

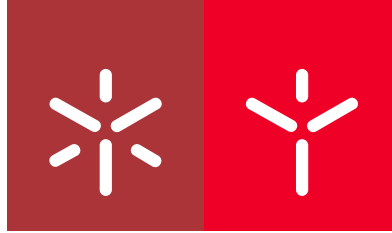


Murilo Strätz

A crise do direito positivo no Estado contemporâneo. A perfectibilidade da lei na jurisprudência

Universidade do Minho
Escola de Direito





Universidade do Minho
Escola de Direito

Murilo Strätz

A crise do direito positivo no Estado contemporâneo. A perfectibilidade da lei na jurisprudência

Tese de Doutoramento
Doutoramento em Ciências Jurídicas
Especialidade em Ciências Jurídicas Gerais

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Joana Maria Madeira Aguiar
e do
Professor Doutor Joaquim Freitas da Rocha

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



**Atribuição
CC BY**

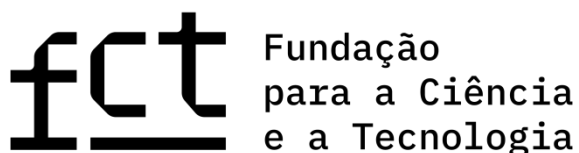
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

AGRADECIMENTOS

Meus sentimentos de gratidão e, somente agora, de realização são proporcionais à entrega e ao esgotamento, tanto mentais quanto psicológicos, que um trabalho de doutoramento invariavelmente exige, seja do próprio investigador que se aventura a elaborá-lo, seja das pessoas do seu entorno, as quais, apesar de parecerem ser meras testemunhas desse hercúleo esforço, não estão imunes ao forte impacto de uma tal empreitada, dela também não saindo, portanto, ilesas. A todos os meus familiares e amigos próximos peço, então, desculpas em primeiro lugar, para só depois agradecer a cada um deles a paciência e a cumplicidade de que tanto abusei durante esse extenuante processo.

Obrigado, mãe, por ser tudo para mim, incondicionalmente. Obrigado, pai, *in memoriam*, por ter lançado as sementes de tudo o que hoje eu colho. Obrigado, meus filhos Murilo e Gabriel, minhas dádivas, por me inspirarem a querer ser sempre uma pessoa melhor e um exemplo para vocês, bem como por me darem essa razão mais que especial para viver. Obrigado, Eloisa, por ser a melhor mãe que o Gabriel poderia ter e por compreender a minha circunstancial ausência. Obrigado, meus irmãos Letícia, Valter Jr. e Rejane, por eu ter sempre com quem contar em todos momentos. Obrigado, meus dedicadíssimos Professores Orientadores, Dra. Joana e Dr. Joaquim, pois, sem as vossas inestimáveis lições de Direito e de humanismo a guiarem pelo caminho certo os meus estudos, as minhas pesquisas estariam apenas engatinhando. Obrigado a todos os meus amigos, aos demais professores da UMinho e aos queridos companheiros de doutorado, pelo apoio caloroso e por todos os debates e trocas de experiências que prazerosamente tivemos ao longo desses quatro últimos anos.

Por fim, mas não menos importante, também agradeço imensamente à Fundação para a Ciência e Tecnologia – FCT, na qualidade de ex-bolseiro, o apoio fornecido às minhas pesquisas mediante o seu respeitado e sério programa de financiamento académico.



DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

A crise do direito positivo no Estado contemporâneo. A perfectibilidade da lei na jurisprudência

RESUMO

A tese doutoral aborda o tema da indeterminação das proposições normativas e a dificuldade de se fixarem parâmetros seguros para a consequente interpretação judicial dos estatutos legais, sobretudo no contexto de crise por que passam o direito positivo e a segurança jurídica nas jurisdições contemporâneas, com destaque para os países de tradição romano-germânica e, em especial, Brasil e Portugal. Desde o século XVIII, os exegetas buscam na lei formal a solução pronta, perfeita e acabada para dirimir os problemas hermenêuticos que a concretização de preceitos jurídicos sempre suscitou. Abandonando a ilusão de certeza da lei tão cultivada pelos adeptos da obsoleta Escola da Exegese, de um lado, mas sem recair no ceticismo fomentado pelo realismo jurídico e por outras vertentes antiformalistas, de outro lado, a tese busca encontrar um justo equilíbrio entre os extremos do predeterminismo legal e do criacionismo judicial sem limites. Com efeito, o fenômeno do judicialismo, antípoda que é do legalismo, transcendeu o *common law* e passou também a exercer implacável influência nos regimes civilísticos, para se expandir no sistema judiciário brasileiro a cada ano com maior intensidade, notadamente a partir da década de noventa do século passado, após a recepção dos movimentos neoconstitucionalistas pela América Latina. Ao impactar o Brasil, essa nova onda assumiu as feições desfiguradas de um sincretismo metodológico vulgar, que, a par de distorcer teoricamente as bases conceituais do positivismo normativista e de subverter o âmago do pensamento kelseniano, passou também a aglutinar, ao bastardo produto dessa distorção, arremedos da teoria alexyana da ponderação, com vistas a libertar os intérpretes brasileiros de toda e qualquer amarra que a lei ainda pudesse representar na adjudicação de direitos pela via judicial. Tal vaga esqueceu-se de incorporar ao seu repertório, porém, as complexas fórmulas matemáticas, como a “*weight formula*”, por exemplo, que Alexy a duras penas desenvolvera para subsidiar e validar cientificamente a sua doutrina do sopesamento. O trabalho ora apresentado tenta mostrar as mazelas dessa recente realidade judicial e propõe, ao final, alguns esboços contributivos para mitigar os problemas apontados.

PALAVRAS-CHAVE: decisão judicial; fundamentação jurídica; interpretação; positivismo normativista; pós-positivismo.

The crisis of positive law in the contemporary State. The perfectibility of legal statutes in jurisprudence

ABSTRACT

The doctoral thesis addresses the issue of the indeterminacy of normative propositions and the difficulty of establishing safe parameters for the consequent judicial interpretation of legal statutes, especially in the context of crisis that positive law and legal certainty are going through in contemporary jurisdictions, with emphasis on countries with a Romano-Germanic tradition and, in particular, Brazil and Portugal. Since the 18th century, exegetes have sought in formal law the ready, perfect and finished solution to resolve the hermeneutical problems that the implementation of legal precepts has always raised. Abandoning the illusion of certainty of the law so cultivated by followers of the obsolete School of Exegesis, on the one hand, but without falling back into the skepticism fostered by legal realism and other anti-formalist strands, on the other hand, the thesis seeks to find a fair balance between the extremes of legal predeterminism and unlimited judicial creationism. In effect, the phenomenon of judicialism, the antipode of legalism, transcended common law and also began to exert relentless influence on civil regimes, expanding in the Brazilian judicial system every year with greater intensity, notably from the nineties onwards of the last century, after the reception of neoconstitutionalist movements throughout Latin America. When it hit Brazil, this new wave took on the disfigured features of a vulgar methodological syncretism, which, as well as theoretically distorting the conceptual bases of normativist positivism and subverting the core of Kelsenian thinking, also began to add, to the bastardized product of this distortion, crude imitations of Alexy's theory of balancing, with a view to freeing Brazilian interpreters from any and all constraints that the law could still represent in the adjudication of rights by the courts. This wave forgot to incorporate into its repertoire, however, the complex mathematical formulas, such as the "weight formula", for example, which Alexy had developed with great difficulty to subsidize and scientifically validate his balancing doctrine. The work presented here attempts to show the shortcomings of this recent judicial reality and proposes, at the end, some contributory approaches to mitigate the problems highlighted.

KEYWORDS: judicial decision; legal basis; interpretation; normativist positivism; post-positivism.

ÍNDICE

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS.....	ii
AGRADECIMENTOS	iii
DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE	iv
RESUMO.....	v
ABSTRACT.....	vi
ÍNDICE	vii
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1: DETERMINISMO LEGAL E APLICAÇÃO DO DIREITO	8
1.1. Considerações gerais.....	8
1.2. A ilusão de certeza na lei	10
1.3. O ceticismo do realismo jurídico.....	16
1.4. De um <i>ser</i> não se extrai um <i>dever-ser</i>	19
1.5. Predeterminismo legal <i>vs</i> criação judicial do Direito.....	25
1.6. A insuficiência do dedutivismo e o uso retórico da remissão à lei.....	31
CAPÍTULO 2: O PROBLEMA DA INSEGURANÇA NA JURISDIÇÃO	41
2.1. Apontamentos iniciais	41
2.2. Programa normativo <i>vs</i> domínio normativo.....	45
2.3. O <i>protoprincípio</i> da segurança jurídica	48
2.4. Certeza a qualquer custo?.....	53
2.5. A positivação da segurança jurídica em Portugal e no Brasil	58
2.6. Como os tribunais portugueses e brasileiros tratam a segurança jurídica	64
CAPÍTULO 3: O SINCRETISMO METODOLÓGICO BRASILEIRO	73
3.1. A “relativização” judicial de institutos constitucionais, dogmáticos e legais.....	73
3.2. O antipositivismo no Brasil como modismo geracional.....	81

3.3. Há algum mal no não-cognitívismo moral aplicado à ciência do Direito?.....	88
3.4. Outros exemplos brasileiros de desprezo judicial à “letra fria da lei”	100
CAPÍTULO 4: O PAPEL DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DIANTE DE ARGUMENTOS CONTRANORMATIVOS.....	121
4.1. Apontamentos iniciais sobre as possíveis <i>causas</i> da decisão judicial.....	121
4.2. Juízes devem ser versados em Análise Econômica do Direito?	126
4.3. A decisão judicial deve ser moral?	132
4.4. Desacordos morais razoáveis e silêncio do Direito	144
4.5. Primeiro se decide e depois se fundamenta?	163
CAPÍTULO 5: A TENTATIVA LUSITANA DE CRISTALIZAR A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: O PROBLEMA DOS ASSENTOS	173
5.1. Apontamentos iniciais e dever de uniformidade jurisprudencial.....	173
5.2. A lei e o assento enquanto meros potenciais normativos em Castanheira Neves	176
5.3. Os assentos do Direito Português: breve histórico sobre dois institutos diversos	180
5.4. Natureza jurídica dos assentos.....	185
5.5. As declarações de inconstitucionalidade parcial do assento	189
5.6. O revogado assento lusitano distingue-se da vigente súmula vinculante brasileira?	190
5.7. Perspectivas sobre a tentativa brasileira de cristalizar a interpretação judicial	197
CAPÍTULO 6: POR QUE JUÍZES DEVERIAM OBEDECER ÀS LEIS?	202
6.1. Nota explicativa	202
6.2. O Direito como ideal de Justiça	203
6.3. O dever de respeito à lei assenta em fundamentos morais de legitimidade?	210
6.4. O que diz a legislação no Brasil e em Portugal sobre si mesma	216
6.5. A tese benthamiana da “separação acústica”	220
6.6. As hipóteses em que o juiz pode (<i>rectius</i> , deve) deixar de aplicar uma lei em vigor que incide na espécie.....	228

6.7. O problema de qualquer juiz poder declarar inconstitucional qualquer lei.....	240
CAPÍTULO 7: ALGUMAS OBJEÇÕES JURÍDICAS À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA APLICADA AO DIREITO BRASILEIRO	247
7.1. A interpretação jurídica como empresa prática	247
7.2. O valor da hermenêutica para o Direito	252
7.3. Os limites da interpretação	257
7.4. Os diálogos institucionais e a superação dos motes metodológicos dos últimos séculos	265
7.5. O problema da viragem hermenêutica e sua manipulação retórica pela jurisprudência brasileira	273
7.6. O caráter normativo da legalidade democrática ou um mero “pedaço de papel”?.....	284
CONCLUSÃO.....	305
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS.....	319

INTRODUÇÃO

A tese objeto das seguintes considerações introdutórias reflete o resultado (sempre provisório e inacabado, como toda empreitada acadêmica) das pesquisas doutorais realizadas sobre o vasto tema da fundamentação dos pronunciamentos judiciais. Seu foco principal recai sobre o hiato existente entre o papel que se espera do direito positivo e o papel que ele de fato desempenha, ao menos sob a perspectiva da segurança jurídica, na jurisdição contemporânea dos países de tradição romano-germânica, com destaque para Portugal e Brasil, cujas Constituições são claríssimas ao estabelecerem o princípio da *legalidade democrática* como o primado inafastável da liberdade - corolário que é da noção de Estado de Direito comungada pela maioria dos países civilizados.¹ Parte-se da premissa básica segundo a qual onde não há lei, não há liberdade; e onde não há liberdade, não há Direito.

A investigação a embasar a tese optou por percorrer uma trajetória multidisciplinar, transitando por diversos ramos do conhecimento jurídico (tanto dogmáticos, quanto zetéticos) e até mesmo por alguns segmentos da filosofia moral, mas evitou mergulhar no movediço e hoje proeminente campo das ciências comportamentais, sob pena de desvirtuar-se o original objeto da pesquisa, qual seja, o de perscrutarem-se as essenciais funções atribuídas às leis, independentemente de estas serem observadas ou inobservadas, no campo fático ou empírico, pelos magistrados encarregados de aplicá-las.

As pesquisas mostraram, tal como se denota no Capítulo 4, que as explicações empíricas sobre o processo de formação da decisão judicial, fornecidas, sobretudo, pela psicologia comportamental (com suas contribuições científicas sobre os “ruídos” e “vieses” do processo decisório), teriam pouca utilidade em uma tese muito mais vocacionada a desnudar a dimensão normativa da legalidade do que propriamente a justificar a maior ou menor aderência desta ao ato de decidir, o que se faria desde um ponto de vista contranormativo, ótica à qual não aderiu o plano de trabalho aqui encetado.

Com efeito, o recurso a metodologias extrajurídicas, tão propalado pelas correntes antiformalistas, não contou com a adesão da presente tese. O mote adotado contrapõe-se, assim, à utilização - tão disseminada quanto enganosa, quer no âmbito da academia, quer no dos tribunais - de argumentos contranormativos como tentativa de naturalizar o descumprimento de proposições legais pelos magistrados, mormente aquelas que veiculam direitos e garantias fundamentais, como se a

¹ A legalidade pode até ser vista como sinônimo de Estado de Direito, tanto no *Rule of Law* dos anglo-saxões quanto no *Rechtsstaat* dos germânicos, ou, ainda, no *État de droit* dos franceses, pois esses três modelos convergem no que se denomina Estado de Direito em sentido estrito, apesar das diferenças que apresentam entre si. Sabe-se que há ordenamentos jurídicos que, apesar de conterem leis injustas e até mesmo desumanas, tais como as que autorizavam a escravidão, enquadram-se na noção Estado de Direito; mas isso não desqualifica, por si só, o argumento de que a legalidade implica liberdade, pois todas as pessoas que não fossem consideradas escravas, usufruíam da liberdade de fazerem tudo o que não era vedado em lei, bem como da liberdade de deixarem de fazer tudo o que não era obrigatório por lei.

insubmissão recorrente e até sistemática dos juízes à lei, enquanto modo institucional de proceder em suas decisões, pudesse ser vista e até justificada por certos observadores como uma questão meramente comportamental, e não jurídico-normativa que com rigor é.

A tese terá de abordar, para tanto, a inescapável tensão existente entre a concepção civilista tradicional, dita *formalista*, que, colocando maior ênfase no legislador, apenas espera do Judiciário a prolação de *decisões programadas*, e a concepção *judicialista*, que, colocando a segurança jurídica em segundo plano, aposta as suas fichas em uma suposta capacidade superior dos juízes de criar *decisões programantes*, aptas, portanto, a criar novas pautas de conduta. Tais pautas de conduta, segundo os defensores do judicialismo, tanto podem ir além das pautas já previstas em lei, quanto podem até mesmo contrariá-las frontalmente, desde que estas sejam vistas como obstáculos formais ou materiais aos *fins* perseguidos pela autoridade ou órgão judicante.

Enquanto os fins perseguidos pelo legislador prestigiam os princípios da isonomia e da segurança jurídica, nucleares que são aos primados da legalidade democrática, do devido processo legal e da liberdade, os fins perseguidos pelo Judiciário, quando contrários às pautas de conduta traçadas pelo Legislativo, acabam por privilegiar apenas uma das partes do caso concreto, a qual se beneficia com a violação dos direitos legais alheios, que cedem espaço a um direito criado pelo juiz, sem correspondência no programa normativo em vigor.

Nessa ordem de ideias, a tese se inicia abordando a discussão, já bem ultrapassada entre os estudiosos (mas ainda arraigada entre os práticos), acerca da determinabilidade dos preceitos normativos. Assim, no **Capítulo 1**, intitulado **Determinismo Legal e Aplicação do Direito**, a tese desconstrói o mito oitocentista da certeza dos comandos legais, afastando a ilusão do predeterminismo legal, tão em voga na Escola da Exegese, cujos autores atribuíam valor quase nulo à interpretação jurídica e confundiam texto e norma, como se esta não tivesse de ser extraída daquele pelo intérprete.

Apesar de apontar a insuficiência do dedutivismo legal, a tese procurará, ainda neste Capítulo inaugural, defender o *princípio de Hume*, segundo o qual não se podem deduzir proposições sobre o *dever* de proposições sobre o *ser*, na medida em que a distinção entre vício e virtude não decorre da relação entre fatos, e tampouco é captada pela razão, já que deriva de um sentimento moral e exprime uma nova relação, completamente diferente daquela que a teria supostamente inspirado. Partindo desse princípio que, apesar de ostentar caráter antifundacionalista, também é comungado por Dworkin, a tese buscará responder à questão sobre se é possível extrair direitos e deveres de fatos. Com esse intuito, acabará por demonstrar que proposições jurídicas nascem de proposições normativas de caráter jurídico, e não de fatos em si considerados, assim como as proposições morais nascem de

proposições normativas de caráter moral, e não dos supostos fatos que atraem para si julgamentos morais. O escopo dessa breve digressão filosófica, ao revés de fornecer subsídios à utilização de argumentos morais, será tão-somente o de delimitar a autonomia do campo jurídico-normativo face ao campo empírico-factual, tão negada pelos antiformalistas, que insistem em extrair normas de fatos que nada têm de jurígenos, criando, assim, direitos sem qualquer respaldo legal. O risco que a tese pretende com isso evidenciar, e em seguida obviar, para além da criação de direitos sem base normativa alguma, é o da violação de direitos e deveres previstos em lei, violação esta que por vezes se dá, paradoxalmente, pelos próprios agentes do Estado encarregados de zelar pelo seu efetivo cumprimento.

Já no **Capítulo 2**, a tese aborda o problema da insegurança jurídica no ato de julgar, considerando que o *programa normativo* nunca consegue contemplar a infinidade de aspectos peculiares nos quais o *domínio normativo* pode decompor-se diante do intérprete. Defende-se ali, então, a busca de critérios que auxiliem a promoção da previsibilidade e da calculabilidade das decisões judiciais, de um lado, sem deixar-se levar, de outro lado, pelo sedutor e ao mesmo tempo ingênuo canto da sereia entoado desde o século XVIII pelos exegéticos, que de modo pueril ignoram a complexidade do ato de interpretar e colocam a certeza ou a determinabilidade dessas decisões acima de qualquer outra dimensão jurídica ou escala axiológica legitimamente defensável. Procuram-se afastar, nesse Capítulo, tanto as correntes que sustentam a certeza a qualquer custo, quanto as vertentes judicialistas que vêm nos pronunciamentos judiciais a única fonte original e efetiva de direito. Tal Capítulo desnudará, no sistema de justiça brasileiro do século XXI, aquilo que Hanna Arendt cunhou de *Estado permanente de ilegalidade*, ao descrever as condutas arbitrárias dos oficiais da Alemanha nazista praticadas na primeira metade do século passado, durante o Holocausto judeu. E assim se prepara o terreno para o Capítulo seguinte, no qual se fornecerá uma série de exemplos de decisões judiciais ilegais.

Migrando para o **Capítulo 3**, a tese passará a revelar o que designou de *sincretismo metodológico brasileiro*, eufemismo para retratar, mediante copiosos exemplos de decisões judiciais, uma institucional falta de aderência a previsões legais e a completa ausência de padrões decisórios no funcionamento do Judiciário nacional, da primeira à última instância, o que leva a um crescente descrédito da população no sistema de justiça colocado à sua disposição. Apesar de ser considerado um dos mais caros do mundo, devido aos altos custos suportados pelo já escorchado contribuinte, o Judiciário brasileiro costuma trazer ao jurisdicionado resultados pouco previsíveis e nada animadores, dadas a dispersão jurisprudencial e a instabilidade decisional que se observam em todos os níveis.

Nesse Capítulo também se demonstra a ascensão do antipositivismo enquanto modismo geracional e se defende a tese positivista do não-cognitivism moral aplicado à ciência do Direito, preparando-se o terreno, assim, para o Capítulo seguinte, que trata do papel da fundamentação jurídica diante de argumentos extraídos de âmbitos externos ao Direito.

Com o solo já adubado de exemplos que falam por si sós, o **Capítulo 4** se inicia diferenciando *causas* e *razões* da decisão judicial, para em seguida enfrentar o controvertido tema do impacto, maior ou menor, que questões econômicas e morais exercem, em uma primeira análise, ou deveriam exercer, em uma segunda análise, sobre o teor dos pronunciamentos emanados do Judiciário. Aqui se critica a ideia, amplamente difundida no seio forense, malgrado decorrente de uma inversão da ordem lógica e natural das coisas, de que o órgão julgador primeiro decide e só depois fundamenta a sua decisão.

Ainda no Capítulo 4 se procurará demonstrar que as decisões pautadas em finalidades (*goals reasons*) podem acabar legitimando os meios pelos fins, em uma lógica maquiavélica, quando os meios utilizados para tanto são ilegais. Já as decisões pautadas em razões de correção (*correction reasons*), ao contrário, costumam preservar a previsibilidade do sistema, ainda que possam eventualmente conduzir a situações atomizadas de injustiça material.

Embora prestigiando o *contexto de justificação* da decisão judicial em detrimento do seu *contexto de descoberta* - por colocar mais acento nas *razões* do que nas *causas* da decisão judicial -, e apesar de preferir as *razões de correção* às *razões de finalidade* como fundamento dos pronunciamentos jurisdicionais, a presente tese não se propõe a defender nenhum tipo de exegetismo, artificialismo de fundamentação, dogmatismo sacramental, hiper-racionalismo, determinismo universal, fundamentalismo transcendental, imobilismo conceitual ou algo do gênero. Nem mesmo de uma defesa apaixonada do formalismo jurídico se trata.

Mas tampouco a tese pode ser acusada de trilhar um caminho pós-positivista, pois o desenvolvimento nela contido acabou justamente por se contrapor à moda que vem assolando a jurisdição brasileira nas últimas décadas, a qual passou a encarar a normatividade da lei como uma mera escolha do juiz.

O problema é que, se for tratada como uma simples escolha do juiz, a carga normativa dos comandos legais passa a ser considerada uma peça de decoração no cenário de julgamento, ou uma mera atriz coadjuvante na trama judicial, já que poderá ser sumariamente afastada de cena ao alvedrio do juiz, se este reputá-la inconveniente aos fins colimados pela autoridade judicante, por mais que o caso em exame atraia a incidência da norma.

É sobre este pano de fundo de decisões judiciais refratárias a preceitos legais – cujos exemplos mais marcantes se encontram no **Capítulo 3**, embora permeiem todo o desenvolvimento da obra – que a tese caminha, com vistas a demonstrar que o argumento sustentado ao longo dela não se contenta com a assepsia de um debate puramente acadêmico, aut centrado e encerrado como um fim em si mesmo, mas busca, para além disso, trazer também alguma contribuição no plano prático.

Não se restringindo a denunciar a já notória crise vivenciada pelo direito positivo no Estado contemporâneo – a qual não é exclusividade dos brasileiros e nem dos portugueses, mas sim uma conformação global decorrente de mudanças gerais de cultura e do crescente influxo de outros fatores de poder que vão muito além do Estado legislador -,² a tese se propõe a resgatar a importância do *garantismo* legal para a defesa do Estado Democrático de Direito, da legalidade, do devido processo legal e, em consequência, da própria liberdade, sem a qual o indivíduo perde a sua autonomia e, por conseguinte, a sua própria *dignidade*, passando a ser instrumentalizado por outros indivíduos, por corporações ou grupos econômicos e até pelo próprio Estado. A fim de não ser subjugado por interesses outros que os fixados de modo isonômico na lei, cabe ao jurisdicionado, sempre que coagido a fazer ou suportar o que a lei não obriga, ou proibido de fazer o que a lei não veda, socorrer-se do Judiciário, enquanto sua última tábua de salvação. De nada tal socorro lhe aproveitará, contudo, se o direito que a legislação lhe coloca à disposição for afastado ou flexibilizado no caso concreto pelo sistema de justiça a partir de critérios econômicos, religiosos ou morais não contemplados em lei.

Certo expansionismo judicial indevido se observa quando, a pretexto de colmatar um vácuo legal ou interpretar uma lei que repute indesejável, o Judiciário busca na verdade escrever a sua própria lei, seja por não concordar com os ditames da elaborada pelos representantes do povo, seja por entender que a aplicação desta a um caso específico conduzirá a uma situação de flagrante injustiça ou não atenderá ao bem comum. Esta última situação – de utilização da decisão judicial como instrumento político para o atingimento de certas finalidades de interesse coletivo - é ainda mais delicada do ponto de vista da Separação dos Poderes e das suas *capacidades institucionais*, tema que será explorado no **Capítulo 7**, mais precisamente no seu subtítulo 7.4, designado de “Os diálogos institucionais e a superação dos motes metodológicos dos últimos séculos”. Além disso, a atuação judicial pautada em questões de política (*matters of policy*), e não apenas em questões de princípio (*matters of principle*), suscita acalorados debates entre os seus defensores (os utilitaristas), que distinguem o certo (útil) e o errado (inútil) a partir da experiência e dos resultados atingidos por meio desta, e os seus detratores

² Conforme se verá no Capítulo 7, item 7.6, o Professor Joaquim Freitas da Rocha denomina tal fenômeno de “corrosão do poder legislativo clássico”, induzida pelos impulsos pós-modernos da *desestadualização*, da *desracionalização* e da *desabstração da lei*.

(os universalistas), que discernem o certo do errado a partir de uma perspectiva apriorística e sem levar em conta as consequências da ação, para concluir por sua correção ou incorreção.

E, no afã de evitar futuras interpretações incorretas, certos tribunais tentam cristalizar a interpretação que consideram a mais correta para hipóteses bem definidas. Conforme se demonstrará no **Capítulo 5** com supedâneo no largo escólio de Castanheira Neves, diversos são os instrumentos por meio dos quais os tribunais do mundo todo fixam, ao longo de sua história, as interpretações que consideram corretas e *vinculantes* durante determinado período, tais como os “assentos” de Portugal, as “façanhas” do Direito Ibérico Medieval dos séculos XII a XV, os “*arrêts de reglements*” do Parlamento francês durante o *Ancien Régime*, as “Directivas ou Principios Directores” dos regimes autoritários do leste europeu, a “*doctrina legal*” do Supremo Tribunal espanhol, a “jurisprudência obrigatória” da Suprema Corte Mexicana, os “enunciados da Súmula Vinculante” do Brasil, entre outros instrumentos. Também no **Capítulo 5** se fará uma análise jurídico-comparativa entre Portugal e Brasil no que tange a tais instrumentos.

