MAX DA SILVA BANDEIRA

LEGISLAÇÃO E JUDICATURA:
O lugar da lei na realização judicial do direito

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2015**

MAX DA SILVA BANDEIRA

LEGISLAÇÃO E JUDICATURA:
O lugar da lei na realização judicial do direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, na área de Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Professor Associado Ari Marcelo Solon.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2015

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Bandeira, Max da Silva

Legislação e Judicatura : O lugar da lei na
realização judicial do direito / Max da Silva
Bandeira ; orientador Ari Marcelo Solon -- São
Paulo, 2015.
108 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) -
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,
2015.

1. Legislação. 2. Função judicial. 3. Separação dos
poderes. 4. Argumentação jurídica. 5. Legitimidade. I.
Solon, Ari Marcelo, orient. II. Título.

Mais uma vez a meus pais, por tudo.

AGRADECIMENTOS

No último ano de graduação, nos idos de 2011, eu decidi que deveria continuar os estudos de Filosofia do Direito em nível de pós-graduação.

Embora tivesse emprego certo no escritório em que então estagiava na Bahia, o que é deveras importante para um (quase) recém-formado, decidi fazer a seleção para o mestrado da USP. Aprovado nas primeiras etapas, resolvi então submeter meu projeto a Professor Ari Marcelo Solon e fui aceito.

O Professor Ari foi, desde o início, o melhor orientador que eu poderia ter tido. Tenho certeza de que sua grandeza intelectual vai continuar inspirando toda minha trajetória acadêmica. Ao Professor Ari, devo agradecer não só por ter me acolhido e por ter me orientado, mas também por ter sido compreensivo no momento em que eu precisei me afastar temporariamente das atividades acadêmicas para atender a questões pessoais.

Nos momentos iniciais em São Paulo, foi fundamental a participação de Thiago Tannous e de Raíza Bizerra. Por isso, agradeço a eles em nome de todos os que me ajudaram a me ambientar com a vida na nova cidade.

Pelo desenvolvimento das ideias que se encontram aqui, também devo muito a Thiago Tannous, assim como aos amigos Gabriel Ferreira da Fonseca, Osvaldo Alves de Castro Filho, Rodrigo Garcia Cadore e Gabriel Dias Marques da Cruz, com os quais mantenho diálogo de longa data. A eles agradeço em nome de todos os outros que interferiram na composição desse trabalho, que foram muitos. Os erros que certamente há no texto e no raciocínio, contudo, apenas são imputáveis a mim.

Tenho também consciência de que a banca de qualificação foi fundamental para a correção de rumos do projeto. Por isso, agradeço ao Professor Ari Marcelo Solon e aos Professores Osvaldo Alves de Castro Filho e Rodrigo Octávio Broglia Mendes pelas valiosas considerações. Espero que o trabalho, agora concluído, mereça mais uma leitura de pessoas intelectualmente tão privilegiadas.

Por fim, agradeço a meus pais, por acreditarem em mim.

RESUMO

BANDEIRA, Max da Silva. **Legislação e Judicatura:** O lugar da lei na realização judicial do direito. 110 f. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

O presente trabalho questiona o papel da legislação na realização judicial do direito. Para responder a essa questão, empreende-se uma tese conceitual sobre a dinâmica jurídica, que pretende superar a tradicional dicotomia entre a legislação e a função judicial concebida pela doutrina clássica da separação dos poderes. De acordo com a argumentação desenvolvida aqui, o judiciário julga não somente fatos dos casos, mas também as próprias escolhas legislativas, de modo que já não é possível defender que a função judicial consiste em mera declaração da lei nos casos particulares ou ainda em subsunção lógica das lides que lhe são submetidas às normas previamente postas pelo processo legislativo. Assim, a realização judicial do direito não pode ser anteriormente determinada, uma vez que não está condicionada pelo conteúdo legislado. Contudo, os conteúdos da lei transmitem algum sentido para os cidadãos e, por isso, criam expectativas. Confirmar ou não essas expectativas é uma questão relacionada com a justificação e a legitimidade dos Estados racionais modernos, que estabelecem com os cidadãos uma relação de dominação legal-racional. Desse modo, a questão do papel da legislação (direito positivo passado) na realização do direito atual é posta em termos de legitimidade. Se, de um lado, constatamos que não é possível pretender controlar a discricionariedade judicial dentro dos próprios limites do direito, de outro lado defendemos que é legítimo pretender submeter o direito positivo à crítica e ao controle democrático. Isso porque interessa a todos os cidadãos que as decisões judiciais possam ser justificadas de modo razoável, graças a uma argumentação cuja força e a pertinência se reconheçam amplamente na sociedade. A partir dessa perspectiva, propomos um redimensionamento do argumento legal na prática jurídica e passamos a analisar as diversas implicações da questão central posta neste trabalho na realização judicial do direito.

Palavras-chave: Legislação, função judicial, separação dos poderes, argumentação jurídica, legitimidade.

ABSTRACT

BANDEIRA, Max da Silva. **Statutory law and the judicial function**: the function of statutory law in the judicial realization of law. 110 pp. Master dissertation (Post-Graduate Program in Philosophy of Law and General Theory of Law). Faculty of Law, University of São Paulo, 2015.

This work questions the function of statutory law in the judicial realization of law. To answer this question, we undertake a conceptual thesis on legal dynamics, which aims to overcome the traditional dichotomy between the statutory law and the judicial function designed by the classical doctrine of separation of powers. According to the arguments put forward here, judges judge not only the facts of the cases, but also the legislative choices, so that it is no longer possible to argue that judicial function is a mere declaration of the statutory law in individual cases. Thus, the judicial realization of law cannot be previously determined, since it is not strictly conditioned by the legislated content. However, the statutory law content communicates meanings to citizens and therefore it creates expectations. To confirm or not to confirm these expectations is something related to justification and legitimacy of modern rational States, which hold a legal-rational domination relationship with citizens. Thus, the question of the function of statutory law is put here in terms of legitimacy. On the one hand, we find that we cannot intend to control judicial discretion within the proper limits of the law, on the other hand we argue that it is suitable to intend to submit the positive law to public critics and democratic control. All citizens seem to expect that judicial decisions can be justified in a reasonable manner, thanks to arguments whose strength and relevance are widely accepted in society. From this perspective, we propose a redefinition of the use of legal argument in legal practice and then we start to examine the various implications of the central question posed in this work in the judicial realization of the law.

Keywords: Statutory law, judicial function, separation of powers, legal argumentation, legitimacy.

SUMÁRIO

Em busca da racionalidade perdida.....	11
Que será o direito?	16
O direito em busca de um sentido	24
Incertezas, expectativas e frustrações	30
Presente e passado do direito	34
Interpretação e legitimidade.....	38
As perspectivas realistas	43
Legalidade e argumentação jurídica	48
Argumentação e prática jurídica	53
A lei como argumento.....	63
Conhecer e interpretar para decidir	73
Estabilidade e mutabilidade	77
Legalidade e ideal de justiça	86
A racionalidade redescoberta	95
Referências.....	100

*The pretense that judges are without the power to exercise an immense amount of discretion and to individualize controversies, does not relieve us from those evils which result from the abuse of judicial power. On the contrary, it increases the evils. (Jerome Frank. **Law and the modern mind**. Gloucester: Peter Smith, 1970, p. 148)*

INTRODUÇÃO

EM BUSCA DA RACIONALIDADE PERDIDA

O direito positivo não é composto de proposições que descrevem a realidade, nem de conselhos que se possa seguir ou ignorar, conforme juízos de íntima convicção. Trata-se, antes, de um exercício do poder estatal. Eis o que o particulariza: a impositividade de seus comandos, objetivamente amparada¹. *Auctoritas non veritas facit legem*.

A realização judicial do direito pode contradizer os sentidos da legislação. O direito atual não pressupõe correspondência semântica com o passado, senão soberania. A decisão judicial, assim como a lei, é ato do poder estatal, expressão jurídica da força do Estado. Assim como as determinações legais, a decisão judicial é introduzida com o poder e a força compulsória do Estado. Ela carrega todo o poder estatal consigo. É esse poder de ordenar, não a produção do silogismo que se diz ser requerido para criá-lo, que constitui a peculiaridade da decisão judicial².

A decisão judicial exaure o significado do que lhe antecede. Não se trata de um ato de pura compreensão, de produto de um silogismo puro. O juiz constrói, a partir da lei, às margens da lei e às vezes até contra ela, uma norma, cuja juridicidade não é aferida pela sua conformidade com os sentidos dos atos que lhe antecedem.

Mas não é possível afirmar que os atos anteriores são completamente desprovidos de sentido. A lei tem algum significado. Do enunciado “*é proibido fumar em repartições*

---

¹ É o amparo objetivo dos atos criadores do direito que lhes confere juridicidade. A partir dele é possível diferenciar a ordem de um “bando de juízes” daquela de um “bando de salteadores”. Vejamos o que diz Hans Kelsen a respeito: Costuma caracterizar-se o Direito como ordem coativa, dizendo que o Direito prescreve uma determinada conduta humana sob “cominação” de atos coercitivos, isto é, de determinados males, como a privação da vida, da liberdade, da propriedade e outros. Esta formulação, porém, ignora o sentido normativo com que os atos de coerção em geral e as sanções em particular são estatuídas pela ordem jurídica. O sentido de uma cominação é que um mal será aplicado sob determinados pressupostos; o sentido da ordem jurídica é que certos males devem, sob certos pressupostos, ser aplicados, que - numa fórmula mais genérica - determinados atos de coação devem, sob determinadas condições, ser executados. Este não é apenas o sentido subjetivo dos atos através dos quais o Direito é legislado, mas também o seu sentido objetivo. Precisamente pela circunstância de ser esse o sentido que lhes é atribuído, esses atos são reconhecidos como atos criadores de Direito, como atos produtores ou executores de normas. (Hans Kelsen. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 31).

² *Nicht schon mit den gesetzlichen, sondern erst mit den richterlichen Rechtsbestimmungen spricht die rechtsordnende Staatsgewalt ihr letztes Wort! Eine Rechtswissenschaft, die vom richterlichen Rechts nichts wissen will, spricht sich selber die Existenzberechtigung ab!* (Oskar von Bülow. **Gesetz und Richteramt**. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot 1885, p. 45).

públicas” não parece ser possível a princípio concluir que é permitido fumar em repartições públicas. Diante daquela ordem (“*é proibido fumar em repartições públicas*”) cabe questionar, contudo, se se pode acender incensos em repartições públicas. É que ter significado não é ter significado único. Os comandos legislativos são sempre, em alguma medida, indeterminados. A ordem legal, embora não seja capaz de determinar uma resposta jurídica logicamente necessária, pode comunicar algo³.

Todavia, os significados do conteúdo legislado não são capazes de prevenir por inteiro a possibilidade de se decidir contra aquele conteúdo. A função judicial não é de declaração da lei nem tem por escopo desvendar seus sentidos. Ou melhor, a sentença não tem sua juridicidade dependente da correspondência semântica com a lei. A realização judicial do direito não pode, assim, ser anteriormente determinada, não (só) em razão da relativa indeterminação semântica do conteúdo antecedente.

Não é porque uma ordem legal comporta uma série de significados que não se pode determinar anteriormente quais serão as decisões seguintes. O motivo é outro: é que o conteúdo legal não condiciona a realização judicial do direito. A sentença vale porque é ato

---

³ Essa “capacidade” é levada às últimas consequências por Herbert Hart. Em sua obra *The concept of law*, Hart defende que a interpretação de regras jurídicas é capaz de revelar um núcleo indisputável de significado (*core of undisputed meaning*) e uma zona de penumbra, nesta repousando a margem de discricionariedade do intérprete. Hart compara o sistema jurídico com um jogo que tem regras de pontuação para se determinar um vencedor, o qual apenas faz sentido se as suas regras são preservadas: se o árbitro, num jogo de futebol, pudesse decidir que uma bola na trave é gol, que cada três passes entre jogadores de um mesmo time é gol, e assim por diante, o jogo deixaria de ser futebol e se tornaria o jogo “discricionariedade do árbitro”. No jogo “discricionariedade do árbitro” (*scorer’s discretion*) a regra de pontuação é “aquilo que o árbitro determinar como sendo um gol será um gol”. Nesse jogo não faria sentido falar que o árbitro estava errado na sua decisão. Para Hart, tanto no futebol quanto no direito, apesar de o juiz ter a palavra final, podemos afirmar que ele está errado. Assim, se o árbitro tiver um poder discricionário absoluto, isto é, em todos os casos e não somente nos casos de penumbra, isso descaracterizará o jogo. Vejamos sua lição: *Like the changes from a regime of custom to a mature system of law, the addition to the game of secondary rules providing for the institution of a scorer whose rulings are final, brings into the system a new kind of internal statement; for unlike the players’ statements as to the score, the scorer’s determinations are given, by secondary rules, a status which renders them unchallengeable. In this sense it is true that for the purposes of the game ‘the score is what the scorer says it is’. But it is important to see that the scoring rule remains what it was before and it is the scorer’s duty to apply it as best he can. ‘The score is what the scorer says it is’ would be false if it meant that there was no rule for scoring save what the scorer in his discretion chose to apply. There might indeed be a game with such a rule, and some amusement might be found in playing it if the scorer’s discretion were exercised with some regularity; but it would be a different game. We may call such a game the game of ‘scorer’s discretion’.* (Herbert Hart. **The concept of law**. 2º Ed. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 144). Semelhante concepção lança as bases para a escola do formalismo jurídico, cujo esboço teórico se deveu ao trabalho de Frederick Schauer, publicado no *Yale Law Journal*, no ano de 1988 (Frederick Schauer. *Formalism*. **Yale Law Journal**. 97/509-548, mar. 1988). Como se verá adiante, discordamos das conclusões tanto de Hart quanto de Schauer.

do poder estatal e não em razão de sua conformidade com a lei⁴. O juiz não é servidor, mas senhor do direito.

Por isso, diante do comando “*é proibido fumar em repartições públicas*”, serão possíveis tanto decisões que não admitam incensos naquelas localidades, quanto que, mesmo reconhecendo o significado da primeira ordem, enunciem “*não é proibido fumar em repartições públicas*”. Qualquer desses atos será jurídico, ou melhor, será direito positivo, se se impuser como ordem soberana. Essa ordem soberana contida na decisão judicial, por seu turno, substitui o comando anterior, legal, a ponto de não ser mais possível questionar sua validade recorrendo-se a esta ordem antecedente, ultrapassada, exaurida⁵.

A legislação, contudo, pode criar expectativas nos destinatários, porque é capaz de transmitir algum sentido. Se a lei comina sanção à conduta de fumar em repartições públicas, parece razoável esperar que se puna o cidadão flagrado fumando em repartição congênere. Nada parece impedir, porém, que essas expectativas sejam frustradas pelo judiciário. A prática jurídica faz-se de expectativas e frustrações. A validade da lei é provisória⁶, não uma

---

⁴ Wenn es nun deshalb oft genug vorkommt, dass richterliche Urtheile dem wahren Sinne und Willen des Gesetz zuwiderlaufen, so ist dies gewiss ruhigen Muthes als ein unvermeidliches Geschick zu erdulden, als ein Tribut, welchen die Gesetzgeber und Richter der Schwäche des menschlichen Mittheilungs- und Erkenntnisvermögens zollen. Über weder diese entschuldigende Überlegung noch irgend ein juristisches Kunststück kann uns über die offen vorliegende Wahrheit hinwegleiten lassen, das alle die vielen Abweichungen der richterlichen Rechtssprüche von der gesetzlichen Rechtssatzung dennoch durch die Staatsgewalt rechtlich bestätigt werden. Der Staat ist genöthigt, sie sich gefallen zu lassen, auch sie mit dem Stempel der Rechtskraft zu versehen. Auch das gesetzwidrige Urtheil ist doch rechtsverbindlich. Es ist wie jedes richterliche Urtheil eine vom Staat ausgehende, vom Staat gebilligte, vom Staat mit seiner Zwangsgewalt ausgestattete Rechtsbestimmung! (Bülow, op. cit., p. 40).

⁵ Para Hans Kelsen, normas jurídicas são esquemas de interpretação. Sua incidência é capaz de atribuir significado jurídico aos fatos. Escalonadas em uma ordem, as normas, que se interagem dinamicamente, fundamentam-se e se derivam, num contínuo processo de criação e perecimento. A concretização de uma norma jurídica exige interpretação. Interpreta-se o direito para aplicá-lo. O processo interpretativo de uma norma abre para o interprete autêntico uma série de possibilidades normativas, das quais apenas uma se converterá em norma jurídica, em razão de um ato de vontade seu. Em outras palavras, a interferência decisória do interprete autêntico qualifica seu comando, pinçado de uma série de comandos possíveis, como ordem jurídica. O jurista austríaco, contudo, vai adiante ao dizer que o agente reconhecido pelo sistema como capaz de decidir pode extravasar as membranas delineadas pela norma a ser concretizada por sua decisão, sem comprometer-lhe a validade (Kelsen, op. cit., p. 394). Kelsen destoa de Hart porque não concebe a discricionariedade como redundância da indeterminação do direito, mas como algo que lhe é essencial, mesmo porque a decisão jurídica não está limitada, segundo o autor da teoria pura do direito, pelas possibilidades interpretativas da norma a ser concretizada.

⁶ As previsões sobre a conduta futura dos juízes conferem validade definitiva à validade provisória das normas gerais. Estes prognósticos das decisões judiciais evidenciam apenas o final de um processo dinâmico, de uma corrente que se inicia com a validade provisória de uma norma geral. A validade também não é uma qualidade substancial, uma existência ontológica, mas uma sequência da gradação do direito. Na senda da criação jurídica, tanto o “idealista” deve ver a aplicação social da norma pela autoridade como o “realista” deve observar determinados pressupostos pretéritos da “ideologia” normativa. Dessa forma, os horizontes teóricos do direito não se subtraem à tensão permanente entre “ser” e “dever ser” sem, entreabrir, porém, nenhum processo racional dialético. (Ari Marcelo Solon. **Teoria da Soberania como Problema da Norma Jurídica e da Decisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 195).

qualidade ontológica: está na dependência de atos seguintes que lhe deem concretude, os quais podem inclusive lhe contradizer.

As frustrações jurídicas não encerram todas as considerações que se podem fazer sobre o direito. Ao contrário, colocam, num Estado de direito, uma série de problemas que se relacionam com a sua justificação, com a sua legitimidade. É que a prática jurídica aparentemente racional justifica a dominação estatal nas sociedades ocidentais modernas⁷. O direito, preenchido pela arbitrariedade, não perde necessariamente império, mas perde sentido⁸.

Um dos problemas que as frustrações jurídicas possibilitam discutir é o da legalidade, que pode ser formulado nos seguintes termos: *se a lei não vincula o juiz, qual será sua utilidade?* A possibilidade teórica dessa questão pressupõe a equiparação entre as funções legislativa e judicial. Trata-se não mais de diferenciar legislação e judicatura conforme o critério da criatividade, isto é, do potencial de inovar na ordem jurídica, próprio da doutrina da separação dos poderes, mas de questionar a função da lei na prática jurídica.

A nosso ver, num Estado de direito, a lei funciona como ponto de partida comum, condição ideológica de possibilidade para o início de um raciocínio jurídico. Mas não tem a função, nem o condão, de determinar seu resultado. Por isso, é inviável o exercício seguro da futurologia jurídica, como alguns parecem pretender. A prática jurídica é essencialmente argumentativa, persuasiva. A decisão não é o resultado necessário de uma operação lógica de subsunção, senão produto de um processo dialógico que toma a lei como ponto de partida.

O escopo da nossa proposta de trabalho é discutir como se pode situar a lei no âmbito do direito positivo e quais suas utilidades ou repercussões práticas, diante do problema da incerteza jurídica. Trata-se, a partir da aproximação das funções legislativa e judicial, de questionar o que justifica a existência da legislação quando se trata de realização judicial do direito.

---

⁷ De acordo com Max Weber, o domínio racional legal, típico do Estado ocidental moderno, tem por fundamento a crença na validade dos regulamentos estabelecidos racionalmente e na legitimidade dos chefes designados nos termos da lei. Todo direito, nesse contexto, vale em virtude da adoção de um procedimento racional. Por seu turno, o domínio da burocracia qualificada pauta sua legitimidade na força das regras escritas, que garantem estabilidade, previsibilidade e oferecem segurança aos membros da sociedade, os quais só obedecem ao direito e são chamados cidadãos. Isto quer dizer que não são obrigados a submeter-se senão nas condições previstas pela lei. Trata-se da legitimidade através da legalidade (Max Weber. **Economia e sociedade**. v. 2. Brasília: Unb, 2004, p. 529-543). Semelhante domínio acompanhou o desenvolvimento das instituições sociais, econômicas e culturais das sociedades ocidentais modernas, que foi desencadeado por um processo geral de racionalização, sob a égide do Estado moderno.

⁸ Cf. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. **Introdução ao Estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

O desenvolvimento do tema deverá possibilitar a análise, no âmbito da teoria do direito, das funções legislativa e judicial, demonstrando-se como o critério da criatividade não se presta a diferenciar a legislação da função judicial. De outro lado, espera-se evidenciar que o conteúdo legislado é exaurido pela decisão judicial, podendo esta frustrar as expectativas geradas por aquele conteúdo, através das chamadas decisões *contra legem*. A questão da utilidade da legislação se põe, de forma aguda, quando adotamos a premissa de que ela não é capaz de determinar o conteúdo das decisões judiciais, nem mesmo de atender às expectativas de certeza e segurança que se depositam no direito.

A questão de saber o que justifica a existência de um conteúdo legislado à disposição do julgador, sobretudo diante da constatação de que o ato seguinte de realização do direito pode afastá-lo ou expressamente contrariá-lo, tem relevância prática, na medida em que se propõe à crítica da perspectiva jurídica da doutrina da separação dos poderes, segundo a qual a atividade judicante está subordinada ao conteúdo legislado.

Obviamente, não se trata de questão inédita, sendo de ressaltar que a escola do formalismo jurídico tem nessa discussão um dos seus pilares. Contudo, o questionamento da “autoridade da lei” feito aqui não parte da indeterminação do direito legislado⁹. Não estamos preocupados com a possibilidade de “deslegalização do direito”, como receiam alguns¹⁰. Nem entendemos que a discricionariedade judicial, ou melhor, a liberdade dos juízes, tem por origem as imprecisões legislativas.

Ao contrário, concebemos a atividade judicante como uma atividade necessariamente livre, que não está subordinada ao conteúdo legislativo, senão que lhe é equivalente, por ser igualmente expressão da vontade estatal, não obstante mais concreta. A liberdade dos juízes

---

⁹ De acordo com Frederick Schauer, por exemplo, se as normas não comunicarem nada, se não fornecerem respostas diferentes do que aquelas que o julgador alcançaria se não existissem, então não há que se falar em autoridade no direito positivo (Schauer, op. cit., pp. 520-523). Questionamento semelhante aparece em seu livro atual: *But what if it turned out that legal categories and legal doctrines were not especially effective predictors of judicial decision-making? What if factors other than legal doctrine played the major role in determining what judges would in reality actually do?* (Frederick Schauer. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009).

¹⁰ *If the increased use of nonlegal information is seen as an independent variable, then questions arise about what this means for the nature and practice of law. Will it produce an even broader manifestation of the phenomenon we might call the delegalization of law? If so, what are the implications for the symptoms of law's autonomy, including the content of bar examinations, the curricula of law schools, and the rhetoric of legal argument? Although there are examples in which nonlegal information has influenced specific legal doctrines, we suggest a broader possibility. Informational changes will likely be insufficient to uproot centuries of law as a limited domain, but the forces of informational integration may be sufficiently powerful, and the nature of law sufficiently information- and source-dependent, that changes in the nature of legal information will produce changes in the nature of law.* (Frederick Schauer. Legal Positivism as Legal Information. **Cornell Law Review**. 82, 1080, pp. 1996-1997).

não decorre da indeterminação do conteúdo legislado. É própria da nomogênese jurídica. Daí ser necessário focar o problema da utilidade da lei a partir de uma perspectiva capaz de considerar, por exemplo, as decisões *contra legem*.

Compreender a função da lei para além da doutrina clássica da separação dos poderes é fundamental para situar o problema da legalidade na teoria do direito. Ao separar as funções de legislador, administrador e julgador, aquela doutrina constrói uma teoria dinâmica do direito, na qual a atribuição genérica de obrigações aos cidadãos fica a cargo do legislativo. A lei assume a função principal de inovar na ordem jurídica, cabendo ao judiciário aplicá-la, sem lhe perquirir a justeza (*dura lex sed lex*) nem interpretá-la para além da clareza (*in claris cessat interpretatio*). Diferenciam-se, assim, as funções judicial e legislativa segundo o critério da inovação. O juiz “boca da lei” garante a “liberdade” da prática jurídica em face dos interesses ideológicos de uma justiça material.

A racionalização do direito formal, pelo seu carácter fatalmente abstrato, promove um distanciamento do juiz da invocação de preceitos éticos que fundamentam o poder estatal¹¹. A figura do juiz que tão somente declara o direito legislado, mediante um processo subsuntivo, não existe senão como ideologia. A função judicante é tão inovadora quanto a do legislador. O enfoque da função judicial como atividade essencialmente criativa desloca a diferenciação entre legislação e judicatura para outro plano, possibilitando a discussão da função da legislação (direito passado) na realização judicial do direito atual. Por esta discussão se guiará o trabalho, cuja importância teórica se pretende que esteja naquele deslocamento.

Que será o direito?

Conceituar é reelaborar abstratamente um objeto. Entender como opera o direito pressupõe que se parta de uma teoria¹² do direito, cujo conceito fundamental é o próprio

¹¹ As camadas burguesas, de acordo com Max Weber, costumam estar mais interessadas numa prática jurídica racional e, por isso, também, num direito formal sistematizado, unívoco, racionalmente criado com referência a fins, que exclui tanto a vinculação à tradição quanto o arbítrio e, portanto, somente permite a derivação de direito subjetivo a partir de normas objetivas. Tanto os puritanos ingleses quanto os plebeus romanos e a burguesia alemã do século XIX reivindicavam um direito deste tipo, sistematicamente codificado (cf. Weber, op. cit., p. 104).

¹² Em grego, *theoria* significava visão de algo. Referia-se à contemplação ou especulação, como algo oposto à ação, à prática. Na ciência moderna, a palavra teoria refere-se a uma explicação proposta de um fenómeno empírico, de acordo com um método. Veja-se o conceito da Associação Americana para o desenvolvimento da ciência: *A scientific theory is a well-substantiated explanation of some aspect of the natural world, based on a body of facts that have been repeatedly confirmed through observation and experiment. Such fact-supported theories are not "guesses" but reliable accounts of the real world* (American Association for the Advancement of Science. **Science, evolution and creationism**. Washington, National Academy Press, 2008). A explicação

conceito de direito. Sem identificarmos o que é o direito, não é possível discursar sobre ele, nem discuti-lo.

Como qualquer outra, a teoria do direito é tão somente uma observação do real a tempo certo. Não é a própria realidade. Em se tratando o objeto observado de fenômeno humano, a formulação de regras gerais se torna ainda mais complexa. É que a realidade apreendida pelas ciências do espírito parece mudar de modo mais perceptível a olho nu do que a natureza. O direito é como um jogo de futebol em que não apenas a bola, os jogadores e o árbitro se movimentam, mas também as linhas do campo e a trave¹³.

O direito é fruto da atividade humana. Não oferece àquele que o estuda uma realidade estática ou recriável em laboratório. Aqueles que se dedicam a investigá-lo não se ocupam de um fenômeno que se manifesta independentemente da vontade humana. A missão do estudioso do direito é investigar algo em transformação, que em um instante se revela de um modo, pouco depois de outro. Não se trata de um dado, mas de uma permanente construção. Qualquer teoria que se elabore sobre o direito, portanto, há de ser uma teoria particular.

A possibilidade de uma teoria geral sobre o direito estaria na dependência de um esforço crescente de formalização unificadora de certas experiências historicamente vividas. Como resultado desse esforço unificador, contudo, ou chegaríamos a um conceito nulo de direito (uma vez que nem com a máxima formalização é possível encontrar intersecção dos conjuntos de experiências históricas que já se denominaram direito), ou precisaríamos particularizar o objeto estudado (por exemplo, considerar *a priori* direito certas experiências vividas sob o Estado moderno). Neste último caso, teríamos uma *contradictio in terminis*:

---

teórica da realidade está submetida a falseabilidade: a teoria existe apenas enquanto ideia e não na realidade: *I shall take the simpleminded view that a theory is just a model of the universe, or a restricted part of it, and a set of rules that relate quantities in the model to observations that we make. It exists only in our minds and does not have any other reality (whatever that might mean). A theory is a good theory if it satisfies two requirements. It must accurately describe a large class of observations on the basis of a model that contains only a few arbitrary elements, and it must make definite predictions about the results of future observations. (...) As philosopher of science Karl Popper has emphasized, a good theory is characterized by the fact that it makes a number of predictions that could in principle be disproved or falsified by observation. Each time new experiments are observed to agree with the predictions the theory survives, and our confidence in it is increased; but if ever a new observation is found to disagree, we have to abandon or modify the theory.* (Stephen Hawking. **A brief history of time: from big bang to black holes**. New York: Bantam Books, 1988).

¹³ Em suma, como sistemas dinâmicos, os ordenamentos têm alta mobilidade; neles, tudo está em movimento, de onde decorre a dificuldade de operar com eles (tarefa da dogmática). Comparam-se, enquanto sistema, a um jogo de futebol no qual não só os jogadores, a bola e o árbitros se movimentam, mas também as linhas do campo e as traves mudassem de posição. Cabe ao jurista, com base na ciência dogmática, operar a possibilidade do jogo. Para isso, necessita de conceitos operacionais dinâmicos, sem os quais os conflitos sociais seriam indecidíveis. Embora dinâmicos, esses conceitos têm de possibilitar alguma forma de estabilidade (estabilidade na mudança) (Tercio Sampaio Ferraz Júnior. **Introdução ao Estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 165).

uma teoria geral particular do direito, uma teoria geral do direito do Estado moderno, no exemplo dado.

Conceitos são equações do desigual¹⁴. Nenhuma cadeira é exatamente igual a outra, mas o conceito de “cadeira” é formado por uma abstração arbitrária das diferenças individuais, esquecendo-se os elementos distintivos. Essa constatação, no entanto, não pode ser capaz de frustrar as tentativas de reelaboração abstrata de fenômenos como o jurídico, senão de nos conscientizar da particularidade específica de nosso conceito. É que encontrar um conceito aceitável de direito tem eficácia propulsora de seu estudo, pois possibilita um ponto de partida para sua discussão.

Os conceitos, como unidades abstratas de significado, têm papel central no desenvolvimento e teste de discursos teóricos. Potencializam a integração de observações e fenômenos aparentemente não relacionáveis em discursos apreensíveis, e valem enquanto são úteis para tanto¹⁵. É impossível pensar a física moderna fora de seus conceitos de calor, carga elétrica, aceleração, por exemplo. São esses conceitos que possibilitam o desenvolvimento de raciocínios sobre a realidade, segundo o método daquela ciência.

Por isso, mesmo conscientes da particularidade de qualquer teoria do direito proposta, buscaremos construir um conceito restrito (formal) de direito a ser utilizado no presente trabalho. A amostra escolhida para análise é intencional, como será adiante esclarecido, de modo que certas experiências outrora classificadas como jurídicas serão simplesmente desconsideradas.

Nosso conceito intencional de direito tem um horizonte teórico claro: o do positivismo jurídico¹⁶. Isso quer dizer que, desde logo, rechaçamos a possibilidade de existência do direito

---

¹⁴ *Jeder Begriff entsteht durch Gleichsetzen des Nichtgleichen. So gewiss nie ein Blatt einem andern ganz gleich ist, so gewiss ist der Begriff Blatt durch beliebiges Fallenlassen dieser individuellen Verschiedenheiten, durch ein Vergessen des Unterscheidenden gebildet und erweckt nun die Vorstellung, als ob es in der Natur außer den Blättern etwas gäbe, das »Blatt« wäre, etwa eine Urform, nach der alle Blätter gewebt, gezeichnet, abgezirkelt, gefärbt, gekräuselt, bemalt wären, aber von ungeschickten Händen, so dass kein Exemplar korrekt und zuverlässig als treues Abbild der Urform ausgefallen wäre.* (Friedrich Nietzsche. **Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinn** [1973]. Disponível em: www.joachimschmid.ch/docs/PTxNietzFriWaLAuss.pdf. Acesso em: 22 de outubro de 2011).

¹⁵ Os conceitos não se referem à realidade, a percepções. Não são válidos como tal, mas em si mesmos, na medida de sua utilidade. (cf. Carl Boyer. **The history of the calculus and its conceptual development**. New York: Dover, 1949, pp. 4-6).

