete, pois exige – valendo-se do conceito wittgensteiniano de *formas de vida (lebensform)* – que a interpretação ocorra tendo em vista a intencionalidade *da prática coletiva enquanto tal*, isto é, observadas as formas de vida da comunidade na qual a prática interpretada adquire sentido, e não o sentido individualmente ansiado ou projetado pelo intérprete. Em outras palavras, a interpretação construtiva, segundo

¹¹⁰ As três fases da interpretação construtiva estão muito bem explicadas e detalhadas em MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*, pp. 228-234. Na síntese de Dworkin: “Os juízos interpretativos das pessoas seriam mais uma questão de ‘ver’ de imediato as dimensões de sua prática, um propósito ou objetivo nessa prática, e a consequência pós-interpretativa desse propósito” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, pp. 82-83).

¹¹¹ Na fase pré-interpretativa, a coleta e a descrição das práticas a serem interpretadas fornecerão uma *base inferencial* para que, na fase interpretativa, possa ser estabelecido qual é o propósito (o *point*) daquelas mesmas práticas. Nesse sentido: “[...] a cortesia possui um *point*, uma intencionalidade. Essa intencionalidade é essencial para a sua correta conceptualização. A mera observação das regras convencionais de cortesia constitui-se em expediente descritivo útil e importante, porém insuficiente para a adequação compreensão do que é cortesia. Isso é tanto mais verdade quanto mais controvertido for o caso” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*, p. 220).

¹¹² Em seus próprios termos: “Analiticamente, portanto, pode-se entender que a interpretação envolve três estágios. Primeiro, interpretamos as práticas sociais quando individualizamos essas práticas: quando nos supomos envolvidos na interpretação jurídica, e não na interpretação literária, por exemplo. Interpretamos, em segundo lugar, quando atribuímos um conjunto de objetivos ao gênero ou subgênero que identificamos como pertinente; e interpretamos, em terceiro lugar, quando tentamos identificar a melhor realização desse conjunto de objetivos numa ocasião particular” (DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*, pp. 199-120).

Dworkin, não é subjetivista ou discricionária justamente porque a história da prática social interpretada exerce uma coerção que limita as possibilidades interpretativas¹¹³.

Para reforçar essa sua compreensão não-discricionária da interpretação jurisdicional, Dworkin recorre a um argumento de natureza *fenomenológica*: os Juízes, mesmo nos casos difíceis, não se comportam como se estivessem criando normas gerais e abstratas antes inexistentes no sistema jurídico, não dizem que o estão fazendo, nem fundamentam suas decisões como se o estivessem fazendo¹¹⁴. Naturalmente, a força de argumentos fenomenológicos como esse pode ser questionada, pois é possível se lhe opor a objeção singela de que existe uma distinção muito clara entre o que alguém pensa ou quer fazer, de um lado, e aquilo que ela de fato faz, de outro¹¹⁵. Seja como for, o argumento de Dworkin tem pelo menos a força de demonstrar que, se fosse mesmo verdadeira a tese da discricionariedade, então a fundamentação das decisões judiciais que em tese “criam normas” não justificaria a sua criação, tanto que declara que a norma “criada” já existiria, ainda que implicitamente, no ordenamento jurídico positivo.

Finalizando esta breve exposição sobre as teses defendidas por Dworkin a respeito da interpretação jurídica, resta por analisar a tese – surpreendente e até contraintuitiva, por seu caráter proposicionalmente ambicioso – de que para todo e qualquer caso jurídico-interpretativo sempre há uma e apenas uma resposta correta, tese que está em rota de frontal colisão com a tese positivista das possibilidades interpretativas juridicamente equivalentes, sustentada tanto por Kelsen (*moldura*), quanto por Hart (*zona de penumbra*), a já mencionada tese da

¹¹³ “A história ou a forma de uma prática social ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 64). Naturalmente, é possível objetar que esta limitação pelo constrangimento histórico de uma prática social não é tal que reste apenas uma só possibilidade interpretativa. Essa objeção evidenciaria que, ao menos nessa parte, Dworkin pretendeu defender uma tese forte (formulável assim: “*A interpretação construtiva não é discricionária.*”) mediante um argumento muito fraco (formulável assim: “*A história da prática social diminui as possibilidades interpretativas, exercendo algum constrangimento ao intérprete.*”). Contudo, essa questão será melhor detalhada a seguir, ao fim desta seção, dedicado que será à instigante tese dworkiniana da única resposta correta.

¹¹⁴ “Segundo DWORKIN, os juízes não parecem se comportar como os positivistas e os realistas apontam que é preciso. Em outras palavras, eles nunca agem como se exercessem poderes legislativos, mas sempre assumem que existem normas legais que resolvem a questão que lhes é submetida. Assim, em nenhum dos casos que examinamos no início do último capítulo os juízes se pronunciaram: 'Estou agora na zona de penumbra da regra e, portanto, estou livre para legislar como bem entender'. Ao contrário, eles se comportaram como se uma das partes tivesse o direito legal de ganhar, e seu dever [dos Juízes] era descobrir se a titularidade desse direito correspondia ao autor ou ao réu” (SHAPIRO, Scott Jonathan. *Legalidad*, p. 321, tradução livre).

¹¹⁵ Todavia, na seção dedicada à aplicação dos testes fenomenológicos (seção 4.2), demonstrarei que argumentos de natureza fenomenológica têm, sim, força quando se trata de práticas sociais convencionais, pois essas constituem um objeto teórico que, ao contrário do objeto das ciências naturais, é em grande medida – senão exclusivamente – determinado pelas compreensões e concepções compartilhadas pelos seus participantes.

discricionariedade, de resto também endossada, embora por outras razões, pelo pragmatismo jurídico.

Segundo Dworkin, *haver* uma resposta correta é uma questão distinta da questão alusiva à sua *cognoscibilidade*; por isso, o fato de eventualmente não sabermos ou mesmo não podermos saber qual é a resposta correta *não implica*, em absoluto, que essa não exista. Afirmar o contrário, consistiria em confundir *indeterminação* com *inexistência*¹¹⁶, incorrendo-se no erro lógico do tipo *non sequitur*.

Antes, porém, de dizer o que a tese da única resposta correta *é*, convém esclarecer o que ela *não é*: ela não é a única interpretação possível, nem é tal que se possa chegar a ela de forma meramente lógica, com base no emprego de raciocínios dedutivos e dos cânones hermenêuticos clássicos, como queria o formalismo jurídico¹¹⁷: esse seria um sentido teoricamente vulgar que não foi defendido por Dworkin; sua tese é mais engenhosa e sofisticada do que isso.

Para diminuir a perplexidade causada pela tese da única resposta correta, Dworkin faz, dentre outras, as seguintes críticas à tese da discricionariedade, sua principal rival¹¹⁸: **a)** ela está assentada no fato trivial de que, em certos casos, não existem *regras* que apontem para uma única solução, mas isso só por desconsiderar, solenemente, o fato de que existem *princípios* capazes de apontar para ela; **b)** se a tese fosse correta, uma grande parte dos debates jurídicos não teria sentido algum ou no mínimo seria de todo irrelevante, pois *seria impossível que os Juízes errassem* e, no entanto, todos estamos prontamente dispostos a aceitar frases como “*Essa decisão é equivocada.*”, “*Trata-se de um erro judiciário.*” etc.; **c)** além disso, se a tese fosse correta, seríamos incapazes de prever os resultados dos casos difíceis, sendo que, em verdade e em geral, *somos capazes de prevê-los*, pelo menos com alguma boa dose de precisão; e **d)** a

¹¹⁶ “Uma coisa é afirmarmos que não existe uma resposta certa para uma questão. Outra coisa, distinta, é afirmarmos que não temos certeza sobre qual é a resposta certa. Assim, por exemplo, podemos não ter *certeza* se o *Big Bang* ocorreu há mais de oito bilhões de anos. Contudo, ainda que seja pouco provável que venhamos a ter certeza sobre tal fato, não duvidamos da existência de uma resposta certa para essa questão” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea, p. 220).

¹¹⁷ “Ao afirmar que os juízes nunca exercem forte discricionariedade, DWORKIN estava claramente se alinhando com a posição formalista sobre a natureza determinada do direito. A tomada de decisão judicial, ambos concordam, é completamente dominada pelo raciocínio jurídico. Além disso, ambos aceitam uma concepção restritiva do trabalho judicial. Do ponto de vista jurídico, os juízes nunca podem modificar a lei, mas sempre têm a obrigação de aplicá-la nos casos que surgem. No entanto, é claro que DWORKIN não aceitou todos os elementos do formalismo clássico. Por exemplo, ele rejeitou o conceitualismo. Em seu modelo, não há um conjunto de princípios gerais que possam ser usados para resolver casos por meio de análise conceitual e lógica dedutiva” (SHAPIRO, Scott Jonathan. *Legalidad*, p. 325, tradução livre).

¹¹⁸ As críticas que listarei a seguir foram colhidas de MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*: dos gregos ao pós-modernismo, pp. 506-507, que, por sua vez, embasou-se em DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, 1977.

discrecionariade entendida aos moldes positivistas violaria o *princípio democrático*, já que alguns produtores do Direito seriam não eleitos e dotados de vitaliciedade, e também o *princípio da irretroatividade*, já que os Juízes solucionariam um caso em detrimento da parte sucumbente com base em “normas” que não existiam à época dos fatos discutidos na demanda.

No modelo dworkiniano, a tese da única resposta correta está embasada na *tese dos direitos*¹¹⁹ ou é inclusive por ela exigida: já que o liberalismo igualitário de Dworkin entende que os direitos são como trunfos individuais que não dependem do beneplácito jurídico-estatal para existir (pois os direitos são pré-legais e inegociáveis), então não seria lógico que a sua teoria jurídica admitisse que o Juiz pudesse, discrecionariamente, decidir de forma contrária a esses trunfos intransigíveis, mesmo que a pretexto de interpretar materiais jurídicos “indeterminados”. Ao adotar a tese dos direitos como critério de verdade para a discussão a respeito da existência de nenhuma, de só uma ou de várias teses corretas, Dworkin, de um só golpe, opõe-se tanto ao *niilismo normativo* (para o qual a indeterminação implica inexistência de norma), quanto ao *pluralismo normativo* (para o qual a indeterminação implica uma pluralidade de interpretações igualmente possíveis).

Para Dworkin, negar que exista qualquer resposta correta e afirmar que haja muitas respostas corretas seria, no fundo e na prática, a mesma coisa ou, pelo menos, duas coisas igualmente incompatíveis com a tese dos direitos: **a)** se nenhuma resposta é correta, então não seria correto afirmar que um direito é realmente um trunfo inegociável e que deve prevalecer; e **b)** se várias respostas são corretas, isso torna possível duas coisas indesejáveis: que *i)* um direito possa ser afirmado ou negado pela decisão judicial, tornando incerto aquilo que, por sua natureza, deveria prevalecer em qualquer caso, já que “direitos incertos” são nada mais que “não-direitos”; e que *ii)* uma das interpretações possíveis seja aplicada retroativamente a um caso surgido num tempo em que “a norma” não existia ou ao menos era incerta (pois supostamente careceria de determinação interpretativo-judicial). Isso tudo reforçaria a intuição fundamental de que o Direito é um tipo de prática na qual existe uma resposta correta para cada questão, mesmo que não a conheçamos e mesmo que seja muito difícil conhecê-la.

Além de ser uma exigência da tese dos direitos, a tese da única resposta correta é também decorrência da noção dworkiniana de que o Juiz deve decidir com base no imperativo

¹¹⁹ A tese dos direitos é aquela segundo a qual a existência dos direitos dos Cidadãos não precisa ser estabelecida por regras jurídicas explícitas. A partir daqui, boa parte da exposição se baseará nas lições de André Coelho, professor da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, divulgadas em seu canal do *YouTube*, sobretudo na aula especificamente dedicada à tese dworkiniana da única resposta correta, disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RdyYb4M-Eh4&t=1606s>>.

da *integridade*, conceito que, por sua vez, supõe que o Direito seja visto como um *sistema coerente* de justiça e igualdade: ora, se o sistema jurídico-normativo é – ou deve ser interpretado como se fosse – dotado de *consistência*, então a falta de regras explícitas que imponham um determinado resultado não é fator bastante para que se conclua, como fazem os positivistas, que qualquer resultado possa ser estabelecido, de forma fortemente discricionária, pelo Juiz. Para Dworkin, dito de outro modo, o fato de um caso ser “difícil” não o torna “impossível”: se é eventualmente difícil ao Juiz encontrar a resposta correta para certos casos, isso não prova que tais casos não têm (uma e só uma) solução e que, por isso, poderiam ser resolvidos de qualquer jeito. Aliás, é justamente o contrário: se são difíceis é porque, por definição, não são impossíveis; e, se não são impossíveis, é porque têm uma solução correta, a ser – mesmo que arduamente – identificada, sempre a partir da consideração interpretativa e integral do Direito.

Dworkin defendeu a tese da única resposta correta em duas formas distintas, ao longo de sua carreira: **a)** num primeiro momento, defendeu-a em sua versão *forte* ou *objetiva*, cujo conteúdo proposicional era *marcadamente ontológico*: para todo e qualquer caso, por mais difícil e controverso que seja, *existe verdadeiramente* uma só resposta correta, a cuja aplicação o Juiz está obrigado; mas **b)** após as muitas críticas que a tese forte recebeu¹²⁰, Dworkin passou a defender uma sua versão *fraca* ou *subjetiva*, cujo conteúdo proposicional passou a ser *deflacionadamente metodológico*: em todo e qualquer caso, por mais difícil e controverso que seja, o Juiz *deve supor que exista* uma só resposta correta¹²¹. Nesse caso, a “única resposta correta” não seria mais do que uma *ficção útil* ou um *recurso imaginário de cautela e correção*: assim como, ao se manejar um revólver, convém que se suponha que ele está armado, pois supor o contrário seria muito arriscado, também é melhor que os Juízes, ao manejar o seu poder

¹²⁰ Dentre as várias críticas, figuraram as seguintes: **a)** a tese não tem *prova positiva* em seu favor, mas no máximo, se tanto, uma *prova negativa*, consistente na alegação dworkiniana de que as teses rivais são incompatíveis com a tese dos direitos; **b)** por isso mesmo, inclusive, a tese é *meramente prescritiva*, e não descritiva, pois nada impede que, no campo dos fatos, a aplicação do Direito seja feita de forma a descumprir as exigências e ideais dworkinianos de que os direitos sejam respeitados como trunfos inegociáveis do indivíduo e que o sistema jurídico seja íntegro e coerente; se Dworkin acusava os seus rivais teóricos de confundirem *indeterminação* com *inexistência*, aqui ele é que estaria a confundir *correção* (dever-ser) com *existência* (ser), como se só existisse o que fosse bom, desejável *etc.*; e **c)** considerando que a resposta correta é não só *desconhecida* (em âmbito *cognitivo*), como também objeto de intensos *desacordos práticos* (em âmbito *volitivo*), a insistência dworkiniana de que ela existe talvez não passe de um desejo otimista. Em suma, os críticos da tese enfatizaram que, com ela, Dworkin não apresentou qualquer prova descritiva de que de fato há sempre uma resposta correta para cada caso, limitando-se, isso sim, a apenas dizer que seria melhor que houvesse, caso se queira dar cumprimento às promessas da tese dos direitos e da integridade coerente do Direito.

¹²¹ Na versão forte, a única resposta correta é um *dado factual* que *existe*; na versão fraca, limita-se a um *expediente metodológico* que *deve ser presumido*, ou seja, a algo no que “é melhor que acreditemos”, para usar aqui o título de um artigo conhecido seu, intitulado “*Objectivity and truth: you’d better believe it*”.

decisório-adjudicatório, esforcem-se por encontrar uma resposta que não foi inventada por eles e que é a melhor solução para o caso segundo o Direito integralmente considerado, pois a suposição contrária (a de que não há resposta alguma ou a de que há várias, indiferentemente equivalentes) é também muito perigosa¹²².

Porém, mesmo a versão fraca sofreu críticas, como as seguintes: **a)** assim reformulada, a tese já não diz respeito a um problema *descritivo* (“*Há ou não uma resposta correta para todo e qualquer caso?*”), mas sim a um problema *prescritivo* (“*Devem ou não os Juízes supor que há uma resposta correta para todo e qualquer caso?*”), de modo que já não se está mais falando da mesma coisa; e **b)** do ponto de vista prático, a reformulação não é menos problemática, pois a tese fraca não garante a observância da tese dos direitos, já que ela é compatível com o desacordo entre os Juízes quanto à existência ou não desses mesmos direitos.

Em arremate e para o que interessa ao presente trabalho, eis a compreensão de Dworkin a respeito dos temas aqui discutidos: **a)** a *gênese normativa* não se dá com a interpretação judicial dos materiais jurídicos, nem mesmo nos chamados “casos difíceis”: esta, no máximo e quando muito, explicita as normas que, antes, eventualmente estavam apenas implícitas no sistema; **b)** a *interpretação jurídica* é construtiva, não no sentido de que com ela o Juiz cria as normas que aplica, mas no de que ela promove a aferição argumentativa dos propósitos do Direito e mostra os princípios e as regras de tal modo que sejam os melhores exemplares em vista desses mesmos propósitos.

Assim, Dworkin recusa o movimento positivista em direção à discricionariedade judicial, não exatamente retornando ao formalismo legalista (já que este tinha na interpretação um processo mecânico de extração de sentidos normativos), mas acolhendo e aproveitando melhor a concepção de que o Direito não é – nem pode ser – determinado judicialmente, já que a interpretação judicial tem – e deve ter – a finalidade de evidenciar as respostas *que já são* corretas para os casos que os Juízes têm de solucionar, mesmo quando isso seja “difícil”.

¹²² Essa metáfora que sugeri é bastante pertinente às reflexões aqui empreendidas, podendo inclusive ser objeto de reflexões mais demoradas, como a seguinte: não é só nos casos de *dúvida* que a ficção útil e cautelosa é recomendável, mas também nos casos em que já nos certificamos uma ou duas vezes de que o revólver não está armado. Mesmo nesses casos em que já temos uma forte impressão de que ele está desarmado, convém estar no “benefício da dúvida” de novo e de novo, pois o dano decorrente da suposição contrária é tão intenso e esta suposição contrária é tão destituída de qualquer vantagem, que é mais prudente e racional adotar protocolos excessivamente cautelosos do que fiar-se precocemente em checagens tímidas e displicentes. Então, é sempre melhor adotar a ficção útil de que o revólver está carregado e prestes a matar, inclusive nos casos em que supomos ter excelentes razões para justificar a afirmação de que ele não está.

Então o trajeto percorrido até aqui foi o seguinte: de uma compreensão inicialmente formalista e legalista, *avançou-se* para a compreensão parcialmente discricionarista do positivismo reformado de Kelsen e Hart (com a discricionariedade ainda restrita aos “casos difíceis”, pelo menos antes da virada final de Kelsen ao voluntarismo cético); agora, com Dworkin, fez-se um movimento de *recuo*, isto é, de retorno a uma compreensão de maior determinação do Direito antes da interpretação judicial. No próximo capítulo, esse itinerário sofrerá um novo *solavanco*, com o acirramento da tese da indeterminação promovido pelas teses cético-voluntaristas do jusrealismo.

2 O JUSREALISMO E SUAS PRINCIPAIS TESES: O CETICISMO EPISTÊMICO-NORMATIVO E O VOLUNTARISMO INTERPRETATIVO-DECISÓRIO

“Hamlet – *Está vendo aquela nuvem com jeito de camelo?*”

Polônio – *Pela santa missa! Parece mesmo um camelo!*

Hamlet – *Pois a mim parece uma doninha.*

Polônio – *Por trás é como uma doninha.*

Hamlet – *Ou como uma baleia?*

Polônio – *Exatamente como uma baleia.”*

(William Shakespeare, em *Hamlet*, Ato III, Cena II)

Na tradição filosófica geral, o termo “realismo” é empregado para nomear correntes que afirmam teses como a da realidade das essências ou formas (*realismo dos universais*, em oposição ao *nominalismo*), ou da realidade das coisas como exteriores e independentes da mente que as percebe (*realismo ontoepistemológico*, em oposição a algumas formas de *idealismo*). O termo também é empregado para nomear, já no âmbito artístico, a vertente estética que, opondo-se ao caráter fundamentalmente idealista do Romantismo, propunha-se a descrever a realidade tal como ela é, muitas vezes a modo de crítica e contestação. Como denominador comum remoto entre todos esses diversos usos do termo, tem-se como eixo temático o termo latino *res*, que, traduzindo-se por “coisa”, faz alusão ao que é concreto, positivo, empírico, em oposição ao que é abstrato, conceitual, ideal.

Esse mesmo recorte ao domínio do *perceptível* – quer se trate de um recorte apenas metodológico, quer seja inclusive ontológico – também inspirou diversas correntes da Filosofia e da Teoria do Direito desde o ocaso do século XIX. Para elas, era preciso pensar o Direito sem qualquer abordagem metafísica, idealista, ou de qualquer outra natureza que exorbitasse os estritos limites daquilo que o Direito, em tese, “realmente é”. Para estas escolas, o Direito deve ser pensado a partir de suas *realidades verificáveis*, de suas *positividades sensíveis*, isto é, daquilo que nele possa ser *simplesmente percebido e descrito tal como é*. Essa é o pano de fundo comum do juspositivismo e do jusrealismo, escolas que, do ponto de vista metodológico,

discernem-se mal uma da outra¹²³, apesar das muitas diferenças que mantêm entre si relativamente a outros aspectos (ontológicos, teleológicos *etc.*).

Naturalmente e como era de esperar, aquilo que, especificamente, é considerado por cada escola justeórica como sendo *a realidade mesma do Direito* – ou seja, aquilo que pode e deve ser *descrito* pela teoria – pode variar enormemente: ora se trata de enunciados normativos escritos (Direito enquanto *realidade político-linguística*), ora de práticas sociais convergentes (enquanto *realidade social*), ora de decisões jurisdicionais mais ou menos previsíveis (enquanto *realidade judicial*), ora de padrões psicológicos de comportamento (enquanto *realidade psicológica*) e assim por diante. Em todos esses casos, porém, o Direito é considerado como algo que *já é* de determinada forma, isto é, como algo *já dado*, à espera de sua *descrição empírica*, ainda que ele – como, aliás, todo e qualquer objeto descritível – ofereça múltiplas possibilidades de análise, em termos de modo e de grau¹²⁴.

Em suma, todos os realismos jurídicos, independentemente das várias diferenças específicas que possam apresentar entre si, são empreendimentos teóricos que pretendem conhecer o Direito como *fato* (ou seja, nem como *valor*, como querem os jusnaturalistas, nem como *norma*, como querem os positivistas) e, portanto, como uma *realidade empírica* perceptível pelos *sentidos físicos*¹²⁵.

O mesmo se dá com a interpretação: o jusrealismo não responde nem se propõe a responder à questão de como a interpretação jurídica *deve ser* feita, pois está exclusivamente preocupado em apurar como ela *é* feita, ou como ela *provavelmente será* feita à luz de como

¹²³ Do ponto de vista ontológico, o realismo jurídico acusa o positivismo de ainda ser integrado por alguma dose de abstracionismo metafísico ou conceptualista, por seu normativismo (isto é, por definir o Direito como um conjunto de *normas*, entendidas como algo não redutível à pura fisicalidade). Assim, o realismo jurídico se revela como sendo uma *radicalização* do positivismo jurídico, por levar às últimas consequências a sua premissa metodológica de que só tem valor científico aquilo que pode ser empiricamente descrito.

¹²⁴ “Todas estas formas de ‘realismo’ (ou de ‘Positivismo’) compartilham uma atitude epistemológica comum: concebem-se como atividades de descrição de um direito que está objetivado – em textos, em instituições sociais, em comportamentos, em estruturas linguísticas ou discursivas – e que, por isso pode ser descrito como um objeto empírico, embora, como todos os objetos empíricos, comporte vários níveis de análise” (HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*, p. 158). A respeito da multiplicidade de níveis de análise, o autor exemplifica: “Uma romã pode ser pesada, saboreada, analisada quimicamente; estudada do ponto de vista da sua estrutura molecular; dos seus usos metafóricos ou artísticos; das evocações ou mesmo emoções que suscita nas pessoas” (HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*, p. 158).

¹²⁵ “Com a expressão ‘realismo jurídico europeu continental’ se faz referência a algumas correntes do pensamento jurídico europeu do século XX que pretendem conhecer o direito não como valor (jusnaturalismo), nem como norma (positivismo jurídico), mas sim como fato; isto é, como realidade empírica situada no mundo natural e percebida pelos sentidos” (BARBERIS, Mauro. “El realismo jurídico europeo-continental”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, v. 1, p. 227, tradução livre).

ela *tem sido* feita. E pode parecer, pelo menos à primeira vista, que esse *absenteísmo prescritivo* do jusrealismo é uma vantagem sua, por supostamente fazer dele uma teoria mais isenta e imparcial, mais objetiva e circunscrita aos fatos. Porém, pelo menos no que diz respeito à teoria da interpretação, uma abordagem exclusivamente descritiva *é inútil para os fins de uma teoria propriamente jurídica*, não importando o quanto seja útil para os fins de outras ciências, como a Sociologia, a Antropologia, a História *etc.*¹²⁶.

Aliás, todas as formas de jusrealismo acabam por *evitar* (ou por considerar *insolúvel*) o problema da interpretação ou, mais precisamente, o problema das ambiguidades e indeterminações relativas da linguagem natural, isto é, do uso comum da linguagem. Isso faz com que ele contraste sobremodo com as escolas filosóficas responsáveis pela “guinada linguística” (Escola de Cambridge, Círculo de Viena e Escola de Oxford, basicamente), que tinham o projeto de resolver esse problema, ao menos em parte e cada uma a seu modo: **a)** as duas primeiras (Cambridge e Viena), por se ocuparem mais da *ciência* e, consequentemente, do uso *técnico* da linguagem, apostava num *distanciamento* tal da linguagem natural, que a substituísse pela então nascente “lógica simbólica”, uma linguagem artificial destituída de ambiguidades; e **b)** a última (Oxford), por se ocupar mais das *práticas sociais* e, consequentemente, do uso *social* da linguagem natural, apostava numa *aproximação* tal da linguagem natural, que pudesse descrevê-la de modo aprofundado de modo a fazer emergir os sentidos ocultos e implícitos, tornando-os claros e explícitos¹²⁷.

De sua parte, como visto, o jusrealismo, após detectar o mesmo problema na linguagem natural (ambiguidades, vagezas, indeterminações *etc.*), não propõe solução alguma e inclusive o tem na conta de insolúvel, dando o caso por encerrado e justificando, assim, a sua limitação a meramente descrever as interpretações que são, ou tem sido, ou provavelmente serão feitas dos textos normativos. Para o jusrealismo, portanto, o problema da indeterminação da linguagem seria não apenas maior do que parece realmente ser, como seria também um dado ineliminável, de modo que qualquer tentativa de o resolver ou ao menos minorá-lo (seja pela via da linguagem artificial, seja pela da inspeção dos usos convencionais) seria inteiramente vã.

Por tudo isso e por seu forte empiricismo, o realismo jusfilosófico de um modo mais ou menos geral – mas sobretudo a sua vertente norte-americana – dá grande protagonismo

¹²⁶ Mais adiante, este argumento será mais bem desenvolvido, por consistir num dos testes que serão aplicados à tese jusrealista cético-voluntarista (*vide* tópico 4.1.2, item *a*).

¹²⁷ Conforme exposto por André Coelho em sua aula intitulada “*Hart e a Filosofia da Linguagem Comum*”, disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=rw-zPPz7gYY&t=3485s>>.

nomopoiético aos Juízes, centrando o critério decisivo de aferição normativa nos produtos da atividade jurisdicional, o que demonstra a capital importância da análise deste movimento para os fins do presente trabalho. E isso é assim não apenas nos desenvolvimentos mais recentes do pensamento jurídico-realista, bastando ver para isso que Oliver Wendell Holmes Jr., já em 1897, dizia que aquilo que entendia por Direito consistia nas “profecias do que os tribunais farão de fato” e nada mais¹²⁸.

Assim como nas exposições feitas acima quanto ao formalismo legalista, ao positivismo reformado e à proposta de Dworkin, também aqui, quanto ao realismo jurídico em suas várias escolas, serão enfatizados os temas da nomogênese e da interpretação jurídica, embora com alguma contextualização histórica mínima e com um mapeamento teórico breve e panorâmico. Na exposição abaixo, as várias vertentes realistas serão agrupadas em dois grandes campos: o realismo europeu continental e o realismo norte-americano.

2.1 O JUSREALISMO EUROPEU CONTINENTAL: “*A norma não é objeto da interpretação, mas o seu resultado, pois texto não é norma*”

Na Europa, o realismo jurídico consistiu, desde os primeiros anos do século XX, em uma contundente crítica à teoria jurídica tradicional e também à ética, ambas consideradas pelos realistas como sendo os últimos redutos teórico-filosóficos da metafísica. Esse influxo teórico-filosófico profundamente antimetafísico¹²⁹ inspirou três escolas principais no solo continental: o realismo escandinavo, o realismo italiano e o realismo francês, respectivamente associados às Universidades onde nasceram e se desenvolveram (Uppsala, Gênova e Nanterre).

O realismo escandinavo foi fundado pelo filósofo moral sueco Axel Hägerström (1868-1939) e continuado por discípulos diretos seus (como Anders Wilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona, Alf Ross) e outros estudiosos (como Ingemar Hedenius e Theodor Geiger). O realismo jurídico fiscalista de Hägerström já estava prenunciado em sua concepção ontológica (*Tese sobre a realidade*) segundo a qual só existiriam *atos naturais*, já que os *valores* não

¹²⁸ No original: “*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*” (HOLMES JR., Oliver Wendell. “The path of the law”, *Harvard Law Review*, t. 10, p. 460).

¹²⁹ Parafraseando Catão, Axel Hägerström estabeleceu o seguinte “lema” realista: “*Praeterea censeo metaphysicam esse delendam*” (“Além disso, penso que a metafísica deve ser destruída”). Segundo o autor, esse lema “não é simplesmente uma avaliação desfavorável da metafísica. É uma declaração de opinião que devemos destruir a metafísica, se quisermos atravessar a névoa das palavras surgidas de sentimentos e associações e prosseguir ‘dos sons às coisas’” (HÄGERSTRÖM, Axel. *Philosophy and religion*, p. 74, tradução livre).

seriam outra coisa senão meras expressões emocionais e os *conceitos*, meras abstrações mentais ou, pior ainda, fórmulas supersticiosas herdadas das práticas romanas que supostamente evocariam forças sobrenaturais. Assim, de um só golpe, Hägerström se opõe tanto ao jusnaturalismo (por sua axiologia metafísica), quanto ao positivismo (por seu normativismo conceptualista).

Suas ideias foram radicalizadas por Lundstedt (1822-1955), para quem os próprios conceitos que estruturavam a dogmática jurídica (como “propriedade”, “Estado” *etc.*) não designariam absolutamente nada de real, mas apenas as ficções, pelo que deveriam ser inclusive extirpadas da linguagem científica. Outra tese defendida por Lundstedt, neste quadro fortemente fisicalista, é a de que as próprias noções de “obrigação” e de “validade jurídica”¹³⁰ não passariam de *projeções psicológicas* que não diriam respeito a nada de real, decorrendo simplesmente da aplicação continuada de sanções.

É com Ross (1899-1979), porém, que a escola se consolida em definitivo. Seu modelo teórico afirma, dentre outras coisas, que: **a)** a teoria positivista-kelseniana da validade é menos descritiva do que pretende e, aliás, tem claro aspecto idealista; isso porque, enquanto o jusnaturalismo consistiria em um idealismo de tipo *material* (ao hipostasiar os valores morais), o juspositivismo seria um indisfarçável idealismo *formal* (ao fazer com que a validade de uma norma dependa não apenas de fatos naturais, como deveria ser, mas sim de outras normas)¹³¹; **b)** apenas o realismo jusfilosófico seria coerente com os postulados metodológicos da epistemologia empirista e seria, portanto, condizente com o abandono efetivo da metafísica¹³²; **c)** o realismo jusfilosófico, em todas as suas vertentes, afirma que a vigência do Direito não é outra coisa senão a simples *efetividade social* das normas jurídicas; as suas várias escolas vão diferir justamente – e apenas – quanto à compreensão de qual tipo de efetividade se trata: ou

¹³⁰ O escrúpulo de Lundstedt com a coerência era tamanho que, por defender que os conceitos jurídicos não aludiriam a nada de real, acabava utilizando-os sempre entre aspas: “[Para Lundstedt,] não é só que expressões como ‘direito subjetivo’, ‘propriedade’ ou ‘Estado’ não designam absolutamente nada, mas também que deveriam ser expulsas da linguagem científica. Contudo, por ser impossível essa tarefa, Lundstedt mesmo acaba por utilizá-los entre aspas” (BARBERIS, Mauro. “El realismo jurídico europeo-continental”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, v. 1, p. 227, tradução livre).

¹³¹ “[A] ciência do direito [para Kelsen] é uma doutrina normativa e não uma teoria social” (ROSS, Alf. *Direito e justiça*, p. 94).

¹³² “Várias tendências filosóficas – o empirismo lógico, a escola de Uppsala, a escola de Cambridge e outras – têm fundamento comum na rejeição da metafísica, no conhecimento especulativo baseado numa apreensão *a priori* pela razão. Há somente um mundo e um conhecimento. Toda a ciência está, em última instância, interessada no mesmo corpo de fatos, e todos os enunciados científicos sobre a realidade, isto é, aqueles que não têm cunho puramente lógico-matemático, estão sujeitos à prova da experiência” (ROSS, Alf. *Direito e justiça*, p. 96).

c.1) uma efetividade *psicológica*, hipótese em que norma vigente é aquela “aceita pela consciência jurídica popular”¹³³, de modo que o método de aferição da vigência normativa é sociopsicológico, o que faz da aplicação judicial um mero efeito derivado dessa aceitação¹³⁴; ou c.2) uma efetividade *comportamental*, hipótese em que norma vigente é aquela em relação à qual há indícios razoáveis de que será aplicada pelos tribunais, de modo que o método de aferição da vigência normativa é jurídico-estatístico, o que torna dispensável e secundário que a norma em questão integre a consciência jurídica popular¹³⁵; e d) uma vez que há clara distinção entre *disposição* (enunciado) e *norma* (significado) e que nenhum termo linguístico tem clareza absoluta, a interpretação judicial, embora abranja atividades cognitivas, é uma atividade fundamentalmente *volitiva*¹³⁶; assim, a concepção legalista que reduzia o Juiz a um autômato da lei “não se assemelha em nada com a realidade”¹³⁷, principalmente por dissimular a atividade político-jurídica do Juiz mediante o uso da “aparência dogmático-normativa”¹³⁸.

Já o realismo jurídico italiano, também denominado de realismo “genovês”, foi estabelecido e se desenvolveu a partir da teoria da interpretação de Giovanni Tarello (1934-1987), radical e explicitamente cético-voluntarista. Em torno da obra de Tarello, diversos autores integraram e contribuíram para o desenvolvimento da escola (Silvana Castignone,

¹³³ ROSS, Alf. *Direito e justiça*, p. 99.

¹³⁴ “Contudo, a consciência jurídica popular não está atada à lei. Pode acontecer que uma lei não seja aceita pela consciência jurídica popular e assim não se transforma em direito vigente. Do mesmo modo, quando um precedente pela primeira vez estabelece uma regra, a decisão não passa de uma tentativa de criar direito. O que é decisivo é a aceitação da regra por parte da consciência jurídica” (ROSS, Alf. *Direito e justiça*, p. 100).

¹³⁵ “A oposição entre este ponto de vista e a teoria psicológica pode ser assim expressa: enquanto esta última define a vigência do direito de tal sorte que somos forçados a dizer que *o direito é aplicado porque é vigente*, a teoria comportamentista define o conceito de tal modo que somos obrigados a dizer [que] *o direito é vigente porque é aplicado*” (ROSS, Alf. *Direito e justiça*, p. 101).

¹³⁶ “[...] a administração da justiça, mesmo quando seu caminho é preparado por processos cognitivos, é, por sua própria natureza, indubitavelmente, uma decisão, um ato de vontade” (ROSS, Alf. *Direito e justiça*, p. 166).

¹³⁷ O trecho segue estabelecendo um dos fundamentos centrais das teses discricionaristas da interpretação judicial: “A inevitável imprecisão das palavras e a inevitável limitação da profundidade intencional fazem com que, frequentemente, seja impossível estabelecer se o caso é abarcado ou não pelo significado da lei. O caso não é óbvio. É plausivelmente possível definir o significado das palavras de tal modo que os fatos acabem abarcados pela lei. Porém, também é possível, de forma igualmente plausível, definir o significado das palavras de tal modo que o caso saia do campo de referência da lei. A interpretação (em sentido próprio, ou seja, como atividade cognitiva que só busca determinar o significado como fato empírico) tem que fracassar. Entretanto, o juiz não pode deixar de cumprir sua tarefa. Tem que escolher e esta escolha terá sua origem, qualquer que seja seu conteúdo, numa valoração. Sua interpretação da lei (num sentido mais amplo) é, nessa medida, um ato de natureza construtiva, não um ato de puro conhecimento” (ROSS, Alf. *Direito e justiça*, p. 166).

¹³⁸ ROSS, Alf. *Direito e justiça*, p. 184. Confirma-se, assim, a natureza essencialmente cética da tese rosseana da interpretação, embora se trate de um ceticismo algo moderado, por pretender buscar certo equilíbrio entre cognição e volição: “Trata-se [a administração do Direito] de uma interpretação construtiva, a qual é, simultaneamente, conhecimento e valoração, passividade e atividade. Para atingir uma verdadeira compreensão da função do juiz é importante ressaltar essa dupla natureza” (ROSS, Alf. *Direito e justiça*, p. 168).

Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, Mauro Barberis, Pierluigi Chiassoni, Suzanna Pozzolo, Giovanni, Battista Ratti, Giovanni Damele).

Apoiado pelo fato histórico de que, até o século XVIII, a produção judicial do Direito era incontrovertidamente admitida mesmo na Europa continental (tendo sido vedada apenas com o advento moderno-revolucionário da codificação), Tarello retomou a distinção rosseana entre disposição e norma para defender a tese de que a atividade parlamentar tem como resultados meros *textos legislativos* e de que, portanto, as *normas jurídicas* só nascem com a interpretação – judicial e doutrinária – desses textos. Esta é, aliás, a tese cética fundamental da Escola de Gênova, segundo Mauro Barberis: as normas jurídicas não são senão variáveis dependentes da interpretação dos textos jurídicos¹³⁹.

De todos os autores citados, darei a partir de agora especial atenção à obra de Guastini¹⁴⁰, por consistir em um autor que defende algo como uma *tese média* no interior da Escola de Gênova, nem tão radicalmente cética e voluntarista quanto a de Tarello, mas também não tão atenuada a ponto de se tornar heterodoxa ou mesmo “herética” em relação aos traços essenciais mais típicos do realismo italiano¹⁴¹.

Segundo a formulação concisa feita por Guastini, o realismo jurídico se define pela conjunção de três teses relacionadas entre si: **a)** uma tese *ontológica*, cujo objeto é o Direito (“*Que tipo de entidade é o Direito?*”); **b)** uma tese *metodológica*, cujo objeto é a interpretação (“*Que tipo de atividade é a interpretação?*”); e **c)** uma tese *epistemológica*, cujo objeto é o conhecimento (“*Em que consiste o conhecimento científico do direito?*”)¹⁴².

O realismo *metodológico* é uma teoria cética da interpretação, que, em síntese, afirma que a interpretação – definida como a atribuição de significado aos textos normativos – não é

¹³⁹ No original: “*This is the very first formulation of what came to be known as the skeptical standpoint of the Genoa School: norms are but dependent variables of the interpretation of legal texts*” (BARBERIS, Mauro. “Genoa’s realism: a guide for the perplexed”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, p. 15).

¹⁴⁰ A exposição seguirá o resumo estrutural feito por Guastini mesmo, no seguinte artigo: GUASTINI, Riccardo. “El realismo jurídico redefinido”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, pp. 26-42. Mais abaixo, quando da exposição de comentários críticos, outras obras do autor serão selecionadas para o exame mais verticalizado das teses defendidas pelo realismo genovês (*vide* seção 2.3).

¹⁴¹ Mauro Barberis assume-se simpaticamente como “herege” no seguinte trecho de seu artigo já comentado, aqui em tradução livre: “Na verdade, ousei mencionar-me por uma razão muito simples: como os papéis principais da Escola de Gênova já estavam ocupados, assumi o único papel livre que restou: o de herege. Na história da Escola de Gênova, desde pelo menos BARBERIS, 2001, levantei críticas internas sobre o ceticismo interpretativo ao modo genovês. Minhas preocupações, na verdade, são suficientes para me classificar, contra minhas declarações expressas, não como um cético, mas como outro proponente da teoria mista ou eclética” (BARBERIS, Mauro. “Genoa’s realism: a guide for the perplexed”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, p. 18).

¹⁴² GUASTINI, Riccardo. “El realismo jurídico redefinido”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, p. 26.

uma atividade *cognitiva*, mas *decisória* (ou *volitiva*)¹⁴³, tomando o cuidado de especificar que, aqui, faz-se referência à interpretação jurídica por antonomásia ou excelência: a judicial. Logo em seguida, porém, Guastini repete a tese de Tarello, ao dizer que, além da interpretação judicial, é também decisória a interpretação realizada pelos Juristas (doutrina)¹⁴⁴. Guastini distingue duas categorias, nesse particular: **a)** a *interpretação em sentido estrito*, por sua vez classificável em *interpretação abstrata* (dedicada à atribuição de sentido aos textos normativos, mediante a supressão de sua indeterminação) e em *interpretação concreta* (dedicada à aferição da aplicabilidade ou não de um texto normativo a um caso concreto)¹⁴⁵; e **b)** a *construção jurídica*, que se dá pela construção de significados, mediante operações intelectuais variadas (criação de lacunas normativas e axiológicas; criação de hierarquias axiológicas entre normas; concreção de princípios; ponderação entre princípios conflitivos; criação e resolução de antinomias; e elaboração de normas consideradas como implícitas *etc.*), construção essa que consiste em atividade verdadeiramente legislativa, ainda que intersticial¹⁴⁶.

O realismo *ontológico*, por sua vez, afirma que o Direito é não um conjunto de *entidades abstratas* (como normas, valores, obrigações, direitos *etc.*), mas um conjunto de *fatos* de algum tipo, restando, naturalmente, a indagação de que tipo de fatos se trata. Segundo Guastini, há três possíveis respostas para essa pergunta, em nível crescente de profundidade analítico-reflexiva e acuidade metodológica¹⁴⁷: **a)** num primeiro nível, mais superficial, o Direito pode ser entendido como conjunto de *textos normativos*, isto é, de *fatos signo-linguísticos* (positivismo legalista). Para Guastini, essa resposta é problemática porque *i)* não explica qual é a resposta dada pelo Direito aos casos, recorrentes, em que os textos normativos podem ser entendidos de

¹⁴³ “As decisões interpretativas dos operadores jurídicos estão condicionadas, como é natural, por seus interesses práticos (políticos, econômicos, profissionais, etc.), por suas ideias de justiça e pela aceitabilidade das diferentes decisões dentro da cultura jurídica existente” (GUASTINI, Riccardo. “El realismo jurídico redefinido”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, p. 29, tradução livre).

¹⁴⁴ GUASTINI, Riccardo. “El realismo jurídico redefinido”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, p. 27. Mais à frente se verá que as teses céticas da interpretação, por mais que eventualmente digam que não se referem apenas à interpretação judicial (lembrando que Tarello se referia à interpretação judicial e à doutrinária), acabam por ter de efetivamente reconhecer que, no limite último das consequências da tese, é sim a interpretação judicial que, ao menos muito especialmente, deve-se ter em vista, por ser a única interpretação dotada de autoridade (*vide* tópico 3.1.4, abaixo).

¹⁴⁵ GUASTINI, Riccardo. “El realismo jurídico redefinido”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, p. 28.

¹⁴⁶ “Se a interpretação em sentido estrito não é uma atividade cognitiva, mas decisória, então com maioria de razão também é atividade decisória a construção jurídica. Na realidade, a construção jurídica é uma atividade nomopoiética de juízes e juristas: legislação ‘intersticial’ (*interstitial legislation*), como se chama frequentemente” (GUASTINI, Riccardo. “El realismo jurídico redefinido”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, p. 31, tradução livre).

¹⁴⁷ Esses três níveis de análise são explicados em GUASTINI, Riccardo. “El realismo jurídico redefinido”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, pp. 31-36.

várias formas; e porque *ii*) toma uma mera fonte do Direito como sendo o Direito mesmo. Guastini, porém, reconhece que o mérito desse primeiro nível está em evidenciar que o Direito é uma realidade que depende de atos humanos (dos Legisladores, no caso), não se tratando de uma realidade divina, cósmica, sobrenatural *etc.*; **b**) num segundo nível, intermediário, o Direito pode ser entendido como conjunto de *normas*, isto é, dos *atos linguístico-interpretativos* decorrentes da interpretação, da reelaboração ou da manipulação criativa dos textos normativos¹⁴⁸. Para Guastini, essa resposta também é problemática porque, uma vez que existam interpretações diferentes, ela não explica qual é, afinal, a resposta do Direito a esses casos, também recorrentes. Apesar disso, atribui a esse segundo nível de análise o mérito de evidenciar que o Direito não depende apenas da atividade legislativa, mas também da atividade interpretativa de Juízes e Juristas; e **c**) num terceiro nível, por fim, o Direito passa a ser entendido como conjunto de *normas vigentes*, isto é, como um subconjunto da resposta anterior (“conjunto de normas”), integrado apenas pelas normas que foram efetivamente aplicadas no passado e que serão previsivelmente aplicáveis no futuro pelos órgãos de interpretação e aplicação (Judiciário, Administração Pública *etc.*)¹⁴⁹. O Direito corresponde, aqui, às normas extraídas pelas interpretações *dominantes*, que podem ser identificadas mediante *análise empírica da jurisprudência* (judicial ou administrativa), jurisprudência para a qual, aliás, a própria *doutrina* contribui de modo relevante.

Finalmente, o realismo *epistemológico* combina duas ordens de análise: **a**) análise da dogmática em si mesma (*tese descritiva*); e **b**) análise de como deve ser alcançado o conhecimento genuinamente científico do direito (*tese prescritiva*). O autor analisa essas duas ordens do seguinte modo:

¹⁴⁸ Para o autor, há normas jurídicas que correspondem a textos legislativos (sendo, portanto, decorrentes de interpretação ou reelaboração), mas há normas jurídicas que não correspondem (sendo, por isso, decorrentes de autênticas construções jurídicas). Assim, haveria normas criadas tanto por via legislativa, quanto por via interpretativa, numa *multiplicidade de agentes nomopoiéticos*: “O conjunto de normas inclui, portanto, dois subconjuntos: (i) As normas que constituem o conteúdo de sentido – um dos significados plausíveis – das formulações normativas promulgadas pelo ‘legislador’, e que são o resultado da atividade interpretativa entendida em sentido estrito. (ii) As normas que não podem ser atribuídas a nenhuma formulação normativa específica como seu significado e que, ao contrário, constituem o produto de diferentes atividades de construção jurídica realizadas por juristas, juízes e operadores do direito em geral” (GUASTINI, Riccardo. “El realismo jurídico redefinido”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, pp. 33-34, tradução livre).

¹⁴⁹ “[...] Grande parte do direito atual é constituído por normas formuladas *extra ordinem*, que não provêm de autoridades reguladoras, mas de juízes e (talvez sobretudo) de juristas teóricos. Regras, alguém poderia dizer, ‘formalmente inválidas’, já que nem juízes nem juristas (em muitos sistemas jurídicos) estão autorizados a criar regras. Portanto, normas inválidas, mas que, apesar disso, são normas de fato vigentes; ou seja, normas aplicadas no passado e que previsivelmente serão aplicadas no futuro” (GUASTINI, Riccardo. “El realismo jurídico redefinido”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, p. 36, tradução livre).

a) Doutrina: para o realismo jurídico, a dogmática não pode ser considerada como uma ciência propriamente dita, já que seus discursos não são puramente descritivos e podem não o ser mesmo quando se afirmem como tais. Em grande parte, segundo o autor, a doutrina *interpreta* (em sentido estrito) e *constrói* normas a partir das formulações normativas, elegendo e atribuindo significados a estas últimas, o que evidencia que, ao menos potencialmente, a doutrina *faz Direito* ao formular interpretações e criações jurídicas que consistem em diretivas *de sententia ferenda*. Portanto, do ponto de vista realista, a doutrina não é a ciência jurídica, mas *objeto* da verdadeira ciência jurídica¹⁵⁰;

b) Ciência jurídica: a ciência jurídica em sentido legítimo e estrito, segundo as premissas realistas, pode assumir três formas diferentes, que aliás se integram entre si, nenhuma das quais, porém, formula enunciados deônticos (“*É obrigatório que p.*”, “*É proibido que q.*” etc.). As três formas são as seguintes: *b.1) interpretação cognitiva*: normalmente os Juristas fazem interpretações *decisórias*, elegendo significados para as formulações normativas. Todavia, esse tipo de interpretação pressupõe outro, este sim *cognitivo*, que consiste na identificação dos significados *possíveis* de um determinado texto normativo, mediante a demonstração da ambiguidade das formulações normativas e da vagueza das normas. A interpretação cognitiva pode se dar de dois modos: ou como *previsão* (descritiva) de como serão interpretadas as formulações normativas, ou como *diretiva hermenêutica* (prescritiva) dirigida aos órgãos de aplicação, mediante a delimitação do horizonte de possibilidades interpretativas corretas¹⁵¹; *b.2) metajurisprudência*: trata-se da descrição ou reconstrução das correntes (interpretativas e construtivas, respectivamente) presentes na cultura jurídica em determinado tempo e lugar (seja na doutrina, seja na jurisprudência). Essa contribuição puramente descritiva não é marginal, já que o mapeamento das tendências interpretativas e construtivas é logicamente anterior à identificação das tendências prevaletentes ou dominantes e esta, por sua vez, é o que identifica o Direito vigente¹⁵²; e *b.3) descrição do Direito vigente*: trata-se do reconhecimento das normas *efetivamente aplicadas* pelos órgãos de aplicação (jurisdicionais ou não), onde e quando haja

¹⁵⁰ “A doutrina não é conhecimento científico do direito, mas uma parte do próprio direito” (GUASTINI, Riccardo. “El realismo jurídico redefinido”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, pp. 39, tradução livre).

¹⁵¹ O autor, ao longo do artigo, dá os seguintes exemplos: **a)** de interpretação decisória: “A disposição D deve ser entendida como expressando a norma N1.”; **b)** de interpretação cognitiva descritiva: “A disposição D pode expressar a norma N1 ou a norma N2.”; **c)** de interpretação cognitiva previdente: “A disposição D será provavelmente interpretada no sentido N1 ou no sentido N2.”; e **d)** de interpretação cognitiva diretiva: “A disposição D só admite as interpretações N1 e N2, nenhuma outra.” (GUASTINI, Riccardo. “El realismo jurídico redefinido”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, pp. 40-41).

¹⁵² GUASTINI, Riccardo. “El realismo jurídico redefinido”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, p. 41.

normas estavelmente vigentes (na falta das quais a ciência jurídica só poderá explicitar os desacordos interpretativos). Segundo Guastini, a descrição do Direito vigente se dá mediante “proposições normativas”, expressão que deve ser entendida, simplesmente, como enunciados dotados de valor de verdade (“proposições”) relativos a normas (“normativas”). Nesse passo, o autor faz três precisões conceituais: *i)* quanto à sua forma lógica, as proposições normativas não estabelecem enunciados deônticos, mas apenas enunciados existenciais relativos às normas vigentes, pelo que se reduzem à forma “*A norma N integra o ordenamento O.*”; *ii)* quanto às condições de verdade, uma proposição normativa é verdadeira se e somente se for previsível que a norma em questão será aplicada no futuro, o que geralmente é o caso se ela já foi aplicada reiteradamente no passado; e *iii)* quanto à dimensão pragmática, as proposições normativas versam sobre *atos* (aplicação futura de normas), fatos aliás *contingentes*¹⁵³.

Encerrando a breve exposição do realismo europeu continental, resta analisar o realismo francês, da Escola de Nanterre, representada sobretudo por Michel Troper (1938), cuja teoria combina três fatores¹⁵⁴: **a)** a ideia kelseniana de hierarquia normativa, que atribui competência a órgãos para a produção de normas inferiores; **b)** a ideia escandinava e genovesa segundo a qual a interpretação é autêntica produção de Direito, aliás potencialmente ilimitada; e **c)** a ideia própria de que as relações político-constitucionais limitam, de fato, o poder potencialmente ilimitado de produção de Direito pelo intérprete.

A primeira ideia – de origem kelseniana – é intensificada por Troper, de modo a compreender que a própria competência pode ser objeto de interpretação e, nessa medida, de modificação pelo intérprete, especialmente no caso dos Tribunais Superiores.

Quanto à segunda ideia – de origem realista escandinava e genovesa –, Troper manteve a sua radicalidade original (como era a tese de Tarello) quanto à criação de normas apenas pela via interpretativa, garantindo à interpretação criativa, assim, a mais absoluta ausência de limites, afirmando-a como potencialmente ilimitada. Qualquer limitação, para ele, seria apenas de fato e contingente, jamais de direito e necessária. Ou seja, para resolver a questão de saber por qual motivo os detentores de um poder assim tão ilimitado não o exercem ilimitadamente, na prática, Troper e seus discípulos invocaram a teoria das *contraintes* jurídicas: para ela, assim como a Constituição exige que o Governante respeite suas regras, o Direito constrangeria os órgãos

¹⁵³ GUASTINI, Riccardo. “El realismo jurídico redefinido”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, pp. 41-42.

¹⁵⁴ BARBERIS, Mauro. “El realismo jurídico europeo-continental”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, v. 1, p. 233.

judiciais a não se valer do poder interpretativo ilimitado de que, a rigor e potencialmente, são investidos¹⁵⁵.

2.2 O JUSREALISMO NORTE-AMERICANO: “*O Direito é o que os Juízes dizem que ele é*”

O realismo jurídico foi, no século XX, a escola justeórica nativa mais importante dos Estados Unidos. Ao contrário do realismo europeu continental, o norte-americano sempre teve cunho mais pragmático-forense do que filosófico-conceitual, de modo que a sua ênfase está, assumidamente, na atividade dos Juízes (e não no conceito mais geral – embora talvez só eufemístico – dos intérpretes, enfatizado pelos realismos europeus).

O jusrealismo jurídico norte-americano, influenciado pela metodologia positivista, sustenta que as decisões judiciais devem ser analisadas empiricamente, aos moldes das ciências naturais. Esse método revelaria, segundo a tese realista, que os Juízes decidem não com base no Direito, mas conforme o que consideram “justo” para cada caso (por razões disputáveis e as mais diversas: ora sociológicas, ora psicológicas *etc.*¹⁵⁶). Para os realistas, as razões jurídicas (regras) não passam de meras racionalizações retroativas para decisões já tomadas de antemão com base em razões não jurídicas.

O realismo jurídico norte-americano tem Oliver Wendell Holmes Jr. (Juiz da Suprema Corte de Massachusetts e da Suprema Corte dos Estados Unidos) como seu precursor¹⁵⁷, mas se consolidou na década de 1920, nas escolas de Direito de Columbia e Yale. Entre seus maiores

¹⁵⁵ “[...] o direito constrange os órgãos judiciais – incluídos os tribunais superiores – a respeitar suas próprias competências, abstando-se de usar seus próprios poderes interpretativos até suas últimas consequências” (BARBERIS, Mauro. “El realismo jurídico europeo-continental”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, v. 1, p. 234, tradução livre).

¹⁵⁶ Como se verá mais adiante, o que faz com que os Juízes decidam como decidem é disputado internamente no realismo norte-americano: para alguns, trata-se de fatores culturais e sociais (vertente *sociológica*); para outros, de fatores subjetivos e pessoais (vertente *psicológica*), aferíveis, por exemplo, segundo o critério *behaviorista* estímulo-resposta.

¹⁵⁷ Rememore-se, aqui, o seguinte trecho de Holmes Jr., no original: “*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*” (HOLMES JR., Oliver Wendell. “The path of the law”, *Harvard Law Review*, t. 10, p. 460).

expoentes, figuraram Karl Llewellyn, Underhill Moore, Walter Wheeler Cook, Herman Oliphant, Leon Green e Jerome Frank¹⁵⁸.

Antes dos desdobramentos subsequentes, são aqui pertinentes algumas palavras sobre o contexto histórico e teórico envolvendo a figura de Holmes Jr., ancestral ilustre do realismo norte-americano. Sua obra, que versa sobre temas extraídos da teoria jurídica do *common law*, do positivismo austiniano e das ideias sobre ciência do século XIX e que tem no formalismo jurídico o principal alvo de crítica¹⁵⁹, é integrada pelas seguintes ideias principais: **a)** o Direito decorre fundamentalmente da atividade dos Tribunais, pois normas que não sejam por eles aplicadas não são normas em nenhum sentido praticamente relevante; **b)** além disso, o Direito é essencialmente uma questão de poder¹⁶⁰; **c)** os Juízes primeiro decidem o caso, como que intuitivamente, e somente depois identificam e determinam os fundamentos que darão amparo à decisão; **d)** os Juízes criam normas (são “*law-makers*”), embora isso deva ser entendido em

¹⁵⁸ Um registro valioso de Alf Ross de trechos escritos por vários autores realistas norte-americanos merece ser transcrito na íntegra, aqui: “Essa linha de pensamento [de Holmes Jr.] foi seguida por John Chipman Gray (*The Nature and Sources of Law*) (1909), que definiu o direito como ‘as regras que os tribunais... formulam para a determinação dos direitos e deveres,’ e fez a notável afirmativa de que ‘o direito de uma grande nação é constituído pelas opiniões de meia dúzia de velhos senhores, alguns deles, pode-se concebê-lo, de inteligência bastante limitada,’ porquanto ‘se meia dúzia de senhores constituem a mais alta corte de um país, nenhuma regra ou princípio que eles se recusem a seguir será direito nesse país.’ *Op. cit.*, 84 e 125. A partir deste ponto a ideia foi conduzida às suas conclusões lógicas extremas por Jerome Frank – *Law and Modern Mind*, 1930 – a saber, à conclusão de que o direito não consiste em absoluto em regras, mas tão só na soma total das decisões individuais. ‘Podemos agora arriscar uma definição rudimentar e provisória do direito do ponto de vista do homem médio: para qualquer pessoa particular leiga, o direito, relativa a qualquer conjunto particular de fatos, constitui uma decisão de um tribunal no tocante a esses fatos na medida em que essa decisão afeta essa pessoa. Enquanto um tribunal não tiver se pronunciado sobre esses fatos, não existirá direito sobre o ponto. Antes de tal decisão, o único direito disponível é a opinião dos advogados acerca do direito aplicável a essa pessoa e a esses fatos. Essa opinião referencial não é realmente direito, mas meramente uma conjectura do que decidirá o tribunal. O direito, portanto, acerca de uma dada situação, é (a) direito efetivo, isto é, uma decisão específica passada referente a dita situação ou (b) direito provável, isto é, uma conjectura quanto a uma decisão específica futura.’ *Op. cit.*, 46. Benjamin Cardozo não aprova os excessos do realismo, mas aceita a ideia fundamental: ‘Eu contemplo um vasto e pouco preciso conglomerado de princípios, regras, costumes, usos e padrões morais, prontos para ser incorporados numa decisão conforme certo processo de seleção a ser praticado por um juiz. Se estiverem estabelecidos de sorte a justificar, com razoável certeza, a previsão de que encontrarão o respaldo do tribunal no caso de sua autoridade ser questionada, então direito que são direito.’ *Selected Writings* (1947), 18” (ROSS, Alf. *Direito e justiça*, p. 101).

¹⁵⁹ Segundo Holmes Jr., a determinação do Direito está sujeita muito mais a fatores extrajurídicos (como as necessidades pragmáticas, as intuições morais e de políticas públicas *etc.*) do que a fatores lógico-jurídicos, como pretende o formalismo jurídico. Assim: “A vida da lei não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas da época, as teorias morais e políticas predominantes, as intuições da política pública, declaradas ou inconscientes, até mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com seus semelhantes, têm muito mais a ver do que o silogismo na determinação das regras por quais homens devem ser governados” (citado em POSTEMA, Gerald J. “Legal philosophy in the twentieth century: the common law world”. In: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, v. 11, p. 64, tradução livre).

¹⁶⁰ “[...] law is fundamentally a matter of the activity of courts and that law is fundamentally a matter of power” (POSTEMA, Gerald J. “Legal philosophy in the twentieth century: the common law world”. In: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, v. 11, p. 57).

conformidade com a tradição do *common law*, isto é, de modo a que essa criação seja entendida como sendo compartilhada entre vários Juízes ao longo do tempo, não se tratando, portanto, de uma criação normativa individual, atomística; **e)** por isso mesmo, o Direito tem um caráter essencialmente prático e dinâmico, o que o torna inapreensível por uma ciência abstrata, lógica e formalista, devendo ser, por isso, entendido mediante um método empírico, pragmático, acomodatório, pois ele é construído e operado mediante deliberações práticas¹⁶¹; **f)** assim, a Teoria do Direito deve se constituir pela perspectiva do Advogado, que deve aconselhar os seus clientes com base em previsões a respeito de como as Cortes decidirão os casos, o que faz da prática advocatícia um filtro de relevância concreta apto a estabelecer o critério correto para a definição de qual é, afinal de contas, o conteúdo do Direito; e, para os Advogados, materiais como leis, costumes *etc.* só são relevantes na medida em que consistam em fundamentos de decisões judiciais; **g)** esta, porém, é a concepção estática do Direito; do ponto de vista dinâmico, Holmes Jr. reconhece que, para saber o que o Direito é, deve-se olhar para o que ele foi e para o que ele tende a ser¹⁶², não apenas em função do arbítrio dos Juízes individualmente considerados, mas à luz das várias pressões normativas que são exercidas sobre as decisões judiciais (regras e doutrinas decorrentes das fontes jurídicas, como decisões pretéritas, leis, costumes *etc.*; cânones lógico-argumentativos, formais e informais; bom senso intuitivo quanto aos objetivos da comunidade e os valores nela compartilhados e assim por diante¹⁶³); e **h)** quanto à adjudicação nos casos de lacunas, Holmes Jr. reconhece que, embora alguns deles possam ser satisfatoriamente resolvidos com recursos como a analogia, em tantos outros isso não será suficiente, razão pela qual os Juízes inevitavelmente haverão de exercer sua

¹⁶¹ Significativa a esse propósito é a famosa frase de Holmes Jr., segundo a qual “proposições gerais não resolvem casos concretos” (“*General propositions do not decide concrete cases, ’Holmes famously wrote (Holmes 1905, 76)*”, citado em POSTEMA, Gerald J. “Legal philosophy in the twentieth century: the common law world”. In: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, v. 11, p. 58).

¹⁶² ““Para saber o que é [o direito]”, escreveu Holmes, ‘devemos saber o que ele foi e o que tende a se tornar’ (Holmes 1963, 5)” (POSTEMA, Gerald J. “Legal philosophy in the twentieth century: the common law world”. In: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, v. 11, p. 64, tradução livre).

¹⁶³ Sobre o fato de que, na teoria de Holmes Jr., é essa “dimensão dinâmica” do Direito que faz com que ele seja mais do que a mera soma das decisões individuais e arbitrárias dos Juízes (ou seja, maior do que o conjunto formado por sua “dimensão estática”: “O direito é uma questão de “poder de outras pessoas” – aplicação judicial de normas impostas, mas não é simplesmente o agregado de exercícios de poder judicial ou previsões sobre eles. As decisões judiciais são o resultado de múltiplas pressões normativas: regras e doutrinas que emergem de fontes (decisões passadas, estatutos, costumes, *etc.*) consciência intuitiva (e cada vez mais explícita) dos objetivos sociais subjacentes e dos bens dominantes na comunidade. É em virtude dessa dimensão do direito que é possível pensar o direito como mais do que uma série desconexa de atos arbitrários de poder e como, na verdade, formando um conjunto de princípios ou doutrinas internamente relacionados que podem ser organizados em algo que se aproxima de uma teoria” (POSTEMA, Gerald J. “Legal philosophy in the twentieth century: the common law world”. In: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, v. 11, p. 70, tradução livre).

prerrogativa de legislar de forma intersticial, embora mesmo nesses casos os Juízes sejam constrangidos pelas pressões formais decorrentes das regras, dos princípios, do dever de coerência *etc.*, o que faz com que, para Holmes Jr., no fim das contas, a maior parte dos casos seja julgada em conformidade com as fontes jurídicas¹⁶⁴.

Coerentemente com essas ideias fundamentais de Holmes Jr., mas possivelmente acirrando-as em certo sentido¹⁶⁵, os realistas que lhe seguiram passaram a afirmar, de formas e em graus diferentes, que o direito é *indeterminado*, não apenas no sentido trivial de que o Direito pode ser imprevisível por inépcia e corrupção judiciais¹⁶⁶, mas em pelo menos dois outros sentidos relevantes: **a)** de um lado, no de que o Direito é *racionalmente* indeterminado, pois as razões jurídicas disponíveis não seriam capazes de justificar *uma única decisão* para cada caso, em virtude da existência de cânones incompatíveis (por levarem a decisões diferentes), mas igualmente legítimos, destinados à interpretação da lei e dos precedentes¹⁶⁷; e **b)** de outro lado, no de que o Direito é *causalmente* indeterminado, pois as razões jurídicas adotadas pelos Juízes em suas decisões *não explicariam realmente* por que eles decidiram tal

¹⁶⁴ A esse respeito, Gerald J. Postema adverte contundentemente o seguinte: “É este último episódio, o dos juízes fazendo escolhas políticas forçadas na penumbra da lei, que os leitores do século XX usaram para sintetizar a teoria do direito e da adjudicação de Holmes. Concentrando-se apenas nisso, eles estavam inclinados a atribuir a ele um profundo ceticismo sobre a capacidade das regras e princípios jurídicos de orientar e direcionar a tomada de decisão judicial, vendo-a como impulsionada apenas por preferências políticas idiossincráticas. Essa visão da adjudicação, combinada com o que eles consideravam ser o ceticismo de Holmes sobre as teorias gerais do direito, levou outros a atribuir a ele o ceticismo sobre a racionalidade do próprio direito. No entanto, essas leituras não podem ser sustentadas” (POSTEMA, Gerald J. “Legal philosophy in the twentieth century: the common law world”. In: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, v. 11, p. 76, tradução livre).

¹⁶⁵ É de Gerald J. Postema o diagnóstico teórico de que as teses de Holmes Jr. compartilham mais das visões cético-empíricas moderadas dos séculos XVIII e XIX do que dos “ousados” desenvolvimentos que o realismo norte-americano recebeu ao longo do século XX e também agora no século XXI (POSTEMA, Gerald J. “Legal philosophy in the twentieth century: the common law world”. In: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, v. 11, p. 77).

¹⁶⁶ FRANK, Jerome. “Are judges human?”, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 80, 1931, parte I, pp. 17-53. De fato, como procurarei demonstrar mais abaixo (tópico 4.1.7), o fato de decisões judiciais poderem ser equivocadas em virtude de *inépcia técnico-jurídica* ou *corrupção moral* do Juiz, embora pareça *confirmar* a tese realista, na verdade a *refuta*. Ora, se é possível que Juízes errem grosseiramente (por razões intelectuais ou morais), então o ceticismo normativo e o voluntarismo interpretativo-decisório são falsos, já que estes, ao menos enquanto afirmados radicalmente, são incompatíveis com o erro judiciário.

¹⁶⁷ LLEWELLYN, Karl. “Remarks on the theory of appellate decision and the rules and canons about how statutes are to be construed”, *Vanderbilt Law Review*, v. 3, 1950, p. 401. Contra essa afirmação, porém: “Llewellyn agrupa o elenco de cânones em duas colunas: a da esquerda é intitulada ‘Ataque’; a da direita, ‘Bloqueio’. Contudo, se alguém examina essa lista, fica claro que não há realmente dois cânones contrapostos sobre ‘quase qualquer assunto’ – a menos que alguém consagre como um cânone qualquer declaração insípida que já tenha sido feita por um juiz voluntarista e sem qualquer deferência pela lei. [...] em sua maioria, os ‘Bloqueios’ de Llewellyn não contradizem o cânone correspondente, mas apenas demonstram que ele não é absoluto” (SCALIA, Antonin. *Uma questão de interpretação: os Tribunais Federais e o Direito*, pp. 37-38).

como decidiram, em virtude do fato de que o real motivo de suas decisões diz respeito a um conjunto de razões extrajurídicas¹⁶⁸.

Essa, aliás, é a proposição teórica fundamental do realismo norte-americano (senão do realismo *tout court*): ao decidir os casos jurídicos que lhe são submetidos, um Juiz responde mais ao seu senso pessoal do que é o correto para cada um deles (em vista dos fatos que respectivamente os particularizam) do que às razões jurídicas abstratamente estabelecidas pela lei e pelos precedentes¹⁶⁹.

Porém, para que essa tese seja bem compreendida, é preciso ressaltar o seguinte: **a)** ela não afirma apenas a trivialidade indisputada de que os Juízes levam em conta os fatos do caso concreto para decidi-lo, mas sim que eles são impactados pelos fatos do caso *mesmo quando não se trata dos fatos que são considerados juridicamente relevantes pelas regras aplicáveis ao caso*, o que constitui uma proposição teórica bem mais forte; **b)** além disso, ela não afirma que as razões jurídicas não exercem *qualquer* influência no processo decisório, mas apenas que sua importância, quando não é nula, é modesta e secundária, sobretudo nos casos difíceis, que são aqueles especialmente enfatizados pelo realismo; e **c)** a pouca relevância da lei e dos precedentes (razões jurídicas) no processo decisório decorreria do enorme grau de abstração e generalidade de seus termos, de modo que aquela relevância e este grau constituem grandezas inversamente proporcionais.

Apesar da ampla concordância quanto à proposição jusrealista fundamental abstratamente considerada, os realistas divergem, entre si, quanto a *quais fatores*, afinal de contas, efetivamente explicariam as respostas que os Juízes dão aos estímulos oferecidos pelos

¹⁶⁸ LEITER, Brian. “Realismo jurídico estadunidense”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, v. 1, p. 243. Neste capítulo, Brian Leiter tece duas críticas a essa dupla indeterminação (racional e causal) afirmada pelo realismo norte-americano: **a)** primeira: os realistas parecem exagerar a equivalência relativística dos vários cânones de interpretação da lei e dos precedentes, pois é claramente falsa a afirmação de que *qualquer* interpretação seja cabível em *qualquer* caso, a de que *qualquer* método interpretativo seja adequado em *qualquer* caso e assim por diante; e **b)** segunda: os realistas dão por pressuposto que só a lei e os precedentes consistem em razões *jurídicas*, não se desincumbindo do ônus de demonstrar que, por exemplo, princípios morais e políticos não são nem podem ser assim considerados, como Dworkin, com ou sem razão, afirma que é o caso.

¹⁶⁹ Nesse sentido, por exemplo: **a)** “[... as cortes] respondem aos estímulos dos fatos dos casos concretos que devem julgar, em vez de responder aos estímulos das abstrações excessivamente gerais e obsoletas dos precedentes e tratados” (HERMAN, Oliphant. “A return to stare decisis”, *American Bar Association Journal*, v. 14, 1928, p. 75); **b)** “[...] o impulso motivador principal para a decisão é o sentido intuitivo do que é correto ou incorreto no caso” (HUTCHESON, Joseph. “The judgment intuitive: the function of the ‘hunch’ in judicial decision”, *Cornell Law Quarterly*, v. 14, 1929, p. 285); **c)** “a forma de ganhar um caso é fazer com que o juiz queira decidir a seu favor e, somente depois, citar os precedentes que justificariam tal determinação” (JEROME, Frank. *Law and the modern mind*, p. 104). Todos esses trechos foram citados por Brian Leiter no seu capítulo referido na última nota e estão aqui traduzidos livremente para o português.

fatos de cada caso: **a)** para a vertente *sociológica* do realismo (Oliphant, Moore, Llewellyn, Cohen, Radin *etc.*), majoritária, as decisões judiciais apresentariam padrões previsíveis, em virtude das diversas forças sociais (e não das regras jurídicas) que pressionam os Juízes a decidir como decidem¹⁷⁰; mas **b)** para a vertente *idiossincrática* (Frank e Hutcheson), minoritária, a resposta dos Juízes aos fatos do caso se daria em função das peculiaridades específicas da conformação psicológica do Juiz individualmente considerado, o que tornaria mais difícil, senão impossível, a previsibilidade das decisões judiciais¹⁷¹.

Em suma, para o realismo norte-americano, sobretudo em sua vertente sociológica (fortemente majoritária), o papel da Teoria do Direito era o de *identificar e descrever* – nunca *justificar* ou *avaliar* – os padrões decisórios, mediante o emprego das metodologias próprias das ciências sociais empíricas. Assim, a Teoria do Direito deveria abandonar a análise conceitual normativa e *a priori*, em nome de uma autêntica investigação empírica e *a posteriori*, expurgando qualquer resíduo prescritivo e tornando-se exclusivamente descritiva. Por essa razão é que se diz que o realismo jurídico é um acirramento das premissas metodológicas do positivismo jurídico. Contudo, trata-se de um acirramento de tal monta e de tal intensidade, que implica uma verdadeira *diluição* da Teoria do Direito em meio a outras ciências sociais (como a Sociologia, a Psicologia, a Economia *etc.*), o que vai em sentido totalmente oposto ao dos esforços teóricos de Kelsen – e do positivismo jurídico como um todo – em garantir à ciência jurídica a autonomia e o caráter normativo de seu objeto próprio. De uma ciência descritiva de

¹⁷⁰ Para a vertente sociológica do realismo norte-americano, “as decisões judiciais são causalmente determinadas por fatos psicossociais relevantes sobre os juízes e, ao mesmo tempo, as decisões judiciais caem em padrões previsíveis porque esses fatos psicossociais sobre os juízes (por exemplo, suas experiências de profissionalização, seu histórico) não são idiossincráticos, mas característicos de porções relevantes do Poder Judiciário” (LEITER, Brian. “Realismo jurídico estadunidense”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, v. 1, p. 254, tradução livre).

¹⁷¹ Já para a vertente psicológica, ao menos em sua feição mais radical proposta por Jerome Frank, a “personalidade do juiz é o fato central na administração do direito” (FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*, p. 111, *apud* LEITER, Brian. “Realismo jurídico estadunidense”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, v. 1, p. 250, tradução livre). Por esse motivo, segundo Frank, a fórmula clássica “fatos + regras = decisão” deveria ser substituída pela fórmula realista “estímulos + personalidade do Juiz = decisão” (FRANK, Jerome. “Are judges human?”, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 80, 1931, parte II, p. 242, *apud* LEITER, Brian. “Realismo jurídico estadunidense”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, v. 1, p. 250, tradução livre). Isso tornaria a decisão quase que completamente imprevisível, o que justificou as críticas recebidas por Frank, já que sua tese era contrariada pela maior parte da praxe forense.

objeto normativo (positivismo), a Teoria do Direito passa a ser concebida como uma ciência descritiva de *objeto natural* (realismo)¹⁷².