No penúltimo Capítulo da tese (**Capítulo 6: Por que juízes deveriam obedecer às leis?**), investiga-se qual seria o fundamento de legitimidade das leis, a ponto de torná-las de observância obrigatória não apenas para os cidadãos em geral, mas também para os juízes, ocasião em que se rechaçará tese benthamiana da “separação acústica”. E, ao final deste Capítulo, mas não menos importante, precisamente no item 6.7, a tese trata de um tema de extrema relevância para o Direito positivo e para a correta interpretação de seus dispositivos, que é o da **Legística**, conjunto de técnicas legislativas sem as quais lei alguma pode ser minimamente bem interpretada, isto é, compreendida em bases racionais, por melhores que sejam as intenções do legislador e do futuro intérprete. O respeito pelo Parlamento a critérios técnicos de redação legislativa, tanto formais quanto materiais, é indispensável à correção do seu resultado final, até porque não são funções ordinárias do Judiciário as de atuar como instância revisora do Legislativo e de reescrever leis que haviam sido mal escritas, mas sim as de bem interpretá-las e de aplicá-las às hipóteses fáticas atraentes de sua incidência.

Lançadas nos Capítulos anteriores as bases jusfilosóficas do dever judicial de obediência às leis, a tese avança rumo à sua reta final. E é no derradeiro Capítulo (**Capítulo 7: Algumas objeções jurídicas à hermenêutica filosófica aplicada ao direito brasileiro**), certamente o mais controverso da tese ora apresentada, que o trabalho servirá de palco a acalorados debates hermenêuticos, contrapondo autores essencialistas e cognitivistas, de um lado, *versus* autores

relativistas e desconstrutivistas, de outro.³ O debate entre universalistas e particularistas também se faz presente na tese, mas com maior intensidade no Capítulo 6, que antecede o último.

Ponto de crucial importância que também será abordado no Capítulo final é o problema da viragem hermenêutica e a sua manipulação retórica pela jurisprudência brasileira, que, apesar não filiada institucionalmente à hermenêutica ontológica, logra utilizá-la quando lhe é conveniente deixar de aplicar uma determinada lei. Também usual em nossa jurisprudência, conforme se verá, é o recurso a uma vulgata da técnica alexyana da ponderação, fruto de uma simplificação do pensamento alemão criada pela doutrina brasileira e difundida pelos tribunais pátrios, sem a correta observância dos rígidos critérios dogmáticos estabelecidos por Alexy.

Por fim, antes de adentrar nos Capítulos propriamente ditos, faz-se pertinente mais um esclarecimento preliminar ao leitor. É que a tese, ao longo do seu desenvolvimento, vale-se mais frequentemente das expressões “pós-positivistas” e “Pós-positivismo” que das expressões “neoconstitucionalistas” e “Neoconstitucionalismo”. Sabendo-se que tais expressões não são sinônimas, considera-se mais abrangente e adequada ao presente objeto de pesquisa, além de menos pejorativa, a referência semântica às primeiras, quando se trata de designar o conjunto de movimentos que, tendo como pano de fundo metodológico a Teoria da Argumentação Jurídica (TAJ), consolidaram-se no sentido de questionar as principais teses do juspositivismo kelseniano e hartiano. O termo Neoconstitucionalismo,⁴ cuja utilização causou grande repercussão na América do Sul, onde ganhou maior notoriedade, está em regra atrelado às discussões sobre a judicialização da política e sobre a expansão da força normativa da Constituição para todos os ramos do Direito, promovendo uma drástica “releitura” dos institutos dogmáticos que os integram e, por vezes, até descaracterizando, quase sempre em prol do devedor e em nome de um já esgarçado conceito de dignidade humana, institutos clássicos do Direito Civil, como, por exemplo, o *pacta sunt servanda*. Inúmeros preceitos normativos são esvaziados por esse expansionismo judicial, inclusive aqueles com *status* constitucional, tais como as regras processuais, previstas expressamente na Constituição brasileira, que proíbem a prova ilícita, a manutenção de prisões ilegais e o indevido sequestro de verbas públicas, quando este último é determinado pelo tribunal fora da única hipótese para tanto prevista na própria Carta (que só o admite no caso de preterição na ordem de prioridade dos precatórios).

3 O tema da clareza ou opacidade dos sentidos que cada intérprete, a cada momento histórico e diante de cada contexto fático, extrai de um texto lei, objeto de intensa discussão ao longo de toda a tese, também não passou despercebido ao jurista brasileiro Rui Barbosa, a quem se atribui a seguinte observação: “Se há relatividade debaixo do céu é, pois, a da clareza jurídica. Não é que ela não exista. Mas não faltará jamais quem a conteste”. Com efeito, razão tinha o Águia de Haia ao afirmar que a clareza jurídica até pode existir em diversas situações, mas com a ressalva de que ela sempre será contestada.

4 A origem etimológica do Neoconstitucionalismo não deixa de trazer uma certa carga pejorativa, pois foi um rótulo depreciativo encontrado pela Escola de Gênova para criticar autores antipositivistas como Dworkin, Nino, Alexy, Zagrebelsky, Atienza, entre outros. Mote metodológico comum às propostas pós-positivista e neoconstitucionalista é a Teoria da Argumentação Jurídica (TAJ), que nos séculos XX e XXI veio a ocupar, no seio da epistemologia do Direito, o privilegiado *status* acadêmico que no século XIX era ocupado pelas Teorias da Interpretação.

CAPÍTULO 1: DETERMINISMO LEGAL E APLICAÇÃO DO DIREITO

1. 1. Considerações gerais

O crescente protagonismo do Poder Judiciário não é mais novidade a partir da segunda metade do século XX, sendo empiricamente constatado tanto nas democracias adeptas do Direito Comum (EUA e Reino Unido, p.e.) quanto nas alinhadas à tradição romano-germânica (Europa continental e Brasil, p.e.). Em tese, não haveria maiores problemas nisso, já que, em países civilizados, é a própria Constituição que costuma atribuir aos tribunais a grave missão de, sempre que provocado pela parte legitimada, interpretar as leis e aplicá-las na forma do devido processo legal e dos seus corolários, com destaque para os princípios do juiz natural, do contraditório substancial⁵, da ampla defesa e da exigência de efetiva fundamentação⁶ nas decisões judiciais.

O problema começa a surgir a partir do momento em que a legalidade democrática⁷ deixa de constituir um pressuposto⁸ necessário à decisão do juiz e passa a ser vista como um mero protocolo de boas intenções do legislador, sem qualquer força normativa em face dos juizes, como se a principal função destes fosse a de criar um Direito afeiçãoado à moral própria de cada magistrado e, não raro, absolutamente contrário à lei (refiro-me a decisões judiciais solipsistas e *contra legem*).

Conforme ensinam João Caupers e Joana Fernandes Costa, embora a Magna Carta (1215) e o *English Bill of Rights* (1689) já se referissem ao princípio da legalidade, foi na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que tal preceito estruturador da noção de Estado de Direito se tornou um símbolo oficial de proteção do indivíduo em face do Estado, irradiando-se em seguida para a generalidade dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.⁹

5 Dentre as várias inovações trazidas pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, este “propõe uma vertente participativa/cooperativa, a estimular o policentrismo e a interdependência de todos os sujeitos processuais, em um verdadeiro contraditório substancial, de modo que um pronunciamento vinculante não seja visto como um ponto de chegada, senão de partida, sempre aberto aos argumentos que poderão ser lançados quanto à sua correta aplicabilidade ao caso concreto, rumo ao seu aprimoramento” (RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro; STRÄTZ, Murilo. “Contraditório em julgamentos representativos de controvérsias”. *Revista Jurídica Luso-Brasileira* - RJLB (ISSN 2183-539X - <http://cidp.pt/>), Ano 5, n° 6, 2019, pp. 1567-1604).

6 Luiz Fux e Bruno Bodart destacam o viés democrático da fundamentação decisória: “Toda a carga legitimadora do sistema jurisdicional depende da adequada fundamentação dos provimentos judiciais, como garantia de que a participação democrática será sempre a base da conclusão adotada pelos magistrados” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. “Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito”. *Revista de Processo*. Vol. 269, ano 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2017, pp. 421-432, p. 424).

7 Segundo o art. 3.º, n. 2, da Constituição portuguesa, “[O] Estado subordina-se à Constituição e funda-se na **legalidade democrática**” (grifou-se). Aqui *não* se lê que o Estado se subordina ao Judiciário, nem que se funda nas decisões judiciais. Segundo Michel Rosenfeld, a legalidade pode ser vista como sinônimo de Estado de Direito, tanto o *Rule of Law* dos anglo-saxões quanto o *Rechtsstaat* dos germânicos, ou, ainda, o *État de droit* dos franceses, pois esses três modelos convergem no que se denomina Estado de Direito em sentido estrito (“*narrow sense*”), apesar de apresentarem diferenças entre si (ROSENFELD, Michel. “*The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*”. In *Southern California Law Review*. V. 74. Los Angeles: Southern California University Press, 2001, pp. 1307-1352).

8 Joaquim Freitas da Rocha ressalva, porém, que nem todos os pressupostos da decisão judicial são normas jurídicas (v.g., contratos e atos administrativos, pois estes também podem funcionar como objeto da decisão judicial, além de seu pressuposto). E observa, também, que em sistemas de *Civil Law* os tribunais não criam Direito, embora o possam adequar, pois não inovam o direito *objetivo*, senão apenas o *subjetivo*, vale dizer, apenas para o caso concreto (ROCHA, Joaquim Freitas da. **Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos: esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa**. Versão policopiada. Coimbra, 2006, pp. 105-113).

9 CAUPERS, João; COSTA, Joana Fernandes. “40 anos do Código Penal — apontamentos sobre o princípio da legalidade penal na jurisprudência do Tribunal Constitucional” (2022). In: **De Legibus**, n° 4, Edição Especial — Estudos comemorativos dos 40 anos do Código Penal. Lisboa: Revista de Direito da Universidade Lusófona, dezembro de 2022, pp. 25-38, p. 25. Disponível em: <https://doi.org/10.24140/dlb.vi4.9024>. Acesso em 04/10/2023.

O desprezo dos juízes pela lei pode assumir diversas formas, mas a sua roupagem institucional é sempre a mesma, pois a reticência à legalidade democrática vem invariavelmente camuflada com as vestes da imunizante independência judicial, mesmo nos casos em que a lei desprezada sequer seja objeto de controle de constitucionalidade. Como se sabe, uma lei vigente só pode deixar de ser aplicada a um caso ao qual se amolde se for declarada inconstitucional¹⁰ ou anticonvencional¹¹, pois não cabe ao juiz fazer juízo de valor quanto ao mérito de uma lei tida por constitucional, como se a margem institucional de discricionariedade do legislador pudesse ser legitimamente substituída pela discricionariedade pessoal do julgador.

Em matéria processual civil, por exemplo, os tribunais brasileiros superiores não têm observado o prazo legal de um ano no máximo para julgarem os processos cujas teses jurídicas vincularão os órgãos judiciários inferiores, tal como previsto no Código de Processo Civil de 2015, o que tem contribuído para uma demora ainda maior na tramitação dos processos de massa, demora esta que é alvo das reformas levadas a cabo pelo legislador brasileiro rumo a uma justiça mais rápida, eficiente, isonômica e reverente à segurança jurídica. O art. 1035, § 5º, deste Código prevê que, com o reconhecimento da Repercussão Geral de um assunto pelo Supremo Tribunal Federal, o Relator determinará a suspensão dos demais processos em que sejam tratadas idênticas questões de direito, a fim de que não se prolatem decisões judiciais díspares sobre o mesmo tema jurídico. E o § 9º do mesmo artigo impõe que o “recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*”. Tal limite temporal tem sido em regra desconsiderado, o que é agravado pelo fato de os demais tribunais estarem impedidos de decidir o tema até que o Supremo se pronuncie definitivamente. Isso aumenta a taxa de congestionamento nos tribunais, pois gera acúmulo de processos pendentes de julgamento e maior demora na resolução dos casos, justamente o que a reforma processual de 2015 objetivou amenizar.

A hermenêutica processual penal também é pródiga de exemplos de inobservância judicial a comandos legais expressos, sobretudo os que positivam direitos e garantias individuais do acusado ou investigado em persecução criminal. A renitência por parte de significativa parcela da magistratura a tais prerrogativas processuais levou a uma reação do Legislativo, corporificada na nova Lei brasileira de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), cujos dispositivos tipificam como crime certos comportamentos judiciais que se mostrem dolosamente refratários a prescrições legais cogentes, a exemplo do art. 32 da Lei, que criminaliza a recusa, ao investigado, seu defensor ou advogado, de acesso aos autos de investigação¹². Embora o direito de acesso aos autos já constasse do Código de Processo Penal, do Estatuto da Advocacia e até mesmo de enunciado da

10 E, para que um dispositivo legal seja declarado inconstitucional por um tribunal, há de respeitar-se a cláusula constitucional de reserva de plenário, na forma do que esclarece o Verbete nº 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

11 Trata-se da norma que não passa pelo crivo de convencionalidade, vale dizer, que contraria alguma convenção ou tratado internacional do qual o Brasil seja parte.

12 “Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal¹³, houve a necessidade de tornar crime a conduta judicial violadora do exercício desse direito, como o último recurso lançado pelo legislador para compelir a magistratura a observar a lei e a jurisprudência sumulada do Supremo.

Questiona-se, portanto, qual o papel da lei nas sociedades complexas da pós-modernidade, se é que algum papel ainda lhe resta numa dinâmica forense que coloca magistrados acima de comandos legais, como se estes nada representassem antes da decisão no caso concreto. Não há Direito antes do veredicto judicial? O Direito nasce da sentença prolatada pelo Judiciário? Ou é esta que nasce daquele? A lei só possui caráter normativo depois de interpretada pelos tribunais? Ou é o poder destes que é dado pela lei? Vários são os questionamentos que se suscitam na relação entre lei e sentença.

1.2. A ilusão de certeza na lei

Por óbvio que a presente tese não se filia à ingênua visão oitocentista que identificava o Direito com a lei e acreditava que, com a pretensão totalizante do modelo legal estatuído pelos movimentos codificatórios, seria possível ao legislador esgotar racionalmente o complexo e multifacetado fenômeno jurídico, aprisionando-o dentro de um conjunto exauriente de leis. É cediço que a lei não pode mais ser vista como exclusiva matriz de juridicidade, conforme bem ensina a Professora Joana Aguiar e Silva¹⁴.

A pretensão de totalidade que a Escola da Exegese projetava na figura do legislador é denominada por Norberto Bobbio como o “dogma da onipotência do legislador”¹⁵. Tal legalismo fora adotado pelo movimento revolucionário francês, cujo espírito popular de revolta contra os abusos judiciais típicos do Antigo Regime fez constar expressamente da Constituição de 1791, no art. 3º do Capítulo V do Título III, que “[O]s tribunais não podem intrometer-se no exercício do poder legislativo ou suspender a execução das leis, nem intervir nas funções administrativas ou chamar para comparecer em juízo os administradores por razões (inerentes) às suas funções”¹⁶.

Acreditava-se ingenuamente no poder quase sobrenatural do método lógico-dedutivo enquanto instrumento infalível para a interpretação da lei, a qual era vista como um verdadeiro dogma da razão humana

13 Verbete nº 14 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

14 “No específico domínio jurídico, o descrédito da lei enquanto exclusiva matriz de juridicidade, dotada de autonomia, exaustividade e completude, implicou a recuperação de modos de pensar antes abafados pelos consensos racionalistas da modernidade. A razão da ciência moderna - jurídica incluída - deixa de ser considerada como fonte de verdades inquestionáveis, passando a pretensão universalista da metodologia científica, a partir de certa altura, a suscitar uma forte reserva” (AGUIAR E SILVA, Joana Maria Madeira. “Desafios hermenêuticos da juridicidade pós-moderna: entre texto, norma e método/ para lá da interpretação negativa”. // Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade - **FIDES**, Natal, V. 8, n. 2, jul./dez. 2017, p. 87).

15 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006. p. 74.

16 Disponível em: <https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>. Acesso em 08/01/2022.

revelado pelo legislador, com vistas a refrear as pulsões arbitrárias das autoridades julgadoras. Atribuem-se ao Código Napoleônico os méritos pelo prestígio de que a Escola da Exegese gozou mesmo fora da França.¹⁷

A confiança cega nesse método exegético, como se vê, falhou.

Joana Aguiar lembra que é a partir da segunda metade do século XIX que o formalismo legalista, fundado na máxima “*in claris non fit interpretatio*”, começa a ser questionado com o surgimento de movimentos a demonstrar o enorme hiato existente entre o formalismo teórico e a praxe forense, culminando-se com a derrocada da Escola da Exegese.¹⁸ Hoje é fato quase notório que até mesmo a noção de clareza é dada pela interpretação, pois só consideramos um texto como sendo claro depois de interpretá-lo.

Com efeito, não poderia mesmo gozar de muita longevidade um movimento teórico cuja metodologia calcava-se exclusivamente nas técnicas da *interpretação gramatical* ou *literal*, como instrumental supostamente suficiente para extrair o pleno significado da lei.

A Professora Tecla Mazzarese ensina que há, nos dias atuais, basicamente quatro correntes linguísticas que concorrem em relação à possibilidade da *interpretação literal*, as quais vão do *literalismo radical* ao *antiliteralismo radical*, passando por suas concepções intermediárias (*literalismo moderado* e *antiliteralismo moderado*).¹⁹ Mas, por mais que a tese da literalidade absoluta esteja há muito superada enquanto categoria filológica, é interessante notar que no Brasil, pelo menos até a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 - que só entrou em vigor em 16 de março de 2016 -, a legislação processual brasileira ainda se valia da locução “violação de *literal* dispositivo de lei” para prever a principal hipótese de cabimento da ação rescisória.²⁰

17 “Devido à excelência do Código Napoleônico, a Escola da Exegese conquistou a Alemanha (jurisprudência dos conceitos) e a Inglaterra (jurisprudência analítica) na esteira do postulado liberal individualista de não se deixar margem ao arbítrio do juiz, pois a lei era dogma jurídico, e o método interpretativo por isso mesmo se denominou dogmático, já que o direito era uma criação da razão humana, que, ao legislador, apenas incumbia revelar, devendo o intérprete limitar-se, valendo-se da lógica matemática, ao uso do processo lógico-dedutivo” (LOBO, Jorge. “Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito”. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 72, abr./jun. 2019, pp. 125-153, p. 130. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1344914/Jorge_Lobo.pdf. Acesso em 20/03/2021).

18 “A decadência do princípio *in claris non fit interpretatio*, ou da negação da interpretação em função da clareza literal da disposição normativa, começa a fazer-se sentir já no final do século XIX, com a ascensão de sucessivos movimentos e correntes anti-formalistas (a própria Escola da Exegese se mostra em declínio, com François Géný a publicar, em 1899, o seu monumental *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*), que têm como detonador o crescente abismo que se vai fazendo sentir entre teoria e *praxis*. Movimentos que se vêm a consolidar, sobretudo, a partir da segunda metade do século XIX” (AGUIAR E SILVA, Joana Maria Madeira. Desafios hermenêuticos da juridicidade pós-moderna: entre texto, norma e método/ para lá da interpretação negativa. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade - FIDES*, Natal, V. 8, n. 2, jul./dez. 2017, pp. 83-100, p. 86).

19 Em linhas muito gerais, enquanto o *literalismo radical* dispensa qualquer informação contextual para retirar o significado de um texto (o exemplo dado por Mazzarese é de uma carta anônima), o *antiliteralismo radical* nega mesmo a possibilidade de distinção entre significado literal e significado figurado. Já o *literalismo moderado* considera como semanticamente relevantes alguns fatores para a extração de significados de um texto, considerando-os um ponto de partida, cujo ponto de chegada dependerá, obviamente, das demais condições oferecidas pelo contexto. Por fim, o *antiliteralismo moderado* pauta sua análise na pragmática dos atos de fala e na teoria de Wittgenstein sobre o uso dos significados em nível sintático, semântico e pragmático (MAZZARESE, Tecla. “Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente”. *In: Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 23, pp. 597-631, 2000, pp. 598-609).

20 O CPC/1973, que permaneceu em vigor até o dia 15 de março de 2016, previa, em seu artigo 485, V, que “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando (...) violar literal disposição de lei”. O CPC/2015 corrigiu tal atecnia, ao substituir tal oração pela seguinte: “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando (...) violar manifestamente norma jurídica”, conforme se lê no artigo 966, V, do atual Código. O problema agora resta saber o que se entende por *violação manifesta da norma jurídica*. Na verdade, é apenas uma nova forma, mais adequada, de referir-se à antiga *violação a literal disposição de lei*, com a sutil diferença de que a nova redação também abarca, para além da lei, os princípios, os precedentes vinculantes e os atos negociais, os quais são igualmente considerados comandos normativos e, portanto, fontes do Direito. A mesma postura se observa no artigo 8º do CPC/2015, cuja redação, diferentemente da contida em diversas previsões do CPC/1973, prefere trocar o termo “lei” pela expressão “ordenamento jurídico”, que é evidentemente mais abrangente.

Foi somente com a revogação do Código de 1973 que a lei processual brasileira substituiu a oração “violar *literal* dispositivo de lei” pela oração “violar manifestamente norma jurídica”.

Portanto, não seria em pleno século XXI que uma tese doutoral em Direito buscaria, ao menos impunemente, ressuscitar um *literalismo radical* já condenado desde os fins do século XIX. Isso não nos impede de utilizar ao longo do trabalho, porém, expressões como o “*literal* dispositivo da lei *tal*”, a “*literalidade* do artigo *tal*” ou “a lei manda *literalmente* que o juiz garanta às partes o exercício da prerrogativa processual *tal*”, etc, enquanto recursos retóricos que buscam evidenciar o peso de previsões legais específicas e pormenorizadas, cuja redação, portanto, deve pelo menos ser levada em consideração pelo juiz no momento de decidir, ainda que lhe sirva como um mero ponto de partida para o raciocínio que se desenvolverá ao longo da fundamentação da sentença. A crítica que se faz é que tais previsões literais por vezes não são consideradas sequer como um necessário “ponto de partida” para a fundamentação judicial, e muito menos como um limite semântico para esta. Para Mazzarese, a utilidade da interpretação *literal* é justamente a de servir de *ponto de partida* para o ato de interpretar.²¹ Acrescentaríamos, a esta, outra utilidade da técnica literal (enquanto mera ferramenta da interpretação, e não ainda o seu produto final ou resultado, fique claro), que é a de oferecer também *limites semânticos* mínimos ao intérprete, já que os signos gramaticais não podem ser de todo desprezados. Por exemplo, se a lei civil autoriza o confrontante a podar os *galhos de árvores* do vizinho que, ultrapassando a estrema do prédio, avançarem sobre o seu imóvel, a expressão “galhos de árvores” não pode ser lida para dela extrair-se a esdrúxula interpretação de que a regra ali contida aplicar-se-ia também à poda de galhos (ou chifres) de *animais* que venham a invadir a propriedade, já que o termo *árvores* não se confunde semanticamente com o termo *animais*, por óbvio.²²

Quer-se com esse prosaico exemplo apenas demonstrar que as palavras importam, sim, e até mesmo ostentam uma certa “autonomia semântica”²³, por mais que a consideração do contexto pelo intérprete seja sempre essencial. Como corolário disso, pode-se dizer, também com Frederick Schauer, que, diante de um problema jurídico, a linguagem legal pode fornecer, por si só, uma resposta plausível, uma resposta ruim ou mesmo não oferecer resposta alguma, a depender do caso, sendo a terceira hipótese a menos usual.²⁴

21 *Ibidem*, p. 622.

22 Nesse bizarro, porém ilustrativo, exemplo (já que o exagero é amigo da didática), a ferramenta da literalidade, ao exercer um constrangimento semântico sobre o intérprete, tende a impedir que, por meio de uma tosca interpretação extensiva, seja autorizada a prática de ato de crueldade animal consistente na amputação dos chifres dos invasores. Não é por acaso, a propósito, que a doutrina fala em função positiva e função negativa do elemento literal, para designar, respectivamente, a indução a determinados sentidos e a exclusão de outros.

23 Frederick Schauer afirma que a linguagem carrega consigo mesma certos conteúdos semânticos ordinários, apesar do uso excepcional, figurado ou extraordinário que certas pessoas possam fazer dela em ocasiões particulares (SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. New York: Oxford University Press, 1991, p. 58).

24 E Schauer observa ser raro que o significado literal das palavras contidas na lei não seja suficiente para determinar o resultado final da solução jurídica, já que a maioria das disputas enquadra-se no conceito de “casos fáceis”, *verbis*: “*If the words of the law provide a sensible solution to a problem or a dispute, even if not the only sensible answer, it is rare for the literal meaning of the words not to determine the legal outcome. Indeed, such cases are unlikely to be disputed, and, if disputed, unlikely to be litigated, and, if litigated, unlikely to be appealed. Lawyers often talk of hard cases, but there are many easy cases as well.*”²² *When the language of a statute is clear and produces a sensible result, we have an easy case of statutory construction. In such cases, the sensible resolution provided by the words of the statute alone will normally be dispositive*” (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 157).

Nesse sentido, tendemos a nos filiar à corrente do *literalismo moderado*, pois, não desprezando o fato de que a interpretação literal está longe de ser um *ponto de chegada* na extração do conteúdo de um texto, concordamos com o fato de que ela é, no mínimo, um *relevante ponto de partida*, a ser sempre cotejado com outros pontos de partida, linguísticos e não-linguísticos, de modo que todos eles estejam devidamente situados nos contextos geral e específico em que é inserido o objeto interpretado. Devem também ser levadas em conta, de outro lado, a historicidade e as pré-compreensões gadamerianas de sentido compartilhadas pela comunidade linguística, das quais o intérprete não pode também jamais se descurar. Procuraremos demonstrar, portanto, que o ato de interpretar não é assim tão livre e desprovido de amarras quanto os *antiliteralistas* radicais supõem. Há, pelo menos em relação à interpretação judicial, “*constrangimentos substantivos*”²⁵, para nos valermos de uma expressão cara a Hart.

O tema obviamente leva o debate para o âmbito hermenêutico. As discussões mais profundas sobre hermenêutica, porém, serão melhor abordadas em Capítulo próprio, por transcenderem o breve escopo deste Capítulo introdutório, mais voltado a antecipar – do que propriamente a resolver – os problemas que a presente tese vem a suscitar.

A tese ora sustentada, como não poderia deixar de ser, obviamente acolhe as críticas que se fazem à visão legalista, ao método puramente gramatical de interpretação (literal) e à crença quase cega no método subsuntivo como ferramenta para resolução de dissensos interpretativos. Não nos filiamos, portanto, a um modelo formalista puro, segundo o qual os limites entre a atividade legislativa e o ofício jurisdicional seriam rigorosamente tão bem definidos, que dos magistrados só se poderia esperar a aplicação, pura, simples, neutral e anódina dos textos legais produzidos pelas casas legiferantes.

Por óbvio que a presente tese não fecha os olhos para a realidade pretoriana ao ponto de desconsiderar a atividade criativa exercida pelo Judiciário.

Se nos é incontroversa a constatação de que a lei não contém, de antemão, a solução jurídica pronta e acabada para a resolução de todos os litígios, somos compelidos a reconhecer que os juízes não são seres autômatos nem inanimados, ao contrário do que supunha Montesquieu²⁶. De outro lado, porém, não podemos equiparar a função jurisdicional à atividade de produção legislativa, ainda que condicionada a certas nuances, como pretendia Mauro Cappelletti²⁷.