¹⁶ A origem do positivismo jurídico é ligada, de acordo com Norberto Bobbio, à formação do Estado moderno, que passa a assumir estrutura monista ao concentrar em si o poder de criar o direito. Assim, o juiz, de livre órgão da sociedade, livre para tomar a decisão que julgasse mais justa, torna-se funcionário do Estado, subordinado à legislação. Aqui o direito positivo passa a sobrepujar o natural. Com a passagem do tempo o *jus proprium*, do

que seja alheia a atos de vontade de homens investidos do poder de criar e impor o cumprimento de normas¹⁷.

O aparecimento do positivismo jurídico está historicamente situado na modernidade¹⁸. Esse é o contexto em que o Estado moderno começa a fornecer um padrão objetivo de resolução de conflitos, a lei, numa sociedade em que o “politeísmo de valores” podia levar à autodissolução. A lei é um comando do soberano: sua validade deriva de sua fonte, não de seu mérito. Não se trata de uma verdade socialmente construída. A lei pode ser justa ou injusta, sem que deixe de ser lei. Com o positivismo jurídico, o direito (*jus*) deixa de se identificar com o *justum* e passa a se identificar com o *jussum* (comando do soberano)¹⁹.

O risco e a insegurança que se associavam ao poder ilimitado do Estado absolutista levaram com a Revolução à ruptura desse modelo, que foi sucedida por um novo modelo jurídico-político: o do Estado liberal, sob o qual se moldou a ideia de Estado de direito, em que, em princípio, não deve haver exercício de poder fora dos limites impostos pela legislação. O próprio poder de criar o direito está juridicamente condicionado. As pessoas apenas estão obrigadas ao atendimento da lei, sendo chamadas de cidadãos. Apenas a lei pode pautar a conduta dos cidadãos, que são assim protegidos não só contra o executivo, o qual deve respeitar legalidade, mas também contra a própria produção legislativa, delimitada *a priori* pela Constituição²⁰. Esse é o direito tematizado pelo positivismo jurídico.

---

príncipe, foi sobrepujando o *jus commune*, considerado *ratio scripta*, fato que culminará nas codificações através da qual o direito comum foi absorvido pelo direito estatal. De acordo com Bobbio, começa com as codificações a história do positivismo jurídico propriamente dito (cf. Norberto Bobbio. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 23-25).

¹⁷ De acordo com os positivistas, o direito é um artefato humano, o resultado de uma escolha, convenção, ou práticas sociais convergentes. As regras jurídicas válidas são identificadas de acordo com um critério de fonte e não de mérito. Já os jusnaturalistas adotam uma espécie de compromisso ontológico dúbio: por um lado, admitem a existência de regras postas por um critério de fonte, por outro lado, admitem uma realidade mais forte para um conjunto de regras logicamente anteriores e eticamente superiores às normas positivadas. Assim, admitem um mundo atrás do mundo (no melhor estilo do realismo platônico), que seria mais real do que o mundo perecível e mutável das escolhas humanas contingentes (Noel Struchiner. A primazia do positivismo conceitual. In: Dimitri Dimoulis; Écio Oto Duarte (coords.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008, p. 321).

¹⁸ cf. Norberto Bobbio, op. cit., pp. 23-25.

¹⁹ O Estado Absolutista impõe assim o “império da lei”, que passa a ser a condição de possibilidade de coexistência pacífica em uma sociedade pluralista, onde os sujeitos, concebidos agora como indivíduos que perseguem seus próprios fins (interesses), não limitados por suas escolhas e atos por um *ethos* comum. O Estado Absolutista, que monopoliza a produção jurídica por meio da legislação, é a resposta institucional às incertezas da sociedade de mercado emergente (Luis Fernando Barzotto. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007).

²⁰ Isto porque, no Estado Liberal, poder é competência jurídica. O próprio poder de criar o direito está juridicamente condicionado. Fora dos quadros impostos pela ordem jurídica, não há exercício legítimo de poder. Essa “juridificação do poder” tem dois níveis. Nos poderes subordinados, fala-se em “legalização do poder”, isto

O positivismo jurídico se identifica pela adesão à noção de que o direito constitui um sistema de normas resultantes de atos de vontade humanos, que podem ser representadas hierarquicamente, sendo as inferiores elaboradas conforme as superiores. Excluem-se dessa concepção tanto a origem moral ou natural de normas jurídicas, quanto seu julgamento conforme critérios que não possam ser alcançados pela vontade dos homens.

Ao colocar que a existência do direito depende de um critério de fonte, o positivismo admite que a fonte pode estabelecer, como direito, um conjunto de informações divergente das informações utilizadas em outros âmbitos de tomada de decisões onde impera a razão prática²¹. Dessa forma, faz com que o conceito de direito seja capaz de funcionar como uma categoria autônoma, socialmente relevante e útil do ponto de vista analítico. Mas o que será então o direito?

Para nós, direito é o canal por meio do qual se manifesta a vontade estatal. Pelo direito, enunciam-se ordens coativas direcionadas à obtenção de certas condutas, formando o conjunto dessas ordens (normas) o direito positivo. A criação de direito positivo não se encontra materialmente vinculada. O direito é uma estrutura vazia de conteúdo, que pode ser mais ou menos complexa, conforme a distribuição de autorizações para enunciação de comandos. Essas autorizações, que se pode chamar simplesmente de competências, são as unidades estruturais do direito, mas não representam forma de partilha da expressão da vontade soberana estatal. Cada ato de criação de direito positivo expressa, em sua inteireza, a soberania do Estado²².

O limite do direito é a liberdade humana. Quer isto dizer que, desde que sejam os homens capazes de certa conduta, ela pode vir a funcionar como antecedente ou consequente de uma determinada norma. Enquanto seria impensável a existência de uma ordem cujo conteúdo impusesse, por exemplo, a alguém que parasse seu próprio coração, não o é a existência de uma norma que lhe impusesse a obrigação de matar um terceiro. No primeiro

---

é, todo poder deve ser exercido em conformidade com a lei. Por sua vez, o poder supremo, identificado pelo liberalismo com o Parlamento, é limitado pela Constituição (Ibid., p. 15)

²¹ O jusnaturalista, ao colapsar os conceitos de direito e de moralidade, exclui de forma categórica a possibilidade de o direito ser um campo diferenciado. Para o jusnaturalista, chamar um sistema imoral de “sistema jurídico”, ou uma norma injusta de “norma jurídica” é cometer um erro conceitual. De acordo com as teses do direito natural, direito e moral estão analiticamente entrelaçados de forma a priori. Afinal, de acordo com o jusnaturalista, a moral é um critério de identificação do direito em todo e qualquer mundo possível (para todo x, x é direito se e somente se x está de acordo com critérios morais). (Noel Struchiner. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito (Tese de doutorado). Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Filosofia, 2005).

²² Cf. Solon, op. cit., p. 119.

caso, a conduta determinada pela norma não está, em princípio, em lugar alcançável pela liberdade humana. Já no segundo, embora não pareça moralmente aceitável, a conduta é possível. Homens são livres para matar outros. Por isso, a conduta de matar alguém pode ser normatizada, como é, aliás, nos Estados em que se admite pena de morte, em que há, em relação ao condenado, um dever de matar imposto pelo direito positivo ao carrasco. Enfim, as condutas mais absurdamente condenáveis podem passar pelo direito, desde que possam ser livremente exercitadas. O direito é uma estrutura vazia de conteúdo.

O direito positivo é ideal, um conjunto finito²³ de atos de vontade, de decisões, que não alteram a realidade, segundo uma relação de necessidade. Referem-se ao espaço da liberdade humana e não ao da natureza. Os comandos do direito positivo não operam automaticamente ou visivelmente. A expropriação, por exemplo, não decorre automaticamente da decisão que determina a penhora, assim como não é possível ver, no plano dos fatos, salvo a utilização de sinais distintivos culturais, como anéis, que alguém é casado ou mantém união estável com outrem.

Contudo, o conjunto ideal de prescrições que compõe o direito positivo precisa tocar a realidade, impor-se como ordem soberana: não há direito sem um mínimo de eficácia. O momento em que a imputação toca a causalidade é o da fundação de uma ordem jurídica. Em termos mais claros, embora menos precisos, esse deve ser, em geral, o momento da tomada do poder, que diferencia, por exemplo, um sistema de direito civil ideal ineficaz, que qualquer um pode mentalmente construir, de um sistema de direito civil (também ideal) cujo cumprimento é imposto por certo Estado.

As decisões que compõem o direito positivo vão se dispersando, sobrepondo-se umas às outras no tempo e não se encontram materialmente vinculadas, senão aos limites da liberdade humana. Assim, não é possível afirmar que uma norma jurídica, produto de certo ato de vontade, é inválida *ab initio*. Em verdade, quase todas as decisões jurídicas (leis, sentenças, contratos) estão potencialmente submetidas ao crivo de outras decisões, que podem confirmar ou não seu conteúdo.

Uma lei com conteúdo estranho às disposições da Constituição não é, necessariamente, inconstitucional. Poderá ser declarada inconstitucional por juízes ou pelo

---

²³ Enquanto na natureza se sucedem causas e efeitos em uma cadeia infinita de eventos, no espaço da liberdade humana há um conjunto finito de relações imputacionais, que compõem o direito positivo (cf. Kelsen, 2008, op. cit., pp. 50-75).

tribunal constitucional ou, simplesmente, ter sua constitucionalidade consagrada. Exemplo dessa afirmação é o julgamento da ADI 3128, em que se questionava a constitucionalidade da reforma da previdência, instituída pela Emenda Constitucional 41/2003. Nos autos desse processo havia pareceres de renomados constitucionalistas brasileiros, defendendo a “inarredável” inconstitucionalidade daquela reforma. Contudo, em distinta direção foi a decisão do Supremo Tribunal Federal da qual já não cabe recurso. Dessa decisão não se pode agora dizer que é correta ou incorreta, senão válida ou inválida. Não cabe acrescentar justeza ou aparente racionalidade como critérios para aferição da validade do conteúdo do direito positivo. O que não quer dizer que essas discussões sejam irrelevantes, mas tão somente que elas devem ser reconduzidas ao espaço político, que condiciona a produção jurídica.

O direito não é necessariamente complexo, como se apresenta nos Estados modernos. Haverá direito desde que se identifique uma ordem eficaz e exclusiva sobre um determinado grupo de pessoas, uma ordem que *a priori* se imponha como determinante da conduta dessas pessoas. Essa ordem não tolera desconfirmações, ou seja, caso perca a característica da impositividade, deixará de ser direito. O direito pode se apresentar como uma estrutura bastante simples: pode, por exemplo, tão somente reconhecer que, dentre um determinado grupo de pessoas, compete a uma delas ou a um colegiado a tomada de decisões²⁴, tanto as gerais quanto as concretas, e sua execução.

A estruturação dos Estados modernos, contudo, tornou mais complexo o direito. É que a modernização da sociedade se deu através de um “processo geral de racionalização”, no qual a burocracia adquire função-chave na relação de dominação que o Estado passa a exercer sobre os cidadãos. No Estado burocratizado, as atribuições dos empregados são fixas, definidas. Os poderes são distribuídos de forma clara e delimitada e cada um dos “servidores públicos” tem tarefas definidas e responsabilidades específicas. Existe um sistema organizado e vertical de mando e subordinação²⁵, em que as atribuições dos burocratas estão claramente

---

²⁴ Cf. Hart, op. cit., p. 52.

²⁵ Esse sistema conhece uma interessante regra de “cálculo de erros” (*Fehlerkalkül*), que tende a aprimorar a crença em sua racionalidade, por meio da inserção da possibilidade de recurso (*appeal*). Essa regra foi estudada por Hans Kelsen e compõe uma das sete doutrinas fundamentais identificadas por Christoph Kletzer em sua teoria pura do direito: *A Fehlerkalkül is a rule in the positive law that distinguishes minimum from maximum conditions in relation to the creation of law; it is a positive rule that renders all conditions other than the minimum conditions irrelevant for the creation of law—sometimes simply by declaring them relevant for the destruction of law via appeal. If it does not open the possibility for appeal it herewith renders the difference conditions absolutely irrelevant, or soft law. If it opens the possibility for appeal, it renders the difference conditions absolutely irrelevant for the creation of law in question, but central for the annulment of this law.* (Christoph Kletzer. Kelsen’s Development of the Fehlerkalkül-Theory. **Ratio Juris**. v. 18, v. 1, pp. 46–63, 2005, p. 50).

definidas, num emaranhado de relações organizativas complexas, que forma a estrutura por meio da qual se expressa a vontade desse Estado: o direito formal²⁶.

No entanto, não é porque a forma de dominação específica do Estado moderno é a racional legal que o direito, nesses Estados, absorve a racionalidade como critério de validade de suas prescrições. Mesmo porque, estrutura vazia que é, o direito é opaco aos critérios de correção (certo/errado) e racionalidade (racional/irracional), por exemplo. O único limite material do direito é a liberdade humana.

O direito positivo é criatura, expressão da vontade de um poder soberano. Não se pode imputar a ele as deficiências de legitimidade do exercício daquele poder, nem mesmo se lhe pode personificar, projetando nele características que se espera de seu criador. É urgente assumir que o direito está a serviço do poder dos Estados, de tal modo que os problemas do direito expressam os problemas desses Estados.

A racionalidade das decisões não é uma questão jurídica, mas política. Aliás, é a aparência de racionalidade das decisões que justifica o domínio legal racional dos chamados Estados de direito. Por isso mesmo, o terreno para combate de decisões politicamente incorretas ou teratológicas, consideradas as expectativas semânticas obtidas a partir da legislação precedente, é o da política. A prática jurídica é essencialmente política, argumentativa, ainda que os discursos jurídicos se aproximem da ideia de causalidade²⁷, da “lógica”.

---

²⁶ Entendida como o governo da razão, a burocracia é o meio através do qual se expressa a lei e sob o qual age o Estado racional moderno. A burocracia é um produto histórico peculiar do desenvolvimento da racionalidade formal no Estado moderno. A administração burocrática pura ressalta os aspectos da precisão, disciplina, continuidade, calculabilidade, aperfeiçoamento técnico, enfim, de eficácia. Em termos históricos concretos, essa instrumentalidade do agir racional com relação aos fins diz respeito à função da força política do Estado moderno desenvolvido no ocidente (cf. Katie Argüello. **O Ícaro da modernidade**. Direito e Política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997, p. 70-71).

²⁷ Vejamos exemplos no direito nacional: “A incidência das regras jurídicas é sobre todos os casos que elas têm como atingíveis. Nesse sentido, as regras jurídicas são de conteúdo determinado, e não se poderia deixar ao arbítrio de alguém a incidência delas, ou não. (...) A incidência sobre os fatos, que a regra jurídica aponta, independente da aplicação, tal o que a caracteriza. Daí a possibilidade de mundo jurídico em que as diferentes situações coexistem, resultantes de múltiplas incidências.” (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 12-13). “A incidência das normas jurídicas constitui a *differentia specifica* que as distingue das demais normas de convivência social, como as da moral, da etiqueta, da religião e dos outros processos de adaptação social, exatamente porque as torna obrigatórias, independentemente ‘da adesão daqueles a que a incidência da regra possa interessar’.” (Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 75). Ao explicar o significado de incidência normativa, que constitui um dos pilares de sua teoria sobre o Direito Tributário, Geraldo Ataliba lança mão da seguinte analogia: “Com as cautelas que as comparações impõem, é fenômeno parecido com uma descarga elétrica sobre uma barra de ferro. Recebendo a descarga, a barra passa a ter a força de atrair metais. Substancialmente, a barra persistirá sendo de ferro. Por força,

O conteúdo do direito positivo futuro não está vinculado juridicamente. As respostas jurídicas não estão determinadas nem bitoladas por molduras. A juridicidade de certo ato jurídico não está na dependência da correspondência semântica em face de outro ato. O direito futuro é incerto. Em relação a ele só se pode ter expectativas, baseadas na interpretação de leis, na jurisprudência, no senso particular de justiça. Mas nada impede que essas expectativas sejam frustradas.

Os limites da teoria do direito não comportam a afirmação de que certa decisão é boa ou mesmo que se trata da decisão correta. Contudo, é possível advogar a correção de uma decisão (que se entenda melhor), em relação a um conjunto de outras decisões (ruins), do ponto de vista político. É também possível cobrar, politicamente, do Estado uma postura que confirme em certo caso a expectativa gerada pela lei. A decisão *contra legem*, no entanto, não deixará de ser possível. Aliás, esse é o grande desafio que se lança à produção do conhecimento jurídico: enxergar o direito positivo como um artefato inacabado e não como um objeto estático. O direito não, simplesmente, é. “É-sendo”.

Daí, a próxima fronteira é desmistificar a autossuficiência do discurso jurídico: se vamos ou não descriminalizar certas drogas no Brasil, certamente, essa decisão não será jurídica, ainda que seja tomada por um tribunal constitucional. Será política. O direito será tão somente a forma, o canal de expressão dessa vontade, e não a essência da vontade. O direito positivo é criatura.

O direito em busca de um sentido

Raciocinando temporalmente, o direito positivo é um conjunto de decisões tomadas no passado. Essas decisões (lei, sentença, contrato) não determinam a realização futura do direito, mas estão à disposição dos futuros realizadores. O documento constitucional brasileiro, por exemplo, determina que “*o Estado promoverá o direito do consumidor*” (art. 5º, XXXII). Uma célebre concretização infraconstitucional dessa disposição foi a Lei 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, o que quer dizer que a decisão do legislador infraconstitucional foi promover o direito do consumidor através de um código.

---

entretanto, da descarga, adquirirá a propriedade de ser apta a produzir esse específico efeito de ímã. Incidência é a descarga elétrica.” (Geraldo Ataliba. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 45).

Essa não era, no entanto, a única alternativa: o legislador infraconstitucional poderia, simplesmente, em lugar de codificar o direito do consumidor, promovê-lo por legislação esparsa ou ainda incluí-lo em capítulo do direito civil codificado. Poderia ainda, exacerbando os limites que a Constituição aparentemente impõe, quedar-se inerte, como tem sido sua atitude diante do art. 37, VII, da Constituição, ou “despromover” o direito do consumidor, como, aliás, parece ter feito o constituinte derivado, por meio da Emenda Constitucional n. 40/2003.

Pode parecer estranha a afirmação de que a disposição constitucional não vincula o legislador nem o juiz, mas ela não é de fácil contestação. Decorre do que dissemos acima: o direito é um papel em branco, cujo conteúdo será preenchido por atos de vontade que ainda não aconteceram e que não estão vinculados aos atos de vontade anteriores, mesmo os “hierarquicamente superiores”, conforme o emaranhado de autorizações para criação de direito positivo que se vê no Estado moderno. A criação de “direito absurdo”, a prolação de sentença *contra legem* não é patológica, embora possa parecer patética²⁸. É do direito absorver comandos quaisquer que sejam.

Não se deve confundir o sentido de obrigatoriedade do ato com sua existência específica. O império, a impositividade enquanto ordem soberana, é pressuposto para a existência do direito. Não se afere *a posteriori*, quando a decisão jurídica já foi tomada, quando o direito positivo já foi criado.

O sentido de obrigatoriedade da decisão jurídica importa para que a relação de dominação seja “legítima”²⁹. Não está presente nas sociedades em que o direito se impõe pela

²⁸ De um mesmo radical grego, *pathos*, cujo correspondente latino é *passio*, derivam, em Língua Portuguesa, dois termos que, curiosamente, têm caminhos distintos: o patético e o patológico. A semântica de ambos está para a anormalidade, para o transbordamento, para o excesso, para o descomedimento. O primeiro no que diz respeito aos sentimentos e pensamentos, à alma; o segundo, à natureza física, ao corpo.

²⁹ De acordo com José Eduardo Faria, o problema da legitimidade nasce, justamente, quando o governo das comunidades antigas deixa de ser direto e passa a ser intermediado. É a partir desse momento que surge a necessidade de um critério externo aos próprios governantes para a validação dos regimes políticos e seus ordenamentos, ou seja, a necessidade de algumas justificativas para a representatividade obtida mediante a transferência de direitos até então considerados inalienáveis. A questão da legitimidade reclama um enfoque do direito a partir de uma perspectiva empírica, fundamentalmente avaliativa. A validade das obrigações jurídico-políticas expressas pelas normas jurídicas requer um critério externo aos próprios governantes e legisladores, que advém dos governados, cujo consenso legitima a gestão do sistema político em relação à sociedade. Como aponta José Eduardo Faria, o juízo de legitimidade, máxime numa época de mudança social, envolve um *dubitatio* que se revela na prática política. Por conseguinte, o “por que obedecer?” não encontra uma resposta objetiva e única, mas requer, necessariamente, o consenso da opinião pública. O acatamento às normas jurídicas envolve uma mediação bem sucedida das instituições políticas na obtenção do consenso dos governados. Essa mediação é um processo complexo, seja porque ela não pode apoiar-se apenas na força do monopólio da coerção organizada, seja porque a política não é o campo da razão pura. Em outras palavras, os modos de asserção dessa

força, como é o caso daquelas nas quais a dominação estatal se estabelece segundo o tipo ideal tirânico. Isso não implica a inexistência de direito nessas sociedades. A diferença é que ali a impositividade do direito não “flui da capacidade humana de agir em conjunto”, não deriva de uma mediação bem sucedida das instituições políticas na obtenção do consenso dos governados. É a força que garante a eficácia da ordem jurídica nessas sociedades.

Nos Estados democráticos, por outro lado, o império do direito está, ao menos ideologicamente, vinculado a sua serviência a certos interesses da sociedade. Quer isto dizer que, em uma democracia, o sentido de obrigatoriedade do direito decorre da correspondência entre a vontade dos diversos grupos sociais e a vontade do Estado, vontade esta que se expressa por meio do direito. Avalia-se a legitimidade das democracias conforme sua capacidade de internalizar as reivindicações daqueles grupos, por meio de um procedimento racional de que redunda a produção de direito positivo, nos diversos escalões da burocracia estatal.

Os ruídos desse processo de internalização podem levar ao enrijecimento da relação entre Estado e cidadãos, em prejuízo da legitimidade do direito. O limite dessa relação é

---

mediação são problemáticos, posto que não derivam exclusivamente nem da coerção interna da lógica da discussão racional, nem da coerção externa da força. Assim, o problema da legitimidade está associado a múltiplas formas de organização política e aos diversos modos de obtenção do consenso, de tal forma que é possível afirmar que os diferentes grupos sociais encaram a legitimidade ou a ilegitimidade dos sistemas políticos e seus respectivos ordenamentos jurídicos da maneira como seus valores particulares ajustam-se aos deles. O grau de aceitação desses regimes depende não de uma mera fidelidade à retórica democrática, mas, em grande parte, da forma como seus ordenamentos jurídicos permitem a resolução dos principais problemas que costumam dividir a sociedade. O conceito de justiça, a partir daí, não é uma questão fechada e somente tem sentido dentro do contexto da política, uma vez que o processo nomogenético resulta da interação de todos os elementos vitais da sociedade. A democracia é, antes de mais nada, um método que almeja absorver, por meio dos seus procedimentos, este tipo de dificuldade. De fato, na medida em que se apoia, epistemologicamente, no empirismo e, portanto, na importância do reconhecimento do outro no processo de conhecimento, a democracia é uma tentativa de organizar o poder numa sociedade, de tal forma que se dê essa mediação bem sucedida entre Estado e sociedade civil, em cujo vértice se encontra o tema da legitimidade. Vista por esse ângulo, a questão do significado objetivo de legitimidade conduz ao problema da autoridade. Em Roma, autoridade era “a verdade socialmente reconhecida”. Não se tratava de uma espécie de poder, mas de algo que o acompanhava. Em suma, a autoridade de um regime político e de seu ordenamento resulta daquilo que, no tempo, eles acrescentam às instituições provenientes de seu ato de fundação e instauração. O verdadeiro poder (aquele caracterizado pela autoridade, cujo reconhecimento não se deve nem à persuasão nem à coação) dependerá essencialmente de argumentos comuns e opiniões favoráveis que conseguiu canalizar e dar a necessária atenção e correspondência. Daí a definição proposta por Bobbio para a noção de legitimidade, no sentido de que ela diz respeito ao título para o exercício do poder, título esse dado pela autoridade resultante do poder que provém da ação de muitos, na comunidade de uma adesão a uma mesma lei. Assim, governo legítimo não é aquele em que prevalece a razão pura, como na tecnocracia, nem a violência mitigada, como nos regimes totalitários, mas sim aquele que tem a *auctoritas majorum*. Todo direito exige o poder para realizar-se como norma garantidora e heterônoma, de tal forma que é a partir deste reconhecimento que surge a necessidade de se pensar em termos de uma conquista legítima para o exercício do poder. Afinal, como a utilização pura e simples da força não gera autoridade, mas sim violência. O poder legítimo, em princípio, será aquele baseado no consenso dos governados, ou seja, na adesão de um grupo a uma mesma lei, uma vez que o poder flui da capacidade humana de agir em conjunto. (cf. José Eduardo Faria. **Poder e legitimidade**: uma introdução à política do direito. Coleção Debates. São Paulo: Perspectiva, 1978).

justamente a perda de eficácia do discurso jurídico, a revolução. Enfim, o império dos Estados democráticos, enquanto democráticos, requer o concurso da opinião pública, que, no espaço do argumento, julga os títulos em nome dos quais o poder é exercido. O poder democrático depende essencialmente dos argumentos comuns e opiniões favoráveis que conseguiu canalizar e dar a necessária correspondência.

A operacionalização do procedimento de produção do direito positivo nos Estados modernos liga-se à ideologia de separação dos poderes, segundo a qual o judiciário e a administração pública estão adstritos à legalidade, devendo sua atuação tão somente revelar os sentidos previamente consignados em lei. Todo o poder criativo é canalizado ao legislativo. Abstrai-se o elemento discricionariedade da realização do direito, passando-se uma ideia de que a “aplicação” de direito positivo encontra-se *a priori* determinada pela legislação, devendo sua revelação, por via de sentenças e atos administrativos, obedecer estritamente ao conteúdo legislado.

O domínio racional legal acresce à concentração do poder de legitimar o uso da violência, que Estado moderno reclama para si, a racionalização da prática jurídica: todo direito vale em virtude da adoção de um procedimento racional. O conjunto das regras de direito constitui um mundo abstrato de prescrições técnicas. Compete ao judiciário a aplicação das regras gerais aos casos particulares, enquanto a administração pública tem por objeto promover certos interesses nos limites das regras de direito, através de órgãos instituídos para tal fim. Os particulares, mas também o Estado, devem respeitar a ordem impessoal do direito e se orientar conforme ela. Os membros da sociedade só obedecem ao direito e são chamados cidadãos. Isto quer dizer que não são obrigados a se submeter senão nas condições previstas pela lei. A possibilidade de revisão e uniformização de certos atos por instâncias superiores³⁰,

---

³⁰ Os muitos séculos que vão do desaparecimento do Império Romano ou fim da civilização antiga ao surgimento dos Estados Nacionais trouxeram, sobretudo depois do século XII, o florescimento de instituições e justificativas para a centralização do poder de julgar. As sociedades desenvolveram, ao longo dos anos, diversas formas de se estabelecer atividade judicante. Hoje, verifica-se uma extrema complexização da judicatura. Há uma confusa e enorme engrenagem judiciária com diversificação recursal, supervisão e revisão permanente de decisões de instâncias inferiores pelas superiores. Há enorme ônus probabilístico, com múltiplas repercussões na compreensão das disposições legais acerca dos procedimentos envolvendo o decisor, cumprindo ressaltar, ainda, que grande parte dos procedimentos jurídicos é desencadeada por meio de decisão. Ao longo do tempo, o direito vem se constituindo como aparato de decisão de querelas sob seu abrigo. Relatos dignos de registro são variados. Todavia, arrolar situações em que a obrigação de decidir e em que o direito funcionou como mecanismo de decisão de conflitos juridicamente tutelados é um labor que certamente corresponderia à tarefa de contar toda a história do direito (Osvaldo Alves de Castro Filho. **A obrigatoriedade da decisão no direito**; subsídios para a elaboração de uma teoria da decisão jurídica (dissertação de mestrado). Universidade de São Paulo: Faculdade de Direito, 2007, p. 41).

e de atos administrativos ou privados pelo poder judiciário, aprimora a aparência de racionalidade do direito.

Esse esquema de dominação não consegue subtrair do direito a faculdade de escolha, a liberdade de quem dirá a última palavra³¹. Quando muito, pode acrescentar ao procedimento de criação de direito positivo um ônus argumentativo para que se afastem as “precisas prescrições técnicas” das regras mais gerais, os sentidos direito positivo. Contudo, não é capaz de preencher a estrutura jurídica de conteúdo *ex ante*, isto é, não pode determinar o futuro do direito. As tentações reducionistas³², defensoras da perspectiva de que o direito se resume às profecias sobre a ação efetiva dos tribunais, devem ser evitadas. O direito não é o que decidem os tribunais, mas o canal por meio da qual os órgãos jurídicos dão à luz e comunicam o conteúdo de suas decisões³³, que passam a integrar o direito positivo.

A postura cética ante as regras dos autores do realismo norte-americano tem a qualidade de demonstrar que, além de não ter o condão de constranger completamente a decisão judicial, o direito positivo sequer pode vincular sua observância nos atos futuros de realização do direito. A doutrina do erro de cálculo, a seu turno, embora acrescente aparência de racionalidade à estrutura do direito, não é capaz de resolver o problema dentro de seus limites. A esperança de ter um direito positivo internamente racional não encontra amparo no próprio direito positivo, que é um conjunto não político de comandos soberanos. As expectativas de certeza e segurança jurídica estão no espaço da legitimidade, no qual os Estados justificam a sua existência específica: o monopólio do poder de legitimar o uso da

---

³¹ O pensamento latente, que coloca o direito já concluído como algo estático fora da atividade judicial, é resultado do vício intelectualista que contamina ainda o pensamento jurídico dominante. (Carlos Cossio *apud* Castro Filho, op. cit., p. 19).

³² *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.* (Oliver Wendell Holmes. The path of Law. **Harvard Law Review**. Vol. X. Cambridge, Mass: The Harvard Law Review Publishing Association, 1897, p. 461).

³³ Falhas teóricas foram e continuam sendo cometidas em virtude da crença enganosa de que a decisão não integra o direito. Muitos imaginam a função judicante como aplicação do “direito”. Acreditam na existência de um “direito” anterior à decisão jurídica. É errôneo pensar assim. O direito, embora não seja exclusivamente decisão, certamente a engloba, ele não a precede, mas a abrange na sua composição. O direito não é só decisão, mas não se pode concebê-lo sem esse elemento. O direito é necessidade da decisão jurídica mais um conjunto de variáveis. Os demais elementos formadores do direito, com a exceção da inevitável tomada decisão, são incertos. A exigível tomada de decisão é o único elemento não contingente no direito. Não existe direito sem decisão, não significando a assertiva, contudo, que o direito seja somente decisão. O elemento indispensável, para que o direito se estabeleça como tal, é a ocorrência da decisão jurídica. Por outro lado, pode-se concebê-lo, por exemplo, sem um sistema legislativo expresso. Ele pode ser realizado em sua plenitude por meio de uma decisão compondo um conflito judicial e essa pode ser uma decisão que não leve necessariamente em consideração um dispositivo legal (Castro Filho, op. cit, p. 19).

violência³⁴. Esse é o espaço em que se situa a prática jurídica, em que se desenvolvem as argumentações tendentes a influenciar a produção do direito positivo.

A metonímia que identifica prática jurídica e direito é perigosa. Pode levar a erros de avaliação, como projetar no direito positivo expectativas políticas e passar a lhe atribuir funções, critérios de validade e correção, limites materiais. De outro lado, perceber que o direito é estrutura vazia, não racional, a ser preenchida pelos comandos do poder estatal, além de chamar atenção para o fato de que o direito pode servir à dominação ilegítima, resgata a importância da prática jurídica, enquanto atividade essencialmente política, em que se devem exercitar as expectativas de racionalidade e segurança jurídica.

---

³⁴ John Locke. **The Second Treatise of Civil Government [1690]**. Indianapolis: Hackett, 1980, pp. 50-52.

CAPÍTULO I

INCERTEZAS, EXPECTATIVAS E FRUSTRAÇÕES

Um dos trunfos do realismo jurídico foi devolver à prática jurídica uma série de desafios que são abstraídos pelo formalismo ingênuo. Ao desvelar a absoluta indeterminação do direito positivo futuro, o realismo reinsere no debate teórico aspectos subjetivos, representando o direito positivo como um conjunto de atos de vontade. Assim, desloca o problema da realização do direito do plano “lógico” da subsunção para o plano humano. O direito é um objeto real e a existência de seus comandos depende de uma interferência decisória. A prática judiciária não tem como fim a revelação dos conteúdos semânticos da legislação, mas influenciar decisões judiciais que ainda serão tomadas.

Não é possível julgar as decisões conforme uma teoria da interpretação do direito, senão para dissimular seus fatores determinantes, negando que ela seja resultado de um poder discricionário. A lei não fala por si, mas pela boca dos juízes, da administração pública, dos particulares. O direito positivo presente não é vassalo do passado, ou melhor, o mundo jurídico não é um feudo autossuficiente. Submete-se a interesses diversos.