Em vista disso, o realismo não responde – nem se propõe a responder, como visto – à questão essencialmente prescritiva de como os Juízes *devem* decidir. Em relação ao tema, porém, os realistas se dividem: **a)** alguns (como Holmes Jr. e Cohen) entendem que os Juízes deveriam *adotar assumidamente um papel legislativo*, abordando de forma clara e explícita, em suas decisões, as considerações políticas, religiosas, morais, *etc.* que norteariam a sua conclusão e que poderiam muito bem nortear a atividade legislativa que impusesse o mesmo resultado. Em outros termos, para esses realistas, os Juízes deveriam parar de afetar a isenção inexistente de supostamente trabalhar com raciocínios puramente jurídicos¹⁷³; **b)** já outros (como Llewellyn e, mais intensamente, Frank) propuseram uma espécie de *quietismo normativo*, segundo o qual não faz sentido nem é útil dizer como os Juízes devem decidir; no máximo, pode-se argumentar que o melhor que podem fazer é decidir tal como majoritariamente já decidem – o que, de fato, parece ser rigorosamente a mesma coisa que nada dizer.

Em ambos os casos, aos realistas norte-americanos jamais preocupou que Juízes legislassem, ou que isso poderia significar uma violação ao pacto democrático e ao princípio da separação dos Poderes *etc.*: para eles, tais questões são despropositadas, ou ociosas, ou mesmo sem sentido, já que, de forma completamente independente às suas respostas, sejam elas quais forem, os Juízes seguirão decidindo como quiserem decidir e ponto final¹⁷⁴. Porém, esse conformismo forte e precocemente resignado ao suposto fato de que Juízes sempre decidirão como quiserem decidir – nesse sentido voluntarista e quase leviano ou caprichoso da

¹⁷² “Como resultado dessa orientação realista, podemos pensar no tipo de teoria do direito que os realistas defendiam como uma teoria do direito naturalizada, ou seja, uma teoria do direito que renuncia à análise conceitual ‘de poltrona’ em favor da continuidade com pesquisa *a posteriori* nas ciências empíricas” (LEITER, Brian. “Realismo jurídico estadounidense”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, v. 1, p. 255, tradução livre).

¹⁷³ Sobre o dilema e em período mais recente: “O Juiz Calabresi afirma que os tribunais já teriam chegado, ‘valendo-se de uma forma característica do *common law*, ... ao ponto de exercer [a autoridade de revisão legislativa com a qual ele concorda] por meio de ficções, subterfúgios e meios indiretos’. Calabresi não tem certeza se eles devem continuar por este caminho ou mudar de curso para um reconhecimento mais franco daquilo que estão fazendo” (SCALIA, Antonin. *Uma questão de interpretação: os Tribunais Federais e o Direito*, pp. 29-30).

¹⁷⁴ “Observe que as questões contemporâneas comuns sobre a legitimidade de juízes não eleitos democraticamente que embarcam nesse tipo de política pública ‘legislada pelo tribunal’ não era uma questão que preocupava os proto-posnerianos. Na realidade, eles considerariam essas perguntas como distrativas e sem sentido: ‘Legítimo ou não’, você pode imaginar o juiz Frank dizendo, ‘isso é o que os juízes estão realmente fazendo - então vamos fazê-lo aberta e diretamente’” (LEITER, Brian. “Realismo jurídico estadounidense”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, v. 1, p. 261, tradução livre).

expressão – parece incorrer em dois problemas: **a)** um claro e circular *paralogismo argumentativo*, por pressupor exatamente aquilo que deveria demonstrar (falácia da petição de princípio), isto é, a tese de que os Juízes sempre decidem de modo voluntarista e com base em razões extrajurídicas insondáveis; e **b)** um profundo e injustificado *pessimismo* quanto aos efeitos pragmáticos da Teoria do Direito e da Filosofia do Direito na atividade judicial, por chegarem os realistas, de forma precoce e simplista, à errônea conclusão de que os Juízes são absolutamente impermeáveis às influências justeóricas de natureza prescritiva.

Assim, conclui-se que o realismo jurídico norte-americano é *judicialista*, entendendo que o Direito é aquilo que os Juízes dizem que ele é, sem se socorrer do recurso – muitas vezes só aparente ou eufemístico – empregado pelo realismo jurídico europeu continental de afirmar que o que produz Direito é a interpretação *genericamente considerada* (ou seja, não só a judicial, como também a doutrinal¹⁷⁵). Aliás, é possível afirmar-se que o realismo jurídico norte-americano não é tanto uma Teoria do Direito, quanto é uma Teoria da Adjudicação (e de cunho sociológico), dado o seu hiperfoco nas decisões dos Juízes e, especialmente, dos Tribunais¹⁷⁶.

Diante disso, fica claro que o realismo norte-americano: **a)** quanto à *nomogênese*, afirma que as normas jurídicas só passam a existir com as decisões judiciais que as estabelecem autoritativamente, não havendo sentido relevante em que o Direito possa ser entendido, senão precisamente o de que ele é fruto das decisões judiciais; e **b)** quanto à *interpretação judicial*, entende que, além de ser esta a única interpretação relevante para a determinação do Direito, ela se dá em função de critérios primacialmente extrajurídicos (sociológicos, psicológicos, culturais, morais, econômicos *etc.*), de modo que qualquer balizamento propriamente jurídico ocorre apenas de forma secundária – quando não meramente retroativa, nominal e retórica.

¹⁷⁵ Como procurarei demonstrar com mais detalhe no momento oportuno (tópico 3.1.4), o jusrealismo europeu continental muitas vezes pretende evitar esse judicialismo (assumido pelo realismo norte-americano) mediante o uso do expediente eufemístico de dizer “interpretação” onde se haveria de dizer de uma vez “decisão judicial”. E isso é assim porque, por mais que os realistas europeus façam referência à interpretação doutrinal como supostamente criadora de normas, tanto quanto a interpretação judicial, acabam sempre por reconhecer que esta última é a única que, afinal de contas, é “autoritativa”.

¹⁷⁶ “Mas essas respostas deixaram a Teoria do Direito em um estado insatisfatório em dois aspectos importantes. Em primeiro lugar, eles seguiram os realistas ao focar a atenção exclusivamente no processo de adjudicação e pouco ou nada tinham a dizer sobre o direito em geral. Em segundo lugar, seus relatos de adjudicação permaneceram no nível de descrições densas e sugestivas. Eles careciam da profundidade que vem da integração das lições ensinadas pelo estudo dessas densas descrições em uma teoria geral que envolve e tenta responder às amplas questões sobre a natureza do direito que fazem parte da tradição da reflexão justeórica há séculos” (POSTEMA, Gerald J. “Legal philosophy in the twentieth century: the common law world”. In: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, v. 11, p. 139, tradução livre).

2.3 O DUPLO DENOMINADOR COMUM TEÓRICO ENTRE AS VÁRIAS VERTENTES JUSREALISTAS E A TESE CÉTICO-VOLUNTARISTA MODERADA: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES CRÍTICAS

Resta, por fim, explicitar o denominador comum teórico entre os vários tipos de jusrealismo, para, na sequência, serem analisadas, a título de preparação aos testes que serão aplicados na segunda parte do trabalho, algumas teses centrais de Riccardo Guastini, aqui selecionadas em virtude do carácter declaradamente moderado de seu ceticismo normativo, servindo, por isso, de parâmetro teórico mediano que, como tal, evitará que os argumentos críticos e os testes teóricos que se sucederão tenham por alvo apenas as vertentes mais radicais do ceticismo voluntarista.

Começemos pela aferição do que é comum a todas as vertentes jusrealistas, tarefa para a qual é necessário, de início, lembrar que a determinação ontológica do Direito, isto é, a constituição de seu conteúdo normativo: **a)** para as escolas jusnaturalistas, é uma questão *metafísica* relacionada à *estrutura da realidade* e solucionável pela fé ou pela razão; **b)** para as escolas juspositivistas, trata-se de uma questão *jurídico-política* relacionada às *normas jurídicas estabelecidas pela autoridade competente* e solucionável, em parte, pela análise do sentido dos enunciados normativos e, em parte, pela criação interpretativo-judicial de normas nos casos difíceis; e **c)** para as escolas jusrealistas, por dever-se guardar ainda maior distância de quaisquer abstracionismos (não só dos metafísicos, aludidos pelos jusnaturalismos, mas até mesmo dos conceituais, mantidos pelos juspositivismos¹⁷⁷), trata-se de uma questão meramente *psicológica* ou *sociológica* relacionada, agora, à *interpretação autoritativa dos enunciados normativos indeterminados* e solucionável mediante a *análise empírico-estatística das referidas interpretações, sobretudo as decisório-judiciais*.

Apesar das diferenças de ênfases e de intensidades com que as várias escolas jusrealistas afirmam a indeterminação dos enunciados normativos (leis e precedentes, sobretudo), há um denominador comum notório entre todas elas, a esse respeito: todas são, aliás em muito boa medida, *céticas* quanto à possibilidade de as normas jurídicas serem conhecidas objetivamente a partir do discurso das fontes jurídicas (*ceticismo epistêmico-normativo*) e, consequentemente,

¹⁷⁷ Sobre a crítica jusrealista à *idealidade* jusnaturalista e à *formalidade* juspositivista, em nome de uma *factualidade empírica*: “[...] a atitude realista implica uma crítica ao jusnaturalismo (em especial a suas versões racionalistas do século XVIII) por sua concepção ideal dos direitos humanos e ao positivismo jurídico por sua consideração puramente formal de tais direito” (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Direitos humanos, Estado de direito e Constituição*, p. 42).

voluntaristas quanto aos critérios que movem a interpretação decisória e aplicativa dessas mesmas normas jurídicas (*voluntarismo interpretativo-decisório*). Segundo essa visão, as normas jurídicas só são plenamente constituídas por meio da interpretação e a partir dela, sendo incorreta a impressão tradicional de que haja um sentido objetivo no texto (*sensus non est inferendus, sed efferendus*), única hipótese em que se poderia cogitar da existência de normas antes da interpretação.

Aliás, o ceticismo epistêmico-normativo e o voluntarismo interpretativo-decisório estão clara e respectivamente associados ao duplo e recíproco problema enfatizado neste trabalho, isto é, o da nomogênese e o da interpretação: **a)** de um lado, já que não é possível extrair normas do discurso das fontes jurídicas de forma cognitiva e incontroversa, então não se pode afirmar, sem abstracionismo, que existam normas jurídicas antes do momento em que este discurso é interpretado pelas instâncias de aplicação autoritativa do Direito¹⁷⁸; e **b)** de outro lado, como é a interpretação que, a rigor, constitui e estabiliza as normas jurídicas numa dada sociedade, essa interpretação não poderá ser meramente cognitiva ou declarativa, sendo, antes, inevitavelmente volitiva e discricionária¹⁷⁹.

Então, dentre as várias modalidades e intensidades proposicionais das diversas escolas jusrealistas, é possível traçar uma linha média entre elas, para identificar as teses que são como que denominadores comuns de todas elas. Para isso, o presente trabalho irá se concentrar nas teses expostas, aliás de forma muito rigorosa, clara e didática, por Riccardo Guastini, teses que explicitamente se pretendem mais moderadas que as teses radicais de algumas alas do realismo jurídico, mas sem ceder demais em benefício às teses formalistas ou do positivismo normativista de Kelsen e Hart.

¹⁷⁸ “Assim, a norma constitui não o objeto, mas o resultado da atividade interpretativa. E falando de interpretação de ‘normas’ cria-se a falsa impressão de que o significado dos textos normativos (isto é, as normas propriamente ditas) preexistiria à interpretação, de modo que os intérpretes teriam que simplesmente dele tomar conhecimento” (GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*, p. 17).

¹⁷⁹ “A teoria cética sustenta que a interpretação é atividade não de conhecimento, mas de valoração e decisão” (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, p. 140). Embora em certos trechos de sua obra Guastini pareça rejeitar o ceticismo dito “radical”, em nome de uma teoria “ecletica” ou “intermediária” (segundo a qual a interpretação é, por vezes, meramente aplicativa dos enunciados normativos [casos claros] e, às vezes, criativa [casos de penumbra]), há, como se verá com mais detalhe na sequência (tópico 3.1.1), certa *instabilidade proposicional* em sua obra, como demonstra aquele trecho em que Guastini, após se referir à tese de Genaro Carrió, em tudo similar ao modelo eclético de Hart, recusa-o nos seguintes termos: “O ponto, muito simplesmente, é o seguinte: quem decide se um caso cai na ‘zona de luz’ ou na ‘zona de penumbra’? Quem traça a fronteira entre as duas áreas? Obviamente, os juízes. Os juízes, a saber, usam discricionariedade não só no decidir a solução de controvérsias que caem na ‘zona de penumbra’, mas também no decidir se uma controvérsia cai, ou não, na ‘zona de luz’” (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, pp. 148-149).

Tem-se em vista aqui, portanto, como mediania justeórica, a tese *moderadamente cética* que Guastini diz subscrever, embora o faça com alguma hesitação e tensões internas. A ideia mais típica e tradicional do realismo genovês sobre os temas da nomogênese e da interpretação é a de que o intérprete *cria* as normas ao *atribuir* significado aos textos normativos, uma vez que estes são, segundo se entende e afirma, indeterminados. Para Guastini, porém, essa tese, apesar de todos os seus méritos em termos de avanço cognitivo em relação às teses do jusnaturalismo e do juspositivismo legalista, peca por imoderação. Para ele, o intérprete não cria as normas sozinho, mas sim *participa do processo nomopoiético, juntamente com o Legislador*¹⁸⁰.

A solução, de fato, parece mais próxima da verdade: ao considerar que o Legislador não tem um papel *nulo* em relação à criação de normas, uma vez que, afinal, os textos normativos oferecem *quadros de significados possíveis*, Guastini evita o exagero de se considerar, como alguns autores consideram, que os intérpretes, sobretudo os Juízes, *criam as normas a partir de uma indeterminação absoluta de sentido dos textos normativos*, como se estes padecessem de um *vazio semântico total*, o que contraria até mesmo o bom senso mais elementar¹⁸¹.

Assim, o ceticismo moderado parece afastar dois extremos igualmente indesejáveis: **a)** por um lado, o da ingenuidade do positivismo formalista, que reduz a quase nada a atividade interpretativa judicial; e **b)** por outro, o da noção contraintuitiva de que os textos normativos são dotados de uma suposta indeterminação total (como se fossem apenas “tinta no papel”) e, portanto, o do ativismo judiciário desenfreado que decorre da redução (ou anulação) do papel do Parlamento na construção democrática das normas jurídicas.

Entretanto, a intensidade da adesão de Guastini ao realismo cético é vacilante, tensional: em muitos trechos de sua obra, o autor acaba por endossar pressupostos teóricos de um

¹⁸⁰ Nesse sentido, afirma o autor, no já citado artigo de sua autoria e intitulado “*El realismo jurídico redefinido*”: “Pode-se dizer que, assim entendido, o direito depende da combinação de dois elementos distintos: (a) a formulação dos textos normativos e (b) sua interpretação e manipulação. Não há direito sem textos a serem interpretados (primeira tese ontológica), mas também não há direito (segunda tese ontológica) sem interpretação e manipulação de tais textos” (GUASTINI, Riccardo. “El realismo jurídico redefinido”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, p. 34, tradução livre).

¹⁸¹ A esse respeito, convém citar o seguinte trecho, dotado de fina ironia, a respeito do papel do Legislador, quando visto pelas lentes de um ceticismo normativo radical: “[...] parece que o legislador, ao aprovar um enunciado normativo, não manda, proíbe ou permite nada, não quer dizer nada: limita-se a oferecer aos juízes e juristas umas quantas palavras para que eles se entretendam em dotá-las de sentido normativo” (SÁNCHEZ-PESCADOR, Libório Luis Hierro. “Sostiene Barberis: consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo”. In: BELTRAN, Jordi Ferrer e RATTI, Giovanni B. (Ed.). *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons, 2011b, pp. 217-236, tradução livre).

ceticismo mais radical, embora em outros, acabe por recuar e atenuar o sentido forte de tais pressupostos, por sua bem detectada imoderação¹⁸².

Em virtude dessa instabilidade proposicional, convém que sejam levadas em conta as principais ideias estabelecidas por Guastini nos primeiros capítulos de seu clássico *Interpretar e Argumentar*, já que tais ideias, como visto, referem-se a como que um denominador comum médio das várias teses cético-realistas. Abaixo, serão expostas algumas dessas teses, logo seguidas de breves comentários críticos, de importância e extensão desiguais, como segue:

a) Em sua definição de “interpretação (jurídica)”, o autor engloba tanto o verbo “constatar (o significado)”, como o verbo “decidir (o significado)” e inclui, neste termo, tanto essas duas ações (constatar e decidir), que têm em vista o significado do texto, quanto o significado ele mesmo¹⁸³.

Nesse trecho, Guastini já se vale de dois verbos que, analisados em conjunto, representam exatamente a tensão interna já aludida: *i)* de um lado, “constatar o significado” definiria o conceito de “interpretação” aos moldes formalistas, cognitivistas, sentido recusado pelo realismo jurídico de um modo geral; e *ii)* de outro lado, “decidir o significado”, agora sim, definiria a compreensão realista, cético-voluntarista, de “interpretação”. Seja como for, no início de sua obra, Guastini parece conceber como possível, ao menos provisoriamente, que o intérprete simplesmente *constate* o significado de determinada disposição, embora, como já se viu, em outros trechos ele recuse essa ideia, ora de forma tácita, ora de forma expressa.

¹⁸² Comparem-se os seguintes trechos do autor, que bem revelam essa tensão ou hesitação pelo menos de sua obra escrita: **a)** “a interpretação, não a legislação (em sentido material), aparece como a única atividade produtiva de direito” (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, p. 235); e **b)** “Mas não se pode dizer – entendendo-o à letra – que o direito seja criado pelos intérpretes, e por esses apenas. [...] Assim que o direito nasce da combinação da legislação (ainda em sentido ‘material’) e interpretação” (GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*, pp. 336-337). Ainda sobre essa tensão teórica, convém destacar, na íntegra, o seguinte diagnóstico de Cláudio Ari Mello: “O segundo problema refere-se à aparente recusa, especialmente no estágio inicial da elaboração da sua teoria da interpretação, ou ao menos uma persistente e eloquente indiferença do autor em relação à possível existência de enunciados aos quais se possa atribuir um único significado possível, caso em que a atividade de interpretação seria exclusivamente cognitiva. Vimos anteriormente que Guastini não descarta completamente a existência desses casos e por vezes até insinua a sua existência, mas os trata com relativa indiferença, não dedicando uma explanação detalhada sobre situações dessa natureza. Essa posição é, a rigor, coerente com a sua sempre renovada adesão ao realismo jurídico metodológico” (MELLO, Cláudio Ari. O realismo metodológico de Riccardo Guastini, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, p. 223).

¹⁸³ “[...] o vocábulo ‘interpretação’ denota, *grosso modo*: ora, a atividade de constatar e decidir o significado de algum documento ou texto jurídico; ora, o resultado ou produto de tal atividade, ou seja, o próprio significado” (GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*, p. 16).

b) O autor afirma que interpretar textos normativos significa “esclarecer” o *conteúdo normativo* de suas disposições e, também, o seu *âmbito de aplicação*¹⁸⁴.

Aqui, Guastini parece afirmar algo incompatível com o ceticismo interpretativo, ao menos em sua feição radical (mas talvez não só): o fato de que os textos *contêm* normas a serem “esclarecidas” pelo intérprete, já que, se não fosse assim, seria rigorosamente impossível que a interpretação “esclarecesse” o “conteúdo normativo” de uma disposição. Contudo, *se* a disposição normativa tem em si um conteúdo normativo e *se* este pode ser “esclarecido” pela interpretação, *então* não será possível afirmar-se que a norma é *resultado* da interpretação, pois, nesse caso, ela será resultado já da atividade legislativa, ao menos em parte ou potencialmente.

Logo na sequência, porém, Guastini afirma que “*a norma constitui não o objeto, mas o resultado da atividade interpretativa*”¹⁸⁵, formulação que se tornou célebre e muitas vezes repetida. É preciso, no entanto, decidir: ou se afirma que nunca há norma antes da atividade interpretativa, ou se afirma que, ao menos de vez em quando, a interpretação se destina a esclarecer a norma intrínseca a determinada disposição legal. Naturalmente, é possível afirmar-se que, em certos casos, já existe norma plenamente constituída já como resultado da atividade legislativa, mas que, em outros, a perfectibilização da norma depende do concurso da atividade interpretativa judicial, em termos próximos aos modelos ecléticos de Kelsen e Hart. Todavia, quando o impulso proposicional de uma vertente teórica – como é o caso do realismo jurídico – se inclina a fazer afirmações mais fortes (ou mais abstratas), como “*A norma é resultado da interpretação, não seu objeto.*” ou “*Não há normas antes da interpretação.*”, torna-se impossível subscrever, ao mesmo tempo e sem contradição, teses mais moderadas que contrariem as afirmações mais fortes e ambiciosas.

Aliás, quanto à tese comum dos jusrealismos de que a norma é o resultado da interpretação, é preciso observar o seguinte: a interpretação (inclusive a judicial) não produz uma *norma*, no sentido técnico de comando obrigatório geral e abstrato, universalmente aplicável *etc.* A interpretação judicial (a mais cogente das interpretações) produz, sobretudo em países de *civil law*, apenas a chamada *norma individual* ou *concreta*, válida para o caso. Portanto, o jusrealismo, sendo coerente e levado às últimas consequências, teria como

¹⁸⁴ “Em particular, quando se fala da interpretação de fontes do direito (textos normativos), como quase sempre acontece, ‘interpretar’ significa esclarecer; ora o ‘conteúdo’ normativo de uma disposição (qual norma ou quais normas ela expressa), ora o ‘seu campo de aplicação’ (a quais casos concretos ela se aplica)” (GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*, p. 17).

¹⁸⁵ GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*, p. 17.

consequência *não haver normas gerais e abstratas*, mas apenas normas individuais, elaboradas casuisticamente, de acordo com o arbítrio do intérprete-aplicador¹⁸⁶.

Além disso – e justamente por isso –, o jusrealismo centrado no papel do Juiz não explicaria a seguinte perplexidade: se não há norma antes da interpretação judicial, então o inadimplemento de uma obrigação não poderia ter sua mora contada desde o vencimento da obrigação, mas apenas desde a data em que o Juiz interpretou os enunciados normativos segundo os quais contratos têm força obrigatória de modo a entender que tais enunciados significam que, de fato, contratos têm força obrigatória. Ora, se não há norma até que um Juiz a “constitua interpretativamente”, então, por exemplo, ninguém é obrigado a recolher impostos até que um Juiz interprete enunciados normativos tributários fazendo, só então, supostamente, nascer a norma que estabelece a obrigação tributária em questão; assim, os juros de mora só poderiam incidir a partir do trânsito em julgado da decisão que a declarasse. *Mas não é isso o que acontece*, pois todos sabem – uma vez tornados à vida concreta, desencastelados de pressupostos teóricos abstratos – que somos, sim, obrigados ao recolhimento tributário desde o início da vigência da lei que o estabelece.

c) O autor, citando Tarello, critica a expressão “interpretar normas”, dizendo que ela seria incompatível com o dado empírico de que diferentes operadores jurídicos extraem normas diversas – ou até mesmo conflitantes – de um mesmo texto normativo. Recomenda, assim, que o termo “interpretação” seja reservado aos enunciados normativos, e não às normas elas mesmas.

Contudo, a pluralidade de interpretações demonstra apenas isto: que há uma pluralidade de interpretações, e não que todas as interpretações, só pelo simples fato de serem interpretações possíveis (ou feitas), têm por isso o mesmo valor jurídico-epistemológico, como que num relativismo epistêmico e hermenêutico irreduzível. A propósito, dá-se o mesmo no âmbito das ciências naturais: da dificuldade de se encontrar a verdade a respeito de determinado fenômeno *não se segue* que todas as teorias que objetivam explicá-lo tenham o mesmo valor epistêmico; ora, muitas delas podem estar *simplesmente erradas* e, frequentemente, mostram-se como tais, com o avanço pacioso dos experimentos.

O realismo genovês, aqui, parece transformar uma *dificuldade* de se extrair a norma veiculada por certos textos em uma *prova* de que o texto não conteria norma alguma e, pior, de

¹⁸⁶ Como visto na seção 1.2, dedicada ao juspositivismo reformado, discricionarista, Kelsen parece ter mesmo chegado exatamente a essa conclusão, na etapa final de sua carreira: o Direito não seria um conjunto de normas gerais e abstratas, mas individuais e concretas.

que todas as “construções normativas” feitas mediante interpretação seriam igualmente válidas, quando evidentemente este não é – nem pode ser – o caso. Dizer que normas só existem depois da interpretação só porque a interpretação é ocasionalmente difícil (e, portanto, nesses casos, feita diferentemente por diferentes intérpretes) não resolve essa dificuldade: apenas a evita. E pior: essa teoria parece transformar uma dificuldade real, que mereceria toda atenção para que fosse superada, em um problema supostamente insolúvel que, exatamente por ser insolúvel, autoriza, com entusiasmo ou sem, o arbítrio interpretativo mais insuscetível de controle racional ou objetivo.

Proceder assim, em ciência, consiste em fugir exatamente do problema que se deveria tentar resolver, se é que não se trata de converter o próprio problema na pedra fundamental de uma teoria que somente o agrava, tornando-se cúmplice de seus efeitos nocivos. Um trabalho de ordem *empírico-sociológica* bem poderia entender as coisas desse modo: mas trabalhos *justeioréticos* jamais poderiam substituir o seu objeto específico ou subverter as suas finalidades próprias, desistindo da importante e sutil tarefa de aprimorar os mecanismos de interpretação dos textos normativos da forma mais fiel possível ao conteúdo normativo sancionado democraticamente pela via parlamentar.

d) Guastini afirma, também, que a interpretação dos textos normativos é como que uma *tradução* – no caso, uma tradução intralinguística¹⁸⁷.

De fato. Mas, se é assim, é preciso considerar que a atividade do intérprete é tão pouco arbitrária quanto a do dicionarista, que promove, por definição, incessantes “traduções intralinguísticas”. A atribuição de caráter *tradutor* à interpretação é frontalmente incompatível com o ceticismo e o voluntarismo radicais, já que o dicionarista, longe de poder *escolher voluntariamente* as sinônimas que indicará para cada verbete, está constrangido e limitado ao *uso social* dos termos e palavras, que serve de critério suficientemente claro para que as definições do dicionarista sejam julgadas como corretas ou incorretas, sem prejuízo de eventuais “casos difíceis”.

Do mesmo modo, o Juiz há de ler os textos normativos levando em conta que os termos empregados em suas redações não são absolutamente indeterminados, puras potências que passivamente aguardam o *fiat* judicial, mas sim significantes dotados de sentidos

¹⁸⁷ “A interpretação ‘em abstrato’ é semelhante a uma tradução (é, caso se deseje, uma tradução ‘intralinguística’), já que consiste em reformular o texto interpretado” (GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*, p. 24).

convencionalmente estabelecidos pela comunidade linguístico-idiomática na qual são empregados, com bastante clareza e êxito comunicativo numa gama imensa de casos¹⁸⁸.

e) Ao tratar da interpretação “em abstrato” (isto é, da “atribuição de sentido” aos textos normativos), Guastini afirma que tal interpretação identificaria as normas *em vigor*¹⁸⁹.

Se é assim, pergunta-se, porém: as normas em vigor, identificadas pela interpretação, estão em vigor *desde quando*? Desde o momento da vigência da lei interpretada? Ou somente a partir da interpretação da lei vigente nos vários casos concretos em que ela é relevante para a solução jurisdicional? No primeiro caso, há norma antes da interpretação; no segundo, nada do que os Juízes decidam, em termos normativos, seria exigível antes de suas decisões, o que é absurdo e contraria o que realmente ocorre na praxe forense. No entanto, embora o ceticismo normativo afirme não haver significado (“norma”) antes da interpretação dos significantes, Guastini, nessa passagem, afirma claramente que a interpretação dos textos normativos “*identifica*” as “normas *em vigor*”, o que constitui, no mínimo, uma passagem obscura, podendo significar uma instabilidade proposicional ou, até mesmo, uma contradição.

f) Guastini afirma, aliás, que há três tipos de “interpretação”: *i)* a interpretação *cognitiva*, que consiste em averiguar os possíveis sentidos de um texto normativo, sem escolher algum; *ii)* a “interpretação” *decisória*, que consiste em escolher algum dos significados possíveis de dado texto normativo (para ele, este é o sentido preferencial do termo “interpretação” e geralmente se refere à interpretação judicial); e *iii)* a “interpretação” *criativa*, que, sendo um tipo específico de “interpretação” decisória, produz autêntica atividade nomopoietica, por consistir na atribuição ou eleição de um sentido que *não* figura entre os significados possíveis do texto “interpretado”¹⁹⁰.

Porém, se o intérprete pode conhecer os vários sentidos possíveis de um enunciado legal (para depois escolher um deles), por que motivo não poderia ele conhecer um só, quando esse eventualmente fosse o caso? Como se vê, a afirmação: ou *i)* pressupõe que não existem

¹⁸⁸ “O significado não é radicalmente indeterminado; em vez disso, o significado é público – fixado pela conduta, pelas crenças e pelas compreensões públicas. Não há nenhuma razão para supor que tais convenções não possam fixar o significado dos termos determinadamente” (COLEMAN, Jules Leslie; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*, p. 332).

¹⁸⁹ “[...] a interpretação ‘em abstrato’ consiste em atribuir significado a enunciados normativos completos. Já a interpretação ‘em concreto’ consiste em determinar o significado de predicados em sentido lógico, isto é, de termos que denotam classes. Em um caso, identificam-se as *normas* em vigor; no outro caso, identificam-se os *casos* concretos que são disciplinados pelas normas” (GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*, p. 25).

¹⁹⁰ GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*, pp. 33-37.

disposições legais dotadas de sentido único¹⁹¹; ou *ii*) é no mínimo gratuita, por não explicar o porquê de o intérprete não poder conhecer um sentido, quando reconhecidamente pode conhecer muitos, considerando que quem pode o mais, por definição, pode o menos.

Além disso, se o intérprete pode conhecer vários sentidos interpretativos possíveis (quando da chamada “interpretação cognitiva”), então é porque estes de algum modo e em algum sentido preexistem à interpretação, o que contraria, novamente, a tese fundamental segundo a qual os textos *não têm* sentidos que antecedam a interpretação.

Então, neste trecho, Guastini *afirma a possibilidade de cognição de sentidos já presentes no texto mesmo*. Então, se tal possibilidade não é negada, o fato de existirem casos em que a interpretação é “mais difícil” ou “controvertida” não deveria ser considerado como suposta prova empírica de que a norma (sentido) é resultado da interpretação e só passa a existir depois desta, mas apenas como fatos corriqueiros e triviais de que algumas expressões linguísticas são de mais difícil interpretação do que outras, o que não se dá apenas no Direito, mas em toda e qualquer comunicação humana.

g) Ao tratar das ditas “construções jurídicas” (“interpretação criativa”), o autor as define como a atividade de construir, a partir de normas explícitas “formuladas pelas autoridades normativas”, normas implícitas, “que nenhuma autoridade normativa jamais formulou”¹⁹².

O uso da expressão “autoridades normativas” é muito significativo para demonstrar a tensão teórica presente no pensamento de realistas moderados como Guastini: se se parte da premissa de que as normas são, mesmo, resultados da interpretação (sobretudo ou exclusivamente da interpretação judicial), então o esperado era que se considerasse que autoridades normativas são apenas *os intérpretes* (e muito principalmente os *Juízes*), nunca os *Legisladores*, que seriam, segundo a compreensão jusrealista, meros formuladores de textos indeterminados.

Nesse trecho, porém, Guastini considera abertamente que os Legisladores são as autoridades normativas. A expressão final (“*normas* que nenhuma autoridade normativa jamais formulou”) é particularmente interessante, pois faz ver que, para Guastini, o Legislador

¹⁹¹ O que não pode ser entendido como sendo o caso de Guastini, já que este, na obra em questão, ao se valer do exemplo relativo ao art. 72 da Constituição Italiana, diz que o Tribunal Constitucional Italiano atribuiu sentido que “*recai claramente fora dos significados – de fato: do único significado no presente caso – identificável [sic] no âmbito da interpretação cognitiva*” (GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*, p. 36).

¹⁹² “Na maioria dos casos, o que por nós foi chamado de interpretação criativa, consiste precisamente nisto: em construir – a partir de normas ‘explícitas’, expressamente formuladas pelas autoridades normativas – normas ‘não expressas’ (‘implícitas’, mas em um sentido muito amplo, não lógico, dessa palavra): normas que nenhuma autoridade normativa jamais formulou” (GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*, p. 38).

“formula *normas*”, e não apenas “*textos/enunciados/disposições*”. Mas, a levar a premissa cético-realista às últimas consequências, normas só seriam estabelecidas por *intérpretes*, sobretudo e muito principalmente os *judiciais*.

h) Quanto à indeterminação do ordenamento jurídico (equivocidade dos textos normativos), Guastini a evidencia com base no fato de que os textos normativos são dotados de ambiguidades, complexidades, implicações, defectibilidades e, quando apresentam listas, não se sabe se são elas taxativas ou exemplificativas¹⁹³. E, como visto, essa indeterminação linguística seria, para o jusrealismo, o motivo pelo qual a norma só se constituiria a partir da interpretação dos textos normativos.

Quanto a isso, é possível fazer as seguintes considerações:

h.1) Primeira: de fato, a linguagem humana oferece variáveis doses de ambiguidades, vaguezas, contradições *etc.*, embora nem sempre seja assim, pois é um dado da experiência – que nenhum requinte teórico abstrato poderá desmentir – que muitas frases (ditas ou escritas) são *suficiente e proficientemente claras*. Porém, reconheça-se, a indeterminação apontada pelo ceticismo realista existe, o que desautoriza a noção simplista e ingênua de que o Juiz é a mera “boca da lei”, aos moldes do formalismo legalista. Ora, é também um dado da experiência que a linguagem humana prosaica e a linguagem técnico-legislativa não são dotadas da precisão que é alcançada, com excelência, pela linguagem lógico-matemática. Seja como for, a primeira consideração é esta: há muitos dispositivos de lei claríssimos, com sentido evidente, unívoco e perfeitamente compreensível por qualquer pessoa, de modo que, no mínimo em relação a eles, a tese cético-voluntarista não poderia ser aplicada sem generalizações ilícitas.

h.2) Segunda: mesmo quando o texto normativo não é claro, isso não se deve, em todos os casos, a uma característica inevitável e necessária da linguagem humana. Em um grande número de exemplos dados por Guastini mesmo – de insuficiências ou deficiências na linguagem legislativa – bastaria que a técnica redacional fosse mais proficiente¹⁹⁴: em muitos casos, isso é, sim, plenamente possível e, se não acontece, é apenas por descuido técnico-

¹⁹³ GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*, pp. 43-47.

¹⁹⁴ Guastini demonstra ter consciência de que, em muitos casos, é possível reduzir fortemente a indeterminação, não só nos casos de *equivocidade* (o que é trivial), mas até mesmo nos casos de *vagueza*: “A *vagueza* (a *open texture*, a trama aberta) – diferentemente da *equivocidade* – é uma propriedade objetiva da linguagem, e não apenas da linguagem jurídica: todos os predicados em sentido lógico compartilham (ao menos potencialmente) essa propriedade. A *vagueza* não depende, assim, das técnicas interpretativas ou das dogmáticas: ela não pode ser eliminada (ainda que possa ser reduzida por meio de definições)” (GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*, p. 57). Ou seja, se mesmo o caso mais difícil da *vagueza* admite redução mediante definições, com maior razão o caso de um sem-número de exemplos de *equivocidade* dados pelos autores realistas admite às vezes eliminação, às vezes redução, pelo mero bom uso da linguagem.

linguístico do Legislador. Portanto, a equivocidade decorrente do mau uso da língua não exige, *per se*, modificações jusfilosóficas na compreensão intuitiva de que a atividade legislativa produz normas, noção essa que pode – e aliás deve, ao máximo – ser blindada, em nome do princípio democrático que encerra ao menos potencialmente.

Exemplos dados por Guastini no trecho aqui analisado: *i)* “O homem e a mulher têm direito de contrair matrimônio” (art. 12 da Constituição Espanhola). Com acerto, Guastini observa que esse texto pode significar que casamento só pode ocorrer entre homem e mulher, mas pode significar, também, que tanto homens, quanto mulheres, podem se casar com qualquer pessoa, independentemente do gênero a que pertença. Nesse caso, porém, bastaria que o Constituinte espanhol tivesse redigido com mais proficiência (clareza e precisão), o que constitui performance linguística exigível até mesmo em nível médio de educação: a técnica de eliminação de ambiguidades. Tivesse o Constituinte espanhol escrito “*Homens e mulheres têm o direito de contrair matrimônio, assim entendido o vínculo conjugal entre pessoas de sexos opostos.*” ou “*Homens e mulheres têm o direito de contrair matrimônio, assim entendido o vínculo conjugal entre duas pessoas, independentemente de suas características de sexo e gênero.*”, e já não haveria, então, a dificuldade interpretativa aqui discutida; *ii)* para o autor, listas constantes de textos normativos oferecem dúvida quanto ao seu caráter, se taxativo ou se exemplificativo, o que só é verdade nos casos em que o Legislador deixa de aplicar a fácil e sempre disponível técnica de apor, à lista, o advérbio “somente” (se se tratar de rol taxativo) ou expressões do tipo “dentre outros”, “por exemplo” *etc.* (se se tratar de rol exemplificativo)¹⁹⁵.

h.3) Terceira: mesmo nas hipóteses em que a eliminação da ambiguidade não é linguisticamente possível, é preciso reconhecer o seguinte: a indeterminação linguística em questão não acomete apenas os textos *legislativos*, mas também, e com muita frequência, os textos *judiciais*. Não fosse assim, nada explicaria a previsão – legislativa ela mesma – dos Embargos de Declaração (art. 1.022 do CPC), enquanto recurso destinado à supressão, justamente, de omissões, contradições e obscuridades. Então, também as decisões judiciais

¹⁹⁵ Aliás, Guastini mesmo, no item 2 do capítulo 3 da parte 1 (GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*, pp. 47-49), trata exatamente da falta que o advérbio “somente” faz, não só nos dispositivos integrados por listas, mas também por enunciados do tipo “São eleitores todos os cidadãos” (art. 48, *comma* 2, da Constituição Italiana). Diz o autor que esse enunciado pode ser interpretado como não tendo o “somente” (como de fato não tem) – de modo a significar que estrangeiros e apátridas podem ser considerados eleitores pela lei ordinária – ou como tacitamente tendo o referido advérbio – de modo a significar que a lei ordinária, se considerasse estrangeiros e apátridas como eleitores, seria inconstitucional. Porém, a própria problemática interpretativa exposta pelo autor nessa parte demonstra que, se a redação legislativa fosse feita com maior cuidado e competência linguística, a problemática simplesmente não existiria nesses casos.

padecem de ambiguidades, vagezas *etc.* e, sendo assim, fica a seguinte questão: se a indeterminação linguística *das leis* joga “para depois” o nascimento da norma, isto é, para o momento da *interpretação judicial dos enunciados legislativos* com vistas à sua *aplicação* (como quer o jusrealismo), então por qual motivo a indeterminação linguística *das decisões judiciais* também não o jogaria “para depois”, isto é, para o momento da *interpretação administrativa das decisões judiciais* com vistas ao seu *cumprimento*? Evidentemente, não se pode defender que essa nova postergação do momento nomogenético seria desnecessária só com base no argumento de que decisões judiciais são, em tese, mais minuciosas, longas e explicativas do que as leis, o que as tornaria imunes à indeterminação linguística. Qualquer experiência com a praxe jurídica, por menor que seja, já dá a qualquer um acesso a uma miríade de exemplos de decisões judiciais incompreensíveis, contraditórias, vagas, omissas *etc.* e, de outro lado, leis claríssimas, de sentido único evidente *etc.* Por exemplo: *i)* que dúvida poderia haver quanto ao sentido do art. 22, I, da CR, segundo o qual compete privativamente à União legislar sobre direito penal? *ii)* Qual seria a dificuldade de se apreender imediatamente e com facilidade o sentido preciso do art. 1.003, § 5º, do CPC, segundo o qual, com exceção dos Embargos de Declaração, o prazo para a interposição de qualquer outro recurso é de quinze dias úteis? *iii)* Que outros sentidos podem existir no art. 82 da CR, segundo o qual o mandato do Presidente da República é de quatro anos e se inicia no dia 1º de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição? É evidente que estes exemplos, dentre tantos outros, não tornam inexistentes os dispositivos legais, também havidos em profusão, dotados de grande coeficiente de abstração e densidade axiológicas ou de imprecisões e indeterminações várias, a demandar, por isso, atos interpretativos. Eles demonstram apenas que, no fim das contas, o jusrealismo cético pretende remediar a linguagem humana por meio do uso da própria linguagem humana, o que parece consistir em uma empreitada metodologicamente inconsistente com suas próprias premissas.

h.4) Quarta: independentemente de ser ou não possível a eliminação da ambiguidade em determinado texto normativo, uma vez que ele esteja vertido em redação truncada, genérica, vaga *etc.*, será sempre possível que sua aplicação judicial seja feita de modo a alcançar fins eventualmente diversos daqueles antevistos e almejados pelo Legislador. Faz parte da dinâmica social humana, imperfeita que é, que tais coisas aconteçam e seguramente não há arranjo teórico ou desenho institucional prático que impeça isso de acontecer. Mas isso não exige que, só porque é assim, retroativamente se conceba que a norma só passa a existir depois da interpretação-aplicação. É perfeitamente possível que se sustente – sendo-se verdadeiramente realista, aliás – que, como todo fenômeno humano, a criação e a aplicação do Direito são processos imperfeitos. Em certos casos pelo menos, é mais razoável que se defenda que, embora

houvesse, sim, uma norma X antes da interpretação de seu enunciado pelo Juiz, este o interpretou como tendo estabelecido a norma Y, o que consistirá apenas num descompasso entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, decorrente de um mal-entendido linguístico (quando não de coisa pior). Não é preciso jogar fora a força normativa dos resultados da atividade legislativa, atribuindo-a com errônea exclusividade para a função interpretativa e reduzindo a função do Legislador à de apenas “jogar tinta no papel”. Dizendo o mesmo de outro modo: é uma falácia do tipo *non sequitur* sustentar que a norma só nasce depois da interpretação-aplicação dos textos normativos só porque mal-entendidos linguísticos entre Legislativo e Judiciário ocorrem circunstancialmente. Uma coisa não implica necessariamente a outra, razão pela qual a mera existência de desacordos semântico-normativos entre dois Poderes não constitui prova da tese jusrealista, sobretudo em seus estratos mais radicais, tese que, portanto, deverá ser provada com base em outros argumentos, se isso for possível.

h.5) Quinta: por fim, o que parece estar na origem da relação feita pelos jusrealistas entre “equivocidade dos textos normativos” e “gênese das normas pós-interpretação” é o *encurtamento da análise temporal do fenômeno complexo de criação e aplicação do Direito*. Explico-me: o âmbito cronológico da análise cético-realista parece entender que a aprovação de uma lei pelo Parlamento é o *início* (e só o início) do processo nomopoiético e que as decisões judiciais que a interpretam (sobretudo se sedimentadas em jurisprudência firme) constituem o seu *fim*. Porém, esse é um recorte cronológico arbitrário e, aliás, bastante estreito: *i)* de um lado, mesmo antes da aprovação da lei, o Parlamento levou em consideração consensos e dissensos sociais, decisões judiciais e seus efeitos, travou discussões político-democráticas, procurou a redação que mais claramente expressasse o resultado deliberativo *etc.*; *ii)* de outro, mesmo após a jurisprudência definir de forma estabilizada o sentido da lei que entende como o correto, é plenamente possível que o Parlamento, em reação, edite nova lei, dessa vez apontando para *outro* sentido, que não aquele anteriormente definido pelos Tribunais. Tudo isso indica que tanto o Legislativo, quanto o Judiciário (e não só eles, como também o Executivo e, de resto, a própria sociedade de um modo geral), participam do processo complexo, dinâmico e permanentemente tensional de construção e agregação de sentido às fontes jurídicas. Assim, o menoscabo ao texto normativo, consistente em tratá-lo como um mero material preliminar, brutíssimo e destituído de caráter normativo que lhe seja ínsito, encerra no máximo uma meia-verdade: *i)* se é verdade que, do ponto de vista da *aplicação judicial do Direito*, o texto legal é “apenas o início”, pois o Juiz ainda deverá proceder à dupla interpretação (dos textos legais e dos fatos do caso e as respectivas provas), *ii)* não é menos verdade que *um texto normativo é o resultado (o “fim”) de um longo processo de debates sociais e parlamentares sobre valores a*

serem institucionalizados normativamente. Portanto, é preciso ampliar o horizonte cronológico de análise: um texto de lei só é o começo se forem levados em conta apenas os *casos judiciais*, o que não condiz com o fato indisputado de que o fenômeno jurídico é muito mais amplo do que isso. Caso se considere a dinâmica sociojurídica *como um todo*, ver-se-á que o texto é também o resultado final de um outro processo integrado por múltiplas interpretações e tomadas de posição quanto a valores. E isso é mais do que uma simples potência linguística indeterminada e, claro, muito mais do que nada. De outra parte, como visto, a decisão judicial também não é o “fim” derradeiro da “história da norma”: sem contar a possibilidade trivial de reforma de uma decisão judicial por outra, fato é que, depois da decisão que afinal se estabilizar, novos atos legislativos poderão ser editados, dessa vez com sentidos diferentes ou mesmo antagônicos ao judicialmente adotado antes. Em síntese, em relação aos termos inicial e final da análise realista, é evidente que existem coisas muito relevantes para a Teoria do Direito antes do “início” e, também, depois do “fim”.

Enfim e em arremate, neste capítulo foi possível: **a)** expor as principais teses e respectivos argumentos das principais escolas jusrealistas, distribuídas nos dois grandes blocos do jusrealismo europeu continental e do jusrealismo norte-americano; **b)** identificar como duplo denominador teórico de todas elas algum grau mínimo de ceticismo normativo e de voluntarismo interpretativo; e **c)** selecionar algumas das principais teses do ceticismo voluntarista dito moderado, exemplarmente representado pela doutrina de Riccardo Guastini, para, mediante uma primeira aproximação crítica, preparar a aplicação dos testes teóricos (formais e materiais) que será levada a efeito na segunda parte do trabalho.

PARTE II

CONSIDERAÇÕES CRÍTICO-ARGUMENTATIVAS:

Objeções à tese de que não há normas antes da interpretação (judicial) da lei

3 TESTES FORMAIS: SEMÂNTICOS E LÓGICOS

“Preto é preto? branco é branco?”

*Ou: quando é que a velhice começa,
surgindo de dentro da mocidade.”*

(João Guimarães Rosa, em *Grande Sertão: Veredas*)

Feito o mapeamento expositivo das principais teses jusrealistas e após as primeiras aproximações críticas feitas no capítulo anterior a algumas das teses comuns aos vários tipos de jusrealismo (representadas pela via moderada de Guastini), é já possível expor, com maior detalhamento e profundidade, uma série de argumentos destinados a avaliar o poder teórico da tese cético-voluntarista segundo a qual não há normas senão depois da interpretação (judicial) da lei, para aferir se ela é logicamente consistente e se tem mesmo as consequências que seus defensores em geral lhe atribuem; se por acaso não encerra premissas verdadeiras mas triviais, que por isso não podem suportar uma conclusão tão ambiciosa quanto a de que Legisladores não criam normas jurídicas; se constitui uma boa descrição das práticas jurídicas, especialmente da interpretação e da decisão judiciais; se corresponde, fenomenologicamente, às intuições, noções e concepções gerais acerca das práticas jurídicas; se suas consequências são mesmo desejáveis, dentre outras análises semelhantes.

Esses vários tipos de testes a que será submetida a tese em questão podem ser agrupados em cinco blocos: **a) testes semânticos**, destinados a identificar os vários sentidos em que essa tese pode ser entendida, uma vez que, em alguns desses sentidos, seu conteúdo poderá veicular verdades triviais e indisputadas (teoreticamente irrelevantes, portanto), mas, em outros sentidos, exageros equivocados; convém discernir estes e aqueles muito claramente, para que sejam afastadas quaisquer instabilidades proposicionais que dificultem o debate; **b) testes lógicos**, destinados a aferir se ela não apresenta *i)* inferências inválidas (como a de tipo *non sequitur*, que deriva conclusões que, porém, não decorrem necessariamente das premissas), *ii)* inferências incompletas (como a de desconsiderar ou esconder eventuais consequências indesejáveis, mas inevitáveis, das premissas assumidas), ou *iii)* contradições performativas (em que o dizer e o conteúdo do que é dito se contradizem mutuamente); **c) testes epistêmicos**,

destinados a averiguar se ela é mesmo uma boa descrição das práticas jurídicas do ponto de vista do desenho normativo dessas mesmas práticas ou do ponto de vista puramente factual; **d)** *testes fenomenológicos*, destinados a analisar se ela corresponde àquilo que tanto o público leigo, quanto os atores mais diretamente envolvidos nas práticas jurídicas (Legisladores, Juízes, Administradores, Advogados, Promotores, Auxiliares da Justiça *etc.*) imaginam que estão fazendo quando nelas estão engajados; e **e)** *testes pragmáticos*, destinados a avaliar as consequências – diretas ou indiretas, intencionais ou não – da tese em questão.

Esses cinco tipos de testes podem ser agrupados em duas grandes classes: **a)** de um lado, a dos *testes formais*, integrada pelos dois primeiros (semânticos e lógicos), que serão aplicados já neste terceiro capítulo; e **b)** de outro, a dos *testes materiais*, integrada pelos três últimos (epistêmicos, fenomenológicos e pragmáticos), que serão aplicados no quarto e último capítulo.

3.1 TESTES SEMÂNTICOS: “*O que é que se afirma, afinal?*”

É bastante comum que proposições, de um modo geral, ocasionalmente apresentem ambiguidades e equivocidades de sentido: sua formulação frasal não é capaz de, sozinha, esclarecer em qual de seus vários sentidos virtualmente possíveis ela é empregada em determinado contexto. Isso, aliás, é afirmado pelo próprio ceticismo voluntarista – o que não deixa de conter certa ironia –, embora em relação aos enunciados normativos; porém, as próprias teses céticas, por serem também elas vertidas em linguagem natural, sofrem dessa relativa indeterminação.

Por essa razão, antes de qualquer outro teste ou escrutínio, é preciso demonstrar a ambiguidade presente em algumas das principais teses cético-voluntaristas, sobretudo aquela ambiguidade consistente no fato de uma mesma formulação poder ser entendida em um sentido forte, imoderado e, simultaneamente, em um sentido fraco, modesto.

A propósito desse tipo específico de ambiguidade, muitas vezes não fica claro se os defensores dessas teses as afirmam num sentido ou noutro. Também não é incomum que alguns deles inclusive transitem, deslizem, entre um e outro, seja de forma inconsciente, por não atinar muito bem para a ambiguidade em questão, seja de forma consciente e estratégica, recuando para o sentido fraco sempre que o sentido forte é alvo de suas respectivas objeções.

Então, o primeiro tipo de teste a que a tese cético-voluntarista será submetida neste capítulo será de natureza semântica, com a finalidade de mapear as ambiguidades mencionadas e responder à questão: mas, afinal, o que é que o ceticismo normativo e o voluntarismo interpretativo estão afirmando *exatamente* quando afirmam que as normas só surgem após a

interpretação (judicial) da lei? Com isso, será possível inclusive oferecer defesa preventiva – como se fará ao final desta seção – à objeção esperada de que muitas das críticas feitas aqui teriam como objeto meros “espantalhos”, ou seja, à objeção de que essas críticas não se voltariam contra teses realmente defendidas por qualquer escola justeórica, mas contra meros simulacros e caricaturas de mais fácil refutação.

3.1.1 A ambiguidade inerente à proposição aqui discutida – e a proposições correlatas

Talvez a proposição mais típica do ceticismo voluntarista e que, portanto, mais se destaca dentre as teses que são comuns a todas às suas vertentes seja a de que “*A norma constitui não o objeto, mas o resultado da atividade interpretativa.*”¹⁹⁶. Essa proposição, por estar assentada na distinção conceitual óbvia entre “texto” e “norma”, passou a ser aceita não só com grande facilidade e rapidez por aqueles que iniciam seus estudos em Teoria e Filosofia do Direito, como logo foi alçada à condição de tese unânime, por supostamente veicular um consenso já incompatível com qualquer crítica sensata ou dúvida razoável e que, portanto, em tese, encerra um daqueles consensos científicos que já dispensam qualquer tipo e grau de reexame teórico.

Todavia, não é possível concordar ou discordar de uma proposição sem que, antes, seus termos sejam depurados para que se identifique qual é, afinal, o seu sentido exato. Sem essa profilaxia linguístico-conceitual, é bem possível – e aliás bastante corriqueiro, nos debates de um modo geral – que ocorram falsas concordâncias e falsas discordâncias, dificuldades de comunicação, instabilidades proposicionais e uma série de ruídos linguísticos que dificultam os debates e prejudicam o desenvolvimento teórico.

O mesmo cuidado, naturalmente, deve ser estendido à análise da proposição discutida aqui: “*A norma constitui não o objeto, mas o resultado da atividade interpretativa.*”. À primeira vista, essa formulação parece ter um significado não só muito claro como também unívoco, o que, para muitos, pode aumentar ainda mais a sua verossimilhança – que já existia antes por ela estar assentada naquela distinção óbvia entre “texto” e “norma” – e, proporcionalmente, diminuir o rigor cauteloso que deve sempre anteceder qualquer adesão proposicional.

Porém, a proposição é *ambígua*, por conter pelo menos dois significados: **a)** é possível dizer que a norma jurídica é resultado da interpretação no sentido *forte e ontológico* de que,

¹⁹⁶ GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*, p. 17.

antes da interpretação, *não havia nem jamais houvera norma alguma*, mas tão somente textos (legislativos), no sentido bruto e material de “tinta no papel” ou mesmo no sentido mais sofisticado e cultural de “meros signos linguísticos indeterminados”; nesse sentido, ambicioso, a proposição quer significar que as normas *nascem* com a interpretação); mas também **b)** é possível dizer que a norma jurídica é resultado da interpretação no sentido *fraco e epistemológico* – já completamente trivial – de que a cognição humana, para conhecer o significado de um texto, tem de exercer atos de interpretação mais ou menos complexos a depender de cada caso; nesse sentido modesto, as normas *só podem ser conhecidas* mediante atos de interpretação, o que é óbvio)¹⁹⁷.

No sentido forte, a tese em questão significa que os enunciados normativos *não contêm normas* e, aliás, *jamais propriamente as conterão*. Por serem meros conjuntos de signos linguísticos indeterminados, os textos legais não *são* normas, não *estabelecem* normas e nem sequer *contêm* normas: eles servem apenas de *matéria-prima* para a construção normativa que se dará apenas depois, com os atos de interpretação-criação (seja dos vários intérpretes, mais amplamente, seja dos Juízes, mais especial e autoritativamente). Usada nesse sentido forte, a

¹⁹⁷ Apesar de ser óbvia a afirmação de que a identificação do significado depende de atos mentais interpretativos, é preciso apontar para um fato geralmente negligenciado pelas discussões realistas procedidas em nível muito abstrato: há muitos casos em que o conjunto de signos linguísticos a ser interpretado é tão semanticamente reiterado e estabilizado numa determinada comunidade de falantes, que a sua interpretação é uma tarefa não-problemática, quase simplória e talvez instantânea, o que faz alguns teóricos duvidarem de que, nesses casos, seja aconselhável utilizar o termo “interpretação”. Para Konrad Hesse, “onde não há dúvida, não há interpretação e, muitas vezes, nenhuma interpretação é necessária” (“*Wo Zweifel nicht bestehen, wird nicht interpretiert und bedarf es auch oft keiner Interpretation*”, em HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 21).

Segundo essa visão, o conceito de “interpretação”, para fazer algum sentido razoável, pressuporia *certo grau de dificuldade de captação de sentido*, o que não ocorre nos casos que, em determinada comunidade linguística, são claros e indisputados. Eis uma compreensão moderna e contemporânea do clássico brocardo hermenêutico-jurídico *clara non sunt interpretanda*, segundo o qual a interpretação é o método cuja aplicação se torna necessária justamente para tornar possível a apreensão de sentido que, antes, era objeto de alguma dificuldade. Assim, de duas, uma: ou **a)** o texto fornece, em alguma porção sua, clareza de significação, imediatamente apreendida pela inteligência, hipótese em que essa porção não precisará ser “interpretada”; ou **b)** o texto não fornece tal clareza, demandando interpretação que “desenterre” ou “clarifique” o seu significado. Se em todos os passos fosse necessário haver interpretação, então a apreensão de sentido se tornaria metodologicamente impossível, porque infinitamente regressiva; e mais: nesse caso, não estaria satisfeita nem sequer a condição wittgensteiniana de que, para um termo ter *sentido*, ele deve poder ser aplicado pelas pessoas de forma correta e não-problemática pelo menos em algumas de suas aplicações; e, não satisfeita essa condição, os textos seriam puro *nonsense*.

É verdade, todavia, que esse debate não parece ser tanto *conceitual* quanto de *mera nomenclatura*, tratando-se mais de uma disputa pelo uso do termo “interpretação” do que qualquer outra coisa. No entanto, é valiosa a intuição, de resto bastante elementar, de que há extrações de sentido mais diretas e simples do que outras. Essa intuição tem a vantagem de permitir com que, no caso das dimensões de evidência, seja possível afirmar-se, comodamente, que quem construiu a norma foi o Legislador antes, e não o Juiz depois, como procurarei demonstrar mais demoradamente nos tópicos que tratarão dessa discussão.

tese terá *natureza ontológica*, por pretender dizer quando é que as normas são *constituídas*, ou seja, quando é que *passa a haver normas*.

Já no sentido fraco, a tese significa apenas que as normas só podem ser *conhecidas* pelas pessoas mediante atos cognitivos de interpretação. Nesse sentido deflacionado e já claramente trivial (pois indisputado e possivelmente jamais negado por alguém), não é que as leis escritas *não contenham* normas, mas apenas que a identificação das normas contidas nos textos consiste em um processo interpretativo, já que *toda* comunicação humana é interpretativa de algum modo e em algum grau. Usada nesse sentido fraco, a tese terá *natureza epistemológica*, por pretender dizer apenas como as normas podem ser *conhecidas*, mesmo reconhecendo que já existiam antes da interpretação.

Vê-se, assim, que aquela impressão de clareza e univocidade da tese aqui escrutinada (“*A norma constitui não o objeto, mas o resultado da atividade interpretativa.*”) era enganosa: já não sabemos exatamente em que sentido é empregado o termo “resultado”, aí: se no sentido genético, constitutivo e ontológico; ou se no sentido epistêmico, declarativo e metodológico. No primeiro caso, trata-se de uma afirmação ambiciosa, a demandar forte ônus argumentativo e carga probatória; no segundo, trata-se de uma afirmação muito modesta, que inclusive dispensa qualquer argumentação ou prova, por ser absolutamente indisputada.

Então, que a norma seja resultado da interpretação, ou se trata de um *truísmo banal*¹⁹⁸, ou de um *exagero aberrante*. A ambiguidade em questão é bastante curiosa, pois encerra tanto um sentido correto, mas óbvio, quanto um sentido muito forte e, por isso mesmo, incorreto ou, no mínimo, implausível. A propósito, é bastante comum que, em debates a respeito do tema, a tese seja enunciada tendo-se em vista o seu sentido forte, mas, já à primeira objeção contra este, seu defensor recue para comodamente abrigar-se em seu sentido trivial, numa *instabilidade*

¹⁹⁸ Nesse sentido, vale a transcrição dos seguintes trechos de Mauro Cappelletti (extraídos de: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, pp. 24-25): **a)** “Em suma, o esclarecimento que se torna necessário é no sentido de que, quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária ‘*law-making*’”; **b)** “Conquanto verdade que nem precedentes nem normas legislativas podem vincular *totalmente* o intérprete – que não podem, assim, anular de todo a que denominarei a sua imprescindível *necessidade de ser livre*, e portanto a sua *criatividade e responsabilidade* –, também é verdade, contudo, que o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na ‘*equidade*’ ou em análogos e vagos critérios de *valoração*”; e **c)** “Mas também é verdade que existe, pelo menos, um baluarte extremo, digamos uma fronteira de bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação do *case law*, quanto no do direito legislativo, ao menos porque também as palavras têm freqüentemente um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo”.

proposicional que, sendo consciente e estratégica ou não, sempre dificulta o diálogo pelo menos em alguma medida.

Aliás, não é só essa proposição, considerada em si mesma, que padece de ambiguidade: inclusive um de seus sentidos possíveis é ambíguo ele próprio. Considere-se o sentido forte e ontológico em sua variante judicialista e se chegará à seguinte tese: “*São os Juízes que criam as normas jurídicas.*”.

Mesmo que tal proposição seja uma das possibilidades interpretativas da tese inicial (“*A norma constitui não o objeto, mas o resultado da atividade interpretativa.*”), ela própria é ambígua, na medida em que pode ser, também ela, entendida em vários sentidos diferentes: ou **a)** no de que os Juízes desrespeitam os limites de sua função, ao não poderem controlar o impulso psicológico de decidir como quiserem (*determinismo psicologista*); ou **b)** no de que eles precisam necessariamente fazê-lo, devido à indeterminação da linguagem, ao menos em alguns casos, mas virtualmente em todos (*indeterminismo linguístico*); ou **c)** no de que eles criam normas individuais que, apenas quando estabilizadas em precedentes editados de forma vinculante e por força do princípio da igualdade, acabam por se converter em normas gerais em algum sentido (*precedentalismo vinculativo*); ou **d)** no de que eles criam normas tal como os Legisladores, isto é, da mesma forma, no mesmo grau e para os mesmos fins (*nomopoiese judicial irrestrita*); ou **e)** no de que eles acabam por criar normas em algum sentido, mas de formas, em graus e para fins distintos da nomopoiese legislativa (*nomopoiese judicial intersticial*)¹⁹⁹; dentre outros sentidos eventualmente possíveis.

Isso mostra que as discussões justeóricas a respeito da nomogênese e da interpretação não podem se limitar ao âmbito *conceitual e abstrato*, devendo necessariamente “descer” ao nível *empírico e concreto*, pois generalidades abstratas sentenciosas como “*Juízes criam normas.*” escondem muitas ambiguidades, nuances e sutilezas que inevitavelmente fazem com que a questão acabe por “escapar das mãos”, aliás junto com o – antes possível – êxito teórico de resolvê-la a contento.

¹⁹⁹ Esse último sentido parece ser o adotado como aceitável por José Lamego: “Na nossa opinião, a valia das teses metodológicas não deve ser aferida pelo grau de sofisticação especulativa, mas pela conformidade aos princípios constitucionais sobre a separação e o equilíbrio dos poderes e pela aptidão para oferecer à prática critérios seguros de orientação. Isto é particularmente verdadeiro a propósito do modo como a doutrina (a ciência do Direito ou dogmática jurídica) e a jurisprudência dos tribunais enfrentam os problemas de indeterminação das soluções normativas que a interpretação da linguagem das ‘fontes’ não consegue, por si só, solucionar: estarmos a referir-nos, sobretudo, à integração das lacunas e à eliminação das antinomias – são estes os dois âmbitos a que deve restringir-se a admissibilidade de o juiz poder actuar, como usa dizer-se, como ‘legislador intersticial’” (LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, p. 107).

3.1.2 O exagero inerente ao sentido forte da tese analisada

A tese cética forte tem compromissos teórico-descriptivos visivelmente exagerados²⁰⁰ e, aliás, esta sua sobrecarga propositiva implausível se expressa nos diversos âmbitos de descrição que, com base nela, procura-se em geral fazer das práticas jurídicas: **a)** da constatação de que o Direito não é um sistema normativo abstrato e unitário, preestabelecido, dotado de clareza insofismável e suficiente à resolução de absolutamente todos os casos, o ceticismo normativo e o voluntarismo interpretativo acabam por concebê-lo como o exato oposto disso: uma poeira caótica de casuísmos desconexos e mesmo contraditórios, já que, nesse caso, só existiriam as normas individuais e concretas impostas volitivamente pelos Juízes ao “interpretar” as fontes jurídicas; **b)** da constatação de que a linguagem natural ocasionalmente oferece dificuldades interpretativas, o ceticismo voluntarista acaba por afirmá-la como sendo “indeterminada” (assim abstratamente, sem ressalvas, exceções ou nuances), como se ela fosse ininteligível, porque constituída de signos suscetíveis a qualquer leitura projetiva de significados os mais diversos, como se fossem potências passivas sempre à espera da “determinação interpretativa” *etc.*; **c)** da constatação de que as normas jurídicas não são os únicos elementos levados em consideração pelos Juízes ao procederem à adjudicação dos casos concretos, o ceticismo voluntarista acaba por descrever esta última como um processo irracional e em boa medida alheio ao discurso positivo das fontes, ao sentido claro das leis e assim por diante; **d)** da constatação de que o silogismo jurídico clássico não é capaz de explicar a complexidade da fundamentação e das decisões judiciais, sobretudo nos ditos casos difíceis, o ceticismo voluntarista as transforma em discursos quase que totalmente estranhos à lógica silogística, ao discurso formalizado pela estrutura de premissas e conclusões *etc.*²⁰¹; e **e)** da constatação de

²⁰⁰ “[...] os argumentos a favor da indeterminação, tal como geralmente apresentados, são muitas vezes pouco convincentes e, tipicamente, exageram seu alcance [...]” (COLEMAN, Jules Leslie; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*, p. 327).

²⁰¹ Neil MacCormick defende a existência de decisões puramente silogísticas: “[...] algumas pessoas negam que o raciocínio jurídico possa ser alguma vez estritamente dedutivo. Se essa negativa pretende ser estrita, implicando que o raciocínio jurídico não é ou jamais pode ser somente dedutivo em sua forma, então a negativa é manifesta e demonstravelmente falsa. Algumas vezes é possível demonstrar conclusivamente que uma dada decisão está juridicamente justificada por meio de um argumento puramente dedutivo” (MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, apud MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, p. 104).

que os Juízes não se limitam a aplicar normas preestabelecidas e de que a divisão entre os Poderes Legislativo e Judiciário não é absoluta, o ceticismo voluntarista muitas vezes afirma ou sugere que, só por isso, todas as normas são feitas pelos Juízes sempre, que o Legislador não é o criador preferencial de normas jurídicas, podendo o Juiz criar a norma que bem entender, quando assim lhe aprouver, pelas razões retóricas que considerar mais convincentes.

Trata-se de exageros evidentes – e não haveria tanto problema que fossem afirmados *enquanto tais*, ou seja, um tanto hiperbolicamente, para em certos casos se opor aos exageros contrários de forma pedagogicamente útil. O problema é que, não poucas vezes, são ditos como se fossem descrições milimetricamente objetivas do Direito (com a impressão autolisonjeira de se tratar de uma posição “realista”, meramente descritiva) e, pior, costumam se enraizar acriticamente no imaginário jurídico de modo a dificultar sobremaneira o seu fácil desmentido científico, tanto teórico, quanto prático. Não é incomum que teorias exageradas promovam um *descarte afoito* de ideias que precisariam apenas ser refinadas, trabalhadas, ajustadas *etc.*; e, aliás, não é incomum que essas mesmas teorias exageradas contenham intuições até muito fecundas e promissoras, que, porém, demandariam um maior cuidado teórico para que não se convertessem em exageros tão equivocados quanto os erros que lhes são simetricamente opostos.

Um exemplo de refinamento teórico possível da intuição inicial e bruta de que os textos normativos são “indeterminados” (assim sem ressalvas ou nuances) é o seguinte: ao invés de se dizer simplesmente que as razões jurídicas para decidir os casos judiciais são “indeterminadas”, dando a questão por encerrada, é possível – e aliás necessário – estabelecer *graus diferentes de indeterminação*. Em ordem decrescente de intensidade da indeterminação, é possível cogitar das seguintes proposições: **a)** as razões jurídicas nunca são adequadas para embasar algum

Aliás, o desprezo pelo conceito de silogismo jurídico e pelos cânones tradicionais de interpretação jurídica não se justifica de modo algum: **a)** o fato de aquele silogismo não ser simplista, mecânico, *etc.* não implica a inexistência de raciocínios silogísticos, aliás sempre abundantes, nos casos judiciais, mesmo nos chamados casos difíceis. Sempre há algum silogismo, como defende Neil MacCormick; e **b)** o fato de estes cânones não bastarem para resolver absolutamente todos os casos e de não haver uma metarregra que os hierarquize em abstrato não é um fato que faça deles instrumentos metodologicamente imprestáveis, nem autoriza que se faça apologia ao caos metodológico-judicial, cuja única e superestimada virtude seria a de assumir sinceramente o seu caráter caótico.

Sobre o caráter injusto e simplista da crítica aos cânones tradicionais da hermenêutica jurídica: “O textualismo é geralmente associado com as regras de interpretação chamadas de cânones interpretativos – que têm sido amplamente criticados, de fato até ridicularizados pela doutrina moderna. [...] Tudo isso [o conteúdo dos cânones em questão] é tão intuitivo pelo senso comum que, se os cânones não estivessem expressos em latim, você teria dificuldades para acreditar que alguém pudesse criticá-los. Mas, de fato, os cânones têm sido atacados como uma farsa” (SCALIA, Antonin. *Uma questão de interpretação*: os Tribunais Federais e o Direito, pp. 36-37).

resultado; **b)** as razões jurídicas são suficientes para embasar qualquer resultado; **c)** as razões jurídicas nunca embasam um único resultado em qualquer tipo de caso; e **d)** as razões jurídicas nunca embasam um único resultado nos “casos difíceis”; *etc.*²⁰². Há muitos graus diferentes de indeterminação e, aliás, a linguagem natural é incompatível tanto com a determinação absoluta quanto com a indeterminação total.

3.1.3 A inutilidade teórica do sentido fraco da tese analisada: trivialidade proposicional

O caráter exagerado e implausível da tese cético-voluntarista forte faz com que, por vezes, seus defensores procurem “suavizá-las” mediante um *recoo proposicional*, num autêntico *shift* semântico: **a)** em relação à proposição abstrata de que a linguagem humana é “indeterminada”, é comum que se afirme, para remediar, que o verdadeiro sentido dessa proposição é o de que a linguagem humana é *apenas parcialmente* indeterminada; já **b)** em relação à proposição abstrata de que são os Juízes que “criam” – assim sem mais – as normas jurídicas, é usual que se afirme, para tentar corrigir o exagero, que o seu conteúdo propositivo é somente o de que, considerados todos os vários intérpretes dos textos normativos, apenas a interpretação dos Juízes é verdadeiramente *autoritativa*, podendo, por isso e afinal, impor determinado resultado aos casos concretos resolvidos pelo Poder Judiciário.

Porém, o conteúdo moderado dessas proposições jamais foi negado ou disputado seriamente, pois: **a)** o sentido fraco – e mesmo evidente – da indeterminação *parcial* da linguagem natural sempre foi afirmado pelas correntes positivistas normativistas e, a rigor, jamais chegou a ser propriamente contrariado ou negado nem mesmo pelo formalismo legalista mais extremado, como bem demonstra o fato de que, inclusive nas práticas jurídicas formalistas, sempre houve a previsão de métodos de interpretação que se destinavam precisamente à colmatação da lacunas legislativas, à supressão de antinomias normativas *etc.*; e **b)** o sentido fraco – e até óbvio – do caráter autoritativo das decisões judiciais também sempre foi por todos os sistemas justeóricos, seja ao se afirmar que os Juízes criam normas, sim, mas apenas as

²⁰² A tipologia de graus distintos de indeterminação foi retirada de: COLEMAN, Jules Leslie; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*, pp. 319-323.

normas individuais e concretas, seja ao se afirmar que as decisões judiciais, mesmo as incorretas, acabam por prevalecer em termos eficaciais, nos casos concretos²⁰³.

Ora, nunca se negou que, diferentemente do que ocorre com as linguagens artificiais da lógica, da matemática ou da programação, a linguagem natural empregada nos textos normativos ocasionalmente oferece dificuldades interpretativas, maiores ou menores a depender do caso. Mais que isso, sempre se teve consciência de que, justamente como consequência dessas dificuldades hermenêuticas ocasionais, a interpretação jurídica (e, portanto, o ofício jurisdicional) é bem mais do que um mecânico e meramente subsuntivo “cara-crachá” entre fatos e textos. No máximo e quando muito, pode-se cogitar de que o positivismo exegético-formalista tenha sido a única escola que diminuía em grau desmesurado o caráter complexo da interpretação jurídica e do ofício jurisdicional; todavia, como o exagero formalista não encontra mais adeptos, criticar o “legalismo ingênuo” é, hoje, um expediente dialeticamente desnecessário e teoreticamente inútil.

Então, no sentido em que as duas teses realistas ora analisadas são verdadeiras (isto é, no seu sentido moderado, deflacionado, mitigado), elas são ao mesmo tempo *teoreticamente triviais*, pois limitam-se a afirmar aquilo que sempre se afirmou ou que, pelo menos, jamais se negou realmente, sobretudo pelas escolas justeóricas mais ativas. Conquanto verdadeiras, as proposições acima referidas, desde que entendidas em sua acepção suave, revestem-se de uma clara *trivialidade proposicional*, pois o seu conteúdo é de todo incontroverso.

No entanto, essas teses – que são falsas no que exageram e verdadeiras no que trivialmente afirmam – podem ser consideradas algo pior do que meramente inúteis: no atual contexto jurídico-político dos sistemas jurídicos ocidentais, elas podem ser inclusive *nocivas*, já que, hoje, o erro que parece contaminar as práticas jurídicas de um modo geral é *exatamente o erro oposto* ao que era classicamente cometido pelo formalismo legalista, apresentando-se, agora, na forma de ativismo judicial, decisionismo voluntarista *etc.* Em outros termos, criticar hoje o positivismo formalista do século XIX, mesmo que com razão (e nem sempre esse é o caso), é algo não só anacrônico, como potencialmente dissimulador dos problemas que inegavelmente existem hoje – e que precisam ser discutidos e, na medida do possível, resolvidos

²⁰³ A propósito, como demonstrarei na próxima seção (tópico 3.2.1, letra *c*), em um teste lógico que evidenciará o caráter *non sequitur* desta afirmação, e como aliás Hart já havia demonstrado em sua obra magna, o fato de a interpretação judicial se revestir de autoridade e de, consequentemente, o seu comando *acabar por prevalecer* (mesmo que *definitivamente*) *não implica* que as normas jurídicas sejam criadas pelo Juiz, nem, menos ainda, que elas só possam ser criadas por Juízes (ver, a esse respeito, a seção “O caráter definitivo e a infalibilidade na decisão judicial” em: HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, pp. 183-191).

–, no atual consenso cético-voluntarista que se formou e se alastrou muito rapidamente, ao menos no Brasil e ao menos no âmbito da Dogmática Jurídica especializada (uma vez que, muito provavelmente, os Filósofos do Direito não sustentam realmente o sentido forte e ambicioso das proposições acima referidas).

3.1.4 A consequência da ampliação do rol de intérpretes normativos e o necessário e sub-reptício retorno ao ceticismo forte e judicialista

Um dos recuos semânticos estratégico-defensivos feitos por defensores da tese cético-voluntarista aqui analisada é o seguinte: para evitar a consequência de que apenas os Juízes criem as normas jurídicas – consequência indesejável porque implausível, mas sem dúvida uma das principais consequências lógicas da tese abstrata segundo a qual a norma é resultado da interpretação, jamais seu objeto –, adota-se o expediente argumentativo de dizer que, quando se fala em interpretação, não se está falando apenas da interpretação *judicial*. Ou seja: amplia-se o rol de intérpretes para não se incorrer no que se poderia chamar de *judicialismo nomopoiético*, ou seja, a noção de que só os Juízes produzem normas gerais em sociedade.