25 HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 336 (pós-escrito).

26 A pitoresca visão de Montesquieu sobre o papel dos juízes, enquanto «seres inanimados que não podem moderar o rigor da lei», celebrou-se nesses termos, *verbis*: “*Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat de. **De l'esprit des lois** (1758). Édition établie par Laurent Versini. Paris : Éditions Gallimard, 1995, p. 116).

27 Para Mauro Cappelletti, a função de julgar não difere, em substância, da função de legislar, exceto em razão da necessidade de contraditório na primeira função, já que tanto o juiz quanto o legislador criam direitos (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999). Também Hart se mostrava cético em relação ao que ele chamou de “sonho nobre”, segundo o qual juízes respeitariam a legislação posta e se restringiriam a aplicá-la como obra sagrada dos representantes do povo, a qual só poderia por estes ser modificada

Rejeita-se na presente tese a concepção de que a natureza da atividade judicial seja meramente *declaratória* (reprodutiva), tal como defendida por William Blackstone, ou puramente *constitutiva* (criativa) do Direito, tal como propugnada por Jeremy Bentham alguns anos depois. A atividade interpretativa exercida pelo juiz, de um lado, não se restringe a uma função meramente *cognoscitiva-declaratória*, mas tampouco pode ser considerada, de outro lado, uma função exclusivamente *decisório-constitutiva*.

Essas duas funções estão necessariamente presentes na atividade judicial, já que, sem a primeira, a jurisdição seria absolutamente arbitrária, e, sem a segunda, a jurisdição igualar-se-ia à doutrina.

Entendemos, com Neil MacCormick²⁸, que a judicatura não pode desconsiderar os elementos do Direito positivo, sejam suas regras, sejam seus princípios, dada a inexorável vinculação que tais elementos exercem sobre a atividade jurisdicional, o que não ocorre com a produção legislativa, em tese vinculada apenas à Constituição e aos tratados e convenções internacionais dos quais o país seja parte.

Mas Castanheira Neves, cuja concepção será vista com mais vagar nos próximos capítulos, defendeu em sua tese doutoramento aprovada em 1967 que, embora a lei seja um instrumento privilegiado para a realização do Direito, haveria nela uma indeterminação intencional e normativa que só o julgador pode, constitutivamente, suprir, dados os limites de extensão e de validade que tornam o texto legal insuficiente, por si só, diante do caso concreto.²⁹ O Catedrático de Coimbra sustenta, enquanto abordagens científicas mais fiéis à realidade do Direito, as metodologias prático-normativas e histórico-concretas, próprias da *casuística* a nortear a “jurisprudência dos interesses”, ao entender que “o direito é uma entidade cultural, com uma intencionalidade, um conteúdo e um dinamismo históricos”³⁰. Tal abordagem contrapõe-se ao método subsuntivo e à tese da separação entre interpretação, aplicação e integração do Direito, que, sendo próprios do Positivismo Jurídico, desconsideram a “contínua constituição histórica do Direito”, de viés reconstrutivo e “historicamente regressivo”³¹.

Não obstante o importante alerta lançado por este renomado autor antipositivista, sustenta-se na presente tese que a hermenêutica não pode servir de mero pretexto retórico para magistrados desrespeitarem claras prerrogativas legais dos litigantes, que densificam, por obra dos representantes do povo, os postulados constitucionais da legalidade, da liberdade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Esses

(HART, Herbert L. A. “American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream”. *In*: HART, Herbert L. A., **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Clarendon, 1983, pp. 123-144).

28 MacCormick passou a entender, a partir do final da década de 1970, que “desenvolver o Direito é diferente de criar o Direito no sentido legislativo, e está sujeito a argumentos racionalmente persuasivos que usam materiais do Direito estabelecido” (MACCORMICK, Donald Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, nota de rodapé da p. 358).

29 NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-facto - questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica**. Coimbra: Almedina, 1967, pp. 212 e ss.

30 NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 198.

31 Na tentativa de provar que o Direito positivo só existe na fase judicial, Castanheira Neves recorre a François Gény, célebre jurista francês que se contrapunha à Escola da Exegese, e cita o seguinte trecho da clássica obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*: “*En la supposant parfaite et complète, la loi ne peut, à elle seule, porter directement toutes les injonctions, de nature à satisfaire les besoins tout concrets de la vie juridique. (...) De ce point de vue, il est parfaitement exact de dire que la jurisprudence représente le véritable droit positif*” (NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 214, NR 476).

direitos e garantias previstos em lei (como o de não ser preso por ordem judicial expedida fora das estritas hipóteses legais), aos quais os juízes estão sim vinculados, colocam o ser humano no centro da ordem jurídica, enquanto sujeito de direitos dotado de dignidade, e não como mero objeto de tutela estatal.

A falta de critérios racionalmente verificáveis no processo deliberativo das decisões judiciais, associada às críticas desferidas pelos teóricos da argumentação jurídica ao já ultrapassado dedutivismo legal, alimenta ceticismos e naturaliza que magistrados decidam “à sua maneira”³² sobre o sentido que deve ser dado aos preceitos constitucionais e legais, prática que, embora aceita pelas escolas do realismo jurídico como inexorável, pode ensejar insegurança jurídica e arbitrariedade judicial.

O jurista brasileiro Pontes de Miranda, autor de uma das mais vastas literaturas já produzidas no mundo,³³ também já criticava a míope visão legalista da Escola da Exegese e as pretensões totalizantes do movimento codificatório, que enxergavam na lei a resposta pronta, perfeita e acabada para todos os problemas jurídicos. Ele afirmava que a realidade, que as palavras contidas na lei queriam retratar, mudava tão rapidamente, que não seria possível um código manter-se atualizado, *verbis*: “Hoje, o artigo tal do Código não exprime, exatamente, o que, no ano passado, exprimia; porque não diz ele o que está nas palavras, mas algo de mutável que as palavras quiseram dizer”³⁴.

O pensamento pontesiano refutava tanto o recurso à *mens legislatoris* quanto o apelo à *mens legis* como nortes interpretativos confiáveis, na medida em que ambas repousariam numa espécie de culto anticientífico, seja, respectivamente, em favor dos criadores da lei (pessoas que não são nem oniscientes nem oráculos, já que não podem tudo saber ou prever), seja em favor do próprio fruto dessa criação.

Com efeito, para Pontes de Miranda, a vontade do legislador (*mens legislatoris*) pouco contribuiria para a resolução de problemas sobre os quais este não havia sequer cogitado no momento da produção legislativa. E nem a vontade da própria lei (*mens legis*), por si só, teria a capacidade de resolver os complexos problemas da vida em sociedade, já que não se poderia mesmo esperar que um ser inanimado, como o é a norma geral e abstrata, pudesse conter a solução contemporânea de conflitos ocorridos em um momento diferente ao da

³² Pesquisa feita em 2020 pela Associação dos Magistrados Brasileiros, em parceria com a Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ), mostrou que a maioria absoluta dos juízes brasileiros de primeira instância pouco leva em consideração os precedentes firmados nas instâncias superiores (pesquisa disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>. Acesso em 20.12.2020).

³³ Pontes de Miranda escreveu sobre uma vastidão de temas, que vão do Direito Privado ao Direito Processual, passando pelo Direito Internacional, pela Filosofia do Direito e até por assuntos estranhos à seara jurídica, já que, além de advogado e magistrado, também era físico, poeta e matemático. Apenas o seu Tratado de Direito Privado tem 60 (sessenta) volumes, com uma média de 500 (quinhentas) páginas cada um. O professor Marcos Bernardes de Mello informa, mais precisamente, que, *verbis*: “A obra completa de Pontes é composta por mais de 250 volumes, quase todos alentados, sem falar em artigos, conferências, etc. Não há na história da humanidade nenhuma obra de nenhum autor, mesmo coletiva, que tenha essa dimensão” (MELLO, Marcos Bernardes de. “Ao mestre com carinho: breves notas sobre Pontes de Miranda e sua contribuição à ciência do Direito”. Artigo publicado em 17.12.2021, no Consultor Jurídico – **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-17/opinia-pontes-miranda-contribuicao-ciencia-direito>. Acesso em 02/01/2022).

³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do Direito. Investigação científica e Política Jurídica**. T. III, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 320.

produção legislativa, quando a sociedade já não é mais a mesma, em função da sucessão de fatos sociais³⁵ que a vão remodelando a cada dia.

E, na ausência de critérios confiáveis de validação racional que possam atestar cientificamente o acerto de determinada interpretação jurídica, passaram a florescer movimentos contestatórios do valor da lei abstratamente considerada, tais como o Realismo Jurídico (do qual se ocupará o próximo tópico), a Escola do Direito Livre³⁶, o Direito Alternativo, o Direito Achado na Rua, o *Critical Legal Studies* (CLS), as teorias feministas, a Teoria Racial Crítica, a Teoria do Pluralismo Jurídico, as teorias marxistas, entre inúmeros outros.

1.3. O ceticismo do realismo jurídico

O ceticismo causado por essa ausência de critérios de validação racional das deliberações judiciais deu origem ao “instrumentalismo pragmático”³⁷ norte-americano, concepção adotada pelo “movimento”³⁸ do realismo jurídico e representado, sobretudo, por autores como Karl N. Llewellyn, Jerome Frank, Mortimer J. Adler, Morns R. Cohen, Charles S. Peirce, John Dewey, Felix S. Cohen, Oliver Wendell Holmes, Nathan Roscoe Pound, Josiah Royce, Thurmond W. Arnold, William Orville Douglas, Joseph W. Bingham, William Fisher, Lon Fuller, Anthony Sebok, dentre outros citados por Pompeu Casanova.³⁹ Trata-se de uma espécie de sociologismo jurídico ou empirismo fático, que, criticando a rígida separação entre “ser” e “dever-ser”, faz dissolver a autonomia e a força normativa do Direito positivado frente à decisão judicial. Segundo o ideário que permeia o realismo, é o Judiciário que dá origem ao Direito, e não o inverso, mesmo nos sistemas onde cabe à lei estruturar os tribunais e seu modo de funcionamento. Para os realistas, é utópica e desprovida de qualquer fundamento, sobretudo prático, qualquer tentativa formalista de sistematização lógico-dedutiva do fenômeno jurídico, o que levou Oliver W. Holmes a negar a existência de qualquer resquício de lógica no Direito⁴⁰.

35 São os fatos, e não a norma (regras escritas), as verdadeiras fontes do Direito para Pontes de Miranda, já que este defende uma concepção jusfilosófica filiada ao sistema de *common law*, como se pode ver na seguinte afirmação, *verbis*: “Os fatos sociais são as relações e são relações o que os julgamentos traduzem. A extração das regras é processo posterior, porque, no próprio direito costumeiro, os fatos precedem à norma, que eles descrevem. Imaginar regras prévias, a que se reportem os julgamentos e pelas quais se modelem as relações, denuncia sobrevivência de teologismo ou de metafísica da concepção do direito: em vez de nos contentarmos com as relações, queremos seres, ainda abstratos (regras), de que dimanem os fatos” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do Direito. Investigação científica e intervenção na matéria social**. T. IV, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 236).

36 Karl Larenz afirma que Kantorowicz, apesar de ser considerado um jurista liberal, era um dos expoentes do movimento voluntarista que caracterizou a Escola do Direito Livre, segundo a qual o formalismo legal deveria ceder lugar à *consciência* de cada juiz (LARENZ, Karl. “A passagem ao voluntarismo com o Movimento do Direito Livre”. *In: Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 79-80).

37 Robert Samuel Summers prefere a locução “instrumentalismo pragmático” a “realismo jurídico”, por considerar ambígua esta última expressão, embora seja mais corrente na academia (SUMMERS, Robert S. **Instrumentalism and American Legal Theory**. Ithaca: Cornell University Press, 1982, p. 36).

38 Diz-se “movimento”, e não “teoria” ou “doutrina”, justamente porque se trata de um movimento acadêmico que veio para contestar a dogmática abstrata e o formalismo metodológico que ainda dominavam o ideário jurídico dos Estados Unidos da América até a década de 1930, aproximadamente.

39 “*Aunque en sentido estricto no constituyen una escuela ni un grupo cohesionado, estos autores pueden ser caracterizados en general por la asunción conjunta o disjunta de estas dos tesis: a) el rechazo de la explicación de los fenómenos jurídicos a partir de variables endógenas al mismo derecho; b) el rechazo a la construcción teórica de un cuerpo de conceptos «jurídicos» sistemáticamente elaborado. La primera tesis implica la apertura de los estudios jurídicos a las aportaciones de las entonces incipientes ciencias sociales (sobre todo, la sociología y la economía). La segunda tesis implica la negativa a convertir la filosofía del derecho en ‘ciencia’ o ‘teoría’ autónoma, tal como habían propugnado, de distinto modo, en el siglo XIX, la filosofía jurídica analítica inglesa y las distintas escuelas del pensamiento alemán*” (CASANOVA, Pompeu. “*El realismo jurídico norteamericano*”. *In El ámbito de lo jurídico*. Pompeu Casanova y José Juan Moreso (eds.). Barcelona: Editorial Crítica, 2000, pp. 235-236).

40 “Os realistas norte-americanos atacaram o formalismo, a educação jurídica baseada em modelo que pretendia que o direito fosse ciência, a distinção entre público e privado. Porque fatos determinariam decisões, os realistas norte-americanos criticavam a apropriação que o direito pretende fazer da

Se a Escola da Exegese pecava por acreditar demais na lei, os antiformalistas pecam por acreditar apenas nos fatos, como se o Direito positivo sequer existisse na prática judicial.

Entre esses dois extremos há diversas tonalidades de aproximação, umas mais ligadas ao direito abstratamente previsto (*law in the books*), outras mais simpáticas ao direito concretamente aplicado (*law in action*). As primeiras, em geral, estão mais presentes em ordenamentos de matriz romano-germânica (sistemas de *Civil Law*), enquanto as segundas costumam ter por objeto os sistemas anglo-saxônicos, onde impera o *Judge-Made Law*.

Há também múltiplas tonalidades de objetividade na dicção legal. Embora os hermeneutas neguem a existência apriorística de disposições legais “claras”⁴¹, devem-se entender por tais as previsões que, por exemplo, estipulem prazo para determinadas providências, como a comunicação da prisão ao juiz responsável dentro de vinte e quatro horas contadas da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Neste caso, o juiz que se recusa a receber o preso que lhe seja encaminhado pelo delegado de polícia dentro do prazo fixado em lei, não poderá alegar sua independência judicial como motivo legítimo para deixar de observar o comando legal, sob o esdrúxulo e utilitarista argumento, por exemplo, de que “teria muitos processos para julgar e que isso seria mais importante para a sociedade do que ficar recebendo presos em seu gabinete”.

Do outro extremo, denotando previsões legais menos específicas, podem ser citados os princípios, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, como “interesse público”, “bem comum”, “boa-fé”, “dignidade humana”, “bons costumes”, “razoabilidade”, entre outros exemplos correntes utilizados pelo legislador. Nessas hipóteses, de fato, percebe-se de antemão que o comportamento judicial é menos sindicável objetivamente e, portanto, mais discricionário⁴², se comparado à postura que se espera de um juiz quando do cumprimento de um prazo legal de extensão bem definida. Há mesmo hipóteses nas quais a excessiva vagueza da previsão legal pode conduzir à declaração de sua inconstitucionalidade por desafio ao princípio da

lógica; o Direito não é lógica, é experiência, sentença de Oliver Wendell Holmes Jr., o mote dos realistas” (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “O realismo jurídico norte-americano é intrigante”. Artigo publicado na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico** em 15/07/2012. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-jul-15/embargos-culturais-realismo-juridico-norte-americano-intrigante>. Acesso em 18/01/2021).

41 A Professora Joana Aguiar e Silva, ao criticar a vetusta doutrina do “*in claris non fit interpretatio*”, bem representa essa objeção hermenêutica ao afirmar, *verbis*: “A ilusão da segurança, da certeza e da igualdade era mantida mediante o sacrifício recorrente da justeza normativa e da adequação material das soluções encontradas ao mérito das situações em que esse mesmo direito era chamado a verter-se. E isto acontecia, indubitavelmente, graças à igualmente ilusória doutrina do sentido claro da literalidade das disposições normativas” (AGUIAR E SILVA, Joana Maria Madeira. Desafios hermenêuticos da juridicidade pós-moderna: entre texto, norma e método/ para lá da interpretação negativa. Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade - **FIDES**, Natal, V. 8, n. 2, jul./dez. 2017, p. 89).

42 A respeito da discricionariedade judicial em matéria de princípios, José Eduardo Faria afirma, *verbis*: “O caráter polissêmico desses conceitos é mais um fator revelador de que não há interpretação mecânica ou neutra das leis. Se por um lado a interpretação das normas é condicionada pela experiência pessoal e intelectual do intérprete, por outro, quanto mais principiológico é um texto legal, maior é a discricionariedade dos juizes. Mesmo que as decisões estejam escritas na linguagem da lógica jurídica, elas encerram juízos de valor que podem conflitar entre si. Como dizia O. Wendell Holmes, processos são “campos de batalha” nos quais a sentença é preferência de um determinado juiz de um determinado lugar num determinado momento histórico” (FARIA, José Eduardo. “O Supremo e o labor hermenêutico”. Artigo publicado no **Jota** em 16/01/2020. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-supremo-e-o-labor-hermeneutico-16012020>. Acesso em 19/01/2022).

legalidade⁴³, sobretudo em hipóteses de Direito Penal ou Tributário, em que a taxatividade das espécies típicas decorre de imposição constitucional.

Formulam-se, a partir daí, duas conclusões: a) nas hipóteses em que o texto legal contém uma regra objetiva, com pouquíssima margem para interpretações divergentes, a postura judicial em observar tal norma dá-se por *subsunção*, sendo praticamente *declaratória* a natureza do pronunciamento feito pelo juiz e tendendo a zero o caráter criativo de tal pronunciamento; b) nas hipóteses inversas, em que o texto legal contém um princípio ou cláusula aberta, ou quando não há previsão legal específica para a *fattispecie*, com grande margem para interpretações divergentes, a postura judicial em observar tal norma ou colmatar a lacuna legal dá-se por *ponderação* ou concretização, sendo preponderantemente *constitutiva* a natureza do pronunciamento feito pelo juiz, o qual terá significativo caráter criativo. Nas hipóteses intermediárias de objetividade da previsão legal, intermediário também será o grau de criatividade da decisão judicial.

Assim, pode-se afirmar que nos sistemas de *Civil Law* (como o brasileiro e os da Europa continental em geral) há, sim, um vínculo indissolúvel entre o direito legislativo e o direito judicial, por mais que determinados setores da magistratura brasileira se recusem a aceitar a força normativa da legislação à qual todos os juízes e tribunais estão submetidos. Cabe a estes, no mínimo, o ônus argumentativo de demonstrar a suposta inconstitucionalidade ou anticonvencionalidade do dispositivo legal que, embora incidente na espécie, está sendo afastado pela autoridade julgadora.

Também não se pode admitir que, a pretexto de aplicar um dispositivo legal, o juiz subverta seu sentido a ponto de chegar a um resultado contrário ao colimado pela norma.

Para nos valermos de um exemplo dado por Hart, diríamos que, ao interpretar-se a regra “*É proibida a circulação de veículos no parque*”, não se poderia sustentar que ela permite que carros invadam o parque. Mas seria lícito questionar se bicicletas estariam também incluídas na proibição. Trata-se, como dizia Hart, de “problemas de penumbra”⁴⁴.

43 Dá-se como exemplo a previsão contida no artigo 233 do Código Penal brasileiro, que assim descreve o tipo penal de “ato obsceno”, *verbis*: “Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa”. Em tal tipo penal aberto costuma ser incursa a prática feminina do *topless*, a depender da concepção moral do delegado, promotor ou juiz responsável por examinar o flagrante feito pela polícia militar, pois, se a autoridade entender que a mera exposição dos seios nada tem de “obsceno”, determinará o imediato arquivamento do procedimento. De outro lado, se se tratar de uma autoridade moralista ou imbuída de fortes convicções religiosas, provavelmente determinará o prosseguimento da persecução penal. A restrição da liberdade individual fica na dependência, portanto, da moralidade da autoridade responsável pelo caso, e não da previsão legal. Tal dispositivo legal foi evocado para acusar da prática de *ato obsceno* o famoso diretor de teatro Gerald Thomas Sievers, que, após ser vaiado pelo público ao apresentar uma peça em 2003 no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, mostrou suas nádegas à plateia, mas acabou depois sendo absolvido no Supremo Tribunal Federal. Diante da gritante insegurança jurídica que orbita a subsunção legal deste tipo penal, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela Repercussão Geral do tema e o afetou para futuro julgamento em Plenário, ocasião que decidirá se aquele dispositivo legal é constitucional ou não (STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário nº 1093553, Relator Min. Luiz Fux, decisão pela Repercussão Geral em 29.03.2018. Andamento processual disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5311709>. Acesso em 17.02.2022).

44 HART, Herbert L. A. “Positivism and the Separation of Law and Morals”. *Harvard Law Review*, vol. 71, n.º 4, 1958, pp. 593-629, p. 607. É que a “textura aberta do Direito”, segundo Hart, é uma realidade que tem por objetivo deixar que os tribunais determinem um “equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso” (HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 148). Tal balanceamento judicial até se justifica nas hipóteses de lacuna ou de penumbra legal, mas jamais nas de clareza solar das normas aplicáveis, conforme sustentamos na presente tese.

Ainda que não possa ser considerado um realista, Pontes de Miranda, já citado no tópico anterior, defendia que o Direito decorria unicamente dos fatos submetidos à apreciação judicial, de modo que um “ser” poderia resultar em um “dever-ser”, sem qualquer óbice jusfilosófico.

Ousa-se defender nesta tese doutoral, porém, uma concepção antipodal à sustentada por Pontes de Miranda e tantos outros ilustres pensadores filiados à concepção geral segundo a qual o Direito dimanaria de fatos,⁴⁵ e não de normas que sejam prévias à ocorrência destes. É disso que se ocupará o próximo tópico.

1.4. De um *ser* não se extrai um *dever-ser*

Entendemos na presente defesa que de um “ser” não decorre, necessariamente, um “dever-ser”, isto é, do modo indicativo não se extrai o modo imperativo. O Direito possui natureza prescritiva, e não meramente descritiva; ele ordena, veda, autoriza e condiciona pautas de conduta, em vez de simplesmente reproduzi-las.

Embora normalmente atribuída ao positivismo jurídico, tal impossibilidade de que um *ser* se decomponha em um *dever-ser* é imputada por Dworkin ao que ele chama de “princípio de Hume”, segundo o qual a moralidade não decorre do conhecimento pautado em fatos, mas sim constitui um ramo separado do psiquismo humano e dotado de fundamentos especulativos e de justificação próprios. Na obra *Justice for hedgehogs*, Dworkin esclarece, porém, que este princípio extraído de Hume não pode ser confundido com as abordagens céticas do realismo jurídico e nem com o convencionalismo da proposta epistemológica do Iluminismo e seus códigos para o campo moral.⁴⁶

Com efeito, ao compulsar-se o *Tratado da Natureza Humana*, constata-se que David Hume de fato afirmou, em síntese, que não se podem deduzir proposições sobre o *dever* de proposições sobre o *ser*, na medida em que a distinção entre vício e virtude não decorre da relação entre fatos, e tampouco é captada pela razão, já que deriva de um sentimento moral⁴⁷ e exprime uma nova relação, completamente diferente daquela que a teria supostamente inspirado.⁴⁸

45 “É da realidade que se tiram os princípios, de modo que entre as leis e eles pode haver paralelismo, e a ineficiência daquelas será proporcional à discordância entre uns e outros. Na vida, toda aplicação tenderá a reduzir as leis aos princípios, e a perfectibilidade está em formulá-las o mais próximas deles que for possível” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do Direito. Investigação científica e intervenção na matéria social**. T. IV, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 222). Mas o próprio autor admite que, uma vez incorporada ao ordenamento jurídico, a lei passa a ser aplicada aos casos por simples dedução pelo juiz, já que há que se diferenciar a atuação deste, jurista prático, da atuação do cientista do Direito. Sobre o método dedutivo, Pontes de Miranda afirma que, embora usual, ele não serve para a criação da lei, *verbis*: “É processo lógico assaz usado na prática dos homens, porém não é o método da elaboração científica. Pode haver erro na adequação da lei ao fato, porque a matéria da vida não tem de ser precisamente lógica” (*Ibidem*, p. 68).

46 Reproduz-se aqui, por fidelidade autoral, a expressa ressalva feita por Dworkin, *verbis*: “Hume’s principle, properly understood, supports not skepticism about moral truth but rather the independence of morality as a separate department of knowledge with its own standards of inquiry and justification. It requires us to reject the Enlightenment’s epistemological code for the moral domain” (DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 17).

47 “A moralidade, portanto, é mais propriamente sentida que julgada, embora essa sensação ou sentimento seja em geral tão brando e suave que tendemos a confundir-lo com uma idéia, de acordo com nosso costume corrente de considerar tudo que é muito semelhante como se fosse uma só coisa” (HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Livro 3. 2ª ed. Trad. Débora Danowski. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 510).

48 Ao criticar a mudança do predicado “é” para o predicado “deve”, Hume anota que normalmente não se dá a devida atenção a tal transformação, como se fosse natural ou imperceptível, sendo que, porém, ela não o é em termos filosóficos, *verbis*: “Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse deve ou não deve expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria

Para Hume, portanto, a moralidade é uma sensação, e não uma ideia ou qualquer outra coisa captada ou desenvolvida pela cognição. Tendo caráter experimentalmente sensorial, e não transcendentemente cognitivo, a moralidade em Hume é trabalhada em um campo completamente estranho à razão, o que torna a concepção humeana, por óbvio, frontalmente contrária à metafísica kantiana. Um de seus mais recentes seguidores, Richard Rorty, afirmava a propósito de Kant, em um texto sobre os direitos humanos, que o *pragmatismo emotivista* teria atualmente muito mais a oferecer à proteção destes que o *fundacionalismo racionalista* e metafísico de matriz kantiana, já que por ora importa muito mais efetivar os direitos humanos que justificá-los racionalmente.⁴⁹

A presente tese doutoral, entretanto, não adota qualquer abordagem emotivista. Resume-se a situá-la, apenas para ilustrar filosoficamente uma das principais críticas à tese realista que sustenta a possibilidade de deduzir-se um *dever-ser* de um *ser*.

Quer-se com essa ressalva deixar claro que a tese da separação entre *ser* e *dever-ser* não é necessariamente de cariz positivista, já que comungada, inclusive, por Dworkin, um autor fundacionalista e reconhecidamente antipositivista, bem como por autores antifundacionalistas, como Hume e Rorty, por exemplo.

Defendemos, com isso, a ilegitimidade normativa do recurso a argumentos meramente ontológicos (derivados do *ser*) para afastar determinações de caráter deontológico (derivadas do *dever-ser*) e, mais especificamente, disposições prescritivas de natureza legal.

É usual que magistrados brasileiros recorram a elementos extrajurídicos para mitigar o caráter normativo da lei, prática esta com a qual a presente tese não compactua, dada a corrosão da normatividade legal que ela promove, com nefastos efeitos sobre a isonomia, a previsibilidade, a irretroatividade do Direito (salvo em Direito Penal, para beneficiar o réu) e a segurança jurídica.