Com isso, o realismo desencanta o sentido político da prática jurídica, ampliando a responsabilidade dos que lidam com o direito. O jurista não é mais mero operário de gatilhos lógicos. É antes um agente político, assim responsável por seus atos. Querer abstrair o poder discricionário dos juízes não nos livra dos monstros resultantes do abuso do poder judicial. Ao contrário, maximiza-os³⁵.

De outro lado, conceber a decisão judicial como produto da vontade humana aumenta o ônus de justificação dos sujeitos a quem incumbe decidir casos, desvendando a dissimulação dos discursos formalistas, mas também denunciando a necessidade de refundar em novas bases os estudos sobre a comunicação normativa e o conhecimento jurídico. É que, não sendo o direito positivo futuro necessariamente condicionado pelos comandos do

---

³⁵ Jerome Frank. **Law and the modern mind**. Gloucester: Peter Smith, 1970, p. 148.

passado, não é possível pensar a realização do direito em termos de teoria da interpretação da legislação³⁶.

O estudo do direito não pode se esgotar em esforços de compreensão do processo de comunicação normativa, quer por meio uma teoria geral da norma, quer através de estudos setorializados dos textos legislativos. Esses esforços, contudo, não são destituídos de utilidade: são úteis na medida em que esquematizam a compreensão do direito positivo, possibilitando a argumentação racional legal. Isso quer dizer que a dogmática jurídica não é mais do que um esforço de sistematização que não constrange o conteúdo futuro do direito, mas conforma a tradição jurídica³⁷.

Os discursos doutrinários não devem, contudo, se perder em determinismos lógicos, sob pena de se submeterem ao ridículo, ao sabor das variações na legislação e na jurisprudência. Ora se afirma que “logicamente” não incide ISS sobre *leasing*, ora se admite, diante de decisão do tribunal constitucional, que a “conclusão necessária” era em sentido oposto. As preleções deterministas sobre o direito estão fadadas a se transformar em papel sem valor, diante de três ou quatro palavras retificadoras do legislador. Por essa razão, as afirmações sobre o direito positivo não devem buscar ser peremptórias, mas sim persuasivas. Não podem se arvorar a apresentar-se com prenúncio do direito futuro.

---

³⁶ A insistência em se defender a idéia de critérios apropriados na hermenêutica jurídica precisa ser sepultada. Entender a interpretação como uma separação de critérios objetivos válidos e inválidos constitui um erro de avaliação. Poder-se-ia sustentar acertadamente que a legislação, por exemplo, representa um desses critérios objetivos, porém persiste o problema de como esse parâmetro será avaliado visando à resolução da demanda. (...) A correção da decisão jurídica resultante da interpretação não é verificável, pois não há parâmetros de correspondência, não existe o direito (a priori) com o qual ela deve ser contrastada. A decisão jurídica não resulta do direito e sim resulta o direito, ela não é resultado, mas resultante. O direito não é concreto, mas concretizável mediante a promulgação de uma sentença resolutiva, terminando-se, assim, o processo de construção do direito em cada caso. (Castro Filho, op. cit., pp. 54-55).

³⁷ O saber dogmático contemporâneo, como tecnologia em princípio semelhante às tecnologias industriais, é um saber em que a influência da visão econômica (capitalista) das coisas é bastante visível. A ideia de cálculo em termos de relação custo/benefício está presente no saber jurídico-dogmático da atualidade: resolver juridicamente os conflitos com o menor índice de perturbação social. É óbvio que, nesse cálculo, não conta só a eficiência das relações propostas, pois a eficiência vem limitada e dimensionada pelo direito vigente (...). Ou seja, o cálculo jurídico leva em consideração os limites dogmáticos em face das exigências sociais, procurando, do melhor modo possível, criar condições para que os conflitos possam ser juridicamente decidíveis. (...) O saber dogmático, tal como ele aparece nos tratados jurídicos (...) ou nos ensaios (...), tem, inicialmente, uma função pedagógica, posto que forma e conforma o modo pelo qual os juristas encaram os conflitos sociais. Tem também uma função de desencargo para o jurista, pois permite que este, seja juiz, advogado, promotor, legislador, não seja obrigado a tomar consciência de todo o repertório argumentativo a utilizar-se em cada caso, posto que previne, de modo genérico, uma série de soluções possíveis para a interpretação e aplicação do direito. Tem ainda a função de institucionalizar a tradição jurídica, gerando segurança e uma base comum para os técnicos do direito (que são seus aplicadores)” (Ferraz Jr., op. cit., pp. 61-62).

Nada obstante, mesmo assumindo função pedagógica, a dogmática jurídica ou a mera interpretação dos textos legais tende a alimentar certas expectativas em relação ao futuro do direito positivo. É que a linguagem de que se vale o direito, embora não seja precisa a ponto de representar inquestionavelmente o sentido comunicado, tem sentido e noticia algo. Os textos legais têm sentidos mínimos³⁸ que criam expectativas. Mas o direito não se esgota nos sentidos mínimos das normas gerais. Ao contrário, a força jurídica é sentida com maior intensidade nas normas concretas.

Sem embargo de ser confortável pensar que a realização do direito se esgota com a codificação, que o direito positivo começa no primeiro e termina no último artigo dos códigos, a realidade é diversa: a eficácia da norma geral está na dependência de uma futura confirmação, que não necessariamente acontecerá. A prática jurídica se faz de expectativas e frustrações. Por isso, o conhecimento do direito não deve se pautar tão apenas numa teoria da comunicação normativa, na tentativa de explicitação das vontades da lei ou do legislador.

Em verdade, o direito é simples enquanto canal de comunicação, mas dele se esperam respostas complexas. Também com essas respostas deve se preocupar o jurista. Afinal, a prática jurídica nas sociedades modernas expressa um cálculo que leva em conta as expectativas de racionalidade e certeza depositadas no direito e os interesses dos diversos grupos sociais³⁹. Mas, em princípio, o devir jurídico não está materialmente condicionado senão pelos limites da liberdade humana.

O conhecimento do direito deve considerar não apenas o que o direito é (o conceito de direito), mas principalmente a que o direito se presta, as respostas que dele se esperam. É

---

³⁸ A conclusão trivial é a de que o poder judiciário e a Ciência do Direito constróem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender "provisória" como permanente, "trinta dias" como mais de trinta dias, "todos os recursos" como alguns recursos, "ampla defesa" como restrita defesa, "manifestação concreta de capacidade econômica" como manifestação provável de capacidade econômica, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. (Humberto Ávila. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010).

³⁹ Nesses termos, um pensamento tecnológico é, sobretudo, um pensamento fechado à problematização de seus pressupostos – suas premissas e conceitos básicos têm de ser tomados de modo não problemático – a fim de cumprir sua função: criar condições para a ação. No caso da ciência dogmática, criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos. O saber dogmático contemporâneo, como tecnologia em princípio semelhante às tecnologias industriais, é um saber em que a influência da visão econômica (capitalista) das coisas é bastante visível. A ideia de cálculo em termos de relação custo/benefício está presente no saber jurídico-dogmático da atualidade: resolver juridicamente os conflitos com o menor índice de perturbação social. É óbvio que, nesse cálculo, não conta só a eficiência das relações propostas, pois a eficiência vem limitada e dimensionada pelo direito vigente (...). Ou seja, o cálculo jurídico leva em consideração os limites dogmáticos em face das exigências sociais, procurando, do melhor modo possível, criar condições para que os conflitos possam ser juridicamente decidíveis" (Ferraz Jr., op. cit., pp. 60-61).

pobre uma teoria do conhecimento jurídico que concebe seu estudo como intelecção dos sentidos que se pode obter dos atos de comunicação normativa, quer porque o direito não se confunde com os sentidos de atos passados, que formam o direito positivo, quer porque o direito positivo passado não determina as respostas jurídicas futuras⁴⁰. O direito positivo é temporal e o tempo do direito não acaba com a positivação legislativa. Daí ser praticamente inútil fundar a teoria do direito nos moldes de uma teoria da interpretação do direito positivo.

É útil entender o conteúdo comunicado pelo direito positivo, não para “aplicá-lo”, transpondo-o para um plano distinto e inferior, mas para considerá-lo enquanto expressão das expectativas de precisão e certeza jurídicas da sociedade racional moderna, destinatária dos comandos do direito. O campo da prática e da interpretação jurídica é o da legitimidade. Não perceber esse fato é a grande falha teórica do formalismo jurídico, que não é teoria do direito, mas uma tomada de posição em face de um complexo de questões jurídicas que permeiam o Estado liberal. O formalismo é uma forma caricatural do positivismo jurídico, que tende a absorver as expectativas semânticas das regras gerais como determinantes do conteúdo de normas futuras. Isto é praticamente abstrair do direito a dimensão temporal.

Mas a realidade do direito é histórica⁴¹. O direito não é sempre complexo nem, necessariamente, permanecerá como é no Estado moderno. Estruturalmente, o direito é um

---

⁴⁰ É característico para o processo jurídico, que a incerteza do resultado e suas consequências e a sinceridade das alternativas de comportamento no contexto da atuação e da sua estrutura de motivações, entrem em consideração e sejam aí elaboradas. (Niklas Luhmann. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília; UnB, 1980. p. 38).

⁴¹ A percepção da historicidade do fenômeno jurídico é uma das mais importantes contribuições da teoria tridimensional ao conhecimento jurídico. Essa teoria herda a perspectiva do debate entre jusnaturalistas e positivistas, mas procura fugir a essa partidização. É na tríplice estrutura fenomenal de norma, fato e valor que essa teoria situa o acontecer jurídico. Para Miguel Reale, “a integração de três elementos na experiência jurídica (o axiológico, o fático e o técnico-formal) revela a precariedade de qualquer compreensão do Direito isoladamente como fato, como valor ou como norma, e, de maneira especial, o equívoco de uma compreensão do Direito como pura forma, suscetível de albergar, com total indiferença, as infinitas e conflitantes possibilidades dos interesses humanos”. A teoria tridimensional do direito, opondo-se à postura neokantiana, enfoca a relação entre o normativo e o fático, jamais concebendo o “fato” como “um pretense fato puro originário”, mas “como aquilo que já existe num dado contexto histórico”. O complexo fático, ao qual se dirige a norma, não ganha “forma” apenas porque se torna conteúdo normativo (como em Kelsen), mas contém já alguma forma, que não se reduz inteiramente à norma: é a percepção do valor. Dentro da norma, coloca-se a mesma a problemática da relação entre “direito” e “realidade”. “A tridimensionalidade específica do Direito resulta de uma apreciação inicial da correlação existente entre fato, valor e norma no interior de um processo de integração, de modo a abranger, em unidade viva, os problemas do fundamento, da vigência e da eficácia do Direito” (Miguel Reale. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 515). É só graças à compreensão dialética dos três fatores que se torna possível atingir uma compreensão concreta da estrutura tridimensional do direito, na sua natural temporalidade. Isso é que explica como é que os três elementos se correlacionam na unidade essencial à experiência jurídica, pois sem unidade de integração não há “dimensões”, mas simples “perspectivas” ou “pontos de vista”. Com efeito, a experiência jurídica, articulando-se e processando-se de maneira tridimensional, nem por isso perde a sua essencial unidade e concretude, a qual só pode ser unidade de processo ou dialética, o que implica a inserção do problema particular da tridimensionalidade do direito no quadro geral de uma diversa compreensão do homem, da sociedade, da história. A tridimensionalidade específica de Reale é dinâmica e de

conjunto pré-concebido de autorizações para a emissão de ordens com exclusividade, pressupondo mínima eficácia. Essas autorizações podem ser muitas ou somente uma. A tendência à simplicidade ou complexidade do sistema de autorizações é o sentido da história do direito, que não se confunde com a história do direito positivo, tampouco com a história da prática política democrática, embora seja por elas condicionada. A realidade do direito positivo é a de uma sucessão de ordens de menor ou maior generalidade, tendentes à imposição de certas condutas humanas. Não se trata de conselhos que se possa seguir ou ignorar, nem proposições descritivas de comportamentos sociais. O direito positivo não explica condutas, mas as influencia, impondo-se como ordem coativa.

Presente e passado do direito

A positivação é o resultado material da comunicação jurídica, a realização do direito. O direito positivo é o produto da positivação e pode ser enfocado tanto horizontal quanto verticalmente. No primeiro caso, decompõem-se a sucessão de ordens jurídicas em função do tempo. Assim é possível colocar na origem do plano a Constituição, seguida pelas leis, contratos, sentenças, acórdãos, enfim pelas decisões que, progressivamente, concretizam o conteúdo do direito positivo. A análise vertical do conteúdo do direito positivo, contudo, tem uma utilidade prática, que é a esquematização do sistema de comunicação normativa, possibilitando o controle eventual de enunciados extravagantes.

Mas a análise vertical do conteúdo jurídico pode conduzir a erros de raciocínio. Esse é o caso, por exemplo, da consideração de que certas regras são, em essência, inválidas ou inconstitucionais, porque parecem lógicas ou semanticamente contrárias à proposição representada em plano superior. Ocorre que o direito não se rege pela causalidade. É necessária uma interferência decisória, um novo ato de vontade, para que se repete inválida certa norma jurídica. Um contrato de compra e venda de órgãos humanos, uma sentença que condene alguém por crime não previsto em lei, uma lei que diferencie as liberdades de

---

integração. Isso porque o movimento entre norma e valor guia-se pela dialética de implicação-polaridade, existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de implicação e complementaridade). Com a teoria tridimensional do direito, dá-se, pois, uma reformulação do conceito de experiência jurídica como modalidade de experiência histórico-cultural, na qual o valor atua como um dos fatores constitutivos dessa realidade (função ôntica) e, concomitantemente, como prisma de compreensão da realidade por ele constituída (função gnoseológica) e como razão determinante da conduta (função deontológica). A seu turno, observa-se uma superação da reflexão fenomenológica de moldes husserlianos por uma reflexão transcendental de tipo crítico-histórico, baseada na correspondência entre a intencionalidade da consciência e o significado das “intencionalidades objetivadas” pela espécie humana no processo da experiência histórico-cultural.

homens e mulheres não são inválidos necessariamente. Poderão ser tornados inválidos por uma decisão jurídica, que poderá ser horizontalmente representada na função temporal em que sucedem as ordens do direito positivo.

Parece mais adequado enxergar o direito positivo em função do tempo do que apreendê-lo conforme um sistema hierárquico. O direito positivo criado atualmente é superação do passado. É possível vê-lo esquematicamente como uma série de pontos horizontais (decisões), que se sucedem em função do tempo, com sentido cada vez maior de concretude. As decisões mais atuais exaurem as anteriores: o acórdão “substitui” a sentença, que substitui a lei, que substitui a Constituição. O critério de substituição não é a correção, mas o reconhecimento pela ordem jurídica da autorização do agente para emanar respostas cada vez mais concretas em nome do Estado. As diversas autorizações para criar direito positivo são as unidades estruturais do direito, que não têm conteúdo.

Como a impositividade da ordem jurídica não se divide, não há que cogitar menor ou maior poder criativo de um órgão em face de outro. Não é verdadeira a afirmação de que o judiciário e os particulares estão presos à lei, por exemplo. A força estatal que garante a observância da Constituição é a mesma que ampara a execução de um ato negocial. A ordem jurídica é una, enquanto tem eficácia. Os atos jurídicos, até que sejam anulados ou que tenham seu conteúdo superado, valem na medida da eficácia de toda a ordem jurídica, isto é, valem enquanto atos de expressão da vontade estatal, não na medida de sua conformidade com o direito positivo passado. Não se sustenta, portanto, a dicotomia que opõe a vinculação do conteúdo dos atos jurídicos à discricionariedade.

A discussão do conteúdo dos atos jurídicos futuros não pode ser mais do que uma tentativa de adivinhação, do que profecias. A discricionariedade não é acidental. Aliás, não é possível fundar, com a teoria do direito, as bases de uma teoria da interpretação do direito positivo, sem prejuízo da evidente vulnerabilidade de seus critérios, em face da realização judicial do direito. Isso porque afirmar que a “aplicação” do direito é discricionária em certos casos ou dentro de certos limites impõe o reconhecimento de sua vinculação em outros casos ou fora daqueles limites, o que não está correto.

A expressão jurídica da vontade estatal não tem limite senão a liberdade humana. Todo ato que realiza o direito é um ato de escolha, tendente a certos fins (axiologicamente

orientado), um ato de poder⁴² que expressa um comando. Sobre o futuro do direito positivo só se pode afirmar que será integrado por comandos objetivamente amparados tendentes à obtenção de condutas desejadas. A estrutura jurídica é impermeável às expectativas de segurança, que são de ordem política. Os sentidos do direito positivo passado têm papel menos jurídico do que político: estão à disposição do futuro aplicador do direito, mas não constroem sua decisão. Sua validade é provisória, não uma qualidade ontológica: está na dependência de atos seguintes que lhe deem concretude, os quais podem inclusive lhe contradizer.

A interpretação judicial do direito não é uma tentativa de repercutir a vontade do legislador. As regras segundo as quais os diversos pontos de vista devem entrar na fundamentação de uma decisão não são determináveis objetivamente. A convivência humana é marcada pelo alto grau de complexidade: a mutabilidade é a única constância social. A interpretação jurídica consiste na opção pela produção de uma norma e na sua adequação à demanda objetivando decidir um conflito de interesse. Tal adequação é criativa, porquanto transforma a disposição em norma ou produz norma totalmente nova.

A possível existência de caminhos condutores das decisões jurídicas não impede que esta seja tomada sem levá-los em conta, ou seja, nada obsta a decisão de advir de uma trilha

---

⁴² De acordo com a teoria tridimensional do direito, é o poder que preside a nomogênese jurídica. Contudo, a interferência decisória do poder, para esta teoria, não é arbitrária. Está condicionada pelo *Lebenswelt*. Para Miguel Reale, uma tomada de posição é inseparável de toda experiência axiológica, manifestando-se como um ato decisório, resultante de uma preferência orientada a um fim. Se toda norma jurídica representa sempre uma integração de fatos segundo valores, implicando uma tomada de decisão, questiona Miguel Reale como essa integração se realiza e qual é a sua razão determinante. É aqui que se põe a problemática do poder no âmbito da teoria tridimensional do direito. Em primeiro lugar, o ilustre culturalista chama atenção para a dupla significação do poder: ora indica auctoritas, ou seja, o mero poder ou comando do Estado no exercício de sua soberania; ora se refere à força que, com a anuência da coletividade, preside o surgimento dos modelos jurídicos. Apreciando o poder como elemento de conexão no processo de formação do direito, observa o ilustre culturalista que, quando um determinado feixe de valores incide sobre o fato social, dá lugar a várias soluções normativas. Apenas uma delas se converte em norma legal, devido à escolha decisória do poder. O instante de encontro entre a regra e a situação regrada ocorre propriamente na norma jurídica, entendida por Miguel Reale não como atualização de um valor prévio e absoluto, mas como momento de uma experiência específica, em que o complexo fático e o complexo axiológico sintetizam-se, graças à interferência decisória do poder. A elaboração de uma determinada e particular norma de direito, para Miguel Reale, não é mera expressão do arbítrio do poder nem resulta objetiva e automaticamente da tensão fático-axiológica operante em dada conjuntura histórico-social: é antes um dos momentos culminantes da experiência jurídica, em cujo processo se insere positivamente o poder (quer o poder individualizado em um órgão do Estado, quer o poder anônimo difuso no corpo social, como ocorre na hipótese das normas consuetudinárias), sempre condicionado por um complexo de fatos e valores, em função dos quais é feita a opção por uma das soluções regulativas possíveis, armando-se de garantia específica (institucionalização ou jurisfação do poder na nomogênese jurídica). (Cf. Miguel Reale. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 593-614, e Tercio Sampaio Ferraz Júnior. A filosofia do direito no Brasil depois da Segunda Guerra Mundial: o papel de Miguel Reale. In: Tercio Sampaio Ferraz Júnior e Celso Lafer (orgs.). **Direito, Política, Filosofia e Poesia**: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale no octogésimo aniversário. São Paulo: Saraiva, 1992.)

jamais imaginada. O direito convive com os ineditismos, pois nada pode garantir a direção a ser adotada por aquele a quem cabe julgar⁴³. O relevante em uma interpretação, para configurá-la como jurídica, é a autenticidade da autoridade. Uma decisão, para ser devidamente denominada de jurídica, não depende do cumprimento de condições materiais. Não há a necessidade de se basearem em fontes legais tampouco de se respeitarem modelos previamente estabelecidos. Os significados da lei podem ser pacíficos ou controversos, mas em todos os casos não serão simplesmente descritos, mas decididos⁴⁴.

A perspectiva kelseniana capta essa questão de que o direito não é um problema de relação entre conteúdos. Para o jurista austríaco, o conteúdo do ato que aplica o direito, hierarquicamente inferior na representação escalonada do ordenamento jurídico, pode exacerbar os limites da moldura desenhada pelo ato que lhe fundamenta. Esses limites, obviamente, se referem ao conteúdo do ato antecedente, mas, tal qual colocados na teoria pura do direito, não têm grande relevância, senão pela função pedagógica cumprida em face do “aplicador” do direito. Em verdade, falar em limites ou em moldura parece até contraditório, diante da possibilidade de se lhe transporem⁴⁵.

A variante hartiana do positivismo jurídico é um tanto mais radical, porque define os limites do direito entre a discricionariedade e arbitrariedade. Para Herbert Hart, a discricionariedade judicial tem lugar nas “áreas de penumbra” deixadas pelas normas jurídicas⁴⁶. Nos casos em que a incidência da norma jurídica é clara, não é dado ao julgador

---

⁴³ A juridicidade de um *decisum* sustenta-se sob a legitimidade de quem decide a controvérsia judicial. Seria o que se costuma denominar de “interpretação-decisão”, isto é, a interpretação consiste no propor ou no decidir de atribuir a dada expressão um significado determinado à preferência de outros. A “interpretação decisão” é estipulação; “os juizes, possuindo a obrigação de decidir a controvérsia, não podem se limitar a descrever os significados atuais ou possíveis dos enunciados legislativos, devendo escolher um significado determinado, recusando os outros”. (...) Interpretar juridicamente é decidir (selecionar entre alternativas). (Castro Filho, op. cit., p. 46).

⁴⁴ *L'interpretazione consiste nel proporre o nel decidere di attribuire ad una data espressione un significato determinato a preferenza di altri. La “interpretazione-decisione” è una stipulazione... i giudici – avendo l'obbligo di decidere la controversia – non possono limitarsi a descrivere i significati attuali o determinato, respingendo gli altri. Il significato prescelto può essere pacifico o controverso, ma in entrambi i casi questo significato non può essere, dal giudice, semplicemente descritto. In ogni caso, questo significato deve essere deciso.* (Riccardo Guastini *apud* Castro Filho, op. cit., p. 46).

⁴⁵ De outro lado, o reconhecimento da possibilidade de decisão *contra legem*, em sentido amplo, aproxima Hans Kelsen do realismo jurídico.

⁴⁶ A concepção de interpretação jurídica esboçada por Hart é influenciada pela filosofia da linguagem do início de século XX. *Respecto de todas ellas vale la siguiente metáfora esclarecedora. Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe. Las palabras que diariamente usamos para aludir al mundo en que vivimos y a nosotros mismos llevan consigo esa imprecisa aura de imprecisión. (...) Esta característica de vaguedad potencial que los lenguajes*

afastá-la. Se a discricionarietà do julgador vai além dos limites claros e escuros desenhados pela incidência de certa norma jurídica, o direito se descaracteriza, tornando-se um jogo arbitrário: o “jogo da discricionarietà”⁴⁷.

O critério de juridicidade do positivismo conceitual, contudo, parece insuficiente. Há espaço para discricionarietà tanto para além da zona de clareza quanto aquém da zona de penumbra. Em verdade, o próprio contraponto de Fuller expõe a fragilidade da reação de Hart ao realismo norte-americano⁴⁸. A liberdade dos intérpretes não se limita aos espaços de indeterminação semântica das normas. O direito não é apenas acidentalmente discricionário.

O fato de ser o direito desvinculado de qualquer conteúdo o aproxima de um jogo do qual Hart queria estremá-lo: o jogo da discricionarietà. Se, de fato, a eficácia é critério de validade, será jurídico aquilo que for imposto. Não há autonomia do direito (criatura) em face de seu criador. Eis a perplexidade realista: se, de um lado, o liberalismo concebe o direito como uma garantia do cidadão contra o Leviatã, de outro lado, nota-se que este instrumento é tão somente meio de comunicação da vontade daquele Leviatã. Arbitrariedade e direito não são antônimos.

Interpretação e legitimidade

O desafio da interpretação da lei deve ser posto em termos de legitimidade. Caso o árbitro passe, num jogo de futebol, a pontuar como gol cada saída da bola de campo ou cada bola na trave, certamente, o jogo se descaracterizará, mas isso não excluirá a autoridade do árbitro, enquanto ela tenha efeito sobre os jogadores. Esse efeito, por seu turno, está na dependência de uma relação complexa e não normativa de dominação e obediência. A correspondência semântica ou a “capacidade de o árbitro interpretar e aplicar corretamente” as regras do jogo é apenas um dos aspectos acidentais de justificação daquela relação de dominação.

---

naturales necesariamente exhiben ha sido llamada por Waismann ‘la textura abierta del lenguaje’. Carnap alude al mismo fenómeno cuando habla de ‘vaguedad intensional (...) Las palabras que aperecen en las normas jurídicas para aludir a hechos, sucesos o actividades humanas, y proporcionar pautas o criterios para guiar o juzgar estas últimas, tienen, pues, una zona de penumbra, es decir, son actual o potencialmente vagas. (Genaro Carrió. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979, pp. 33-35, 55).

⁴⁷ Herbert Hart. **The concept of law**. 2º Ed. Oxford: Claredon Press, 1994, p. 142-145.

⁴⁸ Lon Fuller. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Vol. 71, No. 4, Feb., 1958, pp. 630-672.

A observância dos comandos do árbitro pode ser imposta pela força pura, sem que estes deixem de ser eficazes. O amparo objetivo das decisões é tão somente um ingrediente da relação de dominação exercida pelos chamados Estados racionais. Nesse contexto, a teoria da norma concebida pelo idealismo jurídico não passa de projeto de compreensão e esquematização de textos legislativos, de cujo conteúdo estão desvinculados os juízes. A perplexidade realista, ao negar a possibilidade de fundação do conhecimento sobre o direito nas bases de uma teoria da comunicação ou da interpretação normativa, recoloca em questão a função da lei.

No Estado de direito, prevalece a ideia de que apenas uma instância de criação de direito positivo é legitimada para inovar a ordem jurídica: o legislativo. Com isso, pretende-se que apenas a lei, em sentido amplo, seja apta à concepção de novas obrigações. Essa é a doutrina das fontes do direito⁴⁹. Uma teoria do direito fundada nesses pressupostos, a exemplo do formalismo jurídico, não explica necessariamente como o direito é ou será administrado, mas como ele deveria ser administrado para não frustrar os princípios que lhe empresta o Estado racional, os quais, por seu turno, fundamentam a dominação por ele exercida. O valor dos postulados de semelhante teoria do direito é tão relativo quanto a sua capacidade de prever o conteúdo de decisões jurídicas futuras. O problema dessas teorias é absorver, artificialmente, como determinantes do conteúdo do direito futuro diversas concepções de natureza política que influem no processo de concretização do direito.

A positivação exige um processo interpretativo, mas não (necessariamente) de leis ou de decisões anteriores. A interpretação jurídica só pode se universalizar, como conceito, enquanto interpretação de fatos, conjunturas. A interpretação do constituinte originário, de que redonda direito positivo, certamente não é de direito positivo anterior. Mas não só: em diversos casos submetidos ao judiciário, a discussão margeia o direito positivo.

---

⁴⁹ Há, naturalmente, uma relação estreita entre a doutrina das fontes do direito e a teoria do método. A doutrina positivista das fontes do direito que deseja derivar a validade de todo direito de uma vontade soberana, suprema, poderosa encontra seu paralelo numa teoria do método que considera que a teoria da interpretação consiste em estabelecer exclusivamente por métodos lógicos e sem fazer referência a propósitos e valorações alheios ao texto legal, a verdadeira vontade do legislador imanente em suas sanções. Desenvolve-se um bom número de métodos lógicos de inferência com cuja ajuda se acredita possível deduzir o significado da legislação além do que está expresso de forma direta. Esses métodos de inferência costumam ser desenvolvidos mediante a chamada construção de conceitos. Pensa-se que os efeitos jurídicos possíveis são determinados por um número de pressupostos pelo ordenamento jurídico. A decisão de um caso jurídico é obtida por meio de sua classificação em um dos conceitos reconhecidos, e a solução é logo deduzida, de acordo com os efeitos jurídicos contidos por aquele conceito. A jurisprudência alemã e francesa do século XIX, em particular, construíram exemplos representativos de uma “jurisprudência conceitual” desse tipo. (Alf Ross. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, pp. 185-186).

Desse modo, parece ser falso afirmar que o direito positivo é sempre interpretado e “aplicado” aos casos, seja porque não é interpretado à margem de fatos, seja porque há decisões que simplesmente não fazem qualquer referência a “norma jurídica válida”. Outro ponto fundamental é a diferenciação da interpretação jurídica de outros tipos de interpretações existentes, como no campo artístico. A interpretação jurídica possui um elemento distintivo que é a “decisão inevitável”, isto é, enquanto em outro tipo de interpretação não é necessária à tomada de decisão, na interpretação jurídica, a tomada de decisão é inerente e inafastável. De outro lado, com a interpretação jurídica, cria-se norma jurídica, direito novo.

Não obstante, o estudo da legislação e do raciocínio a partir da lei nos Estados de direito tem utilidade, uma vez que, malgrado a doutrina das fontes do direito não explique necessariamente como o direito é, certamente, ela fornece a base ideológica da progressão das ordens jurídicas estatais no sentido da concretude. A doutrina das fontes do direito é um dos pilares da dominação racional, de tal modo que não se admite decisão jurídica desvinculada dos comandos legais. Obviamente, isso não significa que, mesmo dentro dos limites da argumentação legal, não se possa chegar a resultados diferentes.

No acórdão da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30, de novembro de 2011, lê-se do ministro Luiz Fux: *“não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema ficha limpa (...). Sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurgem do contexto social quanto às suas decisões”*. Com fundamento no mesmo documento constitucional, outro foi o entendimento do ministro no Recurso Extraordinário n. 633703, em março daquele mesmo ano, em palavras: *“A iniciativa popular foi mais que salutar, mas não pode ser efetivada em dissonância com as garantias constitucionais (...). A ampliação da legitimidade da Lei da Ficha Limpa, decorrente do fato de o projeto ser oriundo de uma iniciativa popular, também não pode fazer sucumbir princípios basilares do Direito”*. Como se vê, não obstante encontrem “marcos” no direito positivo, os votos do ministro são em sentido diametralmente oposto, embora sejam construídos de um modo *quasi-lógico* que chega a ocultar o fato de que a administração da justiça não se reduz a uma derivação lógica a partir de normas positivadas. No fundo, raciocínios nesse sentido se prestam à ocultação da atividade política do julgador, que é inerente a sua função.

A razão jurídica não pode ser separada do propósito prático que se situa fora do direito nem as consequências formais podem ser separadas de um ajuste valorativo das regras⁵⁰. Isso quer dizer que a teoria do direito deve considerar o fato de que o direito positivo é uma resposta a certo conjunto de fatos, não uma decorrência lógica de significados⁵¹. Por isso mesmo, querer abstrair o elemento escolha dos atos de positivação só pode decorrer de ingenuidade ou esperteza. O terreno para combate de decisões não *quasi-lógicas*, que frustram as expectativas de segurança do cidadão diante dos comandos legislativos, é o da política. O problema das decisões teratológicas ou das contradições entre votos de um mesmo ministro do tribunal constitucional é de legitimidade, não de validade. Não é a aparência de racionalidade que confere impositividade ao direito positivo, mas é ela que legitima a dominação estatal.

A ideia de lei está ligada às regras por meio das quais os membros de certa sociedade governam a si mesmos. Essas regras diferem das demais regras de conduta, uma vez que não são obedecidas em função de seu valor. O direito não é direito porque é bom ou justo, como intui a conhecida frase de Abraham Lincoln, que expressa sua perplexidade ante os escritos de alguns filósofos liberais: “*if law is ‘law’, need I a forceman to coerce me?*” A lei é, sem dúvida, um fenômeno social que surge das necessidades da condição humana. É fruto da invenção humana. O conteúdo da lei é produto da vontade.