Então, por um lado esse expediente de fato parece evitar a consequência indesejável da premissa cética: o voluntarismo judicialista, segundo o qual os Juízes seriam os verdadeiros e únicos criadores de normas nas sociedade jurídico-políticas em geral. Mas, por outro lado, o recurso se sujeita a uma crítica ainda mais cabal, que é a seguinte: se as normas jurídicas são criadas a partir da interpretação e se a interpretação constitui atividade feita *por qualquer um a qualquer tempo* (Legisladores, Juízes, Juristas, Povo *etc.*), então não há verdadeiramente um ordenamento jurídico, mas uma simultaneidade de normas, inclusive mutuamente contraditórias: a respeito de qualquer tema, haverá tantas normas quantas forem as interpretações feitas, por quem quer que seja, a respeito dos textos normativos que pareçam dispor algo sobre ele. Isso resultaria em um *caos normativo*, também fortemente implausível, não só em termos de dever-ser (clave *prescritiva*), por frustrar a segurança jurídica enquanto uma das finalidades mais básicas de qualquer sistema jurídico civilizado, mas mesmo em termos de ser (clave *descritiva*), por realmente não ser uma boa descrição das práticas jurídicas tal como são entendidas pela maioria de seus participantes.

Salta aos olhos o caráter artificioso e inverossímil dessa nova tentativa de salvar a tese de que é só a interpretação posterior à lei²⁰⁴ que cria as normas jurídicas. É que se essa nova proposição fosse verdadeira, teríamos de acreditar que, a cada vez que alguém – qualquer pessoa, em qualquer contexto – “interpretasse” um enunciado normativo em determinado sentido, imediatamente surgiria, aí e só por isso, uma norma jurídica correspondente. A imagem é claramente absurda e, por isso, talvez nunca tenha sido defendida por ninguém, assim exposta de forma concreta, nua e crua. Mesmo assim, ela é defendida *abstratamente* – isto é, mediante a inconsciência, ou o ocultamento intencional, dessa sua consequência concreta aberrante – e com o objetivo de afastar a consequência também absurda da proposição rival, segundo a qual só os Juízes produziram normas jurídicas em sociedade.

Ou seja: para evitar uma consequência indesejável (“*Normas jurídicas são criadas apenas por Juízes.*”), o expediente argumentativo aqui analisado (“*Nem só os Juízes são intérpretes dos enunciados normativos.*”) recai em outra: a de que, sobre um mesmo tema, haja normas em número virtualmente infinito, muitas delas inclusive contraditórias entre si, tantas quantas forem as interpretações feitas dos enunciados normativos a seu respeito. Essa consequência poderia ser chamada de *hipernomia* (normas “demais”), circunstância que paradoxalmente se difere em quase nada de uma verdadeira *anomia* (ausência de normas).

E, a essa altura, já fica claro que, para remediar esse caos interpretativo-nomogenético, nosso interlocutor poderá (e, aliás, acaba sempre por ter de) dar primazia à interpretação especificamente *judicial* dos textos normativos, sob o fundamento de que, como é só esta a interpretação que acaba por prevalecer, somente ela poderia, então, verdadeiramente produzir

²⁰⁴ Digo “interpretação *posterior à lei*”, com essa especificação cronológica, porque é disso que a tese cético-voluntarista parece tratar, o que já bem demonstra, inclusive, que há aí um desprezo – maior ou menor, consciente ou não – da interpretação que o *próprio Legislador* faz e tem de inevitavelmente fazer do texto que irá servir de meio linguístico destinado ao registro e à comunicação das normas sancionadas pelo Parlamento. Ora, o Legislador é o *primeiro intérprete* do texto legislativo; caso contrário, como poderia ele escolher *um texto normativo específico*, dentre tantos possíveis, para formalizar linguisticamente a lei aprovada, sem antes *interpretá-lo* de modo a se certificar de que ele realmente corresponde à vontade deôntico-legislativa? Em termos mais simples: se o Legislador não promovesse um primeiro e importantíssimo ato interpretativo do texto legal, aliás antes mesmo da sua aprovação, o que é que o teria levado a escolher especificamente esse mesmo texto e não qualquer outro? Como se vê, o argumento cético-voluntarista centra sua atenção apenas e tão somente nos atos interpretativos feitos *após* a publicação dos textos normativos, o que é discutível e bastante problemático, embora seja um problema muitas vezes negligenciado e muitas vezes sequer notado nas discussões sobre o tema. Se, por um lado, é verdade que sem interpretação não há cognição possível a respeito do sentido ou significado de um texto, por outro lado não é menos verdade que o *próprio Legislador faz interpretação do texto legislativo promulgado, aliás de forma primeira e prioritária*. Desconsiderar esse fato – de que o Legislador também interpreta o texto legislativo – não deixa de ser uma simples e lógica decorrência de se desprezar o critério hermenêutico da “vontade legislativa”, como se verá de forma mais específica e detalhada mais adiante (*vide* o teste pragmático aplicado no tópico 4.3.4).

as normas jurídicas. Volta-se, assim, a endossar a primeira consequência indesejável e a submeter-se por isso às críticas respectivas. Nesses casos, ocorre um súbito e sub-reptício retorno à defesa da tese forte, judicialista, depois da tentativa malograda de suavizá-la na aparência²⁰⁵.

Com isso, demonstra-se que, uma vez aceita a premissa cético-voluntarista fundamental (a de que é só a interpretação posterior à edição dos textos normativos que verdadeiramente cria as normas jurídicas), sempre haverá alguma consequência indesejável e fortemente implausível, independentemente de qual seja a extensão do rol de intérpretes cuja interpretação seja a responsável, em tese, pela criação das normas: se o rol é amplo (para evitar-se o judicialismo), chega-se incontornavelmente ao caos normativo; mas se se reduz o rol aos Juízes (para evitar-se o caos normativo), é impossível evitar o judicialismo. E não há como fugir desse dilema: *tertium non datur*.

Demonstra-se, assim, que a tese aqui analisada só pode conduzir a um de dois resultados, aparentemente: ou a uma poeira caótica de normas, que podem ser criadas a qualquer tempo por qualquer pessoa, ou a um sistema de normas criadas sempre, necessariamente e tão somente pelos Juízes.

3.1.5 Preventivamente: este trabalho não se volta contra um “espantalho”

Uma vez identificado de forma minimamente clara e estabilizada qual é, afinal, o conteúdo proposicional da tese escrutinada, é possível e necessário demonstrar que, embora a sua modalidade radical talvez realmente não encontre mais adeptos que conheçam e aceitem

²⁰⁵ É preciso notar, a esse respeito, que mesmo o jusrealismo europeu – que procura abrandar o *judicialismo* tão característico no jusrealismo norte-americano – acaba por se referir, no fim das contas, às decisões judiciais, e não tanto às demais “interpretações”. Relembre-se o trecho em que Guastini, ao mencionar a crítica de Genaro Carrió, segundo a qual tanto o formalismo legalista quanto o realismo cético seriam falsos, diz expressamente o seguinte: “A crítica ao formalismo é irrepreensível. A crítica ao realismo, ao contrário, suscita alguma dúvida. [...] O ponto, muito simplesmente, é o seguinte: quem decide se um caso cai na ‘zona de luz’ ou na ‘zona de penumbra’? Quem traça a fronteira entre as duas áreas? Obviamente, os juízes. Os juízes, a saber, usam discricionariedade não só no decidir a solução de controvérsias que caem na ‘zona de penumbra’, mas também no decidir se uma controvérsia cai, no [*sic*] não, na ‘zona de luz’. Em síntese, são fruto de decisões interpretativas as próprias fronteiras incertas entre ‘luz’ e ‘penumbra’; em outras palavras, a própria penumbra é o resultado da discricionariedade dos intérpretes” (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, p. 148). Note-se, aí, a *oscilação hesitante* que os testes semânticos deste trabalho demonstram haver, muitas vezes, nas teses cético-voluntaristas, quando se referem à interpretação que supostamente cria normas (gerais): Guastini, nesse trecho, fala ora em “Juízes”, ora simplesmente em “intérpretes”, mas, pelo contexto, é possível afirmar que, no fim das contas, ele acaba por ter em vista especificamente a interpretação judicial, e não qualquer outra.

todas as suas consequências logicamente incontornáveis, o presente trabalho não volta sua análise e seus argumentos críticos a uma sua caricatura exagerada ou distorcida.

Em outras palavras, é necessário enfrentar a previsível objeção de que a análise crítica aqui empreendida incorreria na falácia do “espantalho”, falácia informal consistente na substituição – inadvertida ou intencional – da tese a ser criticada por alguma outra que seja mais facilmente refutável, por ser mais inconsistente, ou mais inverossímil, ou inclusive francamente absurda, padecendo, enfim, de qualquer tipo ou grau de desvantagem epistêmica ou retórica.

De fato, a tese cética forte, por várias de suas consequências indesejadas e inevitáveis (a serem exploradas nos testes lógicos que serão aplicados na próxima seção), é tão implausível, que é muito comum se pensar e dizer que ninguém a defende realmente, ou seriamente, ou exatamente ela; é, sim, razoável pensar-se que quem aparentemente a defende na verdade defende outra coisa, ou expressou-se mal, ou foi mal interpretado, tamanha a absurdez inerente às suas consequências²⁰⁶.

Alguns dos principais expedientes argumentativos de que se poderia valer alguém que pretendesse acusar a crítica aqui empreendida de incorrer na falácia do “espantalho” seriam os seguintes: **a)** muitos endossatários da tese cética rejeitam explicitamente a proposição segundo a qual somente os intérpretes (a rigor, os Juízes) criam normas em sociedade; e **b)** mesmo que as normas sejam criadas apenas quando da interpretação, isso não significa que o processo interpretativo seja arbitrariamente voluntarista ou ilimitadamente discricionário, por estar submetido aos “limites do texto”, conforme expressão que se tornou recorrente e que se julga, incorretamente, como suficiente para permitir a adesão à tese cética e à simultânea evitação de suas consequências indesejáveis.

Porém, esses expedientes não resistem a uma análise mais demorada da questão, pois: **a)** mesmo quem rejeita a tese cética forte ou algumas de suas consequências mais aberrantes acaba por repetir *abstratamente* certos pressupostos que acabam por implicá-las de qualquer forma, ainda que não se tenha consciência disso; e **b)** o recurso fácil e genérico de dizer que a interpretação não pode ultrapassar os “limites do texto” é um expediente contraditório com a premissa de que só a interpretação pode criar as normas jurídicas: *i)* primeiro, porque se há fatores que limitam e constroem a aplicação judicial do Direito, essa circunstância é não só

²⁰⁶ “Seria uma versão muito radical do ‘ceticismo quanto a normas’ a que sugerisse que leis e jurisprudência são em todas as circunstâncias tão indeterminadas ao ponto de não impor absolutamente nenhum limite às possíveis faixas de ‘interpretação’ ou ‘explicação’. Ninguém jamais propôs uma teoria dessas, embora autores didáticos a tenham ocasionalmente atribuído a ‘realistas americanos’” (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, p. 257).

a prova, mas a definição mesma da existência de normas jurídicas constituídas anteriormente à prestação do ofício jurisdicional; e *ii*) segundo, porque dizer que a lei não é capaz de estabelecer normas jurídicas, só porque os textos legislativos costumam oferecer mais de um sentido possível, decorre da exigência, muito irrazoável, de que a determinação de sentido dos textos normativos seja absoluta e total.

A seguir, cada uma dessas refutações será abordada em mais detalhe e com maior aprofundamento, na mesma ordem com que foram sumariamente resumidas acima:

a) Em primeiro lugar, não basta rejeitar a tese cética forte *apenas nominalmente* ou *na aparência*, nem tampouco rejeitar apenas algumas de suas consequências mais implausíveis: a simples afirmação genérica e abstrata de alguma de suas premissas (como “*Textos legislativos são indeterminados*.”, por exemplo) é suficiente para atrair mercidamente as objeções que se seguirão neste trabalho, sem que se possa alegar que elas se voltam contra um “espantalho”; afinal, o objetor não pode ser responsabilizado pelo descuido de seu interlocutor em aferir quais são as consequências últimas e necessárias das premissas que defende abstratamente.

Aliás, é bastante recorrente que a defesa da premissa cética forte venha acompanhada da rejeição simultânea e contraditória de alguma de suas consequências inevitáveis (o que justifica a aplicação dos testes semânticos feitos acima e, particularmente, a presente defesa antecipada à invocação da falácia do “espantalho”): ao mesmo tempo em que se afirma, por exemplo, que textos legislativos são “indeterminados” e que, por isso, “não contêm norma alguma antes de sua interpretação”, nega-se – sem direito a isso – a consequência incontornável de que, se é assim, então o intérprete não está constrangido por qualquer padrão ou limite, gozando de uma discricionariedade “interpretativa” absoluta e radical.

Vários são os exemplos em que tais consequências indesejáveis são gratuitamente negadas logo depois de terem sido defendidas as premissas genéricas e abstratas que as impõem necessariamente. Dentre eles, poderiam ser citados os seguintes, dentre tantos outros:

i) Luís Roberto Barroso, a respeito da “criação judicial do direito”, toma o cuidado de repelir a conclusão realmente absurda de que o Juiz pode inventar normas de forma aleatória e arbitrária²⁰⁷, mesmo admitindo a premissa de que o Direito é “*indeterminado*” e que o Juiz

²⁰⁷ “Daí se fazer referência a essa atuação [interpretativa, do Juiz], por vezes, como sendo criação judicial do direito. Em rigor, porém, o que o juiz faz, de verdade, é colher no sistema jurídico o fundamento normativo que servirá de fio condutor do seu argumento. Toda decisão judicial precisa ser reconduzida a uma norma jurídica. Trata-se de um trabalho de construção de sentido, e não de invenção de um Direito novo” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, p. 431).

“atribui [não *identifica*, note-se bem] sentido” aos textos normativos que estabelecem princípios *abstratos* e conceitos jurídicos *indeterminados*, integrando o ordenamento jurídico “com suas próprias *valorações*”, em virtude de um suposto “papel iluminista” do Poder Judiciário, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional²⁰⁸;

ii) Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Bonet Branco, mesmo já preferindo dizer que o Juiz não *imputa* sentidos ao texto, mas os *descobre*, e que ele, assim procedendo, *extrai* normas da lei, não as *cria*²⁰⁹, acabam por endossar, ainda que de modo muito sutil, a proposição de que a norma é resultado, não objeto, da interpretação; porém, essa proposição, por sua generalidade, constitui premissa que tem como consequência inevitável o decisionismo voluntarista e a noção de que normas só são criadas quando da imputação volitiva e retroativa de sentido aos textos normativos²¹⁰.

iii) Ingo Wolfgang Sarlet, antes de demonstrar preocupação com a possibilidade de a interpretação “subverter ou perturbar o esquema organizatório-funcional, constitucionalmente estabelecido”²¹¹ e de salientar, nesse contexto, a importância de se respeitar o princípio da separação dos Poderes mediante a autorrestrição do Judiciário (*judicial self restraint*), subscreve diversas teses do ceticismo voluntarista, como as seguintes: **a)** a distinção entre interpretação e aplicação das normas é destituída de sentido, já que o significado dos textos normativos é atribuído, e não tanto identificado, pelo Juiz²¹²; **b)** o texto não é a norma, já que

²⁰⁸ “O fato inafastável é que a interpretação jurídica, nos dias atuais, reserva para o juiz um papel muito mais proativo, que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações. Para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação. Discrecionariedade judicial, portanto, traduz o reconhecimento de que o juiz não é apenas a boca da lei, um mero exegeta que realiza operações formais” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, p. 433).

²⁰⁹ Nesse sentido são os seguintes trechos, por exemplo: **a)** “A atividade destinada a *descobrir* o sentido de uma Constituição [...]”; **b)** “Decerto, porém, que esse exercício [interpretativo] não pode conduzir à dissolução da Constituição no voluntarismo do juiz ou das opiniões das maiorias de cada instante”; e **c)** “Interpreta-se um preceito para dele se *extrair* uma norma (uma proibição, uma faculdade ou um dever) e com vistas à solução de um problema prático” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. *Curso de direito constitucional*, pp. 82, 83 e 83, respectivamente e sem destaques no original).

²¹⁰ A premissa em questão é a seguinte: “A disposição, preceito ou enunciado linguístico – esclarecem Canotilho e Vital Moreira – é o objeto de interpretação; a norma é o produto da interpretação” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. *Curso de direito constitucional*, p. 84).

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, p. 215.

²¹² “Vale frisar que para a dogmática constitucional contemporânea não faz mais sentido a separação estrita entre as categorias interpretação e aplicação, à vista da inexorável conexão existente entre a *atribuição* de sentidos aos enunciados normativos e a realidade factual subjacente” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, p. 215, sem destaque no original).

esta só surge após a interpretação e em virtude dela²¹³; **c)** embora os intérpretes da Constituição sejam vários (Legislador, Administração, Tribunais *etc.*), não há interpretação tão privilegiada quanto a da jurisdição constitucional²¹⁴; aliás é significativo, a esse respeito, que o autor tenha percorrido exatamente o itinerário descrito mais acima (tópico 3.1.4): o de ampliar o rol de intérpretes da Constituição (para evitar a conclusão de que só Juízes criam normas em sociedade), para depois retornar ao judicialismo interpretativo, tomando já o cuidado de colocar o termo “interpretação” entre aspas quando se refere à interpretação feita por intérpretes não jurisdicionais, ou não autoritativos.

iv) Eros Roberto Grau, mesmo demonstrando grande preocupação com a insegurança jurídica decorrente do decisionismo principiologista, acaba por endossar, uma a uma, as premissas e teses cético-voluntaristas, inclusive as de intensidade forte²¹⁵: **a)** “A norma é o resultado da interpretação” (p. 18); **b)** “A interpretação do direito não é atividade de *conhecimento*, mas *constitutiva*” (p. 28); **c)** “em um primeiro momento o intérprete trabalha os textos e a realidade visando a produzir *normas jurídicas gerais*; a partir dessas normas, decide – isto é, define a *norma de decisão*” (p. 34); **d)** “As *disposições*, os *enunciados*, os *textos*, nada dizem. Passam a dizer algo apenas quando efetivamente convertidos em *normas* (isto é, quando – através e mediante a *interpretação* – sejam transformados em normas)” (p. 41); **e)** as disposições “nada dizem: elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem” (p. 41); e **f)** “A norma não é objeto de *demonstração*, mas de *justificação*. Por isso, a alternativa *verdadeiro/falso* é estranha ao direito; no direito há apenas o *aceitável* (justificável)”²¹⁶ (p. 65).

²¹³ “[...] texto e norma não são idênticos, de modo que a norma é *sempre resultado* já (em maior ou menor articulação com um ou mais textos) de um ato de interpretação” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, p. 215, sem destaques no original).

²¹⁴ “Com isso [ampliação do rol de intérpretes da Constituição], todavia, não se está a refutar a noção de que no Estado constitucional contemporâneo a posição de ator privilegiado da interpretação constitucional não siga sendo reservada (em boa parte mediante um processo de ‘autoatribuição’ de tal papel pelos órgãos jurisdicionais) à jurisdição constitucional, aqui compreendida em sentido amplo, especialmente em virtude de sua prerrogativa funcional de revisar e mesmo substituir a ‘interpretação’ promovida pelos outros atores [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, pp. 216-217).

²¹⁵ Todos os trechos a seguir foram extraídos de: GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*.

²¹⁶ Uma das consequências do ceticismo voluntarista é justamente a de que proposições interpretativas não possam ser consideradas *verdadeiras* ou *falsas*, ou seja, a de que elas não possam ser consideradas como proposições apofânticas, predicáveis de verdade ou falsidade. Porém, é bastante claro que, ao menos em algum nível ou medida, proposições interpretativas-normativas, podem ser corretas (como “*No Brasil, o homicídio não é permitido em muitos casos.*”) ou incorretas (como “*No Brasil, o homicídio é permitido em qualquer caso.*”). Esse tema receberá tratamento autônomo mais adiante (tópico 4.1.7).

Muitas vezes, os autores que afirmam essas proposições gerais acabam por antever algumas de suas consequências indesejadas (mas incontornáveis), razão pela qual se veem obrigados a sustentar outras proposições que se destinem a evitá-las, ou matizá-las, ou acomodá-las, o que nem sempre é feito de modo inteiramente consistente, do ponto de vista lógico, remanescendo na obra uma tensão interna que dificulta a sua compreensão. Exemplo disso é o esforço de Eros Roberto Grau, na obra citada acima, em blindar sua teoria contra as consequências do decisionismo voluntarista, esforço responsável pela existência dos seguintes trechos, incompatíveis com os citados no parágrafo anterior (os destaques não constam do original): **a)** “a interpretação é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o intérprete *desvenda* as normas *contidas* nas disposições” (p. 39); **b)** “O intérprete *compreende* o *sentido originário* do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação [...]” (p. 47); e **c)** “O juiz, mesmo ao se deparar com as hipóteses de lacunas normativas, não produz normas livremente. Qualquer intérprete, assim como todo juiz, estará sempre *vinculado pelos textos normativos*” (p. 91).

Mas, afinal, o intérprete “desvenda” o “sentido originário” do texto ou não há tal coisa como um sentido originário e objetivo, sendo imprescindível que o intérprete lhe “impute”, desde fora, algum sentido? A atividade interpretativa é cognitiva (“compreensão do sentido originário”) ou é forçosamente uma escolha volitiva entre possibilidades equivalentes? E ainda: se o texto “nada diz”, então que sentido tem a afirmação de que o Juiz está vinculado aos “limites do texto”? Ora, estar limitado por algo que nada diz é, por definição, não estar limitado a nada.

Como se vê, o que justifica o presente tópico é também e muito especialmente o fato de que, muitas vezes, proposições abstratas de cunho cético-voluntarista convivem com outras tantas que se destinam precisamente a evitar as consequências indesejáveis (mas inevitáveis) das primeiras, o que de fato pode causar a impressão de que eventuais críticas ao autor se dirigem “contra um espantalho”. Porém, essa instabilidade proposicional, esse *shift* semântico, essa tensão paradoxal, são fatores que provam justamente o fato de não haver qualquer “espantalho” nessas críticas, pois proposições como “*A norma é resultado da interpretação.*” ou “*Textos não têm sentidos únicos e intrínsecos.*” pecam, no mínimo, por falta de ressalvas, exceções e problematizações concretas, já que seu sentido geral e abstrato conduz, sim, às consequências implausíveis com as quais nem mesmo os defensores dessas premissas gerais

concordam²¹⁷. Não se pode censurar alguém por levar a sério as proposições que são realmente afirmadas por seu interlocutor.

b) Em segundo lugar, o argumento de que a interpretação está adstrita aos “limites do texto” não é suficiente para salvar a adesão às premissas cético-voluntaristas, além de ser incompatível com a ideia de que normas jurídicas só são criadas mediante interpretação.

Já de início, é um tanto evidente que, se existem parâmetros que limitam e constroem a aplicação judicial do Direito, então é porque existem, justamente e por definição, *normas jurídicas* que lhe são anteriores. Ora, a distinção entre texto e norma – distinção trivial e óbvia, mas da qual se costumam extrair conclusões as mais inverossímeis – fez com que, corretamente, tenha se passado a afirmar que norma é o *significado* dos textos normativos, e não eles *em si mesmos*; porém, se os textos oferecem algum limite à interpretação-aplicação do Direito é porque – e só porque – esses textos *contêm em si mesmos significados que não se podem negar*, o que significa dizer exatamente e em outras palavras que, sim, *existem normas antes da interpretação (judicial) dos textos normativos*.

Em outros termos: a afirmação de que o Juiz está adstrito aos limites do texto *pressupõe* que se reconheça que esse texto *contém* significados anteriores à interpretação e independentes dela (ainda que seja ela que os revele à inteligência), pois, obviamente, não faria qualquer sentido dizer que o Juiz está limitado por algo que, paradoxalmente, foi criado por ele mesmo.

Além disso, como foi antecipado acima, a afirmativa de que a lei não contém normas só porque o seu texto admite múltiplas interpretações, e não apenas uma, é uma afirmativa decorrente de uma exigência desproporcional de determinação semântica: a de que ou um texto tem um único sentido, hiperespecífico, ou então ele não é capaz de estabelecer qualquer norma. Trata-se de um *preconceito teórico* fundado em uma *expectativa injustificável*: segundo ele, só pode haver norma se a formulação linguística que a expressa for dotada de uma especificidade absolutamente determinada, o que, todavia, é de todo incompatível com a linguagem natural e

²¹⁷ Citando o entendimento de Friedrich Müller, Marcelo Neves refere-se à “compreensão, que já se tornou um lugar comum [*sic*], de que ‘a própria norma jurídica só é produzida no decurso da solução do caso’, inclusive afirmando-se que o juiz é ‘o único legislador’ e, correspondentemente, caracterizando-se as atividades legislativa e constituinte como *atividades de emissão de texto legal e estabelecimento de texto constitucional*. Embora fascinantes essas formulações, parece-me que elas podem levar a equívocos” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico, p. 8, sem destaques no original).

sua característica mais inafastável: a de ser constituída por termos inevitavelmente gerais²¹⁸. Aliás, a expectativa de determinação semântica total decorre de uma má compreensão a respeito do funcionamento e até do propósito da linguagem, de suas classificações, de seus termos gerais *etc.*: à linguagem natural não é possível a especificidade absoluta, mas também não é possível a generalidade total²¹⁹. Logo, só o que existe é um *gradiente de determinação*, em que todos os níveis oferecem *algum grau* de especificidade e clareza e, de outro lado e ao mesmo tempo, *algum grau* de generalidade e incerteza. Desse modo, se só houvesse normas caso alguma formulação linguística fosse inteiramente determinada, então *não haveria nenhuma norma jamais*.

Mas essa exigência de hiperdeterminação não só é equivocada, como se demonstrou acima: mesmo que não o fosse, ela também não seria alcançável mediante a interpretação judicial, já que esta também sempre é vertida em texto *igualmente integrado por termos gerais*. Então, essa postura erra duplamente, tanto porque não existem, nem podem existir, textos legislativos *infinitamente vagos* (que, por isso, não pudessem criar quaisquer normas), quanto porque não existem, nem podem existir, textos judiciais *infinitamente específicos* (que, por isso, fossem os únicos capazes de criar normas).

Portanto e em arremate a esse tópico: à previsível objeção de que as críticas feitas neste trabalho se dirigem a teses não defendidas por ninguém (como se aqui se estivesse a bater em espantalhos ou quixotescamente a duelar com moinhos de vento), destaco que existem, sim, afirmações cético-radicais, aliás de forma bastante difundida na doutrina brasileira, ainda que sejam eventualmente feitas de forma apenas abstrata e nominal, ou seja, sem que seus assertores tenham consciência de (e, menos ainda, aderência a) todas as consequências inevitáveis dessas mesmas afirmações, consequências que, por isso mesmo, serão explicitadas nos testes lógicos, abaixo.

²¹⁸ “Em qualquer grupo numeroso, as normas gerais, os padrões de conduta e os princípios – não orientações específicas transmitidas separadamente a cada indivíduo – constituem necessariamente o principal instrumento de controle social. Se não fosse possível transmitir, sem nenhuma orientação adicional, padrões gerais de conduta compreensíveis para multidões de indivíduos – padrões que exigem deles certos comportamentos em determinadas circunstâncias –, não existiria nada do que hoje entendemos por direito. [...] e o êxito de sua atuação sobre vastas áreas da vida social depende de uma capacidade amplamente difusa de reconhecer certos atos, coisas e circunstâncias como manifestações das classificações gerais feitas pelas leis” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 161).

²¹⁹ “Evidentemente, mesmo que os padrões sejam muito gerais, haverá exemplos claros, indiscutíveis, daquilo que os satisfaz ou não” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 170). Logo, mesmo padrões bastante gerais são capazes de criar normas, o que bem demonstra que aquela especificidade exagerada ansiada pelo cético, enquanto “formalista frustrado” (segundo o diagnóstico de Hart), não constitui um elemento essencial à criação de normas, senão por nada ao menos porque o cumprimento dessa exigência é absolutamente impossível.

3.1.6 Conclusão sinótica dos testes semânticos

A análise semântica feita acima demonstrou que: **a)** a tese de que a interpretação não tem a norma como objeto, mas sempre e apenas como resultado, é *ambígua*, podendo significar ou um *truísmo banal* (o de que a norma não se confunde com a “tinta no papel”), ou um *exagero aberrante* (o de que não há norma alguma antes dos atos interpretativos feitos sempre após a publicação dos textos normativos); **b)** no sentido *fraco*, a proposição é *trivial* e, portanto, *teoricamente irrelevante*; no sentido *forte*, a proposição é *falsa* e, portanto, *teoricamente imprestável*; **c)** o problema encontrado no sentido forte não se resolve com a afirmação comum de que não é só a interpretação judicial que cria as normas jurídicas, mas também a acadêmica, a popular *etc.*, pois como uma interpretação assim tão ampla geraria um estado de *hipernomia* (coexistência caótica de inúmeras normas, inclusive conflitantes entre si, fenômeno indistinguível, por isso, da *anomia*), isso exigiria o retorno, ainda que sub-reptício, da tese forte e judicialista: a de que apenas a interpretação judicial cria normas, por ser a única dotada de “caráter autoritativo”; e **d)** críticas às teses céticas fortes não se dirigem a “espantalhos” que ninguém defende, uma vez que há diversos autores que, no mínimo, endossam essas teses de modo abstrato, nominal, sem atinar para as consequências que, porém, delas derivam inevitavelmente.

3.2 TESTES LÓGICOS: “Com que consistência se afirma o que se afirma?”

Após a depuração semântica feita na seção acima, há ainda outra providência preliminar ao exame propriamente teórico, isto é, à aferição de verdade ou falsidade da tese cético-voluntarista aqui analisada e suas proposições derivadas ou aparentadas: trata-se de submetê-la a testes de ordem lógico-formal, seja para *i)* detectar, nela, eventuais inferências inválidas (contradições ou qualquer tipo de paralogismo ou falácia), seja para *ii)* evidenciar algumas de suas consequências necessárias que, no entanto, costumam não ser explicitadas ou sequer levadas em conta por seus defensores, seja para *iii)* checar se ela não padece, em algum ponto, do que se convencionou chamar de “contradição performativa”, que é aquela contradição que, não sendo puramente lógica nem propriamente interna a uma proposição, dá-se entre o que se afirma e o que se faz.

3.2.1 Inferências inválidas: contradições e paralogismos inerentes a algumas teses cético-voluntaristas

a) A tese de que as leis não contêm normas, por dependerem de interpretação, é contraditória com a não extensão dessa mesma conclusão às decisões judiciais e aos textos doutrinários

Do ponto de vista lógico-formal, as contradições são os vícios mais graves de que uma proposição pode padecer: enquanto as falácias ou paralogismos apenas inviabilizam que determinado raciocínio sirva de prova idônea à conclusão almejada, as contradições são vícios lógicos tão graves, tão primários, tão fundamentais, que chegam a fazer com que a proposição invalide a si mesma, tornando-se, assim, completamente imprestável para qualquer propósito cognitivo relevante.

Considere-se, então, a tese cético-voluntarista – e, a propósito, uma de suas intuições fundamentais – segundo a qual a norma se constitui não no momento da edição de um enunciado normativo, mas apenas no momento, posterior, em que é feita a interpretação desse mesmo enunciado, já que a sua formulação linguística, segundo se afirma assim sem mais, seria “indeterminada”. Em outros termos, o raciocínio cético é o seguinte: enquanto houver *indeterminação linguística*, ainda não haverá propriamente *norma jurídica*, mas “meros textos”; o nascimento da norma depende da erradicação dessa indeterminação, o que em tese se dá justamente e apenas quando de sua “interpretação”. O cético entende que a ausência de indeterminação é um *requisito negativo de constituição* da norma.

A tese é inicialmente plausível e até sedutora, o que explica, talvez, a rapidez com que recebe a adesão de filósofos, teóricos e estudantes do Direito. Porém, há uma *inconsistência lógica* nessa formulação: **a)** de um lado, devido à indeterminação linguística da lei, o cético entende que o nascimento da norma se dá apenas depois, quando da interpretação (sobretudo judicial) desses mesmos textos, com vistas à sua aplicação; mas **b)** de outro lado, apesar de essa interpretação-decisória ser vertida na mesma linguagem natural “indeterminada” usada para a elaboração das leis, o cético entende que, mesmo assim, o nascimento da norma ocorre já com essa interpretação, e não no momento ainda posterior destinado a uma nova e imprescindível

interpretação: a “interpretação da interpretação”, com vistas ao seu cumprimento ou execução²²⁰.

Dito de modo mais simples, a contradição é a seguinte: se o cético entende que quem faz a norma é quem por último interpreta um texto (sempre e por definição “indeterminado”, segundo afirma), então ele não poderia dizer que a norma é resultado da interpretação judicial ou doutrinal dos textos legais, pois essa *não é a última interpretação* de textos indeterminados havida nas práticas jurídicas; isso porque a interpretação feita pelo Juiz é, também ela, vertida em texto (justamente o texto de sua decisão)²²¹, pelo que a sua decisão ainda precisará ser interpretada pelos agentes administrativos responsáveis pelo seu efetivo cumprimento, o qual, segundo as próprias teses cético-voluntaristas, seria impossível sem um novo ato de interpretação. Isso significa, muito simplesmente, que o resultado de uma interpretação é sempre e inevitavelmente *um novo texto*, o que faz sucumbir qualquer pretensão das correntes cético-interpretativas de que a interpretação possa criar aquilo que a legislação não conseguira antes, ou seja: normas jurídicas de caráter geral.

Ora, a interpretação judicial não é *última*, mas *penúltima* – e isso evidencia a contradição aqui indicada: se decisões judiciais também precisam ser interpretadas (assim como a lei precisa), então, segundo as próprias premissas céticas, isso deveria significar que decisões judiciais não criam normas, pois os textos que as registram são “indeterminados” assim como os textos legais, pois ambos são redigidos com base na mesma linguagem, constituída de termos gerais: a linguagem natural.

Ou seja: o fato de o ceticismo normativo *não levar sua premissa às últimas consequências* gera a seguinte *contradição lógica*: **a)** de um lado, afirma-se que não existem normas nas leis porque, como estas são registradas em textos e como textos são sempre indeterminados, as normas só são efetivamente constituídas depois da interpretação dos textos legais; mas **b)** simultânea e incompativelmente, afirma-se que as decisões judiciais, sim, criam normas ao interpretar as leis, mesmo que tais decisões sejam fenômenos tão linguístico-textuais e, portanto, tão “indeterminados” e tão sujeitos a ambiguidades, vagezas *etc.* quanto as leis o

²²⁰ Se a incerteza quanto ao sentido de um texto normativo só se encerra, em tese, quando um Juiz o interpreta, é evidente que “a incerteza é reaberta no plano da mera execução, pois cabe ainda interpretar o texto da decisão judicial concreta” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico, p. IX).

²²¹ Daí porque seja tão instrutivo definir a interpretação como a produção de um texto a partir de outro: “[...] a interpretação é produção de textos com base em textos” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico, p. 178).

são. Ora, se as decisões judiciais são registradas em linguagem natural escrita, então também elas seriam “indeterminadas”, o que demandaria uma interpretação ulterior que reduzisse ainda mais a indeterminação que seguiu existindo na interpretação judicial e assim sucessiva e indefinidamente, num problema simetricamente oposto ao *regresso infinito*: tratar-se-ia o caso de um *progresso infinito* de interpretações, que, porém e frustrantemente, nunca entregariam mais do que *termos persistentemente gerais* – como já o eram os termos do texto legal inicialmente interpretado²²².

Então, de umas, uma: ou **a)** a indeterminação linguística é algo que deve “jogar para depois” o momento em que a norma passa a de fato existir – e nesse caso quem cria as normas jurídicas não são os Juízes e Juristas ao interpretar as leis, mas os agentes responsáveis pelo cumprimento das decisões judiciais (cumprimento que não é, aliás, linguístico-textual), sendo este o ato interpretativo último da longa cadeia hermenêutica que define as práticas jurídicas²²³; ou **b)** a indeterminação, em si, não é incompatível com a constituição das normas, já que algum nível de indeterminação linguística é simplesmente inevitável²²⁴ – e nesse caso as leis poderão, sim, conter normas a serem descobertas e aplicadas, não criadas, pelo Juiz. A solução cética híbrida de ao mesmo tempo negar que as leis produzem normas e afirmar que as decisões judiciais as produzem constitui um expediente teórico *claramente contraditório*, pois ambas – leis e decisões judiciais – são igualmente expressas e registradas em linguagem escrita inevitavelmente “indeterminada”.

Contradições desse tipo só são possíveis na medida em que os raciocínios empregados se limitem ao domínio abstrato e conceitual, jamais “descendo” ao nível concreto das práticas jurídicas e suas intuições mais inegáveis: no campo concreto das práticas jurídicas, qualquer

²²² Além disso, a mera ampliação do rol de intérpretes dos enunciados normativos não afasta essa contradição. Mesmo que se considere que, segundo algumas teses “não judicialistas”, a interpretação que cria a norma não é somente a do Juiz, mas também, por exemplo, a dos Juristas (doutrina), a contradição persistirá igualmente, já que as interpretações doutrinárias dos enunciados normativos *também são vertidas em textos*, tanto quanto as leis e as decisões judiciais.

²²³ O ceticismo normativo parece interromper abrupta e gratuitamente a longa cadeia interpretativa que existe nas práticas jurídicas em geral: **a)** Parlamentares interpretam fatos, valores e outros materiais políticos; **b)** Juízes interpretam enunciados legislativos, enunciados jurisdicionais e outros materiais jurídicos; **c)** Serventuários que cumprem decisões judiciais interpretam enunciados jurisdicionais e outros materiais administrativos.

²²⁴ A indeterminação de que se ressentem os cético-realistas é simplesmente *inevitável* qualquer que seja o uso da linguagem natural, pois esta é persistentemente constituída de *termos gerais*, por mais específicos que sejam ou pretendam ser. A comunicação seria absolutamente impossível se cada coisa tivesse de ter uma palavra hiperspecífica para designá-la, reduzindo-se a zero, nessa hipótese imaginária e impossível, a indeterminação; então, por maior que seja o grau ou coeficiente de determinação de um termo geral, ele *nunca* deixará de ser um termo geral, aplicável, ao menos potencialmente, a uma coleção de entes, coleção que é em parte clara (zona de clareza) e em parte nebulosa (zona de penumbra), como Hart bem demonstrou, apoiado em sólidos fundamentos de filosofia da linguagem.

pessoa nelas engajada terá a viva lembrança de um sem-número de decisões judiciais omissas, contraditórias, obscuras *etc.* e, por isso, jamais deixaria de levar isso em conta na hora de dizer, em sede de reflexão filosófica ou justeórica, que a norma só pode ser considerada “nascida” quando a interpretação judicial desfizer a indeterminação dos textos normativos. Para essa pessoa, imediatamente se afiguraria a verdade patente de que a decisão judicial não está isenta de indeterminações ela mesma e que, por isso, não faria sentido dizer que Legisladores não criam normas, mas Juízes sim.

A contradição aqui levantada demonstra que, a rigor, o ceticismo normativo apresenta no mínimo dois problemas: **a)** primeiro: leva em consideração o caráter parcialmente indeterminado da linguagem humana natural de modo flagrantemente *seletivo*: para ele, as leis não criam normas porque são escritas em linguagem humana natural, mas as decisões judiciais criam normas, mesmo sendo, também elas, escritas em linguagem humana natural; e **b)** segundo: pretende remediar a indeterminação da linguagem humana natural (empregada nos textos legislativos) mediante o uso da própria linguagem humana natural (empregada nas decisões judiciais), o que consiste em um empreendimento metodologicamente *inconsistente* e até *paradoxal*, como logo se vê.

Mesmo o jusrealismo norte-americano – que define norma jurídica não como o resultado da interpretação feita por qualquer decisão judicial, atomisticamente considerada, mas como a probabilidade identificada de os Tribunais endossarem determinada interpretação – padece dessa tensão lógica. Isso porque, de um lado, ele rejeita a possibilidade de que *decisões legislativas ostensivas, explícitas e dotadas de sentido claro* produzam normas, mas, de outro, aceita que *decisões judiciais meramente prováveis, porque apenas eventuais e futuras*, produzam normas. Isso constitui, claramente, um dois-pesos-e-duas-medidas injustificado.

Uma metáfora pode ser útil aqui: levando a sério a premissa cético-realista de que a linguagem legislativa é indeterminada, deveríamos concluir que a atividade judicial é tão inútil e absurda quanto a figura mítica de Sísifo²²⁵, por criar o mesmo problema que deveria resolver e, pior, exatamente ao concluir a sua “estratégia” tão completamente incapaz de resolvê-lo! A situação do Juiz-Sísifo é, assim, a de um impasse insolúvel: *resolver um problema* (“erguer a

²²⁵ Considerado como o mais astuto e engenhoso dentre os mortais, Sísifo conseguiu sucessivas vezes a proeza de driblar as injunções divinas e de inclusive enganar a morte. Por essa sua rebeldia, recebeu a mais terrível das punições: durante toda a eternidade, haveria de rolar uma grande pedra até o cume da montanha, ponto a partir do qual inevitavelmente a pedra rolaria montanha abaixo, tornando inúteis todos os seus duros e infinitamente sucessivos esforços de subida. O caráter terrível dessa sua punição decorre do fato de que sua situação é completamente absurda (isto é, destituída de sentido ou finalidade), por consistir no dispêndio forçado, infinito e ao mesmo tempo inútil de esforços invariavelmente fadados ao fracasso.

pedra montanha acima até o seu cume”, ou seja, superar a “indeterminação” da linguagem legislativa mediante a criação judicial de normas) e *gerá-lo outra vez* (“fazer a pedra atingir o ponto em que inevitavelmente rolará montanha abaixo”, isto é, criar normas mediante o uso da mesma linguagem empregada pelos Legisladores: a linguagem natural “indeterminada”) são uma só e a mesma coisa, metodologicamente idênticas e inclusive cronologicamente simultâneas. O paradoxo dessa imagem metafórica ilustra particularmente bem a contradição lógica aqui apontada.

Por fim, é preciso demonstrar que eventual tentativa cético-realista de evitar essa contradição poderá implicar *outra contradição ainda*. Vimos que, se a proposição cética for levada às últimas consequências, então a conclusão será a de que quem cria as normas jurídicas não é nem mesmo o Juiz, mas aqueles que interpretam as decisões judiciais para lhes dar efetivo cumprimento. Para evitar essa conclusão exótica (a de que quem cria as normas são Bancários, Policiais, Escrivães, Oficiais de Justiça *etc.*), é possível que o cético afirme que essa inferência não seria válida porque a *prerrogativa funcional* de criar o Direito “interpretativa” e “autoritativamente” seria apenas do Juiz. Mas dar esse passo argumentativo significará, para ele, contradizer-se uma vez mais: **a)** primeiro, porque as próprias bases metodológicas do ceticismo realista se comprometem com uma abordagem puramente factual e descritiva das práticas jurídicas, não podendo, então, apelar para uma diretriz normativo-prescritiva, como seria a tal atribuição, aos Juízes, da competência de interpretar enunciados normativos de modo a que, só então, passem a existir normas jurídicas²²⁶; **b)** segundo, porque a prerrogativa funcional em questão só poderia decorrer da lei que atribui essa suposta competência interpretativo-decisória ao Juiz, mas, segundo a própria tese cética, a lei é indeterminada e, por isso, não pode ser considerada como contendo verdadeiramente quaisquer normas que pudessem atribuir tal competência; e **c)** terceiro, porque pelo menos algumas escolas jusrealistas (como é o caso do realismo norte-americano) consideram que o melhor critério justeórico para

²²⁶ Que a atribuição normativa de competência aos Juízes é uma norma – *legislada* – de existência logicamente anterior às interpretações e decisões desses mesmos Juízes – e, aliás, um requisito para a validade e autoridade de suas decisões – foi algo bem observado por Hart, em sua crítica ao realismo norte-americano: “[...] a própria existência de um tribunal envolve a existência de normas secundárias que outorgam jurisdição a uma sucessão variável de indivíduos, tornando assim suas decisões vinculantes” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 177). Enfatize-se o termo “existência”, adotado por Hart: a norma atributiva de competência claramente *existe* – e logicamente *tem de existir* – antes de o Juiz tornado competente poder “interpretar” qualquer enunciado normativo. E, a título preventivo, é preciso dizer: caso a essa objeção o realista responda que, antes da interpretação, até existem normas, mas coincidentemente apenas aquelas que estabelecem a competência dos Juízes e Tribunais, bastará dizer que tal expediente argumentativo é claramente um *ad hoc* tão artificioso, que, por isso, nem merece atenção ou resposta.

identificar qual é o intérprete que verdadeiramente cria as normas jurídicas seria o critério eficaz, segundo o qual quem cria as normas, mesmo, é aquele que, ao final, faz prevalecer determinada situação concreta em definitivo, mesmo que se trate de normas de competência²²⁷.

Desse modo, a cogitada manobra argumentativa destinada a evitar a consequência última e excêntrica da premissa cético-voluntarista (de que agentes auxiliares da Justiça são aqueles que verdadeiramente criam normas em sociedade) implicaria uma tripla contradição com outros campos da teoria jusrealista, chocando-se a um só tempo *i)* com o compromisso metodológico descritivista, *ii)* com a tese cética de que não há normas antes da interpretação e *iii)* com o critério eficaz, segundo o qual só as interpretações decisório-judiciais é que realmente criam normas jurídicas, pois só elas podem produzir efeitos que se impõem autoritativamente e que, assim, acabam por prevalecer.

b) A lei é “indeterminada”, mas os precedentes não?

Outra inconsistência lógica frequentemente verificada entre os defensores da tese cética aqui analisada, sobretudo quando engajados em tornar crescentemente vinculantes os precedentes judiciais, é a seguinte: **a)** de um lado, afirma-se que as decisões judiciais criam normas (“criam Direito”), inclusive aquelas que porventura elejam sentidos *externos* à moldura kelseniana de sentidos possíveis; como consequência, entende-se que um enunciado normativo que estabeleça a obrigação *x* aos Cidadãos *não estabelece dever algum* aos Juízes, que bem podem se afastar, o quanto queiram, dos sentidos razoavelmente – ou mesmo claramente, e até unicamente – atribuíveis ao texto; mas **b)** de outro lado, afirma-se que o Juiz está formalmente vinculado aos precedentes judiciais, sobretudo os editados pelas Cortes Superiores, havendo, não raro, quem proponha o estabelecimento de *sanções* aos Juízes que deles se afastem; ocorre, porém, que os referidos precedentes, tanto quanto as leis, são registrados em *textos escritos* e, como tais, são dotados de múltiplos sentidos possíveis, sendo ininteligível, então, o porquê de se tratar diferentemente a desobediência judicial à lei e a desobediência judicial aos precedentes.

Ora, se os Juízes podem se afastar até mesmo dos sentidos *razoavelmente imputáveis como possíveis* quando o texto interpretado é a lei, por que não teriam essa mesma

²²⁷ Esse critério eficaz foi demonstrado como imprestável por Hart, para quem o realismo, ao adotá-lo, confunde *definitividade* com *infallibilidade*, incorrendo na falsa implicação de que uma norma só pode ser algo que, mesmo que contingentemente, sempre e inevitavelmente acaba por prevalecer no domínio dos fatos (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, pp. 183-191).

licenciosidade discricionária quando o texto interpretado é o de um precedente judicial, dito “obrigatório” ou “vinculante”? Acaso a lei não é, também ela, “obrigatória” e “vinculante”? Essa contradição parece decorrer da instabilidade com que se considera a “indeterminação” dos textos linguísticos: **a)** quando se trata de textos *legais*, costuma-se enfatizar (ou exagerar, diga-se logo) a referida “indeterminação”, assim sem maiores especificações, nuances, ressalvas ou delimitações; no limite desse ceticismo voluntarista, chega-se ao extremo de afirmar que os textos legais *nada dizem*²²⁸, razão pela qual não poderiam, obviamente, estabelecer qualquer “obrigação” ou “vinculação” ao Juiz, tanto que a este competiria justamente a tarefa de *atribuir* sentido aos textos legais, antes desprovidos de sentidos inerentes; mas **b)** quando se trata de textos *judiciais* (decisões, precedentes *etc.*), passa-se a enfatizar, subitamente, a necessidade de segurança jurídica, de tratamento igualitário das situações que sejam relevantemente semelhantes *etc.*, cogitando-se de medidas que, com intensidade crescente, restrinjam e constriam a discricionariedade “interpretativa” do Juiz, chegando-se até mesmo a propor que se lhe apliquem sanções²²⁹ – o que, aliás, jamais foi cogitado para o Juiz que julga *contra legem*, por maior que seja a teratologia inerente à decisão sob esse aspecto.

A contradição – ou, para dizer menos, a tensão paradoxal – apontada aqui é a seguinte: conjugar ceticismo normativo (quanto à atividade legislativa) e precedentalismo vinculante (quanto à atividade judicial) constitui um expediente lógico-jurídico *inconsistente*, pois tanto leis quanto precedentes são decisões estatais reduzidas a textos redigidos em linguagem natural (relativamente indeterminada), não havendo razão idônea que possa conciliar o *não reconhecimento da nomopoiese legislativa* (sob o fundamento de que os textos legais são “indeterminados”) e o simultâneo e por vezes entusiasmado *reconhecimento da nomopoiese judicial* (apesar de os textos judiciais também serem “indeterminados”)²³⁰.

²²⁸ “As *disposições*, os *enunciados*, os *textos*, nada dizem. Passam a dizer algo apenas quando efetivamente convertidos em *normas* (isto é, quando – através e mediante a *interpretação* – sejam transformados em *normas*). Por isso, *as normas resultam da interpretação*, e podemos dizer que elas, *enquanto disposições*, nada dizem: elas dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*, p. 41).

²²⁹ Na recente e excelente entrevista que concedeu ao episódio 102 do *podcast* “Onze Supremos”, Rodrigo Becker defendeu a adoção de sanções – se bem que esclarecendo que o termo não deveria ser entendido em seu sentido forte ou negativo – aos Juízes que deixassem de seguir precedentes vinculantes. A pergunta que coloco aqui, porém, é a seguinte: essas sanções também devem ser aplicadas ao Juiz que se afasta da lei, ou apenas ao que se afasta de algum precedente vinculante?

²³⁰ “As descrições da ‘teoria’ inglesa do precedente são ainda, em certos pontos, altamente discutíveis: na verdade, até as palavras-chave usadas na teoria, ‘*ratio decidendi*’, ‘fatos materiais’, ‘interpretação’ e outras, têm sua própria zona obscura de incerteza” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 174).

Em outras palavras, o defensor do ceticismo normativo forte não tem como explicar por qual razão os Juízes, ao contrário dos Legisladores seriam capazes de criar normas, por poderem registrá-las *de modo significativo* em textos escritos. Não há qualquer explicação possível para o pressuposto, aí tácito, de que os Juízes teriam a capacidade afortunada de escrever textos *significativos* – e, portanto, criativos de normas –, mas os Legisladores não. Este tratamento contraditório, paradoxal e gratuito entre a atividade judiciária (supostamente capaz de verdadeiros prodígios linguístico-normativos) e a atividade legislativa (em tese impotente e inepta no uso significativo da linguagem) é uma das marcas – e um dos pontos fracos – do pensamento cético-voluntarista que, no âmbito da teoria da norma, dá por isso mesmo muita ênfase, senão exclusividade, à figura nomopoiética do Juiz²³¹.

Naturalmente, não fosse o habitual exagero cético quanto ao diagnóstico de “indeterminação” dos enunciados normativos legislados, essa contradição muito provavelmente não existiria, pois, nesse caso, a indeterminação tanto das leis quanto dos precedentes seria tratada com a mesma parcimônia e o mesmo equilíbrio, já que ambos são vertidos em linguagem escrita natural e, portanto, ambos são *apenas parcialmente indeterminados*, de modo a apresentarem não só “zonas de penumbra”, como também “zonas de clareza”.

c) Alguns paralogismos (non sequitur e falso dilema) identificados na tese cética

Além das contradições lógicas – e num plano hierarquicamente inferior em termos de gravidade teórico-epistêmica – estão os paralogismos ou falácias, raciocínios defeituosos já abundantemente tipificados pela tradição filosófica desde, pelo menos, Aristóteles, com diferentes classificações de tipos, definições de espécies e assim por diante.

Considere-se a tese cético-eficaz segundo a qual só produz norma aquele que interpreta enunciados normativos de forma autoritativa (isto é, o Juiz). A forma lógica dessa tese poderia ser assim articulada: decisões judiciais veiculam interpretações que, ao final,

²³¹ “Nisso também emerge o paradoxo, e em termos paradoxais coloco a questão: por que a natureza vinculante do precedente é tão preocupante justamente quando muito se tem insistido que a lei vincula pouco? Por que é interessante agora impor regras, desta vez de origem judicial, quando já foi enfatizado repetidamente que todas as regras podem ser derrotadas com base em princípios?” (GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Precedentes vinculantes en un Derecho de normas esencialmente derrotables?”, em prefácio ao livro *El sentido del “precedente judicial obligatorio”*, de Diego León Gómez Martínez, disponível em <<https://www.sillex.es/precedentes-vinculantes-en-un-derecho-de-normas-esencialmente-derrotables>>, último acesso em 19.12.2022, tradução livre).

devem prevalecer (ou prevalecem), razão pela qual somente os Juízes criam as normas jurídicas, verdadeiramente²³².

Esse argumento, em primeiro lugar, considera como *necessário e definitório* um fator que, porém, é *meramente contingente* nas normas jurídicas: o de que ela seja aplicada, prevalecendo em todos os casos pertinentes. Ora, o descumprimento de normas é uma possibilidade óbvia e bastante corriqueira, de modo que ele, por si mesmo, não é suficiente para que normas, só por serem descumpridas, deixem de ser o que são (comandos convencionais exigíveis).

Segundo Kelsen, por exemplo, enquanto as proposições concernentes às leis naturais têm a forma lógica “*Se A é o caso, então B é o caso.*”, as proposições jurídicas têm a forma lógica “*Se A é o caso, então B deve ser o caso.*”, pouco importando se B de fato aconteça ou não. Ou seja: a norma em questão é plenamente uma norma jurídica *mesmo que a ocorrência de B seja eventualmente frustrada*, isto é, mesmo que o conseqüente da norma *seja descumprido, violado*. Como é evidente, essa noção kelseniana – de que o cumprimento do conseqüente normativo é uma característica *meramente contingente* das normas jurídicas, não lhes sendo algo essencial – é incompatível com o argumento cético segundo o qual uma norma só poderá ser norma *se efetivamente prevalecer ao final*²³³.

Além disso, como já se antecipou de passagem, acima, essa tese foi criticada por Hart, por confundir *definitividade* (prevalência eficaz) com *infallibilidade* (acerto em termos de conteúdo). Hart demonstrou que, no mérito, a tese desconsidera uma diferença fundamental e até óbvia entre i) o sistema normativo atribuir às decisões judiciais a autoridade que as faz

²³² Essa tese, que bem pode ser chamada de *eficaz* ou *autoritativa*, denuncia a proximidade teórica que tem, nesse particular, com as teorias imperativistas, segundo as quais o elemento essencial do Direito é a coerção, isto é, justamente fazer com que conseqüências (sanções) prevaleçam a quem tenha descumprido comandos normativos promulgados pela autoridade (soberano). Por essa razão, no que diz respeito ao conteúdo da tese (pois no texto principal ela está sendo analisada apenas em sua dimensão lógico-formal), ela está sujeita à mesma refutação que Kelsen e Hart fizeram, cada um a seu modo, do imperativismo normativo de Austin.

²³³ “Na proposição jurídica não se diz, como na leitura natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, *mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja*” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 87, sem destaques no original).

prevalecer em termos eficaciais e *ii*) esse sistema normativo “não ser outra coisa”, em termos de conteúdo, senão aquilo que os Juízes dizem que ele é²³⁴.

Ora, essa distinção entre a *autoridade eficaz* das decisões judiciais (*aspecto formal*) e o *acerto substantivo* de suas interpretações (*aspecto material*) demonstra haver, na tese aqui analisada, um evidente paralogismo do tipo *non sequitur* (aquele cujas premissas, mesmo que eventualmente verdadeiras, não implicam necessariamente a conclusão almejada): o simples fato de a interpretação judicial se revestir de autoridade e, assim, de o comando decisório nela apoiado *prevalecer* (inclusive *definitivamente*, no caso de decisões transitadas em julgado) *não implica* a conclusão de que a norma jurídica é criada pelo Juiz, nem, muito menos, a de que normas jurídicas só podem ser criadas “interpretativamente”.

Dito de outro modo, o argumento eficaz – esse que apela ao aspecto autoritativo da interpretação judicial – parece ignorar o fato de que incorre numa *falsa implicação*: a de que norma é algo que, por definição, *necessariamente prevalece no domínio dos fatos* e que, portanto, se não prevalece, é porque não é verdadeiramente norma. Nesse arranjo teórico-conceitual, se determinado padrão normativo de conduta é desrespeitado na vida social ou se não prevalece em determinado caso judicial, então ele não constitui realmente uma norma geral e abstrata.

Contudo, nada impede que determinado padrão normativo legislado (a exemplo de qualquer norma estabelecida pelo Legislador de forma muito clara), sem deixar de ser o que é, venha a ser ocasionalmente *desrespeitado* pelos Cidadãos ou *incorretamente aplicado* pelos Juízes. Nesses casos, o fato de a norma ter sido violada (pelo Cidadão faltoso) ou desconsiderada (pelo Juiz inepto ou voluntarista) *não é razão bastante* para a conclusão de que

²³⁴ “Ao analisarmos a forma de ceticismo quanto às normas baseada no *status* singular da decisão de um tribunal como declaração final e autorizada do que constitui direito em um caso específico, devemos ter em mente essas diferenças. A textura aberta do direito outorga aos tribunais um poder de criar o direito muito mais amplo e muito mais importante do que aquele concedido aos marcadores de pontos, cujas decisões não são usadas como precedentes criadores de direito. Qualquer que seja a decisão de um tribunal, tanto sobre questões situadas naquela parte da norma que parece clara para todos quanto sobre aquelas situadas em sua fronteira sujeita a contestação, a decisão permanece de pé até que seja alterada pela legislação; sobre a interpretação desta, os tribunais terão mais uma vez a palavra final autorizada. Não obstante, persiste ainda uma diferença entre uma constituição que, após criar um sistema de tribunais, dispõe que o direito será tudo o que o supremo tribunal julgue adequado e a verdadeira Constituição dos Estados Unidos – ou, a propósito, a de qualquer país moderno. Se interpretada como algo que negue essa diferença, a frase ‘A constituição (ou o direito) é aquilo que os juízes dizem que é’ será falsa. A qualquer momento, os juízes, mesmo os de um supremo tribunal, fazem parte de um sistema cujas normas são, em seu cerne, suficientemente precisas para oferecer padrões de decisão judicial correta. Esses padrões são encarados pelos tribunais como algo que eles não têm a liberdade de ignorar no exercício da autoridade de que dispõem para tomar decisões incontestáveis dentro do sistema. [...] O assentimento do juiz é necessário para manter os padrões, mas o juiz não os cria” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, pp. 187-188).

ela deixou de ser – ou, pior, jamais fora – uma norma geral e abstrata. Uma coisa simplesmente não se segue da outra, pela razão singela de que atos *ilícitos* e decisões judiciais *incorretas* são coisas triviais, corriqueiras e até abundantes em qualquer comunidade jurídica.

Convém explorar melhor este paralogismo, mediante um raciocínio assim encadeado: *i)* textos normativos, especialmente quando de sentido claro, são fatores de constrangimento ao Juiz que, apesar disso, por quaisquer razões, eventualmente decide não aplicar as normas claramente estatuídas por eles; *ii)* nesses casos, do ponto de vista justeórico, é possível conceber que inclusive esse tipo de decisão judicial – proferida em desalinho ao sentido claro da lei – é um fenômeno jurídico válido e eficaz, pelo que, sim, “cria Direito” em certo sentido; *iii)* mas qual seria a consequência justeórica dessa possibilidade – isto é, a de uma decisão *contra legem* “criar Direito”? A essa pergunta, alguns poderão responder assim: já que o Juiz pode decidir de forma contrária ao texto claro, então a norma não está configurada antes, no texto, mas só depois, na decisão; *iv)* todavia, além de uma coisa não implicar a outra (*non sequitur*), nem é preciso ir tão longe: não somos obrigados a aderir à ideia exótica de que não há norma antes da interpretação judicial só porque normas são desrespeitadas; podemos muito simplesmente dizer que o Juiz violou uma norma legislada²³⁵, o que será, aliás, uma afirmação rigorosamente descritiva, não prescritiva; *v)* ora, não faz sentido mudarmos toda a Teoria do Direito e dizermos que Legisladores não criam normas só porque Juízes podem descumprir os comandos normativos exarados claramente pelo Parlamento: a possibilidade desse descumprimento é um fato óbvio, recorrente, até porque o Juiz pode incorrer nele de forma inadvertida, sem intenção (tanto que o provimento recursal, nesses casos, restabelece a obediência à norma legislada) ou, pior ainda, com intenção ilícita, corrupta. Extrair da mera possibilidade de descumprimento pelo Juiz de normas legisladas o suposto e extravagante fato de que não há normas senão as judicialmente impostas é um expediente cientificamente ingênuo e logicamente deficitário (*non sequitur*).

Outra forma de paralogismo em que essa tese se enquadra é a do *falso dilema*, consistente na redução indevida de possibilidades plurais a apenas duas: ou determinado padrão

²³⁵ Aliás, essa é justamente a hipótese de cabimento do Recurso Extraordinário (art. 102, III, *a*, da CR), do Recurso Especial (art. 105, III, *a*, da CR), da Ação Rescisória (art. 996, V, do CPC) *etc.* Nem se diga que a violação, nesses casos, não é à norma, mas aos “meros textos normativos”, pois: enquanto o primeiro se refere à contrariedade de “*dispositivo*” constitucional, o segundo se refere à contrariedade ou negativa de vigência a “tratado ou *lei*” federal e o terceiro, à violação manifesta de “*norma jurídica*”, de modo que o sistema jurídico faz referência talvez intercambiável a três níveis lógico-normativos distintos: **a)** o do *enunciado* ou *texto* que registra a norma e a expressa linguisticamente; **b)** o do *ato de vontade político-parlamentar* que legitimamente cria a norma; e **c)** o da *norma considerada em si mesma*.

prevalece em termos de efeitos, ou então não se tratará, mesmo e propriamente, de uma *norma*. Mas esse não é um dilema verdadeiro, pois uma norma pode muito bem ser desrespeitada, descumprida, violada, nada havendo nessa sua não prevalência eficaz que seja realmente incompatível com os traços definitórios do conceito de “norma jurídica”²³⁶.

Porém, considerando que as decisões judiciais *também podem ser descumpridas* (e não só as leis), há algo de ainda pior, nessa tese, que é aquela mesma contradição²³⁷ ou tensão paradoxal denunciada no tópico anterior, entre as seguintes afirmações: **a)** de um lado, a de que, como os comandos da lei podem não prevalecer – caso os Juízes não lhes deem aplicação, ou os apliquem incorretamente –, é incorreto dizer que a lei estabelece normas jurídicas; e **b)** de outro lado, a de que, as decisões judiciais estabelecem normas, embora os seus comandos, tanto quanto os da lei, também possam não prevalecer, caso o seu cumprimento não se efetive por qualquer razão prática contingente.

Em outros termos: as decisões judiciais estão sujeitas ao *mesmo risco* de não prevalência eficaz de que padecem as decisões legislativas, razão pela qual não há razão teoricamente legítima para o tratamento diferenciado que a tese cética parece fazer, ainda que inconscientemente, da possibilidade de não prevalência eficaz dos comandos legislativos, de um lado, e dos comandos judiciais, de outro.

Há uma variante desse argumento fundado sobre o critério eficaz autoritativo, que pode ser assim enunciada: uma vez que se adote o compromisso metodológico de descrever as práticas jurídicas apenas naquilo que elas têm de concreto e factual (*descritivismo positivista*), não se pode atribuir atividade nomopoiética aos Legisladores, pois as normas legisladas não são mais que ficções jurídicas; essa é a razão pela qual as normas jurídicas só podem ser consideradas como sendo aquelas que são reconhecidas como tais – e, portanto, efetivamente aplicadas – pelos Juízes. Essa abordagem metodológica apela para o fato de que o Direito é um fenômeno *eminentemente prático, material e concreto* (nunca *teórico, formal e abstrato*), donde se seguiria, segundo o imaginário empiricista do ceticismo jusrealista, que as leis não contêm, verdadeiramente, normas jurídicas.

²³⁶ Aqui, é novamente pertinente o seguinte trecho de Hart, já citado antes: “Essa tese dá a entender que estamos diante do seguinte dilema: ‘Ou as normas são o que seriam no paraíso do formalista, e acorrentam como grilhões, ou não há normas, apenas decisões ou padrões de comportamento previsíveis.’ Entretanto, trata-se sem dúvida de um falso dilema” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 180).

²³⁷ Ainda que o presente tópico tenha sido destinado a defeitos lógicos diferentes da contradição, não seria possível deixar de apontá-la aqui, ainda que de forma ligeiramente deslocada, do ponto de vista topológico.

Contudo, essa variante também recai na falácia *non sequitur*, já que se apoia em uma premissa verdadeira, mas trivial, que ninguém nega (a de que o Direito é uma prática social), para dela tentar inutilmente extrair uma conclusão falsa porque imoderada (a de que o Direito nunca é feito por Legisladores, mas apenas por Juízes). Ora, não basta que o Direito seja uma prática para que, então e necessariamente, ele seja um produto judicial e nunca possa ser um produto legislativo, pois: **a)** não há um dilema verdadeiro entre “ser prático” e “ser fruto da atividade legislativa” (*falácia do falso dilema*, em que se faz um uso ilegítimo do operador lógico “ou”, reduzindo-se ilicitamente as várias possibilidades a apenas duas), já que ambas as características mencionadas não são logicamente excludentes nem mutuamente incompatíveis; e **b)** além disso, o argumento parece ignorar a obviedade de que a aprovação de leis é, também ela, um fenômeno *eminente prático e concreto* – e que, aliás, integra o conceito de “prática jurídica”, claramente não restrito ao ofício judicial, que é apenas uma de suas várias espécies ou campos.

3.2.2 Inferências incompletas: algumas premissas cético-voluntaristas implicam consequências indesejáveis, mas inevitáveis

Depois de demonstrar que algumas inferências cético-voluntaristas são problemáticas, quer porque sejam contraditórias com as premissas, quer porque destas não derivem necessariamente, é preciso mostrar que, além disso, a tese cética aqui analisada contém uma série de consequências que, embora logicamente necessárias, geralmente não são inferidas ou ao menos assumidas ou explicitadas. Se antes se tratava de inferências *inválidas*, agora se trata de inferências *incompletas*, isto é, inferências que deveriam ser feitas, mas que – inconscientemente ou por estratégia – não o são.

Ora, para testar uma proposição teórica, é preciso explorar todas as suas consequências necessárias, pois basta que uma delas seja refutada, para que a premissa seja, então e automaticamente, provada como falsa. Aliás, grande parte do sucesso teórico cético-voluntarista reside no fato de que suas principais teses *não são levadas às suas últimas e inevitáveis consequências*; caso o fossem, elas se tornariam fortemente inverossímeis e já seriam poucos, então, os seus defensores e entusiastas.

O presente tópico adotará, assim, uma estratégia argumentativa similar à redução ao absurdo (*reductio ad absurdum*), aquela pela qual uma tese é refutada mediante a demonstração de que algumas de suas consequências necessárias são absurdas, impossíveis *etc.*: aqui, porém, mais modestamente, serão levantadas consequências necessárias da tese analisada que, se não

a reduzem ao absurdo, ao menos comprometem – algumas delas muito gravemente – a sua plausibilidade e verossimilhança teóricas, não só em termos prescritivos (isto é, em função de suas consequências indesejáveis), mas até mesmo descritivos (pelo grande contraste entre suas proposições descritivas e aquilo que as práticas jurídicas realmente são ou aparentam ser).

E isso é relevante pelo seguinte: a descrição de práticas sociais dotadas de um sentido interno compartilhado entre os seus participantes (como é o caso das práticas jurídicas), quando é feita de forma *inaceitavelmente distinta e distante* das intuições, impressões e concepções fundamentais de seus próprios participantes e protagonistas, revela-se como uma *má descrição*. Ao contrário do que sucede, por exemplo, com a Física, cujo êxito descritivo dos entes naturais que estuda independe das concepções que as pessoas têm a respeito deles, a Teoria do Direito não pode se afastar – pelo menos não muito – das concepções gerais dos participantes e protagonistas das práticas jurídicas, pois as intuições e impressões fundamentais destes, ao menos de certa forma e em alguma boa medida, *definem e constituem* essas mesmas práticas, considerando que estas têm uma natureza social, convencional e integrada por um sentido interno compartilhado entre seus participantes, sentido fora do qual elas nem sequer teriam sentido ou propósito²³⁸.

Daí a relevância de serem derivadas e explicitadas, o mais claramente possível, as diversas consequências *necessárias* da tese cético-voluntarista, especialmente porque, muitas vezes, elas não são percebidas como tais: assim, será possível melhor aferir o quão próximas ou o quão distantes essas teses estão das intuições, impressões e concepções mais fundamentais e irrenunciáveis dos participantes e protagonistas das práticas jurídicas (Legisladores, Juizes, Administradores, Técnicos, Advogados, Procuradores, Promotores, Cidadãos *etc.*). Esse é, repita-se, um critério decisivo e até imprescindível para uma boa descrição de práticas sociais *convencionais*, como é sem dúvida o caso do Direito.

Então, os tópicos abaixo, embora ainda situados no campo dos testes *lógicos* (por se destinarem a demonstrar uma série de consequências não extraídas, ou ocultadas, da tese cético-

²³⁸ Como se verá adiante (seção 4.2), quando da realização dos testes *fenomenológicos* (isto é, aqueles que apelam para as intuições, impressões e concepções dos próprios participantes e protagonistas das práticas jurídicas), embora estes pareçam argumentos fracos ou mesmo imprestáveis para teorias descritivas que se pretendam *objetivas*, eles são sim relevantes para a aferição de verdade ou falsidade de proposições *justeóricas*, já que o *objeto* da Teoria do Direito, ao contrário do que ocorre com as ciências naturais, é ele mesmo constituído, pelo menos em boa parte, por essas mesmas intuições, impressões e concepções. É por isso que, por exemplo, uma descrição da atividade judicial que se afaste – e, pior, se afaste muito – daquilo que os Juizes *pensam que estão fazendo* é uma descrição artificiosa, forçada, implausível dessa atividade, sendo, consequentemente, uma má teoria a seu respeito.

realista), já anteciparão algo dos testes *fenomenológicos* que serão aplicados depois, por demonstrarem desde logo o caráter fortemente artificioso que essas mesmas teses apresentam em virtude de estarem gravemente distantes das intuições, impressões e concepções gerais sobre as práticas jurídicas, não só no âmbito popular de seus destinatários tecnicamente leigos, mas inclusive no âmbito técnico e especializado dos protagonistas que, nelas, estão mais direta e profundamente engajados.

a) Se a tese cético-voluntarista é verdadeira, então a atividade legislativa é supérflua

Uma das consequências da tese cético-voluntarista, sobretudo em suas versões menos moderadas, é a de que a atividade legislativa é *simplesmente desnecessária* porque *destituída de sentido*, quanto menos de *sentidos relevantes do ponto de vista jurídico-normativo*: se mesmo depois de o Parlamento, após calorosas discussões, aprovar uma lei, ainda assim não existirem quaisquer normas jurídicas (pois, segundo a tese aqui analisada, o nascimento destas depende imprescindivelmente de interpretação – especialmente a judicial – para se eliminar a indeterminação linguística do texto legal), então o Parlamento será uma instituição *absolutamente supérflua*, por consumir imensa fatia do orçamento nacional, mas não ser capaz de entregar coisa mais substancial e relevante do que simplesmente lançar palavras no papel de modo “indeterminado”, a demandar, portanto, a atividade volitivo-interpretativa dos Juízes, para que, só então, as normas jurídicas possam ser, enfim, verdadeiramente constituídas.

Um Parlamento assim desimportante não consistiria numa instituição que – como querem as intuições e expectativas gerais a seu respeito – *cria normas* a serem *aplicadas* por outra: bem menos do que isso, tratar-se-ia de uma instituição destinada a apenas *fornecer textos indeterminados* a serem meramente *utilizados* (no sentido manipulativo do termo) por outra instituição que, essa sim, criaria as normas jurídicas gerais. Uma coisa é um texto ser *interpretado* como um fenômeno linguístico *significativo*, isto é, dotado de significação, como os textos são, aliás por definição; outra, completamente diferente, é ele ser *utilizado* como simples matéria-prima *sem sentido*, isto é, como algo destituído de significados intrínsecos

estabelecidos pelo uso convencional, pelo que estaria sujeito a qualquer tipo de manipulação extrínseca, “desde fora”²³⁹.

Nesse contexto, é profundamente contrária às nossas impressões gerais a respeito das normas jurídicas o suposto fato de que elas são como que um convescote para o qual o Legislador leva apenas as palavras e os Juízes, o sentido²⁴⁰. O senso geral a respeito das práticas jurídicas, não só pelo público leigo, mas até mesmo pelo especializado, é o de que, sim, Legisladores criam normas jurídicas e, por isso, muitas vezes, o Juiz deve se limitar – e de fato muitas vezes se limita – a aplicar o sentido óbvio já presente no texto legal. Para essa intuição fundamental, a atividade legislativa não é irrelevante, nem supérflua: é, bem ao contrário, muito relevante e o é, aliás, justamente por *ser uma atividade significativa*, na medida em que, em geral, estabelece de forma suficientemente clara – e, só por isso, passível de obediência, tanto por Cidadãos, quanto por Juízes – os comandos deônticos (mandatórios, proibitivos e permissivos) que são eleitos pelo confronto dialético, político e democrático havido entre os Parlamentares a respeito de valores e fins.

Já a tese cético-voluntarista – antagônica à intuição fundamental acima referida – reduz a dignidade e a própria relevância do Poder Legislativo, cujo papel passa a ser o de apenas “lançar tinta no papel” para dar aos Juízes uma simples e bruta matéria-prima, como tal destituída de significados intrínsecos e, por isso, infinitamente maleável às determinações extrínsecas feitas pelo seu uso posterior. Ou seja: os enunciados normativos, por terem exagerada a sua “indeterminação”, deixam de ser *textos*, convertendo-se em meros *pretextos*. Mas, se fosse mesmo assim, bastaria que o Parlamento editasse um único texto normativo tão vastamente genérico e tão intensamente indeterminado, que, com base nele, pudessem ser resolvidos todos os casos (algo como, por exemplo, “*Os Juízes deverão julgar todos os casos*”).