Sustenta-se na presente defesa doutoral que fundamentos normativos só podem ser excepcionados por outros fundamentos igualmente normativos, e não por alegações de fato ou exceções que não possam ser universalizadas.

Transplantam-se, para o campo jurídico, as conclusões às quais se chegou acima no que tange ao campo da moralidade, no sentido de que não se deduz um fundamento jurídico de um fundamento de fato,

preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes. Mas já que os autores não costumam usar essa precaução, tomarei a liberdade de recomendá-la aos leitores; estou persuadido de que essa pequena atenção seria suficiente para subverter todos os sistemas correntes de moralidade, e nos faria ver que a distinção entre vício e virtude não está fundada meramente nas relações dos objetos, nem é percebida pela razão” (HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Livro 3. 2ª ed. Trad. Débora Danowski. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 509).

49 “*Si Rabossi y yo tenemos la razón al pensar que el fundacionalismo de los derechos humanos está caduco, entonces Hume es un mejor consejero que Kant en lo que concierne a cómo nosotros, los intelectuales, podemos acelerar el advenimiento de la utopía de la Ilustración que ambos pensadores anhelaron por igual*” (RORTY, Richard. “*Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo*”. In Richard Rorty *et al* (org.), **Batallas éticas**, Buenos Aires: Nueva Visión, 1996, pp. 65-89, p. 83).

assim como não se deduz de um fato um juízo moral, ao menos sem violar o retrocitado princípio de Hume.⁵⁰ Em suma, juízos normativos só podem ser demonstrados verdadeiros mediante argumentos normativos.

Como corolário da tese de que não se podem deduzir fundamentos normativos a partir de argumentos fáticos, ora sustentada, tem-se por ilegítima a derrogação de deveres legais amparada por fundamentos extrajurídicos, quais sejam, oriundos de fatores externos ao Direito posto. Incluem-se nessa ilegitimidade até mesmo os valores morais que ainda não foram juridicizados, já que os juízes não possuem qualquer tipo de ascendência ou autoridade superior em relação aos demais atores sociais em matéria de moralidade,⁵¹ de modo que não estão autorizados a impor sua moralidade como critério de resolução de disputas e, muito menos, derrogar disposições legais expressas por meio de argumentos morais.

Na prática, porém, os argumentos “jurídicos” que costumam ser utilizados por advogados, promotores e juízes em suas manifestações oficiais sempre contêm algum grau de faticidade, de modo que a carga de “dever-ser” (*ought*, em inglês; *sollen*, em alemão) contida naqueles argumentos acaba por ser constituída, em grande medida, por dimensões do “ser” (*is*, em inglês; *sein*, em alemão).

O comparatista Thomas Coendet afirma que, na utilização de argumentos de Direito Comparado, não há como deter essa impregnação do *dever-ser* pelo *ser*, por mais que o discurso positivista tente esconder, na dimensão deontológica da linguagem, esse iniludível grau de faticidade.⁵² É que as práticas do direito estrangeiro não deveriam ser, em rigor, vinculantes em outros ordenamentos, pois, em âmbito formal, revestem-se de caráter meramente persuasivo, e não prescritivo em sentido estrito. Em suma, o direito estrangeiro deveria, no máximo, fornecer-nos um reforço argumentativo, vale dizer, um mero acréscimo em termos de convencimento decisório, às conclusões já obtidas com base no direito positivo pátrio, e jamais fornecer-nos fundamentos jurídicos autônomos e suficientes para lastrear a dicção do nosso direito nacional.

O que se observa nos tribunais brasileiros, entretanto, conforme se verá em pródigios exemplos que serão fornecidos ao longo da presente tese, é uma praxe contrária ao que se disse acima, na medida em que magistrados costumam utilizar-se de argumentos oriundos de jurisdições estrangeiras para fundamentar

50 Cláudio Ari Mello e Francisco José Borges Motta bem sintetizam essa constatação filosófica tão reverberada por Dworkin: “Procurar argumentos metafísicos para demonstrar ou refutar juízos morais é violar o princípio de Hume, porque de proposições descritivas ou juízos factuais não podemos deduzir juízos de valor. Juízos morais só podem ser demonstrados verdadeiros por meio de argumentos morais” (MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 22, n. 2, p. 723-753, dez. 2017. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10993>>. Acesso em: 10.03.2021, p. 733).

51 É lapidar a observação que o jusfilósofo canadense Wilfrid J. Waluchow, reconhecido defensor de um *positivismo jurídico inclusivo*, faz a respeito dessa constatação ao afirmar, *verbis*: “Juizes não são melhores do que ninguém na determinação do conteúdo dos pontos de compromisso moral prévio que uma carta supostamente representa. Embora sejam versados em direito, juizes não são, em nenhum sentido, autoridades morais. Também não são especialistas nos vários campos de política social com que lida tipicamente o governo. Eles certamente não exibem um grau de perspicácia superior àquele das autoridades governamentais cujas ações eles são chamados a julgar. Então por que devemos solicitar que os juizes decidam as questões difíceis e profundas de moralidade política que as cartas de direitos suscitam?” (WALUCHOW, Wilfrid J. “O encontro da filosofia analítica com a metáfora: a ‘Árvore Viva’ da interpretação judicial”. In **Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental** / Noel Struchiner; Rodrigo de Souza Tavares (orgs.) – 1ª ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2014, p. 25).

52 “Because this *pure* ‘ought’ will also undertake a detour to the ‘is’, and so, even the ostensibly purest ‘ought’ of a legal system will contain traces of facticity. The positivist divide can therefore no longer be upheld.” (...) “In short – and in contrast to the idea of a *pure* ‘ought’ – legal norms also involve the court’s *impure* reasoning” (COENDET, Thomas. “Legal Reasoning: Arguments from Comparison”. In **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, n° 102, 2016, pp. 476–507, p. 482).

decisões que produzirão efeitos no território nacional, cuja jurisdição, porém, não deveria estar sujeita a influxos vinculantes de práticas forenses alienígenas, ao menos no plano jurídico-formal.

É comum juízes e tribunais brasileiros recorrerem, por exemplo, à teoria alexyana da ponderação⁵³ como pretexto para afastar dispositivos legais e até constitucionais expressos, no lugar dos quais costumam colocar princípios ou postulados genéricos que servem de “súper trunfos argumentativos” para toda e qualquer situação, tais como os da “dignidade humana” e da “supremacia do interesse público sobre o particular”, ou até mesmo “máximas” inventadas a partir de uma retórica judicial populista e demagógica sob a denominação, por exemplo, de “princípio do afeto”, “princípio da felicidade”, “princípio da justiça”, “princípio do combate à criminalidade”, “princípio da ordem natural das coisas” e assim sucessivamente, até onde alcançar a criatividade humana. Assim, com base na ponderação, magistrados arvoram-se no direito de desconsiderar regras constitucionais limitadoras do poder estatal, tais como as regras que proíbem a prova ilícita, a manutenção de prisão ilegal e o sequestro de verbas públicas fora da hipótese prevista pela Constituição (preterição na ordem de prioridade dos precatórios).

Atribuída sobretudo a Kant, a dicotomia entre *sollen* (dever-ser) e *sein* (ser) foi retomada pelo positivismo normativista de Kelsen, para quem os eventos da natureza, inatos a esta enquanto *ontologia*, dar-se-iam por uma relação de “causalidade”, ao passo que o Direito e a moral, por operarem no âmbito da *deontologia*, seriam regidos por relações de “imputação”, de tal modo que fenômenos naturais e fenômenos jurídicos/morais pertenceriam a ordens distintas e, portanto, inconfundíveis.⁵⁴

Todavia, na década de sessenta do século passado, Castanheira Neves já defendia que, embora a lei fosse um instrumento privilegiado para o Direito, haveria nela uma indeterminação intencional que só poderia ser suprida diante da facticidade do caso concreto, sendo falaciosa, portanto, a tese da separação rígida entre questões de fato e questões de direito.⁵⁵ Com efeito, se do Direito positivo emergiria uma indeterminação intencionalmente buscada pela lei, não seria a própria lei, mas sim as peculiaridades do caso concreto, a fonte jurígena imediata da solução a ser encontrada.

Ousamos discordar, não obstante, dessa respeitável posição do catedrático de Coimbra, pois ela sufraga, mais uma vez, a possibilidade de que dos fatos (*rectius*, do “ser”) se deduza o direito (*rectius*, o “dever-ser”), entendimento ao qual a presente tese doutoral oferece objeções metodológicas.

Uma das primeiras objeções a tal entendimento reside na constatação de que os fatos não falam por si sós. Por serem mera representação de um recorte da realidade, de acordo com a ótica específica de alguém

53 Matthias Jestaedt critica, de modo muito contundente, a teoria alexyana da ponderação em: JESTAEDT, Matthias. “The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses”. In: KLATT, Matthias. (Ed.). **Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

54 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 64.

55 NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-facto - questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma repositão crítica**. Coimbra: Almedina, 1967, pp. 212 e ss.

que os analisa – o que se dá a partir de uma perspectiva sempre personalíssima, para não dizer idiossincrática - , os *fatos* são nada mais do que aquilo que é narrado ou observado por alguém que está situado em determinado prisma de observação, o qual nunca é objetivamente neutro.

Verifica-se, assim, que não são os fatos que dizem o direito nessa hipótese, mas sim alguém que deles se vale para fazê-lo. O direito advindo dos fatos é, na verdade, o direito advindo da pessoa que os observa e interpreta. Por isso, em um sistema jurídico governado pela lei, e não pelos homens, discordamos de que os fatos criem o direito, já que discordamos de que os homens o criem, na medida em que o destaque dos fatos juridicamente relevantes sobre os quais a análise recairá é uma decisão do intérprete.

Posição semelhante à de Castanheira Neves nesse ponto específico é comungada por Pontes de Miranda. Defensor de uma concepção meramente descritiva⁵⁶ de ciência jurídica, o jurista brasileiro entendia que, quanto maior fosse a aproximação entre essas duas categorias (*ser* e *dever-ser*), menos despótico seria o Direito.

Dissentimos também desse duto entendimento, pois não é a naturalização de determinada prática o que a legitima perante o Direito, mas sim a sua conformidade com os ditames deste. Exemplo: uma lei que reprima severamente a prática da pedofilia jamais pode ser tida por autoritária ou despótica pelo simples fato de interditar o abuso sexual de crianças por adultos, por mais disseminada culturalmente que tal nefasta prática seja em determinada sociedade. O único despotismo de que se poderia falar nesse esdrúxulo – porém ilustrativo – exemplo, seria o que denota a abjeta ação dos pedófilos, cuja concupiscência doentia e desviada é justamente reprimida pela ação do legislador. Nesse caso, por maior que seja a distância entre o que de fato ocorre na sociedade (“*ser*”) e o que prevê a legislação (“*dever-ser*”), não há que se falar em despotismo legal.

Ademais, quais seriam os “*fatos sociais*” juridicamente relevantes para a criação indutiva do Direito? Quem poderia determiná-los de modo assim isento ou científico? Que tipo de ciência seria capaz de garantir tal suposta objetividade e tal determinismo jurídico-factual na disciplina das relações humanas, das quais o próprio intérprete faz parte? São perguntas que obviamente não podem ser respondidas em termos juridicamente categóricos, até porque as respectivas respostas não se encontram no restrito universo do Direito⁵⁷, mas sim no

56 Sempre defendeu que, por mais que o Direito se revista de um caráter inegavelmente *normativo* (prescritivo), a ciência só poderá ser sempre *descritiva*, não se podendo confundir a ciência jurídica (epistemologia do Direito) com o seu próprio objeto (o Direito que emerge das relações sociais). Verifica-se, aqui, ser positivista a metodologia que subjaz ao pensamento pontesiano, embora seu positivismo seja de matriz sociológica e empírica, o que o afasta do positivismo normativista e abstrato do Círculo de Viena, até porque é cronologicamente anterior a este em mais de uma década. Com efeito, o *Sistema de ciência positiva do Direito*, de Pontes de Miranda, foi publicado pela primeira vez em 1922, ao passo que a *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, ganhou somente no ano de 1934 a sua edição original.

57 Pontes de Miranda reconhece a insuficiência do dogmatismo jurídico puro, de natureza puramente racional, abstrata e, por conseguinte, metafísica, que vê o Direito como obra apenas do intelecto, independentemente dos fatos sociais que busca disciplinar. Ele ensina que o fenômeno jurídico passou historicamente por três períodos ou fases epistemológicas, quais sejam: 1) a **empíria** (caracterizada por um conhecimento meramente *intuitivo* e divorciado de qualquer tentativa de sistematização lógico-racional); 2) o **racionalismo** (caracterizado por um conhecimento exclusivamente *dedutivo* e por um excesso de confiança em critérios puramente abstratos); e, por fim, 3) a **ciência** (caracterizada pelo conhecimento *indutivo*, único capaz de retratar com fidelidade e converter em linguagem científica cada um dos fatos sociais e eventos da natureza relevantes para cada campo do saber, sem que se corra o risco de estabelecer de modo apriorístico leis universais que, depois, na prática, acabem sendo desmentidas pela infinidade de exceções que a complexidade da vida não cessa de oferecer. Em suma, o Direito passou por dois momentos antes de chegar à fase científica atual (primeiro quarto do século XX, quando Pontes de Miranda publicou a primeira edição de seu “Sistema de ciência positiva do Direito”, em 1922), que foram o sentimento puro

âmbito de outros ramos das ciências sociais e humanas aplicadas. Deveria o Direito, assim, perder totalmente sua autonomia e ficar, dessa forma, refém do que pregam, por exemplo, a economia, a religião, a moral, a sociologia, a psicologia, etc? Pensamos que não. Entendemos que não deveria ser o mercado, nem a igreja e muito menos os moralismos de ocasião, quem dá a última palavra sobre o que é legítimo juridicamente.

Reputamos aristocrática e, portanto, antidemocrática, anti-isonômica e antirrepublicana a visão supostamente “científica”⁵⁸ do Direito, a qual só consegue ver no infalível raciocínio do cientista forense a fonte exclusiva das técnicas de resolução dos problemas jurídicos. Tal visão, como se vê, substitui o totalitarismo da lei pelo totalitarismo da doutrina (ainda que sob o emprego dos eufemismos “ciência positiva”, “sociologia jurídica” ou “política jurídica”)⁵⁹, como se os doutrinadores, verdadeiros oráculos, dispusessem de poderes absolutos e pudessem, com base nestes supostos poderes, impor a sua vontade contra a vontade democraticamente expressada em lei pelo próprio povo ou por seus representantes para tanto eleitos. Pontes de Miranda atribui esse poder de criar o Direito “aos fatos”, e não aos juristas, à medida que, para ele, estes apenas “revelam” o que a natureza pulsante da realidade exprime espontaneamente mediante o suceder de fatos da vida.⁶⁰

O problema disso está, para nós, justamente na forma pela qual se dá tal “revelação”, cuja metodologia supostamente científica não nos parece ser assim tão asséptica, nem objetiva ou neutra axiologicamente, como pretendem as ciências ditas naturais.⁶¹ Ao revés da proposta pontesiana, concluímos que os valores de que tal

e a razão pura. O mestre brasileiro afirma que só a ciência pode conjurar a completa ausência de metodologia do empirismo puro e, ao mesmo tempo, o excesso de abstração do racionalismo transcendental, pois a ciência, diferentemente do dedutivismo racionalista, só cria abstrações a partir dos fatos que ela efetivamente observa, e não a partir de elucubrações metafísicas (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do Direito**. T. II, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, pp. 155-161).

58 Para os cultores dessa visão científica do Direito, a democracia e a lei desempenham papéis coadjuvantes, cabendo apenas ao cientista o protagonismo da cena jurídica. A crença na ciência como panaceia para todos os males do Direito era tamanha em Pontes, que nela o jurista alagoano depositava todas as suas fichas, *verbis*: “O método científico realiza, na Política e no Direito, tudo quanto nos é preciso para que deflua sistematicamente, sem contradições, a atividade dos juristas (legislador, juiz, intérprete, executor, etc.). E só ele pode consegui-lo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 18).

59 Não se restringindo à esfera judicial, Pontes de Miranda estendia também para as funções legislativas e executivas o poder de criar o Direito a partir de um raciocínio indutivo dos casos concretos, sempre que a lei fosse lacunosa. E ele entendia que tal processo de colmatação tinha natureza *científica*, de modo que a criação do direito para o caso concreto não seria arbitrária e nem teria caráter subjetivo ou solipsista, já que decorreria *cientificamente* dos fatos, *verbis*: “A convicção fundamental, de ordem prática, que resulta deste livro, é a de que a verdadeira diretriz da política jurídica não é sentimental, nem tampouco racionalista, mas positiva e científica” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do Direito**. T. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 34). Não se explica, porém, nessa passagem *científica* dos fatos ao direito, como os juízes conseguiriam despir-se de sua natureza humana, enquanto seres no mundo, para atuarem como se fossem a representação objetiva da própria ciência. Tampouco se explica como se daria o processo de verificabilidade do acerto ou desacerto científico dessa operação indutiva. Na prática, os juízes ficam livres para atuar de modo voluntarista, por mais que façam parecer científicos, na sentença, os argumentos por si utilizados para preencher aquela suposta lacuna legal. Cada juiz o fará à sua maneira e provavelmente chegará a resultados diferentes, por mais que todos venham a afirmar enfaticamente se valerem do pontesiano método científico da indução, caso sejam instados a justificar suas decisões.

60 Diferenciando as regras jurídicas do Direito propriamente dito, Antônio Iserhard explica em sua tese doutoral que, para o mestre alagoano, aquelas são artificiais: “o *direito* surge espontaneamente das relações sociais, devendo ser descoberto e revelado pelo jurista, enquanto que a *regra jurídica* é criação abstrata do homem” (ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. **O conceito de Direito em Pontes de Miranda**. Florianópolis: UFSC, 1994, p. 294). Verifica-se, nessa passagem, um esboço de Direito Natural, porém, de matriz *sociológica*, em nítida contraposição ao juracionalismo próprio do período iluminista, cujos princípios eram concebidos de modo especulativo-transcendental e tinham, por isso, pretensões metafísicas, universais, a-históricas e supraestatais.

61 A teoria pontesiana propugnava a unidade das ciências, sendo, por isso, considerada naturalista, na medida em que só as *ciências naturais* enquadrar-se-iam no seu verdadeiro conceito de ciência, daí excluídas as ditas “ciências do espírito”, dada a peculiar amplitude ontológica que o termo “fato” assume em Pontes de Miranda, conforme atesta o seguinte trecho, fielmente transcrito por Antônio Iserhard em sua brilhante tese de doutoramento, *verbis*: “Até pouco, procuravam-se distinguir das ciências da natureza as do espírito, por serem de ordem diferente os fatos que constituem o objeto delas. Mas havia nisto o erro de se definir erradamente o que se entende por fato: tudo que experimento, faço ou suscito é fato; e se excluíssemos o que se opera dentro de nós procederíamos mal, pois que iguais fenômenos em outrem não são internos para nós, e eles, como o próprio sujeito, em que se dão, podem ser estudados objetivamente. Tudo que pode ser conteúdo de consciência é fato” (*In* “Princípio da Relatividade Gnosiológica e Objetiva. Revista do Brasil, (XVII): abr-ago. 1921, pp. 387-394, p. 388”, *apud* ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. *Ibidem*, p. 97). Os professores Horácio Rodrigues e

revelação objetiva se impregna são-lhe atribuídos por uma pessoa de carne e osso, dotada de emoções e imbuída de ideologias e de uma cosmovisão idiossincrática, que por isso a torna única, e não por uma entidade científica independente, infalível, onisciente e dotada de capacidades sobre-humanas que a colocam acima de mundanas disputas valorativas sobre o que é o bem e o mal, isto é, acima de desacordos morais razoáveis.

1.5. Predeterminismo legal vs criação judicial do Direito

Como visto nos tópicos anteriores, a presente tese não se filia nem ao ceticismo realista (item 1.3), que nega qualquer tentativa de sistematização do pensamento jurídico, nem ao cientificismo empirista, que acredita serem os eventos fenomenológicos as fontes produtoras do direito no caso concreto, como se não houvesse intermediação humana nesse processo e como se tal intermediação fosse “cientificamente” neutra.

Já no presente tópico, pretende-se deixar claro que a presente tese tampouco se filia a outros dois extremos, quais sejam, a crença no predeterminismo legal, de um lado, e resignação pura e simples com o criacionismo judicial sem limites do direito, de outro.

Da mesma forma como desafiamos a ilusão de certeza na lei (tópico 1.2), refutamos as teses personalistas que veem com naturalidade o fato de alguns juizes atuarem como se fossem os “reis-filósofos” de Platão, pois entendemos que, numa República democrática e regida pelo Estado de Direito, as balizas para a atuação das instituições, incluído o Judiciário, são fornecidas pela Constituição. E tanto a Constituição brasileira (artigo 5º, inciso II) quanto a portuguesa (artigo 3º, n. 2) são claríssimas ao estabelecer o princípio da legalidade como o primado inafastável da liberdade.

Segundo o art. 3.º, n. 2, da Constituição portuguesa, “[O] Estado subordina-se à Constituição e funda-se na **legalidade democrática**” (grifou-se). Aqui *não* se lê que o Estado se subordina ao Judiciário, nem que se funda nas decisões judiciais.

Segundo Michel Rosenfeld, a legalidade pode ser vista como sinônimo de Estado de Direito, tanto o *Rule of Law* dos anglo-saxões quanto o *Rechtsstaat* dos germânicos, ou, ainda, o *État de droit* dos franceses, pois esses três modelos convergem no que se denomina Estado de Direito em sentido estrito (“*narrow sense*”), apesar de apresentarem diferenças entre si.⁶²

A tese ora sustentada não se dispõe, porém, a hipostasiar o papel da lei. Não se lhe quer aqui atribuir funções maiores que aquelas que dela se esperam, mas tampouco se admite sua redução ao papel de um

Luana Heinen observam, a propósito, ser essa unidade científica “um dos princípios epistemológicos essenciais de Pontes de Miranda, que indica que todas as ciências possuem o mesmo método (indutivo), por meio do qual se constrói o conhecimento” (RODRIGUES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. “A Ânsia por tudo conhecer: a epistemologia de Pontes de Miranda”. *In*: FARIAS, José Fernando de Castro; SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa; OLIVEIRA JR., José Alcebiades. **Filosofia do Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 6. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?idevento=39>=92>. Acesso em 08.01.2022).

62 ROSENFELD, Michel. “*The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*”. *In* **Southern California Law Review**. V. 74. Los Angeles: Southern California University Press, 2001, pp. 1307-1352.

“nada jurídico”, a uma mera carta de boas intenções do legislador que qualquer juiz pode, sumariamente e sem a menor cerimônia, desconsiderar.

Incumbe àquele que queira desprezar a lei um ônus argumentativo mais que reforçado, que demonstre analiticamente um vício insuperável de constitucionalidade ou de convencionalidade.

Uma fonte de Direito, que pode ser interna ou externa, consiste num núcleo inexaurível de produção normativa, a dar-se por um órgão permanente e reconhecido pelo ordenamento jurídico⁶³. A lei, enquanto principal instrumento a serviço do Direito, é pressuposto necessário à decisão do juiz, mas deve ser ressalvado que nem todos os pressupostos dos pronunciamentos judiciais são exclusivamente normas jurídicas (v.g., contratos e atos administrativos, pois também podem funcionar como objeto da decisão judicial, além de seu pressuposto)⁶⁴.

Se as previsões constitucionais e legais não têm mais valor algum, então, como diz Jeremy Waldron na obra *A dignidade da legislação*, “é melhor retornar a uma situação em que cada um age segundo o próprio juízo quanto à Justiça”⁶⁵.

Ao descrever o desprezo que certos juízes nutrem por regras legais claras e objetivas - aplicáveis por mera subsunção, sem a necessidade de maiores valorações discricionárias -, Georges Abboud desenvolve um conceito de “ativismo performático”, entendido como o emprego, pelo Judiciário, de conceitos vagos e indeterminados do ponto de vista semântico, como pretexto e justificativa para suplantare regras legais e constitucionais.⁶⁶

Se juízes conseguem, por meio de argumentos vagos e indeterminados⁶⁷, furtar-se até mesmo ao âmbito normativo claramente estabelecido por *regras* processuais objetivas, é possível imaginar o grau de divagação que logram extrair da aplicação de *princípios*⁶⁸, cuja ductilidade (muito maior do que a contida nas regras) permite manobras ainda mais ousadas de substituição do Direito legalmente *posto* pelo direito judicialmente *imposto*.

63 Para Joaquim Feitas da Rocha, em sistemas de *Civil Law*, os tribunais não criam Direito, embora o possam adequar, pois não inovam o direito *objetivo*, senão apenas o *subjetivo* (apenas para o caso concreto). (ROCHA, Joaquim Freitas da. **Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos: esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa**. Versão policopiada. Coimbra, 2006, p. 113).

64 *Ibidem*, p. 105.

65 “Pois, mesmo supondo que a dissidência seja conscienciosa e baseada em argumentos morais impecáveis, ainda equivale a voltar as costas à ideia de compartilharmos uma visão sobre o Direito ou a Justiça aqui e de implementá-la em nome da comunidade. Aquele que propõe resistir ou desobedecer está anunciando, na verdade, que é melhor retornar a uma situação em que cada um age segundo o próprio juízo quanto à Justiça” (WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 73). É também nessa mesma obra, entre as páginas 9 e 10, que Waldron afirma que *a lei não é o Direito*, mas, quando muito, apenas uma “possível” fonte deste. Concordamos com Waldron quando afirma que a legislação é, por excelência, a fonte legítima do Direito (*Ibidem*, p. 42).

66 ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1330 e ss.

67 John Austin já advertia que enunciados judiciais indeterminados não podem ser confirmados por testes de validade em face do direito positivado (AUSTIN, John L. **How to do things with words**. 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975, p. 4 e ss.).

68 Princípios podem ser entendidos como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 90). Já Aristóteles entendia por princípio “aquilo por cuja vontade se movem as coisas que se movem e mudam as coisas que mudam” (ARISTÓTELES. **Metafísica**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 189).

Contudo, não se pretende elaborar, por meio dessa crítica ao desprezo pela lei, uma teoria hermética do Direito, como se este fosse um sistema axiomático, assim como o é, por exemplo, o jogo de xadrez, cujas regras de funcionamento exaurem-se previamente por si mesmas, sem necessidade de confrontação com dados ou elementos externos ao seu próprio tabuleiro, que não sejam a própria capacidade de raciocínio dos jogadores. No xadrez, os modos pelos quais cada peça pode se mover estão predefinidos; no Direito, nem todos os modos de proceder estão assim tão claros, até porque a vida, ao contrário de um tabuleiro de xadrez, não se resume a uma arena composta por apenas sessenta e quatro casas e alguns poucos personagens com funções rigidamente predefinidas.

Isso significa que o Direito não é *hermético*, mas sim *hermenêutico*. Trabalhando a partir de sentidos que são atribuídos aos preceitos normativos, a interpretação jurídica não tem caráter meramente descritivo e nem se submete a uma metodologia puramente lógico-matemática, pois sempre há uma atividade construtiva na transposição de um preceito legal abstrato à realidade concreta do mundo fenomênico.