Estados utópicos e ideais são, contudo, concebidos no imaginário moderno como estruturas dinâmicas capazes de se fundar e refundar, a fim de obter o balanço e a coesão entre as diversas expectativas sociais⁵². Leis ideais, por seu turno, são concebidas como meio de plena realização da humanidade, a qual se diz constituir seu limite inerente⁵³. As leis

---

⁵⁰ Da mesma forma que o jogador de xadrez é motivado não só pelas normas do xadrez, como também pelo propósito do jogo e pelo conhecimento de sua teoria, também o juiz é motivado por exigências sociais e por considerações sociológico-jurídicas. O papel desempenhado pelas considerações livres pode variar com o estilo de interpretação, porém jamais pode ser excluído por completo. (Ross, op. cit., pp. 186-187).

⁵¹ *Once the public perceive that governance operates on the rule of law, the government of the land becomes easily acceptable.* (Chiedozie Okoro. Law and the State: a Philosophical Evaluation. **Nebula**. 7-2, June 2010).

⁵² Exemplos de utopia são correntes na filosofia política, aparecendo desde as obras de Platão e Santo Agostinho, até as obras de Marx e Leo Strauss, que se lê adiante: *As a civil society, the politeia depicts the government of men as opposed to the mere administration of state affairs, it is the factual distribution of power within a community than what the constitutional law stipulates in regards to political power. However, the politeia as a legal phenomenon exists in a constitutional form* (Leo Strauss. **Natural rights and history**. London: City Gates: 1954, pp. 135-36)

⁵³ No campo da teoria geral do direito, a noção de fundamento diz respeito à validade das normas jurídicas e à fonte da irradiação dos efeitos delas decorrentes. De acordo com Fábio Konder Comparato, não parece haver dúvida de que o poder constituinte encontra seu fundamento último, ou num fato - isto é, em uma a força dominadora -, ou então num princípio ético, isto é, numa razão justificativa de conduta, que transcende a autoridade dos constituintes. A organização social baseada exclusivamente na força, contudo, não tem condições de subsistir, pois carece de uma justificativa ética, que tranquilize a consciência social. A incapacidade (ou

ideais, onde quer que encontrem fundamento, pressupõem uma realidade supracultural, com base na qual se julgam as ações humana criadoras de direito positivo. Só esse sobremundo é capaz de autorizar afirmações como a de que o governo nazista era ilegal, por exemplo.

Essa visão tem uma razão: o direito é ponto onde as controvérsias sociais são momentaneamente neutralizadas. O momento de positividade representa a inversão de possibilidade de conflitos de massa, uma vez que consagra uma opção normativa entre condutas possíveis⁵⁴. Espera-se ter uma lei justa para que se tenha uma sociedade justa, já que o direito determina definitivamente quais condutas são inaceitáveis e quais condutas devem ser fomentadas. Se admitirmos, ideologicamente, que a lei possa ser manipulada para servir os interesses do próprio Estado, de classes, castas ou grupos, teremos de aceitar que a lei pode servir a interesses que não necessariamente expressam a vontade de toda a sociedade, o que não se espera que ocorra em um Estado de direito. Por isso, o esforço de alguns como Fuller em conceber o direito como uma forma de ajudar os cidadãos a atualizar sua moral, a partir da Constituição.

Infelizmente, não importa o quanto tentemos fazer do direito um objeto perfeito, o fato é que o ressurgimento de leis draconianas, decisões arbitrárias, contratos leoninos sempre nos

---

formal recusa) em encontrar um fundamento ou razão justificativa para o direito, sem recair em mera tautologia, é justamente a grande falha teórica do positivismo jurídico, segundo o professor paulista. O fundamento ou princípio de algo existe sempre fora dele, como sua causa transcendente, não podendo ser confundido com um de seus elementos componentes. Com efeito, o fundamento do poder constituinte não se encontra em si mesmo, mas numa causa que o transcende. Analogamente, na ausência de uma razão justificativa exterior e superior ao sistema jurídico, um regime de terror, imposto por autoridades estatais investidas segundo as regras constitucionais vigentes, e que exercem seus poderes dentro da esfera formal de sua competência, não encontra outra razão justificativa ética, senão a sua própria subsistência. É justamente aí que se põe, para Comparato, de forma aguda, a questão do fundamento dos direitos humanos, pois a sua validade deve assentar-se em algo mais profundo e permanente que a ordenação estatal. A validade do direito já não deve ser procurada na esfera sobrenatural, como revelação religiosa ou abstração metafísica. Se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa. O ser humano existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante. A pessoa tem dignidade, não preço, como as coisas. (cf. Fabio Konder Comparato. Fundamento dos direitos humanos. **Estudos avançados**. 11 (30). São Paulo, 1997).

⁵⁴ O poder não é um elemento, externo e subsistente por si, como se direito e poder fossem realidades distintas e contrapostas. O poder não é nem um “outro”, por exemplo, um puro fato – algo como “força bruta” –, em oposição ao direito que então lhe “imporia” um regramento, nem uma “força controladora” capaz de absorver o direito (direito como força), mas um momento de positividade da opção axiológica tornada normativa. Direito sem poder não é direito, mas poder sem direito não é poder. Entende-se, assim, o sentido operacional do modelo jurídico tridimensional concreto e dinâmico, localizado, justamente, na inversão da possibilidade de conflitos em larga escala, na medida em que, na solução normativa positivada (poder), o número de objetivos se reduz, tornando-se possível o controle dos conflitos. Como, porém, a estrutura é dinâmica, toda positivação desencadeia, a partir dela, novas opções normativas, novos conflitos, donde um processo contínuo de positivações (Cf. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. A filosofia do direito no Brasil depois da Segunda Guerra Mundial: o papel de Miguel Reale. In: Tercio Sampaio Ferraz Júnior e Celso Lafer (orgs.). **Direito, Política, Filosofia e Poesia**: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale no octagésimo aniversário. São Paulo: Saraiva, 1992).

desafiará a pensar maneiras mais sofisticadas de fazer um direito com conteúdo mais humano, mais legítimo.

O direito não escolhe por ele mesmo ser draconiano. Expressa a vontade de Estados, sejam eles draconianos ou solonianos. Afinal de contas, os limites da razão, da discricionariedade e da iniciativa política não podem ser determinados juridicamente. Aparentes aberrações jurídicas, como desconsideração de qualquer dos mais elementares princípios constitucionais, podem se expressar na forma de direito positivo: no fundo, não são aberrações propriamente jurídicas, mas políticas. No direito cabe tudo.

As perspectivas realistas

A discussão proposta aqui tem origem em uma reflexão de Herbert Hart, que aparece sem maiores consequências nem aprofundamentos em sua obra prima. Hart distingue duas formas de ceticismo sobre regras⁵⁵. A mais radical entende o discurso jurídico normativo como um mito, porque o direito seria simplesmente o que decidem os tribunais. A segunda forma é uma versão que busca uma “teoria da função das regras na decisão judicial”, segundo a qual, malgrado sejam partes constituintes do direito, leis e também precedentes não vinculam o resultado de decisões judiciais. Nesse último caso, trata-se de ceticismo quanto à relevância que essas normas apresentam no processo decisório, não quanto ao fato de essas normas poderem ser enquadradas no chamado direito positivo.

As duas versões de ceticismo apresentadas por Hart aparecem em obras de autores realistas norte-americanos. A argumentação realista tem duas razões básicas: de um lado,

---

⁵⁵ *Rule-scepticism has a serious claim on our attention, but only as a theory of the function of rules in judicial decision. In this form, while conceding all the objections to which we have drawn attention, it amounts to the contention that, so far as the courts are concerned, there is nothing to circumscribe the area of open texture: so that it is false, if not senseless, to regard judges as themselves subject to rules or 'bound' to decide cases as they do. They may act with sufficient predictable regularity and uniformity to enable others, over long periods, to live by courts' decisions as rules. Judges may even experience feelings of compulsion when they decide as they do, and these feelings may be predictable too; but beyond this there is nothing which can be characterized as a rule which they observe. There is nothing which courts treat as standards of correct judicial behaviour, and so nothing in that behaviour which manifests the internal point of view characteristic of the acceptance of rules. The theory in this form draws support from a variety of considerations of very different weight. The rule-sceptic is sometimes a disappointed absolutist; he has found that rules are not all they would be in a formalist's heaven, or in a world where men were like gods and could anticipate all possible combinations of fact, so that open texture was not a necessary feature of rules. The sceptic's conception of what it is for a rule to exist, may thus be an unattainable ideal, and when he discovers that it is not attained by what are called rules, he expresses his disappointment by the denial that there are, or can be, any rules. Thus the fact that the rules, which judges claim bind them in deciding a case, have an open texture, or have exceptions not exhaustively specifiable in advance, and the fact that deviation from the rules will not draw down on the judge a physical sanction are often used to establish the sceptic's case. These facts are stressed to show that 'rules are important so far as they help you to predict what judges will do. (Hart, op. cit., pp. 138-139)*

somente se pode conhecer o conteúdo de normas jurídicas passadas, havendo absoluta indeterminação quanto ao futuro do direito; de outro lado, fatores extranormativos atuam, incontrolavelmente, na determinação do conteúdo de normas jurídicas futuras⁵⁶.

O realismo jurídico sofre considerável resistência, que se expressa, sobretudo, em razão da crença de que o realista atribui menos peso às leis do que aos preconceitos sociais e às peculiaridades alimentares dos juízes⁵⁷. Contudo, não por isso deve ser criticado. Aliás, seu grande mérito é demonstrar que o discurso de racionalização da lei é ideológico, de tal modo que o Estado de direito deve ser vigiado com olhos políticos, uma vez que a estrutura jurídica é apta a absorver irracionalidades.

O realismo opera um verdadeiro desencantamento, porque transforma a racionalidade da dinâmica jurídica idealista em crença de (aparente) racionalidade, dependente de confirmação por meio de atos que, futuramente, realizem o direito. O principal fundamento de seu posicionamento a respeito do papel das normas positivadas no processo decisório é a noção de que o direito é indeterminado. Em função dessa qualidade, o direito não instituiria balizas suficientes para circunscrever a atividade judicial. Pelo mesmo motivo, olhar para as

---

⁵⁶ Muitas citações já foram feitas nesse trabalho que comprovam a possibilidade de esse ponto de vista a autores como Llewellyn e Frank, por exemplo, de modo que é desnecessário repeti-las aqui. Grande parte das ideias desenvolvidas pelos autores do realismo norte-americano já vem elencada no clássico artigo *The path of Law* de Oliver Holmes: *When we study law we are not studying a mystery but a well-known profession. We are studying what we shall want in order to appear before judges, or to advise people in such a way as to keep them out of court. The reason why it is a profession, why people will pay lawyers to argue for them or to advise them, is that in societies like ours the command of the public force is intrusted to the judges in certain cases, and the whole power of the state will be put forth, if necessary, to carry out their judgments and decrees. People want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves, and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared. The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts. The means of the study are a body of reports, of treatises, and of statutes, in this country and in England, extending back for six hundred years, and now increasing annually by hundreds. In these sibylline leaves are gathered the scattered prophecies of the past upon the cases in which the axe will fall. These are what properly have been called the oracles of the law. Far the most important and pretty nearly the whole meaning of every new effort of legal thought is to make these prophecies more precise, and to generalize them into a thoroughly connected system. The process is one, from a lawyer's statement of a case, eliminating as it does all the dramatic elements with which his client's story has clothed it, and retaining only the facts of legal import, up to the final analyses and abstract universals of theoretic jurisprudence. The reason why a lawyer does not mention that his client wore a white hat when he made a contract, while Mrs. Quickly would be sure to dwell upon it along with the parcel gilt goblet and the sea-coal fire, is that he foresees that the public force will act in the same way whatever his client had upon his head. It is to make the prophecies easier to be remembered and to be understood that the teachings of the decisions of the past are put into general propositions and gathered into textbooks, or that statutes are passed in a general form. The primary rights and duties with which jurisprudence busies itself again are nothing but prophecies.* (Holmes, op. cit., pp. 3-4)

⁵⁷ A propósito, a intuição de Jerome Frank parece estar sendo cientificamente comprovada, como demonstra um curioso estudo sobre a alimentação dos juízes (Cf. Shai Danziger, Jonathan Levav e Liora Avnaim-Pesso. **Extraneous factors in judicial decisions**. Disponível em: <http://www.pnas.org/content/early/2011/03/29/1018033108.full.pdf>. Acesso em: 1. Set. 2013).

normas postas não bastaria para que se pudessem prever os resultados dos litígios levados a juízo⁵⁸.

Desse modo, o direito positivo não é capaz de dar segurança aos indivíduos no que se refere à forma como conflitos concretos serão solucionados, tendo em vista que o conjunto de normas vigentes admite diferentes interpretações e aplicações. Isto ocorre, quer em virtude de características do próprio sistema jurídico, de incertezas semânticas geradas pelo texto de uma norma possivelmente aplicável, da forma como se utilizam os métodos interpretativos, quer em virtude da forma como se interpretam os fatos de um caso e da flexibilidade no raciocínio jurídico⁵⁹. Eis o diagnóstico realista.

Embora nos pareça que a conclusão de que a incerteza sobre o conteúdo do direito futuro é a única constante da prática jurídica, sendo a principal contribuição teórica do realismo, sua versão do ceticismo de regras encerra uma visão um tanto quanto ingênua da realidade jurídica. A discricionariedade judicial não decorre da indeterminação do conteúdo legislado. É própria do direito, que é um canal de comunicação de escolhas. Mesmo que não parem dúvidas substanciais sobre a verificação do suporte fático de certo enunciado jurídico, é possível que se deixe de juridificar sua consequência com um ato concretizador do direito. Mais ainda: é possível que simplesmente se desconforme a eficácia provisória da norma geral, mesmo compreendendo-se aceitavelmente o comando por ela comunicado. O mesmo se deve dizer sobre a infinitude de razões contidas em normas jurídicas do direito positivo, aptas a fundamentar uma decisão.

É óbvio que, nos Estados modernos, diante da inflação legislativa, é inevitável que existam comandos conflitantes⁶⁰. Mas não é também a existência desses comandos

---

⁵⁸ Trata-se de asserção que demanda análise mais detida: o que significa dizer que o direito é indeterminado? – Podemos dizer que o direito positivo é indeterminado, tanto para aqueles incumbidos de aplicá-lo (agentes do Estado) quanto para os indivíduos que a ele se submetem, quando não se pode identificar ao certo como ele regula uma situação de fato específica. Quanto ao processo decisório judicial, em particular, podemos convencionar, seguindo Leiter, que o direito será indeterminado quando for indeterminado o grupo de razões jurídicas que podem ser utilizadas por um tribunal para justificar as suas decisões. A abordagem desse tema aparece no realismo jurídico norteamericano na discussão de dois pontos diversos. O primeiro deles é a incerteza quanto ao conteúdo do direito positivo e o segundo é a incerteza causada pela interferência de fatores extra-normativos no processo decisório judicial. Analisaremos como esse movimento intelectual trata de cada um desses pontos, para ao final concluir se o seu argumento motiva um ceticismo sobre a validade das normas (Carla Osmo. O ceticismo dos realistas norte-americanos: a indeterminação do direito. **Revista Brasileira de Filosofia**. Ano 58, n. 233, jul.-dez., 2009, pp. 95-96)

⁵⁹ Cf. *Ibid.*, p. 97-100.

⁶⁰ *Courts are constantly determining which of several rival rules to apply. (...) in our legal system we have large numbers of mutually inconsistent major premises available for choice: 'competing' rules, 'competing' principles; 'competing' analogies.* (Llewellyn, op. cit., p. 12)

inconciliáveis que torna o futuro do direito incerto. Ao contrário, ela é apenas um sintoma da incerteza do direito, porque expressa a aptidão do direito positivo de se conduzir em sentidos diversos e não necessariamente lógicos ou congruentes entre si. De outro lado, a questão da relevância da interpretação dos fatos⁶¹ não apresenta uma contribuição necessariamente original do realismo. A distinção entre questões de fato e questões de direito remonta à filosofia kantiana⁶²: enquanto em questões de fato o jurista procura provas, em matéria de direito ele cuida de encontrar e demonstrar as razões justificativas em atos de vontade anteriores e sentidos morais.

As questões de prova não são ignoradas por qualquer teoria séria do direito. O que muda é a crença mais ou menos forte da capacidade de se subsumir um complexo de fatos aos comandos da lei. Os realistas enfraquecem essa crença, reforçando a ideia de que a discricionariedade judicial alcança o poder de identificar os fatos, os quais determinariam a norma jurídica a ser aplicada⁶³. O problema neste raciocínio é justamente a ideia de aplicação do direito anterior, que é inclusive incompatível com a postura cética diante de regras que o próprio realismo assume.

Parece que os realistas não tiveram ousadia bastante para assumir que cada ato de realização do direito exaure os conteúdos dos que lhe antecedem. Implica isso mais do que a possibilidade de escolher a lei aplicável ou contradizer seu comando: aquele a quem compete concretizar o direito pode simplesmente criar “lei” nova mais concreta, tirar direito da cartola. Não há sentido senão ideológico em imaginar o direito positivo como uma relação entre conteúdos superiores e inferiores. Por isso, as razões de imprevisibilidade do direito que são elencadas pelos autores realistas não são mais do que sintomas da imprevisibilidade.

---

⁶¹ (...) *the major cause of legal uncertainty is fact-uncertainty – the unknowability, before the decision, of what the trial court will ‘find’ as the facts.* (Frank, op. cit., p. 145)

⁶² Quando os jurisconsultos falam de direitos e usurpações, distinguem num litígio a questão de direito (*quid juris*) da questão do fato (*quid facti*) e, ao exigir provas de ambas, dão o nome de dedução à primeira, que deverá demonstrar o direito ou a legitimidade da pretensão. Servimo-nos de uma porção de conceitos empíricos sem que ninguém o conteste, e mesmo, sem dedução, julgamo-nos autorizados a conferir-lhes um sentido e uma significação imaginada, porque temos sempre à mão a experiência para demonstrar a sua realidade objetiva. Há, no entanto, também conceitos usurpados, como sejam os de felicidade, de destino, que circulam com indulgência quase geral, mas acerca dos quais, por vezes, se levanta a interrogação: *quid juris?* e então ficamos não pouco embaraçados para os deduzir, já que não se pode apresentar qualquer claro princípio de direito, extraído da experiência ou da razão, que manifestamente legitime o seu uso. (Immanuel Kant. **Crítica da razão pura**. 5ª ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001).

⁶³ Esse poder de identificar os fatos proporciona ao órgão judicante uma ampla área de discricionariedade em muitas espécies de casos, para determinar se normas jurídicas de certo teor, ou se outras de teor oposto, devem se aplicar para a solução do caso. Não há dúvidas de que ocasionalmente os tribunais façam uso desse poder de identificar os fatos para evadir a necessidade de aplicar uma norma jurídica a um caso para o qual de outra forma seria aplicável e de que, nessa medida, a efetividade de qualquer norma em controlar a atuação dos tribunais e facilitar a predição de decisões possa ficar seriamente prejudicada.” (Dickinson apud Osmo, op. cit., p. 112).

A causa para o equívoco na conclusão realista é a vinculação entre o raciocínio jurídico e o direito: se de um lado o realismo liberta o conceito de validade das amarras lógicas do idealismo, doutro lado, ele não responde bem à questão da comunicação normativa, porque ainda lhe vale a ideia de aplicação do direito legislado anterior aos casos⁶⁴. Em verdade, não se aplica, no sentido de reproduzir, o direito positivo anterior aos casos concretos. No máximo, consideram-se seus conteúdos juntamente com os fatos no processo de interpretação jurídica.

---

⁶⁴ Ressalve-se que a consideração reducionista, segundo a qual direito é o que decidem os tribunais, não incorre nesse erro, mas não coloca em lugar nenhum o direito positivo anterior, sendo absolutamente incompleta por essa razão.

CAPÍTULO II

LEGALIDADE E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A decisão jurídica nova, atual e definitiva, substitui qualquer consideração que se possa fazer sobre normas gerais, salvo a possibilidade de recurso. A lei, então, é um dos ingredientes do raciocínio jurídico. É aqui que deve ser buscada sua utilidade, sua função, não na tentativa de predizer decisões futuras. A impossibilidade de determinar o conteúdo do dever jurídico não representa imperfeição ou falência da legislação, porque sua função, num Estado de direito, é possibilitar um início de um raciocínio tendente à criação de direito positivo, cujo resultado não está determinado.

A lei não é critério para a tomada de decisões, embora se espere com ela controlar a judicatura nos Estados racionais. É verdade que se pode falar em controle do judiciário e da administração pública com base nos critérios legais, mas esse controle não é jurídico, é da legitimidade: tem a ver com a relação de dominação exercida por esses Estados. Por outro lado, a vinculação das decisões judiciais a critérios específicos não está na essência do fenômeno jurídico, e nada é além de um auspício ético. A fixação de critérios considerados legítimos para os julgamentos, qualquer que seja sua origem, não pode causar o esquecimento de que há ainda outra decisão a ser tomada, para a qual esses critérios são úteis, mas não suficientes.

A legislação, assim, pode criar expectativas, mas não é capaz de determinar os conteúdos do direito futuro. Não se pode representá-la como superior à judicatura. A diferenciação entre lei e função judicial com base no critério do potencial de inovação não tem razão de existir⁶⁵. A atividade judicativa é criativa, juridicamente independente dos sentidos dos atos que lhe antecedem. Isso não quer dizer que tudo devam fazer os juízes conforme seu talante, mas tão somente que o mito da vinculação dos juízes à lei precisa ser imediatamente superado. A teoria do direito não é capaz de prevenir decisões contrárias à legislação, ilegítimas ou imorais.

---

⁶⁵ Tecnicamente, não só a distinção entre legislação e jurisdição é problemática como também o dogma da soberania do parlamento ou o da separação dos poderes não impediram a possibilidade de um tribunal cassar atos do parlamento ou do governo. Como já dito, a soberania não pode ser atribuída a um órgão particular, nem ao parlamento, nem a uma corte de justiça, mas é uma qualidade da ordem jurídica em seu todo. (Solon, op. cit., p. 119).

Ativismo judicial e legalismo são posturas políticas que pode assumir o judiciário. Os juízes são livres: os apelos por uma postura menos apática do judiciário tanto quanto a defesa da “separação dos poderes” e da neutralidade política da função judicial estão no âmbito da política do direito. Aliás, opostas como costumam ser, essas perspectivas têm pouca utilidade prática, porque não são isoláveis senão idealmente. Não raro, num único dia, um mesmo julgador subscreve sentenças invocando, de um lado, a impossibilidade de afastar a “lei injusta” (*dura lex sed lex*) e, doutro lado, a função política do judiciário de corrigir as falhas e omissões do legislador⁶⁶.

Igualmente inútil é a apropriação cega da análise lógico-normativa pelas teorias jurídicas. A relação entre a lógica e o direito precisa ser recolocada em novos termos. A lógica jurídica deve ser encarada como uma disciplina da lógica em geral, não como uma parte da teoria do direito. Mesmo porque ela constitui a base formal de argumentação em todas as disciplinas normativas, não só no direito. Com isso, não se está a negar o papel fundamental dos instrumentos lógicos no raciocínio jurídico, mas a tentar demonstrar seu papel auxiliar e não vinculativo da argumentação jurídica⁶⁷.

A concepção clássica da separação dos poderes, que permite a oposição das posturas legalista e ativista, é um dos princípios básicos do moderno Estado de direito. Embora não seja necessariamente moderna, essa ideia é autenticamente vinculada à obra “Do espírito das leis”. A reflexão política de Montesquieu parte da ideia de que o abuso vai até onde se deparem limites e pretende organizar o Estado segundo um sistema de contrapesos, para controle da produção jurídica.

Assim, a doutrina clássica da separação dos poderes tem uma percepção dinâmica do direito, uma vez que deixa clara a existência de órgãos com competências diversas e sua função de constantemente renovar a ordem jurídica. Por outro lado, expressa uma preocupação com o controle de erros e excessos da produção jurídica. Nessa concepção, a função judiciária é de punição de crimes e julgamento de lides civis, nos limites delineados

---

⁶⁶ O juiz toma sua decisão em parte guiado por uma intuição emocional e em parte com base em considerações e propósitos práticos. Uma vez estabelecida a conclusão, o juiz encontra uma adequada argumentação ideológica jurídica que justifique sua decisão. Usualmente isto não seria difícil para ele. A variedade de regras, a incerteza de sua interpretação e a possibilidade de elaborar construções diversas sobre matérias em debate geralmente permitirão que o juiz encontre uma roupagem jurídica plausível com que revestir sua decisão. A argumentação jurídica encerrada nos considerandos do silogismo não passa de uma fachada que visa a dar suporte à crença na objetividade da decisão. (Ross, op. cit., p. 53).

⁶⁷ Ota Weinberger. The norm as fact and as reality. In: Neil MacCormick e Ota Weinberger. **An institutional theory of law: new approaches to legal positivism**. Dordrecht: Reidel Publishing, 1986.

pelo direito positivo⁶⁸. Tanto em razão de exigências políticas quanto econômicas, a importância dessa elaboração teórica, sobretudo de sua concepção do judiciário, foi crescendo durante o século XIX, até culminar no chamado legalismo.

Uma vez em vigor o *Code Napoléon*, fortaleceram-se ideologias jurídicas pautadas na ideia de que os juízes são meras “bocas da lei”, sustentada na afirmação teórica de que a aplicação do direito legislado a casos reais apenas seria capaz de fornecer uma resposta correta. Semelhante concepção exacerba a separação entre política e direito. Ao canalizar toda a carga inovadora da ordem jurídica ao poder legislativo, dessa doutrina se espera uma neutralização política do judiciário⁶⁹. Do ponto de vista dos cidadãos, o legalismo incute a crença de que todo direito é racionalmente produzido e pode ser assim controlado. Com isso, justifica-se a parcela de liberdade abdicada em favor da formação do Estado na metáfora do contrato social. Trata-se da legitimidade pela legalidade.

A legalidade, enquanto princípio do Estado racional, está ligada ao anseio de se estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obra da razão e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível por parte dos governantes, com claras repercussões na economia burguesa. A garantia de que o Estado cumprirá e assegurará o cumprimento da lei culmina num estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, prevenindo a intranquilidade social. Nesse quadro, a crença na legalidade se expressa como certeza que têm os governados de que a lei os protege, sobretudo

---

⁶⁸ Discriminados assim os poderes nessa linha teórica de separação, segundo os fins a que se propõem, entra Montesquieu a conceituar a liberdade política, definindo-a como aquela tranqüilidade de espírito, decorrente do juízo de segurança que cada qual faça acerca de seu estado no plano da convivência social. A liberdade estará sempre presente, segundo o notável filósofo, toda vez que haja um governo em face do qual os cidadãos não abriguem nenhum temor recíproco. A liberdade política exprimirá sempre o sentimento de segurança, de garantia e de certeza que o ordenamento jurídico proporcione às relações de indivíduo para indivíduo, sob a égide da autoridade governativa. Daqui passa Montesquieu a explicar como se extingue ou desaparece a liberdade nas hipóteses que ele configura de união dos poderes num só titular. Quando uma única pessoa, singular ou coletiva, detém o poder legislativo e o poder executivo, já deixou de haver liberdade, porquanto persiste, segundo Montesquieu, o temor da elaboração de leis tirânicas, sujeitas a uma não menos tirânica aplicação. Se se trata do poder judiciário, duas conseqüências deriva o mesmo pensador da nociva conjugação dos poderes numa só pessoa ou órgão. Ambas as conseqüências importam na destruição da liberdade política. O poder judiciário mais o poder legislativo são iguais ao arbítrio, porque tal soma de poderes faz do juiz legislador, emprestandolhe poder arbitrário sobre a vida e a liberdade dos cidadãos. O poder judiciário ao lado do poder legislativo, em mãos de um titular exclusivo, confere ao juiz a força de um opressor. A opressão se manifesta pela ausência ou privação da liberdade política. (Paulo Bonavides. **Ciência política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 176-177).

⁶⁹ Cf. Ferraz Jr., op. cit., pp. 46-49.

em face dos governantes. Enfim, o princípio da legalidade expressa o ideal jeffersoniano de estabelecer um governo da lei em substituição do governo dos homens⁷⁰.

Na prática jurídica, a legalidade é mais uma crença que estabiliza as relações sociais e legitima a dominação estatal do que uma realidade verificável. Por motivos evidentes: o direito é construído humano, não é possível subtrair-lhe o elemento vontade. Assim é que o “sistema” jurídico tolera decisões *contra legem*. A verdade é que o que caracteriza o direito é a decisão e sua comunicação, não sua coerência interna. Aquele a quem compete a tarefa de decidir as demandas judiciais não deixa de exercê-la quando decide sem se basear em disposições jurídicas. Aliás, mesmo contrariando uma dessas disposições, ele continua sendo juiz e sua decisão é jurídica. Ele só deixaria de realizar direito e, conseqüentemente, deixaria de ser juiz, caso se eximisse da obrigação de decidir⁷¹. A função judicial se define melhor como aquela de decisão de conflitos, não como de declaração da lei.

A ideologia da legalidade ilumina a função política que a legislação assume na realização judicial do direito. A prática jurídica é argumentativa, estratégica. A relação lógica entre enunciados jurídicos ou precedentes de tribunais são tão somente mais um argumento a ser trazido para o contraditório judicial. É certo que o argumento segundo a lei tem uma força significativa no Estado de direito. Essa força é política e não se deve confundir com a existência específica da norma jurídica que redundará da decisão judicial. Em outras palavras, o ônus de legitimação de uma decisão segundo a lei costuma ser menor do que daquelas que exacerbam o conteúdo legislado. É que, na configuração política dos Estados de direito, a lei goza de uma presunção de legitimidade, pois a aparência de racionalidade e previsibilidade das decisões é justamente o que sustenta a obediência consentida dos cidadãos.

Porém, em alguns casos, a presunção de legitimidade da lei cede em favor de sentimentos sociais diversos. Esse é o problema enfrentado, por exemplo, quando um Estado cuja população é predominantemente religiosa regulamenta a prática do aborto ou

---

⁷⁰ Sua explicitação política se fez por via revolucionária, quando a legalidade se converteu em matéria constitucional. Assim no texto de 1791: “Não há em França autoridade superior à da lei; o rei não reina senão em virtude dela e é unicamente em nome da lei que poderá ele exigir obediência” (Art. 32, do Capítulo II da Constituição Francesa de 1791). Alguns anos antes, os ex-colonos de Massachussets, emancipados da dominação inglesa, gravaram em sua Constituição (Art. 30) o princípio da separação de poderes a fim de que “pudesse haver um governo de leis e não de homens”. (Bonavides, op. cit., p. 142).

⁷¹ Muitos se recusam em compreender que, se o designado para o ofício da magistratura pode não decidir conforme a proposição jurídica ou mesmo que contrarie algum dispositivo legal, sua decisão será jurídica e constituirá direito, pois o fato que a lei implica logicamente certa decisão jurisdicional não comporta que esta decisão seja efetivamente tomada pelo juiz: o juiz poderia muito bem não aplicar a lei e decidir diversamente. (Castro Filho, op. cit., p. 42)

descriminaliza o uso certas substâncias entorpecentes, o que gera um déficit de legitimidade. Situação oposta, mas igualmente ilustrativa, se verificou no Brasil quando o Superior Tribunal de Justiça afastou expresso texto de lei para permitir o casamento entre pessoas homossexuais: embora tenha decidido contra os sentidos aparentes da lei, o déficit de legitimidade dessa decisão permissiva parece ter sido menor do que aquele que se esperaria da decisão contrária.

Os tribunais podem ou não seguir a letra da lei, sem que suas decisões sejam, por isso, classificadas como ilegítimas. Essa constatação reforça a afirmativa de que o problema da confirmação dos sentidos legislados pelo direito judicial é político. Transitada em julgado, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, em princípio, não pode mais ser anulada. Nada obstante, nem os ministros que participaram do julgamento nem qualquer outro observador têm dúvida de que se trata de decisão *contra legem*.

Malgrado as decisões judiciais, em geral, pareçam tanto mais legítimas quanto mais encaixadas nos tipos legais, em alguns casos, isso não é verdadeiro. De uma forma ou de outra, a legislação fornece um ponto de partida para o raciocínio jurídico. Se é certo que não determina a resultante juridicamente válida desse raciocínio, pelo menos, representa um ponto de partida num ambiente de dominação racional, uma vez que goza da citada presunção de legitimidade.

Conclusão precipitada seria a de que os conceitos das chamadas teorias da norma e do ordenamento jurídico são absolutamente inúteis ante a desconstrução do conceito de relacional de validade. Em verdade, mesmo numa interpretação realista do direito, essas perspectivas guardam a utilidade de esquematizar o conhecimento jurídico, possibilitando a argumentação legal. É certo que, tal qual a lógica aplicada ao direito, os enunciados dessas teorias não são capazes de constranger o conteúdo das decisões jurídicas futuras, mas certamente podem auxiliar na construção de raciocínios sobre o direito positivo passado, que representa um ponto de partida num ambiente de dominação racional. Por isso mesmo, não são excludentes as diversas teorias da norma, do ordenamento, da melhor interpretação jurídica, da resposta correta. É que, no campo do raciocínio jurídico, vige a liberdade de fundamentação e construção de discursos.