²³⁹ Umberto Eco propôs em várias obras suas a distinção entre “interpretação” e “uso” dos textos e valeu-se de um exemplo particularmente ilustrativo do conceito de “uso”: “Se Jack, o Estripador nos viesse dizer que fez o que fez inspirado na leitura do Evangelho, nossa tendência seria pensar que ele leu o Novo Testamento de modo pelo menos inusitado. Creio que o mesmo diriam os mais indulgentes defensores do princípio de que, na leitura, tudo é válido. Diríamos que Jack usou os Evangelhos a seu modo (e veja-se a seção 1.5 para a diferença entre uso e interpretação), diríamos talvez (ou diriam eles) que é preciso respeitar sua leitura – embora, tendo em vista serem esses resultados de seu *misreading*, eu preferisse que ele não lesse nunca mais. Não diríamos, porém, que Jack seja modelo que se proponha aos garotos de uma escola para dizer-lhes o que podemos fazer com um texto” (ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*, pp. 33-34).

²⁴⁰ Esse trecho foi inspirado no seguinte excerto de Umberto Eco: “Mediante jogos de influências freqüentemente impossíveis de captar, a tradição hermética alimenta toda atitude crítica que veja um texto apenas como a cadeia das respostas que ele produz, exatamente quando julgamos – como maliciosamente comenta Todorov (1987) ao citar uma observação igualmente maliciosa de Lichtenberg a propósito de Böhme – que um texto não passa de um piquenique para onde o autor leva as palavras, e os leitores, o sentido” (ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*, p. 33).

corretamente.” ou “*A dignidade da pessoa humana é o valor fundamental da ordem jurídica brasileira.*”²⁴¹), deixando aos Juízes que o “interpretassem” (ou “concretizassem”, ou “densificassem”, “manipulassem”) caso a caso. Nada justificaria que tanto tempo e dinheiro fossem desperdiçados, caso fosse verdade que “os textos nada dizem”.

Para essa visão, os enunciados legislativos deixam de ser *textos significativos*, para mais se assemelhar a verdadeiras *pareidolias*, o fenômeno psicológico que faz alguém enxergar significados ali onde eles não existem realmente, sentidos que são, portanto, projetados de forma idiossincrática e arbitrária sobre estímulos sensoriais verdadeiramente aleatórios. O exemplo clássico é o do ato psíquico que nos faz enxergar figuras em nuvens, ato tão comicamente ilustrado por Shakespeare no trecho literário adotado para epigrafar o segundo capítulo deste trabalho, por retratar a arbitrariedade com que se pode enxergar quase qualquer coisa em materiais tão “plásticos” e “indeterminados” como as nuvens²⁴².

Talvez com algum exagero caricatural (mas exatamente por isso com alguma boa dose de verdade), seria possível dizer que, metaforicamente, é como se a descrição cética concebesse os enunciados normativos como aquelas gravuras abstratas que psicólogos e psiquiatras apresentam a seus pacientes para que façam associações livres (“interpretações”) que ajudem no diagnóstico clínico: os artistas que elaboraram as imagens abstratas nada retrataram em suas imagens, nem aliás quiseram retratar qualquer coisa, e o emprego de imagens assim “indeterminadas” tem como finalidade justamente permitir que cada paciente “veja” nelas aquilo que, de forma muito pessoal e subjetiva, seja indicado por sua memória associativa ou criatividade imaginativa.

²⁴¹ “A simplificação da ordem constitucional, no sentido de retrotraí-la a um princípio último, amplamente aberto, tende a um moralismo incompatível com o funcionamento do direito em uma sociedade complexa, na qual a dignidade humana sofre leituras e compreensões as mais diversas [...]. No caso brasileiro, a invocação retórica da dignidade humana para afastar, em nome da justiça ‘inerente’ a esse princípio, regras constitucionais precisas pode, embora isso pareça estranho, servir precisamente ao contrário: a satisfação de interesses particularistas incompatíveis com os limites fixados pela ordem jurídica às respectivas atividades” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, pp. 193-194).

²⁴² A sugestiva aplicação do conceito psicológico de pareidolia ao âmbito da hermenêutica jurídica foi proposta pelo jurista e amigo Samuel Sales Fonteles, em seu livro *Hermenêutica Constitucional*, do qual transcrevo alguns trechos pertinentes: “Quando um satélite fotografou o solo do Planeta Marte, muitos vislumbraram um *rosto* na superfície marciana. Assim são alguns juízes quando observam o texto poroso da Constituição. [...] Quem olha para as nuvens à procura de unicórnios, certamente, os encontrará. E se este alguém procurasse dragões, estaria igualmente propenso a vislumbrá-los. Aos poucos, as nuvens assumem a forma do animal ou do objeto que se buscava enxergar. Trata-se de um fenômeno psicológico descrito pela literatura como *pareidolia*. [...] O texto constitucional, tanto quanto as nuvens do céu, é um campo fértil para as pareidolias” (FONTELES, Samuel Sales. *Hermenêutica constitucional*, p. 44).

A metáfora é boa por ilustrar, ainda, que: **a)** de um lado, as imagens fortemente “indeterminadas” (“abstratas”) utilizadas em testes clínicos psicológicos são *úteis para os seus fins* exatamente por serem indeterminadas, de modo a viabilizar as associações livres, enquanto meios necessários ao diagnóstico; mas **b)** de outro, se todas as leis fossem tão fortemente “indeterminadas” assim, não haveria razão para existir o Poder Legislativo, pois *não é útil para os propósitos do Direito* que se crie a ilusão de que as normas jurídicas são criadas por via parlamentar apenas para camuflar a suposta “verdade” de que elas são criadas sempre e apenas por via judicial, “interpretativa”.

Uma vez que se aceite a premissa de que não existem normas antes da interpretação (entendida como o processo posterior à edição das leis, especialmente deflagrado pela atividade judicial, para a *imputação* – e não para a *identificação* – de seus significados), então se deve entender que o Legislador escreve as leis de forma tão vaga e tão passivamente sujeita a qualquer projeção de sentido quanto, para dar um exemplo literário famoso, a seguinte e exótica “definição” que Riobaldo dá no “Grande Sertão: Veredas” de João Guimarães Rosa: “viver é etcétera”. Mas, ora, é evidente que a “indeterminação” da linguagem legislativa não é tão intensa quanto o ceticismo voluntarista quer fazer crer, de modo que a linguagem das leis não é jamais tão intencionalmente vaga quanto a “textura muito aberta” da provocativa não-definição roseana.

Se o cético-voluntarista está certo – e, portanto, se a norma é *realmente* apenas o resultado da interpretação, nunca o seu objeto –, então o Legislador, ao editar uma lei, de quatro possibilidades, uma: ou **a)** não obriga ninguém a *nada*; ou **b)** obriga seus destinatários ao cumprimento de *todos os significados possíveis* (isto é, os sentidos *internos* à “moldura” kelseniana) das palavras que escolheu para expressar o comando deôntico que tinha em vista; ou **c)** obriga seus destinatários não só ao cumprimento dos significados possíveis, como *também dos impossíveis* (isto é, os sentidos *externos* à “moldura” kelseniana); ou **d)** obriga seus destinatários apenas àquilo que os Juízes futura e provavelmente dirão que ele, Legislador, quis dizer com as palavras que – por alguma razão desconhecida – escolhera para redigir os enunciados normativos.

Contudo, nossas intuições fundamentais a respeito das práticas jurídicas repugnam todas essas possibilidades, que nos soam invariavelmente erradas, cada uma a seu modo: **a)** um Legislador que não criasse normas ao legislar não serviria para nada: ele não passaria de um

*redator inútil*²⁴³; **b)** um Legislador que criasse várias obrigações simultâneas e até mesmo virtualmente contraditórias frustraria já de antemão os ideais de segurança jurídica e de clareza normativa: seria ele um *déspota confuso*; **c)** um Legislador que criasse obrigações “invisíveis” e imprevisíveis, a serem definidas somente *a posteriori* e de forma aleatória e voluntarista pelos “intérpretes”, desrespeitaria a garantia constitucional segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei e tornaria absurda a norma segundo a qual ninguém pode alegar desconhecimento da lei como justificativa para o seu descumprimento: seria ele já um *tirano gincaneiro e sádico*; e **d)** um Legislador que delegasse a criação de todas as normas à atividade “interpretativa” reduziria a atividade legislativa a uma inutilidade absoluta, hipótese em que seria preferível que o poder nomopoiético fosse entregue, já de uma vez e sem rodeios ou disfarces, ao Poder Judiciário: seria o Legislador, nesse caso, um *desocupado dispendioso* que, inexplicavelmente, recebe muito dinheiro para nada fazer de juridicamente relevante ou sequer inteligível.

Ou seja: a tese aqui escrutinada (de que não há normas antes da interpretação) torna a atividade legislativa simplesmente despropositada e, portanto, incompreensível, já que vários dos sentidos (possíveis e impossíveis) dos signos linguísticos de que ela se vale para registrar a vontade político-parlamentar podem ser inclusive contraditórios entre si. É por essa razão que o critério hermenêutico da vontade legislativa, problemático o quanto seja, não pode jamais ser completamente descartado²⁴⁴, sob pena de o Poder Legislativo não ser mais propriamente um Poder, mas apenas um “pseudo-Poder” ou um “pré-Poder”, isto é, um conjunto de atividades que simplesmente preparariam o exercício do verdadeiro e único Poder: em verdade o “super-Poder” que residiria na “interpretação” judicial, ao mesmo tempo criadora e aplicadora do Direito. No limite, o ceticismo voluntarista conduz à compreensão de que o Legislativo não obriga propriamente ninguém a nada e que só os “intérpretes” das leis é que realmente o fazem, da forma como bem entendem (ou melhor: como, bem ou mal, entendem). Isso parece causar

²⁴³ Relembre-se com Marcelo Neves que, segundo Friedrich Müller, a atividade legislativa se limitaria à “emissão de texto legal” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico, p. 8).

²⁴⁴ “Uma discussão recente de Joseph Raz é bastante útil para distinguir um dos usos da intenção legislativa de outros. Raz propõe (1993:18) um ponto de vista básico ou mínimo de intenção legislativa: notando que ‘sempre que se legisla pretende-se, de algum modo, fazer o Direito que se está aprovando’. É importante reconhecer esse aspecto básico ou mínimo de intenção, em contraposição aos que poderiam crer que a intenção não desempenha nenhum papel na compreensão da legislação, ou que poderiam duvidar da ligação entre legislação, autoridade e legitimidade no Direito” (BIX, Brian. *Questões na interpretação jurídica*. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação*: ensaios de filosofia do direito, p. 214). O tema espinhoso da intenção legislativa será desenvolvido melhor e autonomamente no tópico 4.3.4, abaixo.

uma verdadeira pane não só na distribuição harmoniosa do exercício do poder estatal entre seus três ramos fundamentais (Legislativo, Executivo e Judiciário), como até mesmo nas noções mais elementares que temos a respeito de o que são as normas jurídicas e de quem as produz, como, quando e para que fim.

Além disso, a tese em questão esvazia de significado e de utilidade qualquer alteração textual feita no próprio processo legislativo, em seus muitos debates, disputas e negociações: ora, às vezes bancadas legislativas brigam para adicionar ou suprimir uma vírgula, pois sabem que textos têm, sim, significados compartilhados e estabilizados pelo uso, fato que nenhum cinismo hermenêutico poderia razoavelmente dissimular. Não fosse assim, as lutas parlamentares sobre qual deve ser a redação final de uma lei também *não fariam qualquer sentido*, sendo, portanto, absolutamente ininteligíveis.

Colocando esse conjunto de ideias em forma de perguntas: se os enunciados normativos nada prescrevem, então eles fazem o quê, exatamente? Cumprem, afinal, qual função na dinâmica sócio-político-jurídica? Nenhuma? Alguma realmente relevante? E mais: se eles “prescrevem” apenas aquilo que o Juiz acabar por prescrever ao “interpretá-los” (mesmo que de forma incorreta ou, pior, teratológica), então em que sentido eles realmente prescrevem o que quer que seja?

Como se vê, a tese cética – ao menos em suas vertentes radicais – *distorce gravemente a função legislativa* a ponto de torná-la completamente irrelevante. Ao tentar representar o melhor e mais concretamente possível *a decisão judicial*, o ceticismo-voluntarista representa muito mal *a decisão legislativa*, que – não custa lembrar – é também uma decisão estatal. Trata-se, portanto, de uma caricatura, por promover o exagero de algo (atividade judicial) às custas do decréscimo de outro algo (atividade legal).

Ocorre que as funções desempenhadas pelo resultado da atividade legislativa não são supérfluas, nem são assim consideradas, quer pelos atores jurídicos, quer inclusive pelos Cidadãos de um modo bastante geral. Ora, uma das funções mais importantes que as normas jurídicas legisladas cumprem numa determinada comunidade jurídica é a de *facilitar* ou *simplificar* (e talvez até *excluir* ou *precluir*) o processo deliberativo das pessoas a respeito de

“como agir”²⁴⁵: **a)** sem regras autoritativas, a deliberação precisa levar em conta materiais orientativos de diferentes naturezas (política, moral, econômica, psicológica *etc.*), o que a torna complexa e, por isso mesmo, hesitante; mas **b)** com regras autoritativas, a deliberação fica muitíssimo simplificada e, por vezes, nem chega a ser necessária.

Então, se as normas realmente não existissem antes de sua imposição judicial casuística, então elas não poderiam cumprir essa função de abreviar ou precluir a deliberação; mas nós sabemos, por experiência direta, que essa função é sim desempenhada, já que diversos Cidadãos decidem agir espontaneamente em conformidade com as regras legisladas e que a maioria dos Juízes considera suficiente invocá-las para que suas decisões estejam satisfatoriamente fundamentadas. Nem se diga que tais normas, embora de fato existam, só se constituem depois de serem estabilizadas mediante interpretações jurisprudenciais reiteradamente feitas no mesmo sentido: **a)** primeiro, porque a obediência espontânea às regras legisladas costuma acontecer já desde que essas são promulgadas, ou seja, antes de qualquer Juiz ou Tribunal “interpretá-las” em qualquer sentido que seja; e **b)** segundo, porque, mesmo quando há precedentes consolidados em determinado sentido interpretativo, fato é que as decisões judiciais em questão são da mesma natureza que os enunciados legislativos (natureza linguística, vertida em linguagem natural escrita), não havendo motivo algum para que se diga que estes não criam normas e aqueles sim, como já demonstrado antes (tópico 3.2.1, letras *a* e *b*).

Portanto, a consequência da visão teórica cético-voluntarista imoderada é, literalmente, a *anomia*: uma ausência de normas que tornaria inexistentes os processos de tomada de decisão *conforme regras* (processos que, porém, sabemos existir, o que demonstra a falsidade da tese). O ceticismo normativo radical é frontalmente incompatível com a concepção de que o Direito é um sistema que regula o comportamento social *previamente* – mesmo que não *completamente*, nem *facilmente*, nem *perfeitamente* –, mediante a edição de normas gerais *i)* suficientemente compreendidas e prontamente acatadas pela sociedade de forma espontânea e majoritária; *ii)* judicialmente impostas aos casos nos quais seu sentido é claro e sua aplicação, apenas subsuntiva, ou quase; e *iii)* judicialmente completadas nos casos em que seu sentido é

²⁴⁵ Nesse sentido: “sem a *preclusão*, a regra não pode ser efetivamente uma razão *independente* de suas razões de fundo” (MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, p. 74): do contrário, haveria apenas as razões que motivaram a edição da “regra”, que já não será propriamente uma regra, senão nominalmente, na aparência, pois já não haverá regra em qualquer sentido relevante do termo. A propósito, essa função *motivacional* que as normas desempenham – por reduzir, simplificar ou mesmo eliminar as deliberações práticas a respeito de como agir – é teoricamente relevante para as teses positivistas exclusivistas (defendidas por Joseph Raz, Scott J. Shapiro, dentre outros).

relativamente indeterminado e sua aplicação demanda interpretação criativa ou ao menos acomodatória.

Reitere-se: o ceticismo radical torna a atividade legislativa totalmente destituída de propósito e sentido, na medida em que não reconhece nela os atributos de *vontade política nomopoiética* e de *clareza linguística suficiente*, sem os quais ela não se presta a cumprir qualquer das funções que lhe são atribuídas tanto pelo público leigo, quanto pelos atores mais técnica e diretamente envolvidos nas práticas jurídicas (legislativas, judiciárias *etc.*). Aliás, como é evidente, nenhuma lei seria efetivamente dotada de autoridade se o acatamento de seus comandos, pelos Cidadãos, só precisasse ocorrer se e quando um Juiz eventualmente o impelisse a isso em determinado caso judicial, por razões não jurídicas desconhecidas²⁴⁶.

No fundo da questão está o fato de que, como o ceticismo jurídico-normativo tacitamente sugere, o Parlamento só edita leis para dar aos Juízes uma aparente e ilusória justificação legitimadora de algo que, porém, não é mais que a imposição arbitrária de sua vontade totipotente e, a rigor, autolegitimadora; as normas deixam de ser critérios orientadores para Cidadãos e Juízes, passando a ser meros materiais, aliás fortemente “indeterminados”, à disposição dos Juízes para que deles façam o uso que melhor lhes aprouver. Isso significa, em outras palavras, que as normas *deixam de ser aquilo que, intuitivamente, entendemos que elas são*, descaracterizando totalmente o sentido usual e compartilhado do termo.

b) Se a tese cético-voluntarista é verdadeira, então não há hierarquia normativa

Outra consequência que logicamente decorreria da tese de que o Legislador não cria normas jurídicas verdadeiramente, em virtude do caráter “indeterminado” da linguagem de que se vale para registrar em texto os resultados de sua atividade, seria a seguinte: a imagem do sistema normativo como uma *hierarquia de normas* – tornada comum sobretudo a partir de

²⁴⁶ Relembre-se o importantíssimo e ácido trecho em que Joseph Raz critica a discricionariedade voluntarista do último Kelsen: “O parlamento pode legislar impondo que todos devem pagar um percentual de sua renda como imposto. Não se segue daí, de acordo com a nova doutrina kelseniana, que eu deva pagar o imposto. Apenas se e quando um oficial de justiça me ordenar a pagar eu tenho que pagá-lo. Mas não há razão pela qual o oficial deva me ordenar a fazê-lo. É verdade que existe uma lei determinando que os oficiais de justiça exijam o pagamento dos devedores, mas pela mesma lógica maluca, nem esse oficial, nem qualquer outro oficial está obrigado a exigir de mim o pagamento” (RAZ, Joseph. *Kelsen's General Theory of Norms*, Critical Study, *Philosophia*, 6, 1976, p. 503, *apud* MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, p. 93).

Kelsen é verdadeiramente enraizada no imaginário jurídico ocidental de um modo bastante geral²⁴⁷ – seria uma imagem completamente ilusória e enganosa.

Em outros termos, não haveria normas *superiores* e normas *inferiores*, nem haveria normas *gerais e abstratas*, de um lado, e normas *individuais e concretas*, de outro: haveria apenas e tão somente as “normas” – qualquer que fosse a natureza que nesse caso elas teriam – criadas pelos Juízes ao “interpretar” volitiva e discricionariamente “meros textos indeterminados”. O ceticismo, levado às suas últimas consequências, implode a estrutura piramidal que intuitivamente reconhecemos existir no sistema jurídico-normativo, reduzindo todas as normas ao nível mais baixo da “pirâmide”: aquele constituído pelas decisões judiciais.

Ora, se os Juízes podem – como a tese cética aceita e como parece ter aceitado o último Kelsen – decidir até mesmo de forma contrária ao que está estabelecido nas normas gerais, abstratas e superiores, então a *dinâmica jurídica* e a *estrutura escalonada* da ordem jurídico-normativa, descritas por Kelsen no quinto capítulo de sua *Teoria Pura do Direito*, simplesmente não seriam o caso²⁴⁸.

Ocorre que essa visão escalonada do sistema normativo – para a qual a norma superior é o fundamento de validade da norma inferior e esta é a aplicação ou concretização daquela – não é apenas uma imagem mental gratuita e caprichosamente estabelecida no imaginário geral; mais do que isso, ela é uma descrição – conquanto metafórico-geométrica – de *práticas jurídicas realmente estabelecidas de forma vinculativo-hierárquica*. Então, não é que o ceticismo voluntarista simplesmente se oponha a uma imaginação, ainda que coletivamente compartilhada (o que já seria muito grave), mas sim que ele se opõe a práticas que realmente são muito bem descritas por esse nexos hierárquico e recíproco que há entre o *fundamento de validade* e a *aplicação concretizadora* das normas jurídicas.

²⁴⁷ “Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, pp. 246-247).

²⁴⁸ “A partir do momento em que o juiz pode decidir de acordo ou não com a norma superior, influenciado por uma série de fatos pessoais e sociais, o realismo considera juridicamente existentes somente as decisões que, na visão tradicional, se encontram na base da pirâmide. Temos aqui a (impossível) imagem da pirâmide de um andar só. Isso significa que não se reconhece, no âmbito jusrealista, a dinâmica normativa que permitiria classificar hierarquicamente normas e explicar sua criação com referência a outras normas. Só existe uma manifestação de vontade da autoridade (fato) e sua decisão com base nessa vontade (também fato)” (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*, pp. 88-89).

Veja-se, por exemplo, o controle de constitucionalidade das leis, técnica decisória que acaba, muitas vezes, por retirar uma norma legislada do ordenamento jurídico, justamente sob o fundamento de sua inconstitucionalidade. Não faria sentido que uma lei fosse declarada inconstitucional e, por isso, fosse retirada do ordenamento jurídico, se as normas constitucionais *não lhe fossem “superiores”*, como é imediatamente óbvio²⁴⁹.

Aliás, aproveitando o exemplo do controle de constitucionalidade é preciso dizer que, se o sistema jurídico-normativo realmente não se organizasse numa estrutura escalonada e se as únicas normas jurídicas realmente existentes fossem apenas aquelas efetivamente “criadas-aplicadas” pelos Juizes (ou aquelas que provavelmente eles aplicarão no futuro), então as decisões judiciais que controlam a constitucionalidade das leis incorreriam numa clara *contradição performativa*, num estonteante *oxímoro jurídico*: afinal, elas diriam que uma lei, que “nada diz”, é incompatível com uma Constituição, que também “nada diz”, pois tanto a lei quanto a Constituição só “diriam” aquilo que o Juiz diz que elas “dizem”, já que nem uma, nem outra teriam “significados intrínsecos”. No limite, toda inconstitucionalidade só existiria porque algum Juiz *quis* que a lei dissesse algo incompatível com aquilo que ele igualmente *quis* que a Constituição dissesse – e, segundo o ceticismo voluntarista, trata-se mesmo de *querer*, já que a interpretação judicial seria uma atividade volitiva, e não cognitiva. Então, a culpa pela existência de todas as leis inconstitucionais seria única e exclusivamente dos próprios Juizes que as declaram como tais, já que o conteúdo normativo, tanto constitucional quanto infraconstitucional, não é estabelecido senão por eles mesmos.

Desse modo, é preciso ter claro que, caso se pretenda manter a coerência lógica, a assunção de teses e premissas cético-voluntaristas terá como preço a consequência de se ter de defender a tese audaciosa – e que dissolve completamente a questão da *validade das normas* – de que *não há hierarquia entre normas*, pois, segundo tais teses e premissas, as únicas normas *realmente existentes* são aquelas, casuísticas e individuais, que resultam da atividade “interpretativa” decisório-voluntarista e que são impostas *ilusoriamente*, isto é, *como se se tratasse de normas pré-existentes simplesmente aplicadas aos casos concretos*.

²⁴⁹ Aliás, não faria sentido que uma lei fosse declarada inconstitucional caso ela não tivesse significados intrínsecos. Fosse verdadeira a tese jusrealista forte, então *jamais* seria necessária – nem sequer possível, aliás – a declaração de inconstitucionalidade, pois *sempre* se poderia interpretá-la conforme à Constituição. Ver, nesse sentido, o maior desenvolvimento dado a essa temática no tópico 4.1.4, abaixo.

c) Se a tese cético-voluntarista é verdadeira, então a aplicação de normas é odiosamente retroativa

Uma terceira consequência inevitável das teses cético-voluntaristas é a de que, se os Juízes não aplicam normas pré-existentes aos casos que julgam, mas têm eles mesmos de criar as normas que simultaneamente aplicarão – mediante a “interpretação” de textos supostamente “indeterminados” –, então não existe propriamente *aplicação* de normas (*prévias*), mas uma *sempre nova elaboração* de normas que o Juiz *cria volitivamente e impõe retroativamente*.

O postulado segundo o qual deve ser necessariamente *prospectiva* a eficácia das normas que regulam as condutas humanas é um verdadeiro e inegociável axioma nas práticas jurídicas mais desenvolvidas – e minimamente civilizadas –, de modo que poucas garantias são objeto de consenso mais pacífico do que aquela que exige que, numa ordem jurídica, mandamentos e proibições jamais sejam aplicados retroativamente ou, para dizer o mesmo de outro modo, só sejam aplicados a um caso os mandamentos e proibições já vigentes à época da ação ou do fato sob julgamento. Sem isso, todos estarão dispostos a prontamente reconhecer que a ordem jurídica em questão está abaixo do nível mínimo de civilidade e justiça.

A importância da vedação à aplicação retroativa de normas decorre do fato de que uma tal retroatividade impositiva e literalmente surpreendente seria *incompatível com a liberdade*: se nossas ações puderem ser, a cada passo, avaliadas de acordo com valorações jurídico-normativas *distintas* daquelas que sabidamente vigiam à época em que decidimos agir, então jamais poderemos exercer, verdadeiramente, o direito de *tomar decisões* e *fazer planos* de acordo com *regras presentes, atuais* – e não regras *futuras*, meramente *prováveis*²⁵⁰.

Ora, se as normas puderem ser impostas retroativamente, será impossível prever quais normas serão empregadas para avaliar nossas decisões a respeito de como agir e, conseqüentemente, já não teremos condições de decidir de forma *livre e informada* qual a melhor forma de agir para não estarmos sujeitos a sanções (por vezes muito graves, como, no limite, a pena de morte ou a pena privativa de liberdade). Assim, a liberdade – nesse sentido substancial de poder traçar planos, tomar decisões e agir de forma consciente e responsável –

²⁵⁰ Relembre-se aqui que, segundo algumas versões do jusrealismo, Direito é aquilo que os tribunais *provavelmente decidirão* que ele é.

depende de que as normas jurídicas sejam aplicadas de forma proativa ou prospectiva (*ex nunc*), nunca retroativa ou retrospectiva (*ex tunc*), a não ser que fosse possível voltar no tempo²⁵¹.

Postas as coisas nessa perspectiva, fica fácil perceber o quanto a tese cético-voluntarista é incompatível não só com as nossas intuições fundamentais de como as práticas jurídicas *são*, mas até mesmo de nossos consensos mais elementares de como elas *devem ser*: se o Legislador não cria normas (por serem supostamente “indeterminados” os enunciados legislativos), então não existem normas gerais e abstratas que *previamente a eventuais casos judiciais* possam orientar a conduta social, mas apenas as normas que individual e concretamente os Juízes impõem a cada um dos casos que julgam, normas essas que, porém e por definição, serão sempre aplicadas de forma intoleravelmente retroativa.

A isso tudo poderia se objetar o seguinte: do “fato” de que são os Juízes que criam as normas não se segue que só existam as normas individuais e concretas criadas para a solução de cada caso, pois decisões judiciais reiteradas no mesmo sentido, sobretudo quando se trata de precedentes obrigatórios, assumem notória característica geral e abstrata, de modo que haveria, sim, nesse caso, normas prévias que pudessem orientar a conduta social e evitar a imposição retroativa de normas criadas *ad hoc*. Porém, essa objeção é claramente improcedente, por recair na contradição já demonstrada nos testes lógicos feitos acima: ora, como as decisões judiciais também são vertidas em texto e como todo texto, segundo o consenso cético defende, é por natureza “indeterminado”, daí se seguiria – ou deveria se seguir, caso se quisesse manter a coerência – que as decisões judiciais também não criam normas, tanto quanto as leis, antes delas, não as puderam criar em virtude do caráter inevitavelmente “indeterminado” da linguagem em que foram expressas.

Então, não há saída: ou **a)** a linguagem humana natural, constituída de termos gerais e vertida em texto, é capaz de criar normas que, previamente, orientem as decisões livres e responsáveis de seus destinatários – e, nesse caso, não há motivo para se negar que existam normas criadas pelo Parlamento (ainda que se considere que o Judiciário *também* crie normas); ou **b)** essa linguagem, por sua “indeterminação”, é incapaz de criar normas prévias – e, nesse

²⁵¹ “[...] para que o indivíduo possa autonomamente desenhar sua própria vida e livremente determinar seu curso, ele precisa agir com base no Direito no presente e não ser surpreendido pelo próprio Direito no futuro. O Direito, pois, precisa ter efeitos prospectivos, e não retroativos. [...] se o indivíduo pratica o fato “A”, por aceitar a consequência “Z”, e depois que agiu e já não pode recuar no tempo e mudar o passado alguma autoridade decide alterar o significado de “A” ou a dimensão da consequência “Z”, eis que novamente ele é tratado como um objeto, e não como um sujeito de direitos” (ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*, p. 19).

caso, não há motivo para se afirmar que existam normas criadas pelo Judiciário (pois nem ele, nem o Parlamento, criariam normas, instaurando-se, assim, um estado de anomia).

Aliás, a ausência de normas prévias (gerais e abstratas), criadas pelo Legislador, não é só um problema de justiça ou razoabilidade à luz do que se pode exigir dos Cidadãos, em termos deônticos. É que uma tal ausência esconderia ainda um outro problema, mais profundo do ponto de vista da Filosofia Política: dizer que não existem normas previamente criadas pelo Legislador (este mero escritor que vende sua arte literária a preço de ouro), mas apenas normas retroativamente criadas *ad hoc* pelo Juiz (este poderoso intérprete que impõe sua vontade a modo autocrata) é o mesmo que dizer que Parlamentares não têm a prerrogativa de estabelecer *sentidos jurídicos* a determinados *atos empíricos*, mediante sua *avaliação político-moral*, nem, portanto, a de estabelecer *consequências jurídicas* para esses mesmos fatos, mediante *nexos de imputação*²⁵². Apenas os Juizes, nessa leitura, é que poderiam estabelecer certos fatos como obrigatórios, proibidos ou permitidos, pois somente eles é que poderiam *avaliá-los* e, assim, *imputar-lhes consequências jurídicas determinadas*.

Ora, uma coisa é o fato bruto, em sua facticidade; outra, a sua avaliação (política, moral etc.); outra, ainda, o seu sentido jurídico e as suas consequências jurídicas, estabelecidos que são, ambos, por *normas jurídicas*, exatamente. Essa última etapa supõe alguma autoridade normativa que, tendo a prerrogativa de fazê-lo, seleciona determinadas avaliações para estabelecer comandos deônticos que vinculem, por imputação, um determinado fato a determinadas consequências. Nesse contexto, os fatos mais importantes do ponto de vista avaliativo-jurídico (como o estabelecimento de pena criminal, ou atribuição de competência legislativa, por exemplo) são sempre estabelecidos em textos normativos que são, pela importância mesma dos temas em questão, *escritos com a maior clareza possível*. E por quê? Justamente para evitar *dúvidas interpretativas* ao máximo possível e, assim, inibir a *discrecionalidade* ali onde ela não é bem-vinda do ponto de vista político-jurídico.

Então, sobretudo os temas mais caros e sensíveis aos consensos democráticos elementares costumam ser *pre-vistos* com todo cuidado e máxima clareza pela ordem jurídica positiva. Logo, esse espaço de “legislação previdente” deve ser *prior-izado*, devendo ser

²⁵² O termo “imputação”, aqui, é empregado no sentido da distinção kelseniana entre *causalidade* e *imputação*: “Tal-qualmente uma lei natural, também uma proposição jurídica liga entre si dois elementos. Porém, a ligação que se exprime na proposição jurídica tem um significado completamente diferente daquela que a lei natural descreve, ou seja, a da causalidade. Sem dúvida alguma que o crime não é ligado à pena, o delito civil à execução forçada, a doença contagiosa ao internamento do doente como uma causa é ligado ao seu efeito. Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, pp. 86-87).

defendido contra a arbitrariedade do “intérprete” que, substituindo-se ao Parlamento, altere a valoração-imputação de determinados fatos, tudo com base em recursos hermenêuticos muitas vezes os mais frouxos e questionáveis, para não dizer cínicos e francamente desonestos.

A propósito, é preciso considerar ainda o seguinte: uma norma N2, que atribua sentido e impute consequências a um fato F2, é produzida ela mesma por um ato jurídico que nada mais é do que um fato F1 ao qual uma norma “superior”, N1, atribuiu o sentido jurídico de “ser um fato necessário e suficiente à criação da norma N2”. Isso confirma a intuição kelseniana de que o sistema normativo é *escalonado*, já que todas as normas são produzidas por fatos/atos que normas “superiores” consideram como necessários e suficientes à sua produção. Assim, se o sistema normativo é mesmo assim, conclui-se que, para que os Juízes pudessem legislar atípica e retroativamente (pois é isso que fariam, se fosse verdadeira a descrição cético-voluntarista), isso precisaria consistir num fato/ato *previsto e admitido como tal pelo ordenamento jurídico*, sobretudo em âmbito constitucional. Mas, ora, que Juízes criem normas à revelia do Parlamento e as apliquem discricionária e retroativamente aos casos judiciais²⁵³ *não é* um fato/ato que tenha imputado a si, por alguma norma, a condição de ser uma prerrogativa legítima da função jurisdicional e, aliás, é um fato/ato *expressamente vedado* de muitas formas – diretas e indiretas – nos sistemas normativos das democracias liberais, pelo menos como regra²⁵⁴.

d) Se a tese cético-voluntarista é verdadeira, então Juízes podem criar normas gerais e abstratas sem precisar satisfazer diversas condições de legitimidade democrática

Outra consequência inevitável da tese cética a respeito da atividade interpretativo-decisória dos Juízes é esta: se as normas gerais de conduta (enquanto parâmetros deônticos) são criadas no momento da interpretação judicial dos enunciados normativos (supostamente

²⁵³ Exceto, naturalmente, nas circunstâncias *triviais* em que Juízes criam normas individuais e concretas e nas circunstâncias *excepcionais* em que é necessário que, *intersticialmente*, Juízes completem o ofício legislativo a modo geral e abstrato (caso isso seja, mesmo, considerado como uma criação de normas gerais, o que é controverso e teoreticamente disputável, como se verá ao longo do trabalho).

²⁵⁴ Do ordenamento jurídico brasileiro, destacam-se a esse respeito os seguintes dispositivos, dentre outros: **a)** art. 2º da Constituição: “São Poderes da União, *independentes e harmônicos* entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; **b)** art. 5º, II, da Constituição: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude *de lei*”; **c)** art. 5º, XXXIX, da Constituição: “não há crime *sem lei anterior* que o defina, nem pena sem prévia cominação *legal*”; **d)** art. 97 da Constituição: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”; **e)** art. 4º da LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz *decidirá o caso* de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”; **f)** art. 30 da LINDB: “As autoridades públicas devem atuar *para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas* [...]”; **g)** art. 140, parágrafo único, do CPC: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos *em lei*”.

“indeterminados”), então a constituição das obrigações, proibições e faculdades, em determinada comunidade jurídico-política, é um processo que *não satisfaz as condições de legitimidade democrática* que, ao menos em tese, pareciam ser cumpridas pela atividade que, antes, “ilusoriamente”, supunha-se ser a principal responsável pelo nascimento das normas gerais e abstratas: a atividade parlamentar²⁵⁵.

Em termos mais claros: se são os Juízes, e não os Legisladores, que criam as normas jurídicas – pois que seriam eles os únicos investidos da “interpretação autoritativa” dos enunciados normativos –, então as normas que regem a conduta social *não são criadas democraticamente* no ambiente parlamentar, onde se dá a dialética político-axiológica que interpreta fatos à luz de valores e, com base nestes, atribui-lhes consequências jurídicas por nexos de imputação; ao invés disso, elas *são criadas discricionariamente* (e muitas vezes inclusive “*monocraticamente*”) no ambiente jurisdicional, onde se dá o monólogo técnico-judicial que “interpreta” textos normativos, assim entendido o processo de lhes atribuir ou projetar significados volitivamente selecionados.

Isso é sobretudo assim quando às *descrições céticas* (segundo as quais *é apenas um fato* que as normas nascem só depois da interpretação dos enunciados normativos) se somam as *prescrições pragmatistas* (segundo as quais *é vantajoso e benéfico* que os Juízes digam que as normas são aquilo que elas devem ou deveriam ser segundo determinados fins ou valores). A propósito, o ambiente jurídico brasileiro atual – na teoria e na prática – parece ser exatamente o resultado dessa simbiose entre realismo e pragmatismo jurídicos, ambos judicialistas, mas cada um ao seu modo: enquanto o primeiro parece se limitar a dizer que as normas *são* criadas pela interpretação (judicial), o segundo diz, mais, que *é bom que assim seja*.

Porém, é já muita antiga a intuição que se volta contra a criação judicial de normas jurídicas (gerais e abstratas) com base no fundamento até óbvio de que uma tal criação apresenta um claro *déficit democrático*²⁵⁶. Mesmo antes de a democracia ser considerada – como é hoje – o fator mais central e relevante na estruturação do Estado e na dinâmica do exercício do poder que lhe é inerente, já se considerava bastante problemático o imenso poder que os Tribunais

²⁵⁵ O presente argumento será empregado como teste pragmático, quando receberá maior aprofundamento (tópico 4.3.3).

²⁵⁶ “É simplesmente incompatível com a teoria democrática que leis signifiquem aquilo que deveriam significar e que juízes não eleitos decidam o que é isto” (SCALIA, Antonin. *Uma questão de interpretação: os Tribunais Federais e o Direito*, p. 30).

precisariam ter para que pudessem fazer prevalecer a Constituição e seu feixe de princípios e valores subdeterminados²⁵⁷.

Ao longo do século XX e sobretudo na virada para o século XXI, esse poder normativo exercido pelos Tribunais só fez crescer: é hoje já completamente impossível ignorar que o exercício do poder “interpretativo” exercido pelas Cortes é – em alguns casos até abertamente – *voluntarioso e estratégico-consequencialista*, quando não dotado de um *cinismo hermenêutico* às vezes muito mal disfarçado e com o qual, no entanto, aprendemos a conviver como sendo algo mais ou menos “normal” ou “inevitável”, tudo sob o olhar obsequioso ou mesmo entusiasmado da Academia e das classes politicamente interessadas no ativismo judicial – a depender, é claro, das ideologias que são subscritas pelas maiorias que se alternam e revezam na composição das Cortes.

Muitas foram as tentativas teóricas de frenar ou de reduzir esse poder tamanho das Cortes, sobretudo das Cortes constitucionais. Cite-se, por exemplo, a “teoria da indignação” (*outrage*) do Direito norte-americano, para a qual a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo não é suficiente que existam atos *melhores* à luz da Constituição, sendo necessário, mais do que isso, que sejam estes *muito melhores*²⁵⁸.

Mesmo que não se possa pensar num binarismo maniqueísta entre, de um lado, um Legislativo “democrático” e, de outro, um Judiciário “oligárquico”, vai aí boa dose de uma verdade já bastante negligenciada por muitos: mesmo que democracia não seja apenas forma e procedimento, mas também conteúdo e valor substantivo, fato é que, sem forma e procedimento, ela simplesmente deixa de ser o que é²⁵⁹. A “desprocedimentalização” da democracia inevitavelmente causa défices democráticos progressivos; e o limite desse processo de mutação semântica do termo “democracia” substitui as formas e procedimentos que sempre

²⁵⁷ “Na teoria política, o problema para o qual a teoria constitucional é apresentada como solução é que, na medida em que pode ser garantida e imposta pelos tribunais, a Constituição confere aos juízes um poder fora do comum. Esse fato já era considerado problemático muito antes de o princípio democrático alcançar o lugar central que hoje ocupa em nosso conceito de governo” (POSNER, Richard Allen. *A problemática da teoria moral e jurídica*, p. 230).

²⁵⁸ Para essa teoria, o fundamento da inconstitucionalidade tem de ser particularmente intenso, ou seja: “deve ser moralmente indubitável (a posição de Thayer), ou de revirar o estômago (o critério do ‘vômito’ de Holmes), ou chocante para a consciência (o critério de Frankfurter), ou algo que nenhum ser racional defenderia” (POSNER, Richard Allen. *A problemática da teoria moral e jurídica*, p. 231).

²⁵⁹ “Segundo essa interpretação de o que é a ‘democracia’ [interpretação substantivista], todo programa político que o ativista quiser ver implementado pode ser objeto de um pedido à Suprema Corte – sempre em nome da democracia” (POSNER, Richard Allen. *A problemática da teoria moral e jurídica*, p. 236).

definiram seu respectivo conceito²⁶⁰ por uma *mera palavra que pode significar qualquer coisa e que, por isso mesmo, pode ser empregada para se fazer com ela o que bem se entenda*. A partir daí, tudo – tudo mesmo, inclusive prisões sem devido processo legal – pode ser feito “em nome da democracia”, por vezes grafada com inicial maiúscula para causar maior impressão, bastando para isso que se argumente com algum refinamento retórico – mínimo e sempre muito fácil de alcançar, pois o papel aceita tudo – que os fins justificam os meios²⁶¹.

Permitir que Juízes criem normas gerais e abstratas *sem que se submetam às formas e aos procedimentos* que limitam e, por isso mesmo, tornam minimamente legítima e controlável a atividade legislativa significa, na prática e com toda evidência, dar aos Juízes um “superpoder” que conjuga duas vantagens: **a)** de um lado, a de estarem dispensados – com a condescendência obsequiosa da Academia e o entusiasmo seletivo dos militantes político-ideológicos – de cumprir requisitos mínimos de legitimidade (como mandato temporário, quórum qualificado, fundamentação idônea e suficiente, exaurimento de diálogos institucionais *etc.*), já que, em tese, estão apenas “interpretando textos normativos”; e **b)** de outro lado, a de não estarem limitados à mera solução de casos concretos nem à simples resolução de lacunas e antinomias, podendo, sim, criar normas jurídicas gerais, abstratas e inéditas, mesmo que estejam apenas “interpretando textos normativos”.

Desse modo, a noção de que “interpretação” é “criação de normas” garante aos Juízes uma dupla vantagem: a de que a “interpretação de textos normativos” não se limitará a meramente engendrar a solução de casos individuais e concretos, somada à de que, por ser “meramente interpretativo”, o exercício desse poder não precisará satisfazer o complexo sistema de requisitos, limites, formas e procedimentos que são válidos e exigíveis para a promulgação das leis. Ou seja: *aumenta-se* o poder de agentes estatais não eleitos (de modo a englobar a prerrogativa de criar normas gerais) e, como se não bastasse, *diminui-se* a exigência dos pressupostos imprescindíveis à legitimação do seu exercício, em geral considerando-se suficiente que constem da decisão umas quantas palavras que a tornem “fundamentada”.

Então, mesmo quem eventualmente adira às teses cético-voluntaristas deverá reconhecer que, no mínimo, as decisões que supostamente “criam normas” deveriam deixar

²⁶⁰ “É significativo que a maior parte dos preceitos do ‘Bill of Rights’ sejam normas de procedimento, pois é o procedimento que marca, em grande parte, a diferença entre *rule of law* [legalidade] e *rule by fiat* [arbítrio]” (*Wisconsin v. Constantineau*, 400, U.S. 433, p. 436, 1971).

²⁶¹ “Scalia tem razão quando sente que as pessoas que buscam fazer a reforma social através dos tribunais não levam a democracia totalmente a sério. Em espírito, Dworkin está mais próximo de Platão que de Andrew Jackson” (POSNER, Richard Allen. *A problemática da teoria moral e jurídica*, pp. 236-237).

claro que esse é precisamente o caso, não devendo o seu prolator cobrir a atividade criativa com sutis exercícios de hermenêutica para *fazer parecer* que está apenas aplicando uma norma já constituída pelo Parlamento. Ora, o bom Juiz sempre deve deixar claro o que exatamente está fazendo (se aplicando norma legislada, se suprimindo lacuna, se desfazendo antinomia, se “criando norma” supletiva, intersticialmente *etc.*), para deixar permanentemente aberta a possibilidade de crítica e de reações, tanto do Parlamento, quanto da sociedade²⁶². Não é razoável que o Juiz “crie Direito” e finja apenas “interpretá-lo” ou “dizê-lo”, para subtrair-se à crítica, ao controle e, pior de tudo, à *limitação do seu poder*.

Há nesses casos, como é evidente, um esfumaçamento conceitual entre “interpretar” e “criar normas” (justamente os dois problemas fundamentais que estão imbricados no presente trabalho); essa indistinção, que de fato pode existir excepcionalmente em certos casos-limite, é, porém, tida já como a regra geral, quando não como um truísmo cuja negação é absolutamente impensável. O resultado prático dessa indistinção é muito bem aproveitado pelos próceres do que se poderia chamar de “incontinência volitivo-decisória”: por um lado, a “interpretação” é “*mera interpretação*”, na hora desobrigar os Juízes de cumprir os mesmos – ou pelo menos análogos – requisitos legitimadores que são exigidos dos Parlamentares quando criam normas gerais; mas, por outro lado, a “interpretação” já não é “*mera interpretação*”, quando se quer concluir que a atividade judicial cria normas gerais e abstratas e até mais do que isso: normas criadas discricionariamente de forma inédita e inovadora, isto é, já sem qualquer preocupação em ao menos nominalmente fingir que se está apenas “interpretando” ou “regulamentando” determinado enunciado legislativo “indeterminado”.

Levando em consideração tudo isso, chega-se à conclusão de que, se o ceticismo voluntarista é verdadeiro, então o Poder Judiciário é um “superpoder” normativo destituído de controle externo, exercido de forma vitalícia, com baixa qualificação democrática e dispensado de pressupostos legitimadores, à exceção de alguns poucos e muito débeis (como o “dever de fundamentação”, por exemplo).

Ora, ao menos em princípio e para a quase totalidade dos casos, se a função jurisdicional é exercida com vitaliciedade, então é porque ela tem por prerrogativa não estabelecer comandos

²⁶² Assim: “Justamente para impedir a pura subjetividade, essas escolhas [do Juiz] não devem ser ocultas por meio de contorções lógicas e verbais, tornando-se-as assim mais responsáveis e também mais democráticas. Numa sociedade aberta e democrática devem ser patentes as reais razões de qualquer escolha judiciária e revelados os conflitos entre as várias soluções possíveis, evidenciando-se, de tal maneira, também os elementos de incerteza, abrindo-se caminho, se for o caso, para intervenções reparadoras do legislador” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 132).

deôntico-normativos da sociedade, mas apenas fazê-los cumprir, depois de terem sido promulgados pelos Poderes cujas cargos são assumidos por via eletiva e cujas funções se exercem em mandatos temporários. Essa é uma “regra geral” que, como tal, não pode ser negada só porque a realidade é complexa, sempre havendo nela casos de fronteira, exceções *etc.*

Nesse quadro, portanto, descrever a atividade judicial como nomopoiética, assim sem mais, é no fundo compactuar com um “superpoder vitalício”, o que constitui uma aberração do ponto de vista da teoria democrática da limitação do poder estatal²⁶³.

e) Se a tese cético-voluntarista é verdadeira, então não há fronteiras entre o político e o jurídico

Outra consequência que inevitavelmente decorre da premissa segundo a qual o Juiz não é capaz de *conhecer* o sentido dos enunciados normativos, tendo sempre de forçosamente selecionar com base em *critérios volitivos* o sentido que seja mais condizente com suas preferências morais, políticas *etc.* é a seguinte: além do esmaecimento da distinção entre a *criação* e a *aplicação* do Direito, também a distinção entre o *político* e o *jurídico* deixaria de existir²⁶⁴. Aliás, essas duas *indistinções confusas* seriam talvez uma só e a mesma, já que a *criação* das normas é – e deve ser – um momento marcadamente *político*, enquanto a sua aplicação é – ou deveria ser – um momento acentuadamente *jurídico*²⁶⁵.

Ora, se o material *jurídico*-normativo é realmente incognoscível ao Juiz, então a sua atividade é, por isso mesmo, inevitável e completamente *política* (no sentido amplo do termo, englobados aqui os valores morais, religiosos, estéticos *etc.*, isto é, qualquer valor que possa

²⁶³ Demonstra a importância e a atualidade dessa discussão o fato de, recentemente, ter sido protocolada Proposta de Emenda à Constituição destinada a que os Ministros do Supremo Tribunal Federal passem a ser titulares de mandatos de dez anos e não possam proferir decisões monocráticas que, apoiadas em suposta inconstitucionalidade de normas editadas pelo Congresso Nacional, suspendam cautelarmente a sua eficácia. A referida PEC foi formulada e protocolada pelo Deputado Paulo Martins.

²⁶⁴ Marcelo Neves fala da distinção “entre programas finalísticos, primariamente políticos, e programas condicionais, primariamente jurídicos. Os primeiros dizem respeito ao estabelecimento de fins e à determinação dos meios para alcançá-los, especificando relações ‘meio-fim’. Os segundos concernem a determinações das condições que podem ensejar um determinado efeito, fixando relações ‘se-então’” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, p. 33).

²⁶⁵ “O ativismo judicial apresenta-se como o abandono do direito pelo juiz na formação da decisão judicial. O juiz ativista substitui o direito por outra linguagem ou código de decisão, *e.g.*, política, religião, economia, ideologia, opinião pública *etc.* Na maior parte dos casos de ativismo, o juiz deixa de fazer direito e parte para a política propriamente dita. Tanto assim é que Rory Leishman dedica um item sobre ativismo para o seguinte tema: *Como nossos juízes têm se tornado políticos*” (ABBOUD, Georges. *Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional*, p. 81).

estar na base de determinada decisão político-parlamentar). Assim, a consequência última do ceticismo voluntarista é a de não existirem critérios *genuinamente jurídicos* que possam pautar as decisões judiciais, de modo que a tomada de decisão judicial, ao contrário do que poderia parecer, não é jamais motivada por razões *técnicas* e *cognitivas*, mas sempre e apenas por razões *axiológicas* e *volitivas*. Nesse cenário, as decisões judiciais são inteiramente dependentes de juízos *políticos*: qualquer impressão de que haja um domínio propriamente jurídico de razões para decidir é uma impressão ilusória, ingênua, “metafísica”; todas as razões de decidir são, segundo esta visão, incontornavelmente políticas, quando vistas para além das aparências enganosas²⁶⁶.

Ocorre que essa proposição – de que não há fronteiras entre o político e o jurídico e de que, portanto, a interpretação das normas é na verdade a sua criação volitiva – é uma proposição *bastante ambiciosa*, porque se distancia demais das intuições e concepções que os Cidadãos e os protagonistas das práticas jurídico-políticas têm a seu respeito. Então, para torná-la mais palatável e fazer parecer que ela não só não é ambiciosa, como é até mesmo bastante óbvia, é previsível que seus defensores invoquem um truísmo que ninguém negaria, mas que não tem força para sustentar a “pesada” conclusão cética: o truísmo de que nenhuma distinção entre entes da realidade empírica é “absoluta” ou “estanque”, como se costuma dizer, pelo que nenhuma classificação retrataria a realidade *exatamente* como ela é.

De fato – e isso já é quase um clichê – aquelas distinções fundamentais entre criação e aplicação do Direito e entre o político e o jurídico não são “absolutas” nem “estanques”, mas não o são apenas no sentido muito trivial de que *nenhuma* distinção classificatória de realidades empíricas *já* o é. Entretanto, basta que existam *diferenças suficientemente significativas* entre duas coisas – e sempre haverá alguma – para que uma classificação qualquer que as separe em duas classes distintas esteja justificada, por razões conceituais ou pragmáticas. Classificações e distinções conceituais de fato não são “absolutas”, nem retratam a realidade de forma “perfeita”, mas esse jamais foi o seu propósito e a sua ambição, de modo que afirmar tais obviedades depende de se pressupor, incorretamente, que alguém esteja defendendo ou

²⁶⁶ “O contraste entre o jurídico e o político parece ser válido, segundo essa visão, apenas quando se acredita credulamente que a prestação jurisdicional envolve um raciocínio, mais ou menos mecânico ou automático, do geral para o particular. Mas falar de uma interpretação é sugerir que outra interpretação é possível, é evocar uma atividade que não é mecânica, mas, em certo sentido, criativa. Portanto, a exigência de que as normas jurídicas sejam interpretadas significa, conclui o revisionista, que existe uma dose de simulação ou auto-ilusão presente quando um juiz parece resolver um caso por meio apenas das normas jurídicas” (STONE, Martin. Focalizando o Direito: o que a interpretação jurídica não é. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*, p. 50).

esperando ingenuamente o contrário, isto é, que conceitos e classificações espelham a realidade em toda a sua complexidade de forma perfeita e milimétrica.

Então, invocar essa trivialidade – de que classificações são simplificações cognitivamente úteis da realidade – não favorece a tese de que *nada há, em nenhum sentido ou grau*, que possa traçar qualquer distinção entre razões políticas e razões jurídicas. Se a mera constatação de que uma classificação não é “estanque” ou de que um conceito distintivo não é “absoluto” exigisse a conclusão de que as duas coisas classificadas e conceitualmente distinguidas são *a mesma coisa*, então só haveria uma única coisa na realidade, pois *nenhuma* classificação e *nenhum* conceito retratam a realidade perfeitamente. Seria esse o fim de qualquer empreendimento de natureza cognitiva, pois toda ciência depende de classificações e conceitos que, porém, são sabidamente relativos, simplificadores, provisórios, problemáticos *etc.*²⁶⁷.

O argumento aqui questionado parece decorrer da impressão de que, ou uma distinção é “absoluta”, ou então ela não existe realmente em nenhum sentido ou grau, o que constitui claramente um falso dilema e, portanto, é um expediente argumentativo que só parece poder ser usado por descuido – ou, pior, por astúcia retórica.

Uma vez esclarecido isso, fica evidente que, apesar de eventuais zonas de intersecção, dificuldades e aporias em certos casos-limite, a distinção categorial entre o político e o jurídico (e, por extensão, entre a criação e a aplicação do Direito) é uma distinção legítima que descreve bem o fato de que, na maior parte dos casos, é perfeitamente possível discriminar razões *políticas* de razões *jurídicas* e, conseqüentemente, nesta maioria de casos, ao Juiz é perfeitamente possível – e, aliás, obrigatório – julgar com base em razões *jurídicas* que lhe sejam objeto de *conhecimento* e que tornem desnecessário, despropositado e indevido o apelo a razões *políticas* que lhe sejam objeto de *vontade*.

Em outros termos, as *regras jurídicas* têm por função precisamente impedir que os motivos da decisão judicial se espriem para *razões políticas*, bloqueando o que bem se poderia chamar de “incontinência hermenêutica” ou “deriva interpretativa”²⁶⁸, isto é, o fenômeno pelo

²⁶⁷ Ora, o fato de que, por exemplo, não haja uma separação rígida e absoluta entre as classes “mamífero”, “réptil” e “ave”, como a figura exótica do ornitorrinco prova bem, não é suficiente para borrar completamente as fronteiras entre essas três classes, nem, portanto, para se afirmar que todos os seres vivos são iguais, indistintos *etc.* Da mesma forma, o fato de o jurídico e o político não perfazerem uma dualidade absoluta, sem qualquer zona cinzenta de intersecção, é insuficiente para que se diga que, só por isso, não existem diferenças substantivas entre um e outro.

²⁶⁸ Trata-se de um fenômeno semelhante ao que foi batizado de “oba-oba constitucional” por Daniel Sarmento, em seu artigo “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, publicado no *site* do Ministério Público da Bahia: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmiento.pdf>, último acesso em: 19.01.2023.

qual o Juiz, sem precisar nem poder, deixa de se limitar ao âmbito das normas jurídicas para inserir no processo “interpretativo” um sem-número de outros materiais deliberativos (morais, políticos, ideológicos *etc.*) que eventualmente se lhe afigurem necessários à pretensa e retórica justificação da conclusão que mais lhe agrada, mesmo que contrário ao sentido claro da norma que ele deveria aplicar.

Assim como as regras jurídicas *facilitam* ou *simplificam* o processo deliberativo dos Cidadãos a respeito de como agir em cada caso (como visto há pouco), elas *excluem* ou *precluem* do processo decisório judicial motivos e razões de ordem extrajurídica – ou pelo menos devem, ou deveriam, fazê-lo para o correto exercício da função jurisdicional²⁶⁹.

Desse modo, a inexistência ou a desconsideração de regras existentes são fatores que têm as seguintes consequências: **a)** para os Cidadãos, a deliberação a respeito de como agir se torna mais complexa, hesitante e dilemática, precisamente por não existirem – ou por serem negligenciados – aqueles parâmetros normativos compartilhados que a abreviam e simplificam; e **b)** para os Juízes, a deliberação a respeito de como decidir um caso tem de levar em conta materiais motivacionais extrajurídicos (políticos, morais, econômicos *etc.*), o que a torna fortemente discricionária e imprevisível, por poder levar em consideração “todas as coisas” (para usar, aqui, a expressão “*all-things-considered decision*”, de Frederick Schauer)²⁷⁰.

Mas se, ao contrário, existem regras a respeito de algo e elas são aplicadas, tem-se então justamente o seguinte: **a)** os Cidadãos podem orientar suas condutas de forma muito mais simplificada e inclusive justificá-las mediante a simples invocação das regras, já que a validade motivacional destas é compartilhada na comunidade em questão; e **b)** os Juízes, além de não precisarem densificar ou verticalizar a fundamentação de suas decisões (em virtude do menor ônus argumentativo necessário para simplesmente aplicar regras válidas), proferirão decisões que, por sua previsibilidade, prestigiam a segurança jurídica e que, por não pretender “criar normas” distintas das legisladas, respeitam a separação harmoniosa dos Poderes.

²⁶⁹ Essa mesma razão é levada em conta pelos críticos à teoria alexyana dos princípios jurídicos, fazendo-os considerar que esta não consegue “oferecer uma concepção de regras que as torne *resistentes* à tentação permanente de, independentemente do que os seus textos sugerem, submeter ao teste de complexas ponderações envolvendo princípios materiais e formais a sua aplicabilidade efetiva em um caso concreto” (trecho extraído do prefácio de Fernando Leal à obra: ALEXY, Robert; POSCHER, Ralf. *Princípios jurídicos: o debate metodológico entre Robert Alexy e Ralf Poscher*, p. 33).

²⁷⁰ “Quem toma uma decisão não constrangido por regras tem o poder, a autoridade, a competência para levar todas as coisas em consideração. Inversamente, quem toma uma decisão constrangido por regras perde algo dessa jurisdição” (SCHAUER, Frederick. *Playing by rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and life*, p. 159, tradução livre).

Logo, uma visão justeórica que não conceba as regras nem como *previamente existentes ao caso*, nem como *cognoscíveis ao Juiz*, mas apenas como fruto da interpretação judicial é uma visão que, se fosse verdadeira, teria como consequências incontornáveis, ainda que inconscientes ou disfarçadas retoricamente: a de que *i)* fatores *jurídicos* de motivação decisória não existiriam realmente, mas só aparente ou ilusoriamente; a de que *ii)* toda decisão partiria sempre “do zero”, tendo sempre de reconstruir, a partir de razões *políticas* (no sentido amplo já referido acima), as razões *aparentemente jurídicas* de decidir; e a de que *iii)* portanto, os *verdadeiros* fundamentos das decisões judiciais nunca seriam de natureza propriamente jurídica, mas sim e sempre política²⁷¹.

Ora, caso a fronteira entre o jurídico e o político não existisse (ainda que de modo inevitavelmente poroso), tudo só poderia ser resolvido na arena inevitavelmente beligerante e consequencialista do político. Afinal, o jurídico se define exatamente pela *estabilização provisória de disputas políticas*, “trégua” obtida mediante a edição de parâmetros normativos que se tornam formalmente aplicáveis e replicáveis sem a necessidade de justificação material, ou seja, sem a necessidade de, a cada vez, serem reprisadas ou, pior ainda, reabertas as discussões que antecederam a promulgação dos referidos parâmetros normativos²⁷². Então, se não houvesse o jurídico (isto é, se não houvesse essa “cristalização normativa”), então todo e

²⁷¹ Vale aqui, talvez até com maioria de razão, aquilo que Fernando Leal escreveu a respeito do problema da adjudicação quando feita direta e exclusivamente com base em “princípios” (o contexto é o da teoria alexyana e, especialmente, de sua má assimilação e vulgarização ocorridas no Brasil, tanto no âmbito teórico-acadêmico, quanto no prático-jurisdicional): “Nesse contexto, o problema é como impedir que regras se tornem normas cuja realização dependa permanentemente da consideração de todas as circunstâncias do caso e que a sua aplicação em casos difíceis não se torne constantemente o resultado de uma ponderação”. Para o autor, é problemática a concepção de que “os princípios materiais que as embasam [isto é, as normas] e outras razões incidentes em casos específicos podem ser permanentemente considerados pelo decisor para a definição do que deve ser feito concretamente” (trechos extraídos do prefácio de Fernando Leal à obra: ALEXY, Robert; POSCHER, Ralf. *Princípios jurídicos: o debate metodológico entre Robert Alexy e Ralf Poscher*, p. 26). Prova da referida má assimilação é o seguinte trecho em que Alexy mesmo demonstra não estar ao lado dos que defendem ou praticam o abuso ponderativo-principiológico: “Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. [...] É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinações alternativas com base em princípios” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 140).

²⁷² “[...] Schauer denuncia o perigo de a teoria dos princípios possibilitar que tomadores de decisão ignorem um aspecto fundamental da subsunção: os *limites textuais* dentro dos quais ela opera. Sem isso, a teoria deixaria nas mãos dos próprios decisores uma tarefa que deveria ser fundamentalmente desempenhada pelas regras incidentes no caso concreto, qual seja, a de seleção das características relevantes do problema para a atribuição da resposta jurídica apropriada ao caso que se aprecia” (trecho extraído do prefácio de Fernando Leal à obra: ALEXY, Robert; POSCHER, Ralf. *Princípios jurídicos: o debate metodológico entre Robert Alexy e Ralf Poscher*, p. 33). Ora, esta *seleção dos fatos relevantes à resposta juridicamente adequada* é uma tarefa *eminentemente política*, razão pela qual convém que seja levada a efeito democraticamente no Parlamento, a não ser em casos muito excepcionais.

qualquer caso judicial sempre *reabriria* e mesmo *reiniciaria* a “luta política” havida entre as diferentes visões a respeito de quais valores devem ser tutelados, por meio de quais normas e sanções, com qual hierarquia *etc.*, “luta” essa que, em países sem défices democráticos agudos, é travada predominantemente no Parlamento, e não no Judiciário.

Aliás, não é difícil demonstrar que, se não houvesse distinção entre o político e o jurídico, a atividade judicial seria não só despropositada como inevitavelmente ilegítima. Para isso, é preciso ver que a atividade interpretativa do Juiz é permeada por basicamente três tipos de problemas: **a)** um *problema linguístico de significação*, relativo ao *uso interpretativo-cognitivo* do texto, com base em elementos *sintáticos, semânticos e pragmáticos*; **b)** um *problema político de valoração e ponderação de princípios*, relativo ao *uso axiológico-teleológico* do texto, com base em elementos *morais, políticos e ideológicos*; e **c)** um *problema ético de condução do Juiz*, relativo ao *uso retórico-manipulativo* do texto, com base em elementos *estratégicos, retóricos e erísticos*)²⁷³. Nessa estrutura, como se vê, há um grau nitidamente crescente de indistinção entre o político e o jurídico, o que torna cada vez mais exigentes – e em maior número – os requisitos necessários à legitimidade da decisão judicial. Então, quanto mais esfumados forem os contornos entre o político e o jurídico, tanto mais problemática será a legitimidade da adjudicação, de modo que, no limite irrealizável dessa progressão, a indistinção entre o político e o jurídico seria total e, então, a atividade judicial seria já completa e irremediavelmente ilegítima.

Seja como for, há vertentes justeóricas que assumidamente afirmam que não há fronteiras entre o jurídico e o político (como os *Critical Legal Studies*, por exemplo)²⁷⁴. Segundo essas correntes, a aplicação de normas claras e pré-existentes, de forma “técnica” ou “despolitizada”, simplesmente não existe: o Juiz que escolhe aplicar uma regra na sua forma

²⁷³ Naturalmente, há, ainda, um quarto problema (porém irrelevante para o que se está a tratar aqui): o *problema epistêmico-probatório da facticidade*, relativo à compreensão e interpretação dos fatos, e já não dos textos normativos.

²⁷⁴ Ver, a esse respeito, a excelente entrevista dada por André Coelho ao *podcast* “Onze Supremos”, no episódio intitulado “#24 Direito e Política nos *Critical Legal Studies*”, em que foram apontadas as seguintes três razões referidas pelas teorias críticas do Direito como fundamento à tese de que o Direito é político tanto na sua produção, quanto na sua aplicação: **a)** os textos normativos são *indeterminados*, de modo que, desde a sua produção até a sua aplicação final, muitas escolhas extrajurídicas são tomadas e têm de ser tomadas para que os casos sejam resolvidos; **b)** mesmo normas facialmente “neutras” e “universais” acabam por ser inevitavelmente filtradas pelos vieses e ideologias inerentes às práticas sociais (tanto as práticas sociais gerais, quanto a prática jurisdicional), de modo que a sua efetividade social acaba por reproduzir as relações de poder havidas na sociedade, justamente em virtude desse *filtro fenomenológico*; e **c)** os sistemas jurídico-normativos não são politicamente homogêneos, sendo integrados por normas de matizes políticos os mais diversos (liberal, socialista, social-democrata *etc.*), uma vez que os diferentes grupos político-ideológicos obtêm conquistas parciais no âmbito da luta política que antecede a produção normativa.

mais ortodoxa, literal e convencional, ou tem consciência de que isso não passou de uma escolha dentre outras possíveis, ou foi como que “domesticado” pela cultura jurídica tradicional a supor, equivocadamente, que essa seria a única aplicação possível. Segundo essa forma de compreender o Direito, toda e qualquer aplicação normativa a casos concretos é uma tarefa incontornavelmente política – e até exclusivamente política.

Porém, o emprego da expressão “aplicação *possível*”, ao invés de “aplicação *correta*”, é um recurso enganoso, mesmo que não intencionalmente. Ora, ninguém afirma – nem por certo jamais afirmou – que a aplicação correta da norma pré-existente é a única *possível*, já que o conjunto das aplicações meramente possíveis é muito vasto, englobando as possibilidades de aplicação *incorreta*. Então, como a mera possibilidade de que os Juízes julguem incorretamente é *trivial*, ela só seria capaz de desmentir uma teoria jurídica que estranhamente a negasse – e não se tem notícia de que alguém tenha jamais negado tão óbvia possibilidade.

O que ocorre é que a aplicação de regras, em qualquer prática social consistentemente *regrada* (inclusive nos jogos, não à toa muito empregados como analogias pedagógicas, na Teoria do Direito), tem *pretensão de correção* (ou *conformidade*): a mera “possibilidade” factual de que jogadores de futebol peguem a bola com a mão é desimportante do ponto de vista da teoria e da prática do futebol corretamente considerado pelas regras que claramente o definem. Imagine-se outro exemplo: duas pessoas jogam xadrez e, a certa altura, o jogador A aplica xeque no jogador B. Segundo as regras claramente estabelecidas para o jogo de xadrez, nesses casos o jogador B é obrigado a sair da situação de xeque (ou cobrindo o Rei com outra peça, ou movendo-o para alguma casa não atacada por peça adversária, ou capturando a peça adversária que o está atacando). Segundo as regras de xadrez, o jogador B não pode decidir fazer qualquer outro lance que não implique “sair da situação de xeque”. Agora, imagine-se que uma vertente minoritária da teoria enxadrística, de enfoque realístico e cético quanto à existência e à cognoscibilidade de regras “abstratas”, diga o seguinte: “É uma ficção que ‘sair do xeque’ seja a única atitude *possível* ao jogador B, que bem pode, como é até óbvio, fazer qualquer tipo de lance ou até mesmo arremessar o tabuleiro para longe, evitando assim a derrota iminente. Portanto, se ele optou por seguir as *regras tradicionais* do xadrez, ou é porque ele quis proceder assim, ou é porque foi induzido a pensar que não poderia fazer outra coisa.”

Essa “constatação enxadrístico-realista” obviamente não teria sentido; qualquer pessoa seria capaz de identificar essa alegação hipotética como um despropósito, decorrente de uma não compreensão – ou de uma desconsideração – do que significa propriamente “jogar xadrez” (isto é, “jogar xadrez *corretamente*”). Caso o jogador B não siga as regras e faça um lance

ilegal, mantendo seu Rei em xeque, *só porque isso é ontologicamente possível*, é óbvio que ele, exatamente por isso, terá deixado de “jogar xadrez”, para fazer qualquer outra coisa.

À luz desse exemplo, é possível retomar o argumento segundo o qual a interpretação jurídica é inevitavelmente política. Segundo tal argumento, o Juiz só aplica uma regra clara pré-existente caso considere que o resultado dessa aplicação é *melhor* (justificando-a com base em fundamentos formalistas apenas por razões estratégicas), ou caso deixe que alguém faça em seu lugar a escolha sobre qual é o melhor resultado (no caso o Legislador, previamente), renunciando à possibilidade de fazê-lo ele mesmo (tal como o jogador B que assume a obrigação de “sair do xeque” renuncia a possibilidade de simplesmente desconsiderá-la). Mas, ora, permitir que outras autoridades façam escolhas políticas para, então, aplicá-las, é justamente uma das *notas definitórias mais essenciais da função jurisdicional*, segundo o arranjo institucional que a Constituição reservou ao Poder Judiciário. Essa “renúncia” de fazer decisões políticas que levam em conta todas as coisas (até mesmo regras jurídicas claramente positivadas!) não é propriamente uma renúncia, mas uma *falta de prerrogativa*, precisamente. O Juiz é, por definição, exatamente aquela autoridade que deixa para outras autoridades a tarefa de fazer escolhas políticas, limitando-se a aplicá-las o mais escrupulosamente possível.

Naturalmente, não se nega que, em alguns casos, a aplicação *standard* de uma regra jurídica (que tenha sido claramente instituída pelo Parlamento) pode gerar certas consequências indesejáveis, quando avaliadas em função de determinados fins não jurídicos, por vezes muito relevantes para a sociedade. Também não se nega que, nesses casos, é comum que Juízes “estiquem” ou “dobrem” o sistema normativo, em busca de fundamentos convincentes que evitem essa aplicação e suas consequências, mediante a adoção de outra aplicação possível e de consequências melhores. O que se afirma aqui, apenas, é que dizer que, nesses casos, não havia regras e que, por isso, os Juízes tiveram de criá-las e impô-las é uma *má descrição*. Uma descrição menos artificial e mais honesta é a de que, nesses casos, *i)* já existiam, sim, normas claramente pré-estabelecidas pelo Legislador, cuja aplicação, porém, *ii)* levaria a resultados considerados inaceitáveis pelo Juiz (ou mesmo pela sociedade de um modo geral), razão pela qual *iii)* o sistema normativo não foi propriamente aplicado, mas alterado *ad hoc*, tendo seus limites testados, esgarçados *etc.*, pelos Juízes e por suas soluções acomodáticas, “criativas” e presumidamente melhores que encontraram.

3.2.3 O problema da contradição performativa

Finalmente e ainda do ponto de vista lógico, a tese cética-voluntarista aqui examinada se enquadra no conceito de *contradição performativa*, que se define pelo conflito havido entre o *ato da fala* (a performance, justamente) e o seu *conteúdo proposicional* (como ocorreria, por exemplo, com o falante que dissesse, com todas as letras e muito estranhamente: “*Eu não estou falando.*”).

Como visto, a tese em questão é a de que ao Juiz é impossível *conhecer* o sentido de normas aparentemente criadas pelo Legislador “antes da interpretação”, pois, ante a “indeterminação” dos textos que registram a vontade político-deôntica do Legislador, só resta ao Juiz, com base na sua *vontade*, imputar-lhe (ou, mais brandamente, selecionar-lhe) algum sentido. Ocorre que, por outro lado, o próprio cético, ao dizer que o Juiz cria as normas quando “interpreta” os “meros textos legislativos” está *fazendo, performativamente*, bem aquilo que entende ser impossível que o Juiz faça: conhecer, enquanto leitor e intérprete, normas criadas e reduzidas a texto por alguma outra autoridade.

Em outras palavras, o cético *faz* exatamente aquilo que ele *diz* ser impossível ao Juiz: limitar-se a *conhecer* e *descrever* normas constituídas por outrem (assim como o Juiz é um outro para o cético, o Legislador é um outro para o Juiz).

Em forma de pergunta: por qual razão o cético poderia conhecer, descrever e inventariar as normas criadas pelos Tribunais – e aliás fazer desse inventário a única teoria jurídica possível, segundo suas premissas metodológicas –, mas os Juízes seriam incapazes de fazer o mesmo em relação às normas criadas pelos Legisladores? Os textos legislativos seriam tão abstrusos e os textos judiciais, tão claros, a ponto de os primeiros não admitirem reconhecimento descritivo de seu significado, mas os segundos sim? Ou será que a razão do tratamento antagônico dispensado a duas situações tão profundamente semelhantes consistiria em uma diferença de tirocínio epistêmico-interpretativo entre Juízes, de um lado, e Juristas ou Jusfilósofos, de outro?

Mostrada a implausibilidade dessas possíveis “razões” para a inconsistência lógica, fica claro que *descrever* (e, portanto, *conhecer*) *prescrições* anteriormente estabelecidas e vertidas em texto por alguma autoridade é algo ou possível, ou impossível, sendo que, em qualquer dos casos, a possibilidade ou a impossibilidade valerá tanto para os Juízes (quando se põem a interpretar a lei), quanto para os Jusfilósofos e Serventuários da Justiça (quando interpretam as decisões judiciais).

Para reiterar: o cético diz que, interpretando as decisões judiciais (que são escritas, rememore-se), ele consegue se limitar a descrever, conhecer e listar as prescrições judiciais (para ele, as “normas jurídicas”); ao mesmo tempo em que faz isso, ele diz também, contudo, que o Juiz, por sua vez, não é capaz de fazer exatamente a mesma coisa (isto é, descrever prescrições [legislativas] vertidas em texto por outrem). Nessas circunstâncias, só há duas possibilidades: ou **a)** ele demonstra ter capacidades que o Juiz não tem, ou que o texto judicial oferece possibilidades interpretativas cognitivas que o texto legislativo não oferece; ou então **b)** terá ele claramente incorrido em uma contradição performativa, estabelecida entre aquilo que ele diz que está fazendo (limitando-se a descrever prescrições feitas por Juizes) e aquilo que ele diz que o Juiz é incapaz de fazer (limitar-se a descrever prescrições feitas por Legisladores).

Em suma, o que o cético voluntarista *faz* (identificar as normas criadas pelas decisões judiciais) é logicamente incompatível com aquilo que ele *diz* (“*É impossível ao Juiz identificar as normas criadas pelas decisões legislativas.*”).