O próprio Kelsen reconhecia que a decisão judicial é apenas a continuação de um processo de criação jurídica que começou com a elaboração da Constituição, passou pela legislação infraconstitucional e pelos costumes e segue em sua produção dinâmica de normas. Diferentemente de Dworkin, que via a atuação do juiz na lide como um ato de *conhecimento* jurídico, Kelsen a concebe como um ato de *produção* jurídica, na sequência dos atos de produção normativa que o precederam.⁶⁹

Além disso, tanto o Direito quanto os agentes que o operam estão inseridos em um sempre cambiante contexto histórico, político, econômico e social que influencia diretamente os juízos de valor que são formulados a cada momento sobre um mesmo texto legal. Por isso, quanto menos específicos e detalhados são os comandos de um determinado dispositivo legal, maior se torna a probabilidade de sua longevidade.

Diante desse dinamismo, o positivismo jurídico da primeira metade do século XX valeu-se do conceito de *mutação* constitucional⁷⁰ como expediente retórico e funcional para justificar a alteração de disposições

69 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª edição. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 166-169. Ao distinguir *proposição* jurídica de *norma* jurídica, Kelsen já havia esclarecido serem também distintas as funções exercidas pelo cientista do Direito (jurista), de um lado, e pelo seu aplicador (juiz), de outro, *verbis*: “Na distinção entre proposição jurídica e norma jurídica ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica, que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica. A ciência jurídica tem por missão conhecer - de fora, por assim dizer - o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm - como autoridade jurídica - antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª edição. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

70 Como tivemos a oportunidade de apontar no nosso livro intitulado *Reclamação na jurisdição constitucional*, Herman Heller, ao teorizar sobre a “tensão normalidade x normatividade”, entendia que, quando a normatividade perde sua capacidade de “normalizar” (criar a expectativa de que as condutas disciplinadas pela norma sejam repetidas), a realidade subjeta a Carta Política, dando origem a uma *mutação* constitucional, de sorte que normalidade e normatividade estão sempre em condicionamento recíproco, não havendo que se falar em separação entre “ser” e “dever ser”. Assim, a mutação servirá para encobrir as dificuldades surgidas do esgotamento do paradigma liberal de Estado de Direito e do conseqüente desenvolvimento do paradigma do Estado Social inaugurado com a Carta de Weimar. Heller inicia uma linha teórica que será mantida por Smend, Dau-Lin, Loewenstein e Hesse, haja vista que todos esses autores comungam da rejeição ao pensamento formalista perflhado por Laband, Jellinek e Kelsen. Já Rudolf Smend reputa a Constituição um diploma incapaz de regular todos os aspectos da vida estatal e, por isso, traz em si como pressuposto o conceito de mutação, de modo que a interpretação constitucional pode ser considerada mais uma atividade política do que um esforço jurídico, já que a interpretação eminentemente jurídica aplicar-se-ia aos conteúdos mais técnicos da Constituição, identificados pelos elementos componentes do Direito Administrativo, em contraposição às normas do Direito Político formadoras da vida estatal. Discípulo de Smend, Hsü Dau-Lin buscou sistematizar uma teoria da mutação constitucional, identificando quatro tipos de mutação: 1) mutação mediante prática estatal que não viola formalmente a Constituição; 2) mutação mediante

normativas da Constituição alemã por mera interpretação jurídica, sem respeitar-se, portanto, o devido e formal processo de modificação legislativa pela via do Parlamento, de um lado, e sem renunciar expressamente (mas sim por via oblíqua) às normas escritas que constituem a base do positivismo normativista, de outro.

Por desconsiderar o caráter normativo do texto constitucional, o uso da mutação constitucional é encarado na presente tese como uma mera manobra interpretativa voltada a corroer a normatividade da Constituição. Aceitamos apenas excepcionalmente o uso desse recurso, a dar-se, ainda assim, na restrita hipótese em que a própria abertura semântica do dispositivo constitucional em questão permita uma interpretação diversa da que vinha até então sendo adotada pela Suprema Corte. Nesse sentido, estamos de acordo com Konrad Hesse, para quem o Tribunal Constitucional só poderia lançar mão da mutação constitucional se fosse para atualizar axiologicamente as cláusulas abertas do texto original. Logo, Hesse impõe, com toda a razão, limites semânticos à mutação ao reputar “inadmissível uma interpretação diferente dos enunciados constitucionais e em franca contradição com o seu texto”⁷¹, com o que concordamos.

Algumas previsões constitucionais mais abertas podem sofrer variação em seu conteúdo semântico ao longo do tempo, tal como se dá com as noções denominadas de *fattispecie*⁷², de modo que, neste caso, as interpretações que o Supremo confere a tais conceitos tipológicos podem variar ao longo do tempo. Longe de poderem ser a regra geral, tais variações de entendimento sobre o mesmo dispositivo constitucional devem constituir a exceção, sob pena de comprometerem a segurança jurídica. Mas, na prática, nem sempre é assim que as decisões do Supremo Tribunal Federal se dão.

Não se justificam, por exemplo, as oscilações interpretativas nas quais incorreram na última década as decisões do Supremo apenas sobre a cláusula constitucional pétreia contida no artigo 5º, inciso LVII, que positiva na Carta brasileira o princípio da não culpabilidade (chamado equivocadamente por alguns de “presunção de inocência”, como se a inocência do acusado fosse apenas “presumida”, e não real, enquanto o decreto condenatório ainda está sujeito a recurso que pode modificá-lo). O texto do referido dispositivo é claro no sentido de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Mas, após ter declarado inconstitucional, no ano de 2009, a pretensão punitiva estatal em promover a execução antecipada da pena, o STF retratou-se em 2016 desse entendimento (que vigorava na ordem constitucional anterior à Carta de 1988 e se estendeu até o ano de 2009) e voltou a admitir a possibilidade de execução provisória da pena de prisão fixada em condenação por segunda instância,⁷³ o que constituiu um inegável

impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente; 3) mutação mediante prática estatal contraditória com a Constituição; e 4) mutação mediante interpretação da Constituição, que seria típica da tradição do direito norte-americano sob a denominação de “*constitutional transformations*” (STRÄTZ, Murilo. **Reclamação na jurisdição constitucional**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015, pp. 183-189).

71 HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

72 Segundo o voto-vista proferido pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau no RE nº 357.950-9/RS, “elas – as *fattispecie* ou ‘conceitos tipológicos’ – não são conceitos [não podem ser entendidos como conceitos] porque os conceitos são atemporais e ahistóricos e elas – as *fattispecies* ou ‘conceitos tipológicos’ – são notável e peculiarmente homogêneas ao desenvolvimento das coisas, isto é, caracterizadamente históricas e temporais” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF, RE nº 357.950-9/RS, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DJ 15.08.2006).

73 O Pleno do Supremo entendeu, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246, com repercussão geral reconhecida (Tema nº 925), que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não

retrocesso em matéria de proteção dos direitos fundamentais e de contenção ao arbítrio estatal. Um triênio depois, no final do ano de 2019, o STF mudou novamente de posição, restaurando o primeiro entendimento e preservando, agora, o literal comando contido desde sempre naquele dispositivo constitucional, cuja redação permanece idêntica no sentido de vedar o cumprimento antecipado de pena de prisão (*prisão penal*), ressalvada, obviamente, a possibilidade de prisão *processual*. Como se vê, apesar da estabilidade semântica da previsão contida no artigo 5º, inciso LVII, da Carta brasileira de 1988, díspares foram as interpretações que lhe deu o Supremo desde a promulgação da nossa Constituição dita Cidadã.

A título ilustrativo do que se disse acima, quanto ao emprego retórico na jurisdição nacional de argumentos de autoridade importados de ordenamentos jurídicos estrangeiros, transcreve-se um pequeno trecho do que o Supremo escreveu sobre o Direito português para justificar a posição assumida em 2016 pela Corte brasileira em frontal contrariedade ao texto expresso do artigo 5º, inciso LVII, da Carta republicana de 1988, *verbis*:

“O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares”.⁷⁴

Todavia, esqueceu-se o Supremo de considerar, na ocasião, que disposições normativas extraídas de ordenamentos jurídicos estrangeiros não são *normas* no sistema jurídico brasileiro, senão meros *atos*. E, como meros fatos que são quando interpretados no plano externo à sua jurisdição de origem, deles não se origina direito cogente para a jurisdição brasileira. E, além disso, tais regramentos estrangeiros contrariam, na hipótese em julgamento, cláusula pétrea prevista expressamente na Constituição brasileira. Por fim, o Supremo desconsiderou a própria informação relatada no acórdão dando conta de que o princípio constitucional português que garante a presunção de não culpabilidade do acusado remeteu à legislação infraconstitucional a forma pela qual tal presunção seria tratada.

Conclui-se esse tópico, portanto, com a constatação de que o Supremo, naquele fatídico julgamento ocorrido em 2016, laborou contra o texto e o próprio *espírito*⁷⁵ do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal,

compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal” (Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>. Acesso em 09.01.2022). Nesta decisão, o Supremo chegou a valer-se de argumento de autoridade alienígena, baseado no Direito Comparado, para fundamentar a necessidade de prisão penal, mesmo antes de plenamente formado o respectivo título condenatório, com fulcro na constatação de que as nações mais desenvolvidas do mundo, como os Estados Unidos da América e países europeus, admitem a execução provisória da pena. Esqueceu-se o Supremo, porém, de verificar, na ocasião, que a legislação constitucional daqueles países não continha a mesma previsão que a brasileira quanto ao tema.

74 Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ARE 964246/RG, Relator Min. Teori Zavascki, julg. em 10.11.2016 (Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral8782/false>. Acesso em 09.01.2022).

75 Depois de quase trinta anos de ditadura militar, o espírito libertário da Constituição Federal de 1988, também conhecida como Carta Cidadã, foi claro no sentido de colocar à disposição da sociedade civil instrumentos efetivos para garantir o *ius libertatis* e conter o arbítrio estatal, até então corporificado pelo ignominioso uso e abuso do aparato repressivo estatal contra as liberdades fundamentais. Registra-se aqui, inclusive, o emprego da tortura como prática cotidiana e a supressão institucional de garantias individuais básicas como o *habeas corpus*, abolido no ano de 1968 pelo famigerado Ato Institucional nº 5 (AI-5), durante o governo do General Costa e Silva, um dos mais sinistros daquele que foi o mais sombrio período da história política brasileira.

bem como contra a literalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal brasileiro⁷⁶, que dispõe claramente - e sem suscitar a menor dúvida hermenêutica - existirem no Brasil apenas dois gêneros de prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente: 1) a prisão cautelar (de natureza *processual*, que abrange como espécies as prisões temporária e preventiva, a serem cumpridas em *presídio*); e 2) a prisão decorrente de condenação criminal transitada em julgado (de natureza *penal*, pois consiste no cumprimento de uma pena aplicada, a ser cumprida em *penitenciária*). Assim, por mais que o “princípio do combate à criminalidade/impunidade”⁷⁷ (que sequer existe em algum manual jurídico de respeito) e que os ordenamentos jurídicos dos países desenvolvidos exijam que um condenado em segunda instância, mas sem título condenatório definitivo (transitado em julgado), seja preso para início de cumprimento de sua pena, a legislação brasileira é inequívoca em inadmitir tal modalidade prisional, embora ressalve expressamente a possibilidade de prisão em flagrante delito e de decretação de prisão processual, inclusive antes mesmo de iniciado o inquérito ou a ação penal.

O Supremo, por conseguinte, havia derogado implicitamente a legislação brasileira atinente a este tema naquele julgamento ocorrido no final do ano de 2016, sem sequer declará-la inconstitucional ou anticonvencional. Decidiu-se contra o direito fundamental de liberdade e contra dispositivos cogentes da Constituição e do Código de Processo Penal, amparando-se, para tanto, em principiologia desprovida de qualquer traço de normatividade e em fundamentos de direito estrangeiro inaplicáveis em território brasileiro. Três anos depois, em final de 2019, coube ao Supremo retratar-se e reparar o erro cometido, mesmo sem que tenha havido mudança na composição subjetiva da Corte, senão apenas mudança do próprio entendimento jurídico de alguns Ministros.

Encerra-se o presente tópico com a seguinte provocação: o que se espera da jurisdição constitucional, uma agenda política que cambie ao sabor dos anseios populares, inclusive quando estes sejam contrários ao Estado de Direito, ou uma bússola cujo norte hermenêutico aponte de modo firme e previsível para a Constituição, as leis e o *Rule of Law*?

A presente tese doutoral incumbe-se de sustentar a segunda opção, sem desconsiderar, no entanto, que existe uma infinidade de tonalidades além dessas duas. Critica-se, nesta tese, o chamado “governo dos homens” (*rule of men*), enquanto alternativa antipódica a uma das maiores conquistas civilizatórias alcançadas pelo Direito nas nações pós-absolutistas, que é o “governo das leis” (Estado de Direito ou *Rule of Law*).

76 “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado” (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 10.01.2022).

77 No julgamento das ADC’s 43 e 44, o Min. Roberto Barroso chegou a afirmar que o princípio da presunção de inocência deveria ser “ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal”, *verbis*: “A presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144)”. Como se vê, o Min. Barroso, em seu voto, “relativizou” (eufemismo para “violou”) um direito fundamental previsto expressamente na Constituição, em nome de um suposto “interesse constitucional na efetividade da lei penal”.

1.6. A insuficiência do dedutivismo e o uso retórico da remissão à lei

A defesa da legalidade e do *Rule of Law* pela presente tese não significa apego irracional ao dogma da lei, fetichismo legal ou crença cega no método dedutivo como panaceia para resolução de todos os problemas jurídicos. Não se pretende adotar nenhum tipo de dogmatismo ortodoxo nem de fundamentalismo teórico como fio condutor dessa tese doutoral. A metodologia aqui empregada procura fugir a *metodologismos*, mas não se furta a enfrentar o problema retratado pela máxima realista segundo a qual *o Direito nada mais seria senão apenas aquilo que os juízes dizem que ele é*.

Não se nega o fato comum de que por vezes os juízes fundamentam sua decisão apenas de modo formal na lei, mesmo tendo plena consciência de que a verdadeira razão que os levou a decidir daquela forma não continha qualquer amparo legal. Sabe-se que, nesse processo dissimulatório da verdadeira razão responsável por seu convencimento, os magistrados costumam envidar um esforço argumentativo no sentido de estabelecer um liame, ainda que artificial, entre a situação objeto de julgamento e a moldura legal utilizada como fundamento jurídico-decisório. Para tanto, costumam subvalorizar aspectos que possam obstaculizar o perfeito encaixe do fato na norma, ao mesmo tempo em que sobrevalorizam os elementos que favoreçam a subsunção.

Esse filtro seletivo colocado sobre os elementos fáticos que causem ruído no processo subsuntivo, combinado com uma lente de aumento voltada sobre os aspectos que o propiciem, decorre diretamente do recorte que o magistrado extrai do conjunto de fatos narrados e provados tanto pelo autor quanto pelo réu, sabendo-se que cada ator processual desenha o ocorrido de acordo com a sua própria visão e os seus próprios interesses, e não necessariamente a partir de uma narração fidedigna da situação efetivamente ocorrida. Não havendo narrativa neutra, senão um conjunto de relatos parciais, os argumentos esgrimidos por cada parte interessada costumam ser tendenciosos e conter uma natural carga axiológica, mas todos costumam ter em comum a afirmação de que sua posição é sustentada por previsão legal. Trata-se, naturalmente, de um uso retórico da remissão à lei.

A própria visão final a que chega o juiz ao sopesar a tese autoral e a antítese defensiva, vale dizer, uma espécie de síntese supostamente imparcial, acaba sendo mais ou menos influenciada por uma dessas versões parciais. E, para justificar o acolhimento de uma delas, no todo ou em parte, o próprio magistrado passa também a defender uma determinada tese, cujo substrato deve, por sua vez, guardar correspondência com a lei.

É óbvio que o mundo imperfeito e ilimitado dos fatos da vida real nem sempre encontra correspondência exata nem tratamento específico no mundo ideal e limitado das leis.⁷⁸ Curial inferir-se, portanto,

78 O próprio Kelsen reconhece a insuficiência da ordem jurídica ao afirmar que "nenhuma ordem jurídica pode prevenir todos os possíveis conflitos de interesses"; o mestre de Viena dá como exemplo a hipótese de a prática de uma conduta permitida acabar por impedir, sem o uso da violência, a prática de outra conduta igualmente permitida. Nesse caso, o Direito nada poderia fazer, pois, por falha de previsão no sistema, não haveria norma a impedir nem

que por mais perfeita que seja a aplicação do método dedutivo em determinadas hipóteses, juízes não conseguirão resolver certos casos valendo-se apenas de dedução legal, dada a insuficiência deste método, o qual, sendo puramente formal, acaba por retratar a própria insuficiência do ordenamento jurídico. Daí o caminho performático do recurso à lei como manobra remissiva puramente retórica.

Defendemos, porém, que a insuficiência do dedutivismo e o uso retórico da remissão à lei não podem ser utilizados como argumentos peremptórios para justificar a adesão, de modo acrítico, a uma postura realista em face do fenômeno jurídico.

Se, de um lado, não podemos negar a insuficiência do método dedutivo, de outro, tampouco podemos aceitar uma espécie de jogo do tipo “vale tudo interpretativo”, como se o ato de interpretar fosse uma criação solipsista do juiz e não dependesse de pré-compreensões compartilhadas intersubjetivamente pela comunidade jurídica.

O dedutivismo – que não se confunde com formalismo⁷⁹ - foi em parte adotado por Kelsen, Hart, MacCormick, Kalinowski, Alexy, Gardner, Leiter⁸⁰ e Marmor, entre tantos outros, e desempenha, até hoje, relevante papel nas teorias da argumentação jurídica.⁸¹ Porém, apesar de ser importante tentativa de mitigar o voluntarismo judicial (objeto de estudos interdisciplinares do Realismo Jurídico), o dedutivismo é uma proposta reconhecidamente limitada para resolver casos difíceis, conforme os próprios positivistas⁸² admitem.

A propósito, Frederick Schauer⁸³, em palestra intitulada “*A natureza do direito e a psicologia da decisão jurídica: diálogos entre a psicologia e a filosofia do direito*”, proferida na Pontifícia Universidade Católica do Rio

a primeira nem a segunda conduta (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª edição. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 170).

79 Dworkin pode ser considerado um formalista não dedutivista, pois sua teoria fundacionalista não resume o Direito a um mero resultado lógico do esquema subsuntivo entre premissas maiores e menores, mas sim o concebe sob o prisma da *integridade*: “O princípio judicial de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma noção coerente de justiça e equidade” (DWORKIN, Dworkin. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 272).

80 Georges Kalinowski afirma que o silogismo jurídico tem a sua *premissa maior* repousando sobre um preceito normativo geral e abstrato, enquanto a sua *premissa menor* é dada pela proposição descritiva de um caso concreto. O *resultado* silogístico, enquanto conclusão formal e dedutiva dessa operação lógica, consiste numa proposição que é concomitantemente normativa e concreta. Tal proposição conclusiva extrai a sua normatividade daquele preceito geral e abstrato, ao tempo em que haure a sua concretude dessa descrição do caso singular (KALINOWSKI, Georges. L'interprétation du droit : ses règles juridiques et logiques. In: **APD**, nº 30, Paris. 1985, pp. 171-180).

A defesa do dedutivismo, todavia, não impediu Brian Leiter de transcender a metodologia conceitual e de pesquisar aspectos empíricos e até sentimentais na formação do convencimento judicial e no desenvolvimento da teoria jurídica, o que se convencionou designar de “naturalização da teoria do direito” (LEITER, Brian. “American Legal realism”. In: GOLDING, M.; EDMUNDSON, W. (Eds.). **The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory**. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2005, p. 56).

81 Luís Duarte D’Almeida afirma que o dedutivismo legal opera sob o modelo silogístico, que relaciona a premissa maior (descrição do comando legal aplicável) com a premissa menor (descrição dos fatos relevantes da causa): «*Rule-deductivism is the view that the justification of law-applying decisions is adequately understood on the model of a deductive argument - a 'legal syllogism', as it is often called - with a statement of an applicable rule as the 'major premise' and a statement of the relevant facts as the 'minor' one. Rule-deductivism - not to be confused with formalism - has long been a popular view in legal argumentation theory. Endorsed by Kelsen, Hart, MacCormick, and Alexy, it continues to be accepted by authors such as Gardner, Leiter, and Marmor, among many others*» (D'ALMEIDA, Luis Duarte. “*On the Legal Syllogism*”. In D. Plunkett, S. Shapiro and K. Toh (eds). **Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence**. New York: Oxford University Press, 2019, pp. 1-39. Disponível em: https://www.academia.edu/38509295/On_the_legal_syllogism. Acesso em 11.01.2022).

82 Apesar das críticas que a utilização do rótulo «positivismo jurídico» tem sofrido – dado o seu desgaste terminológico (vagueza diante dos diversos tipos de positivismo) e o caráter pejorativo que por vezes o acompanha, Frederick Schauer ainda reputa útil tal expressão, ao afirmar que “*it may be important to keep the label “legal positivism” alive if only to keep our grip on a longstanding tradition that still has much, even in its earlier version, to teach us*” (SCHAUER, 2015, p. 976, nota de rodapé 71).

83 A desconfiança do método puramente lógico já havia sido apontada por Schauer em sua obra mais conhecida, intitulada “*Pensando como um advogado*”, donde se extrai, *verbis*: «*Nowadays it would be hard to find very many dissenters from the view that, when judges change the law, they base*

de Janeiro (PUC-Rio), em 2012, discorreu sobre a insuficiência da lógica formal enquanto critério único para explicar o Direito, mormente quando juízes deixam de aplicar uma lei incidente na hipótese, seja recusando-a em favor de um princípio ou argumento qualquer, seja distorcendo seu conteúdo a pretexto de adaptá-la ao caso concreto, ainda que de modo contrário à sua literalidade.

Apesar de insuficiente, o formalismo desempenha, no entanto, importante papel na seara processual, como meio de constranger o arbítrio judicial a partir de um viés garantista⁸⁴, dados os intransponíveis limites semânticos de certas garantias constitucionais e legais.

Em matéria de aplicação de direitos e garantias processuais, tais como o respeito ao contraditório, ao devido processo legal, à inadmissibilidade de provas ilícitas, à inviolabilidade do domicílio, à irretroatividade da lei penal mais gravosa, à inafastabilidade da prestação jurisdicional etc, cabe ao Judiciário valer-se do método *subsuntivo*, pois nenhuma margem para “flexibilização”⁸⁵ dessas prerrogativas, sobretudo quando operada em desfavor dos indivíduos, é deixada pela Constituição ao alvedrio da discricionariedade estatal, seja a cargo do Judiciário, do Ministério Público ou das polícias.

Aproveitando-se de que a técnica da concretização⁸⁶ do Direito, atualmente, não se restringe mais à aplicação de princípios contidos na Carta Política (documento “vivo”, não apenas formal, conforme Paulo Bonavides, com base no Direito Alemão, já apregoava na década de 1980), pois agora também se estende à aplicação de preceitos infraconstitucionais, certos setores judiciários passaram a “concretizar” flexibilizações de direitos e garantias fundamentais.

O atual Código de Processo Civil, por exemplo, vale-se de “cláusulas gerais”⁸⁷, cuja técnica contrapõe-se ao modelo de tipicidade estrita (técnica casuística ou de regulamentação por *fattispecie*), atribuindo, por conseguinte, um espaço maior à discricionariedade judicial, a qual não deve, porém, confundir-se com arbítrio.

their decisions on a mix of policy and principle that can hardly be thought of as a deductive or logical exercise » (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 125).

84 Não obstante, para garantistas como Luigi Ferrajoli, o juiz, “por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 46).

85 Eufemismo frequentemente utilizado no meio forense na tentativa de escamotear graves violações de direitos e garantias fundamentais por parte do próprio Estado, em nome de máximas gerais, como justiça, eficiência e equidade, ou metas políticas, como as de tolerância zero e de combate à violência, à corrupção e à impunidade, cuja execução passa a exigir o desrespeito da legislação, vista nesses casos como empecilho à boa aplicação da justiça ao caso concreto. Pródigos são os exemplos dessa postura antijurídica e demagógica no Brasil, caracterizada pelo populismo judicial, pela politização da justiça e pela espetacularização midiática de determinadas práticas e diligências invasivas da liberdade individual, as quais passam a ser determinadas mais em razão do impacto que terão na opinião popular do que propriamente em razão de uma imposição legal.

86 A concretização não deve admitir, porém, a criação *solipsista* do Direito pelo juiz. Ao revés, a sentença que pretenda concretizar um mandamento constitucional/legal, deve operar dentro de uma concepção normativa e intersubjetiva ao reconstruir o mandamento contido no preceito genérico, a fim de acoplá-lo como uma luva à hipótese concreta. Daniel Mitidiero ensina que o respeito ao contraditório é fundamental para a legítima formação desse ato, que pode ser definido como “concretização reconstrutiva de mandamentos normativos em um ambiente dialógico” (MITIDIERO, Daniel. “Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro”. In **Revista de Processo - RePro**. Volume 245/2015, julho/2015, pp. 333-349, p. 340).

87 Cláusula geral é uma espécie de texto normativo cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico), indeterminado. Exemplos: os *sobreprincípios* da segurança jurídica, da legalidade, do devido processo legal, da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana, entre outros. Vale mencionar que a noção de cláusula geral, embora possa conter algumas semelhanças com a de princípio, com este não se confunde, na medida em que a primeira é uma espécie de *texto* ou *preceito normativo*, enquanto princípio é uma espécie de *norma jurídica*. O princípio nem sempre se encontra positivado; já a cláusula geral, sim, necessariamente. Isso não impede, porém, que alguns princípios sejam extraídos de cláusulas gerais, tal como ocorre, por exemplo, com o jovem princípio da colaboração no Direito Processual Civil, cujas origens podem ser reconduzidas às cláusulas gerais da boa-fé objetiva, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, dentre outras. Mas isso também não impede

Mas é possível discernir decisões legitimamente discricionárias e decisões arbitrárias, quando estas últimas se revestem de sólida roupagem argumentativa? A discricionariedade admitida pelas cláusulas gerais não seria um mero eufemismo utilizado pela dogmática jurídica para camuflar o irrefreável voluntarismo judicial?

Do ponto de vista da segurança jurídica⁸⁸, considera-se arbitrária a decisão que, *v.g.*, inove o Direito *post* e aplique retroativamente tal inovação a fato ocorrido antes dela (*ex post facto*), gerando surpresa ao jurisdicionado. Diante da expectativa legítima de que as leis vigentes na época dos fatos sejam aplicadas para disciplinar as conseqüências advindas destes, o *sobreprincípio* da segurança jurídica exige decisões judiciais amparadas no Direito *post*, incluída sua vertente principiológica (já que princípios também têm teor normativo)⁸⁹ e não no Direito “criado” ou *imposto* pelo juiz.

Embora não se possa negar a carga criativa e axiológica contida na passagem, ou salto, da abstração da legalidade para a concretude do feito que está sob a apreciação judicial, tampouco é possível refutar-se o caráter normativo/prescritivo das disposições legais, como se estas não impusessem carga obrigacional alguma à interpretação que norteia a atividade jurisdicional.

Nem mesmo Kelsen acreditava na possibilidade de se predeterminar, através de normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, o teor das normas individuais produzidas pelos tribunais.⁹⁰ Porém, na sua visão, este fato não justifica a concepção segundo a qual, antes da decisão judicial, não haveria Direito algum: a ideia realista de que todo Direito é apenas o Direito pronunciado pelos tribunais, no sentido de que sequer haveria normas jurídicas gerais, mas apenas normas jurídicas individuais.