Problema se verifica, sobretudo em relação ao ensino jurídico, quando algumas dessas diversas teorias assumem um discurso determinista em relação ao futuro do direito positivo,

deixando de considerar que o direito positivo é resposta, podendo mudar na medida em que mudem as questões que lhe são postas. A overdose de teorias da norma e estudos deterministas da legislação nas faculdades de direito enfraquece o potencial de compreensão da realidade que se espera do jurista. O direito civil não existe em função de si mesmo, mas das figuras sociais do proprietário, do contratante, do testador, do empresário, do chefe de família, de modo que a mudança dos fatos em relação a esses personagens implica a atualização das respostas jurídicas. O direito de Caio e Tício não conhecia, por exemplo, as figuras do proprietário intelectual, do acionista, do licitante, porque essas, aparentemente, são respostas jurídicas da era contemporânea.

O ensino ensimesmado do direito e a decorrente formalização do saber jurídico fecham os olhos dos futuros juristas para a realidade cambiante com que lidarão. A tragédia do direito injusto não se resolve nos limites da teoria do direito. Direito é criatura, cujo conteúdo é preenchido pela vontade do Estado. Por isso, também a educação jurídica precisa de uma radical reestruturação, no sentido de que possa apreender o direito como resposta a uma conjuntura, não como uma realidade ideal e autossubsistente.

Argumentação e prática jurídica

Abandonar a perspectiva formalista acerca do papel do direito estatutário na prática jurídica cotidiana acende a questão do lugar da lei na realização judicial do direito. Se entendermos a lei como um ponto de partida ou uma fonte argumentativa, como ensaiamos acima, logo chegaremos ao problema (não menos importante) de situar a argumentação no âmbito da prática jurídica.

Na perspectiva que aspiramos desenhar aqui, é útil tratar a questão da função da lei a partir de um ponto de vista argumentativo, o que inclusive não contraria, em essência, o formalismo, já que também lá o direito positivo não é enfocado numa perspectiva fatalista, senão com um mero acento na consideração de seus significados no momento da positivação em nível judicial. Na verdade, a diferenciação entre a nossa perspectiva e a formalista, quando se trata de analisar pontos de vista acerca do papel da argumentação na realização judicial do direito, parece estar na questão de saber se as interpretações das normas jurídicas podem ser consideradas corretas e se seria possível falar em conhecimento voltado à interpretação jurídica.

Em verdade, ao problematizarmos a interpretação jurídica em âmbito judicial, precisamos desde logo advertir que, provavelmente, estejamos nos referindo a um pequeno conjunto de casos que envolvem questões não rotineiras. Ao menos na realidade brasileira, a maioria dos casos é decidida sem que as partes ou o juiz ponham em questão como deve ser interpretada a lei: no mais das vezes, as discussões em juízo se referem a como devem ser interpretados os fatos. Nas instâncias extraordinárias talvez essa lógica se inverta, porque o sistema processual está arrumado para que apenas sejam conhecidos recursos que revelem interpretações controversas entre tribunais, “violações textuais” etc. Contudo, como apenas sobre às instâncias extraordinárias pequena parcela das demandas submetidas ao judiciário, não se invalida a afirmação de que as questões de interpretação do direito positivo não ocorrem em todos os casos e que, em princípio, talvez seja útil separar os casos fáceis ou rotineiros dos casos difíceis.

Quando se fala em caso difícil, contudo, não se trata do grau de dificuldade que alguém pode enfrentar para lhe impor um desfecho, mas sim da existência ou não de conflito interpretativo substancial quanto ao substrato legal ou até mesmo quanto às diversas fontes de argumentação que, juntamente àquele substrato, estejam à disposição daquele a quem incumba decidir. Na prática jurídica, as incertezas são muito mais dramáticas do que em outras tecnologias, porque os julgadores não têm apenas um poder de tomar decisões, eles têm, em princípio, o dever de decidir todas as questões que lhes são submetidas. Daí, as partes e a sociedade depositarem no produto do trabalho dos julgadores um conjunto de expectativas próprias.

Por essa razão, os cidadãos esperam que os incumbidos da tarefa de decidir adiram o máximo possível à sua expectativa de certeza jurídica⁷². Em sentido estrito, essa expectativa significa que todo cidadão tem o direito básico de esperar proteção jurídica, isto é, que os órgãos de adjudicação têm a obrigação jurídica de dar uma resposta quando o cidadão pede proteção jurídica. Num sentido mais amplo, a certeza jurídica pode ser percebida como a

---

⁷² Segundo Aulis Aarnio, durante muito tempo foi uma preocupação sua a questão de saber se as interpretações das normas jurídicas podem ser consideradas corretas e se seria possível falar em conhecimento voltado para a interpretação jurídica. O autor afirma que existem casos rotineiros e casos difíceis, bem como que devido à preponderância quantitativa poderia se pensar equivocadamente que todos os casos de aplicação da lei são casos de observância de aplicação da lei. No entanto, ao lado das decisões rotineiras, há as decisões que podem ser chamadas de discricionárias: “*Un rasgo típico es que más de una norma jurídica puede ser aplicada al mismo conjunto de hechos o la misma norma jurídica permite más de una interpretación*”. Aarnio expõe o dilema dos que têm o dever de decidir todas as questões que lhes são submetidas e, ao mesmo tempo, que têm o poder de tomar decisões. Ademais, se espera que os incumbidos da tarefa de decidir adiram o máximo possível à certeza jurídica (Cf. Aulis Aarnio. **Lo Racional Como Razonable**: Un Tratado Sobre La Justificación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 23-27).

exigência de que se evite a arbitrariedade e de que a decisão seja “correta”, isto é, que a decisão esteja em concordância com as expectativas de significado que se tem em relação ao direito positivo válido.

Sucedem que, de um lado, as normas jurídicas não são completamente autônomas em relação às outras normas da sociedade: recebem, ao menos em parte, seu próprio conteúdo dos pontos de vista morais e de outros pontos de vista sociais. E, ainda que não positivem uns ou outros atributos ou pontos de vista da sociedade, as normas jurídicas são julgadas conforme e a partir deles, e a prática jurídica está impregnada deles. Assim, a expectativa da certeza jurídica é um fenômeno cultural e socialmente heterogêneo: certos grupos, que assumem certos pontos de vista, esperam que o direito caminhe de certa forma; outros grupos esperam que o direito caminhe de outra forma. Esses conflitos se tornam mais agudos quando o texto da lei não é suficientemente infalível na indicação de uma resposta inequívoca, mas também, ainda nos casos em que ele parece ser, quando, por algum motivo, uma parcela da sociedade decide reagir por motivos diversos a ele.

Espera-se como produto da positivação o arrefecimento das disputas sociais e a consagração de um ponto de vista social. Porém, este não é um resultado automático. Veja-se o caso da união estável homossexual: a Constituição e a lei a inviabilizaram em termos semânticos. Mas alguns grupos reagiram a isso e o judiciário acabou por acatar tal reação como legítima, ao arrepio da lei e da própria Constituição: na prática, o Supremo Tribunal Federal reconheceu uniões estáveis homoafetivas enquanto entidades familiares, o que equivaleu *obter dictum* à declaração de inconstitucionalidade da norma constitucional originária que se obtém do art. 226, § 3º (isso, dito em termos retos, contrariaria inclusive posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias). Esse exemplo dimensiona bem o fato de que um caso não se torna difícil apenas quando a interpretação da lei não proporciona uma resposta inequívoca.

Em uma sociedade democrática, atribui-se ao juiz a responsabilidade política de procurar que as expectativas dos cidadãos se realizem em alguma medida ou que sejam, ao menos, suficientemente satisfeitas, pois isso justifica a autoridade que se confere às suas decisões. No fundo, os cidadãos exigem não apenas decisões dotadas de autoridade, mas também de razões, o que também é válido para a administração pública. Com isso, a responsabilidade do juiz tem se convertido, cada vez mais, na responsabilidade de justificar

suas decisões e, conseqüentemente, de maximizar o controle público destas decisões⁷³. A justificação é um meio de assegurar, sobre uma base racional, um nível aceitável de segurança jurídica na sociedade, embora nada garanta sua manutenção nem sua universalização, eis que paira incerteza sobre o futuro do direito.

A vida é demasiadamente rica e os seres humanos demasiadamente inconstantes, para que seja possível captar com palavras da lei todos os conflitos da vida humana. O problema da incerteza dos conteúdos do sistema jurídico faz parte da realidade dos juristas. Por essa razão, para manter um nível razoável de legitimidade das decisões, quando especificam os conteúdos do sistema jurídico, os realizadores do direito têm que alcançar um equilíbrio entre dois objetivos que apontam em direções opostas: de um lado, respeitar a estabilidade; de outro lado, captar a flexibilidade requerida pelas circunstâncias.

A prática jurídica deve ser necessariamente compreendida desde sua peculiar normatividade, capaz de vincular condutas. O direito marca a possibilidade de conformação da conduta humana. Contudo, para se compreender de modo realmente adequado a normatividade, é preciso também analisar o arcabouço fático, as relações que efetivamente são travadas no âmbito da realidade social. Não que tais relações sejam, por si mesmas, portadoras de normatividade, mas é que elas inevitavelmente entram no processo de compreensão dos textos normativos. A realidade não é normativa por si mesma, mas deve ser necessariamente cotejada criticamente para que se possa compreender a própria regulação empreendida pelo direito.

A aplicação do direito se dá no quadro de uma situação determinada, expondo o enunciado semântico do texto no contexto histórico do momento em que ela se faz, não no contexto da redação do texto⁷⁴. Assim, em relação à Constituição e aos textos legais,

---

⁷³ O direito, segundo Aarnio, não é unicamente um sistema de poder, nem apenas um sistema de normas. Não se pode esperar que o sistema jurídica permita ter respostas imediatas para qualquer problema. Quando especificam os conteúdos do sistema jurídico, os funcionários ou os cientistas têm que alcançar um equilíbrio entre dois objetivos que apontam em direções opostas: “*Por una parte, tienen que respetar la estabilidad y, por otra, tienen que procurar la flexibilidad requerida por las circunstancias*”. Quando em uma sociedade é cada vez mais freqüente a promulgação de disposições amplas, a consequência inevitável é o deslocamento do acento do poder para os corpos que aplicam a lei, ou seja, o poder de decisão dos tribunais e dos demais órgãos da administração do direito resulta reforçado frente ao poder de formular normas de acordo com a democracia representativa. (Aarnio, op. cit., pp. 29-32).

⁷⁴ A interpretação/aplicação do direito se dá no quadro de uma situação determinada, expondo o enunciado semântico do texto no contexto histórico do momento em que ela se faz, não no contexto da redação do texto. Compreendemos necessariamente, ao interpretá-la, além de seus textos, a realidade (...). O intérprete da Constituição não se limita a compreender textos que participam do mundo do dever-ser; há de interpretar também a realidade, os movimentos dos *factores reais de poder*, compreender o momento Histórico no qual as normas da Constituição são produzidas, vale dizer, momento da passagem da *dimensão textual* para a *dimensão*

compreendemos necessariamente, ao interpretá-los, além de seus significados próprios, a realidade. O momento da passagem da dimensão textual para a dimensão normativa, mais que uma compreensão de textos que participam do mundo do dever ser, envolve também a realidade.

A interpretação jurídica aparece neste contexto como o processo por meio do qual, diante de uma realidade de textos legais e fatos, o intérprete autêntico, a quem se reconhece o poder e o dever de decidir certo caso, atribui-lhe uma solução dentre as diversas possíveis, fundamentando-a. A justificação de pontos de vista normativos é, assim, uma tarefa central da prática jurídica democrática: o intérprete deve responder por que é racional e razoável aceitar como obrigatória a norma que ele elegeu para ser introduzida no direito positivo. Para isso, tanto razões práticas (argumentos reais) quanto razões legislativas (textos legais) assumem papel importante e podem, indistintamente, ser consideradas bases justificatórias da interpretação; em outras palavras, fontes do direito.

Não se pode ocultar, contudo, que a justificação externa ao direito positivo, dada a tradição jurídica moderna, aparenta ser mais problemática, eis que implica a adição de novos argumentos à cadeia interpretativa. Mas isso não previne sua utilização, nem deve prevenir. Também assim, nada constrange o juiz a adotar uma ou outra postura na solução de um caso. Há, no máximo, uma expectativa de que fundamente por que elegeu esta ou aquela solução para o caso, o que deriva da premissa de que o senso de que a obrigatoriedade das condutas numa democracia deve ser socialmente compartilhado e originado do consenso.

Não há resposta correta para os casos, porque a sociedade moderna está fundada num politeísmo de valores e pontos de vista, sem que nenhum deles se torne absoluto sobre os demais. A dogmática jurídica não pode assumir essa premissa, sob pena de se tornar autoritária ou inútil. No mesmo sentido, não se deve considerar que o que é geralmente aceito socialmente deve ser assumido como correto e assim internalizado pelo direito. Essa também é uma postura que pode ser reduzida ao autoritarismo. Em verdade, o objetivo da prática jurídica não deve ser alcançar a aceitação da maioria qualquer que seja ela, senão a aceitabilidade e inteligibilidade das decisões num ambiente racional. Neste ambiente é que se desenvolve a argumentação jurídica e é nele também em que se deve procurar dimensionar o uso e o peso do argumento legal.

Em outras palavras, em um ambiente jurídico democrático, a função da lei e seu peso argumentativo devem ser procurados, em meio ao pluralismo de valores e ao desacordo moral intrínseco às sociedades contemporâneas, em que convivem, lado a lado, pessoas que professam as mais diferentes crenças e que possuem cosmovisões bastante heterogêneas, quando não antagônicas. As sociedades democráticas contemporâneas são marcadas pela diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais. Tais doutrinas, em muitos casos, divergem profundamente entre si. Um militante gay e um pastor evangélico terão, provavelmente, visões muito divergentes sobre a sociedade e o direito. Por essa razão, é importante que haja um acordo sobre os pontos de partida na disputa jurídica para influenciar a solução dos casos.

A lei é um ponto de partida privilegiado no Estado de direito, conquanto não seja o único. Em verdade, a prática jurídica é permeável a argumentos de diversas ordens e não se pode (nem seria salutar) obrigar os cidadãos a falar apenas a língua do direito. Por outro lado, espera-se que os agentes públicos, especialmente os magistrados, apenas internalizem em seus discursos jurídicos argumentos ancorados no direito positivo ou pontos de vista sociais universalizáveis, independentes de doutrinas religiosas ou metafísicas controvertidas, o que também se tem chamado de razões públicas⁷⁵.

Os cidadãos, por seu turno, não obstante não estejam comprometidos com a utilização apenas de razões públicas em seus discursos, devem estar atentos à utilização de argumentos também públicos no embate jurídico, afinal visam influenciar órgãos em princípio descomprometidos com cosmovisões particulares. Assim, se os adeptos de determinada doutrina têm a intenção de influenciar decisões a serem proferidas, eles devem “traduzir” seus

---

⁷⁵ A ideia de “razões públicas” tem origem na filosofia kantiana, mas foi desenvolvida mais recentemente pelo filósofo político John Rawls. De acordo com essa ideia, na esfera política, ao lidar com temas essenciais, como os que concernem aos direitos humanos, só são admissíveis argumentos independentes de doutrinas religiosas ou metafísicas controvertidas a que cada cidadão adira. No campo privado, das discussões travadas nas famílias, nas entidades religiosas, nas associações etc., esse limite não se aplica. Mas na discussão pública, os cidadãos devem apresentar argumentos também públicos, que possam ser racionalmente aceitos pelos seus interlocutores, independentemente das respectivas crenças religiosas ou metafísicas. Argumentos religiosos, por exemplo, não poderiam penetrar nesse debate, a não ser que sejam “traduzidos” para razões públicas: um político cristão não poderia se opor no Congresso à legalização da eutanásia, invocando a Bíblia e dizendo que a vida não pertence ao homem e sim a Deus, mas ele poderia sustentar a indisponibilidade do direito à vida, invocando a relevância especial desse bem jurídico no sistema constitucional. O seu argumento, nesse último caso, pode ser correto ou incorreto (para nós, é incorreto), mas não estará fora do campo das razões públicas. John Rawls sustenta que o uso das razões públicas, para o cidadão, seria um imperativo moral, mas não jurídico. Isso porque, não haveria, sem grave ofensa à liberdade de expressão e de consciência, como obrigar o cidadão a invocar apenas razões públicas ao deliberar sobre temas essenciais no espaço público. (John Rawls. **O liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 294-295).

valores para os termos adequados à razão pública, para a linguagem da democracia e das teorias científicas incontroversas.

O imperativo de respeito às razões públicas nas narrativas jurídicas dirige-se a todos os poderes estatais. Mas essa imposição é ainda mais severa para o judiciário. Os juízes não são eleitos, o que torna ainda mais ilegítima a possibilidade de que imponham os seus valores pessoais sobre os jurisdicionados, ou que os invoquem para derrubar decisões tomadas pelos representantes do povo. A realização integral desse dever de imparcialidade é impossível no campo íntimo, pois é certo que os aplicadores do direito são seres humanos dotados de convicções particulares. Daí não resulta, contudo, que a isenção não possa ser sustentada como ideia regulativa a ser perseguida pelos agentes e instituições, e fiscalizada pela crítica pública.

A disputa entre dois pontos de vista só é possível se os valores em jogo são compartilhados entre os atores da disputa. Adotar uma razão alheia ao mínimo consenso social ou a um dos atores implica excluir esse ator. Por essa razão é que o intérprete do direito, ao lançar mão de pontos de partida argumentativos externos ao direito positivo, deve estar ciente de que seu discurso está voltado a um auditório e que a existência deste auditório limita o repertório de fundamentos possíveis àqueles que possam ser universalizados.

A argumentação é uma ação que tende a modificar um estado de coisas preexistentes. O uso da argumentação implica que se tenha renunciado a recorrer unicamente à força para imposição de decisões jurídicas, para se dar valor à adesão do interlocutor por meio de uma persuasão racional, pautada em sua liberdade de juízo. Querer convencer implica sempre certa modéstia da parte de quem argumenta, eis que pressupõe a admissão de que o interlocutor deve ser persuadido pelo seu ponto de vista. Para tanto, esse ponto de vista não deve ser considerado indiscutível ou de convicção imediata de que com ele toma contato⁷⁶.

---

⁷⁶ Para bem expor as características particulares da argumentação e os problemas inerentes a seu estudo, nada como contrapô-la à concepção clássica da demonstração e, mais especialmente, à lógica formal que se limita ao exame dos meios de prova demonstrativos. (...) Cumpre observar, aliás, que querer convencer alguém implica sempre certa modéstia da parte de quem argumenta, o que ele diz não constitui uma "palavra do Evangelho", ele não dispõe dessa autoridade que faz com que o que diz seja indiscutível e obtém imediatamente a convicção. Ele admite que deve persuadir, pensar nos argumentos que podem influenciar seu interlocutor, preocupar-se com ele, interessar-se por seu estado de espírito. (Chaïm Perelman. **Tratado de Argumentação: a Nova Retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 15-18). A argumentação é uma ação que tende sempre a modificar um estado de coisas preexistente. O uso da argumentação implica que se tenha renunciado a recorrer unicamente à força, que se dê apreço à adesão do interlocutor, obtida graças a uma persuasão racional, que este não seja tratado como um objeto, mas que se apele à sua liberdade de juízo. O recurso à argumentação supõe o estabelecimento de uma comunidade dos espíritos que, enquanto dura, exclui o uso da violência (Ibid., p. 61).

Na prática jurídica, argumentam não só as partes por meio de seus advogados, mas principalmente devem argumentar os juízes, que estão obrigados a expressar as razões de suas decisões. Motivar é justificar a decisão tomada, fornecendo uma argumentação convincente, indicando a legitimidade das escolhas feitas. É a justificação que, explicitando as razões do dispositivo, deve convencer as partes de que a sentença não resulta uma tomada de posição arbitrária. A sentença, assim, reflete um diálogo: o juiz procura ser compreendido. Ele decide, é verdade, mas deseja também convencer. A lógica judiciária se centra inteiramente não na ideia de verdade, mas na de adesão. Não basta indicar que a decisão é tomada sob a proteção da autoridade de um dispositivo legal, é necessário demonstrar ainda que é equitativa, oportuna, socialmente útil.

Não é suficiente, contudo, que a decisão pareça equitativa. Num Estado de direito, é necessário ainda que seja referente ao direito em vigor, e aceitável como tal por aqueles que a examinarão. Ser referente não é ser correspondente, quer porque a correspondência semântica nunca é perfeita, dada a imprecisão e volatilidade da linguagem, quer porque se sabe que, sendo o juiz senhor do direito, ele não está preso a amarras legais. Em verdade, o raciocínio normativo, independentemente do ambiente político em que se desenvolva, é radicalmente distinto do raciocínio científico causal.

No direito, o foco é decidir controvérsias por meio do uso da articulação argumentativa de repertórios de pontos de partida legais e reais. O juiz, uma vez chamado a decidir um caso, não está engajado em revelar uma verdade, tal qual um cientista, senão a simplesmente originar uma ordem e, nos ambientes democráticos, convencer os destinatários da ordem de que há um sentido político na obrigatoriedade da conduta imposta. O objetivo do raciocínio jurídico, portanto, não é descobrir, nem adicionar conhecimento ao patrimônio intelectual da humanidade. Não se trata de testar a validade de normas, senão de assumir e convencer de que é socialmente benéfico seguir o direito positivado no passado (ou de que não o é). Até que o caso seja decidido não há uma resposta correta ou um fio condutor a ser revelado: no direito, as leis são governadas pelos fatos, enquanto nas ciências causais os fatos são governados pelas leis⁷⁷.

---

⁷⁷ *Once more the distinction can best be explained by recourse to older conceptions, in this instance the long-established distinction between scientific and so-called "normative" thinking. The decision of controversies by recourse to authoritative rules is an instance of normative thinking. The goal of normative thinking is not discovery; the judge who is called on to decide whether or not to award damages to a plaintiff is not, like the scientist, engaged in the discovery of new truth, or in adding to the sum total of human knowledge. The judge does not employ the case before him as a means of testing the validity of the rules which he employs in reasoning*

Os argumentos jurídicos não cabem na classificação formal de corretos ou incorretos, senão de relevantes ou irrelevantes, razoáveis ou irrazoáveis, fortes ou fracos. É justamente isso que permite o desenrolar da prática jurídica enquanto atividade socialmente útil e justifica que a atividade jurídica, numa sociedade amplamente informatizada, ainda seja atribuída a seres humanos. Na prática, se o direito pudesse ser apreendido de tal forma a que os comandos pudessem ser classificados como certos ou errados, verdadeiros ou falsos, de acordo com uma prévia programação, os juízes já poderiam ter sido substituídos por processadores; as petições, por formulários de autoatendimento das partes; e o próprio congresso demandaria um conjunto de programadores de um grande sistema computacional.

A prática jurídica, contudo, é pautada na análise de provas e argumentos. As questões jurídicas não resultam de raciocínios puramente demonstrativos e formais: o jurista não se contenta em deduzir, argumenta. Todo estudo do raciocínio e da prova em direito que descure dessa situação ignora o que constitui a especificidade do raciocínio jurídico. Observe-se a questão da motivação da sentença: ela não é coerciva, pois não é resultado de um raciocínio puramente demonstrativo, mas de uma argumentação, guiada pela razão prática. Não se pode falar em um sentido correto a ser aplicado pelo juiz no caso concreto, já que a sentença não é expressão de um conhecimento, senão de um ato de vontade. Nesta conclusão, esgota-se tudo o que pode haver de científico e formal no estudo do direito, mas não tudo o que se pode dizer sobre o direito.

Em verdade, a teoria pura do direito desvela um ponto tão crítico quanto desafiador da prática jurídica e isola o conhecimento puramente jurídico, embora não ignore que pode haver razões que, embora externas ao direito, estejam relacionadas a sua concretização. A discussão sobre a razoabilidade das decisões não tem pertinência na ciência do direito, porque a demonstração lógica não é capaz de transpor a linguagem da realidade para a dos valores, a do

---

*towards his decision. The whole theory of decision according to law is that the rules are to govern the case, and not, like scientific laws, to be governed by it. Normative thinking rests on the assumption that it is socially beneficial that action shall be taken which is in accordance with a rule primarily because it is in conformity to observed fact, and the reason for applying the rule raises a different issue which is not for the moment in question. In the case of a scientific rule, the problem of applying the rule and the problem of testing its "correctness" are substantially one and the same problem, since "correctness" means only conformity to observed fact and the reason for applying the rule in scientific experiment is primarily to determine its conformity to fact. In the case of a normative rule, on the other hand, the problems are distinct. The reason for applying the rule is not directly or immediately concerned with determining its "correctness". This is not the task of ordinary judicial thinking, which is concerned with deciding in accordance with rules because they happen to be the established rules, but is the task of what, for the purpose of emphasizing the distinction, may be called "constructive juristic thought," which is concerned with the criticism and formulation of rules. (John Dickinson. Legal rules: their function in the process of decision. **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, Vol. 79, No. 7, (May, 1931), pp. 833-868).*

ser para a do dever ser, de modo que toda justificação racional das normas parece excluída da perspectiva kelseniana.

Para a teoria pura do direito, o momento da decisão é a-racional, isto é, não pode ser julgado como correto ou incorreto a partir de um olhar científico. Mas isso não exclui a possibilidade de olhar esse momento a partir da óptica da política do direito e de contextualizar a prática jurídica num ambiente específico, não para pretender controlar a discricionariedade dentro dos próprios limites do direito, mas para possibilitar a crítica e o controle político das decisões judiciais. Enquanto, desde a perspectiva da ciência do direito, o ato de criação do direito não pode ser apreendido pela razão humana e julgado conforme a lógica formal, sendo classificado como a-racional, desde a perspectiva da política do direito, interessa que esse momento e o produto dele não seja irracional, na medida em que a decisão tomada possa ser justificada de modo razoável, graças a uma argumentação cuja força e a pertinência se reconheçam amplamente na sociedade.

Nos sistemas jurídicos modernos, o juiz é obrigado a decidir e a motivar sua decisão, a mostrar que ela não é arbitrária e injusta. Mesmo nas hipóteses de lacuna ou antinomia, é conferido ao juiz um poder de decisão. Não se espera que esse poder seja arbitrário, ainda que não possa ser claramente limitado pela lei nem apreendido por uma ciência pura do direito. Há uma especificidade no raciocínio jurídico que é sua vocação a induzir conclusões de ordem prática, que visam a justificar decisões, escolhas e pretensões, assim buscando estabelecer a racionalidade de uma conduta. A noção de lógica pura não pode ser utilizada no direito como fio condutor das decisões, senão como mera ferramenta para apreensão de proposições.

É verdade que é possível formalizar os enunciados jurídicos segundo a lógica deôntica. Contudo, mesmo ela nada tem de especificamente jurídico, já que seus operadores se aplicam a todos os enunciados que comportem elementos prescritivos, jurídicos ou não. Como vimos, se pudéssemos reduzir a termos aritméticos o raciocínio jurídico, não seriam necessários homens no papel de juízes. Não é mesmo possível reduzir os raciocínios jurídicos ao tipo demonstrativo, e tudo aquilo que se chama demonstração em direito nada mais é do

que uma argumentação. Enquanto a demonstração é impessoal, toda argumentação se dirige a um auditório, que se pretende persuadir e convencer, angariar adesão⁷⁸.

O raciocínio jurídico, para ser bem compreendido, deve situar-se num âmbito mais próximo da argumentação do que da lógica pura. A argumentação intervém nas hipóteses em que os homens devem fazer escolhas refletidas, cada vez que devem deliberar ou discutir, criticar ou justificar. Cada vez que o recurso à lógica basta para conhecer a resposta de uma questão, esta poderia ser fornecida por um recurso computacional, e o recurso juiz poderia ser evitado, dada sua falibilidade. Mas quando se trata de uma decisão que deve ser capaz de apreciar a importância dos valores em jogo, o juiz não estará adstrito a um cálculo, e então deverá recorrer aos expedientes da argumentação. Enfim, a lógica se vincula à verdade e ao modo de deduzir conclusões de premissas, enquanto a argumentação diz respeito à prática, às decisões e à maneira de justificá-las. Essa argumentação se caracteriza pelo fato de ser elaborada em função da audiência que se tem de persuadir.

A lei como argumento

No arranjo político do Estado de direito, a legislação ocupa função central. Duas concepções de legislação podem ser extraídas da prática jurídica nestes Estados: de um lado, legislação pode se referir à atividade de legislar e, de outro lado, pode se referir ao produto dessa atividade. Essas duas concepções são complementares e fundamentais para entender o arranjo ideológico que conforma a posição da lei na prática jurídica segundo uma fórmula simples: em um primeiro momento, um grupo de pessoas que virtualmente reproduz as forças da sociedade e da economia é incumbido de disciplinar as relações sociais, e se ocupa principalmente da atividade de criar direito geral e abstrato (atividade de legislação). Uma vez criado direito positivo, seu conteúdo (legislação) se desprende do grupo emissor, sendo

---

⁷⁸ A noção de lógica jurídica não pode ser usada num sentido específico inegável, a não ser que se reconheça, ao lado da lógica formal, que elabora uma teoria da prova demonstrativa, a existência de uma lógica não formal, dedicada ao estudo da argumentação. A lógica jurídica examinaria as argumentações específicas ao direito. Esse nova lógica reergueria as provas dialéticas, relegadas ao irracionalismo pela lógica moderna, em detrimento das provas analíticas. Até porque, se pudéssemos reduzir a termos aritméticos, o raciocínio jurídico, não seriam necessários homens no papel de juízes, já que máquinas analiticamente programadas, por meio de um processo mecanicamente controlável, poderiam dar a resposta correta. (...) Como é, no final das contas, ao juiz que o raciocínio jurídico deverá convencer, como esse raciocínio não é uma demonstração impessoal, mas sua eficácia depende do efeito que produz no auditório, é importante precaver-se contra a parcialidade dos magistrados (...). As decisões da justiça, portanto, parecem representar um modelo de raciocínio prático, que pode fornecer preciosos modelos para uma melhor compreensão do papel da razão na ação (Chaïm Perelman. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pp. 494-497).

reconhecido como legítimo por si mesmo para disciplinar as relações sociais, sem que sejam necessários novos recursos a seu processo originário de criação.

A legislação passa então a “governar” sozinha e a se reinventar (ou ser reinventada) conforme a evolução da sociedade a que se dirige. Vejam-se os repetidos exemplos de interpretação de crimes contra os costumes (posteriormente transformados em “crimes contra a dignidade sexual”), como caso do crime de ato obsceno: a interpretação da legislação, quanto a este delito, simplesmente se desprendeu dos pré-conceitos e do horizonte hermenêutico do “legislador” originário. De outro modo, seria considerado ilícito penal o ato hoje comum de usar roupas de banho em praias. No mesmo sentido, é curioso notar como os conceitos de “ordem pública” e “interesse nacional”, que foram colocados no art. 7º, II, do Estatuto do Estrangeiro pelo regime militar, podem ser ressignificados para defender os direitos humanos, como foram recentemente no caso da negativa de visto brasileiro a Julien Blanc.

Com efeito, o arranjo político do Estado de direito tem um de seus fundamentos na adesão à crença em um governo da lei. De um lado, essa crença está pautada na ideia de que o direito positivo garante a sedimentação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; de outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim sedimentadas. Acredita-se que as normas merecem obediência e devem poder ser seguidas a qualquer momento, dada sua origem racional e democrática. Quando se trata de decidir casos, porém, são inevitáveis tensões entre a referibilidade da sentença a ser produzida à legislação e a própria aceitabilidade dessa decisão enquanto expressão da racionalidade estatal.

Em última análise, essas tensões refletem a dialética entre a expectativa de segurança jurídica e a pretensão de legitimidade das decisões⁷⁹. Enquanto o valor da segurança jurídica

---

⁷⁹ Vimos como a tensão entre facticidade e validade se introduz na categoria do direito, manifestando-se nas duas dimensões da validade jurídica. O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; de outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas – as normas merecem obediência jurídica e devem poder ser seguidas a qualquer momento, inclusive por respeito à lei. No nível da prática da decisão judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente. E, uma vez que ambas nem sempre estão de acordo, é necessário introduzir duas séries de critérios na prática da decisão judicial. (...) De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. E aí o direito vigente aparece como um emaranhado de intransparente de decisões pretéritas do legislador e da justiça ou de tradições do direito consuetudinário. De outro lado, a pretensão de legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não

exige decisões tomadas consistentemente no quadro da ordem jurídica estabelecida, a pretensão de legitimidade dessa ordem jurídica implica decisões que podem não se limitar a concordar com o sistema jurídico vigente e com o tratamento de casos semelhantes no passado. Assim, mesmo que a legislação (enquanto atividade e enquanto produto) seja central na compreensão do arranjo político e institucional de um Estado de direito, isso não esgota a importância da decisão judicial nem a retira da história, mas tão somente ressignifica sua posição no contexto da prática jurídica.