3.2.4 Conclusão sinótica dos testes lógicos

Os testes lógicos feitos acima demonstraram que, na tese cético-voluntarista, há ou é possível haver: **a)** *inferências inválidas*, como as seguintes: *a.1)* a afirmação de que leis não criam normas porque dependem de interpretação é contraditória com a de que decisões judiciais o fazem, já que estas também dependem de interpretação, por serem igualmente escritas em linguagem natural, “indeterminada”; *a.2)* a afirmação de que a lei é indeterminada e por isso não vincula o Juiz, que bem pode lhe atribuir sentidos inclusive externos à “moldura” dos sentidos previsíveis, é contraditória com a de que precedentes vinculam o Juiz, já que estes também admitiriam atribuições de sentido inesperadas, criativas e mesmo absurdas; e *a.3)* a afirmação de que decisões judiciais criam normas porque são autoritativas e fazem com que determinada consequência prevaleça é uma afirmação que incorre na falácia *non sequitur*, pois de uma coisa não se segue outra, e também na do falso dilema, pois normas podem ser desrespeitadas, tanto pelos Cidadãos, quanto pelos Juizes, trivialmente; além disso, é bem possível que decisões judiciais não prevaleçam, o que implicaria, de quebra, certo caráter contraditório à afirmação; **b)** *inferências incompletas*, já que as premissas céticas não são levadas às suas seguintes consequências inevitáveis, todas aliás repugnadas pelas intuições, impressões e concepções fundamentais de seus participantes e protagonistas: *b.1)* a atividade legislativa seria supérflua e, portanto, desnecessária e ininteligível; *b.2)* não haveria hierarquia

normativa: todas as normas seriam apenas aquelas impostas pelos Juízes aos julgar casos; *b.3)* a aplicação das normas se daria de forma repugnantemente retroativa; *b.4)* Juízes criariam normas gerais e abstratas sem satisfazer diversas condições constitucionais de legitimidade democrática e procedimental; e *b.5)* não haveria qualquer fronteira entre o político e o jurídico, nem consequentemente entre a criação e a aplicação do Direito, nem tampouco entre a cognição e a volição do Juiz: só haveria criação político-volitivo-judicial de normas jurídicas; e *c)* *contradição performativa*, consistente em fazer-se precisamente aquilo que, segundo o ceticismo afirma, é impossível que o Juiz faça: conhecer e aplicar prescrições estabelecidas anteriormente por outra autoridade e registradas em texto construído com base na linguagem natural, “indeterminada”.

4 TESTES MATERIAIS: EPISTÊMICOS, FENOMENOLÓGICOS E PRAGMÁTICOS

“§ 593. *Uma causa principal das doenças filosóficas – dieta unilateral: alimentamos nosso pensamento apenas com uma espécie de exemplos.*”

(Ludwig Wittgenstein, em *Investigações Filosóficas*)

4.1 TESTES EPISTÊMICOS: “É isso o que de fato acontece?”

Superada a etapa preliminar de saneamento lógico-semântico, passa-se então ao exame *teorético* propriamente dito, destinado que será à aferição de verdade ou falsidade da tese cético-voluntarista aqui examinada, à luz de como as práticas jurídicas *são* ou *se reputam ser* (mediante a aplicação de *testes epistêmicos* e *testes fenomenológicos*) e de sua conveniência ou não a certos propósitos consensuais mínimos a respeito de como as práticas jurídicas *devem ser* (mediante a aplicação de *testes pragmáticos*).

Esta primeira seção será dedicada aos testes epistêmicos.

4.1.1 O ceticismo voluntarista é pertinente mais a uma Sociologia do que uma Teoria do Direito

Kelsen, em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*, bem distinguiu, em termos de objetos, métodos e finalidades, duas metodologias teóricas possíveis quanto à compreensão do Direito: **a)** de um lado, as teorias *normativas*, de caráter *propriamente jurídico*, que consideram o Direito como um *sistema de normas válidas* e que, portanto, enunciam proposições teóricas não sobre aquilo que *é*, mas sobre o que *deve ser*; e **b)** de outro, as teorias *factuais*, de caráter *antes sociológico*, que consideram o Direito como *aquilo que provavelmente os Tribunais*

decidirão e que, portanto, enunciam proposições teóricas sobre aquilo que *provavelmente será* decidido, com base no que *já foi* decidido antes, sobretudo quando reiteradamente²⁷⁵.

Em outros termos, as teorias normativas consideram que as normas jurídicas são qualitativamente distintas das leis naturais, por serem integradas por *nexos de imputação convencional* e não por *nexos de causalidade cega*, como estas últimas. As teorias factuais, a seu turno, por pretenderem descrever o Direito tal como ele é desde uma perspectiva puramente fática e segundo os mesmos cânones metodológicos das ciências naturais, acabam por deixar de fora esse elemento de imputação intencional, ocupando-se, por isso, apenas de fatos e de causalidade física²⁷⁶.

Um exemplo ilustrará bem essa distinção: enquanto uma teoria do primeiro tipo diz algo como “*No Direito brasileiro, se A matar, então A deverá ser preso.*”, uma teoria do segundo tipo dirá apenas que “*No Brasil, se A matar, então é provável que o Judiciário o condene à prisão, pois assim o fez no passado de forma mais ou menos sistemática.*”²⁷⁷.

Ora, o critério da *prevalência eficaz final* (isto é, o que leva em conta aquilo que os Tribunais provavelmente decidirão, à luz do que decidiram no passado) é um critério puramente factual, que leva em conta apenas *nexos causais de implicação fática*, desconsiderando absolutamente quaisquer *nexos deônticos de imputação normativa*. É por isso que, ao contrário das teorias normativas, que dizem o que as pessoas e os Tribunais *deverão fazer*, as teorias sociológicas se limitarão a dizer o que *fizeram* e o que, por consequência, *provavelmente farão*.

Posta a questão nesses termos, fica evidente que as duas abordagens acima distinguidas se prestam a finalidades cognitivas *radicalmente diferentes*: enquanto umas pretendem

²⁷⁵ “Fazendo-se o devido desconto à tautologia, a teoria do Direito aqui apresentada é uma teoria jurídica. Ela mostra o Direito como sendo um sistema de normas válidas. O seu objeto são as normas, gerais e individuais. Ela considera fatos apenas na medida em que eles sejam, de um modo ou de outro, determinados por normas. Os enunciados com os quais a nossa teoria descreve o seu objeto são, portanto, não enunciados sobre o que é, mas enunciados sobre o que deve ser. Nesse sentido, a teoria também pode ser denominada uma teoria normativa. Desde, mais ou menos, o início do século, tem-se feito sentir a necessidade de outra teoria do Direito. Pede-se uma teoria que descreva o que as pessoas efetivamente fazem, e não o que devem fazer, assim como a física descreve os fenômenos naturais. [...] Exige-se uma sociologia do Direito que descreva o Direito em termos de ‘regras gerais’, não de regras de dever ser ou ‘regras de papel’. Fala-se dessa teoria do Direito também como ‘jurisprudência realista’” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 235).

²⁷⁶ “[...] faz parte da Teoria Pura do Direito um programa de refundação epistemológica da Ciência do Direito, definindo-a como uma ciência normativa e diferenciando-a de outras ciências humanas, como a sociologia, e das outras ciências causais. Segundo Kelsen teríamos, por um lado, as ciências normativas, como a Ciência do Direito, regendo-se pelo princípio da imputação, e por outro lado as ciências causais, regendo-se pelo princípio da causalidade” (SERBENA, Cesar Antonio. *Novas perspectivas do realismo jurídico*, p. 112).

²⁷⁷ “Uma lei da natureza diz que se um evento A (a causa) ocorre, então um evento B (o efeito) também ocorre. Um enunciado jurídico, a regra jurídica usada num sentido descritivo, diz que se um indivíduo A se conduz de uma determinada maneira, então outro indivíduo B deve se conduzir de outra determinada maneira” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 237).

conhecer aquilo que os Cidadãos devem fazer e de que forma os Juízes devem decidir, outras pretendem conhecer aquilo que as pessoas provavelmente farão e de que forma as demandas judiciais provavelmente serão decididas. Os dois tipos de abordagem do Direito, como se vê, situam-se em campos epistemológicos muito diferentes, seja quanto ao *objeto*, seja quanto ao *método*, seja quanto à *finalidade*: **a)** teorias normativas têm como objeto as *normas vigentes*, isto é, os padrões que devem pautar o comportamento social e que devem ser aplicados pelos Juízes em suas decisões; já teorias sociológicas têm como objeto o *provável comportamento futuro*, seja do Povo, seja dos Juízes; **b)** o método das teorias normativas é *analítico*, por consistir na inspeção crítica e interpretativa das fontes jurídicas autorizadas (leis, precedentes, costumes *etc.*), ao passo que o das teorias sociológicas é *preditivo*, por consistir em juízos de probabilidade de qual será o comportamento social e judicial mediante inferências realizadas com base em comportamentos pretéritos; e **c)** se as teorias normativas são relevantes por explicitar razões para agir (Cidadãos) e decidir (Juízes), as sociológicas não estabelecem padrão avaliativo algum, tendo relevância teórica similar à das ciências estatísticas.

Para as teorias normativas, não faz sentido sustentar que não se pode matar *apenas porque* os Tribunais provavelmente continuarão decidindo que não se pode matar. Antes justamente o contrário: é só porque – ou, pelo menos, principalmente porque – a lei criminaliza o homicídio, que os Tribunais continuarão impondo a pena de prisão aos homicidas. Isso significa que, para as teorias normativas, não faz sentido algum que o *fundamento dos deveres jurídicos* seja considerando como sendo a *mera probabilidade de decisões judiciais futuras*: o fundamento em questão, se houver algum e independentemente de qual ele seja, há de ser algo que *já existe* e que, inclusive, deverá consistir justamente na *principal motivação* das decisões judiciais futuras²⁷⁸.

Já para as teorias sociológicas, só a *probabilidade* verificada hoje de que, amanhã, os Tribunais decidirão de tal ou qual modo é que é, *ela mesma*, a única “norma jurídica” existente em qualquer sentido cientificamente relevante: o único motivo pelo qual, deonticamente, não devemos matar é o de que, muito provavelmente, os Tribunais determinarão nossa prisão, se o

²⁷⁸ “Ora, pode ocorrer, por exemplo, que alguém cometa um assassinato de um modo que torne altamente improvável o estabelecimento da culpa pelo tribunal. Segundo a definição de Direito do juiz Holmes, se o acusado consultar um advogado sobre ‘o que os tribunais, de fato, farão’, o advogado teria de responder ao assassino: ‘É improvável que o tribunal o condene; é bastante provável que o tribunal o absolva.’ Mas esse enunciado seria equivalente ao enunciado: ‘Não existia nenhum dever jurídico de não matar’? Certamente não. [...] A existência de um dever é a necessidade jurídica, não a probabilidade real de uma sanção. Da mesma maneira, Direito significa a possibilidade jurídica de causar uma sanção, não a probabilidade de que alguém vá causá-la” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 243).

fizemos. O fato de que a pena de prisão está prevista em lei – e, aliás, o fato de a própria dosimetria da pena estar também prevista em lei – são, para essas teorias, *meras coincidências*, que, como tais, são *epistemicamente irrelevantes*.

Apesar dessas profundas diferenças entre teorias normativas e sociológicas, é comum que ambas reivindiquem para si o escrúpulo metodológico de “descrever o Direito tal como ele é”, o que pode gerar alguma confusão, pois tanto as teorias normativas (como o juspositivismo kelseniano) quanto as sociológicas (como o jusrealismo norte-americano) afirmam estar preocupadas com a descrição do Direito “tal como ele é”, o que revela haver nessa expressão uma ambiguidade não muito sutil: “o que o Direito é” pode ser entendido como “o conjunto de normas estabelecidas pelas fontes nomopoiéticas autorizadas” (e essa é a compreensão do positivismo normativista) ou como “o conjunto das providências finalmente determinadas pelas instâncias de aplicação” (e essa é a compreensão do jusrealismo sociologista).

Por isso tudo, perguntas como “*Quais normas jurídicas há a respeito da conduta A, neste momento? Como devo agir, a esse respeito?*” não são bem respondidas pelo ceticismo voluntarista, pois definir “Direito” ou “norma” como “aquilo que os Tribunais – ou ‘os intérpretes’ – provavelmente decidirão” é o mesmo que dizer que *não existem normas agora, senão apenas potencialmente*. Imagine-se, então e por exemplo, que excelentes analistas, em dado momento, façam o juízo de probabilidade de que os Tribunais decidirão como se houvesse a norma X; o que acontecerá se, porém, os Tribunais afinal decidirem como se houvesse a norma Y? Nesse caso, qual *terá sido* – e o tempo verbal é aqui muito pertinente e exato – a norma vigente *antes da decisão*, se alguma?

Então, a tese cético-voluntarista tem um caráter antes *sociológico* do que *jurídico*, tendo, por isso, méritos mais *estatístico-factuais* do que propriamente *jurídico-normativos*. Ele não lança tanta luz a respeito de quais são as normas atualmente existentes e estabelecidas pelas fontes jurídicas autorizadas, até porque não leva em conta esse critério definitório, mas outro, justamente em decorrência de sua natureza sociológico-estatística, sobretudo nas vertentes que enfatizam o Poder Judiciário como a única instituição social realmente nomopoiética (jusrealismo norte-americano, por exemplo).

4.1.2 Descrição vs. prescrição: o descritivismo problematizado

É bastante comum que a exposição do argumento cético venha acompanhada – ou melhor, antecedita – da insinuação autolisonjeira de que o realismo jurídico (escola que faz do ceticismo normativo a sua premissa fundamental) é a única corrente justicista que leva

realmente a sério a premissa metodológica de *meramente descrever* o Direito, limitando-se a enunciar proposições que digam que o Direito é tal como ele é, sem o mais mínimo traço avaliativo, idealista ou metafísico. Segundo essa insinuação, o jusrealismo seria a única vertente teórica realmente *empírico-descritiva*: todas as demais, inclusive o positivismo mais determinado a sê-lo, teriam sempre algum resíduo aparentemente ineliminável, disfarçado ou inconsciente, de prescrições avaliativas, de idealismo abstrativo, de metafísica enfim²⁷⁹.

Aliás, esse autodiagnóstico (de ser a única escola justeórica verdadeiramente atenta aos fatos tais como eles são, independentemente de como supostamente deveriam ser) é que está na base da utilização do adjetivo “realista” para as suas correntes internas: todas as demais teorias rivais, cada uma a seu modo e em graus diferentes, frustrariam o pacto metodológico da empiria puramente descritiva, revelando conter sempre, ao menos a partir de algum ponto, doses maiores ou menores de prescritividade avaliativa, de abstracionismos idealistas ou mesmo de metafísica pura e simples.

A força desse rótulo torna a tese jusrealista (que é cético-voluntarista) muito sedutora, ao menos à primeira vista, e por isso costuma ensejar uma adesão rápida e irresistível às suas proposições, sobretudo nos casos em que os estudos, reflexões e exames críticos de Teoria do Direito ainda não puderam se aprofundar em temas tão difíceis e sutis como inequivocamente o são o da nomogênese e o da interpretação jurídica.

Ocorre, porém, que essa insinuação não resiste a uma análise um pouco mais atenta das questões implicadas neste assunto: **a)** em primeiro lugar, porque alguma dose de prescritividade é imprescindível a qualquer teoria que se pretenda realmente jurídica – ou realmente útil para fins jurídico-normativos; **b)** em segundo lugar, porque as fronteiras entre descrição e prescrição (ou seja, entre ser e dever ser) não são isentas de problemas, sendo que a confusão entre ambas é menos incomum do que em geral se supõe; e **c)** em terceiro lugar, porque a imputação de descritividade às teorias jusrealistas e de prescritividade às teorias normativas é artificialmente

²⁷⁹ A propósito e de passagem, é preciso anotar que a distinção entre *ser* e *dever ser* – correspondente à distinção entre *descrição* e *prescrição* – deve ser criticada também no que diz respeito à nossa relação epistêmica com cada um desses termos: tal como feita muitas vezes, essa distinção faz parecer que a relação epistêmica com o *dever ser* sofre de uma fragilidade ou relatividade que a relação epistêmica com o *ser* não sofreria. Porém, tanto o *ser* quanto o *dever ser* são inacessíveis à pura lógica, ambas dependendo, por isso, de *intuições fundamentais* que as revelem ao menos em parte, ainda que problemáticamente (intuições sensíveis ou empíricas no primeiro caso e intuições volitivas ou axiológicas no segundo).

esquemática e simplista²⁸⁰, seja porque estas últimas são também fortemente empírico-descriptivas, seja porque aquelas apresentam, também elas, algum resíduo renitente de prescritividade, ainda que sutil ou inconsciente. Essas três camadas argumentativas serão desdobradas, pela mesma ordem, a seguir:

a) Quanto à primeira questão, tem-se o seguinte: uma Teoria do Direito que fosse absolutamente destituída de prescrições – se é que uma tal ciência automaticamente não deixaria de ser jurídica, para se tornar sociológica, ou antropológica, ou psicológica *etc.* – seria de todo modo inútil para fins *propriamente jurídicos*, por interessante que fosse sob o ponto de vista desses outros enfoques. A importância da prescrição na Teoria do Direito é evidente pelo menos por dois motivos principais: *i)* Juízes não nascem sabendo como e com quais limites interpretar, nem aprendem a fazê-lo só pelo fato de serem empossados no cargo; logo, devem *aprender a decidir*, tanto na prática, quanto na teoria, o que impõe – e evidencia – a existência de uma teoria *prescritiva* que os ensine a interpretar as fontes jurídicas; e *ii)* só com balizas limitadoras é que se pode definir com alguma razoabilidade quando é que o uso da força pelo Estado se justifica legitimamente, sobretudo quando pretende ser justificada com base em cláusulas vagas, indeterminadas, ambíguas, que refletem decisões normativamente modestas ou inespecíficas tomadas no passado.

Ao contrário, um conjunto de proposições teóricas que se limite a descrever e inventariar interpretações tal como elas *são feitas*, mesmo que possa ser relevante para muitas finalidades cognitivas, não o é, em absoluto, para a de identificar o que a interpretação *é propriamente*, isto é, *na melhor das hipóteses* ou *em condições ideais*. Imagine-se, por exemplo de contraste, uma teoria sobre o método científico que nada dissesse sobre os seus pressupostos básicos e indispensáveis, nem sobre as condições ótimas de sua aplicação, nem sobre os fatores que podem degradá-lo, frustrá-lo *etc.*, limitando-se a descrever, muito objetivamente e sem qualquer pretensão prescritivo-normativa, as várias aplicações que dele foram feitas ao longo do tempo; esse exemplo torna evidente que teorias puramente descritivas têm mais interesse histórico do que qualquer outra coisa, com a vantagem adicional de demonstrar que a interpretação está para o Direito assim como o método científico está para a pesquisa empírico-natural, na medida em

²⁸⁰ “Também é falso caracterizar a jurisprudência sociológica como uma disciplina ‘empírica’ ou ‘descritiva’ em contraposição à jurisprudência normativa como ‘não empírica’ ou ‘prescritiva’. A conotação do termo ‘empírico’ é associada à oposição entre experiência e metafísica. Uma descrição analítica do Direito positivo como sistema de normas válidas não é, contudo, menos empírica que a ciência natural restrita a um material fornecido pela experiência. Uma teoria do Direito perde o seu caráter empírico e torna-se metafísica apenas se for além do Direito positivo e fizer enunciados sobre algum pretensão Direito natural” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 236).

que ambos constituem métodos – *normativos*, portanto – de obtenção de proposições verdadeiras a respeito de seus respectivos objetos.

b) Quanto à segunda questão, a distinção entre descrição e prescrição se mostra pelo menos fortemente esfumada quando se observa que, de um lado, existem prescrições decorrentes de descrições e que, de outro lado, existem descrições que encerram um certo tipo de “olhar” que tem já embutido um recorte prescritivo e valorativo da realidade.

Alguns exemplos demonstrarão o quão *fuzzy* pode se mostrar a distinção entre descrição e prescrição. O primeiro deles é o seguinte: o princípio da separação dos Poderes e o princípio democrático foram claramente estabelecidos pela Constituição; então, de forma inequivocamente empírico-descritiva, é possível descrever como um *fato* que pessoas investidas do poder constituinte originário decidiram que, no Brasil, há um espaço nobre – e até preferencial – de criação de normas gerais pelo Poder Legislativo. Essa afirmação, portanto, não é apenas *prescritivamente adequada*, como também é *descritivamente verdadeira*, o que bem demonstra que determinadas proposições encerram *simultaneamente* uma dimensão descritiva e uma dimensão prescritiva: no exemplo dado, enunciar que o Constituinte consagrou o princípio da separação dos Poderes e o princípio democrático é tanto enunciar um fato verdadeiro (incontroversamente ocorrido no passado), quanto enunciar normas válidas (claramente estabelecidas no texto constitucional). O exemplo não é fortuito, pois diz respeito ao próprio tema da presente investigação: uma teoria que contemple espaço privilegiado ao Legislativo para a produção de normas é não apenas uma teoria *prescritiva* (no sentido de ser valorativa, talvez quimérica – segundo o diagnóstico dos realistas), mas também e talvez surpreendentemente *descritiva* (porque essa decisão foi factualmente tomada pelo Constituinte, de forma clara e indiscutível). Aliás, qualquer proposição normativa que afirme o sentido evidente de algum dispositivo legal exemplificará a mesma coisa: se alguém diz “*No Brasil, é proibido matar.*”, há aí um conteúdo *prescritivo*, por óbvio, mas há também um conteúdo *descritivo*, que tem por objeto o simples *fato* de que o Legislador penal estabeleceu, empiricamente, o homicídio como crime (art. 121 do CP).

Outro exemplo de algo que se pretende puramente descritivo, mas que, bem analisado, mostra-se como contendo notas prescritivas evidentes: à primeira vista, o conceito kelseniano de “moldura” (*Rahmen*) parece estar situado nos contornos metodológicos puramente descritivos do juspositivismo. Acontece que, segundo a própria teoria kelseniana, decisões judiciais que escolhem possibilidades interpretativas *externas à moldura* produzem, apesar disso, Direito. Então, se invariavelmente decisões judiciais produzem Direito, esteja a sua interpretação dentro ou fora da moldura, então em que sentido se pode afirmar que essa moldura

é mesmo e somente *descritiva*? Ela descreveria o quê, afinal? Assim mais criticamente analisada, percebe-se bem que, no fundo, ela nada *descreve* – pelo menos nada de juridicamente relevante, segundo a própria doutrina de Kelsen. Ela *prescreve*, justamente – embora quase imperceptivelmente –, pois valora determinadas interpretações como possíveis ou preferenciais e descarta outras como equivocadas, *contra legem*²⁸¹. Isso foi percebido por Thomas da Rosa Bustamante, ao diagnosticar certo conteúdo cognitivista e prescritivo no sistema de Kelsen, exatamente quando este diz que normas superiores *limitam* as possibilidades de normas inferiores²⁸² e que é impensável conceber o Direito a não ser como um sistema uno e coerente, pois só assim ele satisfará um *imperativo irrenunciável de racionalidade*²⁸³. Nessas duas afirmações, Kelsen se afastaria, conscientemente ou não, de um puro descritivismo.

c) Por fim, quanto à terceira questão, relativa ao caráter artificial, esquemático e simplista de se associar descritividade apenas ao jusrealismo e prescritividade a todas as demais correntes justeóricas, é fácil ver que há certas teorias normativas (como as Kelsen e Hart)

²⁸¹ “O limite lingüístico é um conceito normativo; assim, a análise do significado será parcialmente normativa, especificando as condições do uso *justificável* de palavras ou frases” (COLEMAN, Jules Leslie; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*, p. 311).

²⁸² “Na estrutura hierárquica das normas jurídicas de Kelsen, ‘o direito regula sua própria criação na medida em que uma norma jurídica determina a maneira pela qual outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma’. Quando consideramos os detalhes dessa afirmação interpretativa, podemos apreciar outra diferença importante entre Kelsen e Hart. A interpretação jurídica, para Kelsen, é parcialmente determinada pelos valores ‘jurídicos’ embutidos no direito, que Dyzenhaus – ao contrário da autocompreensão de Kelsen – interpreta como os ‘princípios de legalidade’ que constituem a moralidade ‘interna’ do direito, no sentido de Fuller” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Interpretive authority and the kelsenian quest for legality*, tradução livre).

²⁸³ “O princípio epistêmico da unidade, que fundamenta o postulado de Kelsen de uma norma básica que nos permite interpretar um conjunto de pronunciamentos autorizados como constituindo um único sistema, estabelece um requisito de *consistência* e determina a ‘função específica da interpretação jurídica’, que é ‘eliminar essas contradições mostrando que elas são contradições meramente fictícias’, uma vez que o direito é entendido de forma inteligível” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Interpretive authority and the kelsenian quest for legality*, tradução livre). De passagem, põe-se aqui uma questão interessante. Conceda-se, de início, a tese positivista da separação conceitual entre Direito e Moral, para então perguntar-se o seguinte: acaso a Lógica seguirá essa mesma sorte – de ser separada do Direito, podendo estar a ele atrelada apenas contingente e acidentalmente? A questão é instigante, pois o primeiro impulso que temos é o de rechaçar a possibilidade de o Direito ser *inconsistente* (exemplo: ser ele integrado por uma norma determinando A e outra proibindo A, ou facultando não-A). Mas a perplexidade decorrente de o Direito ser *irracional* (logicamente inconsistente) é mesmo mais insuportável que a decorrente de ele ser *injusto* (moralmente desqualificado)? Ora, consistência é também um *valor*. Poder-se-ia dizer, porém, que a inconsistência tornaria o Direito inoperável, estando aí, supostamente, a razão de se poder considerar que a Lógica, ao contrário da Moral, seria inseparável do Direito. Mas, nesse caso, ele só seria inoperável *em termos e para fins de regulação da conduta humana*, sendo em todo caso *ao menos possível* haver uma ordem jurídica ilógica. E, sendo isso *possível* – ainda que insano –, segue-se que atrelar inerentemente consistência lógica ao Direito parece ser um expediente definitório que, por ser *valorativamente estipulativo*, é incompatível com a premissa metodológica básica do juspositivismo e do jusrealismo: a de tão somente descrever o Direito enquanto fato bruto (*ser*), sem projetar nele qualquer atributo supostamente necessário ou intrínseco (*dever ser*).

dotadas de um carácter fortemente empírico-descritivo e que, inversamente, há um fundo persistente de prescritividade nas teorias jusrealistas, mesmo que de forma inconsciente ou escamoteada.

Em outras palavras, descrições teórico-jurídicas que não sejam cético-voluntaristas – isto é, descrições segundo as quais, sim, Legisladores criam normas e Juízes são capazes de, no mais das vezes, conhecê-las e simplesmente aplicá-las, sem criar qualquer norma para além da norma individual do caso concreto – são descrições que, apesar dos rótulos interessadamente apostos a elas pelas correntes jusrealistas, não deixam nada a dever a essas últimas, em termos de realismo empírico-descritivo. De forma mais direta: para que uma teoria sobre o Direito não seja prescritiva, idealista, metafísica, não é necessário que ela seja jusrealista. Essa não é a única saída teórica que pode satisfazer um compromisso metodológico de tipo descritivista.

O ceticismo voluntarista, como se viu, parte do pressuposto de que, se uma norma pode ser desrespeitada pelo Juiz, por ser este capaz de impor soluções distintas das legalmente exigidas, então é porque normas *não existiam antes da decisão* e porque, então, toda aparência de que existiam não passava exatamente disso mesmo: aparência, ilusão. Mas qual é o problema de uma norma *existir* e, ainda assim, ser *meramente desrespeitada* ou *não aplicada* pelo Juiz? Por qual motivo afirmar esta possibilidade – aliás tão corriqueira e até inevitável! – seria um postulado “metafísico”, ou “idealista”, ou incompatível com uma abordagem metodológica escrupulosamente enraizada nos fatos? Não há qualquer problema em simplesmente afirmar-se que, nesses casos, a decisão judicial prevaleceu *apesar de haver norma em sentido contrário*: ora, decisões judiciais, caso não sejam reformadas em tempo (por via de recurso ou ações impugnativas), prevalecerão *mesmo que erradas* – e não há como ser de outro modo, o que, porém, não significa que não existem normas legisladas, como é evidente.

Então, é plenamente possível não apelar para entes metafísicos, abstratos, ideais e ainda assim reconhecer que o Parlamento cria normas jurídicas, mesmo que os Juízes eventualmente não as apliquem ou que as apliquem erroneamente. Afirmar isto não é um prescritivismo idealista, mas uma descrição não menos empírica do que as proposições realistas. Trata-se da seguinte descrição factual: **a)** fato 1: o Legislador estabeleceu a norma A, de modo que os casos X devem ser julgados da forma Y; **b)** fato 2: o Juiz desconsiderou a norma A e, por isso, julgou um caso X da forma Z, como se a norma existente fosse B, e não A. Que “metafísica” há nisso? Há apenas uma descrição estritamente factual e, para excesso de empiria, há não apenas um, mas *dois* fatos nela descritos. No exemplo dado, não é preciso afirmar que a norma A jamais existiu, só porque o Juiz a desconsiderou ou a aplicou de forma equivocada, o que, na descrição

cética, significaria que o Juiz teria “criado” a norma B, que jamais existiu antes, para ser aplicada “no lugar” da norma A – que, todavia, também jamais existiu.

Depois de demonstrar que teorias jurídicas normativas têm, sim, um caráter fortemente descritivo, é preciso demonstrar, também, que o ceticismo voluntarista, conquanto se apresente como *meramente descritivo* e pretenda fazer crer que sua afirmação se limita a indicar que Juízes acabam por decidir como querem, fato é que sua afirmação não é apenas esta: há, em verdade, um teor indisfarçavelmente *prescritivo, qualificador, avaliativo*, na afirmação que ele também faz – e que se apoia nesta afirmação anterior – de que, como Juízes decidem como querem e os efeitos de sua vontade acabam por prevalecer, então eles é que criam as normas jurídicas²⁸⁴. O jusrealista – embora pense e diga nada afirmar de *prescritivo* – não está apenas *descrevendo um fato*, mas também *lhe imputando uma qualidade* (isto é, *valorando-o*): segundo ele, normas jurídicas, para serem mesmo normas jurídicas, *devem ter* (e eis aí o caráter ineludivelmente prescritivo do que afirmam) a qualidade de sempre prevalecer e, por isso, *só podem ser realmente produzidas* por “intérpretes” (a rigor, apenas os Juízes), nunca por Legisladores. Dito de outro modo: ao dizer que a possibilidade de o Juiz frustrar as expectativas normativas criadas pelos textos normativos seria a prova da inexistência de norma antes da interpretação desses mesmos textos, o ceticismo voluntarista pressupõe – ou, mais diretamente, *prescreve* – que o Estado seja consistente ao criar um texto normativo e ao aplicá-lo, pressuposição prescritiva que, aliás, ironicamente, não é tão “realista” quanto parece e pretende ser.

4.1.3 O conceito de “objetividade” revisitado

Desde que Hart demonstrou que o *motivo psicológico fundamental* do realismo cético é a frustração decorrente de se ter percebido como impossível um formalismo mecânico e uma

²⁸⁴ Sobre tudo no caso do jusrealismo norte-americano, paralelamente à mera descrição de que Juízes decidem com base em fatores extrajurídicos, não estando adstritos aos textos normativos, é trabalhado também um projeto que concebe o Direito como uma tecnologia de transformação social (presumidamente, para melhor): “[...] estes chamados realistas têm apenas um vínculo em comum, uma característica negativa já apontada: o ceticismo em relação a algumas teorias jurídicas convencionais, um ceticismo *estimulado por um zelo em reformar, no interesse da justiça*, alguns procedimentos habituais nos tribunais” (FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. 6. ed., p. VIII, com grifos nossos, *apud* LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, p. 204). Esse pragmatismo funcionalista, latente ou embrionário no jusrealismo que se pretendia meramente descritivo, é intensificado nos *Critical Legal Studies* e outras correntes assumidamente pragmáticas ou instrumentalistas, segundo as quais as decisões judiciais não apenas *são* motivadas por fatores alheios aos textos normativos, mas inclusive *devem sê-lo*, sempre em vista de valores e finalidades que, essas sim e só elas, podem justificá-las verdadeiramente.

objetividade absoluta no processo de aplicação judicial dos textos normativos²⁸⁵, ficou fácil identificar que, na base do ceticismo normativo e do voluntarismo interpretativo, está sempre um ressentimento nem sempre consciente contra o fato de não poder ser atendida uma *expectativa exagerada de objetividade* ou, talvez mais precisamente, uma expectativa de que a aplicação do Direito apresente um *tipo de objetividade* que, no entanto, as práticas jurídicas – por sua própria natureza *social e convencional* – não podem suportar²⁸⁶.

Essa expectativa passou a existir muito provavelmente graças à importação – simplista, sem adaptações – de conceitos, problemas e discussões da Epistemologia Geral para a Teoria do Direito. É que, no âmbito epistemológico do empirismo e do positivismo filosóficos, o tema da objetividade do conhecimento foi tradicionalmente posto sempre se tendo por base uma concepção de mundo segundo a qual os únicos objetos passíveis de conhecimento são *corpos físicos exteriores* que, como tais, independem o mais completamente possível de nossas percepções e intuições a seu respeito (objetividade forte)²⁸⁷.

Essa concepção claramente peca por um dualismo simplista que, por ser o que é, sempre desemboca na falácia lógica do *falso dilema*: uma vez que ela seja assumida, sempre se ficará com a impressão de que, se uma proposição não for *objetivamente verdadeira* (por se referir a

²⁸⁵ Cito dois trechos magistrais a esse respeito: **a)** “O indivíduo cético a respeito das normas é às vezes um absolutista frustrado: descobriu que as normas não são tudo o que seriam no paraíso de um formalista, ou num mundo onde os homens se assemelhassem a deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de fatos, de modo que a textura aberta não fosse uma característica necessária das normas. A concepção do cético a respeito da existência de uma norma pode ser assim um ideal inatingível; e, ao descobrir que este não é alcançado por aquilo que chamamos de normas, ele expressa sua decepção negando que haja, ou que possa haver, quaisquer normas” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 180); e **b)** “Argumentar dessa forma é ignorar o que as normas realmente são, em qualquer esfera da vida real. Essa tese dá a entender que estamos diante do seguinte dilema: ‘Ou as normas são o que seriam no paraíso do formalista, e acorrentam como grilhões, ou não há normas, apenas decisões ou padrões de comportamento previsíveis.’ Entretanto, trata-se sem dúvida de um falso dilema” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 180).

²⁸⁶ Embora o debate sobre a relação entre a Moral e o Direito não integre senão muito indiretamente o objeto da presente pesquisa, parece que também têm essa expectativa descalibrada em relação à objetividade aqueles que, por perceberem que juízos morais são impassíveis de objetividade nesse sentido forte e empírico-fiscalista do termo, acabam por concluir que há uma separação muito radical entre Moral e Direito. Aliás, é justamente e apenas porque questões morais podem apresentar algum grau *suficiente* de objetividade, que estão ainda vivas teses jusnaturalistas de matiz contemporâneo, ou seja, aquelas que, tendo abandonado a objetividade moral no sentido forte e metafísico, apostam na objetividade branda estabelecida, por exemplo, por consensos sociais mínimos (convencionalidade).

²⁸⁷ “[...] a maior parte dos positivistas epistemológicos, que nega ou condiciona a possibilidade de uma utilização descritiva dos enunciados jurídicos, compartilha de uma utilização descritiva sobre o que pode ser descrito, a saber: só estados de coisas no mundo objetivamente considerado podem ser objeto de uma descrição. Esta concepção sobre o que pode ser descrito está implicada em uma concepção mais genérica sobre o mundo, batizada por alguns filósofos de ‘concepção absoluta do mundo’. Segundo esta, o mundo existe independentemente de nosso conhecimento dele. [...] A regra de ouro desta concepção é: tudo o que faz parte do mundo existe independentemente de nossa forma de perceber ou conceber o mundo” (MICHELON JÚNIOR, Michel. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*, p. 34).

um objeto físico do mundo, independente das percepções, intuições e concepções humanas²⁸⁸), ela será *totalmente subjetiva* e, portanto, teoreticamente irrelevante (por se referir a expressões de emoções ou de preferências valorativas, ideológicas *etc.*). Em suma, essa concepção binária quanto à objetividade cinde o universo das cognições pela navalha de um maniqueísmo rígido entre a pura objetividade e a subjetividade total, como se nada houvesse entre esses dois extremos.

Hart mesmo, influenciado pela filosofia analítica da linguagem e no contexto da virada metodológica que promoveu no interior do juspositivismo, percebera a necessidade de que as discussões teórico-jurídicas fossem travadas com base em *outro tipo de objetividade*, uma vez que, para as práticas jurídicas, as percepções, intuições e concepções de seus participantes e protagonistas determinam o seu próprio modo de ser e, por isso, são relevantes para a sua própria descrição, ao contrário do que se passa com as ciências empíricas, em que tais aspectos fenomenológicos e intencionais são totalmente irrelevantes para a descrição, puramente factual, de objetos exteriores do mundo físico²⁸⁹.

Hart introduz, então, nas discussões justeóricas, um *tipo específico e intermediário de objetividade*, que se situa a meio-caminho entre a subjetividade individual e a objetividade fiscalista, os dois extremos muitas vezes tidos por irredutíveis e incomunicáveis: trata-se, agora, de uma objetividade que, tendo sido antevista por Wittgenstein, é definida pelo

²⁸⁸ “[...] o jurista fiscalista (em especial o empirista) promove um esforço de descartar do âmbito da ciência do direito os termos e os conceitos que não passarem pelo ‘teste da conversão ou da tradução em termos de fatos brutos’. O que não passar pelo teste deve ser banido, por se tratar de ‘metafísica’ ou mera ilusão conceitual. Esse será um dos pontos centrais do programa filosófico tanto do positivismo jurídico em geral como do realismo escandinavo em particular” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea, p. 73).

²⁸⁹ A esse respeito: **a)** “H. L. A. Hart romperá exatamente com essa percepção de objetividade baseada numa ‘concepção absoluta do mundo’ pressuposta nos trabalhos de Kelsen e outros positivistas metodológicos como Alf Ross, Axel Hägerstrom, Karl Olivecrona e Norberto Bobbio, ao afirmar que o fenômeno da normatividade do direito exige uma nova e distinta compreensão da objetividade e da própria *intencionalidade* do agente nas práticas juridicamente significativas” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea, pp. 60-61); e **b)** “Hart, com base na filosofia analítica da linguagem, procura explicar como é possível estabelecer descrições do direito que sejam, ao mesmo tempo, objetivas e dependentes da perspectiva dos sujeitos. Uma das grandes novidades teóricas e metodológicas introduzidas por Hart na teoria do direito contemporânea reside no reconhecimento de que as descrições verdadeiras do direito não são independentes de nossa perspectiva. Na verdade, a correta descrição do direito dependerá da compreensão da ‘perspectiva interna’ do direito” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea, p. 85).

compartilhamento de convenções, resultando, por isso, como que num somatório ou coletivo de subjetividades²⁹⁰, meio-termo entre a subjetividade individual e a objetividade universal.

Eis aí a gênese do conceito hartiano relativo ao *sentido interno* das normas jurídicas²⁹¹: as proposições normativas estabelecidas a partir dele *não são descrições de fatos externos*, fundadas em juízos de probabilidade sobre como *será* o comportamento das pessoas (inclusive o dos Juízes), em função de *padrões meramente causais*, mas são, isso sim, *expressões de regras coletivamente aceitas como obrigatórias*, que permitem avaliar o comportamento social de modo a identificar como ele *deverá ser* (ou como *deveria ter sido*), tudo em função de *padrões normativos* que consistem em condições convencionadas aptas e suficientes a *justificar* determinadas condutas. Em termos mais simples, aquele que respeita tais padrões normativos não precisa justificar sua conduta de nenhuma forma que vá além da mera invocação desses mesmos padrões: quem age segundo as normas convencionadas tem elas a seu favor e, por isso, está dispensado de buscar outras razões que justifiquem o seu comportamento.

Mais recentemente, Jules Leslie Coleman e Brian Leiter também defenderam ser possível reconhecer *certo tipo ou grau de objetividade* nas práticas jurídicas, ao mesmo tempo em que se rejeita o realismo metafísico, ou seja, a concepção segundo a qual existem respostas objetiva e universalmente corretas mesmo para questões jurídicas, políticas e morais fortemente controvertidas e aparentemente indecidíveis. Para eles, não é verdade que, se a objetividade absoluta for impossível, então só nos restará a subjetividade individual mais arbitrária e indomável²⁹²: segundo sustentam, haveria entre esses dois extremos um gradiente com múltiplos tipos ou graus de “objetividade”, sendo que as várias práticas sociais, por suas

²⁹⁰ “O que Wittgenstein (e Cavell quando interpreta Wittgenstein) nos propõe como um fundamento do conceito de objetividade (e da própria objetividade, portanto) é muito (mais) parecido com uma congruência de subjetividades do que com um padrão de objetividade ‘independente de nossa perspectiva’. O conceito de objetividade é, ele próprio, parte de nossa perspectiva” (MICHELON JÚNIOR, Michel. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*, pp. 137-138).

²⁹¹ “Quando um grupo social dispõe de certas normas de conduta, isso dá azo a muitos tipos de afirmação, estreitamente relacionados embora diferentes: pois é possível que um indivíduo se relacione com as normas como um mero observador, que não as aceita ele próprio, ou como membro do grupo que as aceita e as utiliza como orientação para sua conduta. Podemos chamar essas atitudes, respectivamente, de ‘ponto de vista externo’ e ‘ponto de vista interno’” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 115). E também: “O ponto de vista interno é um reflexo da maneira segundo a qual o grupo encara o seu comportamento, de acordo com as normas, utilizando-se delas como base para a sua conduta social” (KOZICKI, Katya. *Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial*, p. 15).

²⁹² “A visão que queremos defender abaixo é que se pode rejeitar o realismo metafísico e, mesmo assim, abraçar a objetividade” (COLEMAN, Jules Leslie; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*, p. 372).

naturezas, seus objetos e seus propósitos específicos, aspirariam a diferentes tipos ou graus de objetividade.

A escala gradiente proposta pelos autores é a seguinte, em ordem decrescente de objetividade: **a)** a *objetividade forte*, para a qual as concepções humanas são irrelevantes como critério de verdade, a exemplo das ciências que investigam o mundo físico exterior²⁹³; **b)** a *objetividade modesta*, para a qual é verdade aquilo que parece ser verdade em condições epistemicamente ótimas, a exemplo, precisamente, das práticas jurídicas²⁹⁴; **c)** a *objetividade mínima* (ou *convencionalismo*), para a qual as concepções da comunidade são determinantes e suficientes à aferição da verdade, a exemplo da moda²⁹⁵; e **d)** a *subjetividade forte*, cujo critério de verdade é válido, em princípio, apenas de forma individual, a exemplo do paladar²⁹⁶.

Nessa gradação, a novidade introduzida por Coleman e Leiter foi a categoria da *objetividade modesta*, destinada justamente a acomodar práticas sociais que, como o Direito, exigem algum tipo ou grau de objetividade que, contudo, não se enquadra bem – pelo menos não em todos os casos – nem na categoria da objetividade forte, nem na da mera convencionalidade²⁹⁷. Seria ela, portanto, a melhor categoria para descrever o Direito enquanto prática social coerciva que necessita de legitimação racional – e, portanto, de ao menos algum

²⁹³ “A objetividade forte, por exemplo, figura em nossa concepção da investigação científica. Vemos os cientistas como tentando descobrir como o mundo realmente é; e como o mundo é independe das crenças ou teorias de qualquer pessoa a seu respeito, as quais podem revelar-se falsas” (COLEMAN, Jules Leslie; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*, p. 380).

²⁹⁴ “Tal como normalmente concebido, o debate acerca da objetividade no Direito é um debate entre convencionalistas [*objetividade mínima*] e realistas [*objetividade forte*]. Tentamos demonstrar que existe uma concepção alternativa de objetividade, a objetividade modesta, que explica a possibilidade do erro geral e oferece um sentido de dever jurídico objetivo que ultrapassa a conduta convergente e o faz sem compromisso com um realismo pleno a respeito dos fatos jurídicos” (COLEMAN, Jules Leslie; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*, p. 411).

²⁹⁵ “[...] há vários predicados que são naturalmente interpretados como minimamente objetivos. Estar na moda é um exemplo óbvio. Alguma coisa é moda (objetivamente) contanto que a maioria da comunidade a trate como tal. É impossível conceber a propriedade de estar na moda de alguma outra maneira. Não faz sentido, por exemplo, dizer que um estilo de roupa está na moda e com isso querer dizer apenas que somente eu assim o considero. Ao mesmo tempo, não faz nenhum sentido dizer que determinar se um estilo de roupa está na moda é inteiramente independente de como as pessoas o consideram” (COLEMAN, Jules Leslie; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*, pp. 380-381).

²⁹⁶ “Quanto tentamos entender a afirmação de alguma pessoa de que certo sabor de sorvete é gostoso, compreendemos que ela está afirmando que é gostoso para ela” (COLEMAN, Jules Leslie; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*, p. 381).

²⁹⁷ COLEMAN, Jules Leslie; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*, p. 412.

tipo ou grau de objetividade –, talvez ao lado da objetividade mínima (convencionalidade), que evidentemente também tem o seu lugar nas práticas jurídicas.

Então, uma vez desmentido o binarismo simplista entre objetividade absoluta e subjetividade total mediante a identificação de outros tipos ou graus de objetividade, fica também evidenciado que a só impossibilidade de haver, na aplicação do Direito, uma objetividade forte e mecânica tal como ambicionada pelo formalismo legalista *não é suficiente* para se sustentar que a aplicação das normas jurídicas é um processo *invencivelmente subjetivo* (no sentido forte e arbitrário do termo), nem, menos ainda, que a criação de normas jurídicas só ocorre quando da resolução judicial de casos concretos.

Há objetividades *moderadas e suficientes* – elas, sim, compatíveis com a natureza das práticas jurídicas – que obstam a tese cético-voluntarista de que a aplicação do Direito seria um processo subjetivo incontrolavelmente discricionário e, mais ainda, a de que os verdadeiros criadores das normas jurídicas são os intérpretes (a rigor, apenas os Juízes), como demonstram a objetividade *convencional* de Hart e as objetividades *modesta e mínima* de Coleman e Leiter.

4.1.4 O hiperfoco cético-voluntarista na questão dos “textos”

A tese cética aqui sob exame está muito prioritariamente, senão exclusivamente, associada à *análise judicial de textos normativos* (leis e precedentes, sobretudo), o que dá a entender, ao menos à primeira vista, que toda a questão relativa à discricionariedade judicial é um problema linguístico-interpretativo fundado na imputação de sentidos a textos escritos em linguagem natural.

Porém, evidentemente esse nem sempre é o caso, pois muitas vezes o Juiz não está exatamente *interpretando textos normativos*, mesmo que assim possa parecer. Nessas ocasiões, o objeto do raciocínio judicial é *a própria norma*, considerada em si mesma, e não o seu respectivo registro linguístico-textual. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que o Juiz tem de dedicar fundamentação que exponha motivos suficientes à não aplicação de determinada norma, seja porque ela é inconstitucional (*declaração de inconstitucionalidade*), seja porque ela é expressa ou tacitamente revogada por norma superior, ou mais recente, ou mais específica (*resolução de antinomia normativa*), seja até mesmo nos casos, muito controvertidos e ainda mais excepcionais, em que o Juiz faz com que a norma não incida por identificar nela exceções implícitas, com o objetivo de prestigiar algum ideal de justiça ou as próprias finalidades atribuídas à norma (*derrotabilidade normativa*).

Em todos esses casos, mesmo que possa de início parecer que o objeto do raciocínio judicial é *o texto normativo*, em verdade e a rigor este objeto é constituído *pela próprias normas jurídicas*, consideradas em si mesmas (não o texto que as registra e expressa); não se trata, em nenhum desses casos, de um problema propriamente *semântico*, pois não há qualquer dúvida quanto ao significado dos termos utilizados para o registro linguístico das normas, mas sim de um problema rigorosamente *normativo*, já que a dúvida que se põe é se as normas em questão – cujo sentido é claríssimo e indisputado – devem ou não ser aplicadas ao caso, em virtude de fatores *extralinguísticos* (como nos casos, acima exemplificados, de incompatibilidade da norma com a Constituição, ou de conflito entre ela e outra norma do sistema, ou de supostamente haver exceções à sua incidência, que, embora não tenham sido expressamente estabelecidas pelo Legislador, são de todo modo irrenunciáveis por esse ou aquele motivo de ordem axiológica ou teleológica).

Um exemplo poderá ilustrar particularmente bem a ausência de problema semântico em casos que, no entanto, poderiam ser incorretamente descritos como envolvendo um problema de “interpretação”: pense-se no caso em que o registro de uma norma proibitiva de estacionamento é feito com base não em signos alfabético-linguísticos (“*É proibido estacionar aqui.*”), mas geométrico-simbólicos (a letra “E” cortada por um ou dois traços diagonais). Nesse caso, não há qualquer diferença na apreensão do significado proibitivo, se comparada à apreensão que decorreria da leitura das palavras “*É proibido estacionar aqui.*”: nas duas hipóteses, o significado apreendido é um só e exatamente o mesmo: mudam-se apenas os signos que apontam para ele. Então, imagine-se um caso – supostamente “difícil” – em que o motorista estacionou na região abrangida pela proibição para salvar a vida do copiloto, subitamente acometido por um infarto cardíaco. Imagine-se, agora, que o Juiz, ao julgar uma ação anulatória de imposição de multa, entenda que ao motorista não era imponível qualquer sanção, por considerar que sua conduta estava plenamente justificada em vista de um bem jurídico mais relevante (vida do passageiro) do que aquele tutelado pela norma de trânsito (circulação). Seria claramente um erro descrever essa atividade judicial como uma “interpretação” do registro signo-linguístico da norma de trânsito. O Juiz absolutamente não teve a mais mínima dúvida quanto ao *significado* dos signos alusivos à proibição de estacionar. É evidente que, nesse caso, a operação interpretativa do Juiz não teve por objeto *o enunciado normativo* com vistas à *extração de seu significado linguístico* (de resto trivial e incontroverso), mas sim *a norma ela mesma* – plenamente conhecida pelo sentido claro e simples dos signos que a registram e expressam – com vistas à *extração de seu significado jurídico-sistemático* (ou seja, com a intenção de se saber se a sanção por ela estabelecida deveria mesmo ser aplicada ao caso,

consideradas as peculiaridades deste e os demais parâmetros normativos do sistema jurídico integralmente considerado).

Esse exemplo é importante pois, muitas vezes, o ceticismo voluntarista se vale de casos desse tipo para tentar justificar a descrição segundo a qual a interpretação judicial *de textos normativos* cria normas: vários de seus exemplos parecem dizer respeito à interpretação *linguística de textos normativos*, mas muitas vezes, a rigor, dizem respeito à avaliação *jurídica* das *normas em si mesmas* (isto é, dos *significados dos textos*), o que é coisa bem diferente, senão por nada, ao menos porque, nesta última “interpretação”, a norma já existe *antes* do ofício judicial e, sim, constitui o seu *objeto* (e não o seu *resultado*).

Em outras palavras: grande parte do argumento cético se centra no caráter dito “indeterminado” da linguagem natural, mas os problemas trazidos por seus defensores em alguns dos vários exemplos dados *não são propriamente problemas de interpretação de texto*, já que, muitas vezes, o texto é claro e a aplicação da norma ao caso é difícil mesmo assim, mas por *outras razões*, de natureza não linguística, mas jurídica, moral, consequencialista *etc.*; ou o contrário: o texto de fato oferece alguma dificuldade interpretativa, de modo a que o decisor tenha de o ler duas ou três vezes para captar seu sentido exato, mas, uma vez superadas essas dificuldades sintáticas, semânticas ou gramaticais (essas, sim, verdadeiramente linguísticas), a aplicação da respectiva norma ao caso se mostra bastante singela do ponto de vista jurídico.

A seguir, serão feitas algumas considerações sobre os três tipos-exemplos de técnicas decisórias que não consistem em “interpretação de textos” e que, justamente por terem como *objeto* (e não como *resultado*) normas jurídicas já plenamente constituídas, desmentem ao menos em certa medida a proposição cético-voluntarista sob exame:

a) O controle de constitucionalidade não é bem descrito ou explicado pelo ceticismo normativo, ao menos por suas feições mais radicais e extremas. Ora, o que pode ser constitucional ou inconstitucional nunca é *o texto normativo* (isso nem sequer teria sentido): tinta no papel e signos linguísticos claramente não podem estar nem de acordo nem em conflito com o conteúdo da Constituição. Só as *normas jurídicas elas mesmas* (enquanto significados dos textos normativos, seus significantes) é que podem ser constitucionais ou inconstitucionais, como é evidente.

Aliás, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica desafia a descrição cético-voluntarista duplamente: *i)* de um lado, porque não faria sentido – e seria até contraditório – que se declarasse inconstitucional algo que é considerado “*indeterminado*”, como se diz ser o caso dos termos dos textos normativos: se as palavras nada dizem, então, justamente por isso, elas não podem ser nem compatíveis nem incompatíveis com a

Constituição; e se o Juiz atribui a elas um sentido que declara ser inconstitucional, a culpa pela inconstitucionalidade em questão é sua mesma, não do Legislador; e *ii*) de outro lado, porque também não faria sentido – e seria igualmente contraditório – que se declarasse inconstitucional algo que é considerado “*inexistente*”, como o ceticismo diz ser o caso das normas jurídicas antes da interpretação; ora, para que uma norma seja inconstitucional, ela precisa, antes, ao menos existir.

Em termos mais simples, “textos indeterminados” e “normas inexistentes” não podem ser inconstitucionais e, por isso, não podem ser declarados como inconstitucionais. Isso não faria nenhum sentido e implicaria contradição com os próprios postulados centrais do ceticismo normativo. A não ser que o controle de constitucionalidade seja uma ilusão, isso tudo torna evidente que existem, sim, normas antes da interpretação judicial dos textos que as registram e formulam, pois apenas elas é que podem ser constitucionais ou inconstitucionais.

Além disso e ainda quanto ao controle de constitucionalidade: o Legislador é aquele que, preferencialmente, elege possibilidades normativas constitucionais equivalentes; já o Juiz não pode escolher alguma que seja diversa daquela inequivocamente eleita pelo Legislador. O que pode fazer o Juiz ou Tribunal, no máximo, é dizer que determinada escolha do Legislador é inconstitucional – e isso apenas nos casos em que essa incompatibilidade seja flagrante, a ponto de se refletir em amplo consenso²⁹⁸. Mas o próprio fato de dizê-lo prova, *per se*, que havia norma antes de sua interpretação, e não apenas um conjunto “indeterminado” de termos e palavras, pois, se fosse esse o caso, simplesmente não haveria qualquer norma que pudesse ser declarada inconstitucional.

b) As técnicas judiciais de resolução de antinomias legislativas também não se enquadram bem na categoria de “interpretação de textos”. Ainda que alguma operação dessa natureza sempre exista quando do emprego das aludidas técnicas, essa é apenas a superfície: quando o Juiz diz que a norma A não pode ser aplicada por ter sido revogada pela norma B porque esta última lhe é hierarquicamente superior, ou cronologicamente posterior, ou objetivamente mais específica, ele está lidando com *normas*, não apenas com *textos*.

²⁹⁸ “A ponderação entre princípios colidentes, que por via argumentativa admitem que uma dada situação problemática possa ser objeto de soluções antipódicas, só pode servir como juízo autônomo de inconstitucionalidade quando esta última for *evidente*, pelo que essa evidência deve *formalizar-se através de um largo assentimento decisório*. O contrário será transformar a ponderação num missil sem controle e num instrumento ‘interpretativo’ para fazer política através da legitimação puramente formal da justiça togada” (MORAIS, Carlos Blanco de. As “ideologias da interpretação” e o Ativismo Judicial: o impacto das “ideologias da interpretação” nos princípios democrático e da separação de poderes, *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, 2016, v. I, p. 289).

Seria um despropósito dizer que *os signos linguísticos* que expressam a norma A são “superiores” *aos signos linguísticos* que expressam a norma B, ou que lhes sejam “mais recentes”, ou mesmo “mais específicos”: somente *normas jurídicas* podem ser “superiores”, ou “posteriores”, ou “mais específicas” e somente o podem ser em relação a outras *normas jurídicas*. Textos, em si mesmos, não são predicáveis de qualquer desses três atributos: não há “liga” entre o substantivo (“texto”) e os adjetivos (“superiores”, “posteriores”, “específicos”).

Então, quando o Juiz dedica fundamentação para demonstrar que a norma A não pode ser aplicada ao caso por ter sido tacitamente revogada pela norma B, de modo a desfazer a aparente antinomia havida entre elas, é sumamente evidente que ele não criou nem a norma A, nem a norma B, pois seria totalmente ininteligível que ele criasse duas normas antinômicas: por qual razão faria ele algo assim, se depois ele teria de “revogar” umas das normas que criou?

Também aqui, portanto, o material utilizado pelo Juiz não se resume a textos normativos, englobando também as *normas jurídicas*, já plenamente constituídas antes do exercício de sua função interpretativo-decisória.

c) Por fim, a própria teoria da derrotabilidade desafia a descrição cético-voluntarista. Segundo essa teoria, qualquer regra pode conter um número virtualmente infinito de exceções *não previstas como tais pelo Legislador*, que, tão logo sejam identificadas pelo Juiz em determinado caso concreto, justificam a não aplicação da regra, mesmo que o seu sentido seja claro (por não haver dúvida séria a respeito) e mesmo que a sua validade seja inquestionável (por não haver nem inconstitucionalidade, nem antinomia). Uma regra é derrotada, então, não por colidir com alguma outra norma (constitucional ou infraconstitucional), mas simplesmente porque a sua aplicação geraria uma situação de perplexidade e abjeção, seja por contrariar algum ideal muito básico de justiça e bom senso, seja por frustrar as finalidades que pautaram a sua própria criação²⁹⁹.

A flexibilização na incidência de uma regra, segundo a doutrina da derrotabilidade, não encerra um problema *de sentido* (linguístico: semântico, sintático *etc.*), pois o sentido da norma a ser derrotada é claríssimo, não pesando qualquer dúvida a seu respeito; encerra, isso sim e

²⁹⁹ “Por força da doutrina da derrotabilidade das regras (*defeasibility*), uma norma pode alojar infinitas exceções implícitas e imprevisíveis que, em um dado caso concreto, justificam seja episodicamente afastada, a pretexto de se fazer Justiça ou de assegurar os seus fins, permanecendo íntegro o texto que alberga o seu comando. [...] No que diz com a natureza jurídica do fenômeno da derrotabilidade, tem-se uma interrupção da sua incidência, judicialmente provocada. Não se confunde com a antinomia entre regras, que pressupõe uma lei superior, posterior ou mais específica. [...] Diferentemente, na *defeasibility*, há uma única regra, que é afastada em razão de um ideal de justiça ou dos seus próprios fins” (FONTELES, Samuel Sales. *Hermenêutica constitucional*, pp. 120-123).

apenas, um problema *axiológico-teleológico*, decorrente de um problema essencialmente prático e, aliás, inevitável: o de que o Legislador é incapaz de prever todas as hipóteses excepcionais que exigem a não incidência da regra³⁰⁰, deixando a sua identificação razoável a cargo do Juiz, cujo desafio aí não é *linguístico*, mas *valorativo*.

Então, também essa técnica não é de natureza linguístico-interpretativa, pois não tem por objeto, propriamente, ou diretamente, *o texto* que formula a norma a ser derrotada, mas *a própria norma* cujo conteúdo deontico é contrastado com as suas consequências para o caso concreto, consequências que, por sua vez, são avaliadas em função da justiça, ou das finalidades perseguidas pela própria regra, ou de ambas as coisas.

Fica assim demonstrado que a ênfase cética na “interpretação de textos” acaba por ser uma má descrição do ofício jurisdicional, pelo menos em grande parte de sua extensão e em um sem-número de técnicas decisórias em que o que está em questão não é, absolutamente, o significado dos textos normativos, mas o próprio conteúdo normativo, que, portanto, tem de necessariamente existir – e de fato existe – antes da “interpretação” judicial.

4.1.5 O erro cético-voluntarista é simetricamente oposto ao do formalismo

Já se fez referência à noção hartiana de que o ceticismo normativo não é mais que um erro simetricamente oposto ao do formalismo legalista, noção que, agora, servirá de parâmetro para testar a premissa fundamental do jusrealismo do ponto de vista teórico-epistêmico³⁰¹.

Sobre esses dois extremos, a propósito, é um tanto evidente – pelo próprio caráter exagerado, implausível e artificial de suas respectivas teses – que ambos pecam por afirmar,

³⁰⁰ “Se olharmos para as regras, elas têm em geral, exceções. Essas exceções, contudo, não podem ser enumeradas de forma conclusiva, devido ao fato de que as circunstâncias que emergem dos casos futuros são desconhecidas. Portanto, regras jurídicas sempre têm a capacidade de acomodar exceções, ou seja, elas são derrotáveis” (BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 102, p. 60).

³⁰¹ Sobre o papel limitante dos falsos dilemas teóricos, relembre-se o excelente trecho utilizado na epígrafe: “Em tais casos, é uma máxima heurística que a verdade não está em uma das duas visões em disputa, mas em alguma terceira possibilidade que ainda não foi pensada, que só podemos descobrir rejeitando algo assumido como óbvio por ambos os disputantes” (RAMSEY, Frank Plumpton. *The foundations of mathematics and other logical essays*, London, 1931, p. 115, *apud* PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *O problema fundamental do conhecimento*, p. 25, tradução livre).

cada um, uma *meia-verdade* destinada, porém, a *negar algum fato óbvio, inquestionável*³⁰²: **a)** de um lado, o formalismo legalista afirma que a linguagem dos textos normativos é *determinada*, pelo que o Juiz não precisaria mais do que simplesmente aplicá-la aos casos concretos, no duplo sentido fornecido pelo advérbio “simplesmente” (no de *apenas* aplicá-la e no de aplicá-la *com facilidade*); mesmo os casos duvidosos teriam sempre alguma solução hermenêutica canônica, objetiva, à mão; e **b)** de outro lado, o ceticismo voluntarista afirma que a linguagem dos textos normativos é *indeterminada*, pelo que não existiria norma antes da interpretação judicial, cuja vontade é, afinal, o critério determinante, autoritativo e prevalecente da ordem jurídico-normativa³⁰³.

Ocorre que, na verdade e obviamente, a linguagem dos textos normativos é *em parte determinada e em parte indeterminada*³⁰⁴, pelo que a atividade judicial é marcada tanto pela *vinculação responsável e compromissada* (que exige a aplicação dos seus sentidos claros, determinados), quanto pela *autoridade normativa delegada* (que, por vezes, exige a determinação judicial dos seus sentidos nebulosos, indeterminados)³⁰⁵. Porém, sobretudo em países de *civil law*, esta última prerrogativa judicial: **a)** não pode ser exercida de modo voluntarista, prioritário e gratuito, mas sim – e apenas – racional, residual e justificado; e, ainda,

³⁰² Nesse sentido é que Robert Brandom afirma o “caráter incompleto e unilateral de concepções jurídicas realistas e legalistas. Realistas, na sua versão mais extremada, entendem que o direito é aquilo que o juiz considera como tal. Enxergam apenas a contingência das forças causais extralegais que influenciam a decisão, como sua classe, sua formação, suas preferências políticas etc. Se [*sic*] limitam a considerar a autoridade do juiz, negligenciando sua responsabilidade. Já aqueles que se restringem à retórica legalista da ‘adjudicação responsável’, [*sic*] negam qualquer papel dos aplicadores na criação do direito, enxergando apenas o aspecto de necessidade (normativa) na aplicação dos conceitos, e aqui pouca diferença faz se eles adotam posições jusnaturalistas ou positivistas. Cometem, portanto, o erro oposto, considerando sua responsabilidade e negligenciando sua autoridade” (DECAT, Thiago Lopes. *Direito e racionalidade prática: uma perspectiva inferencialista*, p. 58).

³⁰³ Contra o diagnóstico exagerado de indeterminação semântica dos textos normativos: “É claro que essa altíssima dependência contextual não chega a ser uma ‘afasia semântica’, na qual as palavras perdem seu significado e se transformam em meros significantes cujo sentido dependerá da variável axiológica invocada no contexto de aplicação normativa, muito menos envolve um ‘significante flutuante’. Há uma sedimentação histórica de sentido [...]” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, p. 17).

³⁰⁴ “O histórico e contingente do conceito não significa, necessariamente, sua indeterminação absoluta, nem o necessário circunstancial e contingente de seu conteúdo. Nenhum conceito é de conteúdo insuscetível de um mínimo de delimitação [...]” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição, *Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, p. 133).

³⁰⁵ “Se o juiz não é hoje entendido, segundo o viu e proclamou um ingênuo e superado positivismo, como uma mera máquina aplicadora do direito legislado, por outro lado é certo que, num sistema de formulação do direito por categorias, torna-se consideravelmente limitado o poder criador do magistrado, pelo que, permitindo-se a ele julgar monocraticamente, sem qualquer tipo de controle para essa sua atividade jurisdicional, em verdade o que se faz é, com violação da partilha de Poderes feita pela Carta Magna, unificar-se, no mesmo órgão, as funções de legislador e de magistrado” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição, *Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, p. 141).

b) não pode ter por objetivo a substituição do Legislador mediante a criação arbitrária de normas de caráter geral, mas sim a completação consistente do ordenamento jurídico legislado, mediante a prospecção inferencial de normas implícitas, ou a criação de normas individuais e concretas sempre passíveis de correção pelo Legislativo, que bem pode criar normas gerais claras em sentido contrário e assim por diante.

Aliás, o formalismo legalista e o ceticismo voluntarista, diferentes o quanto sejam sob vários aspectos, acabam por decorrer de um *mesmo erro*: ambos levam em conta um sentido muito forte e muito específico de “determinação”, válido apenas para linguagens formais e artificiais, próprios da computação, por exemplo: trata-se do sentido lógico de “determinação”, de matriz fregeana³⁰⁶, segundo o qual conceitos só são determinados quando *todos* – *absolutamente todos* – os seus casos de aplicação e de não-aplicação já estejam estabelecidos de antemão e em definitivo, de modo a não haver jamais qualquer dúvida quanto ao fato de determinado ente da realidade estar ou não coberto pelo conceito em questão. Mas, ora, é claro que, *nesse sentido*, os textos legais não são “determinados”; mas isso é um truísmo, uma banalidade, pois: **a)** *seria de qualquer modo impossível que o fossem*, pois se está diante de um sentido de “determinação” frontal e permanentemente incompatível com as práticas linguísticas naturais (mesmo quando especializadas, como no caso do Direito), sentido este ingenuamente afirmado pelo formalismo legalista e trivialmente negado pelo ceticismo voluntarista; e **b)** *nem é necessário que o sejam* para que se reconheça o fato óbvio de que Legisladores – no mínimo *também* eles – criam normas gerais e abstratas, fato este ingenuamente negado pelo ceticismo voluntarista e trivialmente afirmado pelo formalismo legalista.

Malgrado este erro comum, os dois diferem principalmente quanto às respectivas propostas de *alocação de poder*: enquanto para os formalistas o poder está (ou deve estar) principalmente na autoridade que cria a regra, para os discricionaristas o poder está (ou deve estar) na autoridade que a interpreta e aplica³⁰⁷.

³⁰⁶ Sobre o conceito de “determinação” segundo Friedrich Ludwig Gottlob Frege, importante matemático, lógico e filósofo alemão: “Um candidato possível é a noção fregeana de determinação. De acordo com esta noção, um conceito é determinado quando, para cada objeto, está estabelecido previamente e de forma definitiva, se ele é abrangido ou não pelo conceito” (DECAT, Thiago Lopes. *Direito e racionalidade prática: uma perspectiva inferencialista*, pp. 52-53).

³⁰⁷ “Frederick Schauer [...] usa o argumento da distribuição (*allocation*) do poder para esclarecer que a justificação formal (baseada em regras) coloca na entidade emitente da regra o centro de gravidade do poder, enquanto que a justificação material (baseada nas particularidades do caso e na invocação genérica de princípios de justiça) atribui a quem toma a decisão um poder quase discricionário” (LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, p. 160).

Com essas considerações, é possível concluir que o ceticismo voluntarista, embora acerte quando corrige alguns erros evidentes do formalismo legalista, intensifica a tal ponto o discurso antiformalista, que acaba por recair em erros simetricamente opostos ao dele e, portanto, por sujeitar-se a ser por ele corrigido. Isso aponta para o fato, agora evidente, de que tanto o formalismo quanto o antiformalismo, quando extremados, constituem propostas teóricas que devem ser rejeitadas, não tanto pelo que *afirmam* (pois há, de fato, casos muito simples, compatíveis com a descrição formalista³⁰⁸, e casos muito difíceis, conquanto excepcionais, que exigem descrições moderadamente céticas³⁰⁹), e sim pelo que *negam* (no caso do formalismo, a existência de decisões que não se limitam a aplicar, mediante simples subsunção, normas claramente estabelecidas pelo Legislador; e, no caso do ceticismo, a existência de decisões que, ao contrário, limitam-se exatamente a isso).

4.1.6 Texto não é norma, obviamente: mas e daí?

Os testes semânticos aplicados antes já deixaram suficientemente claro que a proposição segundo a qual a norma não se confunde com o texto normativo encerra uma tese que só é verdadeira naquilo que tem de *trivial*, pois é uma obviedade indisputada que a norma não seja nem o composto químico da tinta no papel, nem o composto gráfico dos caracteres linguísticos do texto normativo, nem qualquer tipo de ente físico que dispense atos mentais de assimilação e compreensão (isto é, de *interpretação*, justamente, mas no sentido próprio e estrito do termo).

³⁰⁸ Segundo Hart, há “amplas área de comportamento que se podem controlar com êxito, *ab initio*, por meio de normas que exigem ações específicas e têm apenas uma pequena margem de textura aberta, em vez de um padrão variável. Caracterizam-se elas pelo fato de que certas ações, acontecimentos ou situações notáveis têm tamanha importância prática para nós, como coisas a serem promovidas ou evitadas, que pouquíssimas circunstâncias concomitantes nos predispõem a considerá-las de forma diferente. O exemplo mais evidente disso é a morte de um ser humano” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, pp. 172-173).

³⁰⁹ Para o mesmo Hart, porém, há de outro lado “áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 175).

Aliás, os testes semânticos e lógicos realizados nas seções anteriores indicam, em conjunto, que a distinção entre norma e texto é ou um *truísmo* que jamais foi negado³¹⁰, ou um *exagero* que não deveria ser afirmado: **a)** o primeiro sentido é muito modesto e até óbvio, pois afirma apenas o fato elementar de que o texto é um ente físico aparente (conjunto de *caracteres referentes*), enquanto a norma é um ente mental invisível (conjunto de *significados referidos*); mas **b)** o segundo sentido é bastante ambicioso e exagerado, pois quer significar que *não existe* norma até que um texto normativo seja, posteriormente à sua edição e publicação, interpretado (sobretudo pelos Juízes).

Como é evidente, o primeiro sentido *não* impõe o segundo necessariamente: é bem possível que o texto normativo, ainda que seja *distinto* da norma, *refira-se* a determinada norma e que esta, portanto, já exista antes do momento em que, depois da publicação da lei, pessoas ponham-se a interpretar seu texto³¹¹. E, como costuma acontecer com afirmações demasiado abstratas, não é raro que a proposição “*Textos normativos não são normas.*” seja *dita* com a intenção inicial de se fazer referência ao primeiro sentido (fraco), mas *acabe por gerar* a adesão, nem sempre muito clara e consciente, ao segundo sentido (forte).

A ideia de que é trivial o conteúdo de verdade que há na distinção entre texto e norma já foi apresentada quando da aplicação dos testes semânticos e lógicos, mais acima (tópico 3.1.3). Agora, convém demonstrar e aprofundar esse caráter de trivialidade por meio de outras análises, como a seguinte: se é verdade que *a norma* não é o texto, isso só é assim no sentido de que *a lei também não o é*. Ora, uma lei é um conjunto de *decisões legislativas*, e não o *texto*

³¹⁰ A distinção entre texto e norma não é sequer uma novidade, como demonstram os seguintes e conhecidos exemplos históricos, particularmente emblemáticos a esse respeito: **a)** a figura do antigo *Referé Legislatif* francês, instrumento instituído pelas primeiras leis revolucionárias de França, pelo qual os Juízes e Tribunais, em caso de dúvida, não poderiam interpretar a lei, mas consultar o Parlamento quanto ao seu sentido; **b)** Jeremy Bentham (1748-1832), mesmo no âmbito do *common law*, preocupava-se sobretudo com a arbitrariedade judicial, pelo que sugeriu ideia similar à do *Referé Legislatif*: em caso de dúvida, os Juízes e Tribunais haveriam de consultar o Povo mesmo; e **c)** Kelsen também distinguia, aliás expressamente, as normas jurídicas (*Rechtsnorm* ou *Sollnormen*) dos enunciados jurídicos que as descrevem (*Rechtssatz* ou *Sollsätze*).

³¹¹ Naturalmente, reconhecer isto não é o mesmo que negar as dificuldades de aplicação de normas jurídicas a casos concretos, ou seja, as dificuldades próprias da metodologia e da interpretação jurídicas, pois autores os mais diversos, de todo o espectro justicário, sempre demonstraram ter consciência disso como indica, por exemplo, a ideia de multiplicidade de sentidos interpretativos possíveis (Kelsen, e seu conhecido conceito simbólico da “moldura”), ou a ideia de “zona de penumbra” (Hart, e seu conhecido exemplo de regra que proíba o trânsito de veículos em um parque) ou, mais recentemente, a ideia de que toda proposição normativa, pelo menos em princípio, é simultaneamente sobreinclusiva e subinclusiva, incluindo em seu tipo coisas que não gostaria de incluir e excluindo coisas que não gostaria de excluir, de modo a frustrar a sua própria finalidade (Frederick Schauer, e seu conhecido exemplo de regra que proíba a entrada de cães em um restaurante, regra que não proíbe outros animais igualmente incômodos e proíbe cães não incômodos, como os cães-guia). Todas essas dificuldades metodológico-interpretativas, porém, clamam por uma *solução* (ainda que parcial, continuada, assintótica), e não por uma *desistência* ou, pior ainda, por um *entusiasmo* com o próprio problema (caos decisionista).

em que tais decisões meramente se expressam a modo linguístico. A lei é um *ato de exercício do poder de Estado* apto a estabelecer, dentre outras coisas e primariamente, comandos deônticos mandatórios, proibitivos ou facultativos; já o texto, a seu turno, é um *simples recurso de expressão linguística*.

Então, ao invés de uma tipologia classificatória algo simplória, constituída apenas de texto normativo e norma jurídica, há que se considerar várias outras classes conceituais, todas distintas entre si e todas distintas da de norma jurídica, como as seguintes: **a)** a *lei* ou *decisão legislativa*, enquanto *ato político-volitivo de poder estatal*, que elege determinada atribuição de valor a um dado conjunto de fatos, atribuição que, em geral e primariamente, estabelece comandos deônticos destinados a regular a conduta social; **b)** o *texto legal*, enquanto *registro signo-linguístico da decisão legislativa*, constituído de caracteres cujo uso convencional é, em geral, apto a significar claramente a norma geral e abstrata estabelecida pela decisão legislativa; **c)** a *decisão judicial*, enquanto *ato técnico-jurídico de poder estatal*, que afere os fatos da causa e os coteja com o sentido dos textos legais pertinentes, com vistas a *i)* aplicar as normas já claramente estabelecidas pelo Legislador (significados inerentes à zona de determinação positiva ou negativa dos textos legais, segundo a teoria hartiana) ou, quando isso não é possível, *ii)* a inferir normas implícitas, confrontando os sentidos possíveis da zona de indeterminação dos textos legais com as exigências do restante do ordenamento jurídico positivo, ou *iii)* a completar com relativa discricionariedade, embora no âmbito individual e concreto (não geral e abstrato), o processo de criação de normas, como que continuando o ofício legislativo de modo excepcional, “intersticial” (como dizia Hart), “descendo” a um nível de especificidade normativa ao qual o Legislador não quisera “descer”³¹²; e, por fim, **d)** o *texto judicial*, enquanto *registro signo-linguístico da decisão judicial*, constituído de caracteres cujo uso convencional é, em geral, apto a significar claramente a norma individual e concreta estabelecida pela decisão judicial.