Apesar de Kelsen negar que as normas jurídicas individuais possam existir independentemente das normas jurídicas gerais, ele não consegue descrever o mecanismo pelo qual estas logram, de modo racional, predeterminar o conteúdo daquelas, sem que o julgador incorra em decisionismos. Kelsen não se propõe a explicar como ocorre a transição da norma geral para a individual, chamada de “salto” por MacCormick⁹¹. Aliás, para Kelsen, as decisões são atos de *vontade*, e não inferências ou atos de *cognição*, o que o levou a negar

88 Segundo observa Adrian Sgarbi, para Kelsen, não há como garantir um mínimo de segurança jurídica no ato de concretização do Direito, dada a sua indeterminação; nenhum método de interpretação pode garantir um resultado seguro. O conceito de ciência que se encontra subjacente à perspectiva kelseniana – descritiva por excelência – é o das ciências naturais, pelo qual se tentam descrever os fenômenos, não por uma simples relação de *causalidade* (se ocorre o fato F, então C *é* a consequência *natural*), mas por uma relação de *imputação* (se ocorre o fato F, então C *deve ser* a consequência *jurídica*). Vale-se, para tanto, de um sistema *dinâmico*, no qual as normas têm origem em uma complexa organização de produção normativa por “competência” e “delegações de competência”, ao contrário do que ocorre nos sistemas *estáticos*, típicos dos conjuntos *morais*, que são constituídos mediante operações de *dedução* (SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 42).

89 A legalidade pode aqui ser lida como um conceito mais amplo, o de *juridicidade*, a pressupor respeito não apenas às leis e aos atos normativos infralegis (decretos, resoluções, portarias etc) – legalidade em sentido estrito –, mas também à Constituição, às orientações vinculantes exaradas pelos tribunais (precedentes qualificados), às convenções, declarações e tratados internacionais (e seus princípios e costumes).

90 “A norma jurídica geral positiva não pode prever (e predeterminar) todos aqueles elementos que só aparecem através das particularidades do caso concreto” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 2ª edição. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 171).

91 O trânsito desde uma disposição legal à interpretação resultante em um caso concreto por parte de um juiz é denominado de “salto” ou “transformação”, pois a passagem de um enunciado normativo para a sua interpretação/aplicação ao caso concreto não tem um caráter abertamente lógico, já que não é uma simples consequência lógico-dedutiva. As modernas teorias da argumentação jurídica (TAJ) pretendem reforçar o papel da razão em sentido forte no campo da argumentação jurídica, apostando na racionalidade do discurso jurídico frente às correntes irracionistas. As circunstâncias que favoreceram o auge da TAJ moderna são muitas, entre as quais o majoritarismo cínico, o libertarismo inadequado, o relativismo ético, o pseudo-freudianismo, o dedutivismo inapropriado, o determinismo ideológico e o cientificismo (MACCORMICK, Donald Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 23-25).

qualquer tipo de lógica às normas ou ao pensamento normativo, já que, como as normas não contêm “valor-verdade”, elas não poderiam servir enquanto premissas para um raciocínio lógico em sentido forte.

A lógica trata de proposições⁹², isto é, de orações às quais cabe predicar verdade ou falsidade. No entanto, as normas não são verdadeiras nem falsas. A norma que se expressa mediante o enunciado “*Abra a porta!*” não é verdadeira nem falsa. Pode-se dizer dela que é: *eficaz*, se é cumprida; *válida*, se é emitida por uma autoridade competente mediante procedimento apropriado; ou *justa*, se é moralmente correta.

Assim, no plano exclusivamente formal da teoria kelseniana, uma norma só pode ser válida ou inválida, jamais verdadeira ou falsa, já que o binômio verdade/falsidade só poderia ser atribuído a proposições, e não a normas. Já os fatos, por sua vez, só podem ser existentes ou inexistentes. Tem-se, portanto, que os planos da validade, da verdade e da existência aplicam-se, respectivamente, às normas, às proposições e aos fatos.

A lógica, ciência formal por excelência, pode oferecer respostas de caráter *formal*, mas não de caráter *substantivo*. Isto significa que as questões substantivas requerem algo mais do que o mero recurso aos métodos da lógica. Esta é uma ferramenta útil, mas insuficiente. Isto não diz nada contra essa disciplina, mas somente confirma seu caráter formal. Se se olhar para o passado, teve seu auge na filosofia analítica; se se olhar para o futuro, sua importância cresce com o desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial.

Neste sentido, a aversão para com a lógica jurídica é injustificada, como também é injustificada a pretensão de reduzir a questões puramente lógico-formais todas aquelas de que se ocupam as teorias da interpretação e da aplicação do Direito.

Há, portanto, distinção entre os atos que são praticados ou que ocorrem em determinado momento – que não podem ser taxados de verdadeiros ou falsos – e as afirmações que se fazem sobre os estados de coisas que resultam desses atos e que perduram por algum tempo, já que essas afirmações podem ser verdadeiras ou não, tal como é falsa a marcação de combustível que não retrata o verdadeiro estágio em que se encontra o nível da gasolina, por exemplo.⁹³

Por isso que se pode reputar como *falsa*, p.e., a proposição que afirma inexistir pena capital no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que tal proposição desconsidera que há, sim, previsão de pena

92 *Proposições* não se confundem com *normas*. As primeiras são *juízos*, isto é, enunciados, ao passo que as últimas são *prescrições*, isto é, comandos, autorizações ou atribuições de competência. A lição de Kelsen quanto a essa distinção é lapidar, *verbis*: “*Proposições* jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As *normas* jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª edição. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 51). Assim, para Kelsen, o Direito é *prescritivo*, mas a ciência jurídica, não, pois só pode ser *descritiva*.

93 MacCormick esclarece que o ato de colocar gasolina no carro não tem valor-verdade, mas o tem o ato de medir a quantidade de gasolina que se encontra no tanque (MACCORMICK, Donald Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 82-86).

de morte para certos crimes militares (art. 55, "a", do Código Penal Militar), desde que perpetrados em período de guerra declarada (art. 5º, XLVII, "a", da Constituição brasileira de 1988).

Daí MacCormick afirmar que, embora as normas não tenham valor-verdade, a interpretação jurídica que se faz delas pode, sim, possuir valor-verdade.⁹⁴

O problema é que Kelsen, ao afirmar que a decisão judicial é uma norma jurídica, contenta-se em classificá-la como válida ou inválida, a depender apenas da constatação formal de ter sido proferida por autoridade competente ou não, e de ter sido mantida ou não pelas instâncias superiores.

Assim, o fato de determinada decisão judicial ter atribuído interpretação manifestamente equivocada ao dispositivo legal que foi aplicado ao caso, ou mesmo ter expressamente preterido sua aplicação em nome de um princípio, argumento ou "lema" qualquer (como o de "combate à criminalidade", custe o que custar), jamais poderia ser invocado para atribuir um signo de falsidade àquela decisão, se ela foi proferida por autoridade competente e não foi revista por autoridade superior na hierarquia judiciária. Trata-se de um critério puramente formal o utilizado por Kelsen para aferir a legitimidade ou validade de uma decisão.

Da mesma forma, ainda que a decisão tenha sido proferida por juiz absolutamente incompetente, a decisão continuará sendo válida para Kelsen até o dia em que for anulada ou reformada, seja em sede recursal, seja pela via rescisória, aqui incluídas as ações anulatórias, a *querela nullitatis insanabilis* e a revisão criminal. Um notório exemplo disso aconteceu no Brasil em episódio recente, no qual o Supremo Tribunal Federal anulou as condenações que haviam sido impostas ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em virtude do posterior reconhecimento da incompetência territorial da 13ª Vara Federal de Curitiba, comandada pelo então juiz federal Sérgio Moro (hoje pré-candidato à Presidência da República), para processar e julgar as ações penais ajuizadas contra aquele pela equipe de acusação responsável pela operação policial conhecida como Lava-Jato.

Por mais que os advogados de defesa tivessem alegado, desde o início, a incompetência da Subseção Judiciária de Curitiba e, conseqüentemente, a falsidade da proposição interpretativa que atribuía à referida 13ª Vara Federal a competência territorial para julgar as causas contra o ex-Presidente Lula, este permaneceu preso durante 580 (quinhentos e oitenta) dias sob a custódia de um juiz incompetente.

Se uma lei processual que fixa as regras de competência é válida até o momento em que seja declarada inconstitucional, indaga-se: como pode ser considerada válida a decisão judicial que viola flagrantemente uma norma geral válida? Pode haver norma individual válida que contrarie norma geral válida? Com alguma divergência em relação à proposta kelseniana pura, entendemos que a norma individual editada a

94 "A conclusão dessa sessão (*sic*) do capítulo é, portanto, que não pode haver objeção séria ao deducionismo com base na observação correta de que as normas jurídicas não possuem valor-verdade. As normas de fato não o possuem, mas afirmações descritivo-interpretativas sobre o Direito podem possuí-lo, e a defesa do deducionismo estabelecida aqui exige apenas que afirmações desse tipo cumpram um papel crucial e legítimo em uma prática razoável de justificação jurídica. A teoria dos fatos institucionais indica que é perfeitamente apropriado atribuir valor-verdade tanto às afirmações sobre a validade de regras jurídicas válidas, como às afirmações descritivo-interpretativas sobre o conteúdo das regras válidas, entendidas como afirmações sobre o Direito existente em uma dada jurisdição ou nação" (*Ibidem*, 2008, pp. 88-89).

partir de uma norma geral deve ser considerada válida se está em conformidade com este seu referencial, e não apenas com o fato de ter sido editada pela autoridade competente.

Com vistas a mascarar esse paradoxo e a servir de subterfúgio para a manutenção da norma jurídica individual pelas instâncias superiores em grau recursal, agentes decisores costumam remeter à lei o fundamento de suas decisões, ainda que entre estas e aquela haja um hiato intransponível. É o que o título do presente tópico denomina de “uso retórico da remissão à lei”.

Trata-se de uma remissão puramente retórica – e por vezes até mesmo cínica – à lei, mormente quando se sabe que o conteúdo desta não corresponde ao propósito decisional.

Tal se dá, por exemplo, na prática forense infelizmente disseminada pela maior parte dos juízos singulares e colegiados do país consistente em utilizar-se, em decisão padronizada por processos mecânicos, fundamentação genérica para desprover o recurso de embargos declaratórios. O manejo desse recurso presta-se, na forma do artigo 1022 do Código de Processo Civil brasileiro⁹⁵, para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, para corrigir erro material.

É corrente a constatação de decisões, porém, que se limitam a asseverar: “*Desprovejo os aclaratórios, vez que o embargante pretende, por via processualmente inidônea, rediscutir o mérito da causa, já que a decisão embargada não padece dos vícios previstos no art. 1022*”. Nada se diz, em decisões desse jaez, sobre as peculiaridades do caso concreto, e tampouco se rechaçam, fundamentadamente, cada um dos argumentos esgrimidos pelo embargante. Exemplo típico de sentença padronizada desse jaez, que invariavelmente nada diz sobre o que consta dos autos, foi prolatada pelo juiz Leonardo Alves Barroso nos autos do processo nº 0238187-32.2016.8.19.0001, que tramitou no 01º Juizado Especial Cível da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Opostos embargos de declaração que apontavam graves vícios procedimentais e de julgamento na sentença de mérito embargada, o referido magistrado, ao desprovê-los, limitou-se a repetir as mesmas e únicas palavras que, sempre e invariavelmente, utiliza no julgamento de todos e quaisquer embargos declaratórios que venham a ser submetidos à apreciação de S. Exa., independentemente do que tenha sido alegado no recurso pelo jurisdicionado. A decisão é sempre idêntica, sem se alterar nem mesmo uma vírgula.⁹⁶

95 “Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material” (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 05.02.2022).

96 Eis o teor literal da sentença exemplificada, *verbis*: “Vistos etc. Recebo os embargos de declaração, já que presentes os requisitos de admissibilidade. Não há, entretanto, nenhuma obscuridade ou contradição na sentença embargada, pelo que rejeito os presentes embargos de declaração, tratando-se, o caso, de mero inconformismo com o que foi decidido, o que deve ser questionado pela via própria. Assim, deve a sentença ser mantida por seus próprios termos. PRI” (Disponível em: <https://www3.tjri.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em 04.05.2022). Como se vê, tal decisão serve para desprover todo e qualquer recurso, dada a sua vagueza.

Trata-se, como se vê, de decisão que serve para qualquer hipótese, pois não enfrenta os fundamentos recursais utilizados, por mais que estes apontem, de modo articulado, eventual obscuridade, contradição, omissão ou erro material.

E, de tão disseminada que era e continua sendo tal prática no estilo de julgar, o legislador de 2015, ao promulgar do Novo Código de Processo Civil, fez questão de incorporar a seguinte regra processual no § 1º do artigo 489, a fim de, mediante a inclusão *expressa* (que obviamente é implícita a qualquer sistema processual) de tal previsão no texto legal, constranger os juízes a não mais proferirem decisões genéricas nem padronizadas, que nada digam sobre o caso concreto, *verbis*:

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

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

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

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

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

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.⁹⁷

No mesmo sentido é o § 3º do artigo 1021 do CPC, que, ao tratar da modalidade recursal denominada agravo interno, proíbe o relator de limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

A inclusão de tais dispositivos legais ao CPC, assim como a de outros, tanto no direito processual civil quanto no penal⁹⁸, que igualmente constroem o magistrado a enfrentar todas as alegações trazidas pelas partes e pelo Ministério Público no julgamento de qualquer incidente processual, positivou o que a doutrina já chamava de *sistema de fundamentação exauriente*, em contraposição ao *sistema de fundamentação suficiente*, que vigorava na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro. De acordo com essa vetusta jurisprudência, ora combatida pelo legislador, o juiz ou tribunal não precisava manifestar-se sobre todos os

97 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 05.02.2022.

98 Observa-se, a propósito, que o parágrafo 2º do artigo 315 do Código de Processo Penal brasileiro, incluído pela Lei nº 13.964/2019, tem redação muito semelhante à do § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil.

argumentos deduzidos pelas partes, senão apenas sobre aqueles que ele achasse *suficientes* para a resolução da controvérsia.

Mas não é fácil mudar, pela formal edição de uma lei, práticas judiciais arraigadas, pois haverá sempre resistência institucional ou, no mínimo, corporativa, a qual vem sendo chamada, no direito anglófono, de *backlash*.⁹⁹

Com efeito, para toda, ou quase toda, ação legislativa há uma reação institucional, seja do Judiciário, seja do Executivo. Da mesma forma, certas ações ou comportamentos judiciais também podem desencadear reações ou respostas, sejam legislativas, sejam executivas.

Por exemplo, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4754/2016,¹⁰⁰ de iniciativa do Deputado Sóstenes Cavalcante (DEM-RJ) e outros 22 deputados, que inclui como crime de responsabilidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) “a usurpação de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo”.

Segundo o autor da proposição, a previsão legal sobre crimes de responsabilidade é pródiga ao listar os crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado, mas lacônica ao fazer o mesmo com os membros do Judiciário. Assim, na visão do proponente, mostrar-se-ia necessário tipificar criminalmente a conduta para conter o *ativismo*¹⁰¹ do Poder Judiciário, porquanto, em suas palavras, “o Tribunal estaria usurpando as atribuições dos demais Poderes da República”.¹⁰²

99 Traduzindo o termo como “reação” e inspirando-se nos estudos feitos por Cass Sunstein acerca do fenômeno que representa, Lenio Luiz Streck diz que a resistência do Judiciário a leis que impõem deveres aos juízes pode ser caracterizada como *backlash*. O jurista brasileiro cita como um dos exemplos disso, a propósito, a negativa judicial à aplicação de certas leis: “negar-se a cumprir uma lei (sem apontar vícios de inconstitucionalidade, por exemplo) também o (*backlash*) é, *seja sob o pretexto de reagir a um exagero, seja por pura teimosia*. Ou por ideologia, na mais comum das acepções. Por exemplo, por que não se cumpre — ou se cumpre pouco — o artigo 926 do CPC? Ou os incisos do parágrafo primeiro do artigo 489? Ou o artigo 315 do CPP?” (STRECK, Lenio Luiz. “O *backlash* hermenêutico à brasileira e à la carte”. In Revista Eletrônica Consultor Jurídico – **CONJUR**. Artigo publicado em 06.01.2022. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-06/senso-incomum-backlash-hermeneutico-brasileira-la-carte>. Acesso em 15.02.2022).

100 Tal esboço legislativo foi, no entanto, arquivado em votação apertada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. O parecer apresentado pelo Dep. Pompeo de Mattos retratou a tese vencedora, a qual atribui graves defeitos a tal projeto, por considerá-lo, em suma, “extremamente subjetivo e amplo, sem um foco claro no sentido de definir um regramento transparente e específico na relação entre os três poderes” (Inteiro teor disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700>. Acesso em 25/01/2022).

101 A presente tese evitará usar o termo *ativismo judicial* – embora por vezes seja obviamente obrigada a fazê-lo -, por se tratar de expressão plurívoca, que tanto pode ser utilizada para enaltecer o órgão a que se refere (vide a Corte Warren, por exemplo, considerada *ativista*, mas muito elogiada por ser um período de decisões progressistas do constitucionalismo estadunidense em prol dos direitos fundamentais), quanto pode ser utilizada para desqualificar um órgão judicial, atribuindo-lhe a pecha de decisionista, voluntarista ou solipsista. Em regra, este último sentido é o mais corrente, sobretudo quando o termo é utilizado pelos partidários de uma postura judicial mais minimalista, textualista e autorrestritiva. Tendo origem nos Estados Unidos da América, o termo *ativismo* designava, à primeira vista, um comportamento salutar da Suprema Corte norte-americana, voltado apenas a suprir as lacunas indesejáveis deixadas pelos demais Poderes, cujo não-preenchimento, pelo Tribunal Constitucional, acabaria por legitimar uma recusa institucional à proteção realmente efetiva dos direitos fundamentais. Mas foram o expansionismo desmedido da jurisdição constitucional e o abandono da postura de *self-restraint* pelas cortes dela encarregadas que acabaram dando a tônica final do sentido mais pejorativo que o termo assume nos dias de hoje. Para uma visão sobre as origens, a história e os empregos mais usuais da expressão *ativismo judicial* nos EUA, vide: KMIEC, Keenan D. “The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’”. In: **California Law Review**, Vol. 92, nº. 5 (Oct./2004), pp. 1441-1477.

102 E, sobre o ativismo judicial, o Deputado destacou, *verbis*: “Este ativismo, se aceito como doutrina pela comunidade jurídica, fará com que o Poder Judiciário possa usurpar a competência legislativa do Congresso. Não existem atualmente, por outro lado, normas jurídicas que estabeleçam como, diante desta eventualidade, esta casa poderia zelar pela preservação de suas competências. De onde decorre a importância da aprovação deste projeto” (Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node05ado8domwrqr1s7tt7pf44wuw27791720.node0?codteor=1443910&filenome=PL4754/2016. Acesso em 25.01.2022).

Padecendo de graves vícios, que poderiam dar azo à tipificação daquilo que Rui Barbosa denominava, há mais de um século, de “crime de hermenêutica”¹⁰³, dada a vagueza da previsão nele encetada (“usurpação de competência legislativa ou executiva por parte do Judiciário”), tal projeto foi, acertadamente, glosado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados, que se manifestou por sua rejeição, porém, em votação apertada (33 votos contrários à proposta, e 32 favoráveis).

E diversa não deveria ter sido a posição que por um único voto prevaleceu na dita Comissão, até mesmo por questão de coerência com a legislação em vigor que rege a responsabilidade dos magistrados em caso de abuso de autoridade, Lei nº 13.869/2019, cujo artigo 1º, § 2º, ressalva que “[A] divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”¹⁰⁴. É óbvio que a lei atual, cuja ressalva o fatídico Projeto não poderia desconsiderar, representa nítida evolução em relação à previsão contida, por exemplo, no antigo Código Penal de 1890 dos então chamados Estados Unidos do Brasil, promulgado pelo Decreto nº 847/1890, que criminalizava a conduta do funcionário que, por sentimento pessoal (tipo penal intitulado prevaricação), julgasse ou procedesse contra literal disposição de lei.¹⁰⁵

Vista a ilegitimidade jurídica de criminalizar-se a interpretação judicial que divirja dos interesses dos demais Poderes, sob pena de tipificar-se o *delito de exegese*, cabe doravante desenvolver - o que se fará nos capítulos que seguem - a tese ora sustentada de que a liberdade do juiz, no momento de decidir uma causa ou um incidente processual, não é ilimitada. Com efeito, a independência judicial, por mais ampla e sagrada que seja, acaba sofrendo, sim, constrangimentos legais e epistêmicos, pois em Direito não há liberdades absolutas, adágio que se aplica também ao nobre ato de julgar.

103 Ao discorrer sobre o que chamou de “*novum crimen*” na bem-sucedida defesa que fez, perante o Supremo Tribunal, de um juiz brasileiro acusado de desrespeitar a hierarquia judiciária na interpretação da lei, Rui Barbosa enfatizou a importância da irresponsabilidade judicial na interpretação do Direito escrito: “Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do Direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juizes, pelo sistema de recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo” (BARBOSA, Rui. “O júri e a independência da magistratura”. In **Obras Completas**, Vol. XXIII (1896), Tomo III. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976, p. 228).

104 Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20define%20os.que%20lhe%20tenha%20sido%20atribu%C3%ADdo.&text=%C2%A7%202%C2%BA%20A%20diverg%C3%Aancia%20na.n%C3%A3o%20configura%20abuso%20de%20autoridade. Acesso em 01.02.2022.

105 “Art. 207. Cometerá crime de prevaricação o empregado publico que, por afeição, odio, contemplação, ou para promover interesse pessoal seu: 1º Julgar, ou proceder, contra litteral disposição de lei; (...)” (Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em 02.02.2022).

CAPÍTULO 2: O PROBLEMA DA INSEGURANÇA NA JURISDIÇÃO

2. 1. Apontamentos iniciais

Viu-se no Capítulo 1 que a lei não tem o condão de predeterminar rigidamente o conteúdo da decisão que a interpreta. A interpretação da lei, no momento de sua aplicação ao caso concreto pelo órgão judicial, cria uma *norma jurídica individual*, a qual não se confunde ontologicamente com o *preceito* ou *texto normativo* que a embasa.

Dessa conclusão, porém, não se extrai outra, muito prestigiada pelos pós-positivistas em geral, no sentido de que a lei poderia deixar de ser legitimamente aplicada por simples contorcionismo interpretativo, ou, para utilizar-se de um eufemismo amplamente aceito, por uma bem elaborada *argumentação jurídica* que demonstrasse a injustiça da aplicação ao caso concreto de uma lei formal e materialmente hígida.

A praxe forense é pródiga de exemplos de decisões que buscam fundamentos principiológicos, ou até mesmo puramente morais, para afastar determinado dispositivo de lei perfeitamente incidente à espécie, sem, contudo, declará-lo inconstitucional nem anticonvencional. Afasta-se a lei, assim, apenas para o caso concreto, sem nela enxergar-se qualquer vício congênito nem superveniente.

A mesma lei que é afastada pelo juiz num caso concreto, continua, paradoxalmente, a ser aplicada pelo mesmo juiz aos demais casos, cujos titulares não gozam do mesmo privilégio concedido àquele primeiro. Alguém, porém, que obviamente não é o magistrado, acabará tendo que suportar, com sacrifício de um direito próprio estabelecido em lei em seu favor, os efeitos do “benefício” ilegal que o juiz concedeu à parte *ex adversa* com base na moralidade individual do julgador.

No planejamento diário de sua vida civil e empresarial, bem como na abstenção da prática de atos que podem ser enquadrados na lei penal, o jurisdicionado se vê lançado à própria sorte, a qual não dependerá de seu comportamento diante da lei, mas sim, única e exclusivamente, do juízo ao qual seu litígio for distribuído. Este poderá criar norma não prevista em lei ou simplesmente recusar a aplicação de um dispositivo legal que lhe é favorável, se o julgador achar que a lei “não é boa”, ainda que sua opinião contrarie a jurisprudência superior formada sobre a plena higidez da lei em questão.

Não é preciso ser um jurista para perceber a gritante insegurança jurídica e a falta de isonomia¹⁰⁶ que uma abordagem judicial desse jaez provoca no seio da sociedade.

Na palestra intitulada “O fim da ponderação e o retorno ao positivismo jurídico”¹⁰⁷, o Professor Juan Antonio García Amado afirma que a ponderação de normas e o principiologismo, sendo manifestações do populismo judicial, possuem sempre objetivos políticos e, por isso, distanciam-se dos escopos da democracia liberal, cujo fundamento pressupõe a migração da filosofia moral para a filosofia política. O compromisso democrático - decorrente de um contrato social (uma convenção) - passa a ser o fundamento de legitimidade do Direito Liberal, em substituição à ingênua busca por uma verdade objetiva ou metafísica, a qual caracteriza os sistemas antidemocráticos ou iliberais.

Ao citar vários exemplos de atuação judicial manifestamente ilegal, tanto em jurisdição cível quanto em penal, García Amado discorreu, nessa palestra, sobre o caso de um proprietário de unidade em condomínio horizontal que instalou, no lado de fora de sua propriedade condominial (fachada), um aparelho de aquecimento de água, com o que os demais condôminos não assentiram. Diante da proibição imposta pelo condomínio com amparo na Lei espanhola de propriedade horizontal e do ajuizamento de uma ação contra si para retirada do aparelho, o proprietário alegou em juízo que sua casa era pequena e a família, muito grande, além de pobre (princípio do Estado Social), de modo que o aparelho, se instalado na parte interior da residência, e não na fachada, comprometeria o princípio do direito à moradia digna dos numerosos membros de seu núcleo familiar. Alegou, também, que fazia muito frio nas noites de inverno e que, por isso, necessitava de água quente para o banho de seus filhos menores, a dar-se em homenagem aos princípios do interesse superior do menor e da proteção da saúde.

A hipótese, como se vê, é expressamente regulada pelo Direito Civil espanhol, cuja lei de propriedade horizontal espanhola é clara ao vedar qualquer obra, acessão ou instalação de equipamentos na parte externa das unidades condominiais, sem autorização expressa dos demais

106 Atribui-se a Thomas Jefferson a seguinte frase, na qual esse *founding father* expressa sua indignação diante da insegurança causada pela existência de diversas leis morais individuais, cada uma das quais pertencente a cada ser humano individualmente considerado, porém sem que nenhuma se aplique ao corpo social como um todo, *verbis*: “*It is strangely absurd to suppose that a million of human beings collected together are not under the same moral laws which bind each of them separately*”. Parece ter razão o célebre republicano, uma vez que, se cada indivíduo obedecer apenas às suas próprias leis, não podemos falar de república das leis, senão de despotismo dos homens. Mas é interessante notar que a este mesmo estadista estadunidense atribui-se outra frase, um tanto contraditória em relação à primeira, que assim reza: “Quando os homens são éticos, as leis são desnecessárias; quando os homens são corruptos, as leis são inúteis”. Tal máxima esvazia a anterior, na medida em que torna as leis desnecessárias e, ao mesmo tempo, inúteis, o que não deixa de constituir uma contradição com a necessidade, antes apontada, de uma lei que valha para todos. Concluímos que a intenção do suposto autor desta última frase tenha sido mais a de enaltecer a virtude da ética e a de criticar o vício da corrupção, do que propriamente a de desprezar o valor intrínseco das leis.