Se não se pode mais falar tranquilamente em subsunção dos fatos à legislação, o estado geral de confiança da sociedade pautado nesta premissa é substituído por uma ameaça de insegurança ante a indeterminação do futuro do direito, o que pode se tornar insuportável. É nesse contexto que se reposiciona a função política da decisão judicial para buscar satisfazer simultaneamente às exigências de segurança do direito e da aceitabilidade racional. Com isso se espera, em última análise, refundar em novas bases a crença liberal de que a prática jurídica garantirá a segurança e a paz social necessária ao progresso da humanidade. Apenas esse resultado justificaria a renúncia a uma parcela da liberdade dos homens em favor do Estado, a quem incumbe, neste arranjo institucional, dar uma solução justa aos casos e impô-la pela força, se necessário.

As perspectivas filosóficas sobre justiça não podem ser internalizadas pelo discurso do direito em estado bruto. A prática jurídica é um conjunto empírico de ações que internaliza propósitos práticos, sem que, contudo, eles sejam por ela absorvidos. Por meio do direito positivo, então, revelam-se seletivamente os valores culturais de certas sociedades, sendo central na compreensão de sua formação justamente essa atividade de seleção desses valores. Não se deve esquecer, porém, que o mero embate de pontos de vista não é capaz de neutralizar os diversos interesses que permeiam uma sociedade complexa. Por isso, é imprescindível não perder de vista a eficácia da ordem jurídica. Uma vez formado um consenso sobre os padrões de comportamento de uma sociedade, isto é, sobre o que deve e o

---

podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. (...). Nesta medida, as fundamentações têm que emancipar-se das contingências do contexto de surgimento. E a passagem da perspectiva história para a sistemática acontece explicitamente, quando a justificação interna de um juízo, apoiada em premissas dadas preliminarmente, cede o lugar à justificação externa das próprias premissas. As decisões judiciais, do mesmo modo que as leis, são 'criaturas da história e da moral: o direito de propriedade que um indivíduo tem na sociedade burguesa, depende não somente da prática, mas também da justiça de suas instituições políticas (Jürgen Habermas. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994, pp. 261-262).

que não deve ser feito, o direito atua pela via da coerção para estabilizar esses padrões, reprimindo os comportamentos indesejáveis e promovendo os almejados.

A permeabilidade das ordens jurídicas às variações e oscilações de pontos de vista socialmente dominantes garante a durabilidade de sua percepção enquanto ordens legítimas. Isso quer dizer que o direito será socialmente melhor percebido (e aceito), quanto mais consiga expressar os sentimentos dominantes entre os diversos grupos sociais. Isso justifica a incessante atividade de legislação, que consiste em reinventar e, a todo momento, corrigir os rumos do direito positivo. Não menos central neste processo, embora concebida como menos legítima no arranjo institucional dos Estados liberais, é a participação do judiciário na retificação dos rumos da ordem jurídica. No Brasil, especialmente, o judiciário tem sido o canal privilegiado de internalização de certos pontos de vista sociais, como foi no caso do reconhecimento das uniões homoafetivas, porque o sistema legislativo por vezes tem evitado o ônus político de assumir certas correções de rumo e de orientação do direito positivo.

Talvez isso possa ser visto como um ruído no processo institucional de internalização dos pontos de vista, já que alguns grupos conseguem fazer valer seus pontos de vista sobre toda a sociedade, mesmo em detrimento, por exemplo, de valores atinentes à intimidade de pessoas de outros grupos. Porém, não só a disciplina jurídica essencialmente controversa entre os grupos sociais está sujeita a evolução. Mesmo o direito de propriedade, que é um dos fundamentos do modo de produção capitalista e uma quase unanimidade nas sociedades que adotam esse modo produção e o institucionalizam por meio do direito, está sujeito a tal reinvenção. Veja-se que, no Brasil, o direito de propriedade foi com o tempo adquirindo uma perspectiva menos individualista, o que correspondeu à evolução dos pontos de vista sociais sobre a função social dos institutos do direito privado, também observada em relação à empresa, ao contrato e até mesmo à posse.

De um ponto de vista interno ao direito, os motivos pelos quais se pode esperar o comportamento dos outros são indiferentes, pois os propósitos práticos estão situados fora da ordem jurídica. Por outro lado, de um ponto de vista externo, prevalece nas democracias a suposição justificada de uma ordem legítima, que se apoia sobre um consenso de valores, na medida em que as ideias ou valores nela incorporados precisam ser reconhecidos intersubjetivamente. Num Estado democrático, portanto, à prática jurídica se acresce uma função social: estabilizar as expectativas de legitimidade de uma ordem social, que inclusive

podem já estar apoiadas em uma autoridade moral ou religiosa, com suas correspondentes sanções internas (medo de não se salvar, vergonha ou culpa)⁸⁰.

A estabilização de expectativas que se espera da prática jurídica comporta vários momentos distintos: em primeiro lugar, escolhem-se e se consagram pontos de vista sociais sobre certas condutas a serem evitadas ou perseguidas. Em seguida, garante-se (ou não) a eficácia dessas escolhas pelo cumprimento espontâneo ou pela coerção externa. Com o tempo, espera-se que se consolide um costume quanto à aplicação do direito positivo nos tribunais, com uniformização das respostas judiciais e manutenção da coerência horizontal entre os sentidos das decisões que integram o direito positivo. Trata-se de preencher o vácuo do direito com um discurso condizente com as expectativas dos cidadãos destinatários. A tensão entre a legitimidade e a positividade do direito aparece, nesse contexto, como um problema da decisão correta e, ao mesmo tempo, consistente (que possa ser racionalmente justificada e aceita), o que não é possível fora de uma perspectiva argumentativa.

Na prática jurídica democrática, é fundamental a crença de que a interpretação do caso e argumentação jurídica estão limitadas pelos fatos e pela linguagem do direito positivo, que estabelece as regras do jogo *a priori*. Segui-las ou não é, como vimos, um problema político de legitimação do Estado por meio da função judicial. Se o direito num Estado qualquer é um mero canal de comunicação de vontade, no Estado democrático, o direito se torna, em última análise, o elemento em torno do qual se auto-organiza e se consolida a estrutura social. Por meio da prática jurídica, revelam-se conteúdos concretos e pontos de vista morais que se pretende que sejam incorporados ao discurso jurídico, o qual se revela como essencialmente dialético. Em uma sociedade democrática, as decisões sobre o conteúdo da legislação e os juízos a seu respeito se referem necessariamente a interesses de grupos sociais, tangenciando-os de diversas maneiras.

Em nível legislativo, sendo impossível neutralizar as relações de poder, a produção jurídica se revela antes como uma negociação, de onde se originam acordos transitórios que

---

⁸⁰ Enquanto sua validade não estiver protegida através de uma autoridade religiosa ou simplesmente moral, através de uma fé racional em valores, portanto através de sanções internas correspondentes (medo de perder bens de salvação, consciência de vergonha ou de culpa), ou através da capacidade para autoligação, ela necessita de garantias externas. Nesses casos, a expectativa de legitimidade de uma ordem social é estabilizada através de convenções ou do direito. Nesta base mista de validade do consentimento que garante validade social a uma ordem e, assim, uma obediência prática a ser esperada, reflete-se a natureza ambivalente das instituições em geral. Interesses só podem ser satisfeitos a longo prazo, quando ligados a ideias que justificam pretensões de validade; ideias, por sua vez, somente podem impor-se empiricamente, quando unidas a interesses que lhes emprestam força impulsionadora. (Habermas, op. cit., p. 97).

equilibram interesses conflitantes⁸¹. A partir desses acordos formula-se juridicamente a vontade dos Estados, inicialmente traduzida em leis e posteriormente em outras decisões. Assim, a legislação não é, em regra, a materialização de uma opção racionalmente aceita pelos diversos grupos por uma única razão, mas sim de uma opção transitória tomada como regra geral e abstrata por razões diferentes pelos diversos grupos sociais representados no parlamento.

No judiciário, enxerga-se um espectro de ação menos extenso, de um lado pelo alcance pouco drástico de suas decisões, geralmente limitado às partes em litígio, de outro lado pela própria limitação dos pontos de partida, já que se pretende, em ideologia, que os argumentos normativos prefiram aos pragmáticos. Em suma, ao decidir um caso, espera-se do judiciário que reelabore o direito vigente garantindo a estabilização das expectativas de comportamento. Posta nestes termos, a lógica da separação de poderes nas democracias serve ao primado da legislação, é dizer, à consagração de uma opção legislativa, ainda que temporária. Mas, além disso, a divisão funcional dos poderes e a consequente formalização das expressões de vontade estatal tem o efeito colateral de, virtualmente, desapropriar o poder político da violência monopolizada pelo Estado.

Por essa razão, a lei constitui o elemento básico do Estado liberal, de quem se espera o estrito respeito às liberdades dos cidadãos. Nesse contexto específico, o valor social e político da lei advém de sua própria gênese democrática e de seu caráter geral e abstrato, que consagra a igualdade entre os cidadãos, e não do recurso a pontos de vista externos ou a pragmatismos. Do ponto de vista da lógica da argumentação, a aceitação da ideologia de separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam implica na redução do repertório de argumentos legítimos à disposição das instâncias não legislativas. Somente o legislador tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos não referentes ao direito positivo. O judiciário e o executivo, por seu turno, não podem voluntariamente dispor dos argumentos extraídos nas normas legais.

---

⁸¹ Uma coordenação da ação interpessoal dá-se, no primeiro caso, através do consenso sobre valores; no segundo, através de uma compensação de interesses (...) Sob condições do agir orientado por valores, os atores buscam um consenso ou apóiam-se nele; sob condições do agir orientado por interesses, eles visam uma compensação de interesses ou um compromisso. A prática de entendimento distingue-se da prática de negociação através de sua finalidade: num caso, a união é entendida como consenso, no outro como pacto. No primeiro, se apela para a consideração de normas e valores; no segundo, para a avaliação de situações e interesses. (...) Somente as duas outras técnicas, ou seja, a arbitragem de litígios através de consenso e a formação da vontade coletiva dirigida autoritativamente, apóiam-se imediatamente num complexo normativo, no qual os costumes, a moral e o direito ainda se encontram interligados simbioticamente. (Habermas, op. cit., pp. 177-179).

O processo de concepção da legislação constitui um lugar de integração social. Por óbvio, sociedades modernas são integradas não somente por meio do direito, mas também por meio do mercado, por exemplo. Veja-se que o dinheiro é um meio privilegiado de expressão e intercâmbio de valores na sociedade e as leis do mercado têm uma ação determinante de condutas dos agentes, independentemente de estarem positivadas. Em verdade, a sociedade é integrada por meio de diversas forças, inclusive a força jurídica.

Mas a particularidade do direito está em sua capacidade de deslocar, em tese, seu fundamento de validade da própria sociedade. A validade do direito positivo é determinada tautologicamente, exceto quando se trata da fundação da ordem jurídica. Vale como direito aquilo que, provisoriamente, obtém força de direito através de procedimentos juridicamente válidos perante autoridades constituídas pelo próprio direito. Veja-se que os juízes são juízes porque existem normas que os tornam juízes e as normas que os tornam juízes, além das demais normas que compõem o direito positivo, são normas do direito porque os juízes as reconhecem como tal.

É justamente por ser dotado deste nível de abstração que o direito parece ser capaz, mais do que de integrar a sociedade, de indicar um sentido para seu desenvolvimento. Isso explica o interesse dos diversos grupos de se apropriar do discurso jurídico para determinar os rumos da sociedade. Todos são formalmente iguais perante a lei, mas o conteúdo da lei está à disposição da vontade dos homens. Daí a preocupação com a normatização legítima da sociedade, o que justifica, no limite, a obediência das pessoas. Esta preocupação, no entanto, é enfraquecida com a positivação. Uma vez criada a norma geral e abstrata, opera-se um esvaziamento dos juízos teleológicos antecedentes e a legislação passa a valer por ser legislação, e não por outros motivos. A legitimação então se origina, em última análise, da obediência às premissas para exercício da dominação conforme o direito, que, ironicamente, tem por ingrediente um processo mais ou menos democrático de formação.

Quando se trata de forçar cumprimento de uma decisão judicial, o direito volta a tocar a realidade. É bem verdade que não têm eficácia por si mesmas as prescrições técnicas que compõem a legislação, mas se espera que elas tenham eficácia pela via da decisão judicial ou do ato administrativo. Aquelas prescrições são muito mais uma justificativa do que um comando executável por si mesmo. A legislação depende de uma interferência decisória para que tenha eficácia. Essa dependência denota justamente que o sonhado governo da lei não pode se materializar senão pelas mãos dos homens que julgam e dos que executam políticas

públicas. Todavia isso não quer dizer que a legislação seja um ponto de partida fraco: uma vez criada, a legislação passa a se identificar com a justiça.

Eis um fenômeno interessante: se a positivação esvazia os juízos teleológicos antecedentes, a partir dela a legislação passa a ter um valor por si mesma, passando a ser vista como a própria expressão da justiça (formal). Trata-se de algo como um fetichismo da legislação. Os juízes precisam fazer justiça, o que é exatamente fazer a justiça da legislação⁸². Assim, relacionam-se as ideias de justificação e de justiça além do nível etimológico. A outra face desta moeda é a repugnância à incerteza e à insegurança de uma sociedade na qual as decisões de todas as espécies são tomadas de acordo com a veneta de alguém, sem referência a processos decisórios passados. Retorna-se, com isso, ao receio do arbítrio como justificação do Estado.

De acordo com esta visão, não se espera que os juízes façam justiça pura e simples (se ela existe), ou que recorram a argumentos de justiça, ainda que eles tenham estado em debate ou que tenham entrado na composição ideológica de certo estatuto. Espera-se antes que os juízes adiram tanto quanto possam à legislação, o que equivale a fazer justiça formal, afinal se diz que todos são iguais perante a lei. Mesmo quando não existe a lei ou ela é inaplicável, consegue-se salvar a ideia de justiça formal, desde que se possa fundamentar a decisão em proposições universais que os juízes estejam dispostos a adotar como base para determinar outros casos semelhantes⁸³. Na prática, exista ou não lei regulando um caso ou outro, as

---

⁸² Por minha própria conta, eu sem dúvida defenderia a opinião de que juízes deveriam aderir ao princípio da justiça formal, como requisito mínimo para fazer justiça, e mais ainda “a justiça de acordo com a lei”. Ademais, eu afirmaria que a exigência de pensar no futuro é ainda mais rigorosa que a de contemplar o passado. (...) Os juízes precisam pelo menos concordar em grau muito alto quanto ao que realmente vale como norma do direito e sobre quais são as condições imediatas de validade da lei; em caso contrário, não haveria absolutamente nenhum sistema jurídico, somente o caos. Do ponto de vista de cada juiz, o que é aceito como critério de validade deve ser concebido por ele como uma norma social, não como uma norma puramente pessoal; concebido, quer dizer, como algo que estabelece o que está certo para que qualquer cidadão, aí incluídos ele mesmo e outros juízes, cumpra como lei válida. (Neil MacCormick. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 96 e 139).

⁸³ Diz-se às vezes que a equidade é uma questão de decidir cada caso com base em seus méritos específicos, sem levar em conta normas ou princípios em gerais. Parece-me que essa visão é pura bobagem. Por nada neste mundo consigo entender como pode existir algo que seja uma boa razão para decidir um único caso que não seja uma boa razão genérica para decidir casos do tipo particular em foco, ou seja, os ‘méritos’ de qualquer caso individual são os méritos do tipo de caso ao qual o caso individual pertence. (...) Afirmar, como realmente pode ser afirmado, que em alguns casos a estrita aplicação de normas existentes do direito positivo seria contrária aos méritos do caso não deveria nos levar a acreditar em algum misterioso conceito de equidade segundo o qual se concebe que casos individuais têm seus méritos individuais, exclusivos e particulares. Eu diria que não se pode entender a equidade como algo particular em comparação com a universalidade da justiça. Pode-se estabelecer um contraste melhor e mais correto entre equidade e o direito, e isso apenas no sentido de que normas formais do direito positivo podem causar injustiça em sua aplicação, o que pode justificar a criação de exceções à lei para classes de situações às quais, por bons motivos, não deveria ser aplicada a lei previamente promulgada ou estabelecida (por meio de precedente). A equidade é tanto quanto a justiça uma questão daquilo que é

rédeas do raciocínio jurídico estão amarradas nos anseios liberais por justiça formal, isto é, pela garantia de igualdade dos cidadãos perante o Estado. Seguir a lei é, de fato, uma opção política pela confirmação da dominação legal.

Atribui-se ao direito a função de pacificar a sociedade. Ao consagrar, por meio da positivação, a opção por uma perspectiva regulatória de condutas e, ao mesmo tempo, atuar para neutralizar condutas potencial ou efetivamente avessas à ordem consagrada, o direito induz o resultado de pacificação da sociedade. Obviamente, a paz não se origina da paz, senão da ameaça de utilização ou do uso efetivo da violência. A paz que sucede o direito, então, nada mais é do que um paradoxo: paz pela ameaça, ou paz pela violência. Em verdade, o direito não garante a pacificação da sociedade em sentido próprio. Não se anula ou se suprime, de uma vez por todas, o uso da violência.

A grande obra do direito é formalizar o uso da violência e convencer os cidadãos de que, de um lado, eles estão seguros e protegidos e de que, de outro lado, iniciativas contrárias à ordem serão reprimidas. Assim, não é inequívoco afirmar que as sociedades são, necessariamente, menos violentas quando reguladas por um direito formal. A atuação cotidiana de órgãos juridicamente afiançados, como as polícias, simplesmente invalida essa sorte de afirmações. Certamente pode haver sociedades menos violentas não pautadas no direito formal. O grande trunfo do direito então é convencer os cidadãos de que é melhor com ele do que sem ele, obtendo as condições para a dominação legítima.

O direito está a serviço do propósito prático de pacificação social e a crença das pessoas em seu sucesso nesta empreitada é importante para o próprio resultado da empreitada, porque estabiliza a sociedade segundo uma fórmula de dominação legítima. Os cidadãos esperam que o direito formalize a utilização da violência pelo Estado e deixam de acreditar que há pretexto para impor suas próprias razões pela força. No Estado de direito, portanto, a função da prática jurídica está mais situada no campo pragmático do que no contemplativo. O direito não está aí para fazer justiça ou para revelar a justiça em cada caso, senão atender aos anseios por neutralização do arbítrio e igualdade entre os cidadãos.

---

universalizável. A tese aqui defendida é portanto clara e direta. É a de que a noção de justiça formal exige que a justificação de decisões em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar outros casos semelhantes e decidi-los de modo semelhante ao caso atual. (MacCormick, op. cit., p. 126).

Ao estabilizar as expectativas, diz-se que o direito faz justiça, mas isso nada tem a ver com a manifestação da verdade acerca das diversas concepções filosóficas sobre o justo. Nem mesmo se sabe se é possível conhecer uma só justiça, sobretudo diante da pluralidade de propostas e de pontos de vista sobre este sentimento. A verdade é que, se o direito faz justiça, esta é uma justiça particular, pertinente a uma concepção política específica. Sob um Estado de direito, costuma-se acreditar que justo em primeiro lugar é seguir a lei. A prática jurídica em nada se aproxima de um exercício maiêutico, embora possa ser permeada aqui e ali por questionamentos de origens diversas quanto à legitimidade de um ou de outro ponto de vista. Isso é possível porque se espera que a dominação seja racional, de modo que, em todo momento, deve estar claro por que se deve obedecer.

A ideia de justiça está, assim, ligada ao sentimento de obrigatoriedade que deve emanar das decisões estatais. Por essa razão, o justo como argumento retoma a discussão quanto à própria fundamentação do poder estatal. Quanto mais longe se vai em busca de um fundamento para Estado, mais perto se chega de uma ideia de justiça compartilhada pela comunidade política e é essa ideia que funda a ordem jurídica. Por isso se crê, em regresso, que o direito positivo é a própria expressão formalizada da justiça.

CAPÍTULO III

CONHECER E INTERPRETAR PARA DECIDIR

O conhecimento do direito admite pelo menos duas vertentes de análise. Uma vertente interna procura compreender o direito como ele é, independentemente de contexto. Trata-se de uma análise simples. Se abstrairmos do estudo do direito tudo o que não é direito, embora possa estar acidentalmente atrelado a ele, sobra uma estrutura simples ou complexa de criação, comunicação e concreção da vontade estatal. Dentro desses limites, talvez seja plausível até discutir a possibilidade de uma ciência do direito. Já uma segunda vertente do conhecimento do direito estaria voltada justamente para os elementos acidentais envolvidos na criação, comunicação e concreção da vontade estatal. O que corresponderia a uma ampla investigação desde as razões até as consequências sociais de uma decisão, ou de um conjunto de decisões. Essa análise não pode ser científica, porque carece pelo menos de um objeto delimitado.

As decisões judiciais podem ter influências e razões diversas, e inclusive não ter razões compreensíveis. Entretanto, não por isso a segunda perspectiva de estudo passa a ser inútil, porque ela se mostra capaz, no mínimo, de apreender a prática jurídica segundo um ângulo de visão amplo, o que é útil para orientar a tomada de decisões. Sob a óptica dessa vertente, não se deve esgotar a análise dos diversos objetos potencialmente envolvidos na prática jurídica, mas dela se pode esperar uma orientação para a decisão.

O conhecimento da prática jurídica como um todo pode então assumir o compromisso de criar as condições para uma decisão jurídica num ambiente em que os agentes, por suposto, compartilhem razões. Trata-se de um conhecimento eminentemente tecnológico⁸⁴, concebido

---

⁸⁴ Desse modo, podemos dizer que a ciência dogmática cumpre as funções típicas de uma tecnologia. Sendo um pensamento conceitual, vinculado ao direito posto, a dogmática pode instrumentalizar-se a serviço da ação sobre a sociedade. Nesse sentido, ela, ao mesmo tempo, funciona como um agente pedagógico – junto a estudantes, advogados, juízes etc. – que institucionaliza a tradição jurídica, e como um agente social que cria uma ‘realidade’ consensual a respeito do direito, na medida em que seus corpos doutrinários delimitam um campo de solução de problemas considerados relevantes e cortam outros, dos quais ela desvia a atenção. Nesses termos, um pensamento tecnológico é, sobretudo, um pensamento fechado à problematização de seus pressupostos – suas premissas e conceitos básicos têm de ser tomados de modo não problemático – a fim de cumprir sua função: criar condições para a ação. No caso da ciência dogmática, criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos. O saber dogmático contemporâneo, como tecnologia em princípio semelhante às tecnologias industriais, é um saber em que a influência da visão econômica (capitalista) das coisas é bastante visível. A ideia de cálculo em termos de relação custo/benefício está presente no saber jurídico-dogmático da

para possibilitar um resultado, independentemente de esgotar todas as razões da cadeia de elementos precedentes. No fundo, estamos num ambiente complexo e não pretendemos ou não podemos separar cada um dos elementos que compõem seu repertório para análise exaustiva e descomprometida. Ao contrário, a análise da prática jurídica, tomada por inteiro, é intencional, isto é, comprometida com um resultado: possibilitar a decisão. Tão logo esse resultado seja atingido, a análise já pode ser interrompida.

O enfoque da prática jurídica a partir de uma perspectiva tecnológica tem caráter dogmático. Em lugar de contemplar os elementos da realidade problematicamente, ele se concentra na utilidade que dele se espera, intimamente relacionada com o momento-chave da prática jurídica: a positivação. Essa finalidade de possibilitar condições para uma decisão que se atribui ao conhecimento sobre a prática jurídica é especialmente relevante para os órgãos judiciários. Enquanto o legislativo e o executivo não estão obrigados a decidir, necessariamente, os tribunais não podem se esquivar de decidir casos (proibição do *non liquet*).

Ao contrário dos contratos, que não necessariamente devem ser concluídos, e das leis, que não necessariamente devem ser editadas, os tribunais são obrigados a decidir sobre quaisquer casos que lhes sejam apresentados⁸⁵. Isso garante a centralidade dos tribunais na prática jurídica e fornece ao menos um sentido para que se desenvolva um conhecimento pautado em possibilitar as decisões, o que se presta tanto a evitar a eternização de aporias, quanto a dar um sentido comum à evolução do direito legislativo em direção à concretude. Assim, as bases do saber jurídico (ou do saber sobre a prática jurídica) estão diretamente relacionadas a uma intenção argumentativa: a de demonstrar racionalmente em qual sentido se deve guiar o direito positivo. Essa intenção macula qualquer pretensão de neutralidade do saber, mas não remove sua utilidade prática. Aliás, é exatamente por não ser neutro, que o saber jurídico pode indicar um rumo para desenvolvimento do direito.

O saber jurídico deve possibilitar a transição de ideias de um ambiente mais aberto, o legislativo, para um ambiente mais estreito, o judiciário. Trata-se de refazer o caminho da

---

atualidade”: resolver juridicamente os conflitos com o menor índice de perturbação social. É óbvio que, nesse cálculo, não conta só a eficiência das relações propostas, pois a eficiência vem limitada e dimensionada pelo direito vigente (...). Ou seja, o cálculo jurídico leva em consideração os limites dogmáticos em face das exigências sociais, procurando, do melhor modo possível, criar condições para que os conflitos possam ser juridicamente decidíveis. (Tercio Sampaio Ferraz Junior. **Introdução ao Estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 60-61).

⁸⁵ Niklas Luhmann. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 372.

positivação e, assumindo uma perspectiva argumentativa, informar os operadores das razões pelas quais se deve seguir um caminho ou outro nos atos subsequentes. Obviamente, o conhecimento produzido não é puro, mesmo porque é intencional. Mas não é essa sua função. Em verdade, a doutrina jurídica pode ser mais ou menos aderente às diversas posturas políticas que se pode adotar quanto ao direito positivo, sem que isso invalide sua utilidade prática.

O que se espera da doutrina é que coloque, diante da interpretação do direito positivo, os caminhos que se pode seguir e as razões que se pode utilizar para segui-los, reduzindo substancialmente os ônus investigativo e argumentativo dos destinatários. A doutrina pode ainda indicar um caminho mais adequado (ou mais provável) para tratamento de certa questão jurídica, embora deva sempre estar consciente de sua função pedagógica, para que o eventual fatalismo de suas afirmações não desvirtue sua função precípua de conformar a positivação sem que o produto do seu trabalho seja o próprio direito positivo.

A prática jurídica pressupõe interpretação de fatos e textos, que são, por seu turno, o substrato do saber jurídico. Ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. Por expressarem contextos políticos temporalmente esparsos, acordos transitórios e também por virem de um legislativo possivelmente alheio à técnica jurídica, os textos do direito positivo podem parecer carecedores de uma orientação unívoca. Tudo isso é acentuado no contexto de inflação legislativa, verificado sobretudo nos Estados de bem-estar, vocacionados a regular os mínimos aspectos da vida cotidiana dos cidadãos.

Nesse ambiente virtualmente contraditório, a tarefa central do saber jurídico é possibilitar uma adequada (ou pelo menos aceitável) compreensão do significado dos textos e contextos do direito positivo, tendo em vista a decidibilidade dos conflitos. Isso é uma finalidade prática, que particulariza o direito em relação às ciências, inclusive as humanas. Não há experimento ou observação a ser feita sobre o direito positivo que revele, por exemplo, a força e o alcance de certos textos. Não existe uma verdade por trás do direito positivo, a ser revelada pelo saber jurídico. A intenção do jurista não é apenas conhecer, mas

conhecer tendo em vista as condições de decidibilidade de um conflito, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema⁸⁶.

Na prática jurídica, a autoridade pesa mais do que a verdade. O saber jurídico, que está intimamente comprometido com a manifestação da autoridade, toma por ponto de partida a assunção de que não existem questões indecidíveis. Todo conflito jurídico abre um leque de opções para aquele que lhe deve impor um resultado, e a cada uma dessas opções subjaz uma infinidade de razões dissonantes entre si. A opção por uma diretiva de conduta e não por outra é um ato de autoridade, um exercício de poder. Não se trata de limitar a liberdade alheia. Ao contrário da coação, que reduz as possibilidades do coagido a zero, o poder tem a aptidão de influenciar a seleção de ações (ou omissões) diante de outras possibilidades de ação. Quanto maior o número de possibilidades de escolhas do poderoso e do seu par, maior o poder, pois o poder cresce com liberdade de ambos os lados⁸⁷.

Assim, o poder é um meio de limitar o espaço de seleção, sem anular a liberdade. Como uma espécie de catalisador, ele oportuniza o aumento da probabilidade de ocorrência de condutas conforme a vontade do poderoso, neutralizando as tensões sociais, desde que o poderoso disponha da legitimidade necessária. Por outro lado, mesmo que sejam individualmente a parte mais fraca da relação, os cidadãos precisam de uma razão para seguir o direito sem que seja necessário recurso à coação, confirmando o arranjo de poder em que estão imersos. Eis mais uma utilidade do saber jurídico: ao fornecer razões e fundamentos para decisões, ele também favorece a obediência dos cidadãos, convencendo-os a se portarem conforme o direito positivo.

O saber jurídico permite um controle mais ou menos seguro das consequências possíveis da incidência da lei sobre a realidade antes que essas consequências ocorram. Isso possibilita a calibração das expectativas dos cidadãos, de um lado renovando as esperanças dos que creem no governo do direito, e de outro lado enfraquecendo as pressões sociais por meio da previsão antecipada de respostas jurídicas. Sabe-se antecipadamente ao que se “tem

---

⁸⁶ A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica. Trata-se de uma finalidade prática, no que se distingue de objetivos semelhantes das demais ciências humanas (...) O que se busca na interpretação jurídica é, pois, alcançar um sentido válido não meramente para o texto normativo, mas para a comunicação normativa, que manifesta uma relação de autoridade. Trata-se, portanto, de captar a mensagem normativa, dentro da comunicação, como um dever-ser vinculante para o agir humano (Ferraz Junior, op. cit., pp. 221-222).

⁸⁷ Niklas Luhmann. **Poder**. Trad. Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 9.

direito”, assim como ao que não se “tem direito”. Desse modo, o discurso jurídico possibilita a abstração dos conflitos e desejos reais para um plano formal e virtualmente anterior, em que ideais contraditórios aparecem como coerentes.

Uma vez transpostos os conflitos sociais para uma atmosfera formal, torna-se fácil justificar a negativa de acesso ou o acesso desigual aos bens da sociedade e, ainda assim, angariar adesão dos cidadãos. Os problemas de que o discurso jurídico se apropria não parecem ter sido um dia problemas reais. Desejar ter um bem ou serviço é uma necessidade real, mas que é subtraída da realidade pelo discurso jurídico. A discussão travada passa então a ser se alguém tem ou não direito a certo bem ou serviço; se não se tem o direito, não há por que brigar, pois o direito positivo já tem uma resposta engatilhada. O saber jurídico, socialmente difundido, domestica não só as normas, mas também os cidadãos.

A apropriação das necessidades da vida pelo discurso jurídico projeta essas necessidades em um mundo neutro e harmonioso, no qual todas as interrogações podem ser prontamente respondidas conforme o direito positivo, que é legítimo por si, coerente e coeso. Os problemas reais da sociedade não são eliminados, mas tornados suportáveis até certo limite. As próprias contradições internas ao direito, entre os sentidos e os valores dos textos legais, parecem harmônicas nos discursos dogmáticos, pois são ofuscadas e transplantadas para um plano conceitual, a fim de que não seja frustrado o principal propósito do saber jurídico, que é criar condições para decisão. Desse modo, o saber jurídico possibilita uma espécie de neutralização dos conflitos sociais, ao projetá-los numa dimensão harmoniosa, sob a regência do direito positivo.

Estabilidade e mutabilidade

O saber jurídico é essencialmente interpretativo e a lei é seu substrato básico. Adotar a lei como ponto de partida é o dogma central do saber jurídico, e inclusive é possível levantar bons motivos para isso. A iluminação dos fatos pela disciplina legal abre um faixa de alternativas que vai do obviamente simples ao altamente contestável. Existe uma presunção justificada favorável à aplicação de leis em conformidade com seu significado mais óbvio. Entretanto, desde que haja outros significados possíveis (e invariavelmente há), a presunção

pode ser afastada por meio de bons argumentos a partir de consequências ou de razões práticas⁸⁸.

Quando surgem problemas de interpretação, entra em cena um apelo a valores concebidos como essenciais ao direito, e discussão pode transbordar o próprio direito positivo, embora não se desgarre dos pontos de partida legais, aos quais sempre é possível recorrer e retornar. A discussão pode margear a norma que se obtém do regramento legal, mas não a lei. Não raro os tribunais, ironicamente, afastam a lei para fazer valer a lei, como correu no caso em que o Superior Tribunal de Justiça afastou a regra específica do art. 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a impossibilidade de ascendentes adotarem descendentes, a pretexto de aplicar o art. 1º daquele estatuto, para garantir a proteção integral à criança cuja adoção por avós se autorizou⁸⁹. Em verdade, afastar a lei é sempre possível, assim como é em geral a adoção de interpretações contestáveis dos textos legais. Mas nesta operação há um ônus argumentativo maior. Afinal, afastar a lei equivale a desistir de adotar um critério objetivo para a solução de casos, socialmente identificado com a ideia justiça formal.