Aprofundadas essas sutis distinções, fica claro que tanto as leis quanto as decisões judiciais ou administrativas são ontologicamente *atos de exercício do poder de Estado* e que os textos normativos (legislativos ou administrativos), tanto quanto os textos judiciais, são meras transcrições signo-linguísticas do conteúdo desses mesmos atos. Isso significa, em termos mais

³¹² “[...] esta competência conferida pelo legislador é uma delegação do poder para tomar uma decisão que o legislador não tomou ele mesmo, mas remeteu para o agente administrativo ou para o juiz, porque só pode ser tomada considerando os factos e circunstâncias que apenas *in concreto* podem ser descobertos” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 220).

simples e na forma metafórica de uma regra-de-três, que a lei está para o texto legal assim como, por exemplo, a compra-e-venda está para a escritura que a formaliza em documento e linguagem. Para falar de modo genérico, trata-se da relação – e, portanto, da distinção – que há entre um ato jurídico e o documento que o corporifica e expressa linguisticamente.

Isso parece realmente importante: na medida em que se distingam “lei” e “texto normativo” (este último sendo a mera exteriorização linguístico-documental da lei), todo o fascínio inicial e poderosamente exercido pela tese cético-voluntarista (que trata – e precisa tratar – “lei” como sinônimo de “texto normativo” ou que depende de alguma nebulosidade entre ambos os termos) deixará de existir ou ao menos diminuirá drasticamente. Além disso, o desprezo à “vontade do Legislador” enquanto critério hermenêutico relevante à interpretação da lei acaba por, conscientemente ou não, reduzir a atividade legislativa a uma simples atividade redacional e, por assim dizer, “literária”, como se se tratasse de uma espécie de “gincana”, de um arriscado “jogo” de lançar palavras no papel, o que claramente não é o caso e, ademais, evidencia por mais um ângulo de análise o caráter fortemente implausível da tese cética.

Há uma circunstância – ironicamente legal ela mesma – que reforça o argumento dado aqui: o Constituinte se vale do termo “lei”, e não “norma”, ao delegar competência normativa através de expressões como “nos termos da lei” e, também, ao delimitar a única fonte jurídica legítima da coerção estatal (art. 5º, II, da CR). Essa circunstância demonstra a importância que o sistema constitucional dá, aliás de forma clara e expressa, às *decisões político-normativas tomadas pelo Parlamento*, e não aos *textos em que elas são linguística e documentalmente vertidas*: a Constituição não vê o Legislador como um mero “redator de textos indeterminados”, nem confunde “lei”, enquanto decisão política, com sua simples exteriorização linguístico-textual.

Tudo isso somado, chega-se à conclusão já anunciada nos testes semânticos e lógicos: como norma é comando deôntico emanado pela autoridade política, é óbvio que ela não é um texto; mas disso não se segue a consequência pretendida pelo ceticismo voluntarista de que, em sendo assim, então só passa a haver normas, propriamente, quando as autoridades aplicadoras do Direito (em geral, autoridades jurisdicionais) “interpretam” os textos que documentam as tomadas de decisão político-normativas do Parlamento.

4.1.7 A tese cética não admite – ou, se admite, não explica – o erro judicial

No fundo (ou seja, em nível filosófico), discutir os argumentos céticos a respeito da existência ou não de normas antes da interpretação dos textos normativos é uma tarefa que

depende de – ou até se confunde com – a questão de ser ou não possível atribuir valor de *verdade* ou *falsidade* a proposições de tipo interpretativo (como, por exemplo, “*O dispositivo legal X significa que Y.*”)³¹³. Portanto, e para falar segundo a terminologia filosófico-aristotélica, o que realmente está em questão é se proposições interpretativas são ou não *apofânticas* (isto é, passíveis de serem qualificadas de *verdadeiras* ou *falsas*, em virtude de seu caráter declaratório-atributivo, seja na forma de afirmações, seja na de negações)³¹⁴.

Então, tem-se que, de duas, uma: ou **a)** proposições interpretativas são, sim, apofânticas – e nesse caso o sentido afirmado por determinada interpretação de um texto normativo é correto ou incorreto e, se correto, ele *já existia antes da interpretação*, pois, se assim não fosse, seria completamente destituído de sentido qualificar a interpretação como “verdadeira”, “correta”³¹⁵; ou **b)** proposições interpretativas não são apofânticas – e nesse caso nenhuma interpretação de algum texto normativo poderá jamais estar *errada*, de modo que a interpretação jurídica se tornaria estranhamente “infalível”, mas num sentido muito desimportante e até negativo, no qual o seu “acerto” não decorre da adequação de seu conteúdo proposicional a uma realidade efetivamente existente, mas apenas das supostas qualidades de seu enunciador subjetivo (o “intérprete”), o que consistirá, no fim das contas, num claro relativismo subjetivista teoricamente defendido pelo uso – supostamente “realista”, mas a rigor falacioso – do apelo à autoridade (*argumentum ad verecundiam*)³¹⁶.

³¹³ “O problema da validade da interpretação é um problema central não só da metodologia jurídica como também da hermenêutica filológica e literária. [...] Eric D. Hirsch tem no plano da hermenêutica literária preocupações semelhantes às de [Emilio] Betti no plano da hermenêutica jurídica: assegurar a validade e a objectividade da interpretação. O significado do ‘texto’ tem de ser aferido pela intenção do autor” (LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, p. 92).

³¹⁴ “Aristóteles chamou de A. [apofântico] o enunciado que pode ser considerado verdadeiro ou falso e considerou que esse tipo de enunciado é o único objeto da lógica: da qual, portanto, são excluídos os pedidos, as ordens etc., cujo estudo pertence à retórica ou à poética [...]. Esse significado permaneceu fixo no uso filosófico” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 83).

³¹⁵ Naturalmente, é possível que determinadas proposições interpretativas, mesmo sendo apofânticas, sejam de veracidade incerta, disputada, fortemente controvertida ou mesmo incognoscível. Da mera dificuldade prática – ainda que invencível – de se saber se determinada proposição é verdadeira não se segue a inexistência de verdade a respeito de seu objeto. Então, dizer que proposições interpretativas são apofânticas *não exige* que se assumam como sendo sempre possível – e, pior ainda, fácil – aferir a sua veracidade de forma indubitável. Saber, por exemplo, quantas estrelas há no universo é sem dúvida um “*hard case*” em Física; mas há menos dúvida ainda quanto ao fato de que há uma resposta verdadeira a esse respeito, seja ela qual for.

³¹⁶ O dilema explicitado nesse parágrafo não é absoluto, porém. É possível cogitar-se de *verdades em sentido pragmático*, que não seriam nem verdades plenas, no sentido ontológico e epistemológico, nem tampouco completamente falsas. A esse respeito, são interessantes e promissoras as pesquisas de Cesar Antonio Serbena a respeito da importação, para a Teoria do Direito, dos conceitos de *relatividade pragmática* e de *quase-verdade*: “[...] a verdade no campo jurídico é relativa, mas não completamente relativa, [...] pelo que] necessitamos minimamente de um critério para a verdade ou da concepção da verdade como correspondência, na tradição de Aristóteles a Tarski” (SERBENA, Cesar Antonio. *Novas perspectivas do realismo jurídico*, p. 113).

Para empregar uma metáfora talvez exagerada, mas elucidativa, a consequência do ceticismo voluntarista é a de que o Juiz é “infalível”, tal como, por exemplo, o Papa o é segundo a crença católica. Aliás, ambas as doutrinas se socorrem das mesmas ressalvas, quando tentam tornar a tese mais palatável: assim como, para o catolicismo, o Papa só é infalível quando se pronuncia *ex cathedra*, valendo-se do carisma de que seria investido, e apenas quando se pronuncia a respeito de matéria de fé ou de moral, o Juiz só seria infalível quando julga seus casos, valendo-se da prevalência autoritativa eficaz de que a função jurisdicional é investida, e apenas quando se pronuncia a respeito de qual é o conteúdo das normas, podendo errar tão somente quanto ao mais (provas, fatos *etc.*)³¹⁷.

O argumento, aqui, é em suma o seguinte: o ceticismo voluntarista, ao menos em suas feições mais radicais, é incompatível com a *existência de decisões erradas*, de modo a fazer com que toda e qualquer decisão esteja sempre e infalivelmente “correta” – e não porque sempre acerte o sentido do texto normativo, mas sim e exatamente porque, em tese, não haveria sentido prévio algum, ou porque haveria vários igualmente possíveis *etc.* Dito de outro modo, as teorias que rejeitam qualquer caráter apofântico às proposições interpretativas são teorias que não podem explicar – e nem mesmo afirmar, coerentemente, a existência de – *decisões erradas*: se não há interpretações *corretas* nem interpretações *incorretas*, então é literalmente impossível errar, pois só haverá interpretações *feitas*, restando apenas como que um “darwinismo hermenêutico”, em que prevalecerão as interpretações “mais fortes” (no caso das práticas jurídicas, as interpretações judiciais, pelo seu “caráter autoritativo”, não à toa em geral tão ressaltado).

No entanto, uma teoria segundo a qual é impossível haver decisões judiciais erradas (mesmo que apenas quanto à interpretação dos textos normativos) é uma teoria *claramente artificial, epistemicamente implausível*³¹⁸ e *fenomenologicamente distante* das compreensões e intuições fundamentais não só da sociedade juridicamente leiga, nem apenas dos operadores jurídicos de um modo bastante amplo, mas até mesmo e especialmente dos próprios Juízes

³¹⁷ Outras comparações metafóricas possíveis são as seguintes: o Juiz Infalível (ao qual é impossível errar só porque interpretações erradas são impossíveis) seria em tudo parecido com o Zé Bebelô, do *Grande Sertão: Veredas*, que, ao sentir de Riobaldo, tinha tamanha força de caráter, que “tudo quanto falava ficava sendo verdade”; ou como o Rei Midas, que tudo o que toca se transforma em ouro.

³¹⁸ A implausibilidade da tese se mostra claramente da seguinte forma: se fosse verdade que proposições interpretativas não são apofânticas, então não seria possível que houvesse provas escolares que *avaliassem* a capacidade de interpretação de texto dos estudantes, que seriam hermeneuticamente infalíveis tanto quanto os Juízes o são na descrição cético-voluntarista.

(como se verá com mais detalhe quando da aplicação dos testes fenomenológicos, na próxima seção).

Ora, uma boa teoria da norma e da interpretação jurídicas *deve necessariamente reservar espaço à possibilidade do erro judicial*, senão por nada ao menos porque, se o Juiz fosse mesmo infalível, nada poderia explicar o porquê de existirem recursos, uma vez que estes se destinam justamente à *correção de erros* eventualmente cometidos pelas decisões recorridas, não só quanto aos fatos, mas também quanto à interpretação jurídica³¹⁹. Fosse verdadeira a descrição cético-voluntarista forte e, portanto, a sua consequência de que não existem interpretações jurídicas erradas (por não existirem normas intrínsecas aos textos), dever-se-ia concluir, por absurdo, que a verdadeira finalidade do sistema processual recursal se destina não à *correção* de interpretações jurídicas equivocadas (pois não faria sentido que se visasse à correção de algo que, por definição, não é nem pode ser incorreto), mas apenas e tão somente a *garantir poder político aos Tribunais*, finalidade essa que, porém, causaria forte abjeção nas concepções mais básicas, gerais e inegociáveis a respeito das práticas jurídicas, em geral, e das práticas decisório-judiciais, em especial.

Desse modo, a tese cético-voluntarista sob escrutínio não é compatível com a existência do erro judicial e, portanto, é ao menos em parte desmentida por ele, cuja existência é indisputada, porque trivial, de modo que ninguém defende seriamente – ou explicitamente – a infalibilidade judicial.

4.1.8 Outras insuficiências explicativas da tese cético-voluntarista aqui examinada

Como visto no tópico imediatamente anterior, a tese cético-voluntarista, ao menos em sua feição mais forte ou radical, parece desconsiderar certos fatos e, exatamente por isso, ser incapaz de explicá-los de modo adequado ou convincente. Em outras palavras, o ceticismo parece não poder explicar certos fatos que, todavia, são patentes nas práticas jurídicas e que, portanto, devem ser satisfatoriamente assimilados e explicados pelas teorias jurídicas, sob pena

³¹⁹ Há inclusive recursos que, sendo de fundamentação vinculada, só podem discutir a interpretação *jurídica* da decisão recorrida, como é emblematicamente o caso dos recursos extraordinário (art. 102, III, da CR) e especial (art. 105, III, da CR), por exemplo.

de estas se revelarem, senão como *epistemicamente insatisfatórias*, ao menos como *objetivamente muito incompletas*³²⁰.

a) O ceticismo normativo forte deixa sem resposta um problema evidente que decorre de sua descrição das práticas jurídicas: o problema da “*primeira interpretação*”. Tem-se em vista aqui a interpretação da primeira lei que constituiu a primeira autoridade judicial e a própria competência dos Juízes e Tribunais que viriam a justamente interpretar e aplicar as (demais) normas jurídicas aos casos concretos.

Ora, se não existem normas que decorram da atividade legislativa, pergunta-se: quem é que, então, teria “interpretado constitutivamente” (ou “constituído interpretativamente”) as normas que instituíram o Poder Judiciário e as competências próprias de cada um de seus órgãos internos? Será crível que se admita que os Juízes e Tribunais que passaram a judicar em determinada comunidade jurídica principiaram sua judicatura interpretando suas próprias competências e instituindo os cargos oficiais de seus titulares (Juízes, Desembargadores, Ministros *etc.*)? A imagem, por sua excentricidade, já denuncia um aspecto fortemente artificioso e até caricato da tese de que não existem normas antes da interpretação (judicial) dos textos normativos, caso seja levada a rigor e às suas últimas consequências.

Essa questão está imbricada ao seguinte fato, aparentemente paradoxal e, por isso, muito inquietante para o cético-voluntarista: as autoridades jurisdicionais só são supostamente investidas do poder de constituir normas mediante “*interpretação*” *precisamente em função de regras* que antecedem suas próprias interpretações e decisões. Não faria sentido pensar-se em um Juiz exercendo seu ofício *num vazio normativo absoluto*, ou seja, sem que, antes, tenham sido promulgadas, pelo menos, as diversas normas que tornaram possível sua investidura formal nessa função: a Constituição, os Códigos de Processo e as próprias normas que regeram o concurso público pelo qual ele ingressou na Magistratura.

Isso significa que a atividade judicial não tem o poder de criar, *pelo menos*, as normas que criam os Tribunais, as que disciplinam as suas respectivas competências e as que, no limite, conferem-lhe legitimidade e autoridade. Pergunte-se para qualquer Juiz qual é o fundamento de legitimidade de seu ofício e, seguramente, ele responderá, com acerto, que é a própria

³²⁰ O tópico anterior (4.1.7) desenvolveu argumento dessa mesma natureza, mediante a demonstração de que o ceticismo voluntarista não é capaz de explicar o erro judicial, pela razão simples de que, se o criador das normas é o Juiz ao interpretar o “material linguístico indeterminado” das fontes jurídicas, então nem sequer faria sentido dizer-se que uma decisão judicial aplicou incorretamente uma norma ao caso concreto. Apesar do parentesco lógico entre aquele argumento e os que serão desenvolvidos agora, o tratamento autônomo daquele se justifica pelo maior peso que ele parece ter e, também, consequentemente, pelo tratamento mais detalhado e aprofundado que recebeu.

Constituição e as normas infraconstitucionais que instituem e organizam o Poder Judiciário. Porém, se ele partisse das premissas cético-voluntaristas, talvez ele se visse forçado a dizer, com grande constrangimento, que tais normas que conferem legitimidade ao seu ofício foram, em verdade, criadas pelo próprio Judiciário ao interpretar “meros textos” que só aparentemente – ou potencialmente – as teriam instituído. Nesse caso, haveria um claro problema de *circularidade viciosa*: o Juiz pretenderia fundamentar a legitimidade de seu ofício em atos normativos anteriores que, todavia, não eram propriamente *normativos*, mas meramente *redativos*: as normas, afinal, só nasceriam depois, com a “interpretação” e, mais especialmente, com a “interpretação autoritativa” dos próprios Juízes³²¹.

b) Outro aspecto que parece ser desconsiderado pelo ceticismo é que o seu âmbito cronológico de análise da nomogênese (“início”: texto normativo / “fim”: interpretação decisória sobre o seu sentido) é uma extensão claramente arbitrária e artificial, de modo a existirem muitas coisas normativamente relevantes “antes do início” e “depois do fim”.

Como visto nas primeiras aproximações críticas às teses jusrealistas (seção 2.3, item h.5), tem-se, no entanto, o seguinte: *i*) antes do “início” (promulgação da lei), o Parlamento debateu valores e comandos deônticos de modo exaustivo, por vezes de forma inclusive permeada pelos debates populares e interinstitucionais a respeito de temas polêmicos; e *ii*) após o “fim” (jurisprudência estabilizada e por vezes vinculante a respeito do sentido do texto legal), está permanentemente aberta a possibilidade de que o Parlamento, em reação às decisões judiciais, edite novas leis, estabelecendo normas claramente diversas daquelas aplicadas pelas interpretações judiciais anteriores.

Então, a tese cético-voluntarista forte não consegue explicar o que se passa fora dos estreitos limites de análise cronológica acima especificados. Ora, se a lei não é capaz de criar normas antes de ser interpretada judicialmente, então nada explicaria como, por exemplo, a Polícia poderia, antes e fora de qualquer caso judicial, prender em flagrante pessoas incursas em tipos penais recém-legislados, ou como o Administrador poderia, também antes e fora de qualquer caso judicial, promover lançamentos tributários de impostos recém-instituídos pela lei, ou mesmo como os Cidadãos passam, em sua maioria, a observar espontaneamente o

³²¹ Esse problema de circularidade viciosa também pode ser encontrado numa questão próxima à discutida no texto principal e que diz respeito ao conceito hartiano de *norma de reconhecimento*: se se partir da ideia de que o grupo social relevante, cujo reconhecimento é o que define quais são as normas válidas, é estritamente o grupo dos Juízes, chegar-se-á inevitavelmente à conclusão circular de que *i*) os Juízes podem definir quais são as normas válidas graças a normas válidas de investidura e competência que, porém, *ii*) só são normas válidas porque eles mesmos as reconhecem como tal.

comando deôntico estabelecido pela lei e assim por diante³²². O jusrealista poderia responder a isso invocando o fato de que interpretações policiais e administrativas podem ser modificadas por decisões judiciais, que ao final sempre prevalecem sobre qualquer outra “interpretação”. Porém, decisões judiciais também podem ser modificadas no tempo, inclusive decisões finais de Cortes Supremas, o que evidenciaria, nessa resposta, uma aplicação inconsistente do critério da modificação ou provisoriedade apenas em desfavor das interpretações *não judiciais*, quando deveria equanimemente aplicá-lo também às interpretações *judiciais*.

4.1.9 Há dispositivos legais cujo conteúdo claramente se opõe à tese cético-voluntarista

Ainda que dotados daquela relativa indeterminação de que tanto se falou até agora, certos enunciados normativos, alguns inclusive de índole constitucional, têm sentidos claros que desmentem, eles mesmos, a tese radical do ceticismo segundo a qual textos “nada dizem”. Não deixa de ser curioso – e até irônico – que o ceticismo voluntarista, ao menos em suas versões mais fortes, seja dito como falso não apenas por argumentos jusfilosóficos, mas inclusive pelos próprios textos normativos que ele tanto qualifica – assim sem mais – de “indeterminados”.

Seguem alguns exemplos particularmente eloquentes a esse respeito:

a) O art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 – estabelece o seguinte: “Ninguém se escusa de cumprir *a lei*, alegando que não *a* conhece.”. O substantivo “lei” e o pronome “a” atestam que o conhecimento aí exigido diz respeito ao conteúdo *da lei* – e não, como seria necessário à descrição cética, ao conteúdo *das normas jurídicas*, supostamente “criadas mediante interpretação” da lei. O dispositivo diz, então, com toda a clareza possível, que o que o Cidadão deve conhecer – ou aquilo que ele não pode dizer que não conhece – é *o resultado da atividade legislativa* (ou seja, *a lei*). Este é, portanto, o critério orientador por excelência da conduta social: a lei, tão somente. Nem se poderá argumentar que, ali onde se diz “lei”, deve-se ler “norma jurídica criada, seja por lei, seja por interpretação judicial”, pois a LINDB tem por

³²² Esse problema, aliás, não se resolve com o mero apelo à noção de que a Polícia, o Executivo e o próprio Povo também seriam “intérpretes” e, por isso, “criadores de normas gerais”, pois não faria sentido descrever uma prisão em flagrante delito como dizendo respeito a um delito “criado interpretativamente” pela própria autoridade policial no ato mesmo em que efetua a prisão; também não faria sentido descrever a interpretação administrativa de uma lei tributária como sendo o fator que realmente criou a norma instituidora do imposto em questão, considerando o princípio da legalidade estrita exigida para isso.

objeto a lei em sentido estrito e formal, e não em sentido amplo e material, tanto que trata de assuntos que só podem ser relativos ao primeiro, como vigência temporal e espacial, critérios de colmatção de lacunas, cânones de interpretação *etc.*

b) O art. 5º, II, da Constituição tem a seguinte redação: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude *de lei*”. Novamente, o Legislador (Constituinte, aqui) diz com todas as letras que o único tipo de decisão político-estatal capaz de gerar obrigações e proibições na conduta social é *a lei*, não fazendo a mais mínima referência a “*normas jurídicas*”, muito menos “*normas criadas judicialmente, mediante interpretação*”.

c) O art. 5º, XXXIX, da Constituição estabelece que “não há crime sem *lei* anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação *legal*”. Aqui, a referência à lei em sentido estrito é feita de forma não só clara como inclusive *dupla*, quase redundante, tamanha a importância e a ênfase que o Constituinte dá à lei enquanto única modalidade de decisão político-estatal capaz de criar tipos penais e suas respectivas penas. De novo, a clareza do texto não deixa qualquer dúvida quanto à sua única interpretação possível: não há “normas jurídicas” tipificadoras de crimes e estabelecedoras de penas que possam decorrer de “interpretação” de “meros textos indeterminados” – nem mesmo se se tratar da “interpretação autoritativa” dos Tribunais. Isso é reforçado pelo art. 5º, XLVI, da Constituição, segundo o qual “*a lei* [é que] regulará a individualização da pena”.

d) O art. 5º, LIV, da Constituição dispõe uma garantia fundamental dos Cidadãos contra o Estado: a de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo *legal*”. O processo de que fala a Constituição, enquanto garantia individual em face do Estado, é estabelecido *pela lei* – não por quaisquer “normas interpretadas”, seja lá por quem for. Apenas *a lei*, no sentido mais estrito do termo, é capaz de estabelecer normas processuais, já que, através do processo, os Cidadãos poderão perder bens ou a própria liberdade.

Nota-se, assim, a obstinada frequência com que o Constituinte emprega o termo “lei”. Além dos dispositivos referidos acima, só no art. 5º, o termo é referido no *caput* e nos incisos VI, VII, VIII, XII, XIII, XV, XVIII, XXIV, XXVI (duas vezes), XXVII, XXVIII, XXIX, XXXI (duas vezes), XXXII, XXXIII, XXXV, XXXVI, XXXVIII, XL, XLI, XLII, XLIII, XLV, XLVI, LI, LVIII, LX, LXI, LXVI, LXXVI, LXXVII, LXXIX, fora termos aparentados como “ilegal”, “ilegalidade” *etc.* Não há qualquer dúvida possível quanto ao fato de que, segundo o desenho constitucional, a instância criadora de normas, por excelência, é o Poder Legislativo.

A propósito, essa ênfase quase excessiva do texto constitucional no termo “lei”, enquanto decisão político-estatal capaz de criar normas gerais regentes da conduta social, confirma ou reforça o argumento dado acima (tópico 4.1.6) de que uma coisa é a “lei”, enquanto

decisão político-legislativa, e outra é o “texto legal”, enquanto seu registro signo-linguístico. Reiterando o que lá foi dito: não se pode adotar um binarismo simplório entre “texto normativo” e “norma”, pois isso não esgota a realidade jurídica em toda a sua complexidade; é preciso que sejam levadas na devida conta diversas outras categorias, todas distintas entre si e todas distintas do conceito de “norma jurídica”, como: *i)* lei (ou decisão legislativa), *ii)* texto legal (seu registro linguístico), *iii)* decisão judicial e *iv)* texto judicial. Levando em conta essas distinções e essa taxonomia algo mais matizada, fica evidente, em virtude da repetição incessante que faz do termo “lei”, que o Constituinte reserva ao Poder Legislativo um espaço institucional marcadamente privilegiado – senão exclusivo, ou quase – para a criação das normas gerais e abstratas.

Aliás, segundo o que se pode razoavelmente depreender dos dispositivos acima citados, as ditas “normas implícitas” também não se confundem com o conceito de “lei”. Portanto, ou a norma apontada pela decisão já existia *no ordenamento positivo, legislado*, ou então ela não era exigível do cidadão, nem em termos de obrigação (CR), nem tampouco em termos de mera ciência (LINDB), por razões óbvias.

4.1.10 O Juiz não cria normas tal como o Legislador o faz: as diferenças irredutíveis entre a atividade judicial e a legislativa, enquanto teste epistêmico derradeiro

Embora alguns teóricos considerem, de forma mais ou menos consciente e explícita, que a “norma judicial” é norma no *mesmo sentido* que a “norma legal”³²³, fato é que existem *muitas diferenças relevantes* entre ambas (se é que a primeira é mesmo uma norma, no sentido geral e abstrato conferido ao termo por seu uso mais relevante), sejam elas diferenças de natureza, de grau, de finalidade, de procedimento *etc.*

Que o Juiz tem certo modo legítimo e grau razoável de poder nomopoiético, não há – nem talvez jamais tenha havido – qualquer dúvida razoável, a começar pelo fato indisputado de que a norma de decisão (isto é, a norma *individual e concreta*) sempre foi reconhecida como

³²³ Por exemplo: “Por outro lado, a ‘norma judicial’ é considerada uma norma jurídica no sentido pleno da palavra. O resultado da criação judicial do direito é, em todo caso, uma norma que o juiz adota como premissa maior para decidir sobre os fatos que lhe são submetidos; esta norma é também um direito positivo ‘válido’”. No original: “*Auf der anderen Seite wird die ‘richterrechtliche Norm’ als Rechtsnorm im vollen Wortsinn betrachtet. Das Ergebnis richterlicher Rechtschöpfung sei in jedem Fall eine Norm, die der Richter als Obersatz herausstelle, um unter ihr den gegebenen Sachverhalt zu entscheiden; auch diese Norm sei positives geltendes Recht*” (KNITTEL, Wilhelm. *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung: Eine Untersuchung zum deutschen und US-amerikanischen Recht*, p. 11).

um dos resultados da decisão judicial. Além desse sentido bastante óbvio de criação normativa pelo Juiz (cujo resultado é tão somente a norma de resolução dos casos concretos), há também – e talvez sempre tenha havido – ampla concordância quanto ao fato de que textos normativos não são suficientes à resolução de todo e qualquer caso, em virtude da existência de lacunas e antinomias (o que era de sabença mesmo na época da mais firme aplicação exegetico-formalista do Direito), ou devido ao caráter relativamente indeterminado da linguagem natural (a “moldura” de sentidos, segundo Kelsen, e a “textura aberta”, segundo Hart). Tais “insuficiências” dos textos normativos haveriam de ser superadas pela “proficiência” metodológica do Juiz, que pode ser descrita de formas bastante diferentes: ou **a)** como compatibilização sistemática do próprio Direito positivo, sem criação normativa no sentido forte, geral e abstrato da expressão (técnicas de solução de antinomia e supressão de lacunas), ou **b)** como prospecção inferencial de normas implícitas no ordenamento jurídico, ou **c)** como criação normativa secundária, intersticial, com base na discricionariedade atribuída ao Juiz, explícita ou implicitamente, pelo próprio Legislador *etc.*

Resta, então, investigar *o que* exatamente faz o Juiz, quando trabalha nesta zona de relativa indeterminação normativa e *em que sentido e grau* ele, em tese e nesses casos, “cria normas”, segundo se usa dizer. Basicamente, pode-se entender que, em tais hipóteses: **a)** o Juiz *escolhe qualquer das várias possibilidades*, quando estas são ou parecem ser igualmente aceitáveis, tudo em função da sua *vontade*: atuaria ele, então, com “discricionariedade”, no sentido estrito e técnico do termo, alusivo à prerrogativa de o seu titular delegadamente escolher entre possibilidades equivalentes; ou **b)** de todas as possibilidades interpretativas oferecidas por certo enunciado normativo, o Juiz *elege apenas e estritamente* aquela que ele, mediante fundamentação racional idônea e suficiente, se esforça por demonstrar como sendo *a mais adequada* (ou como *a única adequada*), em função de *exigências* estabelecidas por outras normas do sistema ou, no limite, por outros materiais justificativos (costumes, jurisprudência, doutrina, razão prática, dados históricos, econômicos, políticos, éticos, psicológicos *etc.*).

Note-se que, nesse último sentido, o que a relativa indeterminação dos textos normativos implica não é uma liberdade subjetiva e arbitrária de decidir, mas sim e apenas um *aumento da complexidade decisória* decorrente da *ampliação dos materiais justificativos eventualmente necessários à fundamentação da decisão*. Portanto, não basta que se aponte para essa zona de relativa indeterminação para se chegar, precoce e exageradamente, à conclusão de que os Juízes *sempre decidem* ou, pior ainda, que eles *têm inclusive a prerrogativa de decidir* como quiserem. Há mil-e-uma ressalvas, distinções e refinamentos a serem feitos para a correta e nuançada

compreensão do que é, exatamente, esta zona de relativa indeterminação e de como ela *é* ou *deve ser* resolvida, quando da resolução dos casos concretos.

É perfeitamente possível, então, reconhecer que o ofício jurisdicional não é meramente mecânico (como queria o formalismo exegético), mas sem precisar abraçar qualquer concepção que negue as profundas e vincadas diferenças entre ele e o ofício legislativo (como acaba fazendo o jusrealismo, ao menos em algumas de suas vertentes). A tese defendida neste trabalho está comprometida com a noção, de resto muito intuitiva, de que Legisladores e Juízes *estão fazendo coisas muito diferentes*³²⁴ e, mesmo na zona cinzenta entre seus respectivos ofícios (pois zonas cinzentas sempre existem entre quaisquer conceitos, não devendo espantar o fato de que elas existem também aqui), uns e outros estão fazendo coisas *de formas* muito diferentes, *em graus* muito diferentes e *com finalidades* muito diferentes, o que inclusive se evidencia pelo fato de que os *requisitos* e as *condições do exercício* de cada uma dessas atividades serem, também eles, muito diferentes entre si. No máximo, o que se pode dizer, aliás muito trivialmente (pois não significará quase nada), é que ambos os ofícios são espécies do gênero “criação do Direito”, o que, contudo, não diminui em nada as diferenças muito profundas e marcadas que existem entre eles³²⁵.

Decisões judiciais (inclusive quando constituem precedentes vinculantes³²⁶) só “criam normas” no sentido bastante *sui generis* e deflacionado de que *i)* idealmente, casos semelhantes devem ser julgados semelhantemente, na medida de sua semelhança (*tutela da igualdade*), e no de que *ii)* não é razoável que a vedação de se alegar desconhecimento das normas jurídicas valha também para as normas implícitas ou, pior ainda, para as normas judicialmente criadas quando do julgamento do caso (*tutela da confiança*). Em outras palavras, só se pode dizer que

³²⁴ “A função da interpretação jurídica não é susceptível de ser elucidada apenas com base na reflexão filosófica sobre a natureza da compreensão e da interpretação ou a partir das teses sobre a indeterminação semântica das linguagens naturais: ela supõe, igualmente, considerações sobre o carácter institucionalizado da interpretação jurídica e o princípio da separação dos poderes, nomeadamente o reconhecimento da diferenciação funcional entre a legislação e a função jurisdicional” (LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, p. 95).

³²⁵ Nesse sentido: **a)** “Isto [o carácter ativo e criativo do ofício jurisdicional] não significa, porém, que [os Juízes] sejam legisladores. Existe realmente [...] essencial diferença entre os processos legislativo e jurisdicional” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 74); e **b)** “Mesmo que legislador e juiz sejam, conscientemente, criadores do direito, fazendo-se assim reconhecer abertamente pelos cidadãos, o modo de formação legislativa do direito é (deve ser) reconhecido como fundamentalmente diverso daquele da formação jurisdicional” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 130).

³²⁶ Aliás, a respeito dos precedentes vinculantes, o ceticismo parece deixar sem resposta o fato de que, embora possam parecer “normas instituídas judicialmente”, eles mesmos acabam por ser inevitavelmente objetos de interpretação posterior pelos Juízes dos casos subsequentes. Então, por que não aplicar aos precedentes o mesmo raciocínio cético-voluntarista geralmente aplicado à lei e, então, concluir coerentemente que quem cria as normas jurídicas não são os Tribunais ao editar seus precedentes, mas, a rigor, os Juízes que os interpretam para ver se os aplicam ou não aos casos concretos submetidos à sua jurisdição?

parâmetros decisórios judiciais são “normativos”, porque pessoas em situações semelhantes devem ser tratadas semelhantemente (*princípio da igualdade*) e porque não seria justo que normas explicitadas ou criadas apenas quando da interpretação judicial fossem exigidas ou aplicadas retroativamente (*princípio da segurança jurídica e da irretroatividade das normas*). Isso é muito diferente do sentido forte, político, geral e abstrato que se atribui, de praxe, ao termo “norma jurídica”, segundo o qual a autoridade competente para criá-las pode, por isso mesmo, modificar direitos, estabelecer tributos, criar tipos penais e assim por diante, como o Parlamento pode e tipicamente faz – e como os Juízes não podem fazer jamais.

Isso significa que, talvez, só se possa dizer que Tribunais e Juízes “criam normas” num sentido paradoxalmente *não normativo*, porque *puramente factual e contingente*, isto é, no sentido de que, depois da decisão, ela acaba por ser obedecida pelas pessoas por razões quaisquer (e geralmente por razões puramente estratégicas, é preciso dizer), e não no sentido de que o padrão obedecido constituía verdadeiramente um comando deôntico estabelecido por uma autoridade política competente para estabelecê-lo. Ora, o que faz com que uma norma seja uma norma *não é* o fato – estatístico e acidental – de que ela é simplesmente obedecida no campo empírico, factual. Como já visto acima, Kelsen demonstrou bem que normas *podem ser desobedecidas*, sem que por isso deixem de ser o que são. O que faz com que elas sejam normas é a autoridade da qual emanam e as formas procedimentais adequadas à sua promulgação, e não o mero fato de os seus destinatários lhe darem cumprimento, ainda que de modo escrupuloso e até generalizado.

É verdade que decisões judiciais – sobretudo os precedentes vinculantes – são padrões; mas esses padrões devem ser seguidos *pelos órgãos estatais* (jurisdicionais e não jurisdicionais), não tanto *pelos Cidadãos*³²⁷ – mesmo que, muito provavelmente, estes de fato acabem por lhes dar cumprimento, por saberem, afinal, que eventuais casos judiciais nos quais se envolvam provavelmente serão julgados com base neles. Tais “normas” são, em outras palavras, padrões *interpretativos*, não *deônticos*; e, por isso, o seu cumprimento decorre mais de uma noção estratégico-estatística de que, se houver caso judicial, elas acabarão por ser impostas e não haverá o que fazer, do que propriamente de um senso de obrigação tal como o que é gerado pela lei, num sentido muito similar ao sentido interno das normas, de Hart.

³²⁷ Não deixa de ser relevante, a esse respeito, que o Constituinte, no art. 102, § 2º, da CR, estabeleceu que “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, *relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.*”.

Em sistemas como o nosso, é o Legislador quem pode estabelecer os *critérios axiológicos fundantes* das normas jurídicas gerais. Juízes, mesmo quando elegem um dos sentidos possíveis para um princípio genericamente formulado no ordenamento positivo, estão se embasando em algo que, por mais genérico que seja, foi estabelecido pelo Legislador. Juízes não podem simplesmente estabelecer, muito menos pioneiramente, valores de seu agrado para que sirvam de fundamento justificativo a determinado padrão deontico que queiram impor (mandatório, proibitivo ou permissivo). É muito claro que, se pudessem fazê-lo, não haveria motivo para que não o fizessem *abertamente*; e isso, todavia, não ocorre – pelo menos não ocorre em geral; ou pelo menos não ocorria até há bem pouco tempo³²⁸.

Isso tudo significa que, enquanto a nomopoiese legislativa o é em sentido próprio, por ser *intencional, volitiva, política*, a judicial o é apenas em sentido impróprio, por ser *acidental, involuntária, jurídica*. Em termos menos técnicos, Juízes só criam normas gerais “por assim dizer”, “na falta de palavra melhor”, ao melhor estilo “digamos assim”. A normatividade dos padrões deonticos legislados destina-se a regular a sociedade, em vista de fins axiologicamente selecionados (políticos, morais *etc.*); já a “normatividade” (a rigor e em verdade, o caráter vinculante) dos padrões decisórios judiciais não tem a finalidade direta de tutelar os bens jurídicos protegidos pela lei, almejando algo de essencialmente diferente: a tutela da igualdade (pois casos semelhantes exigem, por imperativo claro de justiça, julgamentos semelhantes) e da confiança ou segurança jurídica (pois a exigibilidade de normas implícitas ou inexistentes até a sua suposta “criação judicial” frustra as legítimas expectativas normativas da sociedade nos poderes constituídos e na aplicação dos padrões normativos emanados pelo Estado). Posta nesses termos, a “vinculatividade” das decisões judiciais, mesmo que se trate de precedentes vinculantes, revela-se como uma característica que *só muito de longe* se parece com a “criação de normas gerais e abstratas”, sendo melhor descrita como a característica que faz com que algumas decisões judiciais, por serem tomadas de forma colegiada e dotadas de fundamentação especialmente qualificada, sejam consideradas como parâmetros decisórios vinculantes a todos os casos semelhantes, mas isso apenas em função da necessidade de se tutelar a igualdade e a segurança jurídica, e não em função de qualquer competência judicial para criar, politicamente, normas gerais e abstratas.

³²⁸ Como se verá na seção dedicada aos testes pragmáticos (seção 4.3), isso talvez se deva ao *encorajamento prático* gerado pelo amálgama teórico entre jusrealismo e juspragmatismo, que se tornou demasiadamente recorrente no Brasil, se é que já não se trata de um consenso bastante majoritário.

Ora, se o Juiz, ao *escolher juridicamente* uma das interpretações possíveis de um enunciado normativo, precisa refutar as outras possibilidades (sob pena de não fundamentar de forma suficiente e idônea a sua decisão), então é porque só há uma solução correta – ou ao menos preferencial – oferecida pelo sistema. Inversamente, se se admitisse que o Juiz cria normas gerais, *escolhendo politicamente* uma das várias possibilidades oferecidas pelas molduras legais, então não haveria por que exigir dele que, ao fundamentar sua decisão, refutasse as outras possibilidades “interpretativas”, já que “tanto faz”. Então, de duas, uma: ou o Juiz deve fundamentar de forma dialética (e nesse caso sua decisão não é propriamente fruto de uma *escolha política*, mas da *imposição jurídica* da alternativa que sobra depois das refutações que faz – e que deve fazer – em sua fundamentação), ou ele não precisa fazê-lo, por absurdo (e só nesse caso é que a sua atividade poderia ser, realmente, criadora de normas gerais mediante escolhas político-axiológicas).

Além disso e a propósito da distinção entre as abordagens *descritiva* e *prescritiva* da “criação judicial de normas”, seria preciso ainda observar o seguinte: o fato de que Juízes eventualmente *criam* normas – no âmbito da pura *facticidade*, ou seja, no sentido de que eles as criem *de facto*, significando isso apenas o fato de que seus comandos decisórios simplesmente *acabam mesmo por prevalecer* em termos causais, factuais, eficaciais – não basta para que se afirme que Juízes, só por isso, têm esta *prerrogativa* – no âmbito da juridicidade (*de jure*). Dito de outro modo, afirmar ou sugerir que daquele *fato* se segue esta *prerrogativa* consiste em um expediente argumentativo claramente vicioso (falácia do tipo *non sequitur*)³²⁹.

É óbvio que um Juiz, valendo-se de sua condição autoritativa, pode – factualmente – desconsiderar uma norma existente e válida (digamos, a “norma X”) e aplicar a um caso concreto, como que “na força bruta”, as consequências fáticas previstas por uma norma que não existe, pois não foi constituída antes por qualquer autoridade legitimada a fazê-lo (digamos, a “norma Y”). Porém, dessa possibilidade – aliás trivial, porque puramente factual – *não se segue* que a “norma X” tenha deixado de existir, nem que a “norma Y” tenha passado a existir só porque determinado Juiz decidiu *como se ela existisse*; consequentemente, *também não se segue* daí que a única (ou a melhor) descrição justeórica dessa decisão seja a de que o Juiz, ao

³²⁹ A esse respeito, Carlos Blanco de Moraes, referindo-se ao pensamento de John Hart Ely em “*Democracy and Distrust*”, escreveu o seguinte: “O autor considera absurdo que os juízes adjudiquem os seus valores, cuja fonte de determinação se desconheceria, à sentença, já que tal potencia uma subjetividade e uma incerteza incompatíveis com o Direito. A realidade (a de que muitos juízes procedem à referida adjudicação) não pode ser transformada num dever ser, ou seja, num imperativo hermenêutico” (MORAIS, Carlos Blanco de. As “ideologias da interpretação” e o Ativismo Judicial: o impacto das “ideologias da interpretação” nos princípios democrático e da separação de poderes, *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, 2016, v. I, p. 277).

“interpretar” os materiais linguístico-normativos, tenha revogado a “norma X” e criado a “norma Y”. É bem possível – e aliás muito mais intuitivo – dizer que nesse caso o Juiz *simplesmente errou*, que a “norma X” nunca deixou de existir e que a “norma Y” jamais chegou a ser constituída, nem pelo Legislador, nem pelo Juiz. O que aconteceu, apenas e em outros termos, foi que o Juiz – não importa com que requintes de criatividade argumentativa – desconsiderou uma norma existente (a “norma X”) e inventou uma norma inexistente (a “norma Y”) para ser aplicada – retroativa e arbitrariamente – em seu lugar.

Aliás, o Juiz que procede assim exerce mal a sua função jurisdicional, que então se degenera em uma verdadeira *disfunção*, já que sua atividade não é constitucionalmente vocacionada à criação de normas gerais e abstratas mediante opções políticas, mas à interpretação dos textos normativos e das normas criadas pela autoridade legítima, mediante raciocínios lógicos e jurídicos, tudo com vistas à sua aplicação a fatos aferidos mediante instrução probatória. Não se desconhece a circunstância de que, em certos casos, tais raciocínios (lógico-jurídicos) não bastam para a interpretação linguístico-normativa. Porém, mesmo nesses casos (chamados “difíceis”), quando o Juiz faz aquilo que a descrição jusrealista chama de “criação de normas”, ele o faz – ou pelo menos deve(ria) fazê-lo – de modo *radicalmente distinto* do empregado pelo Legislador. É que do Juiz se espera, repita-se, não que tome decisões *políticas* entre possibilidades normativas equivalentes, mas que tome decisões *jurídicas* entre possibilidades normativas *não* equivalentes, o que significa que ele deve demonstrar, na fundamentação de suas decisões, que a possibilidade interpretativa adotada em cada caso é a única (ou a melhor) possível em vista dos materiais linguístico-normativos vinculantes, para o que é necessário que ele os considere da forma mais ampla, consistente e sistemática que puder.

E de fato a atividade legislativa e a jurisdicional – conquanto integrem, ambas, as práticas jurídicas muito genericamente consideradas – são *muito diferentes entre si*, quer quanto aos meios, quer quanto às finalidades, quer quanto à forma procedimental, quer quanto a diversos outros fatores³³⁰ que serão assinalados nos itens a seguir:

a) Quanto à *iniciativa nomopoiética*, um Parlamentar pode dar início a processos legislativos que implicarão a criação de normas; em contraste, um Juiz é *inerte*, não podendo exercer sua atividade – seja lá qual for a sua melhor descrição: se subsunção, se criação de

³³⁰ “O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do *grau de criatividade* e dos *modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciais” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?*, p. 21).

normas *etc.* – a não ser que alguém distinto do próprio Juiz (parte, Ministério Público *etc.*) instaure algum processo (art. 2º do CPC).

Dizendo o mesmo de outro modo, Juízes não podem funcionar *sem casos judiciais*; e estes, por sua vez, não podem ser instaurados *pelo próprio Juiz* que os resolverá. Isso já demonstra uma diferença muito relevante entre as duas atividades: se a atividade judicial – mesmo a desempenhada pelos Tribunais Constitucionais – fosse mesmo destinada a criar normas jurídicas a partir de escolhas político-volitivas, então nada explicaria o porquê de a sua atividade ser *tolhida de iniciativa*, ou seja, de depender do rompimento de sua inércia por ato de terceiro. Atividades políticas devem ser – precisam ser – dotadas de iniciativa, sob pena de se gerar um grave estado de omissão legislativa; a seu turno, atividades judiciais devem ser – precisam ser – destituídas de iniciativa, sob pena de se gerar um estado ainda mais grave de coisas, pautado pelo despotismo que inevitavelmente decorreria da ausência de imparcialidade e de legitimidade democrática.

Portanto, não parece exata a descrição da atividade judicial – mesmo aquela, mais complexa, que os Juízes devem dispensar aos chamados “casos difíceis” – como uma atividade que teria a mesma finalidade institucional do Legislativo: a de criar normas gerais a partir da eleição de comandos deontológicos exigidos por determinado conjunto de valores. Isso porque, se tivessem realmente a mesma finalidade (criação de normas gerais), nada explicaria que, “já na largada”, ambas as atividades fossem tão fortemente diferentes em relação ao binômio *iniciativa versus inércia*.

b) Quanto à *capacidade institucional*, o Juiz é, em princípio, muito menos “equipado” que o Legislador para aferir aspectos *não-jurídicos* necessários à normatização de determinado tema (assuntos econômicos, sociais, políticos, morais *etc.*)³³¹. E faz sentido que seja assim, já que a atividade judicial é institucionalmente voltada sobretudo ao acerto *jurídico* de casos

³³¹ “A terceira e mais importante limitação ou ‘debilidade’ do direito judiciário deve ser considerada com a maior seriedade. Ela foi reconhecida, a juízo de muitos, na possível *incompetência institucional* da magistratura para agir como força criadora do direito. Segundo essa opinião, o juiz seria um caprichoso criador do direito, pessimamente equipado para a tarefa. Seria ele, enfim, na sarcástica definição de Lord Devlin, ‘um legislador aleijado’. Efetivamente, para a criação do direito fazem-se necessários instrumentos que não estão à disposição dos tribunais e ‘em muito ultrapassam o simples conhecimento do direito existente e como este se realiza’. Os juízes, segundo este entendimento, não têm possibilidade de desenvolver pessoalmente o tipo de investigações requeridas para uma obra criativa, que não podem se limitar às leis e aos precedentes, e envolvem problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos; não dispõem sequer dos recursos, inclusive financeiros, mediante os quais os parlamentos, comissões legislativas e ministérios estão em condições de encarregar terceiros para efetuar pesquisas que, freqüentemente, nem os legisladores e administradores saberiam desenvolver por si mesmos” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, pp. 86-87).

concretos e, mesmo quanto à resolução de questões propriamente normativas, tal resolução se dá – ou deve(ria) se dar – em função de critérios precipuamente *jurídicos*, não *políticos*.

A expressão “capacidade institucional” se tornou célebre em virtude da formulação que lhe fizeram Cass Sunstein e Adrian Vermeule, em seu conhecido artigo³³², reiteradamente citado em debates sobre constitucionalismo e interpretação jurídica. Em tal formulação: *i)* a categoria “capacidade institucional” diz respeito às habilidades, recursos e possibilidades que as várias instituições (Judiciário, Congresso, Administração, Agências Reguladoras *etc.*) têm concretamente (*dimensão descritiva e intrainstitucional*); e *ii)* ao inventário comparativo das capacidades institucionais segue-se a proposição muito intuitiva de que, preferencialmente, decisões não devem ser tomadas senão pela instituição que tenha a maior capacidade para oferecer respostas a determinados tipos de perguntas ou problemas (*dimensão prescritiva e interinstitucional*)³³³.

Nesse contexto, a correta percepção dos limites próprios das capacidades institucionais do Poder Judiciário geralmente vem acompanhada da consciência de que, em relação a problemas de ordem metajurídica (moral, política *etc.*), convém que o Juiz adote uma postura de autocontenção e minimalismo³³⁴.

Por essa razão, tanto em termos de *finalidade institucional* quanto, conseqüentemente, em termos dos *instrumentos concretos* que lhes estão respectivamente disponíveis, a atividade judicial tem, em geral, uma *menor qualificação* do que a atividade legislativa para discutir e

³³² SUNSTEIN, Cass Robert; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”, *Michigan Law Review*, v. 101, pp. 885-951, fev. 2003.

³³³ A ideia de pensar a decisão jurídica de modo atrelado ao desenho institucional dos vários órgãos integrantes do Estado, porém, não é exatamente nova: como advertem Diego Werneck Arguelles e Fernando Leal, essa teoria já encontra antecedentes em Lon Fuller e Frederick Schauer, além de, no Brasil, contar com desenvolvimentos feitos por Noel Struchiner. Sobre a importância de Schauer, como antecedente da teoria das capacidades institucionais: “O trabalho de Frederick Schauer também pode ser considerado fundamental para a abertura das discussões sobre a importância de se pensar teorias da decisão jurídica (mais especificamente, modelos de tomada de decisão baseados em regras) como mecanismos de alocação de poder entre instituições. Schauer talvez seja, por isso, o primeiro a justificar a interdependência entre as questões ‘como decidir?’ e ‘quem decide?’, sendo inclusive citado como referência intelectual central por Vermeule (2006)” (ARGUELLES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, pp. 6-50, jan./jun. 2011).

³³⁴ Esse raciocínio foi expressamente adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Extradicação 1.085 e da Reclamação 11.243, ambas concernentes à extradicação de Cesare Battisti. Do voto do Ministro Luiz Fux, disponível no *site* da Corte, extrai-se o seguinte trecho, em tudo pertinente aqui: “O Supremo Tribunal Federal, além de não dispor de competência constitucional para proceder a semelhante exame [do contexto político atual e de possíveis perseguições contra o extraditando], carece de capacidade institucional para tanto. Aplicável, aqui, a noção de ‘institutional capacities’, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule”. E o voto arremata: “o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior”.

decidir fatores extrajurídicos. Desse modo, não seria sensato atribuir, pelo menos não de forma assim tão fácil ou precoce, poder nomopoiético ao Judiciário.

É certo, por outro lado, que essas insuficiências de capacidade técnico-institucional vêm sendo supridas no Judiciário, com a adoção de procedimentos que cada vez mais as têm mitigado: sempre houve as perícias, os pareceres técnicos, a intervenção dos *amici curiae*, mas, de uns tempos para cá, além da ampliação e do fortalecimento de tais recursos, têm sido cogitados inclusive novos tipos de procedimento (como o chamado “processo estrutural”, por exemplo). Porém, mesmo considerando esse incremento das capacidades institucionais do Judiciário, fato é que as diferenças entre a atividade legislativa e a judiciária não deixaram de existir nem de ser bastante profundas e marcadas³³⁵.

Também não se nega que os Tribunais passaram a absorver novas funções, com o decurso do tempo histórico e com as mudanças dos arranjos institucionais concretos, inevitavelmente cambiantes. A ampliação e o fortalecimento dos direitos fundamentais e a incorporação de valores nas Constituições exigiram maior controle judicial sobre a crescente legislação, o que tornou inevitável que os Juízes – pelo menos os Juízes Constitucionais – passassem a exercer algum tipo e grau de legiferação, ainda que apenas de modo negativo. Contudo, há sempre algum limite a partir do qual uma instituição (no caso, o Judiciário) deixa de ser o que é e sempre foi para se tornar outra coisa; e, mais do que isso, sempre há um limite a partir do qual a modificação dessa instituição não apenas a fará diferente do que sempre foi como a tornará perigosamente semelhante a outras instituições, com as quais passará a disputar poder³³⁶. Por maiores que sejam as zonas de intercâmbio, concorrência, reciprocidade e exercício compartilhado do poder legislativo-normativo, essas nunca serão grandes o suficiente para neutralizar as profundas diferenças institucionais que existem entre o Judiciário e o Legislativo, a não ser que se esteja, já, diante de uma descaracterização completa do Estado tal como o conhecemos.

³³⁵ Destaquem-se os seguintes trechos, aqui pertinentes: **a)** “Esse processo, de outra parte, não será e nunca deverá ser levado ao ponto de suprimir as profundas diferenças institucionais existentes entre os órgãos judiciários, de um lado, e os assim chamados ramos políticos de outro” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 90); e **b)** “Existe um limite às inovações que os tribunais podem absorver sem deixar de ser tribunais” e “[...] o perigo é que os tribunais, desenvolvendo a sua capacidade de melhorar aquela que é a atividade própria a outras instituições, terminem por se tornar muito semelhantes a essas” (HOROWITZ, Donald L. *The Courts and Social Policy*, p. 298, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 90).

³³⁶ Nesse sentido, disse Donald L. Horowitz, em seu “*The Courts and Social Policy*”, citado por Mauro Cappelletti: “[...] existe um limite às inovações que os tribunais podem absorver sem deixar de ser tribunais”, de modo que “o perigo é que os tribunais, desenvolvendo a sua capacidade de melhorar aquela que é a atividade própria a outras instituições, terminem por se tornar muito semelhantes a essas” (*apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 90).

c) Quanto à *legitimidade democrática*, o Legislador, justamente por ser o titular preferencial do poder de criar normas gerais, depende de legitimação pelo *voto popular* e está sujeito ao controle externo exercido pelos dois outros Poderes de Estado: pelo Executivo, através do *poder de veto presidencial*; e pelo Judiciário, através das *técnicas de controle de constitucionalidade*.

É prudente que assim seja: o poder de criar normas gerais é o poder de estabelecer obrigações e proibições sob pena de sanções, algumas especialmente graves, como a pena restritiva de liberdade. Por isso mesmo, um tal poder, para ser legítimo, tem necessariamente de, entre outras coisas, ser limitado e condicionado pelos demais Poderes.

Levando isso em conta, a observação de que a atividade judicial, em geral, não está sujeita a esse tipo de controle externo admite a inferência de que, se é assim, então é porque ela não deve ser vocacionada, a não ser em casos excepcionalíssimos, a criar normas gerais que ela mesma aplicará com o uso da violência estatal. Em termos mais simples: se decisões judiciais – sobretudo as tomadas pelas Cortes Constitucionais – não dependem de legitimação por voto, não se sujeitam ao veto presidencial e não podem ser controladas diretamente por outros Poderes, então disso se segue que elas *não criam nem podem criar normas gerais* – pelo menos não de forma suficientemente democrática³³⁷. Caso criassem, isso geraria uma distorção irremediável no sistema de legitimação democrática e de equilíbrio reciprocamente supervisionados entre os Poderes, dois fatores que são importantes para muitas coisas, mas, sobretudo, justamente para a criação de normas gerais, por razões bastante óbvias.

Ora, a atividade judicial é menos perversa à influência popular do que a atividade legislativa e é, também, menos sujeita a controle externo³³⁸, o que significa, em termos menos teóricos e mais inquietantes, que ela *tende a se revestir de um aspecto despótico, autoritário*,

³³⁷ “O positivismo, especialmente com as vestes que lhe deram Hans Kelsen e H.L.A. Hart, apesar da inestimável contribuição à teoria do direito, chamou a atenção de ao menos parcela dos juristas para um fato incomodo [sic]: a discricionariedade não é compatível com a democracia, e se o direito quiser se pretender democrático, deve ser controlável” (ABBOUD, Georges. *Ativismo judicial: o perigo de se transformar o STF em inimigo ficcional*, p. 130).

³³⁸ “É da essência do Estado de Direito existirem controles para os atos dos órgãos detentores de poder, colocando-se os da administração pública sob o crivo da fiscalização do Legislativo, do Judiciário e da opinião pública, mediante o processo eleitoral, num sistema de representatividade e participação; também submetido a controles políticos e jurisdicionais está o Poder Legislativo; o Judiciário, entretanto, apresenta-se quase imune a controles políticos que resultado do processo eleitoral e revelam-se bem frágeis os que sobre ele são efetiváveis pelo Legislativo e pelo Executivo” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição, *Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, p. 142)

autocrático, pouco importando o quão “iluminista” e “esclarecida” ela se pretenda³³⁹, ou o quão melodiosas e agradáveis ao ouvido sejam as palavras usadas para expressar os fins que – real ou só nominalmente – dizem perseguir.

No mínimo, o que se haverá de reconhecer, nesse contexto, é que a atividade judicial, mesmo que seja descrita como “criadora de normas gerais”, só o poderá ser, mesmo, caso se desincumba de um elevadíssimo ônus argumentativo e caso seja muitíssimo restrito o seu “poder de escolha” entre alternativas supostamente equivalentes. Esse é um *mínimo* no sentido literal do termo e, como tal, é absolutamente *inegociável*: caso não seja satisfeito, nada poderá dissimular o fato incontestado de se tratar, já, de uma criação ilegítima de normas e, portanto, do exercício arbitrário do poder de Estado.

A questão da legitimidade democrática, aqui enfatizada, também tem relação com o princípio da separação dos Poderes, estabelecido pela Constituição (art. 2º), argumento já bastante conhecido nos debates relativos ao ativismo judicial, ao decisionismo voluntarista *etc.* E, ainda que o sistema de rígida separação dos Poderes (modelo francês) tenha de fato cedido – e siga cedendo – espaço ao sistema de controles recíprocos (modelo norte-americano), em que não só há *checks and balances* entre os Poderes, como também um exercício parcialmente compartilhado de atos legislativos, administrativos e jurisdicionais pelos três Poderes, nunca o exercício de função atípica por determinado Poder é feito do mesmo modo, no mesmo grau e com a mesma característica de preferencialidade com que a dita função é exercida pelo Poder que a exerce tipicamente. Pense-se, por exemplo, que o Poder Judiciário nunca poderá criar um imposto ou um tipo penal. Há, então, um sentido importante em que “*dizer o Direito*” (*jus dicere*) é distinto de “*fazer o Direito*”: nessa dicção, o que se diz é o que o Direito *já é* (e não como ele *será*). Apesar de todas as modificações de perfil institucional sofridas pelo Poder

³³⁹ O Ministro Luís Roberto Barroso, no *post-scriptum* de seu livro, já clássico, relativo ao controle de constitucionalidade, argumenta que o Juiz que tem razão tem-na independentemente de não ter recebido voto popular (“razão sem voto”) e atribui às Cortes Constitucionais um papel “iluminista” destinado a “empurrar a história”: “Para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel iluminista de empurrar a história quando ela emperra” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, p. 450). Em nota de rodapé a esse trecho e logo antes de reconhecer explicitamente que essa é “uma competência perigosa”, o Ministro destaca que, após seu debate com Oscar Vilhena Vieira, convenceu-se da necessidade de que essa mesma ideia fosse exposta de forma “mais autocontida”, ressaltando que, talvez, seja o caso de se dizer que iluminista, a rigor, é a Constituição, e não os Tribunais Constitucionais.

Judiciário ao longo do tempo, a sua função primordial é e continua sendo a de aplicar normas já constituídas pelo Legislador antes de cada caso julgado³⁴⁰.

d) Quanto à *qualificação dialético-quantitativa da colegialidade decisória*, é evidente que o Poder Legislativo dá ensejo a debates com muitos mais participantes e, portanto, que suas decisões são tomadas com maiorias muito mais substantivas do que as decisões dos colegiados judiciais (geralmente de três, cinco ou onze Juízes). Se a sabedoria popular ensina que “duas cabeças pensam melhor do que uma”, é possível extrair daí um princípio geral de que, quanto maior é o número de pessoas engajadas num debate, tanto maiores são as chances de que seja contemplado o maior número possível de argumentos e objeções, o que *qualifica* a decisão sobremaneira, ao menos potencialmente.

Considere-se, então, o fato de que a criação de normas gerais consiste exatamente na eleição de formas de dispor, organizar e hierarquizar determinados *valores* de modo a, com base nessa estrutura axiológica, estabelecer obrigações, permissões e proibições. Nos casos em que se discutem questões morais – sobretudo quando estas sejam razoavelmente controvertidas –, é especialmente delicada a tarefa de *tomar uma posição normativa*. Por isso mesmo, principalmente nesses casos, a definição e a estabilização normativa a respeito de valores (ou seja, a criação de normas gerais) é um processo decisório que deve se dar, primeira e principalmente, mediante técnica majoritária *de amplo quórum*, o que só é possível no Parlamento. Maiorias de quóruns exíguos – muitas vezes muito “apertadas”, como as não raras maiorias de 6 a 5 no Supremo Tribunal Federal –, ao contrário, não oferecem espaço amostral fidedigno para a tomada de decisões político-valorativas, ainda mais nos casos disputados, controvertidos, “difíceis”.

Ora, órgãos judiciais são muito menos numerosos que as assembleias parlamentares justamente porque o seu trabalho principal e majoritário é mais *técnico-jurídico* do que o do

³⁴⁰ Mesmo quando o Juiz diz qual é o Direito nos casos em que as normas não são *especificamente claras*, não é exato dizer que ele escolheu a interpretação que mais lhe agradou (isso em termos normativos, pois que em termos factuais essa possibilidade é óbvia e indisputada). Mesmo nesses casos, do ponto de vista prescritivo, normativo, é preferível e talvez mais exato – à luz do desenho institucional e constitucional da separação dos Poderes – dizer que o Juiz não *escolhe voluntariamente*, mas sim *elege inferencialmente* uma das várias possibilidades interpretativas oferecidas por determinado enunciado normativo: muito mais do que escolher a que seja mais condizente com a sua vontade pessoal ou mesmo política, o Juiz escolhe, por inferência, a que se lhe mostre, mediante justificação racional suficiente e proficiente, a possibilidade que é apontada *pelo próprio sistema jurídico integralmente considerado* (algo como uma “resposta correta” ou, pelo menos, a “melhor resposta possível”). Se, por exemplo, o enunciado normativo A admite as interpretações X e Y, mas apenas X é compatível com alguma norma – superior ou inclusive de mesmo grau hierárquico-normativo –, então o Juiz *deve eleger inferencialmente* a possibilidade X, não sendo exata a descrição de que ele *a possa escolher por preferi-la volitivamente*: essa não é uma das possibilidades inerentes à sua função, mas apenas uma disfunção, ainda que recorrente.

Parlamento, que é, por sua vez, mais *axiológico-político* e, por isso, mais livre quanto ao difícil ofício de dispor sobre valores nos quais se fundarão obrigações e proibições. Então, mesmo que em certos casos excepcionais, as Cortes se vejam obrigadas (pela inafastabilidade da jurisdição) a utilizar materiais valorativos para decidir qual deve ser a densificação de determinado texto normativo “indeterminado”, devem fazê-lo *a modo jurídico e em grau módico*, nunca *a modo político e em grau excessivo*.

Embora não seja *garantido* que decisões tomadas por mais decisores sejam mais acertadas, essa é uma presunção obviamente razoável e claramente adotada pelo desenho constitucional do Judiciário e do Legislativo, sobretudo porque essa questão quantitativa se reforça ainda mais quando se leva em conta a legitimação democrático-popular dos membros do Parlamento.

e) Quanto à *dinâmica jurídico-normativa*, o Legislador pode contrariar normas de mesmo grau hierárquico, mediante revogação por superveniência de lei mais nova ou mais especial, já que sua função é tipicamente política, o que envolve escolhas com maior grau de liberdade³⁴¹. Já um precedente (que é a decisão judicial que mais perto chega do ato de “criar normas gerais”), geralmente e em contraste, só pode não ser seguido em hipóteses de distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*); essa limitação não é enfrentada pelo Legislador, que pode simplesmente modificar uma norma antes legislada sem qualquer condicionante dessa natureza.

Essa diferença parece acusar outra, ainda: a de que o Juiz deve seguir o precedente não exatamente – ou não principalmente – porque ele “cria norma geral”, mas porque ele diz qual é o sentido correto de aplicação de uma norma a um tipo de casos, norma essa que foi editada por outro Poder, ao qual os Juizes estão vinculados. Ora, se a superação de um precedente tem eficácia retroativa é porque sua natureza é mesmo *declaratória* de como o Direito *já era*: caso a edição de um precedente fosse realmente a “criação” de uma norma, aos moldes legislativos, nada obstaria que, tal como no Parlamento, o Judiciário *simplesmente mudasse de ideia* e quisesse superar o precedente criando outra norma, em sentido diverso da anteriormente criada, sem precisar da ocorrência de superação, de distinção, e sem precisar se desincumbir de um

³⁴¹ A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha é firme no sentido de que “o vínculo do legislador é menos intenso, sua margem de ação é sempre bem maior que a dos órgãos jurisdicionais ordinários e da Administração” (MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, p. 120).

ônus argumentativo maior, como corretamente se exige, em geral, para a mudança de entendimento jurisprudencial.

Além disso, a eficácia retroativa da negação de um precedente (*overruling*) acusa também teor declaratório, não constitutivo. Afinal, por que é que o Juiz deveria seguir os precedentes judiciais, caso sua atividade fosse mesmo tão criativa a ponto de lhe permitir criar normas diferentes, diacronicamente, tanto quanto pode um Parlamentar propor mudanças legislativas a qualquer tempo? É da pretensão de *correção declaratória* – além da já comentada tutela da igualdade e da segurança jurídica –, em oposição à *criação constitutiva*, que parece decorrer a vinculação precedentalista.

Seja como for, fica aqui apontada mais essa diferença: enquanto o Legislativo é livre para alterar normas criadas anteriormente *sem depender de superação, distinção ou maior fundamentação*, o Judiciário só pode alterar entendimento vinculante (supostamente “criador de normas”, segundo a descrição cético-voluntarista aqui posta em xeque) *caso esteja satisfeita alguma dessas condições limitantes*, o que parece constituir um sintoma razoavelmente seguro de que é imprecisa a descrição da atividade judicial como igualmente nomopoiética à atividade legislativa.

f) Quanto ao *fator jurídico-cronológico*, as decisões judiciais, sobretudo porque majoritariamente afirmam que certas normas *já existiam antes da interpretação*, ostentam caráter retroativo³⁴² e, aliás, destinam-se justamente a regular coisas que já aconteceram, à luz de normas já anteriormente vigentes; as decisões parlamentares, ao contrário, insinuam-se para *frente*, são em regra *futuriças*.

Por isso mesmo é que a recente atribuição de caráter cada vez mais vinculante às decisões judiciais gerou a necessidade, sentida por todos, de que haja no mínimo a *modulação de efeitos* nos casos de alteração jurisprudencial, sobretudo quando súbita. Porém, a existência de modulação de efeitos não confirma a tese cético-voluntarista, já que não anula a diferença acima comentada, apenas a abranda ou busca remediar.

Para reiterar e resumir: a aplicação judicial do Direito é em geral retroativa *justamente porque consiste na aplicação de norma pré-existente*, enquanto a criação legislativa do Direito é em geral proativa *justamente porque consiste na criação de norma ainda inexistente*.

³⁴² “Em segundo lugar, a *alteração do precedente deve ter vocação retroativa*, isto é, o novo precedente tem de ter a pretensão de regular casos para os quais se aplicava o precedente anterior” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, p. 134).

Assim, conceber que uma decisão judicial seja aplicada retroativamente só em virtude do pressuposto filosófico abstrato de que Juízes criam normas porque, em tese, estas seriam “o resultado da interpretação”, não o seu objeto, implicaria um comprometimento de valores como a segurança jurídica e a previsibilidade (o que exige, no mínimo, a aplicação da técnica da modulação de efeitos e congêneres).

Poder-se-ia objetar que o contrário é que procede: que as decisões calharam de se tornar geralmente retroativas *justamente por conta da ficção* de que o Juiz aplica norma preestabelecida ao caso, quando, segundo se poderia afirmar, esse não é o caso³⁴³; porém, se o Juiz nunca aplicar normas preestabelecidas ao caso, sempre criando normas ineditamente, pioneiramente (como quer o ceticismo voluntarista radical), de modo a que sua decisão sempre se aplique apenas de forma *ex nunc*, então o Judiciário não mais servirá para resolver casos passados, por absurdo.

g) Quanto aos *limites materiais da criação normativa*, a atividade legislativa pode dispor a respeito da totalidade dos “ramos do Direito” (Direito Constitucional, Direito Processual, Direito Penal, Direito Tributário, Direito Civil *etc.*) e estabelecer quaisquer modalidades normativas (Constituição, Emenda à Constituição, Lei Complementar, Lei Ordinária *etc.*); já a atividade jurisdicional – mesmo que se admita a descrição segundo a qual ela também “cria normas gerais” – está, no mínimo, fortemente limitada do ponto de vista daquilo que, materialmente, pode ser objeto de sua “nomopoiese”.

Para ficar em um exemplo especialmente claro, nem mesmo Cortes Supremas podem, mediante “interpretação criativa”, instituir um novo imposto ou criar novos tipos penais, em vista da cláusula de reserva legal (art. 5º, XXXIX, da CR): o caso do Direito Penal e do Direito Tributário são particularmente sensíveis, já que, neles, o princípio da legalidade estrita e escrita é mais fortemente necessário para que se evitem abusos do Estado em face dos Cidadãos, no que se refere a valores muito caros à ordem jurídico-constitucional, como o são a liberdade e a propriedade.

É preciso abrir um parêntese aqui para dizer que, no entanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, decidiu de um modo tal que, na prática, criou os tipos penais da homofobia e da transfobia,

³⁴³ “Como justamente observou Lord Diplock, um juiz cujas concepções ninguém certamente desejará acoimar de revolucionárias: ‘a regra, segundo a qual o novo ‘precedente’ aplica-se também a fatos e atos anteriores à própria decisão, não constitui característica essencial do processo jurisdicional. Essa regra é, sobretudo, a consequência da ficção jurídica, segunda a qual os tribunais limitar-se-ão a declarar o direito já existente” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 86).

mediante a compreensão de que a Constituição implicitamente exigiria a sua tipificação, o que por sua vez evidenciaria a mora legislativa, enquanto pressuposto da procedência da ADO. Naturalmente, a cláusula de reserva legal foi levada em consideração pelos Ministros, que bem anteviram a previsível objeção de que a decisão teria como resultado a criação judicial de tipos penais (isto é, sem lei em sentido formal). Para contornar essa dificuldade, os Ministros empreenderam o seguinte raciocínio “interpretativo”: *i)* o termo “racismo” (constante da CR e da Lei 7.716/89) pode e deve ser interpretado em conformidade com a Constituição, de modo a abranger, em sua “dimensão social”, também os conceitos de “homofobia” e de “transfobia”; *ii)* uma vez assim corretamente interpretado tal dispositivo, percebe-se não haver qualquer violação à legalidade estrita para a tipificação penal de tudo quanto possa se enquadrar, interpretativamente, na acepção latíssima de “racismo”. Porém, esse raciocínio mantém uma relação paradoxal com a declaração, simultaneamente feita na decisão, de que o Congresso Nacional estaria em mora legislativa quanto à criminalização da homofobia e da transfobia: como é que haveria mora legislativa se um dos sentidos supostamente possíveis de serem extraídos mediante interpretação é o de que homofobia e transfobia se enquadram, mediante simples subsunção, no conceito de “racismo”? É verdade que a “interpretação conforme” não é sinônimo de “interpretação” no sentido ordinário do termo, consistindo, mais do que isso, numa verdadeira técnica de controle de constitucionalidade, o que poderia afastar o paradoxo acima aludido. Todavia, qualquer que seja o caso, havendo ou não esta contradição (entre se declarar mora legislativa por ausência de tipificação e se declarar que um dos sentidos de uma lei penal já positivada é suficiente à tipificação), o que sem dúvida houve, nesse caso, foi a *criação de uma nova norma penal por via judicial*. Isso é assim pela razão simples de que, até então, não havia tal norma, tanto porque a mora legislativa foi, afinal, declarada, quanto porque nenhum ato condizente com a sua existência havia sido jamais praticado até então (como denúncias, processos penais e execuções criminais por homofobia e transfobia). Reconheça-se ou não, o julgamento em questão *introduziu nova norma penal* no ordenamento jurídico brasileiro, o que é claramente incompatível com a cláusula da reserva legal em matéria criminal³⁴⁴.

Esse exemplo ilustra particularmente bem o quanto o conceito de “interpretação” vem sendo usado como algo que confere ao intérprete não só a capacidade de *reconhecer e eleger*

³⁴⁴ Aos céticos, pode parecer que exemplos como o da ADO 26 confirmariam a sua tese (segundo a qual a norma jurídica só se constituiria a partir da interpretação). Mas parece que é exatamente o contrário: se fosse assim, que sentido inteligível poderia ter a cláusula de reserva legal para a criação de normas penais, se o criador das leis não criasse quaisquer normas jamais? Seria evidentemente falso dizer que o que a Constituição “reserva” ao Legislativo seria apenas a inútil tarefa de redigir “meros textos indeterminados”.

diferentes significados a um mesmo termo, mas até mesmo a de *atribuir significados conscientemente ausentes no texto interpretado* (ainda que se trate de “interpretação conforme”): a declaração de omissão legislativa, na ADO 26, prova que os Ministros *sabiam* que “homofobia” e “transfobia” *não eram* “significados possíveis” do termo “racismo” e, mesmo assim, declararam que “racismo” poderia – e deveria – significar, dentre outras coisas, “homofobia” e “transfobia”, pelo menos “até que” o Congresso viesse a tipificá-las penalmente (como se fizesse algum sentido que um termo X pudesse significar Y “até que Z”). Naturalmente, não se entra aqui na discussão de fundo: trata-se apenas de identificar a temível desordem justeórica e jurisdicional que assola as práticas jurídicas brasileiras.

Seja como for, a diferença de limite material da criação de normas entre o Legislativo e o Judiciário parece suficiente para lançar uma sombra de suspeita sobre a descrição cético-voluntarista segundo a qual a atividade interpretativa (dos Juízes) é a que cria as normas jurídicas: há campos inteiros do Direito em que isso, claramente, não pode acontecer (e, portanto, se e quando acontece, é devido apenas a um exercício *de facto* e abusivo do poder jurisdicional), o que nos faz pensar se é mesmo correto dizer que, também nos demais campos, é isso o que realmente acontece.

h) Quanto à *ostensividade informacional*, a lei é – ao menos em princípio e sem prejuízo de diversas problematizações possíveis a esse respeito – mais explícita em seu conteúdo normativo do que as decisões judiciais. E isso é assim por vários motivos, já que os textos legislativos, diferentemente dos textos judiciais: *i)* assumem a forma lógica hipotético-condicional (“Se A é, então B deve ser.”), o que traz maior clareza quanto ao conteúdo definitório do antecedente A e do consequente B, apesar da relativa indeterminação da linguagem natural³⁴⁵; *ii)* apresentam maior concisão e densidade redacionais, o que também facilita a apreensão cognitiva de seu conteúdo normativo; *iii)* o caráter precipuamente federalizado do Direito legislado, em oposição ao caráter precipuamente estadualizado da Justiça Comum, faz com que aquele tenha maior uniformidade, ao passo que esta, maior heterogeneidade; *iv)* ao menos no que diz respeito aos projetos de lei relativos aos temas mais sensíveis à população, a aprovação legislativa é antecedida de fortes e intensos debates populares, com ampla cobertura midiática; e assim por diante.