107 Evento realizado em 18/11/2021 pelo Fórum Nacional dos Centros de Estudos e Escolas das Procuradorias-Gerais dos Estados (FONACE), transmitido ao vivo pela plataforma YouTube (disponível em <https://m.youtube.com/watch?v=10S4VOrGSwl>)

condôminos, o que expõe o infrator à demolição ou retirada compulsória do equipamento indevidamente instalado. Não há dúvida nem de fato nem de direito na hipótese.

Todavia, no exemplo dado, entendeu o juiz da causa que o fato de o infrator ter uma numerosa família seria suficiente para suplantar a regra legal proibitiva de direito condominial, a qual deveria ceder diante dos “princípios” da moradia digna, do Estado Social, da proteção à saúde e do interesse superior do menor. Assim, mesmo sem declarar inconstitucional tal norma civil (pois, em verdade, tanto o juiz quanto o proprietário infrator sabiam muito bem que ela é perfeitamente constitucional e convencional), o juiz deixou de aplicá-la, embora incidente ao caso como uma luva.

Esse singelo exemplo demonstra que qualquer argumento pode afastar a aplicação de uma lei, desde que devidamente articulado com algum princípio prestigiado pelo juiz ou até mesmo, por vezes, pseudo-princípios. A lei, assim, não tem a menor força normativa.

García Amado afirma que tal caso seria considerado fácil (*easy case*) pelos positivistas, pois a solução estaria claramente prevista em lei, que proíbe a instalação de aparelhos na fachada das unidades condominiais. E, para os neoconstitucionalistas, tal caso também poderia ser considerado paradoxalmente fácil, porém por outra razão: a solução de permitir a instalação excepcional do aquecedor seria claramente *justa*, apesar de *ilegal*.

Essa disparidade frontal de entendimentos sobre um caso que tanto os positivistas quanto os pós-positivistas consideram *fácil*, porém por razões diametralmente opostas, só demonstra a inadequação da classificação doutrinária que antagoniza casos fáceis *versus* casos difíceis¹⁰⁸. Um caso pode ser considerado *fácil* (*easy case*) por dois juristas distintos e obter, de cada um deles, soluções

108 Em verdade, não é a natureza do caso em si e tampouco a “clareza” do dispositivo legal aplicável que tornam um caso fácil, mas sim a problematização que se cria e as perspectivas que se projetam sobre a espécie sob apreciação. Qualquer hipótese pode ser problematizada, por mais simples que a sua solução seja aparentemente. Veja-se, como exemplo, a discussão que se travou no Órgão Especial do Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ) sobre a possibilidade de fixação de honorários advocatícios “por apreciação equitativa” quando a Fazenda Pública for parte, mesmo havendo regra processual expressa disciplinando o tema no § 3º do artigo 85 do CPC. Discutiu-se se o § 8º deste artigo seria aplicável à hipótese, mesmo quando seu teor é expresso no sentido de restringir sua aplicação às “causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo”, previsão esta que obviamente não abarca as hipóteses de causas com valores muito elevados. Malgrado não haver a menor dúvida na dicção legal, o STJ entendeu mister proceder-se à “definição do alcance da norma inserta no parágrafo 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil nas causas em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados”, cadastrando a questão no sistema de temas repetitivos do STJ como Tema 1.076. E o STJ ainda entendeu necessária, em razão da suposta relevância da matéria, a oitiva, na condição de *amici curiae*, da União, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Colégio Nacional de Procuradorias-Gerais dos Estados, entre outras entidades. Pergunta-se, porém, qual dúvida poderia subsistir para o STJ sobre o alcance da norma inserta no parágrafo 8º do artigo 85 do CPC, se este é claríssimo ao referir-se apenas às “causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo”?! Em julgamento concluído em 16.03.2022, a Corte Especial confirmou a literalidade da lei, concluindo o óbvio, isto é, que o parágrafo 8º não permite sua interpretação extensiva para hipóteses que contam com tratamento legal expresso e em sentido contrário. Consulta processual disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201877883>. Acesso em 17.03.2022. Mas, como o sistema jurídico brasileiro é realmente *sui generis*, ver-se-á no final do Capítulo 3 um exemplo de que nem essa repetição feita pelo STJ da norma contida no CPC foi capaz de convencer certos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais a cumprirem o que consta da legislação que rege os honorários advocatícios. A Corte mineira, socorrendo-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (os quais tudo justificam, inclusive a violação a regras expressas em lei), simplesmente recusou-se a aplicar o CPC ao caso e a seguir o entendimento vinculante firmado pela Corte Especial do STJ sobre a matéria.

totalmente contraditórias, assim como um caso considerado *difícil (hard case)* pode levar a consensos inesperados.

Quer-se com isso dizer que não são apenas as hipóteses de “desacordos morais razoáveis” que podem ensejar infundáveis problematizações jurídicas, mas sim toda e qualquer discussão acerca de um caso concreto, a depender das perspectivas pelas quais este seja analisado e da qualidade dos argumentos elaborados a partir disso.

Verifica-se, assim, a manifesta insegurança jurídica e a afronta ao princípio da isonomia que a abordagem da ponderação de valores acarreta, se comparada a uma visão legalista. É claro que, em situações excepcionalíssimas – tais como o risco de explosão de uma bomba atômica se determinada lei não for desrespeitada, ou de colisão de um meteoro na superfície terrestre, caso certa prerrogativa legal não seja superada -, exemplos estes que, apesar de pouco práticos, costumam ser dados por autores anti e pós-positivistas, a ponderação de valores, sobretudo o relativo à vida, seria muito bem vinda para derogar dispositivo de lei cuja aplicação impede o afastamento daquele risco de hecatombe¹⁰⁹.

Mas a vida real e os problemas do cotidiano judiciário são muito mais telúricos e, portanto, costumam ser mais adequadamente resolvidos mediante processos subsuntivos que por sofisticadas técnicas de ponderação, já que a esmagadora maioria da pleora de feitos judiciais que entulham nossos tribunais costuma ser resolvida com a chapada aplicação da Constituição e da lei ao caso concreto. Isso se observa facilmente em matéria previdenciária, do consumidor, tributária, de direito civil e assim por diante, em que tanto os contratos ali firmados quanto as leis que lhes dão suporte costumam prever as consequências do descumprimento de suas cláusulas, ensejando execução forçada¹¹⁰ em sede judicial. O problema, destarte, reside muito mais na falta de cumprimento/execução da lei do que nos eventuais problemas desta, com os quais a ponderação tanto insiste em se ocupar.

109 Trata-se de hipóteses excepcionalíssimas, cunhadas por Manuel Atienza como “casos trágicos” (ATIENZA, Manuel. **As razões de direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, pp. 272-274). Todos hão de concordar que, em casos realmente *trágicos*, mostra-se absolutamente bem vinda eventual ponderação em prol da vida ou de outro bem cuja lesão se mostre irreversível. Apenas ousamos discordar da banalização de tal prática para as hipóteses do dia-a-dia forense.

110 Segundo as estatísticas oficiais trazidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o maior gargalo do Judiciário brasileiro são as execuções, cuja taxa de congestionamento é muito maior que a observada nos processos de conhecimento. Segundo o relatório entregue pelo CNJ em 2021, “em todos os segmentos de justiça, a taxa de congestionamento da fase de execução supera a da fase de conhecimento” (Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021, p. 189). As discussões de acerto do litígio, vale dizer, relativas ao mérito da demanda, são minoritárias se comparadas às hipóteses em que se pleiteia pura e simplesmente o efetivo cumprimento ou execução do que fixado em sentença ou contrato, o que nos leva a concluir que o problema de congestionamento judiciário deve-se mais à inobservância de sentenças já proferidas e do conteúdo de contratos legalmente firmados – que são por isso objeto de execução forçada -, do que propriamente à complexidade jurídica dos temas decididos ou da eventual alta indagação jusfilosófica dos debates ali travados. Em suma, o problema da jurisdição brasileira está muito mais atrelado à dificuldade na efetiva aplicação da lei pelo Judiciário do que a uma eventual falibilidade da legislação.

Em ramos como o Direito de Família e o Direito Empresarial, mostra-se ainda aceitável a proposição de soluções judiciais para contornar vácuos legislativos, tal como se deu, a título ilustrativo, com a proteção da concubina (por meio da aplicação em seu favor das regras da “sociedade de fato”) e com a “teoria da imprevisão” (mediante a consideração de situações que desequilibram as relações contratuais, mas que não estavam previstas em lei). Já em Direito Penal e Tributário, a adoção, pelo Judiciário, de soluções contrárias às previstas em lei representa flagrante afronta à segurança jurídica e à legalidade, mormente quando criadas em desfavor do réu e do contribuinte, respectivamente.

Feitas essas considerações introdutórias quanto ao problema da insegurança e da falta de isonomia na jurisdição, passa-se doravante a enfrentar os principais aspectos que tornam árdua a missão de assegurar uma justiça mais segura, previsível e isonômica.

2.2. Programa normativo vs domínio normativo

Como já antecipado no início deste Capítulo, *texto legal* e *norma* jurídica não se confundem, já que esta se extrai daquele, mas com ele não se confunde. Segundo a metódica normativo-estruturante de Friedrich Müller, o *texto* normativo é o objeto da interpretação, enquanto a *norma* é o seu produto.¹¹¹

Por meio de um processo de concretização normativa, cujo resultado será a norma, o intérprete lança mão de dois expedientes concretizatórios, um, voltado à interpretação do texto (programa ou comando normativo), e outro, destinado a captar os elementos da vida que não estão compreendidos no primeiro, os quais constituem o domínio normativo.

Sobre a relação entre “programa normativo” e “domínio normativo”, fundada na não identidade entre *texto* normativo e *norma*, Gomes Canotilho ensina que “a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um ‘domínio normativo’, isto é, um ‘pedaço de realidade social’ que o programa normativo só parcialmente contempla”¹¹².

111 MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 22.

112 Pede-se *vênia* para reproduzir o presente excerto nas palavras do catedrático de Coimbra: “Os postulados básicos da metódica normativo-estruturante são os seguintes: (1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração, jurisdição); (2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa ‘decisão prática’ (a metódica pretende-se ligada à resolução de problemas práticos); (3) a metódica deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; (4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo; (5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do *iceberg* normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um ‘domínio normativo’, isto é, um ‘pedaço de realidade social’ que o programa normativo só parcialmente contempla; (7) consequentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1177).

Sendo o *texto* apenas a ponta do *iceberg* normativo, já que a *norma* leva em conta não apenas o preceito que lhe serve de objeto, mas também, e sobretudo, a realidade prática do caso concreto sob apreciação e as conjunturas que o circundam e que contextualizam o ato de interpretação, é curial concluir-se que a lei não resolve, por si só, as controvérsias jurídicas.

Com efeito, o domínio normativo, também denominado região ou referente normativo, oferece ao intérprete as circunstâncias de uma realidade social que o programa ou comando normativo (texto) só parcialmente contempla, até porque a lei formal jamais conseguirá refletir a complexidade da vida em sua plenitude.

No Capítulo 1 já se demonstrou que o fetichismo legal é uma ilusão exegética e que o dedutivismo é insuficiente para explicar a aplicação da lei. Sendo a jurisdição uma atividade regida sobretudo pela *razão prática*, uma vez que se volta a resolver problemas concretos da vida – os quais não se reduzem a meras representações matemáticas –, não se poderia mesmo esperar que a lógica formal pudesse oferecer soluções exaurientes.

Daí a importância da pragmática para a metódica mülleriana, tal como ressaltado por Marcelo Neves,¹¹³ que ressalva, todavia, o fato de o aspecto semântico não ter sido completamente abandonado por aquela teoria estruturante, ao contrário do que se observa em outros movimentos contrários ao positivismo jurídico, tais como o Direito Alternativo, o realismo (estadunidense e escandinavo) e o pluralismo jurídicos, entre outras correntes críticas ao pensamento formalista, das quais a presente tese não é caudatária.

O problema nasce, como se já se pode intuir, do peso maior ou menor que o intérprete deposita, ora na balança da previsão legal, ora na balança dos fatos, para dali extrair a fonte prevalecente do direito a reger a espécie.

O emprego de um método problemático, tal como preconizado pelos adeptos do antiformalismo jurídico, ao apostar todas as suas fichas epistêmicas na pragmática e nas especificidades que envolvem o caso concreto (domínio normativo), costuma apontar uma solução mais particularizada e justa para a espécie, mas, em contrapartida, depõe contra a harmonia do sistema jurídico, a previsibilidade e a isonomia (programa normativo).

113 "A 'Teoria Estruturante', proposta por Friedrich Müller, embora se mantenha na perspectiva semântico-pragmática – ou seja, continue enfatizando a dimensão semântica da interpretação –, vai dar uma maior relevância ao fator pragmático do processo interpretativo do que a tradição hermenêutica que remonta a Gadamer" [NEVES, Marcelo. "A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito". //: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 360].

Já a adoção de um método exclusivamente formalista, por sua vez, pode levar a certas injustiças no caso concreto, na medida em que aposta todas as suas fichas na segurança jurídica e no universalismo. Por isso é que, para Robert Alexy, em casos extremos, a “justiça material” deve prevalecer sobre a “segurança jurídica”, sob pena de incorrer-se em fanatismo em favor da última¹¹⁴. E o autor alemão, em outra obra¹¹⁵, cita uma decisão do Tribunal Constitucional alemão na qual este teria prestigiado o conceito de “argumentação racional”, ao decidir que “o Direito (...) não se identifica com o conjunto de leis escritas”, de sorte que o juiz não está constrangido pela Lei Fundamental a aplicar ao caso concreto as indicações do legislador dentro dos limites do sentido literal possível. Segundo essa criticável decisão¹¹⁶, deveria o juiz decidir de modo fundamentado em uma argumentação racional, sempre que entender que a lei escrita não cumpre a função de resolver um problema jurídico de forma justa, o que demanda de seu aplicador que preencha tal lacuna de modo não arbitrário.

Mas a excepcionalidade dessas hipóteses extremas e raríssimas – quando não meramente acadêmicas - não pode jamais justificar uma atuação ordinária de desprezo à legalidade pelo Judiciário, pois, em regra, a aplicação do conteúdo normativo da lei aos processos judiciais do dia-a-dia não costuma levar a situações de flagrante injustiça material, ainda que não agrade a todos, e obviamente não agradará.

O embate entre particularismo e universalismo repercute diretamente na noção de segurança jurídica que se espera de cada sistema, objeto do próximo tópico, tendo em conta que o modelo do *juge-made law* privilegia o caso concreto em sua dimensão subjetiva, enquanto os modelos civilísticos de matriz continental prestigiam o ordenamento em sua dimensão objetiva.

114 “O valor da segurança jurídica deve ser sopesado com o da justiça material. A fórmula de Radbruch diz respeito a uma ponderação que, em princípio, dá prevalência à segurança jurídica, invertendo a hierarquia somente em casos extremos. Contra isso só pode objetar aquele que considera a segurança jurídica um princípio absoluto, o que, como qualquer persecução de um princípio absoluto, contém certa dose de fanatismo” (ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 41). Sobre a dialética entre aqueles dois valores, João Baptista Machado afirma, *verbis*: “A justiça representa um ideal de hierarquia superior. A segurança representa um valor de escalão inferior, mais diretamente ligado à utilidade, às necessidades práticas e às urgências da vida” (MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 55).

115 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53.

116 O problema deste entendimento da Corte alemã é justamente o de abrir demasiado espaço para juizes desconsiderarem a lei sempre que “não gostarem” de seu conteúdo, independentemente da constitucionalidade e da convencionalidade do texto legal desprezado. Ao deixar ao magistrado a decisão sobre se a lei é justa ou não, esvazia-se a normatividade do direito escrito, o qual pode sem maiores critérios objetivos ser desconsiderada pelo juiz, se na sua opinião individual ela for “injusta”. Há de haver a concorrência de outros critérios, de preferência intersubjetivos, a fim de evitar os excessos personalistas e as idiossincrasias decisórias a que o solipsismo judicial pode conduzir, em detrimento da coesão objetiva do sistema jurídico, cuja base é formada pelo ordenamento.

2.3. O *protoprincípio* da segurança jurídica

A presente tese doutoral encontra no *protoprincípio*¹¹⁷ da segurança jurídica um de seus mais nucleares fundamentos deontológicos, ao lado do respeito à isonomia, ao Estado de Direito e à legalidade democrática, postulados estes que não se conformam nem com o desprezo judicial pela lei, nem com a substituição desta pela opinião individual do julgador.

Segundo Jorge Reis Novais, a noção de segurança jurídica sustenta-se tradicionalmente sobre uma teoria analítica do Direito lastreada em uma rígida separação entre os Poderes e em uma hermética distinção entre os âmbitos político (representação popular e criação do Direito) e jurídico (interpretação e aplicação do Direito). A fonte jurídica por excelência do Estado de Direito é, por assim dizer, a lei em sentido formal, cabendo ao princípio da legalidade exercer o papel de fundamento inspirador da segurança jurídica.¹¹⁸

Trata-se de uma visão antagônica à concentração absoluta de poderes na pessoa do *Soberano*¹¹⁹. Nessa perspectiva, caberia ao Judiciário, enquanto órgão independente (mas jamais soberano), apenas assegurar a correta aplicação da lei, sem ativismos nem protagonismos desnecessários que pudessem atrair para si os poderes absolutos que outrora pertenciam ao Monarca. A postura esperada dos juízes seria de autocontenção (*self restraint*), afinal, não faria sentido manter a concentração de poderes em um único órgão, os quais apenas mudariam de mãos, passando do Rei para a Cúria judiciária.

Até o declínio do Estado Absolutista, os jurisdicionados - que em verdade não passavam de reles súditos - eram vistos como meros objetos do Soberano, e não como sujeitos de direito. O próprio Estado, aliás, confundia-se com a figura pessoal do Monarca¹²⁰, de sorte que não cabia falar-se em

117 Segundo Humberto Ávila, a segurança jurídica é mais que um simples princípio, na medida em que consiste em um verdadeiro *protoprincípio*, isto é, "o princípio dos princípios, a norma das normas, a *norma normarum* no quadro das espécies normativas, aquela que não só *funda*, mas também *instrumentaliza* as demais" (ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 669).

118 NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes de Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 151-158.

119 Cumpre anotar, porém, que em rigor o *poder* costuma ser único e indivisível, pois pertencente ao povo, e não aos órgãos que materializam o Estado; as funções estatais é que podem ser divididas e ordinariamente exercidas por órgãos legislativos, executivos e judiciários, nos modelos tripartites. Já a referência feita a *Soberano*, cumpre também esclarecer, não consiste, necessariamente, em alusão a um regime monárquico, mas sim à concepção hobbesiana de constituição do povo por meio de uma incorporação, encarnando-se seja em uma pessoa física (o Rei), seja em uma pessoa jurídica (uma Assembleia). Como bem observado pelo Professor Julien Giudicelli, da Universidade de Bordéus, em texto que tivemos o prazer de traduzir para uma publicação em português, o povo não existe de antemão em Hobbes, e nem é algo naturalmente dado pela natureza, mas sim uma criação soberana. Sobre o povo, afirma Giudicelli, *verbis*: "Ele é constituído, ele se forma *pele* contrato social. Cada um se priva de todos os seus direitos em benefício de um só, que pode ser uma pessoa fisicamente encarnada ou uma assembleia, isto é, uma pessoa jurídica. No estado de natureza, os homens constituem apenas uma multidão. A força da concepção hobbesiana é a de afirmar que a unidade não existe naturalmente, que ela é constituída *pele* contrato social e *por* sua cláusula essencial, responsável por transferir os direitos naturais daquela multidão a uma parte estranha ao contrato, a um terceiro, o soberano. Por conseguinte, e num movimento duplo, a multidão entra no estado social e, dando-se um soberano, ou um representante, acaba por aceder à unidade do povo ('é a unidade do representante, e não a unidade dos representados, que torna única a pessoa', escreve Hobbes)" (GIUDICELLI, Julien. "A ilusão representativa". Trad. Murilo Strätz. *In Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro* (PGE/RJ), 2022, p. 10).

120 Atribui-se ao Rei francês Luís XIV a célebre frase "O Estado sou eu".

“governo das leis” (*rule of law*), mas apenas em governo dos homens (*rule of men*). E a própria noção de Estado de Direito finca seus alicerces estruturais nos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, os quais são considerados seus elementos constitutivos, na abalizada lição de Gomes Canotilho¹²¹.

Desse modo, foi apenas com o advento do Liberalismo e, nomeadamente, com o nascimento da noção de Estado de Direito, que a possibilidade de fazer previsões quanto ao comportamento estatal, e de se insurgir contra o Estado quando este frustra expectativas legítimas nele depositadas, passou a ser vista como um direito oponível ao Soberano.

E foi sobretudo graças ao surgimento da economia de mercado, conforme adverte Gomes Canotilho, que a segurança jurídica encontrou solo fértil para fazer germinar as exigências de certeza jurídica e de garantia de proteção à propriedade privada e às demais liberdades burguesas veiculadas pelos códigos modernos.¹²² No mesmo sentido é a lição de Antonio Enrique Perez-Luño, ao destacar o tenebroso clima de insegurança absoluta e de “incerteza devoradora” que imperava durante a Antiguidade e o Medievo.¹²³

Mas a passagem do Estado Legal para o Estado Constitucional trouxe um novo olhar para o papel dos princípios e, em consequência, para a jurisdição que busca concretizá-los, sobretudo quando tal concretização se dá *contra* ou *praeter legem*.

Os princípios passarão a ser usados para além das hipóteses de silêncio legal, para começar a reger, também, a solução de casos para os quais há lei expressa e válida.

Como bem observado pelo Professor García Amado, é muito mais difícil discordar-se sobre aspectos abstratos do que sobre dados concretos ou pormenorizados, assim como é mais fácil ter-se empatia por alguém que está longe, como uma criança desnutrida que habita numa aldeia distante na África, do que pela criança que pede dinheiro debaixo do semáforo pelo qual passamos diariamente ao

121 Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 258).

122 Nas palavras do catedrático de Coimbra: “A economia capitalista necessita de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súbditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção constitucional liberal tem em vista a certeza do direito. O laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia de mercado” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 105).

123 Transcreve-se a breve descrição feita pelo catedrático de Sevilha sobre o tema: “*La Antigüedad y el Medievo fueron edades de básica inseguridad. Los hombres de estas etapas están expuestos a innumerables y constantes riesgos, su vida se halla acechada por mil lados. Si rebasa los confines de lo conocido le aguardan comarcas terribles: los mares y parajes tenebrosos. Su vivir cotidiano se configura por la amenaza constante del hambre, la peste, las plagas, la camada de lobos, las huestes de invasores y bandidos, en resumen, la incertidumbre devoradora*” (PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991, p. 13).

sairmos de casa para trabalhar. Dessa forma, a partir dessa singela analogia, percebe-se que é mais fácil convencer alguém a partir de uma argumentação baseada em princípios teóricos – já que eles deixam em aberto várias questões que poderiam revelar-se objeto de dissenso – do que a partir de elementos concretos que atingem diretamente a vida dos interessados.

Há também, de outro lado, uma modalidade jurisdicional que traça delineamentos norteadores de amplas reformas estruturais, pois decisões judiciais com tal viés transformador estabelecem, para além de resolverem um caso concreto, as condições jurídicas que deverão ser observadas pelos agentes estatais na concretização de políticas públicas afinadas com a Constituição. As decisões estruturantes¹²⁴ são um eloquente exemplo disso, sobretudo por exercerem um controle contramajoritário ainda mais ousado que a tradicional sindicância abstrata de constitucionalidade, uma vez que não se limitam a atestar a conformidade, em tese, de um certo preceito em face da Carta Magna, mas obrigam os representantes do povo a adequarem a burocracia estatal àqueles ditames judiciais.¹²⁵

O contido nessas decisões estruturantes passa a servir de norte para os demais órgãos judiciários e até mesmo para a Administração Pública, que devem pautar suas decisões de acordo com a bússola hermenêutica fixada por aquelas *structural injunctions*.

Tais sentenças estruturais acabam conferindo segurança jurídica tanto às atividades jurisdicionais quanto às administrativas, pois os jurisdicionados/administrados sabem, de antemão, o que esperar do Judiciário e da Administração na matéria por elas regulada, uma vez que essas sentenças acabam exercendo um papel análogo ao da lei escrita para as hipóteses que disciplinam. Exemplo paradigmático de decisão estrutural na jurisdição brasileira foi a tomada pelo Supremo Tribunal Federal no caso “Raposa Serra do Sol”¹²⁶.

124 Nos Estados Unidos da América, onde surgiram a partir da década de 1950, as decisões estruturantes (*structural injunctions*) buscavam impor ao Poder Público a adoção de reformas estruturais nos setores da vida pública cujo funcionamento violava normas constitucionais, tal como se dava, por exemplo, com a prática institucional de segregação racial vigente no sistema escolar norte-americano até o veredicto de *Brown vs. Board of Education*, por meio do qual a Suprema Corte superou o lamentável precedente do “*separate but equal*” de *Plessy v. Ferguson* (1894) e afirmou, em 1954, a prevalência do “*equal protection clause*” da 14ª Emenda sobre a abominável prática de segregar estudantes negros de brancos em escolas, meios de transporte e outros serviços públicos. Mas julgar inconstitucionais as leis segregatórias (*Jim Crow laws*) não foi suficiente, já que todo o sistema público deveria ser reformado para que a decisão estrutural da Corte tivesse efetividade, e episódios como a arbitrária prisão de Rosa Parks em 1955, por ter-se recusado a dar seu assento de ônibus a um jovem branco, não se repetissem.

125 Para uma visão sobre a aplicação do processo estrutural no Brasil, vide: DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro”. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos Estruturais**. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2021, pp. 423-461.

126 Trata-se de Ação Popular relativa à “demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol”, em que se fixaram várias diretrizes sobre como os agentes públicos e privados deveriam comportar-se em relação a tal reserva indígena, em temas como o acesso à área por autoridades das Forças Armadas para defesa nacional, exploração dos recursos naturais pelos índios, prestação de serviços de saúde à comunidade indígena e assim por diante. O Supremo consignou, no Informativo de Jurisprudência STF n° 725, que tais diretrizes serviriam como norte decisório mesmo para processos relativos a outras reservas indígenas. E asseverou que, embora seu teor não fosse formalmente vinculante, esses standards somente poderiam ser afastados pelos juízes mediante o exercício de “*elevado ônus argumentativo*”, *verbis*: “Assim, a decisão proferida na ação popular não vincularia juízes e tribunais quanto ao

Esse tipo de decisão estrutural esmiúça ainda mais o que já se encontrava de modo não tão explícito na Constituição, na doutrina e na legislação sobre proteção de reservas indígenas, deixando mais claro e previsível, para os jurisdicionados, o que esperar do Judiciário em processos análogos. Daí o favor gerado pelo Supremo à previsibilidade. Some-se a isso a efetividade da solução alcançada, pois, havendo norteamientos hermenêuticos seguros quanto ao modo de decidir tais disputas, a taxa de viabilidade¹²⁷ dos instrumentos processuais utilizados na resolução de disputas tende a aumentar.

E, como bem ensina Gomes Canotilho, a previsibilidade é um dos atributos mais caros ao protoprincípio da segurança jurídica, considerando que “[O] homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida”¹²⁸. Sem um mínimo de segurança acerca do modo pelo qual a legislação será aplicada, de nada vale a uma nação ter as melhores leis do mundo; elas, sozinhas, nada fazem.