---

⁸⁸ Tudo isso vale para demonstrar, não que seja sempre possível atribuir um significado preciso a uma lei (é claro que não), mas que às vezes isso é possível e por quê. Mesmo assim, resta uma tensão permanente entre seguir o significado ostensivamente óbvio e procurar estabelecer, em casos particulares, deliberações genéricas que atendam a outros aspectos desejáveis de política de interesse público e princípios. Exatamente por essa razão, a “regra literal” é revogável em favor das outras “regras”. Desde que as palavras do texto legal possam suportar um significado diferente do mais óbvio, os juízes, embora em graus diferenciados, consideram correto aplicar, por motivos de política e/o princípios, significados menos óbvios de expressões de textos legais. Há o perigo de tratar abordagens “literais” à linguagem dos textos legais como se fossem sinônimas de abordagens mais “restritivas” em oposição a abordagens “liberais”. Quando surgem problemas de interpretação, eles somente podem ser resolvidos através de recurso a argumentos consequencialistas e/ou argumentos de princípios, que envolvem tanto uns como os outros um apelo a valores concebidos como essenciais ao direito. Trata-se de questões que podem ser e são controvertidas, daí decorrendo o fato de casos exemplares não comportarem respostas fáceis. (MacCormick, op. cit., p. 291).

⁸⁹ Admitiu-se, excepcionalmente, a adoção de neto por avós, tendo em vista as seguintes particularidades do caso analisado. De fato, a adoção de descendentes por ascendentes passou a ser censurada sob o fundamento de que, nessa modalidade, havia a predominância do interesse econômico. Ademais, fundamentou-se a inconveniência dessa modalidade de adoção no argumento de que haveria quebra da harmonia familiar e confusão entre os graus de parentesco, inobservando-se a ordem natural existente entre parentes. (...) No caso em análise, todavia, é inquestionável a possibilidade da mitigação do § 1º do art. 42 do ECA, haja vista que esse dispositivo visa atingir situação distinta da aqui analisada. Diante da leitura do art. 1º do ECA (“Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”) e do art. 6º desse mesmo diploma legal (“Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”), deve-se conferir prevalência aos princípios da proteção integral e da garantia do melhor interesse do menor. (...) Dessa maneira, não cabe mais ao judiciário fechar os olhos à realidade e fazer da letra do § 1º do art. 42 do ECA tábula rasa à realidade, de modo a perpetuar interpretação restrita do referido dispositivo, aplicando-o, por consequência, de forma estrábica e, dessa forma, pactuando com a injustiça. Deixar de permitir a adoção em apreço implicaria inobservância aos interesses básicos do menor e ao princípio da dignidade da pessoa humana. (REsp 1.448.969-SC, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 21/10/2014).

Para a concepção política de um Estado de direito, admitir que se afaste a lei num caso, em última análise, equivale a admitir que os cidadãos possam ser tratados diferentemente uns dos outros. Isso implode a própria ideia de Estado de direito, que pressupõe um juiz pretensamente imparcial em relação ao jogo de interesses concretos atribuível à formação legislativa do direito positivo. Se a atividade judicial deixa de ser concebida ideologicamente como constrangida pela lei, a justiça de se ter ou não ter direito a algo entra na discussão, assim como diversos interesses reais que são simplesmente abstraídos pelo recurso à lei e ao direito formal como ponto de partida inelutável. O contraponto a isto é a atividade jurisdicional guiada superiormente pela lei e pela Constituição, que não se vincula a direito natural nem exige um conteúdo teologicamente fundado. Basta que a lei seja cumprida.

Toda a prática jurídica no Estado de direito é sustentada na ideia de segurança jurídica. Em última análise, os cidadãos creem que o Estado não vai trair sua confiança: decidirá conforme padrões objetivos, previamente introduzidos no direito positivo por meio de um procedimento institucionalizado. A mutabilidade do direito positivo por força de processos legislativos autônomos, curiosamente, não é enxergada como uma violação da segurança jurídica, em regra. Não existe diferença substancial entre os conteúdos do direito positivo, apenas identificação entre o que está vigente e o que já foi revogado. Assim, é perfeitamente apreensível a manipulação contraditória das estruturas jurídicas: o que vale hoje deixa de valer amanhã e pode voltar a valer depois⁹⁰. Em nome da segurança abstrata, essa mutabilidade não perturba a impositividade do direito.

Se a prática jurídica já traduziu um dia uma expectativa ética orientada pelos valores fundamentais de uma sociedade, agora ela é simplesmente uma forma de lidar com a pretensão de automatizar julgamentos hipotético-condicionais, liberando-se dos complicados controles de finalidade de longo prazo. Paradoxalmente, torna-se possível, sob um Estado liberal, suportar altos graus de insegurança concreta, em nome da segurança abstrata, condição ideologicamente suficiente para a superação das decepções concretas que as decisões judiciais podem trazer para as partes. Erigida a valor jurídico base de uma sociedade, a ideia de segurança abstrata (ou segurança jurídica) está pautada, de um lado, na generalidade da lei e, de outro lado, na igualdade de todos perante a lei.

---

⁹⁰ Tercio Sampaio Ferraz Junior. **Argumentação jurídica**. Barueri: Manole, 2014.

A decisão judicial é o momento da prática jurídica do qual se espera como produto a concretização do ideal abstrato de segurança. Assim como toda a prática jurídica, ela pode ser enfocada sob uma perspectiva estrita ou mais ampla. Uma proposta contemporânea de compreensão do fenômeno jurídico, a teoria dos sistemas, situa a decisão judicial e o poder judiciário no centro do sistema jurídico, em contraposição à perifericidade dos âmbitos do direito reservados à elaboração de leis e de contratos. O foco da análise da teoria dos sistemas é a realidade social⁹¹, e não as normas jurídicas (leis, contratos, jurisprudência). Em verdade, estas são analisadas enquanto operações do sistema jurídico: comunicação jurídica. A relação entre a judicatura e legislação passa a ser visualizada a partir de um modelo horizontal (centro-periferia), e não mais vertical e hierárquico. O judiciário não está fadado a ser um ventríloquo do legislativo⁹².

Essa percepção teórica fornece uma interessante leitura sobre a relação entre os tribunais e o parlamento, deixando clara desde o início a liberdade de que dispõem os tribunais para dizer até onde podem seguir a interpretação mais óbvia da legislação e até onde podem adotar interpretações alternativas, impondo mudanças jurídicas, inclusive à revelia do legislador. O que importa para o judiciário é decidir casos, e isso o particulariza. Em sua tarefa, o juiz enfrenta uma dupla exigência: decidir sobre cada caso e decidir de maneira justa, o que, ao menos, deve significar aplicar a igualdade no caso particular, isto é, aplicar a mesma regra a casos semelhantes. Os pontos de vista da justiça restringem a necessidade de que se decida e a liberdade que surge justamente ao se buscar razões para se chegar a uma decisão. O direito é produzido pela tríade necessidade, liberdade e restrição⁹³. Quanto mais se legisla, o que equivale a dar uma interpretação jurídica a cada vez mais fatos, mais se reforça competência judicial. A relação entre a competência legislativa e a judicial passa a ser entendida como circular: restrições recíprocas do espaço de decisão.

---

⁹¹ (...) ao conceber o direito como inserido na sociedade, a teoria dos sistemas permitiria superar a dicotomia entre a autodescrição, característica das teorias jurídicas, e a descrição externa, própria das perspectivas com pretensões científicas, como é o caso da sociologia do direito. Conforme Luhmann, as descrições externas, tais como as da sociologia, não podem desconsiderar as autodescrições de seu próprio objeto, ou seja, o sociólogo do direito não pode pretender descrever esse subsistema de forma desvinculada do modo pelo qual os juristas o entendem. (Orlando Villas Bôas Filho. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116).

⁹² Niklas Luhmann. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, 365-368.

⁹³ A interpretação jurídica não é apenas autodescrição do direito. É, também, olhar do direito sobre a sociedade e da sociedade sobre o direito. Somente daí é possível extrair uma descrição sociológica da interpretação jurídica à altura da complexidade social. (Celso Fernandes Campilongo. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 134).

Com isso, suspeita-se de que a conclusão segundo a qual há uma superioridade hierárquica do legislador sobre o juiz resulta da má compreensão da posição especial dos tribunais no sistema jurídico. Em verdade, a relação assimétrica entre legislação e jurisprudência e a doutrina das fontes do direito têm servido à tentativa de se evitar a circularidade que resultaria de se admitir que os tribunais criam o mesmo direito que aplicam. Tal circularidade não existiria, por exemplo, se os tribunais pudessem deixar de decidir sob o fundamento de que o caso não está claro, mas isto não é possível, diante da proibição do *non liquet*.

É uma ilusão a ideia de que a decisão judicial pode ser determinada pelo passado (leis editadas, fato ocorridos). A decisão pressupõe o passado como invariável, mas o futuro como variável e busca determinar o futuro, sem ser necessariamente determinada pelo passado⁹⁴. Há preocupação no sentido de que os tribunais cuidem das consequências de suas decisões, para que elas se legitimem por meio da valoração. Contudo, mesmo que seja possível originar legitimação do direito a partir das decisões judiciais, essa legitimação não forma um quadro permanente, já que, no futuro, advirão mais decisões, assim como mais necessidades da sociedade a satisfazer.

A decisão, no sistema jurídico, é um paradoxo mistificado: ela busca determinar o futuro do direito positivo, olhando para seu passado. Mas ela não propriamente é determinada pelo passado, eis que os juízes podem preferir agir em dissonância com a legislação, nem mesmo consegue determinar o futuro, que continuará exigindo que se profiram mais e mais decisões, mesmo sem âncora em qualquer ponto de partida interpretativo. Os tribunais devem decidir mesmo quando não podem decidir com um amparo objetivo na lei. Se não encontram uma indicação para a solução de um caso no direito positivo, os tribunais devem criá-lo. Esta necessidade de decisão é o ponto de partida para a construção do universo jurídico, para o pensamento jurídico e para a argumentação jurídica.

Não há paralelo em relação à necessidade de decisão nos âmbitos de produção das leis e dos contratos, razão pela qual a jurisdição é apontada como o sistema parcial (subsistema)

---

⁹⁴ [...] *la decisión no está determinada por el pasado* (leyes emitidas, delitos cometidos); la decisión opera dentro de su propia construcción que es solo posible en el presente. Por otro lado, *la decisión tiene consecuencias para los presentes futuros*. La decisión abre o cierra posibilidades que sin la decisión no existirían. La decisión presupone el pasado como invariable y el futuro como variable y precisamente por eso *le da la voltereta a la relación de determinación*: no se deja determinar por el pasado, pero intenta determinar el futuro, aunque este efecto de determinación no se efectúe porque en el futuro se espera que haya más decisiones (Luhmann, op. cit., p. 371).

em que o sistema do direito encontra o seu centro. À periferia do sistema jurídico pertencem os demais campos de trabalho (não judiciais) do direito, onde não há a necessidade de decisão e que serve como zona de contato com outros sistemas funcionais da sociedade⁹⁵. As irritações e interferências recíprocas entre direito e sociedade se formalizam (ou não se formalizam) juridicamente na periferia do sistema jurídico. A abertura cognitiva é maior na atividade dos legisladores e contratantes do que na atuação dos tribunais. Como as leis e os contratos são produzidos sob o manto do consenso, os tribunais devem reinterpretá-los com certa moderação. Embora não se possa indicar critérios gerais para a tarefa, a recriação judicial do direito positivo requer cautela. Mudar o direito positivo por conta de novas interpretações é algo que pressupõe evidentes constrangimentos⁹⁶.

A descrição da atividade dos tribunais oferecida pela teoria dos sistemas é a de uma observação de segunda ordem, que também recorre à tautologia. Os tribunais observam as legislações e os contratos, que, por sua vez, também já observaram o direito. Na verificação da consistência da legislação e do contrato, os tribunais buscam justificar as suas decisões, mediante a argumentação jurídica. Ao interpretar de maneira argumentativa, os tribunais buscam demonstrar a racionalidade de suas decisões. Habermas, embora com propósito crítico, faz uma observação útil acerca da teoria dos sistemas. De acordo com ele, esta teoria pode ser sistematizada a partir de três estratégias conceituais distintas. Em primeiro lugar, ela opera a redefinição da qualidade deontológica das normas, para torná-las acessíveis a uma análise puramente funcional. Em segundo lugar, ela traduz o positivismo para o modelo de um sistema jurídico diferenciado, funcional e inteiramente autônomo. Por fim, ela fornece uma explicação da legitimidade em termos de legalidade como um autoengano estabilizador do sistema, obtido forçadamente por meio do código do direito e coberto pelo próprio sistema jurídico⁹⁷.

De acordo com a teoria dos sistemas, o direito seria um sistema autônomo apenas se o código deste sistema não extraísse conteúdo do código da moral ou da política. O código

---

⁹⁵ *Si aceptamos este enfoque teórico para el sistema de la sociedad salta a la vista un problema adicional. Nos referimos a la diferenciación del sistema de la sociedad. Solo la sociedad puede ser entendida como un sistema comunicacionalmente cerrado. Solo ella integra todas las comunicaciones. Solo ella obtiene su propia unidad como autopoiesis de la comunicación. Para los demás subsistemas de la sociedad no aplica lo mismo, pues ellos operan en un entorno intrasocial donde hay asimismo comunicaciones. Los subsistemas se comunican así con sus entornos (y no solo sobre sus entornos). La economía, por ejemplo, paga impuestos.* (Niklas Luhmann. La economía de la sociedad como sistema autopoietico. **Revista Mad – Universidad de Chile**, n. 29, Sep. 2013, p. 5).

⁹⁶ Celso Fernandes Campilongo. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**, op. cit., p. 140.

⁹⁷ Jürgen Habermas. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 223.

binário “conforme ao direito” e “não-conforme ao direito”, que confere autonomia ao sistema jurídico, não poderia ser objeto de introdução de conteúdos de outros códigos, como querem críticos do positivismo jurídico, tais como Fuller e Dworkin. A razão de existir dos argumentos é a possibilidade de os juristas poderem se entregar à ilusão de que não estariam decidindo a seu bel-prazer. A argumentação jurídica é, portanto, uma espécie de autoilusão dogmática: os cidadãos comuns, e os juristas em certa medida, acreditam que os tribunais seguem e são determinados pela lei, o que estabiliza a sociedade.

No processo decisório a lei é mesmo interpretada. Neste processo há o importante papel de produção de redundâncias, mas também de mudança do direito. A legalidade, portanto, pode ser vista como um autoengano estabilizador de expectativas. Em verdade, na prática jurídica, validade e argumentação jurídica se enlaçam através de textos, especialmente textos legais. A interpretação se entende como produção (e não reprodução) de novos textos com base nos velhos, isto é, produção de mais texto (novo)⁹⁸.

De um lado, a argumentação jurídica depende da redundância, isto é, do fato de que a informação precedente deve, em princípio, ser levada em consideração na operação do sistema autopoietico do direito⁹⁹. A percepção de justiça, por sua vez, é constantemente ligada à consistência das decisões, ou seja, na produção de redundância. Mas, de outro lado, a redundância não é a única condição da autopoiese do sistema jurídico: o direito é também variedade. Enfim, o sistema jurídico deve garantir, ao mesmo tempo, o fechamento operativo e a abertura cognitiva (alta irritabilidade), isto é, redundância e variedade¹⁰⁰.

A argumentação jurídica, em todos os casos, adere à exigência de fundamentação de decisões de casos sempre novos e diferentes. No contexto da argumentação jurídica, o postulado da justiça pode ser interpretado como o postulado de consistência ou redundância das decisões, que determina que os casos iguais devem ser tratados igualmente e os casos desiguais devem ser tratados desigualmente. Mas um sistema que apenas se restringisse à

---

⁹⁸ Niklas Luhmann. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, pp. 402-403.

⁹⁹ Normas podem ser transformadas, o direito dos juízes pode desenhar novos percursos, desvios podem ser normatizados, o agir pode ser ulteriormente condicionado sem que se produzam catástrofes nos conhecimentos adquiridos, ou melhor, sem que os indivíduos percebam aquilo que acontece. Na realidade, reforça-se somente a expectativa de que o direito seja produzido pelo direito e que, no futuro, a atual diferença entre direito e texto seja substituída por uma outra diferença entre direito e texto. (Raffaele De Giorgi. **Direito, Tempo e Memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 187-188).

¹⁰⁰ Ibid., pp. 422-425.

produção de redundância renunciaria à possibilidade de reação frente às irritações e surpresas oriundas do ambiente do sistema (isto é, dos demais sistemas).

A variedade, portanto, complementa o sistema jurídico, ao mesmo tempo em que constitui sua própria essência, porque é um elemento particularizador, e ironicamente se pode apelar pela variedade com argumentos de justiça. É que a ideia de justiça é um código doador de sentido externo ao direito e, como tal, não guarda correspondência estrita com o sistema jurídico, sendo antes um apelo externo. O direito trabalha com o código interno da licitude/ilicitude, e não com da justiça/injustiça. O debate sobre o justo serve de argumento para as decisões jurídicas, mas costuma ser visto, nos Estados de direito, como um argumento frágil quando apresentado sozinho. A relevância jurídica do argumento “justo” costuma estar atrelada à sua utilização conjunta com argumento que encontre fundamento no direito positivo.

A justiça, em sua acepção ética, atua como uma espécie de código doador de sentido, a partir do qual se julga o direito positivo e que confere sentimento de obrigatoriedade aos comandos legais. Aderir ao sentimento de justiça do povo é uma atitude que os Estados podem adotar angariar obediência, sem recorrer à violência. É bem verdade que a validade de uma lei ou de um ordenamento jurídico independem deste sentimento de obrigatoriedade. A história é rica em exemplos tanto de leis quanto de ordenamentos jurídicos que feriram e ferem o senso comum de justiça de um povo ou de uma época. Ademais, aderir ao sentimento majoritário de justiça do povo não raro envolve atitudes amplamente questionáveis num ambiente democrático, como aquelas que implicam negativa de direitos a minorias, por exemplo. Os juristas, no entanto, não precisam abrir mão da discussão sobre o justo. Trata-se de fértil campo de debate sobre os rumos do direito positivo.

Independentemente de situarmos a discussão sobre a justiça no âmbito da política, da ética ou mesmo do próprio direito, é inegável a sua importância para a prática jurídica. As exigências da justiça são implicações concretas da exigência básica da razoabilidade prática, segundo a qual alguém há de favorecer e promover o bem comum¹⁰¹. Por traduzir conceito extremamente vago, o justo pode ser visto de muitas formas, inclusive como algo bem próximo da noção de conformidade com o direito positivo; justiça, neste sentido, não seria diferente da legalidade ou mesmo da licitude. De outro lado, com frequência, o debate sobre o justo é também ligado a uma discussão que transcende o direito positivo.

---

¹⁰¹ John Finnis. **Natural law and natural rights**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 164.

A decisão judicial é um momento-chave para a discussão em torno do justo, porque representa bem a tensão entre o direito positivo e o sentido de justiça. Muitas vezes essa tensão brota do sentimento de injustiça de alguns em face do direito posto, em razão da frustração de suas expectativas ou ideologias pela ação estatal. Isso, em princípio, enfraquece o sentimento de obrigatoriedade que a sociedade deposita nos comandos legais. A noção de justiça, mais do que atrelada ao conceito de legalidade, está próxima do debate sobre a legitimidade das ações estatais.

Nos Estados de direito, uma importante perspectiva para a discussão do sentimento de justiça é buscada na noção de igualdade. Encarada a partir de um ponto de vista formal, a igualdade pode ser pensada como elemento externo ao direito, próprio da teoria política liberal, mas que traz importantes prestações ao âmbito jurídico. Na concepção liberal, justo é tratar os iguais com igualdade perante a lei. Fere o sentido de justiça o tratamento desigual de cidadãos que se encontrem na mesma situação. Direito justo, por seu turno, é aquele que possibilita decisões que não ferem este sentimento básico de igualdade, o que consequentemente confere o seu próprio sentido à obrigatoriedade dos comandos do direito positivo.

O império da lei implica o princípio de que casos semelhantes devam receber um tratamento semelhante. Embora os critérios que determinam a semelhança sejam fornecidos pelos próprios programas do sistema jurídico, o referido princípio limita, ao menos no nível processual, a discricionariedade das autoridades, obrigando-os a justificar as distinções que proferem¹⁰². Neste contexto, é até viável trazer à tona a metáfora do romance em cadeia¹⁰³, mesmo que sem nenhum apelo à moral e à política. Cada decisão no sistema jurídico pode mesmo ser interpretada como o capítulo de um romance, em que os romancistas têm a dupla responsabilidade de interpretar e criar.

Interpreta-se a história jurídica (o passado) para determinar o futuro, mas o futuro carecerá de novas interpretações, pois, num outro futuro, já haverá se tornado passado e objeto de novas interpretações¹⁰⁴. Assim, há um equilíbrio precário entre a necessidade de decisão com base no código do sistema jurídico e a exigência de programas flexíveis e

---

¹⁰² John Rawls. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 293-294.

¹⁰³ Ronald Dworkin. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 235-240.

¹⁰⁴ Klaus Günther. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. Tradução de Claudio Molz. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 254-256.

mutáveis, de tal modo que não mais é possível descartar fundamentações e argumentações teologicamente orientadas como simples retórica de juristas.

Legalidade e ideal de justiça

O ideal de justiça não é um princípio constitutivo do direito, mas sim um princípio regulativo, isto é, que lhe confere sentido. O sentido do direito tem relação com a sua dignidade intrínseca: afeta a orientação do homem. O direito injusto pode existir (ser válido), mas não ter sentido em si para os cidadãos, mesmo que imposto pela força. Com efeito, é perfeitamente possível implantar um direito à margem ou mesmo contra a exigência de correspondência a um ideal de justiça, embora não seja possível evitar-lhe a manifesta percepção da injustiça, com consequente perda de sentido.

A noção de sentido tem relação com a ideia de senso comum, ou seja, com a ideia de algo que o homem experimenta em contato com os outros, e não solitariamente. É essa percepção de injustiça em face de certo arranjo jurídico institucional que fomenta e impulsiona a substituição da ordem, a revolução. Obviamente, certa ordem apenas pode ser julgada injusta de acordo com critérios externos a ela, porque internamente é natural que ela seja coerente com os parâmetros para exercício do poder que ela mesma institui. Assim, o julgamento do direito conforme critérios de justiça (saber se o direito é justo ou injusto) implica um ponto de partida externo ao direito, mas referente a ele. Esse é o lugar do ideal de justiça no imaginário.

A ideia de justiça, em sentido amplo, traduz um conjunto de exigências da razoabilidade prática, voltadas ao mesmo tempo à realização e ao respeito dos bens humanos, não simplesmente em razão de si mesmos e em benefício de um indivíduo ou grupo, mas também em comum. O senso de justiça é fortalecido quando as estruturas sociais estão arranjadas a ponto de permitir o florescimento pleno da liberdade humana e de suas potencialidades. Isto implica a dissolução de toda autoridade ilegítima nas diversas estruturas institucionais, assim como de tudo que impeça a natureza humana de alcançar plenamente o seu potencial.

É a partir dessa ideia abstrata de justiça que se julgam os títulos em nome dos quais o poder é exercido; e é também ela, em última análise, que sustenta a ideia de justiça formal, embora não se vincule a esta ideia. Quando o quadro institucional não é suficientemente

flexível e permeável, a ponto de permitir a captação das variações nos fatores e sentimentos da sociedade, é provável que a justiça formal executada pelo Estado se afaste da ideia de justiça compartilhada pelos cidadãos. Se direito positivo não expressa o consenso e o sentimento dos cidadãos sobre certa questão, não adianta que se faça justiça de acordo com ele (justiça formal). Não basta que a justiça seja cega, pautada na rigorosa aplicação de normas gerais, para que corresponda às expectativas majoritariamente assumidas pelos cidadãos em face do Estado e do direito positivo.

As leis podem mais facilmente atingir seus objetivos quando o seu conteúdo está em alinhamento com os valores sociais existentes e com o ideal compartilhado de justiça. Estudos sobre o comportamento das pessoas em resposta às leis sugerem o argumento de que o alinhamento dos preceitos e decisões das autoridades judiciais com valores sociais atuais tem uma influência positiva sobre o cumprimento de suas disposições¹⁰⁵. A crença dos indivíduos na legitimidade do sistema legal é de fundamental importância para a própria eficácia deste sistema¹⁰⁶. Por outro lado, a legitimidade é prejudicada quando o conteúdo da lei se afasta dos consensos sociais, sejam eles baseados em valores morais, éticos ou meramente culturais. A percepção de legitimidade do público destinatário tem um impacto positivo sobre o cumprimento das ordens.

Embora esteja diretamente relacionada à percepção de legitimidade das ações estatais, a ideia de justiça, em sentido amplo, não é fruto de um só consenso social imanente. Em verdade, invocando o senso de justiça, é praticamente possível dizer qualquer coisa e, da mesma forma, seu oposto¹⁰⁷. Invariavelmente, os pontos de vista a respeito do ideal de justiça

---

¹⁰⁵ Emanuela Carbonara, Francesco Parisi, Georg von Wangenheim. Unjust laws and illegal norms. **Legal Studies Research Paper Series**. No. 08-03. June 2009.

¹⁰⁶ *Moreover, in the case of adjudication, as in the case of legislation, we regard the legitimacy as a political good. The goodness of legitimacy flows from an intuitively appealing principle of political morality: each citizen who is to be bound by an official proceeding for the resolution of a civil dispute should be able to regard the procedure as a legitimate source of binding authority creating a content independent obligation of political morality for the parties to the dispute. The notion that the procedures for the adjudication of civil disputes should be legitimate is not controversial. We hold to this notion for important reasons of principle and policy. As a pragmatic matter, it is important that citizens be able to regard procedures as legitimate so that we may secure their voluntary cooperation with the system of civil justice; great social evils would attend a system that was required to resort to sanctions and incentives to secure the compliance of citizens who regarded the system as illegitimate and hence did not regard the system as a source of binding authority or moral obligation. This argument of policy is complemented by one of principle: as a matter of political morality it would be unjust to coerce compliance with the judgments of a civil justice system which could not be regarded by reasonable citizens as legitimate. As in the case of legislation, the legitimacy of adjudication depends on affording those who are to be bound a right to participate, either directly or through adequate representation.* (Lawrence B. Solum. Procedural Justice. **Public Law and Legal Theory Research Paper Series**. Research Paper No. 04-02. Spring 2004, pp. 83-97).

¹⁰⁷ Michael J. Sandel. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, pp. 28-30.

envolvem posturas teóricas quanto à legitimidade da intervenção estatal na sociedade, no mercado e na vida privada. Para alguns, para ser justa, a ação estatal deve se abster de intervir nas diversas esferas sociais, senão para garantir as liberdades públicas dos cidadãos. Para outros, o ideal de justiça importa uma maior intervenção do Estado para garantia do bem-estar das pessoas¹⁰⁸.

Em meio a esse diálogo de surdos, as observações de natureza acadêmica serão sempre balbuciantes e imperfeitas em certa medida, mas não por isso se deve desistir delas. Ao analisar de modo sóbrio os argumentos práticos (econômicos, sociais, políticos) e procurar com cuidado fatos e regularidades, é possível fornecer informação qualificada para o debate democrático, dirigindo a atenção da sociedade para as questões centrais de certo tempo. Bem articulado, o argumento “justo” pode ser eficaz para justificação de decisões judiciais isoladamente. Os realistas demonstraram que a generalidade e o eventual detalhismo do direito positivo não implicam em redução do espaço de ação do judiciário, e podem inclusive confundir os intérpretes, dissimulando as reais intenções políticas que subjazem às regras e decisões judiciais.

Confrontar as conclusões realistas não é realmente fácil. Mas é possível, diante delas, esperar ao menos que os julgadores e legisladores articulem razões aceitáveis para suas escolhas, e as declarem, externando à sociedade e à parte perdedora por que o resultado é justo e por que, dentre as diversas alternativas abertas pelo direito positivo, a escolhida lhe parece ser a melhor. Em verdade, o dissenso acerca dos sentidos do direito positivo é constante e hoje não existem métodos não controversos para a escolha dentre os diversos pontos de vista interpretativos de uma regra. Isso não quer dizer que se deva evitar o argumento legal numa sociedade democrática, mas indica que alguma outra razão deve ser adotada, em adição, para que se chegue a um resultado vinculante. Para tanto, os pontos de vista filosóficos e morais sobre a justiça podem fornecer argumentos persuasivos para a interpretação do direito positivo.

A prática jurídica é pautada por escolhas e, numa democracia, espera-se que os juízes adiram a uma linha argumentativa que pareça mais valiosa à sociedade. Para tanto, é preciso que argumentem e demonstrem que nem todas as escolhas possíveis merecem igual peso, e que a opção interpretativa escolhida para solucionar um caso deve mesmo ser escolhida

---

¹⁰⁸ Cf. John Rawls, op. cit., Michael Walzer. **Spheres of Justice**: a defense of pluralism and equality. New York: Basic Books, 1983, e Robert Nozick. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 1991.

porque melhor se coaduna a um ponto de vista sobre a justiça que deve prevalecer no caso. Além disso, é preciso explicar por que foram rejeitados certos pontos de vista. Todas essas explicações e justificativas estão pautadas na confirmação dos preceitos que dão fundamento à dominação estatal, ou melhor, à própria existência do Estado. Quando se eleva a discussão sobre os interesses em jogo ao plano dos valores fundamentais, possibilita-se um confronto entre as preocupações e necessidades reais que estão em jogo no caso, evitando a típica dissimulação que permeia os debates pretensamente pautados tão apenas em argumentos legais. Com isso, não se anula a discricionariedade judicial, mas se inaugura uma nova forma de encará-la, a partir da perspectiva de argumentos reais.

A linguagem da justiça brota do impulso humano de dar razões para suas pretensões e de justificar suas demandas. Precisamos fazer considerações morais sobre nossas demandas para justificá-las¹⁰⁹. Por essa razão, é mesmo saudável que falemos mais abertamente sobre valores morais, abandonando as restrições artificiais sobre o raciocínio moral que inconscientemente impomos a nós mesmos, quando se trata de analisar o direito positivo para avaliar soluções a serem dadas aos casos.

Os argumentos normativos não são um sistema fechado dedutivo e auto-evidente, mas uma forma de razão prática, uma forma de viver no mundo, ao invés de uma construção teórica¹¹⁰. É necessário olhar também as consequências implicadas na consagração de uma perspectiva interpretativa da legislação em vez de outra, e em meio a tantas outras, bem como comparar os custos e benefícios das alternativas postas à disposição do intérprete no momento da positivação. Enfim, é preciso pensar completa e sistematicamente a respeito da interação entre as forças sociais e econômicas e ponderar argumentos morais de uma forma global.

---

¹⁰⁹ *Contrary to the assumptions underlying much current efficiency analysis, not all preferences can or should be indulged and not all preferences can be given equal weight. And when we reject a preference, we should be able to explain why. When we raise some interests to the level of fundamental values, we should be able to justify this. The language of justice grows out of the human impulse to give reasons for our claims, to justify the demands we make on others. We want to say something other than “I prefer that you stop torturing that man” or “I have a taste for treating other people respectfully” or even “the costs of torturing that man outweigh the benefits.” We want to say something other than “come play for our team.” We feel entitled to make moral demands on each other; we believe some political and legal systems, and some legal practices, are inherently unjust. We want to say – without irony – that “torture is wrong” and “people deserve to be treated with dignity” – and we would like to be able to say why. We especially want to be able to give good reasons for imposing laws on those who may disagree with the values underlying the laws.* (Joseph Singer. *Normative Methods for Lawyers*. **Harvard Law School Public Law Research**. Paper No. 08-05. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1093338>. Acesso em: 11 dez. 2014).

¹¹⁰ Charles Taylor. **Sources of the self: the making of the modern identity**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989, p. 99.

Decisões judiciais são, essencialmente, abalizadas pela razão prática. Como em outros usos da razão prática, o processo de chegar a uma conclusão sobre a coisa certa a fazer requer julgamento. As conclusões não são derivadas mecanicamente a partir de um processo de decisão lógica. Vários fatores são levados em conta. Uma teoria que pretenda forjar uma metodologia de escolha dos princípios aplicáveis à solução de casos por meio de um raciocínio dedutivo ou da aplicação de um processo de decisão mecânica está, por isso, fadada ao fracasso. Interpretar e aplicar a lei pressupõe um raciocínio sobre valores e razões para decidir, e não somente sobre comandos (legais ou teóricos). Por tudo isso, não é mesmo possível construir uma metateoria que concilie todos os valores em conflito no âmbito de um procedimento de decisão para encaixá-los em regras rígidas preconcebidas.