³⁴⁵ Diretrizes interpretativas vinculantes (Súmulas Vinculantes), essas sim, ao contrário dos precedentes, mais se parecem com as leis, inclusive do ponto de vista formal e linguístico. Mas ainda aqui há nuances inquietantes: seu caráter vinculante tem por alvo os outros Tribunais e Juízes, apenas, ou também o próprio Povo? Poderá alguém escusar-se por desconhecer uma Súmula Vinculante, como não pode se escusar por desconhecer a lei?

Por esse motivo, mesmo que se parta da premissa de que Legisladores e Juízes igualmente “criam normas gerais”, é preciso convir, no mínimo, que é *muito mais fácil* saber quais são as normas legisladas que estão em vigor do que saber quais são as normas em tese criadas pelas decisões judiciais. A estrutura capilarizada do Poder Judiciário e o caráter casuístico da maioria absoluta de seus órgãos são fatores que tornam imensamente difícil saber *qual é* a jurisprudência reiterada sobre determinado tema, o que demanda estudos empíricos complexos, cálculos estatísticos *etc.*, o que não ocorre para se identificar uma norma legislada.

Isso é importante porque, no Direito brasileiro e em vários outros sistemas jurídicos, ao Cidadão não é dado escusar-se do descumprimento da lei alegando o seu desconhecimento (art. 3º da LINDB, art. 21 do CP *etc.*). Essa regra – embora de razoabilidade patente, por consistir em verdadeira condição de possibilidade para o próprio funcionamento do sistema jurídico – só pode ser exigida de forma razoável se o conhecimento popular a respeito das normas instituídas pelas autoridades for um conhecimento não só *possível* como *razoavelmente simples*: exigir-se o cumprimento de normas “herméticas” – isto é, que não podem ser conhecidas por ninguém – é claramente um absurdo.

Portanto, ao Cidadão comum, que não pode se eximir de desconhecer a lei, e mesmo aos Advogados, que o instruem a respeito de quais são as normas vigentes, é muito mais fácil extrair normas da análise *da lei* do que da análise das decisões judiciais e a tarefa quase sempre controvertida de identificar suas *ratione decidendi*. O “Direito judiciário” é essencialmente casuístico e, além disso, tem em geral muito menor estabilidade, em termos de vigência, do que as leis; alguns julgados são, mais do que simplesmente “casuísticos”, verdadeiramente “casuais”, “repentistas” até, sobretudo quando se trata de temas fortemente controvertidos e disputados, como deixam claro exemplos prodigalizados pelo Supremo Tribunal Federal a esse respeito³⁴⁶. Isso se dá por várias razões, mas no mínimo por uma questão de quórum: no Judiciário, um voto a mais ou a menos para um lado ou outro faz muito mais diferença do que no Legislativo, em que os quóruns de aprovação são muitíssimo maiores; desse modo, qualquer aposentadoria de Ministro do Supremo Tribunal Federal é já suficiente à alteração, por vezes bastante considerável, da jurisprudência da Corte, inclusive sobre temas muito sensíveis.

³⁴⁶ Na história recente, o exemplo mais icônico dessa instabilidade jurisdicional, foram as mudanças sucessivas e vertiginosamente rápidas de “orientação” jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade ou não de que a pena seja executada já a partir de sua confirmação em segunda instância (mais recentemente, os julgamentos das ADCs 46, 44 e 54).

Há aí, então, um problema *informacional*: é inexigível que o Cidadão comum tenha condições de extrair as *ratione decidendi* dos precedentes obrigatórios para passar a obedecer ao seu “comando normativo” fundamental, assim como é irrazoável imaginar que as Súmulas Vinculantes produzam normas tão logo sejam publicadas em Diário Oficial, como ocorre com as leis, senão por nada, ao menos porque elas, Súmulas, são aplicadas inclusive aos casos anteriores às suas respectivas publicações.

i) Enquanto *fonte jurídica*, a legislação o é em sentido *formal* ou *próprio*, ao passo que, mesmo que se conceda caráter nomopoietico geral à atividade judicial, esta só será fonte jurídica em sentido *material* ou *impróprio*³⁴⁷, ainda quando se trate de precedentes obrigatórios.

Nesse sentido, a nomopoiese judicial seria um “como se”: ela é *como se fosse* uma criação de normas gerais, mas não o sendo perfeitamente, ou estritamente, ou pelo menos igualmente à nomopoiese legislativa. Em outras palavras, não é tanto que o Juiz “crie normas”, mas sim que ele “acaba como que criando normas”, acidental e contingentemente. E a razão de ser desses advérbios (“acidentalmente” e “contingentemente”) se deve ao fato de que só se pode falar em “criação judicial de normas gerais” por razões *extrínsecas* à finalidade precípua do ofício jurisdicional: o Juiz só “cria normas”, assim entre aspas, *porque* na maioria dos casos ele não pode não decidir e *porque* o sistema jurídico como um todo tem de tutelar a racionalidade, a igualdade e a segurança jurídica (valores caros aos ordenamentos de origem romanista), o que impõe que uma decisão judicial razoavelmente fundamentada seja a mesma para todos os casos suficientemente assemelhados.

Não seria, então, em absoluto, o caso de que o Juiz toma – ou mesmo de que ele possa tomar – decisões político-deônticas a respeito da conduta humana, como o Legislador inequivocamente pode, selecionando e hierarquizando valores e protegendo-os mediante a imposição de sanções para aqueles cujo comportamento os desrespeita e viola.

³⁴⁷ Sobre a distinção entre fontes materiais e fontes formais: “O conceito de fonte não é unívoco na literatura. Por vezes se denomina ‘fonte’ cada ato que, de fato, *produza* normas, seja ela autorizado ou não a produzi-las. Outras vezes, diz-se ‘fonte’ toda classe de atos que sejam *autorizados* a produzir normas, ainda que porventura um determinado ato daquela classe seja desprovido de conteúdo normativo. Em ambos os casos, entre fontes e normas há um estreito nexos conceitual. Mas tal nexos é construído de dois modos bastante distintos nos dois casos, dando lugar a dois conceitos diferentes de fonte. O primeiro é um conceito ‘material’ (ou substancial) de fonte. O segundo é um conceito ‘formal’ de fonte” (GUASTINI, Riccardo. *Las fuentes del derecho: fundamentos teóricos*, apud PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*, v. 1, p. 274).

Mesmo precedentes obrigatórios não “criam normas gerais” *exatamente* como o Parlamento, ou seja, em termos de *intencionalidade decisória*³⁴⁸. Ora, precedentes, no rigor do uso anglo-saxão do termo e ao contrário das leis, não são decisões políticas *votadas como tais*, de forma *consciente* e *intencional* em relação à sua posterior autoridade. O precedente é precedente apenas *se for* (ou *porque foi*) empregado como tal *posteriormente*, em outro caso, devido à autoridade das razões em que ele se embasa; ele tem, por isso, natureza mais *material* do que *formal*, já que sua autoridade reside no conjunto de suas *razões*.

Eis aí, no fundo, uma diferença de *intencionalidade* e até mesmo de *fundamento da autoridade*: i) a do Legislador reside principalmente na sua *vontade*, desde que se trate de escolher entre uma de várias possibilidades equivalentes, o que realmente existe, em larga medida, nas discussões parlamentares; mas ii) a do Juiz reside principalmente na sua *razão*, pois não se admite – pelo menos não sem muito desconforto – que o que ele faz é escolher de forma livre, num cardápio de possibilidades equivalentes, aquela que mais lhe apeteça³⁴⁹.

Essa diferença de intencionalidade decisória, a propósito, diz respeito ainda a outra distinção extraída da teoria das fontes, além da que é feita entre fontes formais e materiais. Trata-se da distinção entre *fontes-ato* e *fontes-fato*: enquanto o primeiro tipo deriva de *atos volitivos autorizados* pelo sistema jurídico-constitucional a gerar, modificar ou extinguir normas gerais, o segundo deriva de *simples fatos*, que apenas “acabam por prevalecer”, como o costume, seu exemplo por excelência. Isso significa que o critério distintivo entre ambas as categorias consiste justamente na vontade à qual a Constituição atribui competência para criar normas gerais. Levando em conta essa distinção, soa mais preciso – e mais intuitivo – afirmar que a “criação judicial de normas” só é uma criação de normas no sentido *factual* do termo, e não no sentido *volitivo-intencional*, como ocorre com o ofício do Legislador. Assim, aquilo que se descreve como sendo a criação judicial de normas gerais seria antes um *fato estatístico reiterado* que acaba por exercer influência nas práticas jurídicas em geral, e não tanto o *exercício de uma prerrogativa regulatório-normativa*.

³⁴⁸ Os argumentos concernentes à intencionalidade decisória serão reiterados e reunidos mais abaixo, nos testes fenomenológicos (seção 4.2).

³⁴⁹ O fato de que a atividade judicial é preponderantemente racional e jurídica, ao invés de volitiva e política, é reforçadamente comprovado pela *pretensão de correção* e, de resto, pelo próprio hábito judicial – verificado sobretudo nos países de *civil law* – de, na fundamentação das decisões judiciais, fazerem-se constantes citações à doutrina jurídica especializada, o que tem o claro objetivo de se identificar e adotar a *melhor leitura possível* do ordenamento jurídico positivo, e não a melhor conformação axiológica da conduta humana, nem, muito menos, o desfecho do caso que seja mais condizente com a vontade subjetiva do Juiz. Nesse sentido: “Como fundamento da produção do direito pela via jurisprudencial está a autoridade que deriva da razão” (PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*, v. 1, p. 296).

Em outros termos, as decisões judiciais seriam não exatamente “*normativas*” (hipótese em que estabeleceriam comandos deônticos que deveriam ser seguidos pela sociedade, sob pena de sanção), mas simplesmente “*normais*” (no sentido de que seguem ou perfazem uma “norma” ou “constante”³⁵⁰). A distinção pode soar sutil, ou mesmo forçada, mas desimportante ela não é: enquanto as normas criadas legislativamente decorrem do exercício consciente, intencional e legítimo de uma vontade à qual a Constituição inequivocamente atribui a competência de criar normas gerais (prerrogativa nomopoiética), as “normas” supostamente criadas pelos Juízes decorrem não da qualificação da vontade judicial em também poder estabelecer comandos deônticos para a sociedade, mas sim e apenas do fato de que, ao sistema, repudiaria que houvesse decisões contraditórias para casos suficientemente assemelhados. Como já visto acima, é apenas – ou pelo menos muito principalmente – em virtude do imperativo de racionalidade, de igualdade e de segurança jurídica que as decisões judiciais “acabam por criar norma”, de modo que essas últimas não constituem atos volitivos qualificados como suficientes à criação de normas gerais (*fonte-ato*), mas sim fatos que simplesmente – mas autoritativamente – acabam por prevalecer e exercer forte influência nas práticas jurídicas em geral (*fonte-fato*).

j) Por fim, quanto ao *resultado* de cada uma das duas atividades, vê-se com facilidade que o produto final das decisões judiciais é inclusive *formalmente distinto* daquele que decorre das decisões legislativas: enquanto as normas produzidas pelo Parlamento têm a forma lógica *hipotético-condicional* (“*Se A é, então B deve ser.*”), as decisões judiciais têm a forma lógico-gramatical de um *imperativo* (“*Seja X.*”). Isso deve contar para alguma coisa, pois claramente não é um detalhe de somenos, uma coincidência desimportante. Decisões judiciais, *stricto sensu*, consistem em um *dispositivo imperativo* (“*Seja X.*”), apoiado em uma *fundamentação jurídica* e, portanto, pouco têm a ver com as normas jurídicas no sentido mais utilizado – e teoricamente relevante – do termo.

Em vista de tudo quanto foi exposto nos itens acima, arremata-se este tópico assim: mesmo que se conceda que as decisões judiciais “criem Direito”, fato é que “criar Direito” é, de todo modo, diferente de “legislar” e, também, de “criar normas gerais”. Assim fica evidente que atividades tão diferentes entre si – factual, processual, teleológica e institucionalmente –, como o são a legislativa e a judicial, muito dificilmente se prestariam a gerar o mesmo resultado

³⁵⁰ Esse sentido do adjetivo “normal”, radicalmente distinto da sinonímia vulgar de “comum”, é bastante empregada no domínio das ciências naturais, como ilustra a conhecida expressão “condições *normais* de temperatura e pressão – CNTP”.

(criação de normas jurídicas gerais), o que fragiliza enormemente o postulado fundamental do ceticismo normativo e do voluntarismo interpretativo.

4.1.11 Conclusão sinótica dos testes epistêmicos

Os testes epistêmicos aplicados acima demonstraram que a tese cético-voluntarista examinada, ao menos em sua feição mais radical: **a)** pertine antes a uma Sociologia do Direito do que, propriamente, a uma Teoria do Direito; **b)** desconsidera que *b.1)* alguma dose de prescritividade é imprescindível para qualquer teoria realmente útil para fins jurídico-normativos, que *b.2)* as fronteiras entre descrição e prescrição não são tão nítidas quanto parecem soar aos seus defensores e que *b.3)* teorias normativas positivistas são suficientemente descritivas e teorias jusrealistas não são destituídas de doses inescandíveis de prescritividade; **c)** opõe um falso dilema entre a objetividade forte ansiada pelos formalistas e a subjetividade volitiva do intérprete dos textos normativos “indeterminados”; **d)** enfatiza exageradamente os casos em que o objeto do raciocínio judicial é um “texto”, desconsiderando os casos em que ele é própria e diretamente uma norma jurídica já plenamente constituída antes da decisão (controle de constitucionalidade, resolução de antinomias e derrotabilidade normativa); **e)** opõe-se simetricamente ao formalismo jurídico, pelo que consiste no exagero inverso (não o da determinação absoluta, mas o da indeterminação absoluta), tão problemático e implausível quanto; **f)** parte de uma taxonomia demasiado simplificada que contempla apenas o texto normativo e a sua interpretação, deixando de lado a compreensão de que a lei não se confunde com o texto que a registra e expressa, consistindo, antes, em uma autêntica decisão legislativa; **g)** é incompatível com o fato patente de existirem decisões judiciais juridicamente erradas; **h)** não explica nem o problema da “primeira interpretação” da primeira norma que instituiu a competência do primeiro Tribunal, nem o de que existem diversos fatos normativamente relevantes antes da publicação dos textos normativos e depois da estabilização interpretativo-judicial de seus sentidos; **i)** é ironicamente desmentido pela clareza contundente de diversos dispositivos legais, alguns inclusive de índole constitucional; e **j)** parece desconsiderar o fato de que, mesmo se fosse verdade que decisões judiciais “criam normas gerais”, a atividade judicial e a legislativa são, ainda assim, marcadamente diferentes entre si, quanto aos seguintes fatores, pelo menos: iniciativa nomopoiética, capacidade institucional, legitimidade democrática, qualificação dialético-quantitativa da colegialidade decisória, dinâmica jurídico-normativa, âmbito jurídico-cronológico, limites materiais da criação normativa, ostensividade

informacional das decisões tomadas, natureza de cada uma enquanto fonte jurídica, forma lógica de seus respectivos resultados decisórios.

4.2 TESTES FENOMENOLÓGICOS: “É isso o que em geral se acha que acontece?”

Depois de esgrimidos os argumentos pelos quais foram demonstradas as fragilidades do ceticismo voluntarista do ponto de vista da *verdade* ou *falsidade* de suas descrições das práticas jurídicas (testes epistêmicos), serão expostos a seguir os argumentos destinados a demonstrar que, em vários pontos, ele é frágil também do ponto de vista da *aparência de verdade* (testes fenomenológicos), por destoar das intuições, noções e concepções gerais a respeito das práticas jurídicas, ou seja, daquilo que elas *parecem ser* àqueles que nelas se engajam³⁵¹.

4.2.1 O ceticismo voluntarista não descreve a atividade judicial tal como o Povo e os próprios Juízes a descrevem

Que os Juízes criam normas gerais sempre que “interpretam” os enunciados normativos, entendidos como registros linguísticos “indeterminados”, é algo que destoa muito fortemente do que em geral se crê que os Juízes estão fazendo, mesmo quando julgam os chamados “casos difíceis”: **a)** de um lado, numa camada como que mais “externa” ou “periférica” das práticas jurídicas, as pessoas de um modo geral – juridicamente leigas e ocasionalmente usuárias do sistema de Justiça – não creem que as normas reitoras da conduta social sejam *criadas* pelos Juízes; ao contrário, têm a impressão mais ou menos difusa e generalizada de que eles *aplicam* – e devem mesmo simplesmente *aplicar* – as normas legisladas aos casos que julgam; e **b)** de outro lado, numa camada mais “interna” ou “central” das práticas jurídicas, os Advogados, em suas razões, tentam impelir os Juízes a julgar de acordo com aquilo que argumentam ser *normas válidas já existentes à época dos fatos do caso sob julgamento*; e os próprios Juízes, na maioria absoluta dos casos que julgam, pensam e dizem, sob pena de nulidade de fundamentação, que estão aplicando normas válidas já vigentes à época dos fatos do caso; sentem-se como que

³⁵¹ Rememore-se, aqui, que, embora a *mera aparência de verdade* não seja um critério relevante para a apuração da validade de teorias das ciências naturais, ela o é relativamente às teorias cujo objeto consiste em práticas sociais compartilhadas e convencionais, como é o caso do Direito: não é uma boa teoria aquela que destoa muito fortemente das impressões gerais a respeito de um objeto sempre que essas impressões determinem ou ao menos condicionem este mesmo objeto. Daí porque, nesses casos, o distanciamento daquilo que em geral *parece ser verdade* compromete o próprio poder descritivo e explicativo da teoria.

obrigados a aplicá-las, pois têm a pretensão – e o constrangimento social e institucional – de proferir decisões *juridicamente corretas*; ora, não se tem notícia de decisões judiciais que tenham declarado aplicar normas gerais *criadas pelo seu próprio prolator naquele exato instante*, “interpretativamente”.

As intuições, noções e concepções gerais desses dois grupos – respectivamente os “coadjuvantes” e os “protagonistas” das práticas jurídicas – a respeito das normas jurídicas e das decisões judiciais serão examinadas mais detidamente nos dois itens a seguir:

a) As pessoas de um modo geral sabem que as práticas jurídicas não se limitam aos casos judiciais: as leis e os atos administrativos normativos são decisões político-jurídicas que, tomadas pelas autoridades respectivamente competentes, visam à regulação da conduta social e produzem efeitos tão logo se tornam vigentes. Segundo uma representação muito geral – e muito correta – acerca das práticas jurídicas, as normas gerais são constituídas por Legisladores e Administradores, ambos legitimados pelo voto popular, e só uma fração – talvez bastante diminuta – dos fatos sociais sobre os quais elas incidem acaba por se tornar irremediavelmente conflitiva, a ponto de demandar resolução judicial.

Esse é um primeiro ponto em que a descrição cético-voluntarista parece se afastar dessa imagem, generalizadamente compartilhada, de que é apenas numa minoria de casos que o Judiciário tem de intervir “criativamente” para atribuir consequências jurídicas a certos conjuntos de fatos. Ou: a tese cética não se aplica à maioria dos casos, pois, em todos estes, ou as normas nem precisam ser judicialmente aplicadas³⁵², ou são judicialmente aplicadas conforme o sentido claro dos enunciados normativos, sem qualquer dificuldade. Portanto, já de saída, percebe-se que ela não se aplica a uma enorme extensão das práticas jurídicas (todas as extrajudiciais e as judiciais em que é suficiente a aplicação subsuntiva dos termos claros ou indisputados dos textos normativos – os chamados “casos fáceis”).

³⁵² A efetividade de uma regra, pelo menos a partir de certa métrica quantitativa, acaba por ser condição para a sua própria validade, pois uma regra só pode ser regra em algum sentido relevante se a maior parte das pessoas lhes der cumprimento espontaneamente; do contrário, o Direito seria inviável do ponto de vista prático. Então, desconsiderar a ampla e espontânea conformidade às regras legisladas, tão logo as leis entram em vigor, para analisar a questão da interpretação apenas do ponto de vista judicial, é uma abordagem metodológica que está em rota de frontal colisão com a própria condição de possibilidade do Direito. Ora, se uma lei é promulgada e o teor de suas disposições é obedecido pela maioria das pessoas (segundo informações disponibilizadas por Advogados, Juristas e pela própria Mídia), então é porque as suas normas foram plenamente constituídas e cumpridas sem a necessidade de qualquer intervenção “interpretativo-criativa” posteriormente feita por Juízes. Em outras palavras, esse exemplo não é o de um caso em que “não havia normas” (o que seria o caso se as normas só existissem com e após a interpretação judicial dos textos normativos), mas o de um caso em que as normas “funcionaram”, “cumpriram o seu papel”, sem a menor necessidade de intervenção ou interpretação judicial. Ampliar o leque de “intérpretes” para contornar esse argumento é um expediente que recairá nas dificuldades já levantadas antes, quando da aplicação dos testes semânticos e dos testes lógicos.

Mesmo em relação aos chamados “casos difíceis”, porém, há incongruência entre o imaginário popular e a descrição cética-voluntarista acerca do que os Juízes fazem quando os resolvem: *i)* de um lado, para o primeiro, não são os Juízes as autoridades que podem escolher padrões deôntico-normativos, mas sim os Parlamentares e os Administradores: segundo a representação popular majoritária, os Juízes não têm a atribuição, a prerrogativa, de selecionar e hierarquizar valores e de, com isso, obrigar, proibir e permitir; mas *ii)* de outro lado, para a descrição cético-voluntarista, de um modo geral, nesses casos o Juiz age exatamente como um Legislador, de modo a criar, sim, no rigor do termo, normas gerais.

Um segundo ponto de divergência entre a representação social leiga e a cética é o seguinte: para esta última, o fato de que, em casos de dúvidas, Advogados orientam seus clientes a agir em conformidade com o entendimento jurisprudencial, sobretudo das Cortes Superiores, seria a prova de que quem cria normas em sociedade é o Poder Judiciário (ou, mais brandamente, os “intérpretes”). Contudo, este critério é muito mais *estratégico* do que propriamente *normativo*: o fato de alguém acabar por agir de acordo com o entendimento dos Tribunais não é suficiente para fazer com que esse alguém considere que os Tribunais em questão criaram normas gerais *tal como* o fazem os Legisladores, inclusive pela grande disparidade interpretativa que há nos Tribunais. Isso é assim pela simples razão de que um Cidadão pode estrategicamente optar por agir em conformidade inclusive com uma decisão que ele julga *claramente incorreta* em termos de interpretação da lei; em tal caso, essa pessoa indubitavelmente terá a noção de que o Legislador criou a norma no sentido X, mas o Judiciário a distorceu como sendo Y, o que não o impede de perceber como sensato que, como o caso provavelmente será judicializado, ele aja tendo em vista daquilo que acabará por prevalecer em termos eficaciais, factuais, por imposição decisório-judicial *contra legem*.

Um terceiro ponto é este: o argumento de que as normas criadas pelas decisões não são meramente individuais, já que muitas delas ostentam caráter geral, pelo menos quando se trata de jurisprudência firme ou de precedente vinculante, não é um argumento que faça com que as pessoas em geral suponham que Tribunais são equivalentes a Parlamentos. Para elas, que uma decisão correta, bem fundamentada, deva ser não só *aplicada* ao caso concreto especificamente julgado, mas também *replicada* a todos os casos vindouros suficientemente assemelhados, é um imperativo mais de justiça e de igualdade do que propriamente uma evidência de que Juízes tenham a prerrogativa de *escolher* e *impor* obrigações, proibições e permissões.

Portanto, nem a indeterminação semântica relativa dos textos normativos, nem a autoridade eficaz que os Juízes têm ao interpretá-los são fatores capazes de demover a intuição e a representação bastante generalizada segundo a qual os Juízes têm o *dever funcional*

de aplicar a lei corretamente, de não desbordar de seus limites, de decidir com base em motivos jurídicos objetivos, e não com base em preferências subjetivas e assim por diante. Assim, a tese não passa pelo teste fenomenológico relativo às intuições, concepções e noções que a população em geral tem relativamente às normas jurídicas e à sua aplicação judicial.

b) A distância que a descrição cético-voluntarista mantém da fenomenologia das decisões judiciais não é menor: os próprios Juízes negariam – pelo menos na maioria absoluta dos casos que julgam – que, quando interpretam as fontes jurídicas para julgar seus casos, estão “criando normas gerais”³⁵³. A maioria deles dirá que não lhes compete fazê-lo e que, para julgar os casos submetidos à sua jurisdição, têm o papel institucional de justamente aplicar padrões normativos criados pelas autoridades competentes para criar normas gerais e abstratas. Ou seja: como os Juízes não levam em conta *todo e qualquer critério* (jurídico, político, moral, religioso *etc.*) para julgar seus casos, estando constrangidos a julgar conforme *regras anteriormente constituídas* por autoridades não judiciais competentes, a descrição cética se mostra inexata do ponto de vista fenomenológico-judicial³⁵⁴.

Numa primeira e mais ligeira aproximação, o ceticismo voluntarista não explica – nem é capaz de explicar – as decisões judiciais em que seus prolores aplicam a lei vigente (*lege lata*) ressaltando, porém, seu entendimento pessoal de que ela deveria ser diferente (*lege ferenda*). Portanto, a tese cética é desmentida por tais decisões ao menos em parte e ao menos em clave fenomenológica, decisões que, de resto, são abundantes nas práticas judiciais.

Aprofundando-se a análise fenomenológica do processo decisório-judicial, tem-se o seguinte dado relevante: Juízes têm o que as teorias da argumentação chamam de *pretensão de correção*³⁵⁵. Assim como o Povo considera, com facilidade, que há decisões corretas e decisões incorretas, assim também os Juízes consideram e, portanto, os bons Juízes sempre se esforçam

³⁵³ “Não chega um momento no processo de argumentação ou decisão em que os magistrados ou advogados dizem: ‘Esgotamos o direito; é hora de legislar.’ [...] Mas há uma questão mais fundamental: mesmo quando criam normas, os juízes não são simples legisladores togados. Diferem dos legisladores propriamente ditos naquilo em que devem tomar como base adequada para a criação das normas” (POSNER, Richard Allen. *A problemática da teoria moral e jurídica*, pp. 147-148).

³⁵⁴ Naturalmente, quanto maior for a aceitação da tese cético-voluntarista na Academia e nos Tribunais, tanto mais à vontade os Juízes estarão para julgar “levando em consideração todas as coisas” (a expressão “*all-things-considered decision*” é de Frederick Schauer), o que vem ocorrendo, por exemplo, no Brasil, de forma crescente, nas últimas duas décadas. Daí porque, como se verá nos testes pragmáticos que serão aplicados na última seção deste capítulo (seção 4.3), o ceticismo, mesmo que se pretenda “meramente descritivista”, ainda assim compartilha um pouco da responsabilidade pelo decisionismo voluntarista, pelo ativismo judicial *etc.*

³⁵⁵ “Segundo esta teoria, toda decisão judicial pretende sempre aplicar corretamente o direito” (CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. “Derecho y argumentación: el puesto de la razón en la fundamentación de las decisiones judiciales”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, v. 1, p. 332, tradução livre).

por *julgar corretamente*, ou seja, aplicar com exatidão as normas gerais criadas pelas autoridades políticas competentes. Por essa razão, os Juízes se sentem impelidos – senão constrangidos – a “dizer o Direito que já é”, o que seria contraditório, até cronologicamente, com o suposto fato de ele o estar criando naquele exato momento. Aliás, a pretensão de correção também é incompatível com a noção de que existiriam diversas possibilidades interpretativas *equivalentes entre si*, num indiferentismo relativista que não se encontra nas argumentações jurídicas em geral: nem nas dos Advogados, em suas petições e sustentações orais, nem nas dos Juízes, em suas decisões e fundamentações. Aliás e por exemplo, repugnaria à sensibilidade e ao imaginário jurídico geral a hipótese – jamais, porém, verificada na prática – de que um Juiz condenasse alguém à prisão, mas declarasse, na decisão, que a interpretação adotada por ele naquele caso (ou seja, a interpretação que levou à condenação) *não é mais correta* do que a interpretação contrária (e cuja consequência seria a absolvição): nós não pensamos que o Juiz escolhe entre *indiferentes jurídicos* e, por isso, só aceitamos que ele imponha consequências negativas a alguém (prisão, privação patrimonial *etc.*) se essa for a única interpretação correta – ou a mais correta – do material normativo que vincula o seu ofício. Além disso, seria um despropósito ininteligível que os Juízes tivessem a intenção de aplicar corretamente o Direito (como de fato têm), caso as várias possibilidades interpretativas fossem de fato equivalentes, fungíveis³⁵⁶.

A fenomenologia da interpretação é tal que o intérprete sabe que, qualquer que seja o significado que reconhece ou atribui ao texto interpretado, ele não é de sua própria autoria (*ego*), mas de um outro (*alter*): a *reconstrução hermenêutica* que alguém faz do sentido de uma comunicação alheia não é fenomenologicamente igual, nem redutível, à *intenção expressiva* de comunicar, linguisticamente e em primeira pessoa, uma ideia própria³⁵⁷. No caso da interpretação de uma comunicação alheia (reconstrução hermenêutica de sentido), a noção de

³⁵⁶ A essa altura, a tese da resposta correta, de Dworkin, já soa menos implausível: de fato, ela parece corresponder às expectativas sociais quanto à prestação jurisdicional e à própria fenomenologia do Juiz que, honestamente, quanto às normas, busca aplicá-las *tal como foram criadas* (isto é, aplicá-las *corretamente*), mesmo que isso colida com eventuais opiniões suas, por mais fundadas que sejam desde pontos de vista não jurídicos, a respeito de como elas *deveriam ser*.

³⁵⁷ “A mensagem do legislador ou constituinte (*alter*) carrega um conteúdo informativo que precisa ser compreendido por *ego* (juiz), que poderá equivocar-se. Essa alteridade é análoga a todo processo social, inclusive os mais simples do cotidiano: ‘eu digo que tu disseste isso quando falaste naquela oportunidade’. Nesse caso, *ego* não está dizendo que o conteúdo da fala seja sua. Ele atribui um sentido à fala de *alter*, conforme o conteúdo informativo que compreendeu na mensagem. [...] a imputação de um conteúdo ao texto normativo (assim como a um texto literário) não significa que eu seja autor da respectiva norma (ou livro)” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico, pp. 10-11).

alteridade sempre resiste e se impõe: o intérprete nunca tem a pretensão de autoria em relação ao texto que interpreta, ao menos não honestamente ou razoavelmente³⁵⁸.

Uma prova muito simples da pretensão de correção judicial é o fato de que Juízes sabem que não são portadores natos de uma especial habilidade hermenêutica e que, portanto, eles *aprendem a interpretar* e, mais do que isso, podem e devem *desenvolver e aprimorar a sua capacidade de apreensão cognitiva* das normas que foram constituídas pelas autoridades políticas competentes. Ora, isso seria impossível ou ininteligível caso os Juízes referendassem, fenomenologicamente, a descrição justeórica cético-voluntarista, que, como visto mais acima, não pode explicar o erro judicial. Em outros termos: uma vez que Juízes também “*aprendem Direito*” (isto é, passam a conhecer quais são as normas vigentes, sem “criá-las interpretativamente”) e uma vez que eles inclusive acham que devem “saber como o Direito é” cada vez mais para aplicá-lo sempre melhor do que faziam antes – tanto que se inscrevem em cursos, participam de palestras, debatem colegiadamente *etc.* –, a descrição cético-voluntarista não é uma descrição que os Juízes, em sua maioria, endossariam, a não ser que o fizessem de forma muito abstrata e nominal, como ocorre não poucas vezes, mesmo na Academia.

Por fim, inclusive a descrição segundo a qual Juízes “criam normas” ao menos quando se valem da técnica das assim chamadas “decisões manipulativas” é uma descrição que destoa do esforço – por vezes argumentativamente muito dispendioso – que os prolores dessas mesmas decisões empreendem para demonstrar que a norma “criada” é a única compatível com o sistema jurídico integralmente considerado, sobretudo com a Constituição. Em termos mais claros: Juízes não precisariam fundamentar que a possibilidade interpretativa eleita é a única compatível ou a melhor possível em vista do sistema jurídico total, caso eles realmente estivessem a criar normas *tal como os Legisladores o fazem*. Quando se escolhe volitivamente

³⁵⁸ “[...] a interpretação só pode se dar na presença de uma *forma representativa*” que “deve ser entendida no sentido de que, por meio da forma, deve manifestar-se a nós, apelando para a nossa compreensão, outro espírito diferente do nosso e, no entanto, intimamente semelhante ao nosso” (BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*, p. XXXIV).

entre possibilidades equivalentes, não há ônus argumentativo algum: basta que se escolha qualquer das várias possibilidades e ponto final³⁵⁹.

Em arremate a esse tópico, pode-se dizer que, de um modo bastante geral, os Juízes pretendem dizer o que o Direito já é e a sociedade acha que eles fazem – e que devem mesmo fazer – exatamente isso. Então, o próprio fato de a tese cético-voluntarista se oferecer como uma verdade inesperada e surpreendente, destinada a fulminar as ilusões em que ingenuamente todos se demoravam, é um fato que bem demonstra, já em chave fenomenológica, que o seu conteúdo proposicional é gravemente destoante das intuições, noções e compreensões mais ou menos generalizadas sobre as práticas jurídicas, de modo geral, e sobre os processos de criação e os de aplicação das normas gerais, de modo especial.

4.2.2 Prospectar normas inferencialmente é diferente de criar normas

Considere-se a afirmação de que o Juiz, ao interpretar um enunciado normativo que, em si, não “desce” ao nível de especificidade exigido pelo caso, conjuga-o com outros enunciados do sistema jurídico-normativo (regras, princípios *etc.*) de modo a *inferencialmente derivar* a norma capaz de resolver o caso, como que explicitando uma norma antes apenas implícita do sistema. Essa afirmação serviria para descrever de outro modo, aparentemente menos artificial e mais condizente com o princípio democrático e com o da separação dos Poderes, aquilo que é descrito pelo positivismo discricionarista e pelo realismo cético como sendo uma autêntica criação judicial de normas mediante a eleição voluntarista de possibilidades interpretativas equivalentes.

E essa afirmação é bastante razoável: parece, mesmo, que o que o Juiz faz nesses casos de lacunas, vaguezas, incompletudes *etc.* (inclusive porque é isso que, fenomenologicamente, ele muitas vezes *tenta fazer e diz que está fazendo*) é *derivar* normas *latentes* mas que, em algum sentido, *já integram* o sistema. E, sendo assim, não seria correto dizer nem que o Juiz

³⁵⁹ “Afirma-se, igualmente, que as decisões aditivas e substitutivas correspondem à produção de norma geral pelo Judiciário, equiparável a uma lei. [...] Haveria, nesse caso, usurpação dos poderes do Legislativo, violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da legalidade. Esses argumentos são rebatidos pela alegação de que, ainda que o Judiciário inove ao proferir decisões manipulativas, o conteúdo decorrente da componente reconstitutiva da decisão deve sempre equivaler à única solução constitucional possível. O juiz não produz um ato puro de vontade, tal como faria o legislador, mas explicita uma solução que já estava imanente no sistema” (BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos Tribunais. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; DINAMARCO, Cândido Rangel; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FUX, Luiz (Coord.). *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo César Pinheiro Carneiro*, p. 722).

“cria normas” (mesmo nos casos de indeterminação do texto normativo), nem que ele tem à sua disposição diversas possibilidades interpretativas equivalentes, dentre as quais ele escolhe (e pode-deve escolher) com base em critérios extrajurídicos adotados em função de sua vontade.

Porém, parece que há muitos casos suficientemente difíceis a ponto de realmente oferecerem ao Juiz mais de uma possibilidade *compatível com o sistema* e, aí, o exercício de certa discricionariedade parece, mesmo, ser um dado ineliminável da prática jurídica. Considere-se o exemplo de uma decisão judicial que, interpretando o ordenamento jurídico como um todo, chega à conclusão de que, mesmo não havendo regra expressa nesse sentido, não poderiam ser veiculadas propagandas de cigarros entre as 8h e as 20h, mas apenas das 20h às 8h³⁶⁰: neste exemplo, seria claramente artificioso e, portanto, muito difícil de se sustentar seriamente que a norma implícita previamente existente já estabelecia *exatamente* o período entre 8h e 20h, e não, por exemplo, entre 8h01 e 20h01. Nesse caso, parece que de fato existem diversas acomodações normativas compatíveis com o sistema, e não apenas uma. E mesmo que ao Juiz pareça que sua interpretação é a única correta ou a melhor possível, ela é por natureza algo disputável, controvertido, sendo ademais, em alguns casos, metodologicamente impossível saber, com certeza, qual seria a “única interpretação correta” exigida pelo sistema integralmente considerado, se é que há uma só. Isso é o que levou Raz a afirmar que existe um *continuum* entre interpretação de normas implícitas e criação discricionária de normas, embora as duas coisas possam ser distinguidas ao menos no plano conceitual – já que, no empírico, isso nem sempre é possível³⁶¹.

Apesar dessas dificuldades, parta-se provisoriamente da premissa de que é correta a afirmação de que o Juiz não cria normas, apenas deriva normas implícitas já integrantes do sistema normativo de modo prévio, mas latente. Agora, sonde-se as consequências justeóricas dessa premissa, especialmente mediante a formulação da seguinte questão: essa derivação inferencial de normas implícitas pelo Juiz mediante interpretação é uma atividade vinculada, sem margem de discricionariedade, no mesmo sentido e grau em que o Legislador está vinculado ao ordenamento jurídico legislado hierarquicamente superior à lei que ele pretende promulgar? Para exemplificar essa problematização, considere-se a norma penal que define como circunstância agravante do crime de invasão de domicílio a de que ela seja feita “durante a noite” (art. 150, § 1º, do CP): há pelo menos três possibilidades interpretativas para essa

³⁶⁰ O exemplo é trabalhado em: MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, p. 139.

³⁶¹ RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*, pp. 180-209.

expressão: i) o período entre 18h e 6h (*critério cronológico*); ii) o período de escuridão (*critério atmosférico*); e iii) o período em que o proprietário não está em vigília para resistir à invasão (*critério teleológico*). Imagine-se, agora, que o Juiz, em certo caso penal, adote a terceira interpretação, descartando as duas primeiras, mediante fundamentação racional idônea. Segundo sua demonstração argumentativa, a melhor interpretação possível deste dispositivo legal, num caso em que o proprietário é médico plantonista que quase sempre usa as tardes para dormir, é a que privilegia a finalidade objetiva da norma (proteger o proprietário em seu período de sono e, portanto, de maior vulnerabilidade a invasões domiciliares), finalidade esta aferida com base em princípios constitucionais dos quais ela é a necessária densificação. Para a tese inferencialista aqui sob análise, nesse caso a descrição correta é a de que o Juiz teria aplicado norma implícita que já integrava o sistema jurídico e que, portanto, já vinculava a sua decisão, competindo-lhe apenas descobri-la, evidenciá-la; esta norma corresponderia, segundo a tese analisada, à “única resposta correta” em vista da afirmada *completude consistente*³⁶² do sistema jurídico e em vista do conteúdo cogente das regras e princípios constitucionais pertinentes ao tema, dois fatores que, somados, levariam à conclusão de que a norma aplicada pelo Juiz *já existia* no sistema, ainda que só implicitamente. Em outros termos, o Juiz está, segundo essa compreensão, vinculado não só às normas que explicitamente integram o sistema normativo, mas também às suas consequências normativas inferidas por derivação lógica, lógico-axiológica *etc.*, já que a intuição fundamental dessa tese é a de que o ordenamento jurídico sempre diz mais do que aquilo que ele diz explicitamente e de forma textual, ou seja, a de que o *conteúdo normativo* de um sistema jurídico é *sempre maior* do que as *formulações linguísticas* ostensivamente constantes do discurso das fontes. Em outros termos ainda: a intuição (ou a constatação, se se preferir) é a de que o *implícito* é um conjunto sempre mais extenso que o do *enunciado*, ou *formulado*³⁶³.

³⁶² “Dessa forma, normas dedutivamente derivadas explicitam o conteúdo conceitual das normas (interpretadas) dotadas de autoridade. [...] seria praticamente impossível para o direito cumprir o seu papel de guiar a conduta por normas gerais prévias se as normas derivadas fossem descartadas. Tais normas são decorrências necessárias da própria compreensão do direito como dotado de estrutura sistemática” (MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, p. 135).

³⁶³ “Ao se referir ao direito implícito tem-se em mente não somente aqueles pré-requisitos de inteligibilidade mas o fato familiar de que o direito diz mais do que está explicitamente enunciado, de que há mais em seu conteúdo do que aquilo explicitamente formulado em suas fontes, como estatutos ou decisões judiciais” (RAZ, Joseph. “Dworkin: a new link in the chain”. *California Law Review*, 4 (3), Symposium: New Perspective in the Law of Defamation, p. 1106, *apud* MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, p. 136).

Diante desse exemplo-problema, pergunta-se: o Legislador poderia ter legislado de modo a selecionar algum outro critério interpretativo, que não o teleológico, já que, em tese, o Juiz não poderia? Seria dado ao Legislador alterar o dispositivo legal em questão, tornando mais claro que, segundo sua vontade político-decisória, a circunstância agravante deve ser aferida segundo o critério cronológico? Poderia ele, sem violar a Constituição, propor a alteração redacional desse dispositivo do Código Penal para algo como “caso a invasão ocorra entre 18h e 8h”? Se a resposta for “sim”, então a teoria será inconsistente, pois se o Juiz estava inferencialmente obrigado a adotar o critério teleológico, então o Legislador também deveria estar, já que tal critério seria imposto por regras e princípios constitucionais, ou seja, por normas hierarquicamente superiores à regra infraconstitucional discutida. Apenas se a resposta for “não” é que a tese inferencialista aqui analisada poderá passar pelo teste da consistência lógico-teórica. Ora, em princípio, como há uma pluralidade de intérpretes da Constituição, tanto o Legislativo, quanto o Judiciário o são – legitimamente e para os fins preferenciais de suas respectivas atividades. Nesse cenário, é perfeitamente possível que haja *interpretações diferentes e até antagônicas*, da Constituição, entre o Parlamento e o Judiciário; pode ser, inclusive, que o Parlamento reaja a um precedente, editando lei que adote interpretação contrária à adotada judicialmente. Nesse caso, pode-se descrever essa situação como: **a)** há mais de uma interpretação possível no quadro constitucional e interpretações diferentes entram em situação de concorrência, disputa, tensão, entre os Poderes que respectivamente as adotam; ou **b)** no máximo uma delas é correta, podendo ser que ambas sejam incorretas.

Ou seja: como a pressão vinculante exercida pelo material normativo constitucional o é sobre todos os intérpretes da Constituição (tanto o Juiz, quanto o Legislador, para o que importa aqui), tem-se o seguinte: se é verdadeiro afirmar que o Juiz aplicou norma exigida implicitamente pela Constituição, então o Legislador também estaria vinculado a essa exigência e não poderia estabelecer, no âmbito do Código Penal, regra que adotasse outro critério interpretativo, sob pena de inconstitucionalidade.

Esse tema diz respeito à identificação de qual é a natureza e o grau de *intervenção* do Juiz, via interpretação, no ordenamento jurídico: **a)** segundo as teses cético-voluntaristas, discricionaristas *etc.*, essa intervenção é de tipo *criativo-volitivo*, em grau maior ou menor a depender da força com que se abraça a tese cético-voluntarista; **b)** já segundo as teses mais otimistas quanto à identificação cognoscitiva (não propriamente volitiva) do Direito via interpretação, essa intervenção é de tipo *clarificador* (evidenciando consequências implícitas

etc.) ou, quando muito, *adaptativo* (revisando e ajustando o material jurídico para torná-lo logicamente consistente, axiologicamente coerente *etc.*)³⁶⁴.

Ainda, há que distinguir espécies possíveis de derivação inferencial (por dedução, por abdução *etc.*). Raz, por exemplo, admite não só as implicações lógico-dedutivas do que foi dito pelo Legislador, mas também “implicaturas” inferenciais do que ele em tese quis dizer ou do que supostamente deveria ter dito (inferências ampliativas abdutivas fundadas na captação da *ratio legis*, por exemplo)³⁶⁵.

Essa questão admite complexidades estonteantes. Por exemplo: se uma lei que estabelece explicitamente a norma N é revogada, mas, segundo se possa afirmar fundamentadamente, N é de toda forma uma implicação lógica necessária do ordenamento jurídico integralmente considerado, é possível que o Juiz a aplique a um caso mesmo após a sua revogação? Ou seja: o raciocínio lógico-inferencial evidenciador de normas implícitas não tornaria afinal desnecessária a explicitação legal de normas pelo Legislador? E se a norma N em questão for proibitiva? Será mesmo verdade que, ao contrário do que se poderia esperar, a sua revogação não terá tornado imediatamente permitido o que antes era por ela proibido, só porque, em tese, ela consiste em uma necessidade lógica decorrente de princípios e regras do ordenamento?

Além do problema da inclusão de valores morais na determinação do Direito, é possível se pensar também no problema da inclusão de valores *lógicos* na determinação do Direito. O problema seria o seguinte: será verdadeiro dizer que, se a norma X implica necessariamente Y, então Y é também norma, mesmo que não positivada? E, de duas, uma: ou **a)** é verdadeiro, e então existem normas que não foram legisladas e nem sequer queridas pela vontade política consciente do Legislador. Nesse caso, a própria Lógica seria nomopoiética: criaria normas independentemente da vontade política das autoridades competentes; ou **b)** não é verdadeiro, e

³⁶⁴ Emilio Betti entende a interpretação como algo que não se define nem por uma simples *cognição*, nem por uma desabrida *volição*, mas sim por uma *recognição*, para a qual é necessária uma “abertura mental”: “Certamente indispensável é a espontaneidade do intérprete; mas essa não deve sobrepor-se ou impor-se a partir de fora ao objeto a ser interpretado: pois isso levaria a negligenciar sua [do objeto] autonomia e a prejudicar seu [do objeto] conhecimento, que aqui é essencialmente *recognição*, ou seja, assimilação congenial do objeto por parte do sujeito” (BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*, p. LV). Daí porque considere que a única interpretação que merece o nome é aquela que se pauta por um “comportamento ao mesmo tempo ético e teórico, que sob o aspecto negativo pode ser caracterizado como abnegação de si e distinguir-se por prescindir decisivamente dos próprios preconceitos e hábitos mentais que servem de obstáculo, enquanto sob o aspecto positivo deve ser caracterizado como a extensão e a capacidade de horizonte, que gera uma disposição congenial e fraterna para com aquilo que é objeto de interpretação” (BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*, p. LV). Nada poderia ser mais distante do *voluntarismo epistemicamente cético* que se tem aqui sob mira.

³⁶⁵ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, p. 136.

então o Direito não é consistente, admitindo contradições internas. Mas será mesmo que a inconsistência do sistema jurídico é uma impossibilidade? Não, pois ela é uma possibilidade até trivial, inclusive cogitada por Wittgenstein, ao falar de hipóteses nas quais a contradição seria “útil”, como a intenção de gerar perplexidade no destinatário da norma e como a tentativa de garantir a punição de alguém, fosse qual fosse a sua conduta³⁶⁶. Logo, rejeitar essa possibilidade em nível teórico significa projetar valor de racionalidade e consistência lógica ao Direito, assim como jusnaturalistas projetam outros tipos de valores (atinentes à justiça, ao bem *etc.*), o que frustraria o compromisso metodológico positivista de meramente descrever o Direito.

No âmbito deste debate, Andrei Marmor afirma que não existem normas derivadas (nem lógica, nem valorativamente derivadas), pois a existência de normas derivadas implicaria a premissa, para ele falsa, de que o ordenamento jurídico é intrínseca e necessariamente coerente³⁶⁷. A derivação cogitada seria assim: **a)** seja um sistema jurídico S constituído das normas N1, N2... Nn; **b)** se o conjunto de normas de S exigir logicamente Nx, então Nx integrará S (derivação lógica); e **c)** se o conjunto de normas de S pressupõe um valor moral V e se V requer Nx, então Nx integrará S (derivação moral-axiológica).

Um possível argumento em favor da tese de que ordenamentos jurídicos não são intrínseca e necessariamente consistentes – e de que, mais, são muito provavelmente inconsistentes – é o de que ordenamentos jurídicos produzidos por sociedades complexas: **a)** têm um número imensamente grande de dispositivos legais; **b)** estes dispositivos foram estabelecidos por diferentes autoridades, em diferentes momentos, visando a concretizar diferentes valores ou finalidades; e **c)** é praticamente impensável que Legisladores concretos deem conta de compatibilizar logicamente todos esses dispositivos, senão por nada ao menos

³⁶⁶ WITTGENSTEIN, L. *Philosophical Investigations*. Ed. G.E.M. Anscombe and R. Rhees, transc. By G.E.M. Anscombe. Oxford: Blackwell, 1964, capítulo III, *apud* MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, p. 129).

³⁶⁷ “Portanto, uma única questão que devemos perguntar agora é se faz sentido assumir, logicamente ou de alguma outra forma, que a lei seja necessariamente coerente. Uma resposta negativa a essa questão é dificilmente refutável” (MARMOR, Andrei. “Exclusive Legal Positivism”, *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, *apud* MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, p. 121). O argumento de Marmor pode ser impugnado mediante o ataque à primeira premissa (de que normas derivadas implicam a pressuposição de que o ordenamento jurídico seja coerente), ou à segunda (de que a assunção de coerência é falsa), caminhos seguidos respectivamente por Navarro e Rodríguez (no artigo *Entailed Norms, Legal Positivism and the Systematic Structure of Law*) e por Juliano Souza de Albuquerque Maranhão (no livro *Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo*).

porque existem casos de *conflitos normativos escondidos* (ou *meramente potenciais*), segundo nomenclatura empregada por Risto Hilpinen (*hidden normative conflicts*)³⁶⁸.

De outro lado, em favor da tese de que sistemas jurídicos devem, sim, ser considerados como intrinsecamente consistentes há o seguinte argumento: normas são promulgadas com certos objetivos e, portanto, não faria qualquer sentido que houvesse normas sabidamente incumpríveis, uma vez que é logicamente impossível dar cumprimento a comandos deônticos contraditórios. Ora, o sistema jurídico-normativo não lograria êxito em estabelecer razões jurídicas para a ação humana caso se admitisse contradição nos modais deônticos de suas normas: se uma ação é proibida e ao mesmo tempo facultada – ou pior ainda: obrigatória! –, então o projeto de guiar a conduta das pessoas já fracassou liminarmente, antes mesmo de começar. Também não bastaria dizer – como o fazem os enfoques teóricos da argumentação jurídica – que o Direito não seria racional, mas apenas razoável, e isso por duas razões: **a)** primeiro, porque haveria aí a falácia da imposição de um falso dilema, consistente na exigência de uma escolha – entre racionalidade e razoabilidade – ali onde nenhuma escolha exclusiva é logicamente obrigatória; e **b)** segundo, porque o próprio argumento acabaria por se trair, assim que confrontado com a prática jurídica real e concreta, em que, na maioria esmagadora dos casos, a racionalidade é condição *sine qua non* da razoabilidade.

Por difícil que seja esse debate a respeito da consistência lógica dos sistemas normativos, fato é que, ao menos fenomenologicamente, os Juízes continuamente se esforçam para compatibilizar as normas que interpretam e aplicam; nunca aceitam a possibilidade – talvez só teórica – de que o sistema normativo seja considerado como possivelmente inconsistente. E como o presente teste é de natureza fenomenológica, o que importa é que consistentemente se atribui consistência lógica ao conjunto de normas de um determinado sistema jurídico (aliás, é só por isso que se adota, justamente, a expressão “*sistema jurídico*”). E, se é assim, então a descrição inferencialista segundo a qual, em diversos casos, o Juiz prospecta normas implícitas (não as criando, exatamente) prevalecerá sobre a descrição cético-voluntarista, ao menos em boa quantidade de casos.

³⁶⁸ Juliano Souza de Albuquerque Maranhão cita o exemplo do conflito havido entre o art. 151, *c*, do Código de Águas (Decreto 24.643/34) e o art. 11 da Lei de Contratos Administrativos (Lei 8.987/95), conflito que só foi evidenciado de seu “esconderijo” (ou atualizado de sua mera potencialidade) pelo conflito de interesses entre concessionárias de rodovias e concessionárias de energia elétrica, assim estabelecido: enquanto aquelas pretendiam cobrar pelo uso das margens rodoviárias para a utilização de postes (com base no permissivo da LCA), estas defendiam a gratuidade decorrente de seu pretendido direito a servidões (com base no dispositivo do CA). Exemplo extraído de: MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, p. 131.

4.2.3 Conclusão sinótica dos testes fenomenológicos

Os testes fenomenológicos aplicados acima demonstraram que a tese cético-voluntarista sob exame, ao menos em sua feição mais radical, é incompatível com intuições, noções e compreensões bastante generalizadas a respeito das normas jurídicas e das decisões judiciais, tanto as do Povo, em geral, quanto inclusive as dos próprios Juízes e demais atores tecnicamente engajados nas práticas jurídicas. Segundo se apurou, as incongruências entre estas e a tese cético-voluntarista se deveriam, sobretudo, ao seguinte: **a)** as pessoas concebem que *i)* as normas criadas pelo Parlamento produzem efeitos independentemente da primeira interpretação judicial posterior à edição das leis que as estabelecem; *ii)* por essa razão, é papel do Juiz aplicar o Direito em conformidade com a lei, e não mediante exercício de qualquer discricionariedade; *iii)* até em virtude da grande heterogeneidade das decisões judiciais, seguir uma interpretação majoritária é mais um cálculo estratégico do que uma sensação de cumprir uma obrigação, tal como a despertada pela aprovação de uma lei; **b)** os Juízes, a seu turno, *i)* não diriam nem pensam que estão “criando normas gerais” ao interpretar o material linguístico-normativo; *ii)* sabem que podem e devem aplicar normas legisladas com as quais não concordam; *iii)* têm a pretensão de correção quanto à aplicação das normas constituídas pelas autoridades políticas competentes, de modo que, intencionalmente, buscam dizer o que o Direito já é, mesmo nos “casos difíceis”; *iv)* sabem que, se pudessem de fato escolher à vontade entre interpretações possíveis e equivalentes, não faria sentido que se esmerassem tanto em aprender a interpretar e a decidir cada vez melhor, pois, nesse caso, jamais poderiam errar; e **c)** a fenomenologia judicial dos “casos difíceis” ou “de penumbra”, em geral, não é tanto a de que, neles, o Juiz escolhe entre indiferentes jurídicos, discricionariamente, mas que escolhe a possibilidade interpretativa mais condizente com o sistema jurídico-normativo integralmente considerado, inferencialmente; e, como é evidente, o ânimo de inferir normas implícitas é distinto do de criar essas mesmas normas.

4.3 TESTES PRAGMÁTICOS: “É isso o que queremos que aconteça?”

O último tipo de teste a ser aplicado à tese cético-voluntarista é de ordem pragmática: depois de *i)* testar *semanticamente* a sua formulação que se tornou mais célebre e usual (“*A norma é resultado, não objeto, da interpretação.*”); de *ii)* testar *logicamente* a consistência e a validade silogística de algumas proposições e raciocínios céticos; de *iii)* testar *epistemicamente* a veracidade das descrições céticas acerca das práticas jurídicas, em geral, e das normas e sua

interpretação, em especial; e de *iv*) testar *fenomenologicamente* a compatibilidade dessas descrições com as intuições mais fundamentais e arraigadas acerca do Direito, tanto na comunidade leiga, quanto na comunidade especializada, é preciso, agora, testar *pragmaticamente* as consequências da tese cético-voluntarista aqui examinada, de modo a saber se elas são, em geral, almejadas como preferenciais, ou se ao menos podem ser consideradas como suficientemente boas³⁶⁹.

A rigor, é preciso reconhecer que essas consequências indesejadas serviriam de argumento não tanto contra o jusrealismo, cuja pretensão teórica é apenas a de *descrever* a nomopoiese judicial, ou seja, a de afirmá-la como um *puro fato* (por cujas consequências inevitáveis ele, como mero descritor, não poderá evidentemente responder), mas antes a determinadas correntes jusfilosóficas que, mais do que isso, prescrevem-no como um fato *desejável, preferível*³⁷⁰. Para ser mais claro: as consequências indesejáveis da atribuição de atividade nomopoiética aos Juízes (como a violação à separação dos Poderes e a diminuição da segurança jurídica, por exemplo) seriam oponíveis mais contra quem diz que os Juízes *devem poder* criar normas gerais (mesmo que eventualmente contra o sentido claro e indisputado dos textos normativos) do que contra quem se limita a dizer, correta ou incorretamente, que os Juízes *acabam por criá-las* ou que o fato de criá-las *é inevitável*³⁷¹.

Essa ressalva poderia fazer supor que a descrição cético-voluntarista passaria folgadoamente pelos testes pragmáticos, já que estes, então, nada lhe poderiam objetar e em nenhuma medida lhe poderiam desmentir ou censurar. Porém, não é assim tão simples: a descrição cético-voluntarista das práticas jurídicas é responsável por gerar consensos sobre supostos fatos (“*A norma é resultado, não objeto, da interpretação.*”, “*Os textos normativos*

³⁶⁹ Algumas consequências indesejáveis das teses cético-voluntaristas já foram antecipadas acima, quando da aplicação dos testes lógicos (tópico 3.2.2), ocasião em que foram explicitadas determinadas inferências necessárias não realizadas, que poderiam reduzir as referidas teses ao absurdo (*reductio ad absurdum*).

³⁷⁰ “Mais difícil do que demonstrar que existe o ‘poder discricionário’ no direito é demonstrar que isso é, não apenas inevitável, mas também algo de *bom*” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 224).

³⁷¹ Mesmo assim, conforme a distinção feita por José Lamego entre “logicismo” (formalista) e “instrumentalismo” (pragmatista), o jusrealismo, sobretudo o norte-americano, acaba por estar mais ao lado deste que daquele, ostentando, aqui e ali, notas pragmático-instrumentalistas: “No espaço da *commom law*, sobretudo nos Estados Unidos, o ataque ao logicismo formalista proveio inicialmente da *sociological jurisprudence* e da sua concepção ‘instrumentalista’ do Direito, isto é, da concepção do Direito como um meio para fins sociais” (LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, p. 201). O denominador comum entre o descritivismo jusrealista e prescritivismo pragmatista consiste justamente na noção de que os textos normativos (leis, precedentes *etc.*) não têm tanto peso nas práticas jurídicas e nas tomadas de decisão pelos Juízes; além disso, “[a] crítica ao logicismo formalista e à ciência jurídica convencional por parte do realismo jurídico norte-americano dos anos 20 e 30 do século XX estava ao serviço de um projecto social de progressismo reformistas, à altura corporizado nas políticas do *New Deal* de Franklin D. Roosevelt [...]” (LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, p. 202).

são indeterminados.” etc.), que, no entanto, constituem fatores de encorajamento tanto a) às teses prescritivas segundo as quais a atividade judicial deve mesmo ter a prerrogativa de criar normas gerais “benéficas à sociedade” (encorajamento teórico), quanto b) às performances judiciais ativistas, decisionistas, voluntaristas, hiperinterpretativistas etc. (encorajamento prático).

Em termos mais simples: mesmo que o ceticismo voluntarista não possa ser responsabilizado de forma direta ou completa pelas consequências dos fatos que, correta ou incorretamente, limita-se a descrever, não há dúvidas de que *alguma* responsabilidade, parcial e indireta, ele inequivocamente tem, sobretudo porque algumas de suas formulações mais célebres (“*Textos nada dizem por si mesmos.*”, “*Os textos não contêm normas: estas são retroativamente atribuídas a eles pelos intérpretes.*” etc.) reforçam e dignificam, filosoficamente, tanto as correntes pragmáticas que, como o chamado neoconstitucionalismo³⁷², apostam muito alto na atividade judicial e por isso lhe concedem muito poder, quanto pelas práticas judiciais que exorbitam seus limites saudáveis do ponto de vista institucional e constitucional.

Ora, se os textos nada dizem, então como poderia ser sequer possível que um Juiz julgasse *contra legem*? Se a norma é resultado da interpretação, por que motivo um Juiz investiria tantos esforços cognitivos para julgar corretamente, se é ele mesmo quem cria as normas que servirão de parâmetro de correção decisória? Se a linguagem natural é tão fortemente “indeterminada” como é hoje alardeado por amplo consenso teórico-prático, não estará aí justamente um bom motivo para que, apostando em suas boas intenções e na missão “iluminista” que de boa-fé crê desempenhar, o Juiz aplique não as normas estatuídas, mas as “normas” que ele considerar “melhores” em vista dos fins que julgar mais relevantes? Os supostos fatos descritos pelo ceticismo realista, acaso verdadeiros, não constituirão motivo suficiente a que os Juízes sempre atuem, ou possam atuar, *de lege ferenda*? Todas essas perguntas demonstram, enfim, que o ceticismo voluntarista não está totalmente protegido de ser avaliado sob a lente dos testes pragmáticos que lhe serão, por isso, aplicados a seguir.

³⁷² Conforme a síntese precisa de Marcelo Neves, o neoconstitucionalismo promove uma “mudança de foco: da regra ao princípio no que concerne ao fundamento normativo; da subsunção à ponderação relativamente ao fundamento metodológico; da justiça geral à justiça particular no referente ao fundamento axiológico; do poder legislativo (ou executivo) ao poder judiciário no tocante ao fundamento organizacional” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, p. 176).

4.3.1 A tese cético-voluntarista acaba por trair o constitucionalismo moderno e sua finalidade precípua de limitar o exercício do poder normativo do Estado/Soberano

O “Estado de Direito” foi a forma de Estado estipulada pelo constitucionalismo moderno, movimento político-ideológico deflagrado na segunda metade do século XVIII que tinha por objetivo a superação de duas características centrais do Antigo Regime³⁷³: **a)** a concentração quase que total do poder estatal nas mãos do Rei (absolutismo monárquico), mediante a tutela da liberdade individual em face do Estado, com a limitação e a tripartição³⁷⁴ do poder estatal; e **b)** a estratificação estamental da sociedade e seus privilégios, mediante a tutela da igualdade formal de todos os Cidadãos perante a lei³⁷⁵.

A formulação do Estado de Direito contou, segundo forte consenso historiográfico, com a contribuição decisiva da filosofia política de Immanuel Kant, sobretudo por contemplar, simultaneamente: **a)** a defesa da *liberdade individual em sentido negativo*, enquanto garantia do indivíduo tutelada pelo Direito contra o arbítrio estatal consistente tanto no cerceamento puro e simples da liberdade, quanto na imposição, pelo Estado, dos modos e meios pelos quais

³⁷³ “A constituição é a principal invenção da modernidade voltada a prover uma solução prática ao problema antigo de conciliar a necessidade de organizar um governo com a aspiração de assegurar o maior grau possível de autonomia e liberdade para as pessoas. É fruto da crença iluminista na capacidade das sociedades humanas de tomar a história nas mãos, projetar suas instituições e controlar os seus próprios destinos” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*, p. 70).

³⁷⁴ A tripartição dos Poderes foi desenhada de forma diversa entre a experiência constitucional inglesa e a continental: **a)** na primeira, John Locke se referia às funções “legislativa”, “executiva” e “federativa”, a primeira atribuída ao Parlamento e a segunda, ao Rei; a função “judicial” não era considerada suficientemente autônoma, estando umbilicalmente ligada à legislativa; e **b)** na segunda, Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau se referiam às funções “legislativa”, “executiva” e “judiciária”, estrutura em que os Juizes não têm participação na criação das normas gerais e em que suas decisões poderiam ser objeto de recurso à pronúncia popular. No desenho institucional francês, “[a] função legislativa produz normas gerais e abstratas e adota, via de regra, a lei; a função executiva exerce a realização dos interesses públicos e, em regra, assume a forma de decreto; a função jurisdicional, que normalmente se expressa com a sentença, resolve as controvérsias mediante a interpretação e a aplicação das normas jurídicas” (PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*, v. 1, p. 157).

³⁷⁵ O constitucionalismo é o “movimento político e ideológico na segunda metade do século XVIII com o objetivo histórico de superar os elementos constitutivos do absolutismo e com o desafio de construir não apenas novos regimes políticos, como também uma nova sociedade. Assim, frente à concentração do poder nas mãos do Rei que caracterizou as Monarquias absolutas, o movimento constitucional constituiu os três Poderes do novo Estado liberal (legislativo, executivo e judiciário) e proclamou a necessidade de separá-los, equilibrando e coordenando suas respectivas funções. Ademais, frente aos privilégios estamentais que definiram durante décadas à sociedade do *Ancien Régime*, o constitucionalismo proclamou os direitos do homem e do cidadão, começando pelo direito que todas as pessoas tinham à igualdade perante a lei” (PEGORARO, Lucio. *Glosario de Derecho público comparado*, p. 40, tradução livre, *apud* PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*, v. 1, p. 153).

as pessoas devem buscar a felicidade (Estado “paternalista”)³⁷⁶; trata-se de enxergar o Direito sobretudo como o meio apto a fazer com que as liberdades individuais coexistam, com um mínimo de intervenção estatal, o que revela clara inspiração liberal; e também **b)** a defesa da *liberdade individual em sentido positivo*, isto é, como autonomia constituída pela possibilidade de participação dos Cidadãos na criação das normas jurídicas gerais que regularão a sua conduta³⁷⁷.

Tendo em vista aquelas finalidades e esses motivos filosófico-políticos, o Estado de Direito endossado pelo constitucionalismo clássico foi desenhado tendo por base os seguintes pressupostos: **a)** a atividade estatal deve ser organizada e regulada em função de princípios racionais, sem o que é impossível uma ordem política justa; **b)** a finalidade do Estado não é a satisfação da vontade (nem da divina, nem da dos Governantes), mas sim e apenas a garantia da liberdade, da segurança e da propriedade dos Cidadãos; e **c)** os principais meios para o cumprimento desta finalidade são a divisão dos Poderes e o princípio da legalidade, segundo o qual o governo deve se pautar pela lei, estatuída que é – e só pode ser – pelos representantes legítimos da vontade popular³⁷⁸.

Como se vê, o movimento constitucionalista sempre buscou prevenir e combater todas as formas de arbítrio estatal, embasado que está, desde suas origens, na intuição moral de que a liberdade individual, mesmo não sendo absoluta, só deve ser limitada pelas liberdades dos demais Cidadãos, nunca pela discricionariedade volitiva e irracional de quem governa. Além disso, a criação de normas gerais – que justamente limitam essa liberdade individual – só poderia ser legítima caso fosse feita não apenas de modo racional e justificado, mas também pelos representantes do Povo. Em suma, a compreensão fundamental do constitucionalismo é

³⁷⁶ “Kant concebe a liberdade política como aquela situação ‘na qual ninguém pode obrigar-me a ser feliz a seu modo (como ele imagina o bem-estar dos outros homens), mas que cada um pode buscar sua felicidade pessoal da forma que melhor lhe pareça, desde que, ao fazê-lo, não viole a liberdade dos demais de tender a esta finalidade, de modo que sua liberdade possa coexistir com a de qualquer outro [...]’. Diante disso, o governo paternalista (*imperium paternale*) cujos súditos, como se fossem menores de idade, devem comportar-se passivamente e esperar do chefe de Estado a determinação do modo em que devem ser felizes ‘constitui o pior despotismo que se pode imaginar’ (KANT, Immanuel. “Ueber den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie tichtig sein, taugt aber nicht für die Praxis”. In: *Kants gesammelte Schriften*, organizado por Preussische Akademie der Wissenschaften, citado pela reprodução fotomecânica do editor Walter de Gruyter, Berlim, 1969, v. VIII, p. 290, *apud* PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Direitos humanos, Estado de direito e Constituição*, p. 205).

³⁷⁷ Para Kant, “[o] Estado deve estar embasado, portanto, na participação ou no consenso dos cidadãos e disso depende a legitimidade das leis” (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Direitos humanos, Estado de direito e Constituição*, p. 206).

³⁷⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Direitos humanos, Estado de direito e Constituição*, p. 210.

que o exercício do poder de Estado só é legítimo caso seja, também, *limitado* (pela razão, pela representação popular *etc.*): o fator básico de legitimação é sempre algum tipo de *limite*.

Como é fácil perceber, muitos desses compromissos (limitação do poder normativo do Estado, prestígio da representação popular pelo Parlamento, tutela da liberdade individual contra o arbítrio volitivo dos Governantes *etc.*) são frustrados em boa medida quando se passa a supor que *i*) quem realmente cria as normas gerais são os “intérpretes” (especialmente os Juízes, pela autoridade de sua interpretação) e que *ii*) essa “criação” é feita tendo por critério a vontade do intérprete, que seleciona o sentido da lei que mais lhe apraz, em função de quaisquer padrões extralegais que deseje considerar³⁷⁹.

Isso porque esse tipo e modo de nomopoiese é, ao mesmo tempo: *i*) *arbitrário*, porque assentado na vontade, e não na razão; *ii*) *não democrático*, porque feito por autoridades que não representam a vontade popular; e *iii*) *instável*, porque passível de frustrar as legítimas expectativas de que os sentidos claros da lei sejam seguidos quando da aplicação do Direito aos casos submetidos à jurisdição. E o pior é que, nessa hipótese, isso tudo é feito “em nome da Constituição”, ou seja, justamente do instrumento e do símbolo, por excelência, do combate ao arbítrio do poder de Estado.

Assim, o incremento do poder conferido à “interpretação” (ao ponto de inclusive desvirtuar sua própria natureza e função) e o consequente laxismo quanto aos requisitos de legitimidade da atividade judicial são fatores que acabam por gerar uma inversão clara e completa da finalidade mais básica do constitucionalismo moderno: se lá a Constituição tinha como finalidade a limitação do poder do Estado, hoje as Constituições são utilizadas como meros fatores *textuais* (ou, mais sinceramente, “*pretextuais*”) para a ampliação do poder do Estado, mediante a promulgação “branca”, “invisível”, de normas gerais por aqueles que, não sendo representantes do Povo, deveriam aplicá-las da forma mais objetiva possível: os Juízes.

³⁷⁹ Demonstrando como o neoconstitucionalismo (corrente encorajada, ou parcialmente amparada, pelas teses cético-voluntaristas) trai o movimento constitucionalista: “a invocação retórica dos princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros, seja na forma de absolutização de princípios ou na forma da compulsão ponderadora, além de implicar um modelo simplificador, pode servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico, p. 196). Para o autor, “há um estilo *ad hoc* de argumentar na jurisprudência constitucional brasileira”, de modo que “a principiologia e o modelo de sopesamento, se adotados de forma muito maleável e tecnicamente imprecisa, atuam como um estimulante de um ‘casuísmo’ descomprometido com a força normativa da constituição e a autoconsistência constitucional do sistema jurídico” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico, p. 201).

De órgãos de controle, os Tribunais Constitucionais passaram a ser órgãos com poder normativo positivo, verdadeiramente legiferante e cada vez mais invasivo e dotado de iniciativa, mas com uma diferença: as “normas” por eles “criadas” não se submetem a nenhum tipo de controle, ao contrário das criadas pelo Parlamento. Sob o pretexto de meramente “interpretar” os textos normativos, os Tribunais podem criar normas, mas já sem o inconveniente de se submeterem a crítica, a procedimentos legislativos rigorosos e a controle externo, tudo sob a capa especiosa da “interpretação”. Isso só se reforça com a má metodologia que aposta na hipertrofia dos princípios e na paralela e consequente atrofia das regras, tão ao gosto do neoconstitucionalismo e seu pragmatismo instrumentalista rigorosamente maquiavélico, em que os fins pretensamente justificam qualquer decisão e qualquer metodologia jurídica que ela empregue³⁸⁰.

Humberto Ávila demonstrou que práticas interpretativo-decisórias assim descontroladas acabam por frustrar os seguintes fundamentos do Estado Constitucional: **a)** a *dignidade humana*, pois retiram das pessoas a autonomia necessária para que possam conceber seus próprios desígnios; **b)** a *liberdade*, pois causam constantes surpresas e frustrações nas expectativas normativas geradas pela lei, o que impede que as pessoas escolham de forma minimamente informada e segura quais ações pretendem praticar e quais consequências aceitam suportar, o que é pressuposto da liberdade; **c)** a própria ideia de um *Estado de Direito*, pois comprometem severamente que as normas sejam: compreendidas pelos Cidadãos; estáveis, sobretudo as hierarquicamente superiores; não contraditórias; iguais para todos; dotadas apenas de eficácia prospectiva; e efetivas; **d)** a *democracia*, pois não permitem que as pessoas tenham participação (direta ou representada) na formação das normas; **e)** a *separação dos Poderes*, pois costumam violar ou desconsiderar os significados mínimos das decisões tomadas pelo Legislador, que, nesses casos, acaba simplesmente substituído pelo Juiz; e **f)** os *direitos fundamentais*, pois, comprometendo os valores acima (dignidade, liberdade, legalidade,

³⁸⁰ “O fato é que em muitos países latinos esse ideal de cidade sem lei, mas com princípios, ganha espaço nas cadeiras e nos tribunais, onde a justiça acaba sendo imposta por um xerife togado indicado pelos mais poderosos proprietários de terras. O Velho Oeste volta e quem sabe se volta a conter os índios, a turba que quer recuperar o território que segundo a Constituição lhes pertence e que as constituições chamam de soberania popular ou princípio democrático. Sim, princípio, precisamente” (GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Precedentes vinculantes en un Derecho de normas esencialmente derrotables?”, em prefácio ao livro *El sentido del “precedente judicial obligatorio”*, de Diego León Gómez Martínez, disponível em <<https://www.si-lex.es/precedentes-vinculantes-en-un-derecho-de-normas-esencialmente-derrotables>>, último acesso em 19.12.2022, tradução livre).

democracia *etc.*), acabam violando mecanismos muito básicos de defesa do indivíduo contra o arbítrio estatal³⁸¹.

Tem-se em vista aqui não tanto o jusrealismo, mas o neoconstitucionalismo (embora este se alimente de muitas teses jusrealistas e nelas busque se respaldar), ideologia político-jurídica que, paradoxalmente, invoca a Constituição para *aumentar o poder* de se criarem normas gerais, aliás por agentes públicos destituídos de representatividade popular. Daí porque se tenha afirmado, com um inteligente trocadilho, que o “neoconstitucionalismo” é, em verdade, um “não constitucionalismo”³⁸², já que a ampliação desmesurada do poder interpretativo acaba por exercer uma eficácia corrosiva na normatividade da Constituição e, no limite, uma inversão do propósito autenticamente constitucionalista de oferecer garantias à pessoa humana concreta em face do arbítrio estatal.

Então, antes de se aceitar *in abstracto* a premissa cético-voluntarista, é preciso estar consciente de que uma de suas consequências é o *encorajamento teórico* e a *dignificação filosófica* de práticas jurisdicionais descontroladas porque fundadas em “interpretações” muito elásticas, que acabam por tornar o constitucionalismo não um *limite* ao exercício do poder estatal de regular condutas mediante o cerceamento das liberdades individuais, mas justamente um *ensejo obsequioso* para tal, cujos resultados são tão imprevisíveis quanto são supostamente “indeterminados” os textos normativos.

³⁸¹ “[...] até aqui foi demonstrado que o indivíduo só tem liberdade quando tem capacidade de saber sobre o que decidir, de querer conscientemente decidir em determinado sentido e de arcar responsabilmente com as consequências de sua decisão. Foi também sustentado que ao indivíduo não é dado exercer plenamente sua liberdade quando o Direito não é conhecido, compreendido, estável, não contraditório, igualitário, prospectivo e eficaz; quando ele, indivíduo, não conhece nem compreende o conteúdo do Direito, não tendo assegurados no presente os direitos que conquistou no passado e não podendo razoavelmente calcular as consequências que serão aplicadas no futuro relativamente aos atos que praticar no presente; quando ele, direta ou indiretamente, não participa da conformação do Direito e tem sua liberdade restringida por outros meios que não uma lei determinada e prévia; quando o intérprete desconsidera os significados mínimos dos dispositivos introduzidos pelo legislador, o modo como este normatizou a matéria e os efeitos que sua interpretação provocará nos direitos fundamentais do indivíduo, criando regras gerais em lugar de escolher um dos significados possíveis dos dispositivos editados pelo legislador; e quando esse mesmo intérprete deixa de atribuir força normativa aos direitos fundamentais por não deixar que cumpram sua função de direitos de defesa, de prestação, de participação, de garantias institucionais e de ordem objetiva de valores” (ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*, p. 31).

³⁸² Para Ávila, o neoconstitucionalismo “está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, uma espécie enrustida de ‘não constitucionalismo’: um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização” (ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, p. 19).

4.3.2 A insegurança jurídica e a aplicação retroativa de normas em tese criadas pelo Juiz

Já se viu acima, nos testes lógicos (item 3.2.2, letra *c*), que uma das consequências inevitáveis da tese cético-voluntarista aqui analisada é a de que não existe, realmente, algo como uma aplicação judicial de normas legisladas, mas apenas e inevitavelmente a imposição retroativa de normas criadas judicialmente *ex post facto*.

A irretroatividade das normas não é apenas uma cultura jurídica dentre outras possíveis: trata-se de um consenso bastante generalizado – senão unânime – quanto a um verdadeiro *marco civilizatório* em termos de segurança jurídica³⁸³: não é razoável que as pessoas planejem suas ações em vista das normas atualmente existentes, para, depois, virem a ser julgadas com base em outras, criadas pela autoridade estatal (pior ainda se não representativa) somente depois de consumada a ação e, pior, de modo muitas vezes *ad hoc*, imprevisível.

Aliás, a eficácia *prospectiva* das normas constitui um verdadeiro axioma em qualquer prática jurídica minimamente civilizada porque se se admitisse a eficácia *retroativa* restaria frontalmente violada a *liberdade* e, também, a própria *racionalidade*. Não seria dado a ninguém a mais elementar das garantias: poder tomar decisões racionais (livres e informadas, livres *porque* informadas) a respeito de sua conduta, escolhendo quais sanções suportar e quais não. Todo critério que pudesse nortear alguém a respeito de como agir seria *completamente aleatório* ou, na melhor das hipóteses, *meramente provável* (sendo muito sugestivo, a propósito disso, que o jusrealismo norte-americano expressamente defina o Direito como aquilo que os Tribunais *provavelmente* dirão que ele é).

Novamente, é preciso reconhecer que a chave metodológica do jusrealismo não diz que seja bom, ou preferencial, que as normas sejam criadas pelo Juiz (e, então, consequentemente aplicadas de modo retroativo aos casos concretos), mas apenas que seja factualmente assim. Mas, de novo também, é preciso mostrar que o *encorajamento teórico* que as teses cético-voluntaristas dão a ideologias prescritivas como o neoconstitucionalismo, o pragmatismo instrumentalista *etc.* é um fator suficiente a que o presente teste pragmático seja aplicável a elas pelo menos em boa medida.

³⁸³ “Segurança jurídica existe precisamente quando o indivíduo conhece e compreende o conteúdo do Direito, quando tem assegurados no presente os direitos que conquistou no passado e quando pode razoavelmente calcular as consequências que serão aplicadas no futuro relativamente aos atos que praticar no presente” (ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*, p. 21).

Previsivelmente, poderá ser feita a seguinte objeção: é falsa a premissa de que não existem normas agora que possam nortear a conduta social, pois elas existem, apenas tendo sido criadas pelos Tribunais, não pelo Parlamento. Porém, essa tentativa de evitar a consequência da retroatividade normativa padece de dois problemas: **a)** primeiro: de *contradição*, ao se negar nomopoiese à lei (sob o fundamento de que ela é escrita em linguagem natural), mas atribuí-la às decisões judiciais (que, no entanto, também são escritas em linguagem natural); e **b)** segundo: de *insuficiência*, já que a existência de decisões reiteradas não resolve o problema da insegurança de como agir agora, na medida em que mesmo elas admitem e exigem “interpretações”, que podem desencadear *distinguishing* ou *overruling* que frustem as legítimas expectativas normativas criadas anteriormente.

Então, não há como fugir de escolher uma de duas possibilidades: ou **a)** a linguagem natural é dotada da condição de criar normas gerais que, de modo prévio e prospectivo, orientem as decisões livres dos Cidadãos sobre como agir; ou **b)** ela não tem esse poder nomopoiético, em virtude de sua “indeterminação”. Caso se escolha a primeira, não haverá motivo para que se negue à lei a condição de criar normas gerais; e se se escolher a segunda, será impossível atribuir tal condição às decisões judiciais.

Fica assim demonstrado que, se for verdade que não existem normas antes da interpretação (judicial) dos textos normativos, então será também verdade que todas as normas serão sempre impostas, a cada caso, de forma inevitavelmente retroativa (*ex tunc*), o que constitui uma consequência universalmente reconhecida como injusta, irrazoável, absurda. Essa consequência, mesmo que não possa ser censurada no jusrealismo, diretamente, como uma de suas prescrições, ao menos o poderá ser, indiretamente, como uma consequência a que ele empresta alguma dignidade ao menos em nível teórico-filosófico.

4.3.3 O caráter fundamentalmente não democrático da nomopoiese judicial

O princípio democrático constitui outro importante – e já muito conhecido – teste pragmático ao qual se podem submeter as teses, descritivas e prescritivas, a respeito das práticas jurídicas. Sobre o tema, pode-se dizer o seguinte:

a) De forma algo simplória, mas não por isso menos instrutiva, seria possível estabelecer a seguinte relação entre o esquema tripartite de divisão dos Poderes, de um lado, e as três formas de Governo mais conhecidas, de outro: o Executivo estaria relacionado à Monarquia, o

Judiciário à Aristocracia³⁸⁴ e o Legislativo à República ou à Democracia. Em outros termos, os Estados modernos e contemporâneos acabam por contemplar – de forma compartilhada, tensional e eventualmente conflituosa – três formas fundamentalmente diversas de se conceber o exercício do poder estatal, em geral, e a criação e a aplicação do Direito, em especial.

Esquemática o quanto seja essa relação, fato é que não parece haver mais dúvida séria quanto ao fato de não se poder atribuir exclusiva ou ultimamente ao Judiciário o poder de “atribuir sentido” aos textos normativos, nem mesmo os de índole constitucional³⁸⁵. Também não se pode mais duvidar honestamente de que as interpretações judiciais, para serem legítimas, devem sempre observar certos limites³⁸⁶, já que é – só e sempre – algum tipo de limite o que pode tornar legítimo o exercício do poder estatal, como visto. Ora, considerando que a lei estabelece padrões normativos que obrigam e proíbem, isto é, que limitam as liberdades individuais ao regular o comportamento social, não é razoável que o Povo não possa ter um papel muito relevante na criação dessas normas, seja diretamente, seja mediante

³⁸⁴ “[...] o subsistema constitucional jurisdicional contém um *quid* ineliminável (quase um ‘mal necessário’) de aristocraticidade. Não obstante, esse *quid* impede a degradação do Judiciário por um ‘despotismo eleitoreiro’. [...] Daí a necessidade de uma ‘compensação’, que se faz exigindo-se de juízes e tribunais – seja no julgar, seja no proceder – uma fidelidade canina à Constituição e às leis” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. O Poder Judiciário diante da soberania popular: o impasse entre a democracia e a aristocracia. *Dr. Eduardo José da Fonseca Costa*, 2020. Disponível em: <<https://www.eduardojfcosta.com.br/artigos/o-poder-judiciario-diante-da-soberania-popular-o-impasse-entre-a-democracia-e-a-aristocracia/>>, último acesso em 16.12.2022).

³⁸⁵ Luiz Guilherme Marinoni, em sua última e magistral obra, dedicou extensas laudas à refutação das ideologias da supremacia judicial e da “última palavra” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*, pp. 43 e seguintes).

³⁸⁶ Há um duplo sentido na expressão “limites da interpretação judicial”: **a)** de um lado, há limites *em sentido descritivo* ou *factual*, ou seja, limites *que simplesmente existem e se põe enquanto tais* (características conjunturais da jurisdição, do Poder Judiciário, da realidade, do caso concreto ou de qualquer outro âmbito relevante de análise *etc.*); os limites descritivos não podem ser superados pelo Juiz; e **b)** de outro lado, há limites *em sentido prescriptivo* ou *normativo*, isto é, limites *que devem ser considerados como imprescindíveis à legitimidade da decisão judicial* (adstrição à função jurisdicional, dever de fundamentação, respeito ao procedimento, ao contraditório *etc.*); os limites prescriptivos, ao contrário dos descritivos, podem ser factualmente desconsiderados ou desobedecidos pelo Juiz.

representação³⁸⁷. Também não há motivo sério que imponha a conclusão de que a interpretação dos Tribunais é a *mais correta* e, pior ainda, *definitivamente última* a respeito do significado das leis e de sua compatibilidade ou não com a Constituição.

b) Em nossa história constitucional, a tese da “última palavra” não é nova: já Rui Barbosa dizia que, mesmo sendo falível o Supremo Tribunal Federal, “a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último”³⁸⁸, formulação que, por sua elegância estética e atratividade retórica (ambas independentes de veracidade), produz ecos até hoje nas decisões da Corte, que, sem titubear, afirma ter o “monopólio da última palavra” sobre o sentido da Constituição³⁸⁹. Sintomática, a esse respeito, foi a fala do Ministro Dias Toffoli, no 9º Fórum Jurídico de Lisboa, em 16.11.2021, segundo a qual “nós [brasileiros] já temos um semipresidencialismo com um controle de poder moderador, que hoje é exercido pelo Supremo Tribunal Federal”³⁹⁰. Igualmente sintomática foi a publicação feita pelo ex-Ministro Carlos Ayres Britto, no *Twitter*, em 17.07.2022, em que levou tão a sério e ao pé-da-letra o adjetivo “Supremo” utilizado pela Constituição para nomear a Corte Constitucional, que desse fato *meramente nominal* fez derivar uma *proposição teórica* muito ambiciosa: a de que o Supremo Tribunal Federal seria “superior” ao Congresso Nacional e à Presidência da República em

³⁸⁷ A última e já referida obra de Luiz Guilherme Marinoni teve precisamente essa preocupação como pano de fundo para toda a sua longa extensão, como já antecipa o seu título (MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*): **a)** “Não parece existir dúvida que não há motivo para deferir exclusivamente ao Judiciário o poder de atribuir sentido à Constituição. Afinal, a lei constitucional disciplina os fundamentos da vida em sociedade e, assim, não pode ser interpretada a distância da participação do povo, e nem mesmo tem como deixar de ser interpretada pelo Executivo e, especialmente, pelo Legislativo” (p. 139); **b)** “[...] a democracia, além de exigir o compartilhamento da interpretação constitucional, *não pode ser limitada por uma decisão judicial inoportuna ou prematura*” (p. 140); **c)** “Uma forma de garantir o respeito mútuo, elemento essencial da democracia deliberativa, é decidir apenas o necessário, deixando-se de aprofundar o tema para não inibir a discussão popular e a atuação parlamentar” (p. 141); **d)** “A democracia deliberativa propõe uma concepção de controle de constitucionalidade ou de revisão judicial que, não obstante admita a invalidação de decisões legislativas, *vê o controle como uma ‘delegação’ e não como uma ‘alienação’ da autoridade popular*” (p. 142); e **e)** “Em poucas palavras, a decisão da Corte, nessas situações [nas de interpretação de cláusulas constitucionais de “grande abstração”], além de atribuir novo significado à Constituição, resolve algo que não lhe diz exclusivo respeito, mas, ao contrário, pertence claramente ao povo e, por conta disso, aos seus representantes eleitos” (p. 144).

³⁸⁸ BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos*, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*, p. 43.

³⁸⁹ STF, Plenário, MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04.10.2007.

³⁹⁰ Notícia acessada no seguinte link: <<https://www.gazetadopovo.com.br/república/breves/toffoli-diz-que-brasil-vive-semipresidencialismo-com-stf-como-poder-moderador/>>, último acesso em 14.12.2022.

algum sentido muito relevante³⁹¹. Essa ideia, porém, simplesmente inverte a noção – bem mais intuitiva – de que essas duas últimas instituições, do ponto de vista democrático, é que mereceriam maior deferência quanto à criação de normas gerais, já que seus titulares são eleitos pelo Povo.

Contudo, essas noções supremacistas confundem a mera *eficácia obrigatória* das decisões do Supremo Tribunal Federal (seja para as partes do caso, seja para os Tribunais e Juízes, acaso se trate de precedente vinculante) com o *acerto interpretativo-normativo* e, ainda, com a *prevalência do Poder Judiciário sobre o Legislativo*. Contudo, uma coisa (eficácia obrigatória) não implica nem uma coisa (correção interpretativa), nem outra (superioridade intrínseca e definitiva de um Poder sobre outro), como é evidente³⁹².

Daí porque a interpretação da Constituição – sobretudo de seus dispositivos mais vagos e indeterminados – deva ser um processo *o mais democratizado possível*, o que jamais ocorrerá se se entender que ao Judiciário é dado proferir decisões que, de forma abrupta, isolada e vertical, encerrem – pior ainda se precocemente – os diálogos e debates havidos na sociedade (de modo geral), nas demais instituições de Estado (de modo especial) e no Parlamento (de modo especialíssimo)³⁹³.

c) A ideia, aqui, é a de que existem questões que não podem dispensar, em hipótese alguma, a participação popular (direta ou representada); e uma delas é, sem dúvida, a criação de direitos e obrigações, sobretudo quando versam sobre disputas morais profundas³⁹⁴. Trata-

³⁹¹ O ex-Ministro fez a seguinte publicação: “Fundamental para ordenar o pensamento é entender que, na Constituição de 1988, não há um Supremo Congresso Nacional, menos ainda um Supremo Presidente da República, porém um Supremo Tribunal Federal”. Esse argumento, porém, incorre na falácia de apelar para a mera nomenclatura de uma instituição (como se isso tivesse alguma relevância) e, pior, desconsidera o fato óbvio de que, se a Constituição não adjetivou de “supremo” nem o Congresso, nem o Presidente, é pela razão muito trivial de que não há outros Congressos e outros Presidentes da República, como há outros Tribunais.

³⁹² “O argumento de Rui [de que o Supremo Tribunal Federal é aquele que pode errar por último] é válido única e exclusivamente para sustentar a eficácia obrigatória das decisões constitucionais sobre os Tribunais e os Juízes, *mas não sobre o Parlamento*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*, p. 43).

³⁹³ “A atribuição de significado à Constituição deve contar com a participação da vontade do povo e dos seus representantes. Isso quer dizer que o Judiciário, em determinadas hipóteses, deve ser deferente às decisões parlamentares, e que a definição da interpretação constitucional deve se submeter à participação popular e ao diálogo institucional, a exigir uma renovada elaboração dogmática capaz de expressar como o processo constitucional deve se comportar” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*, p. 46).

³⁹⁴ Para Jeremy Waldron, a participação democrática é severamente comprometida quando as decisões fundamentais da sociedade são transferidas do Parlamento para a Corte Constitucional, ou seja, “do povo e de suas instituições representativas, que se pode admitir imperfeitas, para um punhado de homens e mulheres supostamente sábios, estudiosos, virtuosos e de altos princípios que, pensa-se, são os únicos confiáveis para levar a sério essas grandes questões” (WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*, p. 213, tradução livre).

se, muito simplesmente, do direito de *participar* da criação dos direitos e, ainda mais, do “direito de *decidir* o resultado normativo”³⁹⁵. Aliás, não deixa de ser irônico que a pretensa “função iluminista” da jurisdição constitucional consista, justamente, numa negação cabal das ideias *realmente* iluministas – isto é, *historicamente* iluministas: para Kant, como visto, o Estado não pode ser paternalista, donde se infere que o iluminismo autêntico decididamente recusaria a ideia de um Tribunal que arrogasse para si o papel de exercer “paternalismo jurídico”, por mais bem intencionado que seja ou pretenda ser. Ali onde os indivíduos são tutelados como incapazes por autoridades – pior ainda se não eleitas –, não há prestígio algum ao ideal iluminista da emancipação e do autogoverno, mas exatamente o contrário disso: uma sua antítese perfeita. Este ideal pressupõe, necessariamente, a ideia de que os Cidadãos devem participar o mais possível do processo de criação de normas gerais³⁹⁶.

A propósito, o problema da legitimidade democrática da “criação judicial de normas” não foi identificado apenas a partir do momento histórico em que as Constituições e o princípio democrático passaram a ter a centralidade e a relevância que ostentam nos arranjos político-jurídicos mais recentes: esse problema foi, então, apenas agudizado, intensificado, tratando-se de mais um dos problemas persistentes de Filosofia Política e Filosofia do Direito³⁹⁷.

Em suma, a ideia subjacente ao teste ora aplicado é a de que “a legislação é o resultado do exercício do poder legislativo por parte do Congresso [...] e do exercício, por parte do Presidente, do seu poder constitucional de aprovação do texto (votado pelo Congresso)”, conforme bem sintetizado, já há décadas, pelo *Justice* Frankfurter, no caso *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 83 (1958), cujo voto concluiu, em arremate: “Respeitar a legislação significa respeitar a

³⁹⁵ Ver a esse respeito: MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*, pp. 83-85. Também nesse sentido: “[...] tudo isto são questões que a lei não quer ver respondidas através de uma valoração eminentemente pessoal do juiz. A lei aqui é antes de opinião de que há concepções morais dominantes pelas quais o juiz se deve deixar orientar” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 237).

³⁹⁶ “O Estado não pode infantilizar seus concidadãos (*paternalismo estatal*), tratando-os como se não fossem capazes de escolher seus projetos de vida [...]. Ora, decidir por si mesmo significa que o Legislativo decida (não o Judiciário), afinal, os mandatários do povo foram sufragados nas urnas para receber um mandato popular. Logo, quando a lei decide um desacordo moral, é o próprio povo, encarnado no Parlamento, que decidiu a respeito dele” (FONTELES, Samuel Sales. *Hermenêutica constitucional*, p. 62).

³⁹⁷ “Na teoria política, o problema para o qual a teoria constitucional é apresentada como solução é que, na medida em que pode ser garantida e imposta pelos tribunais, a Constituição confere aos juizes um poder fora do comum. Esse fato já era considerado problemático muito antes de o princípio democrático alcançar o lugar central que hoje ocupa em nosso conceito de governo” (POSNER, Richard Allen. *A problemática da teoria moral e jurídica*, p. 230).

atividade dos dois ramos do nosso governo diretamente responsáveis em face à vontade do povo”³⁹⁸.

Não se trata de mero formalismo descompromissado com os valores materiais ou substanciais que, de forma genérica e abstrata, muitas vezes são considerados suficientes à legitimação de qualquer decisão judicial, tomada em qualquer sentido e para resolver qualquer caso concreto. Ora, a participação popular (direta ou representada) na formação dos consensos e das normas jurídicas que regularão o comportamento social *é, ela mesma, um valor material ou substancial* a ser imprescindivelmente tutelado pelos procedimentos democráticos³⁹⁹.

Além disso, invocar práticas jurídicas bem situadas no âmbito do *common law* para justificá-las também no ambiente das conformações jurídico-políticas do *civil law* constitui um expediente metodologicamente inidôneo⁴⁰⁰, em virtude da diferença que há, entre os dois sistemas, em termos de predominância hierárquica entre as fontes do Direito, de modos de recrutamento de Juízes, de cultura jurídica *etc.* É verdade que os dois sistemas já não são mais tão nitidamente recortados, havendo intercâmbios, aproximações e hibridizações entre ambos, nos vários sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos; mesmo assim, as diferenças de ênfases e predominâncias, ao menos no fundo da cultura jurídica de cada país, já bastam para justificar que se tenha cautela nas comparações e importações apressadas de elementos de um sistema para outro.

Seja como for, não podem ser desconsiderados os seguintes fatos, muito eloquentes por si mesmos: *i)* a *norma suprema*, na totalidade dos países ocidentais, mesmo no *common law*, é fruto da produção legislativa, não judiciária: a Constituição; e *ii)* no Brasil, matérias consideradas especialmente sensíveis pela Constituição são por ela *reservadas à competência legislativa* (reserva de lei formal), para não falar do alcance geral do princípio da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude *de lei*

³⁹⁸ O voto foi acessado no link <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/86/>>, em 10.12.2022, constando do texto principal em tradução livre.

³⁹⁹ “Embora a velha concepção da lei como instrumento de autogoverno popular tenha caído em descrédito sob os estragos da crítica realista, é verdade que em uma democracia essa concepção é menos infundada e ilusória do que em qualquer outro regime. Por isso, como expressão de direitos democráticos, a lei deve ser reconhecida como tendo valor em si, independentemente de seu conteúdo e de seus vínculos de derivação com os preceitos constitucionais” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, p. 151, tradução livre).

⁴⁰⁰ “Os direitos romanistas fundamentam-se na codificação das regras e a lei absorve um papel determinante no ordenamento jurídico. Ao contrário, os sistemas de *common law* baseiam-se essencialmente no direito jurisprudencial. A lei, que também assumiu grande relevância naqueles sistemas, não ocupa, porém, uma posição privilegiada no sistema das fontes, ao passo que o direito de origem jurisprudencial mostra ter um fundamento próprio e autônomo. Parece, então, profunda a diversidade no que atine à organização das Cortes e do processo” (PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo, *Sistemas constitucionais comparados*, v. 1, p. 317).

(art. 5º, II, da CR), e não em virtude *de normas*, mesmo que se conceda a premissa de que Juízes criam normas gerais.

d) Ainda sobre o princípio democrático, é preciso desfazer um mal-entendido, ou uma associação comum, mas já definitivamente desmentida, entre juspositivismo (com sua tese da separação entre Direito e Moral) e autoritarismo. Em geral, são as abordagens substancialistas do Direito (segundo as quais a moralidade é fonte suficiente de Direito) que, elas sim, admitem grande flexibilidade retórica na construção dos argumentos jurídicos, o que faz com que sejam particularmente interessantes para a legitimação, também retórica, de regimes totalitários. Seus defensores olham “de cima” a legislação democraticamente construída, com o desprezo aristocrático de quem se crê possuidor de “luzes” que faltam à plebe, num neoiluminismo postíco e autoritário que se pretende apoiado na razão, nas intuições e no senso de certeza presunçosa que a ideologia gratuitamente lhe fornece e garante.

Em nossa história há um precedente particularmente ilustrativo a esse respeito: o constitucionalismo autoritário do Estado Novo (1937 a 1946), cujos defensores (Juristas e ideólogos, por vezes as mesmas pessoas) atacavam contundentemente a aplicação “mecanicista” da lei e faziam clara apologia a uma interpretação judicial “mais flexível”⁴⁰¹.

E, na história ainda mais trágica do Direito Nazista⁴⁰², é já bem conhecido o fato de que sua metodologia interpretativa era operada não tanto segundo regras, mas segundo comandos marcadamente genéricos, vagos e indeterminados, que, embora muito sonoros aos ouvidos sensíveis à retórica, sempre foram estrategicamente muito úteis, senão imprescindíveis, à fundamentação meramente aparente do arbítrio e da imposição da própria vontade.

Isso se explica muito facilmente: a *forma*, inclusive a de natureza procedimental, é “a inimiga jurada da arbitrariedade e a irmã gêmea da liberdade”, segundo a clássica formulação

⁴⁰¹ “Através da tinta da intelectualidade autoritária foram expandidos os limites da interpretação judicial, rompendo-se com a ortodoxia liberal (brasileira) de interpretação judicial”, tudo para “fixar a pecha de formalismo jurídico (em) qualquer forma de organização liberal e democrática do Estado, da Política e do Direito” (ROSENFELD, Luis. *Revolução Conservadora: genealogia do Constitucionalismo Autoritário Brasileiro* [1930-1945]. Porto Alegre: ediPUCRS, 2021, pp. 71 e 199).

⁴⁰² “Durante o nacional-socialismo, foram precisamente os juristas que proclamaram a importância de princípios orientados por valores e teleologias, especialmente nos termos da tradição hegeliana, que pontificaram nas cátedras. Autores ditos ‘formalistas’, os quais Hauke Brunkhorst relacionou sugestivamente ao ‘positivismo jurídico democrático’, destacando-se Hans Kelsen, foram banidos de suas cátedras ou não tiveram acesso ao espaço acadêmico. Evidentemente, para o ‘Führer’, um modelo com ênfase em regras constitucionais e legais seria praticamente desastroso” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, p. 173). A tese de doutoramento de Rodrigo Borges Valadão é definitiva a esse respeito, com ampla documentação historiográfica: VALADÃO, Rodrigo Borges. *Positivismo jurídico e nazismo: formação, refutação e superação da lenda do positivismo*.

de Rudolf von Jhering⁴⁰³. Sistemas jurídicos dotados de um alto coeficiente de formalização sempre são bastante inoportunos a quem pretende exercer o poder de forma invisivelmente despótica, pois para que o despotismo seja assim “branco”, “invisível”, ele deve ser suavizado e embelezado mediante discursos vagos, apostando alto nas impressões emocionais que termos genéricos podem desempenhar na sensibilidade popular, por vezes esquecida do fato de que, segundo se usa dizer, “de boas intenções (mesmo quando autênticas) o inferno está cheio”.

Parece, mesmo, que o juspositivismo, com seu relativismo prático (não teórico) quanto à verdade moral, é a filosofia jurídica mais alinhada ao fato de o dissenso moral em sociedade ser inevitável e muitas vezes insolúvel e, portanto, à melhor maneira – senão a única – de lhe dar tratamento jurídico-político: a *negociação continuada*. Talvez por isso é que o juspositivismo se desenvolveu, no século XX, precisamente nos círculos teóricos que se dedicavam a pensar, também, a chamada democracia liberal; não à toa, os seus maiores defensores foram democratas convictos, como Kelsen, Hart, Bobbio *etc.*

e) O compromisso democrático exige que as interpretações constitucionais busquem sempre deixar abertas, ao máximo, possibilidades plurais de decisão a respeito dos valores substanciais e dos modos de limitação das liberdades individuais e coletivas; inversamente, a hiperinterpretação substancialista da Constituição diminui as possibilidades interpretativas e acaba por impor *certa* visão de mundo a despeito de outras tantas. Nessa chave de abordagem do problema, percebe-se que o controle constitucional deve se afirmar mais fortemente em sua dimensão *procedimental* do que em sua dimensão *material* ou *substancial*, que deve ser módica, limitando-se aos casos mais graves⁴⁰⁴.

Uma teoria que esteja realmente – não apenas nominalmente – comprometida com os fundamentos da democracia, da repartição dos Poderes *etc.* deve garantir espaço privilegiado, nobre e preferencial à nomopoiese legislativa. Uma teoria que não o faça, de duas, uma: ou se tratará de uma teoria que se pretende meramente descritivista (como é o caso do jusrealismo); ou será uma teoria prescritiva que, conscientemente ou não, com ou sem intenção, acaba por

⁴⁰³ No original: “*Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit*” (JHERING, Rudolf von. *Geis des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. v. 2, Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1858, p. 497, *apud* VALADÃO, Rodrigo Borges. *Positivismo jurídico e nazismo: formação, refutação e superação da lenda do positivismo*, p. 481).

⁴⁰⁴ “Uma dogmática jurídica democraticamente orientada não visa a redução da primazia da Constituição, mas sim uma mudança de orientação na interpretação constitucional, com o fortalecimento do controle processual em detrimento do controle substancial das normas infraconstitucionais” (VALADÃO, Rodrigo Borges. *Positivismo jurídico e nazismo: formação, refutação e superação da lenda do positivismo*, p. 490), segundo proposta de Oliver Lepsius, em seu artigo “*Rechtswissenschaft in der Demokratie*”.

fazer pouco caso dos imperativos democráticos, flertando com a aristocracia (não importa o quão esclarecida se pretenda) ou com coisa ainda pior (tribunais de exceção *etc.*)⁴⁰⁵.

Ademais, já se sabe há bom tempo que a *pretensão presunçosa e soberba de possuir a verdade* é algo por definição incompatível com a noção de democracia, que se assenta justamente na falibilidade humana e na decorrente incapacidade de se promover a resolução de certas disputas a respeito da verdade⁴⁰⁶. Não é à toa que escolas jusnaturalistas e visões totalizantes do mundo (religiosas ou científicas, à direita ou à esquerda) geralmente estão muito dispostas a fazer com que aquilo que consideram como verdadeiro, ou correto, ou justo, ou bom, prevaleça sobre parâmetros procedimentais democráticos, que passam a ser por elas entendidos como obstáculos ou inconvenientes “formalistas” que, segundo afirmam, não podem jamais sobrepujar “a verdade e o bem”, cujo imenso valor não pode ser posto em votação⁴⁰⁷.

f) Por fim, entender a interpretação judicial dos textos normativos como sendo a única instância de produção normativa implicaria ainda algumas perplexidades e desequilíbrios institucionais muito graves, quando da comparação das atividades legislativas e administrativas destinadas também a criar normas gerais.

Começando pela comparação mais óbvia (entre Legislativo e Judiciário), tem-se o seguinte: se o Poder Legislativo, mesmo sendo o titular preferencial e democraticamente legítimo da prerrogativa de criar normas gerais, tem a sua atividade nomopoiética *cercada de limites, condições e procedimentos* que lhe garantam um mínimo de razoabilidade e legitimidade, por qual motivo, então, um Juiz poderia chegar ao mesmo resultado (isto é, o de criar normas gerais) sem limites, condições e procedimentos *análogos*, tanto em qualidade, quanto em quantidade? Essa tese simplesmente não faz qualquer sentido, por permitir um claro

⁴⁰⁵ “A democracia fatalmente sairia perdendo se todas ou as principais questões que dividem a sociedade e geram oposição no campo dos valores pudessem ser resolvidas pela Corte Constitucional, sem a participação popular. No dizer de Zagrebelsky, para que a Constituição não inviabilize a democracia, devemos estar atentos ao ‘risco ‘holístico’ de asfixia política por saturação jurídica” (FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*, p. 175).

⁴⁰⁶ “Porque o relativismo é o pressuposto lógico da Democracia e esta, se não aceita identificar-se com nenhuma determinada concepção política, é por se achar sempre disposta a deixar a direção do Estado àquela que tiver pelo seu lado a maioria dos cidadãos, visto não conhecer critério infalível para decidir da verdade das concepções políticas, nem admitir a possibilidade duma posição lógica acima dos partidos” (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, p. 37).

⁴⁰⁷ “As concepções racionalistas do mundo, quando importadas para a política, deixam pouco espaço para o debate e a deliberação. Sponville adverte contra os riscos de fundir os campos do saber e do agir, da verdade e do valor. Além do rei-filósofo de Platão, aduz o autor que o marxismo, nas suas versões leninista e stalinista, também agregava as esferas do descritivo e do prescritivo” (FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*, pp. 172-173).

desbalanceamento entre, de um lado, as muitas e rigorosas prescrições de limites e condições necessários à legitimidade da criação legislativa das normas e, de outro, as quase inexistentes prescrições de limites e condições que, analogamente, pudessem conferir alguma legitimidade à suposta “criação judicial das normas”, afora exigências muito frouxas de fundamentação, que quase sempre podem ser satisfeitas sem qualquer dificuldade relevante.

Ora, o processo legislativo é complexamente constituído de diversos tipos de limites e condições: *i)* na fase de sua iniciativa, observam-se restrições para certas matérias sensíveis; *ii)* em sua fase constitutiva, verificam-se escrupulosos debates em diversas Comissões temáticas; *iii)* em sua fase propriamente deliberativa, ocorrem inúmeros e incansáveis debates, em duas Câmaras; *iv)* em sua fase final, há remessa para outro Poder (o Executivo), a fim de que promova a sanção, a promulgação, o veto ou o reenvio ao Parlamento; *v)* diversas matérias particularmente delicadas exigem quóruns qualificados (maiorias qualificadas); *vi)* os efeitos da lei promulgada não podem retroagir a situações jurídicas pretéritas; *etc.* Como pode isso ser considerado *compatível*, em termos de equilíbrio comparativo, com o fato de Juízes e Tribunais poderem “criar normas” bastando para isso que lancem no papel uns quantos argumentos – muitas vezes constituídos eles mesmos de termos genéricos, vagos, “indeterminados”?

Mas a atividade supostamente nomopoiética dos Juízes não seria mais facilitada e simples apenas quando comparada à legislativa; ela seria assim também quando comparada à atividade de criação normativa exercida pelo Poder Executivo. Veja-se: a Administração só pode editar normas de forma *residual* (no caso dos Decretos, com finalidade *regulamentar*) ou, quando não só residualmente, de forma *temporária* (no caso das Medidas Provisórias). Mas o Poder Judiciário não parece estar, segundo as teses voluntaristas e pragmáticas, sujeito a esses mesmos limites, criando ou podendo criar normas sempre que sua “interpretação” de dispositivos de elevado coeficiente axiológico e elevado grau de indeterminação seja tal que as normas “criadas” se justifiquem com base neles. Em termos mais claros: não é razoável que a única exigência da suposta criação judicial de normas gerais seja retórico-discursivo.

Então, qualquer teoria que admita criação de normas por Juízes deve vir, no mínimo, acompanhada de escrupulosas prescrições de limites e condições que, além da mera “fundamentação”, por melhor que esta seja, garantam-lhe um mínimo de legitimidade democrática – e, no limite, civilizatória. Se não for assim, o Poder Judiciário terá poder normativo *desbalanceado* e, pior, *insuscetível de controle* (literalmente “descontrolado” e “incontrolável”), sendo o único dos três Poderes que, nesse caso, poderá editar normas sem maiores dificuldades ou constrangimentos, nem qualquer tipo de limitação ou controle externo, sobretudo o popular.

4.3.4 O desprezo pela vontade político-parlamentar e os seus perigos práticos e teóricos

Já há algum tempo o critério hermenêutico alusivo à intenção da lei e à intenção do Legislador vem sofrendo diversos golpes por parte das ideologias político-jurídicas que pretendem reduzir ao máximo possível o papel parlamentar na constituição das normas jurídicas em sociedade.

O primeiro defeito dessa posição é o de desconsiderar solenemente um fato muito básico e óbvio: toda lei aprovada só é aprovada tendo em vista certas finalidades e intenções, consistindo, portanto, num *ato de vontade*⁴⁰⁸. E se a lei é isso – um ato de vontade – não faz sentido algum que essa sua dimensão bastante essencial seja simplesmente desdenhada.

O argumento de que a vontade do Legislador é irrelevante só parecerá bom enquanto se parta do pressuposto falso de que a única alternativa a ele seria um pessoalismo subjetivista que levasse em conta sentimentos e expectativas contingentes, muito pessoais e psiquicamente insondáveis, do Legislador. Mas esse é um falso dilema: não são as expectativas pessoais, subjetivas, emocionais e íntimas dos Parlamentares que devem ser observadas quando da interpretação, mas sim o *escopo objetivamente motivado da lei*, que inclusive é quase sempre expresso em exposição de motivos, mensagens ao Executivo, debates orais, declarações à Imprensa *etc.*

Em outros termos: a lei é um ato de poder praticado por agentes públicos legitimados a tanto, sendo dotado de uma objetividade complexa que constituirá – ela mesma – o objeto da interpretação judicial (não só o seu texto). Não se trata de levar em conta a vontade psicológica, mas a vontade objetivamente declarada nos materiais do processo legislativo que antecede a publicação da lei (exposição de motivos, registros dos debates parlamentares *etc.*). Não há dilema real entre voluntarismo personalista e desprezo à vontade do Legislador: o caminho do meio é o do respeito à vontade parlamentar como fator precípua ou preferencial (embora não exclusivo) do nascimento de normas nas sociedades democráticas. Ou seja: a intenção a ser desconsiderada é a intenção meramente subjetiva, psicológica, como ato mental privado de cada Parlamentar; mas a intenção declarada, objetivada, tanto nos textos normativos, quanto nas suas

⁴⁰⁸ “Uma discussão recente de Joseph Raz é bastante útil para distinguir um dos usos da intenção legislativa de outros. Raz propõe [...] um ponto de vista básico ou mínimo de intenção legislativa: notando que ‘sempre que se legisla, pretende-se, de algum modo, fazer o Direito que se está aprovando’. É importante reconhecer esse aspecto básico ou mínimo de intenção, em contraposição aos que poderiam crer que a intenção não desempenha nenhum papel na compreensão da legislação, ou que poderiam duvidar da ligação entre legislação, autoridade e legitimidade no Direito” (BIX, Brian. Questões na interpretação jurídica. *In*: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*, p. 214).

respectivas Exposições de Motivos e nos debates orais que antecederam sua publicação, deve sim ser levada em conta⁴⁰⁹.

Além disso, vedar a sondagem quanto à vontade do Legislador é um expediente simplesmente contrário à praxe mais justificadamente enraizada na prática jurídica interpretativa, prática que, aliás e a rigor, é inclusive inevitável: quando o Juiz se põe a interpretar o ordenamento jurídico legislado, ele acaba por necessariamente ter de se perguntar sobre as valorações feitas e as finalidades visadas pelo Legislador. E mesmo que isso pareça não ocorrer nos “casos fáceis”, a melhor descrição desse fenômeno atesta que, mesmo nesses casos, terá sempre havido inquirição sobre o propósito legislativo, apenas ocorrendo, nesses casos especialmente fáceis, que a sua resposta é óbvia, indisputada, tácita e, portanto, *só aparentemente inexistente*: dizer que uma resposta é óbvia demais a ponto de ofuscar a pergunta é algo claramente diferente de dizer que a pergunta não existiu⁴¹⁰.

Isso é assim pela razão singela de que uma norma legislada é um meio *racional* que tem em vista determinados *fins* que, por sua vez, explicam o conteúdo e evidenciam a racionalidade da norma em questão; eis uma concepção pragmático-*racional* do Direito, poder-se-ia dizer (e não pragmático-*instrumentalista*, segundo a qual se pode fazer com a norma o que se quiser, em vista de quaisquer outros fins). Essas razões de fundo (princípios, valores, finalidades *etc.*) integram o sistema jurídico, servindo de orientação à ação e à decisão, justamente na medida em que explicam – por vezes abduktivamente, por vezes expressamente – o conteúdo normativo como resultado de um juízo que é dotado de racionalidade pragmática.

O menosprezo pelo critério interpretativo da intenção do Legislador geralmente é fundamentado em noções importadas das discussões, travadas no âmbito da Literatura, sobre a “intenção do autor”. Só que, neste âmbito, o autor quase nunca deixa registros, menos ainda registros claros, de qual fora sua intenção nessa ou naquela passagem do seu livro; às vezes, inclusive faz questão de ser vago, omissos ou ambíguo, como Machado o foi quanto à dúvida

⁴⁰⁹ “Por que não permitir que isso seja demonstrado pelos debates parlamentares em plenário? Ou, de fato, por que não aceitar, como material adequado a ser considerado pelo tribunal, explicações posteriores do legislador – uma declaração juramentada e assinada pela maioria de cada casa legislativa, por exemplo, como aquilo que eles *realmente* pretenderam dizer?” (SCALIA, Antonin. *Uma questão de interpretação*: os Tribunais Federais e o Direito, pp. 23-24).

⁴¹⁰ “[...] ao entrar no campo das inferências ampliativas e na pragmática da interpretação jurídica, há sempre indagação sobre a deliberação e valorações do legislador, independentemente da possibilidade de ‘casos fáceis’ em que é indisputável a conclusão sobre o que se quis dizer com a formulação da regra. Ecoando FULLER, o fato de que, nesses casos fáceis, a conclusão da implicatura parece óbvia não significa que a investigação sobre o propósito não existiu” (MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, p. 139).

que intencionalmente deixou a respeito de Capitu ter ou não traído Bentinho. Com o Legislador é diferente, pois ele quase sempre deixa clara a finalidade da lei em seu respectivo projeto, mais precisamente na exposição de motivos. Portanto, deixar de levá-la em conta é o mesmo que dizer que o texto promulgado é um mero – e aleatório, já que “indeterminado” – material a ser *utilizado* (e não propriamente *interpretado*) pelo Juiz, que, para isso, poderia se valer até mesmo, talvez, de métodos tão ridículos quanto caçar palavras ou anagramas ocultos no texto legal *etc.*

O desprezo à aferição da intenção legislativa como critério de interpretação gera situações de acentuada perplexidade. Um exemplo particularmente ilustrativo disso foi a mutação constitucional operada à força pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, comentada em clássico artigo do Ministro Gilmar Mendes⁴¹¹. A mutação teria sido a seguinte: **a)** de um lado, em 28.04.1987, na 7ª Reunião Extraordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público da Assembleia Nacional Constituinte, o Constituinte Michel Temer declarou expressamente que o papel do Senado Federal não deveria ser meramente *pro forma*; o Parlamentar destacou que, na Constituição anterior, o Senado Federal tinha a competência privativa para suspender a execução da lei, o que, sugeriu, deveria ser mantido na nova Constituição, com a finalidade expressamente declarada de prestigiar a tripartição do Poder⁴¹²; na ocasião, o Parlamentar estava dialogando com o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Paulo Brossard, que foi até mais longe que Michel Temer, dizendo que o Senado Federal haveria de ter a discricionariedade de suspender ou não (e quando) as normas declaradas inconstitucionais pela Corte, chegando a citar Pontes de Miranda quando este dizia que “O Senado não é cartório do

⁴¹¹ O exemplo foi trazido por Samuel Sales Fonteles, em sua já citada obra *Hermenêutica Constitucional*, e o artigo de autoria do Ministro Gilmar Mendes, de 2004, foi intitulado “O papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”.

⁴¹² Da Ata de Comissões, extrai-se: “Durante muito tempo, meditei sobre o papel do Senado no controle da constitucionalidade das leis. Aparentemente, este papel é inútil. Mas, verificando as competências na atual Constituição – faço essa pergunta, porque vai ser importante para a nova Constituição –, constatei que é competência privativa do Senado a suspensão da execução da lei, assim declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Mas V. Ex.^a diz: Ora, bastaria o Supremo, na sua função de Corte Constitucional, no instante em que exercita essa função, dizer que é inconstitucional, que não se aplica mais. O efeito seria *erga omnes*, em relação a todos os interessados. Entretanto, [...] ao conferir essa competência ao Senado, talvez se tenha tido em vista exatamente aqueles instantes em que o Supremo Tribunal Federal, no caso concreto, decide uma determinada matéria e [...] soluciona o caso concreto mediante a declaração de inconstitucionalidade da lei [...]. Não é o caso de se manter essa competência do Poder Legislativo, por meio do Senado Federal? Até porque, quando se confere ao Poder Legislativo essa competência, parece-me que é fruto de uma homenagem que o constituinte sempre faz à teoria da tripartição do Poder, ao inter-relacionamento dos Poderes”.

Supremo Tribunal Federal”⁴¹³; mas **b)** de outro lado, em 2016, menos de 30 anos depois – e isso é muito pouco em termos de história constitucional –, *i)* a teoria de que a lei inconstitucional é nula de pleno direito exige que se compreenda o papel do Senado como mero divulgador da declaração de inconstitucionalidade; *ii)* o contexto normativo da Constituição de 1988 é distinto das Constituições de 1934, 1946 e 1967; e *iii)* o controle incidental deve ter eficácia vinculante e *erga omnes* tanto quanto o controle abstrato, sendo difícil sustentar-se a manutenção da distinção entre os dois modelos. Porém: *i)* uma teoria não pode ser sobreposta ao texto claro da Constituição; *ii)* tanto o contexto era suficientemente assemelhado, que se cogitou alterar a exigência de ato do Senado, mas se decidiu mantê-la pelas mesmas razões de sempre; e *iii)* a eventual prática de se fazer pouco caso da distinção – constitucional ela mesma – entre os dois modelos de controle e a eventual impressão de que a indistinção seria melhor que a distinção são dois fatores que claramente não servem de parâmetro idôneo para a “interpretação” da Constituição ou mesmo para se diagnosticar a ocorrência de uma “mutação” constitucional⁴¹⁴.

Por fim, não deixa de apresentar alguma inconsistência o expediente de se criticar o critério da intenção legislativa ao mesmo tempo em que se pretende vincular o Juiz às *ratione decidendi* dos precedentes obrigatórios, já que *ratio decidendi* e *ratio legis* operariam no mesmo plano lógico-jurídico. Em termos mais simples: se a aferição da intenção legislativa é irrelevante para a aplicação do Direito, então também o será, necessariamente e pelas mesmas razões, a intenção judicial, sob pena de clara incongruência lógica, consistente no tratamento teórico injustificadamente assimétrico de objetos, senão idênticos, ao menos fortemente análogos.

⁴¹³ Da mesma Ata, consta a seguinte fala do Ministro Paulo Brossard: “Quando o Supremo Tribunal Federal julga uma questão, reputa inconstitucional uma lei num determinado caso, às vezes ele o decide por maioria de um voto – isso não é incomum. Cabe politicamente indagar se convém suspender a execução de uma lei que o Supremo Tribunal Federal dividiu ao meio e por diferença de um voto apenas inclinou-se pela inconstitucionalidade, pois amanhã, pode mudar a composição do Tribunal, um Ministro se aposentar, outro de orientação diferente assumir e decidir o contrário, também por um voto. Obviamente, não seria conveniente que se suspendesse a execução da lei com base num julgado, até porque um julgado pode ser objeto da crítica pertinaz séria, científica e, amanhã, o próprio Tribunal dirá: ‘Não, a decisão não estava correta, não é inconstitucional’. Parece-me claríssimo que o Senado tenha discricção para suspender a decisão ou não, segundo o seu critério, o seu juízo”.

⁴¹⁴ “A superação da CF 52 X não é manifestação de *mutação constitucional* por duas razões básicas. Primeiro, porque a mutação constitucional é processo de *interpretação natural* da CF, de modo que não pode ser construída de maneira forçada. Há de ser *processo* de mudança de paradigma constitucional (*Legitimation durch Verfahren*) e não o *fundamento* que se pretende utilizar para modificar-se a Constituição. Segundo porque o *limite* da mutação constitucional é o próprio *texto* da Constituição. Não se pode fazer tábula rasa do texto da CF 52 X, que ainda se encontra em vigor e só pode ser desconsiderado por expressa mudança formal e material da Constituição, por intermédio do processo de emenda constitucional (CF 60)” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*, p. 803).

Em suma: o desprezo pela vontade política do Legislador⁴¹⁵, enquanto um dos critérios hermenêuticos, é uma das possíveis consequências indesejáveis ao menos reforçadas pela tese cético-voluntarista aqui examinada; e ela é indesejável tanto pela ruptura com o princípio democrático (prescritivamente), quanto pelo tratamento desigual, contraditório e teoricamente insustentável que se pode fazer em relação à vontade judicial (descritivamente), relativamente aos precedentes vinculantes.

4.3.5 Conclusão sinótica dos testes pragmáticos

Os testes pragmáticos acima aplicados demonstraram que a tese cético-voluntarista sob análise, ao menos em sua feição mais radical e ao menos indiretamente, acaba por dignificar teorias prescritivas e fomentar práticas judiciais cujas consequências são claramente indesejáveis, como as seguintes, em ordem decrescente de gravidade: **a)** a traição do movimento constitucionalista e seu propósito fundamental de limitar o exercício do poder do Estado sobre liberdades individuais mínimas; **b)** a injustiça e a insegurança jurídica decorrentes da aplicação retroativa das normas supostamente criadas pelo Juiz, por graça de sua “interpretação”; **c)** o caráter não democrático da nomopoiese judicial, que privaria os Cidadãos de participar, de modo direto ou representado, da construção das normas gerais; e **d)** o desprezo pela vontade político-parlamentar enquanto critério interpretativo, com seus efeitos nefastos tanto na prática (normas construídas de forma aleatória, sem compromisso com a vontade política do Parlamento e, no limite, antidemocrática, pelos Juízes), quanto na teoria (assimetria entre o desprezo pela vontade legislativa e o entusiasmo com a vontade judicial).

⁴¹⁵ Relembre-se a noção de Gustavo Zagrebelsky, segundo a qual cada método interpretativo revelaria uma concepção ontológica distinta a respeito do Direito: “Por exemplo, a interpretação exegética refere-se à ideia de lei como expressão de uma vontade legislativa perfeita e completamente declarada; a interpretação segundo a intenção do legislador, à ideia positivista do direito como (mera) vontade daquele; interpretação sistemática, à ideia de direito como sistema; a interpretação histórica, à ideia de direito como fato de formação histórica; a interpretação sociológica, ao direito como produto social; a interpretação de acordo com os cânones da justiça racional, a lei natural” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, p. 135, tradução livre).

CONCLUSÕES

Neste trabalho, a tese central do ceticismo epistêmico-normativo e do voluntarismo interpretativo-decisório, segundo a qual não existem normas antes da interpretação (judicial) da lei, foi submetida a testes de diversos tipos (semânticos, lógicos, epistêmicos, fenomenológicos e pragmáticos).

No início da pesquisa, a tese já soava algo implausível, talvez exagerada, razão pela qual rapidamente me agradou a mediania inerente ao pensamento de Kelsen e Hart, que recusavam, ambos, o dilema de a atividade judicial consistir, disjuntivamente, ou na mera aplicação subsuntiva de normas previamente constituídas pelo Legislador (como quer o formalismo legalista), ou na aplicação – já insanavelmente retroativa – de normas criadas pelo Juiz mesmo, mediante “interpretação volitiva” (como quer o ceticismo voluntarista). Então, quando a pesquisa ia ainda em meio, a sensatez que tão facilmente estamos dispostos a reconhecer ou a ver nas soluções intermediárias fez-me aderir com bom entusiasmo às teses médias do positivismo jurídico discricionarista.

A essa altura e em virtude dessa adesão – provisória – ao discricionarismo decorrente de um ceticismo dito moderado, a resposta à pergunta que intitula o trabalho (“*Juízes criam normas?*”) se encaminhava para um confortável e evasivo “*Depende, há que ver caso a caso.*”, conforto reforçado pelo fato de que essa conclusão era endossada pelos dois maiores justicéuticos do século XX, para os quais não haveria uma única resposta para essa questão.

Mas ainda havia perplexidade teórico-prática suficiente – e leitura insuficiente – para que esse conforto mediano pudesse durar e honestamente se estabilizar: algo ainda incomodava, pois a solução parecia realmente muito fácil – e, quando isso acontece, é preciso cuidar para que ela não seja, em verdade, apenas uma forma sofisticada de evitar o problema ou ao menos uma forma elegante de contorná-lo.

Com o avanço da aplicação dos testes – sobretudo os de natureza epistêmica e fenomenológica –, até mesmo a ideia *soft* de que os Juízes “criam normas gerais” somente nos “casos difíceis” passou a soar equivocada em algum nível e de algum modo, ainda então bastante nebuloso. Aos poucos, foi ficando claro que, mesmo nesses casos, dizer que o que os Juízes fazem quando os julgam é “criar normas gerais” talvez não seja a melhor descrição teórica para o fenômeno.

E novas sutilezas teóricas – ironicamente decorrentes de nuances semânticas – ganharam a atenção: a expressão “criar normas gerais” tinha, ela mesma, uma “indeterminação” ou “ambiguidade” que a permitia ser dita com pelo menos dois sentidos ou ênfases diferentes:

ela poderia ser entendida tanto num sentido forte, próprio e literal (hipótese em que seria *equivalente* à criação de normas gerais operada no Parlamento), quanto em um sentido fraco, impróprio, “por assim dizer” (hipótese em que seria já *muito diferente* do processo legislativo de criação de normas gerais).

Foi possível vislumbrar, então, que a tão propalada “criação judicial de normas” é, no mínimo, muito mais rara do que as teorias céticas costumam pensar, mesmo as moderadamente céticas. Já era possível arriscar, mas ainda com grande dose de insegurança, a resposta inusual – e que talvez seja considerada ousada, senão aberrante – de que talvez os Juízes *nunca* criem normas gerais, pelo menos não no mesmo sentido, com a mesma finalidade e segundo os mesmos limites legitimadores com que os Legisladores o fazem. Segundo essa nova tentativa de resposta, seria mais correto dizer que, nos “casos difíceis”, o que os Juízes fazem é, por exemplo, explicitar inferencialmente normas implícitas, ou demonstrar que certa interpretação é a única possível ou a melhor, em vista do sistema jurídico integralmente considerado, ou criar normas, sim, mas de natureza individual e concreta *etc.*

Depois de aplicados todos os cinco tipos de testes, foi possível ter maior segurança em firmar a posição – sempre aberta à argumentação, evidentemente – de que, a rigor, o Poder Judiciário não tem a prerrogativa constitucional de criar normas gerais tal como o Parlamento inequivocamente tem. Essa proposição não é incompatível, no entanto, com a noção – muito próxima, mas não exatamente igual à jusrealista – de que, em certos casos, os Juízes, à falta de palavras melhores, como que “acabam criando normas”, mas já num sentido, de um modo e em um grau muitos diferentes daqueles que se verificam no processo legislativo de fazê-lo. Talvez por isso é que tenha ficado tão extenso o tópico destinado ao teste epistêmico no qual foram explicitadas as diferenças – muitas e muito marcadas – entre a atividade legislativa e a judicial; afinal, essa parecia a chave derradeira para concluir sem muita timidez teórica que, mesmo nos casos “de penumbra”, convidativos à “discrecionabilidade judicial”, o que os Juízes fazem – e podem ou devem fazer – é algo de muito diferente do que fazem os órgãos estatais constitucionalmente autorizados à promulgação de normas gerais.

A essa altura, já era possível ensaiar uma resposta menos fácil – e talvez mais original e, portanto, teoricamente contributiva – do que a resposta que havia sido dada antes tão confortavelmente. Mas mesmo agora persistia um “*Depende.*”, embora já muito mais fraco: agora, a resposta depende do que se quer dizer, exatamente, quando se usa o termo “norma”. Se se tiver em vista o seu sentido usual (e, talvez, o único relevante no contexto dos debates jusfilosóficos e justeóricos sobre separação dos Poderes, coeficiente democrático da aplicação do Direito *etc.*) – isto é, o sentido de padrões deonticos estabelecidos pela autoridade

competente – a resposta será um audacioso “*Não, jamais.*” ou, no mínimo, um concessivo “*Muito raramente, se e apenas nos casos em que a Constituição expressamente o admitir.*”. Mas se se tiver em vista algum outro sentido, fortemente idiossincrático (e talvez irrelevante para os debates em questão), a resposta até poderá ser “*Sim.*”, mas só porque, nesse caso, ela já dirá respeito a uma outra pergunta completamente diferente, se é que não se tratará de um uso do termo muito *sui generis*, feito sob medida e de caso pensado para que a tese cético-voluntarista possa, por qualquer razão, continuar sendo enunciada.

Os argumentos que embasaram essa conclusão – inevitavelmente provisória, mas assumida com firme convicção – foram, em arremate sinótico final, os seguintes:

1) Do ponto de vista *semântico*: **a)** a tese de que a interpretação não tem a norma como objeto, mas sempre e apenas como resultado, é *ambígua*, podendo significar ou um truísmo banal (o de que a norma não se confunde com a “tinta no papel”), ou um exagero aberrante (o de que não há norma alguma antes dos atos interpretativos feitos sempre após a publicação dos textos normativos); **b)** no sentido *fraco*, a proposição é trivial e, portanto, teoricamente irrelevante; no sentido *forte*, a proposição é falsa e, portanto, teoricamente imprestável; **c)** o problema encontrado no sentido forte não se resolve com a afirmação comum de que não é só a interpretação judicial que cria as normas jurídicas, mas também a acadêmica, a popular *etc.*, pois como uma interpretação assim tão ampla geraria um estado de *hipernomia* (coexistência caótica de inúmeras normas, inclusive conflitantes entre si, fenômeno indistinguível, por isso, da *anomia*), isso exigiria o retorno, ainda que sub-reptício, da tese forte e judicialista: a de que apenas a interpretação judicial cria normas, por ser a única dotada de “caráter autoritativo”; e **d)** críticas às teses fortemente céticas não se dirigem a “espantalhos” que ninguém defende, uma vez que há diversos autores que, no mínimo, endossam essas teses de modo abstrato, nominal, sem atinar para consequências que, porém, delas derivam inevitavelmente.

2) Do ponto de vista *lógico*, a tese cético-voluntarista contém: **a)** *inferências inválidas*, como as seguintes: *a.1)* a afirmação de que leis não criam normas porque dependem de interpretação é contraditória com a de que decisões judiciais o fazem, já que estas também dependem de interpretação, por serem igualmente escritas em linguagem natural, “indeterminada”; *a.2)* a afirmação de que a lei é indeterminada e por isso não vincula o Juiz, que bem pode lhe atribuir sentidos inclusive externos à “moldura” dos sentidos previsíveis, é contraditória com a de que precedentes vinculam o Juiz, já que estes também admitiriam atribuições de sentido inesperadas, criativas e mesmo absurdas; e *a.3)* a afirmação de que decisões judiciais criam normas porque são autoritativas e fazem com que determinada consequência prevaleça é uma afirmação que incorre na falácia *non sequitur*, pois de uma coisa

não se segue outra, e também na do falso dilema, pois normas podem ser desrespeitadas, tanto pelos Cidadãos, quanto pelos Juízes, trivialmente; além disso, é bem possível que decisões judiciais não prevaleçam, o que implicaria, de quebra, certo caráter contraditório à afirmação; **b) inferências incompletas**, já que a tese céticas não é levada às suas seguintes consequências inevitáveis, todas aliás repugnadas pelas intuições, impressões e concepções fundamentais de seus participantes e protagonistas: *b.1)* a atividade legislativa seria supérflua e, portanto, desnecessária e ininteligível; *b.2)* não haveria hierarquia normativa: todas as normas seriam apenas aquelas impostas pelos Juízes aos julgar casos; *b.3)* a aplicação das normas se daria de forma repugnantemente retroativa; *b.4)* Juízes criariam normas gerais e abstratas sem satisfazer diversas condições constitucionais de legitimidade democrática e procedimental; e *b.5)* não haveria qualquer fronteira entre o político e o jurídico, nem consequentemente entre a criação e a aplicação do Direito, nem tampouco entre a cognição e a volição do Juiz: só haveria criação político-volitivo-judicial de normas jurídicas; e **c) contradição performativa**, consistente em fazer-se precisamente aquilo que, segundo o ceticismo voluntarista afirma, é impossível que o Juiz faça: conhecer e aplicar prescrições estabelecidas anteriormente por outra autoridade e registradas em texto construído com base na linguagem natural.

3) Do ponto de vista epistêmico, a tese cético-voluntarista: **a)** pertine antes a uma Sociologia do Direito do que, propriamente, a uma Teoria do Direito; **b)** desconsidera que *b.1)* alguma dose de prescritividade é imprescindível para qualquer teoria realmente útil para fins jurídico-normativos, que *b.2)* as fronteiras entre descrição e prescrição não são tão nítidas quanto parecem soar aos seus defensores e que *b.3)* teorias normativas positivistas são suficientemente descritivas e teorias jusrealistas não são destituídas de doses inescandíveis de prescritividade; **c)** opõe um falso dilema entre a objetividade forte ansiada pelos formalistas e a subjetividade volitiva do intérprete dos textos normativos “indeterminados”; **d)** enfatiza exageradamente os casos em que o objeto do raciocínio judicial é um “texto”, desconsiderando os casos em que ele é própria e diretamente uma norma jurídica já plenamente constituída antes da decisão (controle de constitucionalidade, resolução de antinomias e derrotabilidade normativa); **e)** opõe-se simetricamente ao formalismo jurídico, pelo que consiste no exagero inverso (não o da determinação absoluta, mas o da indeterminação absoluta), tão problemático e implausível quanto; **f)** parte de uma taxonomia demasiado simplificada que contempla apenas o texto normativo e a sua interpretação, deixando de lado a compreensão de que a lei não se confunde com o texto que a registra e expressa, consistindo, antes, em uma autêntica decisão legislativa; **g)** é incompatível com o fato patente de existirem decisões judiciais juridicamente erradas; **h)** não explica nem o problema da “primeira interpretação” da primeira norma que

instituiu a competência do primeiro Tribunal, nem o de que existem diversos fatos normativamente relevantes antes da publicação dos textos normativos e depois da estabilização interpretativo-judicial de seus sentidos; **i)** é ironicamente desmentido pela clareza contundente de diversos dispositivos legais, alguns inclusive de índole constitucional; e **j)** parece desconsiderar o fato de que, mesmo se fosse verdade que decisões judiciais “criam normas gerais”, a atividade judicial e a legislativa são, ainda assim, marcadamente diferentes entre si, quanto aos seguintes fatores, pelo menos: iniciativa nomopoiética, capacidade institucional, legitimidade democrática, qualificação dialético-quantitativa da colegialidade decisória, dinâmica jurídico-normativa, âmbito jurídico-cronológico, limites materiais da criação normativa, ostensividade informacional das decisões tomadas, natureza de cada uma enquanto fonte jurídica, forma lógica de seus respectivos resultados decisórios.

4) Do ponto de vista *fenomenológico*, a tese cético-voluntarista é incompatível com intuições, noções e compreensões muito generalizadas a respeito das normas jurídicas e da interpretação judicial, tanto do Povo, quanto dos Juízes, pois: **a)** as pessoas concebem que *i)* as normas criadas pelo Parlamento produzem efeitos independentemente da primeira interpretação judicial posterior à edição das leis que as estabelecem; *ii)* por essa razão, é papel do Juiz aplicar o Direito em conformidade com a lei, e não mediante exercício de qualquer discricionariedade; *iii)* até em virtude da grande heterogeneidade das decisões judiciais, seguir uma interpretação majoritária é mais um cálculo estratégico do que uma sensação de cumprir uma obrigação, tal como a despertada pela aprovação de uma lei; **b)** os Juízes, a seu turno, *i)* não diriam nem pensam que estão “criando normas gerais” ao interpretar o material linguístico-normativo; *ii)* sabem que podem e devem aplicar normas legisladas com as quais não concordam; *iii)* têm a pretensão de correção quanto à aplicação das normas constituídas pelas autoridades políticas competentes, de modo que, intencionalmente, buscam dizer o que o Direito já é, mesmo nos “casos difíceis”; *iv)* sabem que, se pudessem de fato escolher à vontade entre interpretações possíveis e equivalentes, não faria sentido que se esmerassem tanto em aprender a interpretar e a decidir cada vez melhor, pois, nesse caso, jamais poderiam errar; e **c)** a fenomenologia judicial dos “casos difíceis” ou “de penumbra”, em geral, não é tanto a de que, neles, o Juiz escolhe entre indiferentes jurídicos, discricionariamente, mas que escolhe a possibilidade interpretativa mais condizente com o sistema jurídico-normativo integralmente considerado, inferencialmente; e, como é evidente, o ânimo de inferir normas implícitas é distinto do de criar essas mesmas normas.

5) Finalmente, do ponto de vista *pragmático*, a tese cético-voluntarista, apesar de seu caráter metodologicamente descritivo (não prescritivo), acaba por encorajar teorias prescritivas

que, porém, têm as seguintes consequências indesejáveis, dentre outras: **a)** a traição do movimento constitucionalista e seu propósito fundamental de limitar o exercício do poder do Estado sobre liberdades individuais mínimas; **b)** a injustiça e a insegurança jurídica decorrentes da aplicação retroativa das normas supostamente criadas pelo Juiz, por graça de sua “interpretação”; **c)** o caráter não democrático da nomopoiese judicial, que privaria os Cidadãos de participar, de modo direto ou representado, da construção das normas gerais; e **d)** o desprezo pela vontade político-parlamentar enquanto critério interpretativo, com seus efeitos nefastos tanto na prática (normas construídas de forma aleatória, sem compromisso com a vontade política do Parlamento e, no limite, antidemocrática, pelos Juízes), quanto na teoria (assimetria entre o desprezo pela vontade legislativa e o entusiasmo com a vontade judicial).

Com base nesses argumentos, concluo – ainda que de forma provisória e, como sempre, aberto a argumentos em contrário – que, após as necessárias depurações semânticas que permitam melhor analisá-la, a noção de que os Juízes criam normas gerais quando interpretam textos normativos subdeterminados não é apenas indesejável ou arriscada do ponto de vista prescritivo, por razões pragmáticas, mas inclusive inexata do ponto de vista puramente descritivo, por razões lógicas, epistêmicas e fenomenológicas. Não é só que essa afirmação pode eventualmente gerar resultados temíveis (embora de fato possa e gere): isso já foi tratado muito mais extensamente em diversos livros e artigos a respeito de ativismo judicial e assuntos congêneres. O que aqui se afirma, conclusivamente e mais do que isso, é que essa afirmação não parece ser sequer uma boa descrição do que realmente acontece quando Juízes se põem a interpretar textos normativos “indeterminados” e a julgar casos “difíceis”. Ou seja: não é só que seria melhor que nós acreditássemos que eles não estão criando normas gerais de forma discricionária; é que de fato existem muitos motivos, bastante contundentes, que parecem impor a conclusão de que eles realmente estão fazendo outra coisa.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

ABBOUD, Georges. *Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Tradução Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert; POSCHER, Ralf. *Princípios jurídicos: o debate metodológico entre Robert Alexy e Ralf Poscher*. Organização e tradução Rafael Giorgio Dalla-Barba. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, pp. 6-50, 2011.

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Tradução Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 102, 2011.

BARBERIS, Mauro. “Genoa’s realism: a guide for the perplexed”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, pp. 13-25, 2013.

BARBERIS, Mauro. “El realismo jurídico europeo-continental”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. v. 1. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 227-240, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, v. 2, n. 21, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos Tribunais. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; DINAMARCO, Cândido Rangel; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FUX, Luiz (Coord.). *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo César Pinheiro Carneiro*. Rio de Janeiro, GZ Editora, 2019.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BICKEL, Alexander. “Foreword: The passive virtues”, *Harvard Law Review*, 1961.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BIX, Brian. Questões na interpretação jurídica. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022.

BOTERO-BERNAL, Andrés. “El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX e primera mitad del siglo XX”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. v. 1. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 63-170, 2015.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas. “Interpretive Authority and the Kelsenian Quest for Legality”. JOTWELL, 05/07/2022. Resenha de David Dyzenhaus, *The Long Arc of Legality: Hobbes, Kelsen, Hart* (2022). Disponível em: <<https://juris.jotwell.com/interpretive-authority-and-the-kelsenian-quest-for-legality/>>. Acesso em: 18.10.2022.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição, *Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 25, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 1. reimpr. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. “Derecho y argumentación: el puesto de la razón en la fundamentación de las decisiones judiciales”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. v. 1. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 326-361, 2015.

CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica da interpretação jurídica: breviário para juristas*. Tradução Daniel Mitidiero, Otávio Domit, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995.

CHUEIRI, Vera Karam de; FACHIN, Melina Girardi. Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo apaziguado, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 2, 2006.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte, *Revista Direito FGV*, v. 6, n. 1, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, André. Teoria do Direito Aula 07 – Hart e a Filosofia da Linguagem Comum. *Youtube*, 9.out.2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=rw-zPPz7gYY&t=3485s>>. Acesso em: 15.08.2022.

COELHO, André. Teoria do Direito Aula 18 – Única Resposta Correta. *Youtube*, 16.dez.2021. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RdyYb4M-Eh4&t=1606s>>. Acesso em: 15.10.2022.

COLEMAN, Jules Leslie; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O Poder Judiciário diante da soberania popular: o impasse entre a democracia e a aristocracia. *Dr. Eduardo José da Fonseca Costa*, 2020. Disponível em: <<https://www.eduardojfcosta.com.br/artigos/o-poder-judiciario-diante-da-soberania-popular-o-impasse-entre-a-democracia-e-a-aristocracia/>>. Acesso em: 16.12.2022.

DECAT, Thiago Lopes. *Racionalidade, valor e teorias do Direito*. 1. reimpr. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2020.

DECAT, Thiago Lopes. *Direito e racionalidade prática: uma perspectiva inferencialista*. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DIREITO E POLÍTICA NOS CRITICAL LEGAL STUDIES. Entrevistado: André Coelho. Entrevistador: David Sobreira. [S.l.]: Onze Supremos, 02 out. 2020. Podcast. Disponível em: <<https://open.spotify.com/episode/0dv1CC25M3rPTiPcLxIMQ9?si=Va6RzNNpRvSKW2i7jIWJKg>>. Acesso em: 15.12.2022.

DWORKIN, Ronald. “Judicial Discretion”, *The Journal of Philosophy*, v. 60, pp. 624-638, 1963.

DWORKIN, Ronald. “The model of rules”, *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 35, n. 1, pp. 14-46, 1967.

DWORKIN, Ronald. *Law’s empire*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. “Objectivity and truth: you’d better believe it”, *Philosophy and Public Affairs*, v. 25, n. 2, pp. 87-139, 1996.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2015.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FONTELES, Samuel Sales. *Hermenêutica constitucional*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constituição*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Prefácio. In: GÓMEZ MARTÍNEZ, Diego León. *El sentido del “precedente judicial obligatorio”*. Lima: Palestra/USC, 2022. *Ebook*. Texto do prefácio disponível em <<https://www.si-lex.es/precedentes-vinculantes-en-un-derecho-de-normas-esencialmente-derrotables>>. Acesso em 19.12.2022.

GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 10. ed., refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2021.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

GROSTEIN, Julio. *Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. “El realismo jurídico redefinido”, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, pp. 26-42, 2013.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*. Tradução Adrian Sgarbi, Frederico Menezes Breyner e Fernando Daniel de Moura Fonseca. 2. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2021.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2020.

HÄGERSTRÖM, Axel. *Philosophy and religion*. Tradução Robert T. Sandin. Muirhead Library of Philosophy. Routledge: New York, 2002.

HAMILTON, Alexander. *Os federalistas*. Tradução Leônidas Gontijo de Carvalho; A. Della Nina; J. A. G. Albuquerque; Francisco C. Weffort. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HART, Herbert Lionel Adolphus. “American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream”. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.

HESPANHA, António Manuel. “Tomando a História a sério” – os exegetas segundo eles mesmos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão* (experiências jurídicas antes e depois da modernidade). Curitiba: Juruá, 2013.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 11. ed. Heidelberg-Karlsruhe, Müller, 1978.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOBBS, Thomaz. *O Leviatã*. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLMES JR., Oliver Wendell. “The path of the law”, *Harvard Law Review*, t. 10, p. 457 e segs., 1897.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria E. A. P. Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

KNITTEL, Wilhelm. *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*. Verlag Ernst und Werner Giesekeing – Bielefeld, 1965.

KOYRÉ, Alexandre. *Estudos de história do pensamento filosófico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

KOZICKI, Katya. *Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Tradução Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011.

LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em “O Império do Direito”, *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas. v. 4, n. 7 e 8, 2001.

LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*. Coimbra: Almedina, 2018.

LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

LEITER, Brian. “Realismo jurídico estadounidense”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. v. 1. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 241-276, 2015.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latino-americana*. Bogotá: Legis, 2004.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos, revisão de tradução Marylenne Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Zona de penumbra entre o STJ e o STF: a função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea original: SCHWABE, Jürgen. Editora: Konrad-Adenauer-Stiftung. Tradução de Beatriz Hennig e outros, 2005.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 9. ed. Barueri: Atlas, 2022.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Cláudio Ari. O realismo metodológico de Riccardo Guastini. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 113, pp. 187-244, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MICHELON JÚNIOR, Michel. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORA RESTREPO, Gabriel. *Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces: teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales desde los modelos de razonamiento práctico*. Orientador: Prof. Dr. Fernando M. Toller. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Universidad Austral, Buenos Aires, 2007.

MORAIS, Carlos Blanco de. As “ideologias da interpretação” e o Ativismo Judicial: o impacto das “ideologias da interpretação” nos princípios democrático e da separação de poderes, *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, v. I, pp. 273-290, 2016.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *O direito em suas entranhas: a discricionariedade judicial no Brasil, entre a estratégia e o arbítrio*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Tradução Ivone C. Benedetti. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2021.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emilio Medauar. *Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*, vv. 1 e 2. Cidade Autónoma de Buenos Aires: Astrea; Torino: G. Giappichelli Editore; São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Direitos humanos, Estado de direito e Constituição*. Tradução Paulo Roberto Leite; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2021.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *O problema fundamental do conhecimento*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1937.

POSNER, Richard Allen. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora MWF Martins Fontes, 2012.

POSTEMA, Gerald J. “Legal philosophy in the twentieth century: the common law world”. In: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, v. 11. Springer, 2011.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

RAMÍREZ, Pablo Bonorino. “El derecho como interpretación. La teoría dworkiniana del derecho”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Nuñez (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. v. 1. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 279-323, 2015.

RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

REALE, Miguel. Para uma hermenêutica jurídica estrutural, *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 72, n. 1, pp. 81-91, 1977.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023.

ROSS, ALF. *Direito e justiça*. Tradução Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2021.

SÁNCHEZ-PESCADOR, Libório Luis Hierro. “Sostiene Barberis: consideraciones sobre el trayecto genovês desde el realismo jurídico al constitucionalismo”. In: BELTRAN, Jordi Ferrer e RATTI, Giovanni B. (Ed.). *El realismo jurídico genovês*. Madrid: Marcial Pons, 2011b, pp. 217-236.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *MPBA*, 2023. Disponível em: <<https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo-danielsarmento.pdf>>. Acesso em: 19.01.2023.

SCALIA, Antonin. *Uma questão de interpretação: os Tribunais Federais e o Direito*. Tradução Samuel Sales Fonteles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2021.

SCHAUER, Frederick. *Playing by rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and life*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

SCHAUER, Frederick; ALEXANDER, Larry. “On extrajudicial constitutional interpretation”, *Harvard Law Review*, v. 110, 1997.

SCHAUER, Frederick; ALEXANDER, Larry. “Defending judicial supremacy: a reply”, *Constitutional supremacy*, v. 17, n. 3, 2000.

SCHAUER, Frederick. “Judicial supremacy and the modest constitution”, *California Law Review*, v. 92, 2004.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1992.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Tradução Manuel Sanchez Sarto. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

SERBENA, Cesar Antonio. *Novas perspectivas do realismo jurídico*. Prefácio de Newton C. A. da Costa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SHAPIRO, Scott Jonathan. *Legalidad*. Tradução Diego M. Papayannis e Lorena Ramírez Ludeña. Madrid: Marcial Pons, 2014.

SOBRE A VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES. Entrevistado: Rodrigo Becker. Entrevistador: David Sobreira. [S.l.]: Onze Supremos, 05 ago. 2022. Podcast. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/2U1X92xZsIDP8juh1ninNv?si=6oOVIANpRBaNN2xwBy2yyA&utm_source=copy-link>. Acesso em 12.07.2022.

STONE, Martin. Focalizando o Direito: o que a interpretação jurídica não é. In: MARMOR, Andrei (ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

STRUCHINER, Noel. Algumas “proposições fulcrais” acerca do Direito: o debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et al* (Orgs.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, pp. 399-415, 2005.

SUNSTEIN, Cass Robert; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. *Michigan Law Review*, v. 101, pp. 885-951, 2003.

SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Tradução Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SUNSTEIN, Cass. *Constitutional personae*. New York: Oxford University Press, 2015.

VALADÃO, Rodrigo Borges. *Positivismo jurídico e nazismo: formação, refutação e superação da lenda do positivismo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia, *Revista Direito FGV*, v. 4, n. 2. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução Marina Gascón. 10. ed. Madri: Editorial Trotta, 2011.

ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.