Os julgamentos são feitos tendo por base vários fatores e procedimentos de decisão que refletem as particularidades dos casos a ser solucionado. Mesmo que vários juízes pretendam ser imparciais e ajam seriamente em vista deste propósito, não necessariamente eles decidirão um mesmo caso hipotético da mesma forma. Isso também vale para um mesmo juiz individualmente considerado chamado a decidir um mesmo caso (hipotético) em diferentes momentos da sua vida e da história, o que não quer dizer que algum desses julgamentos essencialmente distintos esteja errado.

Os processos de julgamento e de argumentação racional em face de valores não podem ser mecanizados e isso acentua a necessidade de justificação. Se houvesse uma resposta certa a ser revelada dentre várias respostas erradas, seria mais fácil controlar e julgar os juízes. Mas, como ela não existe, o julgamento dos juízes apenas é possível a partir das razões que eles levantam para decidir. A necessidade de justificação pública das decisões pode, de algum modo, constranger a escolha a ser feita pelos juízes, porque os obriga a fornecer razões substanciais para a decisão. Isso, de um lado, ajuda os juízes a pensar nas questões normativas em jogo em casos específicos, já que eles devem levantar argumentos para decidir e confrontá-los, e de outro lado torna mais constrangedora a utilização de certos argumentos tidos como ilegítimos, minoritários ou politicamente incorretos.

Ao justificar uma perspectiva de interpretação da lei em detrimento de outra, os juízes devem, simultaneamente, reconhecer o desacordo que deu origem à necessidade de uma decisão judicial e explicar a solução dada, de uma maneira tal que exponha como a decisão é coerente com o direito positivo e como ela promove a justiça no caso concreto. Isso pode, é claro, exigir que as regras existentes sejam reinterpretadas, se a percepção de justiça no caso

assim o exigir. O objetivo final deste processo é expor para a sociedade e para as partes (sobretudo a parte vencida) as razões que justificam a solução escolhida, que poderá ter que ser imposta pela força futuramente.

Se o impulso moral se baseia na exigência compartilhada de uma fundamentação baseada em razões que possam ser socialmente aceitas, a obrigação de prestar essas razões tem efeitos condicionantes significativos sobre a própria decisão. Em geral, sabemos que os juízes têm poder de decidir se vão adotar o sentido mais óbvio do direito positivo no caso a ser solucionado ou se moldarão as regras preexistentes para obtenção de uma nova interpretação. Os juízes, de alguma forma, julgam as próprias escolhas legislativas, em lugar de simplesmente se curvarem a elas.

Ainda assim, é possível sustentar (e, de fato, há um consenso social que sustenta) que os juízes façam cumprir as leis aprovadas pelo legislativo e que, quando apliquem as regras do direito positivo, tratem casos iguais de modo igualitário, expressando igual consideração e respeito por todas as pessoas¹¹¹. Afinal, os cidadãos possuem uma dignidade intrínseca e incomensurável, merecendo ser tratados, ao menos formalmente, com igualdade. De acordo com este ponto de vista, é preferível que os juízes apliquem uma lei geral ao invés de forjar uma lei particular para cada caso. Em outras palavras, não se pode legitimamente sustentar que uma determinada regra reja a conduta individual de um cidadão, se não é possível consistentemente aplicar a mesma regra em situações semelhantes no futuro, ainda que outros cidadãos estejam envolvidos.

Esse ponto de vista, contudo, tem um limite, porque o direito positivo acaba evoluindo com a mudança dos valores e condições sociais e, ademais, o processo de aplicação das regras em vigor envolve o julgamento humano, que é essencialmente mutável. Considerados por si só, não podemos saber o que significa um artigo de lei ou um precedente judicial. Eles devem ser situados num contexto histórico, que será responsável pela adequação e determinação de seu âmbito de aplicação, significado e força, em função de considerações sobre utilidade, contexto social, ou mesmo sobre outros estatutos legais e decisões judiciais.

Embora as regras, aparentemente, tenham o poder de influenciar os juízes de modo significativo, eles podem facilmente escapar das amarras de suas determinações, invocando distinções entre casos e exceções legais, por exemplo. A maior força de constrangimento

---

¹¹¹ Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. A teoria da justiça do John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35, n. 138, jun. 1998, p. 198.

sobre os juízes não parece mesmo ser a existência da lei. O controle mais relevante sobre o uso arbitrário ou opressivo do poder judicial é o dever de fundamentar as decisões publicamente, justificando as escolhas. A obrigação de fornecer de razões tem um efeito significativo sobre o que faz o judiciário.

O juiz tem a experiência peculiar de ser responsável por fazer escolhas importantes de uma maneira que não é determinada mecanicamente por uma autoridade superior ou por princípios pré-existentes, estando, ao mesmo tempo, constrangido por vários fatores não normativos que, em condições normais, podem limitar significativamente sua discricionariedade real. O juiz é livre para exercer um juízo e determinar como deve ser resolvido um caso. Mas essa liberdade não é exercida em um tabuleiro em que todas as peças se encontram em posição original, senão em um jogo em franco desenvolvimento, em que certos movimentos já não são possíveis e outros são arriscados demais ou impertinentes à estratégia de estabilização de expectativas dos cidadãos.

O juiz é chamado a decidir um caso em um momento da história em que muita coisa já aconteceu, e o passado não lhe pode ser indiferente, embora não seja determinante. Ele deve articular os melhores motivos e razões em sua decisão, em referência aos valores fundamentais que justificam o seu poder e a estrutura de Estado de que ele faz parte¹¹². Contudo, a necessidade de enfrentar a controvérsia e o debate sobre questões políticas e jurídicas não livra o juiz da responsabilidade de especificar o que significam estes valores fundamentais no caso específico.

No fundo, ele precisa decidir; em certo ponto da discussão, é preciso se exonerar do luxo da pureza ideológica para impor um desfecho ao caso. A essa altura da discussão, o juiz passa a ser menos cientista do que político: não se espera que ele professe um discurso moral consensual ou que atinja um acordo que os filósofos ainda não conseguiram atingir, mesmo depois de milhares de anos de argumentos e investigações. O caso deve ser decidido e um debate sem fim não é possível. Por isso, espera-se antes que o juiz escolha uma abordagem normativa possível e sustentada por alguma razão socialmente legítima.

Inúmeros fatores podem influenciar nas soluções de casos particulares, incluindo considerações sobre a sociedade, concepções de democracia e dos direitos fundamentais, o contexto social e histórico em que surgem conflitos, bem como os argumentos normativos

---

¹¹² Cf. Lawrence B. Solum. Virtue Jurisprudence: a virtue-centered theory of judging. **Public Law and Legal Theory**. Research Paper. No. 2003-4. Loyola Law School. January 2003.

puros. As pessoas costumam acreditar que decisões judiciais não acontecem de forma arbitrária ou de forma irrestrita e esperam que os juízes sejam capazes de compreender bem o caso e articular bem as razões para produzir uma decisão justa e consistente. Mas os juízes, como todos os seres humanos, são falíveis, têm uma perspectiva parcial sobre o mundo, facilmente compreendem mal uma situação e nem sempre seguem pelos caminhos argumentativos mais seguros, embora estejam muitas vezes ansiosos para fazer a coisa certa.

Ainda assim, e apesar de não haver uma única “resposta certa” mecanicamente derivável para os casos, espera-se que os juízes formulem sempre a melhor resposta possível, que expresse juízos sobre por que certos valores devem superar outros valores em contextos particulares, tendo em conta a forma adequada de compreender o significado da situação, os eventos que levaram a isso, as relações entre as partes e os contornos do nosso modo de vida. O objetivo é mostrar respeito pela sociedade e por todas as pessoas afetadas pela disputa, mas também angariar o seu respeito.

Para tanto, adicionalmente às considerações referentes ao direito positivo, podem ser utilizados diversos pontos de partida argumentativos, a exemplo de considerações sobre equidade, justiça, moralidade e sobre os valores básicos da liberdade e da igualdade subjacentes os contornos de uma sociedade livre e democrática, que trata cada pessoa com igual consideração e respeito. Afinal, são essas as razões que são plausivelmente invocadas pelas partes quando se trata de discutir, mesmo fora do ambiente judiciário, uma solução justa para seus casos particulares.

A ideia de justiça é um importante elemento mediador entre a linguagem jurídica e o mundo das necessidades reais. As leis são abstratas e gerais, mas as necessidades e contingências da vida cotidiana exigem respostas concretas. O que se espera do judiciário é que traduza as expectativas transmitidas pelo direito positivo em ações estatais concretas, por meio da formulação de juízos de legalidade e equidade. Individualmente considerados, os textos legais não operam sozinhos e aí reside a riqueza da função judicial, que consiste em originar direito a partir da interpretação de textos e fatos, sob o prisma dos valores fundamentais da sociedade. Não é possível admitir como verdadeira uma única concepção de justiça que seja capaz de fornecer uma só resposta correta para todos os casos que devam ser decididos pelo judiciário. Nem parece ser essa a utilidade do recurso ao ideal de justiça, como já se pretendeu.

Em verdade, as considerações sobre o que é justo em certo caso têm a ver com o convencimento de que atuação do Estado não é arbitrária e de que a violência estatal é exercida em vista de parâmetros, diversamente do que ocorreria se vivêssemos sob um estado de natureza. Afastada a justiça, diz Santo Agostinho¹¹³, o que são os Estados senão um grande bando de ladrões?

---

¹¹³ St. Augustine. **The City of God**. Bk. IV. Harmondsworth: Penguin, 1984, p. 139. Apud: Joseph Femia. Pareto and the critique of Justice. In: **Social Justice from Home to Walzer**. London and New York: Routledge, 1998, p. 79.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A RACIONALIDADE REDESCOBERTA

O presente trabalho é mais ousado do que deveria ser, porque não pretende se tornar um testemunho das diversas teorias jurídicas que já se construíram. Trata-se antes de uma tentativa de tomada de posição. Talvez por toda essa ambição teórica, não se tenha conseguido responder satisfatoriamente a questão inicialmente posta: qual o papel da lei na realização judicial do direito. Talvez o problema seja outro: a questão principal do trabalho era mesmo estabelecer e discutir uma perspectiva sobre o direito que pudesse recolocar em termos mais precisos as questões da realização judicial do direito, do papel da lei, da argumentação jurídica, da legitimidade do direito. A julgar por esses critérios, as chances do que está escrito aqui vingar parecem ser um pouco, mas não muito maiores.

A tentativa de construção de uma perspectiva original sempre carrega o peso da preguiça, tanto do autor, quanto de eventuais leitores. Se isso for minimamente superado e se o trabalho tiver a clareza que se espera que tenha, certamente, ele terá atingido seu objetivo. Em verdade, a pergunta que se tenta construir com o trabalho é mais importante do que a resposta que se dá. O que quer dizer que, se tivermos conseguido conduzir o texto de modo a tornar viável teoricamente a questão do papel da lei e suas diversas implicações, já podemos nos dar por satisfeitos. Ainda mais porque a viabilização dessa questão demonstra a aptidão da tese conceitual que é apresentada no trabalho, a qual pode ter a eficácia propulsora que dela se espera em campos como a educação jurídica e a política do direito, por exemplo.

A simplificação do conceito de direito e sua separação das questões de justificação postas em Estados de direito, várias vezes repetidas durante o trabalho, não têm nem poderiam ter o objetivo de conduzir o Estado, ente da teoria do direito, de um sono democrático para um pesadelo autoritário. Ao contrário, pretenderam demonstrar que o direito pode ser utilizado para o bem ou para o mal. A tragédia do direito injusto não se resolve nos limites da teoria do direito. Direito é criatura, cujo conteúdo é preenchido pela vontade do Estado. Por isso, os déficits de legitimidade que eventualmente tenha o direito positivo de um país podem ser diretamente imputados ao Estado. Semelhante percepção

além de chamar atenção para o fato de que o direito pode servir à dominação ilegítima, resgata a importância da prática jurídica, enquanto atividade essencialmente política.

A questão de poderem os juízes decidir dessa ou daquela forma é uma questão política, que muitas vezes se mascara pela utilização da linguagem jurídica e dos sentidos do direito positivo passado. Os juízes não estão vinculados à lei e diariamente decidem contra seus sentidos mais óbvios. A doutrina da separação dos poderes e o formalismo jurídico nada mais são do que teorias de política judiciária, caricaturas ideológicas de positivismo jurídico. A seu turno, as teorias lógicas e os estudos deterministas da legislação, como atualmente postos, não resistem a uma penada inovadora do legislador ou mesmo de um juiz. Por isso, é urgente que sejam reconduzidos à função na qual podem subsistir teoricamente: de auxílio ao raciocínio jurídico. Por seu turno, também a educação jurídica precisa de uma reestruturação global, no sentido de que possa apreender o direito como resposta a uma conjuntura, não como uma realidade ideal e autossustentada.

Hoje se fala muito em crise do judiciário, crise da hermenêutica jurídica, crise do direito. Mas talvez se esteja, antes de tudo, diante de um déficit teórico, que se revela por meio da incapacidade de compreensão da realidade através de lentes que não alcançam a complexidade da prática jurídica contemporânea. É necessário, em algum momento, abandonar a perspectiva formalista acerca do papel do direito estatutário na prática jurídica cotidiana e passar a enfocar o papel da lei na realização judicial do direito a partir de um ponto de vista argumentativo. A responsabilidade do juiz hoje está cada vez mais relacionada com o dever de justificar suas decisões, possibilitando o controle público delas. A justificação é um meio de assegurar, sobre uma base racional, um nível aceitável de segurança jurídica na sociedade, embora em nada garanta sua manutenção nem sua universalização.

Se confrontar as conclusões realistas não é realmente fácil, é possível esperar ao menos que os julgadores e legisladores articulem razões aceitáveis para suas escolhas, e as declarem, externando à sociedade por que o resultado é justo e por que, dentre as diversas alternativas abertas pelo direito positivo, a escolhida lhe parece ser a melhor. Isso porque, embora as regras, aparentemente, tenham o poder de influenciar os juízes de modo significativo, eles podem facilmente escapar das amarras de suas determinações, invocando distinções entre casos e exceções legais, por exemplo. A maior força de constrangimento sobre os juízes não parece mesmo ser a existência da lei. O controle mais relevante sobre o

uso arbitrário ou opressivo do poder judicial é o dever de fundamentar as decisões publicamente, justificando as escolhas. Muito mais do que declarar os sentidos outrora consagrados pelo legislador, espera-se que o juiz responda por que é racional e razoável aceitar como obrigatória a norma particular que ele elegeu para ser introduzida no direito positivo. Afinal, é por meio da justificação que, explicitando as razões do dispositivo, o juiz deve convencer as partes de que a sentença não resulta uma tomada de posição arbitrária.

Os casos não têm uma só resposta correta e o próprio direito positivo atualmente vigente é fruto de um consenso legislativo transitório, que certamente será superado em algum momento. O juiz, uma vez chamado a decidir um caso, não está engajado em revelar uma verdade, tal qual um cientista. O objetivo do raciocínio jurídico não é descobrir, nem adicionar conhecimento ao patrimônio intelectual da humanidade, mas possibilitar uma decisão. Em verdade, a grande obra do direito é formalizar o uso da violência e convencer os cidadãos de que, de um lado, eles estão seguros e protegidos e de que, de outro lado, iniciativas contrárias à ordem serão reprimidas. Com isso, os cidadãos deixam de acreditar que há pretexto para impor suas próprias razões pela força, já que todos se encontram sob o governo da lei.

No Estado de direito, portanto, a função da prática jurídica está mais situada no campo pragmático, reforçando as expectativas de segurança jurídica dos cidadãos, do que no campo contemplativo. Em última análise, os cidadãos creem que o Estado não vai trair sua confiança: decidirá conforme padrões objetivos, previamente introduzidos no direito positivo por meio de um procedimento institucionalizado. Sucede que os juízes, de alguma forma, julgam as próprias escolhas legislativas, em lugar de simplesmente se curvarem a elas. Então, realmente, a pauta do direito positivo não é um critério eficiente para controle do judiciário, restando mesmo exigir que as razões para decidir sejam ao menos externadas e elucidadas a partir de um ponto de vista racional.

Sabe-se que, para a teoria pura do direito, o momento da decisão é a-racional, isto é, não pode ser julgado como correto ou incorreto a partir de um olhar científico. Mas isso não exclui a possibilidade de olhar esse momento a partir da óptica da política do direito e de contextualizar a prática jurídica num ambiente específico. Na feliz metáfora de Mario Losano¹¹⁴, a teoria pura do direito reduz ao mínimo o espaço em que se movimenta e acaba

---

¹¹⁴ Mario Losano. Introdução. In: Hans Kelsen. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. XIV.

andando sobre uma corda, em que concentra toda a sua atenção. Porém, as duas pontas da corda devem sempre estar presas a alguma coisa; e hoje a tendência é preocupar-se com isso e não só com a corda. Donde o desejo geral de passar para teorias que se proponham responder às questões que a teoria pura do direito considera inadmissíveis.

Não é possível pretender controlar a discricionariedade dentro dos próprios limites do direito, mas é legítimo pretender submeter o direito positivo à crítica e ao controle democrático. Enquanto, desde a perspectiva da ciência do direito, o ato de criação do direito não pode ser apreendido pela razão humana e julgado conforme a lógica formal, sendo classificado como a-razional, desde a perspectiva da política do direito, interessa que esse momento e o produto dele não seja irracional, na medida em que a decisão tomada possa ser justificada de modo razoável, graças a uma argumentação cuja força e a pertinência se reconheçam amplamente na sociedade.

O núcleo da argumentação desenvolvida no presente trabalho está diretamente relacionado à transposição da noção de racionalidade no momento de aplicação do direito. Se não se pode mais falar tranquilamente em subsunção lógica dos fatos à legislação, a doutrina clássica da separação dos poderes (que pretende neutralizar politicamente o judiciário) perde o norte e o estado geral de confiança da sociedade, pautado nesta premissa, é substituído por uma ameaça de insegurança ante a indeterminação do futuro do direito, o que pode se tornar insuportável. Já não é mais possível defender que a lógica e a razão teórica comandam os raciocínios jurídicos, como as leis das ciências comandam a natureza. Diante desse contexto, é que se pretendeu neste trabalho redescobrir o lugar da racionalidade na prática jurídica, reajustando a função política da decisão judicial para buscar satisfazer à exigência de aceitabilidade racional do direito.

Por fim, talvez seja tarde para alertar sobre necessidade de se ler esse trabalho sem os óculos de outras perspectivas teóricas, por uma razão simples: se os problemas que nos propomos a resolver aqui já estivessem resolvidos por outros trabalhos, o esforço de desenvolvimento do raciocínio ora desfechado seria simplesmente desnecessário. Por isso mesmo, a começar pelo conceito de direito, o presente trabalho se lançou à ambiciosa tarefa de desvendar as relações entre lei, Estado e justificação, sem partir de um pacote teórico fechado. Isso não quer dizer que o trabalho não tenha ambientação teórica, mas que se procurou não trilhar pelos caminhos consagrados da teoria do direito.

Por essa razão, não aparecem no corpo da dissertação citações textuais de Kelsen, Hart, Perelman, MacCormick, Luhmann, Habermas, Dworkin, por exemplo. Citações destes e de outros autores foram feitas comedidamente, para que também não se taxasse o texto de luhmanniano, kelseniniano, schaueriniano. Por outro lado, nas críticas direcionadas a posturas teóricas diretamente abordadas, como o formalismo e o realismo, preferiu-se fazer longas citações textuais para que não se cometessem injustiças ou se incorresse em reducionismos. Contudo, como se deve ter percebido, o texto pode ser lido sem recurso às citações, que estão estrategicamente escondidas nas notas de rodapé para não contaminarem a leitura. Enfim, o importante é não vestir viseiras teóricas para tentar compreender as ideias expostas aqui, sob pena de se incorrer em graves falhas de compreensão de palavras e conceitos.

REFERÊNCIAS

Aarnio, Aulis. **Lo Racional Como Razonable**: Un Tratado Sobre La Justificación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Alexander, Lawrance. Law and formalism. **Legal Studies Research Paper Series**. 07-18. October 2005.

Argüello, Katie. **O Ícaro da modernidade**. Direito e Política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.

Ascensão, José de Oliveira. **O direito**; introdução e teoria geral. 2ª edição brasileira; revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Ataliba, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

Ávila, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010.

Barzotto, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Bobbio, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995

Bobbio, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1995.

Bonavides, Paulo. **Ciência política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Boyer, Carl. **The history of the calculus and its conceptual development**. New York: Dover, 1949.

Bülow, Oskar von. **Gesetz und Richteramt**. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885.

Campilongo, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

Canotilho, J. J. Gomes. **Estado de direito**. Cadernos democráticos. Disp. em: <http://br.geocities.com/b2centaurus/livros/c/Canotilhopdf.pdf>. Acesso em: 1 out. 2011.

Cappelletti, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

Carbonara, Emanuela; Parisi, Francesco; von Wangenheim, Georg. Unjust laws and illegal norms. **Legal Studies Research Paper Series**. No. 08-03. June 2009.

Carrió, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979.

Castanheira Neves, António. **Metodologia Jurídica**; problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

Castro Filho, Osvaldo Alves de. **A obrigatoriedade da decisão no direito**; subsídios para a elaboração de uma teoria da decisão jurídica (dissertação de mestrado). Universidade de São Paulo: Faculdade de Direito, 2007.

Cavalcanti Filho, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Ed. RT, 1964.

Cohen, Felix S. Field theory and judicial logic. In: Cohen, Lucy Kramer (ed.). **The legal conscience: selected papers of Felix S. Cohen**. New Haven: Yale University Press, 1960.

Coing, Helmut. **Grundzüge der Rechtsphilosophie**. 3. Auflage. Berlin und New York: Walter de Gruyter & Co., 1976.

Comparato, Fabio Konder. Fundamento dos direitos humanos. **Estudos avançados**. 11 (30). São Paulo, 1997.

Cook, Walter W. Scientific method and the law. **American bar Association Journal**. 1927. vol. 13.

Danzinger, Shai; Levav, Jonathan; Avnaim-Pesso, Liora. **Extraneous factors in judicial decisions**. Disp. em: <http://www.pnas.org/content/early/2011/03/29/1018033108.full.pdf>. Acesso em: 1. Set. 2012.

De Giorgi, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Dewey, John. **Logical method and the law**. The cornell law quarterly. 1925. vol. 10.

Dias, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: RT, 2010.

Dickinson, John. Legal rules: their function in the process of decision. **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, Vol. 79, No. 7, (May, 1931).

Dimoulis, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. vol. 2. Coleção Professor Gilmar Mendes.

Dimoulis, Dimitri. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico. In: Ronaldo Porto Macedo Jr e Catarina Cortada Barbieri (orgs.). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2010.

Duxbury, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. New York: Oxford University Press, 2001.

Dworkin, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Ehrlich, Eugen. **Grundlegung der Soziologie des Rechts**. Unveränderter Neudruck (Manuldruck) der ersten Auflage 1913. München und Leipzig: Duncker & Humblot, 1929.

Faria, José Eduardo. **Poder e legitimidade**: uma introdução à política do direito. Coleção Debates. São Paulo: Perspectiva, 1978.

Femia, Joseph. Pareto and the critique of Justice. In: **Social Justice from Home to Walzer**. London and New York: Routledge, 1998, p. 79.

Ferraz Júnior, Tercio Sampaio. A filosofia do direito no Brasil depois da Segunda Guerra Mundial: o papel de Miguel Reale. In: Tercio Sampaio Ferraz Júnior e Celso Lafer (orgs.). **Direito, Política, Filosofia e Poesia**: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale no octagésimo aniversário. São Paulo: Saraiva, 1992.

Ferraz Junior, Tercio Sampaio. **Argumentação jurídica**. Barueri: Manole, 2014.

Ferraz Júnior, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

Ferraz Júnior, Tercio Sampaio. Por que ler Kelsen hoje? In: Fabio Ulhôa Coelho. **Para entender Kelsen**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Finnis, John. **Natural law and natural rights**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 164.

Fisher III, William W.; Horwitz, Morton J.; Reed., Thomas A. (ed.). **American legal realism**. New York: Oxford University Press, 1993.

Frank, Jerome. **Law and the modern mind**. Gloucester: Peter Smith, 1970.

Freitag, Bárbara. A Questão da Moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. **Tempo Social**. v. 1, n. 2. São Paulo, 1989.

Fuller, Lon. American legal realism. **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register** 82-05/429-462, 1934.

Fuller, Lon. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Vol. 71, No. 4, Feb., 1958.

Gilissen, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

Gilmore, Grant. **Legal realism**: its cause and cure. The Yale Law Journal 70-07/1037-1048, 1961.

Glennon, Robert Jerome. **The iconoclast as reformer**: Jerome Frank's impact on American law. Itaca: Cornell University Press, 1985.

Golding, Martin P. **Realism and functionalism in the legal thought of Felix Cohen**. Cornell Law Review 66/1032-1057, 1980-1981.

Grau, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Gray, John Chipman. **The nature and sources of law**. New York: Columbia University Press, 2005.

Green, Michael Steven. **Legal realism as a theory of law**. William and Mary Law Review 46-6/1915-1999, 2005.

Grey, Thomas C. Holmes on the logic of the law. BURTON, STEVEN J. (ed.). **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes Jr.** Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

Grey, Thomas C. Langdell's orthodoxy. **University of Pittsburgh Law Review** 45/1-53, 1983-1984.

Guastini, Riccardo. **Dalle fonti alle norme**. 2 ed. Torino: Giappichelli, 1992.

Guastini, Riccardo. **Teoria e dogmatica delle fonti**. Milano: Giuffrè, 1998.

Günther, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. Tradução de Claudio Molz. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Gustin, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Habermas, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994

Haines, Charles Grove. General observations on the effects of personal, political, and economic influences in the decisions of judges. **Illinois Law Review** 17/96-116, 1922.

Hart, Herbert. **American jurisprudence through english eyes: the nightmare and the noble dream**. Essays in jurisprudence and philosophy. Clarendon Press, 1983.

Hart, Herbert. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, Vol. 71, No. 4. Feb., 1958.

Hart, Herbert. **The concept of law**. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

Hawking, Stephen. **A brief history of time: from big bang to black holes**. New York: Bantam Books, 1988.

Holmes, Oliver Wendell. The path of Law. **Harvard Law Review**. Vol. X. Cambridge, Mass: The Harvard Law Review Publishing Association, 1897, p. 461.

Horwitz, Morton J. **The transformation of American law: 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy**. New York: Oxford University Press, 1992.

Kant, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5ª ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

Kelsen, Hans. **Allgemeine Theorie der Normen**. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979.

Kelsen, Hans. **Introduction to the Problems of Legal Theory**. A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law. Oxford: Stanley L. Paulson, 1992.

Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

Kletzer, Christoph. Kelsen's Development of the Fehlerkalkül-Theory. **Ratio Juris**. v. 18, v. 1, pp. 46–63, 2005.

Kletzer, Christoph. **The mutual inclusion of law and its science – reflexions on Hans Kelsen's legal positivism** (Philosophical doctor thesis). University of Cambridge, Faculty of Law, 2004.

Kojève, Alexandre. **Esquisse d'une phénoménologie du droit**. Paris: Éditions Gallimard, 1981.

Lafer, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos avançados**. 11 (30). São Paulo, 1997.

Lakatos, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1992.

Leite, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Leiter, Brian. American legal realism. **The University of Texas School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper**, n. 42, out. 2002. Disponível em: [<http://ssrn.com/abstract=339562>]. Acesso em: jun. 2011.

Leiter, Brian. Legal formalism and legal realism: what is the issue? **Legal Theory**. Chicago, 2010.

Leiter, Brian. **Naturalizing jurisprudence**: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Llewellyn, Karl. **Bramble bush**. New York: Oceana Publications, 1996.

Llewellyn, Karl. **Jurisprudence**: realism in theory and practice. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.

Locke, John. **The Second Treatise of Civil Government [1690]**. Indianapolis: Hackett, 1980.

Losano, Mario G.. **Sistema e struttura nel diritto**. Volume I: dalle origini allá scuola storica. Torino: Giappichelli, 1968.

Losano, Mario. Introdução. In: Hans Kelsen. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. XIV.

Luhmann, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 372.

Luhmann, Niklas. La economía de la sociedad como sistema autopoiético. **Revista Mad – Universidad de Chile**, n. 29, Sep. 2013.

Luhmann, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília; UnB, 1980.

Luhmann, Niklas. **Poder**. Trad. Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Mascaro, Alisson. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

Mello, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

Mendes da Silva, Ricardo Perlingeiro. A teoria da justiça do John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35, n. 138, jun. 1998, p. 198.

Miranda, Custódio da Piedade Ubaldino. A certeza e a segurança como valores fundamentais na declaração do direito e na realização da justiça, e o modo de atingi-las. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol. 94, pp. 349-363.

Montesquieu, Charles de Secondat. **De l'esprit des lois**. Édition établie par Laurent Versini. Vol. I. Paris: Gallimard, 1995.

Nietzsche, Friedrich. **Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinn [1973]**. Disponível em: www.joachimschmid.ch/docs/PTxNietzFriWaLAuss.pdf. Acesso em: 22 de outubro de 2011.

Nozick, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 1991.

Ogorek, Regina. Inconsistencies and Consistencies in 19th Century Legal Theory. **German Law Journal**. Vol. 12 No. 01. 2008.

Okoro, Chiedozie. Law and the State: a Philosophical Evaluation. **Nebula**. 7-2, June 2010.

Osmo, Carla. O ceticismo dos realistas norte-americanos: a indeterminação do direito. **Revista Brasileira de Filosofia**. Ano 58, n. 233, jul.-dez., 2009.

Ost, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

Perelman, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Perelman, Chaïm. **Tratado de Argumentação: a Nova Retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

Radin, Max. The theory of judicial decision: or how judges think. **American Bar Association Journal** 11/357-362, 1925.

- Rawls, John. **O liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- Rawls, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- Reale, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- Reale, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1968.
- Rodriguez, José Rodrigo. A persistência do formalismo: crítica para além da separação dos poderes. In: José Rodrigo Rodriguez, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa, Samuel Rodrigues Barbosa (orgs.). **Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- Ross, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.
- Rumble Jr. **American legal realism: skepticism, reform, and the judicial process**. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1968.
- Sandel, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- Schauer, Frederick. Formalism. **Yale Law Journal** 97/509-548, mar. 1988.
- Schauer, Frederick. Legal Positivism as Legal Information. **Cornell Law Review**. 82, 1080, pp. 1996-1997
- Schauer, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision making in law and life**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- Schauer, Frederick. The limited domain of law. **Virginia Law Review**. v. 90, 2004.
- Schauer, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- Shecaira, Fábio Perin. “A quem cabe a escolha?” Sobre a importância de distinguir os métodos alternativos de interpretação jurídica. **Direito, Estado e Sociedade**. n. 36, jan/jun, 2010.

Singer, Joseph. Normative Methods for Lawyers. **Harvard Law School Public Law Research**. Paper No. 08-05. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1093338>. Acesso em: 11 dez. 2014.

Solon, Ari Marcelo. **Dever jurídico e teoria realista do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

Solon, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

Solum, Lawrence B.. Procedural Justice. **Public Law and Legal Theory Research Paper Series**. Research Paper No. 04-02. Spring 2004.

Solum, Lawrence B.. Virtue Jurisprudence: a virtue-centered theory of judging. **Public Law and Legal Theory**. Research Paper. No. 2003-4. Loyola Law School. January 2003.

Straus, Leo. **Natural Rights and history**. London: City Gates: 1954.

Struchiner, Noel. A primazia do positivismo conceitual. In: Dimitri Dimoulis; Écio Oto Duarte (coords.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

Struchiner, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito (Tese de doutorado). Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Filosofia, 2005.

Summers, Robert S. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought – A synthesis and critique of our dominant general theory about law and its use. **Cornell Law Review** 66/861-948, 1980-1981.

Tannous, Thiago Saddi. **Pirlimpsiquice**: estudos jurídicos e inevitabilidade da decisão. Universidade Federal do Paraná, Faculdade de direito, 2008.

Taylor, Charles. **Sources of the self**: the making of the modern identity. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.

Twining, William. **Karl Llewellyn and the realist movement**. London: Weidenfeld and Nicholson, 1973.

Villas Bôas Filho, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Walzer, Michael. **Spheres of Justice**: a defense of pluralism and equality. New York: Basic Books, 1983.

Weber, Max. **Economia e sociedade**. v. 2. Brasília: Unb, 2004.

Weinberger, Ota. The norm as fact and as reality. In: Neil MacCormick e Ota Weinberger. **An institutional theory of law**: new approaches to legal positivism. Dordrecht: Reidel Publishing, 1986.

Zumbansen, Peer. Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism and the Ironic Turn of Reflexive Law. **American Journal of Comparative Law**. v. 04, n. 03, 2008.