Jorge Miranda elenca, como elementos nucleares da noção de *segurança jurídica*, a certeza, a previsibilidade, a determinabilidade, a compreensibilidade, a estabilidade e até mesmo a razoabilidade, atributos estes sem os quais fica enfraquecida toda e qualquer concepção de Estado de Direito.¹²⁹

Para Humberto Ávila, em estudo exauriente que publicou exclusivamente sobre o tema, a segurança jurídica contempla três elementos constitutivos: *cognoscibilidade* (inteligibilidade das normas e de sua aplicação), *confiabilidade* (estabilidade quanto ao entendimento sobre as normas) e *calculabilidade* (previsibilidade e vinculatividade das normas).¹³⁰ E a segurança jurídica pode assumir várias facetas: ora como elemento definitório, ora como fato, ora como valor, ora como norma-princípio. Além disso, também pode ser abordada sob duas perspectivas: 1) estática (atemporal), que privilegia a *determinação* (mito da certeza absoluta) e a *cognoscibilidade* (certeza relativa ou

exame de outros processos relativos a terras indígenas diversas. Entretanto, uma vez pronunciado o entendimento da Corte sobre o tema, a partir da interpretação do sistema constitucional, seria natural que esse pronunciamento servisse de diretriz relevante para as autoridades estatais que viessem a enfrentar novamente as mesmas questões. Em suma, ainda que o acórdão embargado não tivesse efeitos vinculantes em sentido formal, ostentaria a força de decisão da mais alta Corte do País, do que decorreria *elevado ônus argumentativo* nos casos em que se cogitasse de superação das suas razões” (Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo725.htm>. Acesso em 06/02/2022).

127 Em matéria tributária e fiscal, dá-se como exemplo disso o relatório “Tax Certainty”, elaborado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que mensura a viabilidade de um mecanismo efetivo de resolução de disputas (“*effective dispute resolution mechanism*”), tido como um dos pontos a serem levados em consideração quando se examinam os índices de segurança jurídica em determinado país (CONRADO, Paulo Cesar; GOMES, Daniel de Paiva. “Processo administrativo, judicial e de execução fiscal no século XXI: pontos de estrangulamento do sistema tributário sobre os quais pequenos reparos legislativos poderiam atuar”. Artigo publicado, em 28.01.2022, na Revista Eletrônica **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/processo-administrativo-judicial-e-de-execucao-fiscal-no-seculo-xxi-28012021>. Acesso em 20.02.2022).

128 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 257. E, na sequência da mesma página, o mestre de Coimbra completa seu raciocínio decompondo analiticamente os elementos que integram tanto a dimensão objetiva quanto a subjetiva da segurança jurídica, esta última denominada de “proteção da confiança”, *verbis*: “Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexonada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito –, enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos”.

129 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV: Direitos Fundamentais**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 271-273.

130 ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 626-627.

“determinabilidade”); e 2) dinâmica (intertemporal), que se subdivide em: 2.1) com vista ao passado, a privilegiar os aspectos da *imutabilidade* (intangibilidade absoluta¹³¹) e da *confiabilidade* (estabilidade na mudança); e 2.2) com vista ao futuro, a privilegiar os aspectos da *previsibilidade* (previsão absoluta) e da *calculabilidade* (previsão relativa, consistente na elevada capacidade de prever, pela maioria das pessoas, as consequências de atos ou fatos). A segurança jurídica pode, outrossim, ser classificada quanto ao modo de compreensão do seu objeto: a) concepção *objetivista* do Direito; e b) concepção *argumentativa* do Direito.¹³²

Ávila concebe a segurança jurídica em uma visão estrutural ou analítica, pois pretende abandonar o apelo apologético¹³³ que caracteriza sua aplicação no direito brasileiro. Para tanto, o autor dissecou a segurança jurídica nos seguintes aspectos estruturais: 1) material (segurança em que sentido?); 2) objetivo (segurança do quê?); 3) subjetivo (segurança para quem?); 4) temporal (segurança quando?); 5) justificativo (a segurança é um fim em si mesmo, ou se presta a atender outros objetivos?); e 6) quantitativo (segurança em que medida?). Há ainda uma infinidade de outras classificações, tais como quanto ao fundamento (segurança jurídica como resultado da ideia de Direito e segurança jurídica como produto do Direito Positivo), quanto ao sentido da palavra “jurídica” (quanto à referência ao “Direito” e quanto ao sentido de “Direito”), quanto ao objeto (segurança das normas e segurança de aplicação das normas), quanto ao sujeito (para um cidadão, para cidadãos, para o Estado), quanto à quantidade (grandeza, medição, etc.), e muitas outras classificações.¹³⁴

E é precisamente em nome da segurança jurídica que Kelsen condena a colocação, em textos constitucionais, de expressões como “justiça”, “equidade”, “igualdade”, “liberdade”, “moralidade” e outros valores com baixa densidade técnica, cujo elástico interpretativo, pelos tribunais, possa aumentar excessivamente a discricionariedade judicial na aplicação do Direito positivo.¹³⁵

Por essa razão, quando um tribunal superior ou Corte Constitucional, no exercício das competências que a legislação lhe outorga, fixa determinada interpretação e, assim, confere densidade

131 Nesse sentido a chamada “petrificação do Direito” (PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991, p. 33).

132 ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 112-159.

133 O viés apologético da segurança foi duramente criticado por Humberto Ávila na excelente palestra que ministrou no Centro Cultural da Justiça Federal, dia 4 de outubro de 2012, durante o fórum “Vida, Liberdade, Igualdade, Segurança e Propriedade: 24 anos da Constituição da República de 1988”, organizado pela Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF). Na palestra, Ávila reiterou que “de nada adianta a todo tempo evocar-se, genericamente, o mantra da segurança jurídica, se não se sabe exatamente qual de suas facetas deverá ser instrumentalizada na consecução de outros princípios, tais como legalidade, dignidade, igualdade, etc.”.

134 *Ibidem*, pp. 132-192. Humberto Ávila pretendeu, nessa obra de mais de setecentas páginas escritas sobre o tema segurança jurídica, esgotar o assunto, de modo que não é possível trazer, para a presente tese doutoral, todas as contribuições dadas pelo destacado autor, senão apenas as mais importantes para o objeto da tese.

135 Para o maior expoente do Círculo de Viena, expressões tão genéricas “apresentam tamanha divergência conforme o ponto de vista dos interessados que, se o Direito positivo não consagrar uma delas, qualquer regra de direito pode chegar a ser justificada por uma dessas possíveis interpretações” (KELSEN, Hans. “A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)”. In **Direito Público**, nº 1, julho-setembro/2003 - Doutrina estrangeira, pp. 90-130, p. 119. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/233835928.pdf>. Acesso em 30/03/2021. Acesso em 15.02.2022).

normativa vinculante a cláusulas abertas como as referidas acima, não podem os demais órgãos judiciários decidir de modo a esvaziar o pronunciamento superior, sob pena de afronta à segurança jurídica e de subversão da hierarquia do sistema judiciário. Com efeito, aos tribunais de cúpula o texto constitucional confere funções especiais e muito diversas das conferidas aos demais órgãos de justiça, conforme já tivemos a oportunidade de demonstrar em livro específico sobre o tema¹³⁶, ao qual reportamos o leitor.

O próximo tópico tratará do preço que o jurisdicionado, coletivamente considerado, estaria disposto a pagar pelos graus de certeza que projeta no conteúdo das decisões judiciais.

2.4. Certeza a qualquer custo?

Em regra, o ser humano aprecia saber como suas eventuais e futuras controvérsias serão dirimidas pelo Judiciário, a fim de não ser surpreendido. O sentimento de surpresa, sobretudo quando gerado por uma decisão judicial, não costuma agradar a quem o experimenta, a menos que se trate de sentença favorável, pois é da natureza humana a necessidade de planejar-se e de calcular resultados que sejam minimamente previsíveis.

Exemplificando-se, pode-se dizer que alguém que tenha a consciência de haver praticado um ato ilícito, por mais que no seu íntimo deseje que tal ato seja considerado lícito pelo juiz, terá uma tendência maior a resignar-se com a decisão que o condene pela prática daquele ato, eis que seu agente era sabedor de sua ilicitude e, por conseguinte, já esperava por uma decisão judicial nesse sentido, nos cálculos que fazia sobre o previsível resultado.

Não é difícil imaginar o sentimento de frustração e até mesmo de revolta que a parte *ex adversa* experimentaria se o resultado fosse o contrário do que legitimamente esperado. Multiplicando-

¹³⁶ Trata-se de obra que tem por objeto o papel das cortes de vértice na produção de teses jurídicas de observância obrigatória: STRÄTZ, Murilo. **Teoria dos pronunciamentos judiciais vinculantes**: dos fundamentos jusfilosóficos ao utilitarismo consequencialista no regime instituído pelo Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Gramma, 2017. Nela procuramos demonstrar, a partir de um estudo microcomparativo, que o sistema adotado pelo Novo Código de Processo Civil brasileiro não se confunde com o modelo consuetudinário de precedentes que vigora no Direito Comum, o que, porém, não nos impediu de referendar a sistemática de vinculação prevista em seu controverso artigo 927. Não obstante nossa posição favorável ao dispositivo, reconhecemos a procedência parcial de certas críticas doutrinárias que se haviam insurgido contra a metodologia vinculante nos debates legislativos que a precederam, tais como as formuladas por Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, *verbis*: "Na realidade, as decisões vinculantes dos tribunais superiores almejam constituir-se como regras decisórias dos casos concretos, ou seja, como se viesse a norma pronta e acabada que pudesse substituir-se às alegações das partes, à fundamentação e a problematização decisional, de modo que se torna despiciendo que o magistrado ou os tribunais locais precisassem socorrer-se à interpretação da lei e da Constituição Federal, bem como ao exame das alegações das partes para solucionar as lides. Desse modo, a jurisprudência vinculante estabelecida no NCPC não pode ser confundida com o sistema do *stare decisis* do *common law*" (NERY JR., Nelson; ABBOUD, Georges. "*Stare decisis* vs direito jurisprudencial". *In: Novas tendências do processo civil*. Alexandre Freire / Bruno Dantas / Dierle Nunes / Fredie Didier Jr. / José Miguel Garcia Medina / Luiz Fux / Luiz Henrique Volpe Camargo / Pedro Miranda de Oliveira (orgs.). Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 483-512, p. 506). Embora concordemos com a crítica de que "a jurisprudência vinculante estabelecida no NCPC não pode ser confundida com o sistema do *stare decisis* do *common law*", discordamos da alegação de que a nova sistemática vinculante seja incompatível com o correto exame das alegações das partes para solucionar as lides ou com a necessária interpretação da lei e da Constituição Federal. Nada disso pode ser dispensado pelos órgãos judicantes ao observar um pronunciamento superior vinculante. Isso não significa, porém, que, no desempenho dessa indispensável interpretação da legislação, os órgãos inferiores estejam autorizados a afronta a interpretação sumulada que a Corte Constitucional faz da Constituição e a que o Superior Tribunal de Justiça faz da legislação infraconstitucional.

se tal frustração para outros casos e levando-a às últimas consequências, poder-se-ia acabar criando um clima geral de descrença no sistema de justiça, caso as decisões passassem a ser majoritariamente surpreendentes ou ilegais. Não raro as pessoas passariam, nesse cenário kafkaniano, a sentir-se encorajadas a incorrer no tipo penal intitulado “exercício arbitrário das próprias razões”¹³⁷, fazendo, assim, justiça pelas próprias mãos, uma vez que não mais confiariam no Estado-juiz como entidade digna de respeito institucional e com autoridade moral para o exercício da nobre função de substituir-se às partes na execução forçada de pretensões legítimas.

Essa previsão legal dissuasória do *exercício arbitrário das próprias razões* não é exclusividade brasileira, já que a regra geral de vedação do *recurso à força* é amplamente disseminada entre as nações civilizadas, tanto em suas leis penais quanto civis. A título meramente exemplificativo, vale mencionar que o Código de Processo Civil de Portugal, aprovado pela Lei n.º 41/2013¹³⁸, estabelece, já em seu Artigo 1.º, que “[A] ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei”.

Na hipótese de desconfiança total e generalizada no aparato estatal judicante, restaurada estaria a vingança privada, com um provável retorno à barbárie do estado de natureza, pois a noção de sistema jurídico está muito mais assentada na “aceitação geral”¹³⁹ do modo de produzir certas normas do que propriamente no seu poder coercitivo puro e simples.

A partir da constatação empírica dessa premissa e visando não frustrar as expectativas legítimas do jurisdicionado, o legislador de 2015, ao redigir o Novo Código de Processo Civil, fez constar expressamente de seus artigos 9º e 10 previsão legal no sentido de que o juiz não deve decidir a respeito de um fundamento em relação ao qual a parte não teve a oportunidade de manifestar-se, ainda que se trate de matéria de ordem pública e, portanto, cognoscível *ex officio*.

137 Trata-se de crime contra a Administração da Justiça assim tipificado, *verbis*: “Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 20.02.2022).

138 Inteiro teor disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>. Acesso em 14.02.2022.

139 Para Herbert Hart, o que caracteriza um sistema jurídico não é o fato de estar amparado em um poder coercitivo, mas sim em regras fundamentais geralmente aceitas, cujo teor verse sobre a forma de se produzirem outras normas [HART, Herbert L. A. “Positivism and the Separation of Law and Morals”, 71. Cambridge: *Harvard Law Review* 593 (1958), p. 603]. Portanto, a noção de aceitação geral (“*general acceptance*”) daquelas normas fundamentais é o que define a existência de um sistema jurídico. Já Lon Fuller, célebre crítico do positivismo oxfordiano, utiliza a própria noção hartiana de “aceitação geral” para contestar a tese de separação rígida entre Direito e moral, já que as normas fundamentais (normas secundárias) de um sistema só são geralmente aceitas pelo povo se este as considera corretas e decentes, de modo que a sua “aceitação geral” pressupõe, sim, um inegável componente ético-moral, por mais que Hart o refute. Nas palavras de Fuller, *verbis*: “*The question may now be raised, therefore, as to the nature of these fundamental rules that furnish the framework within which the making of law takes place. On the one hand, they seem to be rules, not of law, but of morality. They derive their efficacy from a general acceptance, which in turn rests ultimately on a perception that they are right and necessary*” (FULLER, Lon L. “*Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*”, 71. Cambridge: *Harvard Law Review* 630, 1958, pp. 630-672, p. 639).

António Manuel Hespanha traça, de modo crítico, um paralelo entre a determinação / cognoscibilidade das leis aplicáveis e o princípio democrático que as inspira, uma vez que o povo só pode estar de acordo com uma lei se souber os resultados práticos que ela produzirá. Com efeito, de nada valeria a aprovação de certas leis pelos representantes do povo se, uma vez aplicadas pelos juizes, viessem a produzir normas não desejadas pelos titulares do poder estatal, em nome dos quais aquelas foram promulgadas. O consenso acerca do conteúdo das leis aprovadas deve ser, portanto, “comunitariamente partilhado”¹⁴⁰, para além da restrita classe dos juizes incumbidos de aplicá-las.

Mas a visão hegemônica quanto à certeza e à determinação do Direito, sobretudo no Estado Liberal Moderno e Contemporâneo, não está imune de críticas, tais como as formuladas por Jules L. Coleman e Brian Leiter, para quem “o liberalismo como teoria política normativa não está comprometido com a *determinação*, embora tenha vários outros compromissos com os quais a determinação pode ser facilmente confundida”¹⁴¹. Querem esses autores, com isso, rebater as críticas de movimentos como o *Critical Legal Studies* (CLS), a Teoria Feminista e a Teoria Racial Crítica, segundo as quais, embora a teoria política liberal (o liberalismo como teoria normativa) reverencie os vetores da determinação (objetividade), a prática judicial é indeterminada (não objetiva). Tal constatação leva essas correntes críticas a concluir que as práticas liberais existentes não podem ser defendidas com fundamento nos princípios liberais, por serem tais práticas incompatíveis com estes princípios.¹⁴²

Dissentindo dos que entendem haver descompasso entre os princípios nucleares do Liberalismo e as práticas judiciais, Coleman e Leiter propõem um conceito de “objetividade modesta”¹⁴³, isto é, que não se comprometa, de um lado, com a visão cética dos *convencionalistas*, e nem, de outro lado, com o objetivismo moral dos *realistas filosóficos* (também chamados de “correspondencialistas”, eles acreditam, *diferentemente dos realistas jurídicos*, que as proposições jurídicas sejam metafisicamente demonstráveis). E, ao lançarem mão desse conceito de “objetividade

140 HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 203.

141 COLEMAN, Jules Leslie; LEITER, Brian. “Determinação, objetividade e autoridade” (cap. 7, pp. 303-419). *In: Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 316.

142 Coleman e Leiter, discordando dessas correntes críticas, indagam, em tom provocativo: “Dada a probabilidade, se não a inevitabilidade, da indeterminação, é razoável perguntar por que alguém pode pensar que sua existência constitui um problema para a possibilidade do governo legítimo pelo Direito, ou para a possibilidade da autoridade liberal. Por que a indeterminação tem importância?” (*Ibidem*, p. 342).

143 “Segundo a objetividade modesta, o que parece certo em “condições epistêmicas ideais” (que são as melhores para se obter um conhecimento confiável a respeito de alguma coisa) determina o que é certo. (...) A objetividade modesta reconhece a possibilidade de que todos podem estar errados quanto ao que uma norma exige; o que parece certo, mesmo para todos, quanto ao que uma norma exige pode não estar certo. Apenas o que parece certo para indivíduos colocados em uma posição epistemicamente ideal determina o que é certo. Ao mesmo tempo, a objetividade modesta oferece um sentido em que as frases podem ser objetivas sem que suas condições de verdade independam totalmente de nossos recursos epistêmicos e de nosso acesso a elas. Como teoria metafísica, torna a existência e o caráter dos fatos de vários tipos dependentes de nós, mas não de nossas crenças e evidências efetivas ou existentes” (*Ibidem*, p. 396).

modesta”, a substituir aquela crença de “determinação” ou “certeza” do Direito, Coleman e Leiter entendem que a proposta dworkiniana, ilustrada pela teoria dos “casos difíceis” e por seu “juiz Hércules”, acaba adotando, ainda que Dworkin assim não admita expressamente, aquele conceito de “objetividade modesta”. Isso é reforçado, no caso do juiz Hércules, pela constatação de que este, sendo um personagem fictício e dotado de capacidades sobre-humanas, somente atua sob “condições epistêmicas ideais” (que são as melhores para se obter um conhecimento confiável a respeito de todos os aspectos que envolvem um caso), as quais apenas são possíveis em uma concepção teórica de objetividade modesta.¹⁴⁴

Assim, Coleman e Leiter concluem que, malgrado o Estado Liberal não esteja comprometido com a *determinação* do Direito (no sentido de garantia de um resultado único), ele está, sim, comprometido com a ideia de *objetividade modesta*.¹⁴⁵

Com efeito, atestada a impossibilidade de alcançar níveis absolutos de *determinação* e de *certeza*, um julgamento correto deve, no mínimo, respeitar critérios modestamente *objetivos*, em vez de repousar em subjetivismos judiciais.

O subjetivismo judicial costuma vir mascarado pela remissão a princípios.

Como bem destacado pelo Professor, constitucionalista e ex-Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público Marcelo Neves, o “princípioalismo” à brasileira passou a ser usado, sobretudo a partir da década de 1990, como instrumento retórico para facilitar o “uso livre do direito”¹⁴⁶, com as suas famigeradas soluções *ad hoc* e *contra legem*, acarretando nefastas consequências para a consistência, a integridade e a coerência do Direito objetivamente considerado.

144 Coleman e Leiter afirmam que Dworkin advoga, de um lado, uma resposta correta independentemente das convenções positivamente vigentes entre os juristas (o que supera o objetivismo convencionalista “mínimo”, que é próprio à maioria dos positivistas), mas que, de outro lado, não chega a equiparar-se a um objetivismo platônico (objetivismo “forte”), que seria próprio do Direito Natural (*Ibidem*, pp. 383-415).

145 “Nosso argumento é de que o liberalismo, na verdade, não está comprometido com a determinação jurídica. Está, antes, comprometido com uma variedade de ideais políticos, inclusive as afirmações de que a coerção política deve ser justificada, os indivíduos devem ter uma oportunidade de conformar sua conduta às exigências do Direito, as instituições devem promover a autonomia e o bem-estar, e o governo democrático deve ser possível. Nenhum deles implica um compromisso com a determinação no sentido de garantia de um resultado único. A determinação não é parte da concepção liberal de Direito. A objetividade sim” (*Ibidem*, p. 417).

146 Em entrevista concedida em julho de 2021 à Revista Jota, o jurista teuto-brasileiro Marcelo Neves critica o papel assumido pelo “princípioalismo” na jurisdição brasileira: “A questão dos princípios em determinado momento se tornou apenas um elemento retórico para facilitar o uso livre do direito, a instrumentalização do direito pelos juristas. É claro que os princípios são importantes, mas deve ficar claro que os princípios servem para abrir o sistema jurídico e fortalecer a sua capacidade de aprendizado. O fechamento dos casos precisa de uma regra clara que estabeleça precedentes. Com o princípioalismo dominante a partir da década de 1990, houve um abuso e, dessa maneira, a inconsistência passou a ser um problema cada vez mais grave. A inconsistência jurídica no Judiciário e na prática do Ministério Público apontava para soluções *ad hoc*. Um caso típico é o caso da prisão em segunda instância, em que os próprios ministros do Supremo mudavam de posição a cada circunstância política determinada” (Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-funcao-da-advocacia-publica-e-fundamental-a-superacao-da-crise-democratica-26072021?utm_campaign=jota_info_ultimas_noticias_-_destaques_-_26072021&utm_medium=email&utm_source=RD+Station. Acesso em 08.02.2022).

Não contendo a legislação um predeterminismo absoluto do que resultará da interpretação judicial - o que não poderia mesmo ser diferente, salvo para o já superado legalismo exegético oitocentista -, restam afastadas as ilusões de *determinação* e de *certeza* em sentido forte. Isso não significa, porém, uma liberdade sem qualquer constrangimento na arte de julgar.

Como se vê, no escopo do presente trabalho, a noção de segurança que é projetada pelo Direito do Estado Liberal pode assumir, para alguns, uma faceta de determinação e certeza (já superada), ou representar, para outros, uma ideia de objetividade. O que apenas não se admite é subjetivismo judicial puro, seja na forma declarada (por falta de fundamentação jurídica)¹⁴⁷, seja na travestida de “ponderação de princípios”.

Até mesmo um positivista como Herbert Hart concorda ser impossível à norma de reconhecimento excluir toda e qualquer incerteza. Ao rebater as críticas de Dworkin, Hart esclarece nunca ter postulado a exclusão de toda incerteza, a todo e qualquer custo.¹⁴⁸ E afirma que, no positivismo brando defendido pelo normativismo de Oxford, a função de conferir certeza não é considerada absoluta, pois um grau de incerteza será sempre necessário para a evolução do sistema e a sua adaptação a novas conjunturas, ainda que se privilegie a cognoscibilidade das condutas proibidas e obrigatórias com antecedência.

Há outros valores que, por óbvio, concorrem com a necessidade de tudo prever, a qual, em verdade, não passa de uma mera utopia ou, na melhor das hipóteses, de um ideal a ser perseguido, mas que jamais será alcançado.

Conforme sintetiza Arnaldo Godoy a partir da lição de Raoul van Caenegem, a depender do sistema ou tronco jurídico, a proteção de tais valores costuma ser deixada a cargo dos juizes, dos

¹⁴⁷ Nelson Nery Jr. e Georges Abboud chamam a atenção para a qualidade da fundamentação que aparelha a decisão judicial como um dos índices definidores do grau de segurança jurídica de um sistema: “Em verdade, são diversos os fatores que determinam o grau de segurança jurídica de um ordenamento, principalmente a qualidade externada na motivação das decisões judiciais. Ou seja, quanto mais institucional e constitucional for a decisão, menor será a influência dos critérios morais, pessoais e dos valores individuais do julgador que permearão a decisão e, por consequência, mais íntegra e coerente será a jurisprudência desenvolvida” (NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. “*Stare decisis* vs direito jurisprudencial”. *It. Novas tendências do processo civil*. Alexandre Freire / Bruno Dantas / Dierle Nunes / Fredie Didier Jr. / José Miguel Garcia Medina / Luiz Fux / Luiz Henrique Volpe Camargo / Pedro Miranda de Oliveira (orgs.). Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 483-512, p. 485).

¹⁴⁸ Colhem-se do postfácio de seu *O Conceito de Direito* as seguintes palavras do normativista oxoniense, *verbis*: “Evidentemente, é uma função importante da norma de reconhecimento a de aumentar a segurança na determinação do direito, o que ela não poderia fazer se os critérios de direito por ela introduzidos não suscitassem problemas controversos apenas em alguns casos, mas em todos os casos ou na maioria deles. Mas eu nunca postulei como objetivo para a norma de reconhecimento a exclusão de toda incerteza, a qualquer custo, no que se refere a outros valores. Eu havia tornado isso claro, ou esperava tê-lo feito, em minha afirmação explícita, feita neste livro, de que a norma de reconhecimento, bem como as normas específicas do direito identificadas mediante referência a ela, podem apresentar uma “penumbra” de incerteza. Há ainda meu raciocínio geral de que, mesmo que as leis pudessem ser estruturadas para solucionar de antemão todas as indagações possíveis sobre seu significado, a adoção de leis desse tipo frequentemente conflituaria com outros objetivos que o direito deve abraçar como seus. No caso de muitas normas jurídicas, deve-se tolerar uma certa margem de incerteza, e mesmo vê-la como um elemento bem vindo, de modo que possibilite uma decisão judicial bem informada quando se conheça a composição de um caso inédito, tornando possível identificar os problemas envolvidos em sua decisão e dar-lhes solução racional” (HART, Herbert. **O conceito de direito**. 2ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, pp. 324-325).

professores ou do legislador, caso se trate, respectivamente, das tradições anglo-saxã, alemã (e, de certa forma, a estadunidense também) ou francesa.¹⁴⁹

Destes três modelos, o francês é, sem a menor dúvida, o que historicamente sempre atribuiu maior peso ao dever judicial de obediência à lei, da qual o juiz seria apenas a boca, no sentido de dela ser praticamente um escravo, o que com toda a razão é objeto de fundadas críticas por parte dos teóricos, em geral, e dos magistrados, em especial¹⁵⁰.

O modelo anglo-saxão, por sua vez, costuma atribuir à atividade judicial uma racionalidade prática que a legislação muitas vezes tem dificuldade de atingir, dando aos juizes do *Common Law* um protagonismo nem sempre alcançado pelos judiciários civilísticos.¹⁵¹

Das diversas formas tradicionalmente encontradas pelos principais modelos jurídicos para prestigiar a segurança jurídica, o Brasil, caudatário que é do paradigma legalista, encontrou na edição de lei formal o instrumento típico para homenagear esse protoprincípio, conforme se verá no próximo tópico.

2.5. A positivação da segurança jurídica em Portugal e no Brasil

A Constituição da República Portuguesa, promulgada em 02.04.1976,¹⁵² ao disciplinar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, prevê, em seu artigo 282.º, item 4, que, quando a *segurança jurídica*, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional, de modo fundamentado, fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restritivo do que o previsto nos itens nºs 1 e 2. Estes dispõem que a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repositivação das normas que ela, eventualmente, haja revogado, salvo se se tratar de inconstitucionalidade/ilegalidade superveniente.

149 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. "Quem diz a lei? Juizes, legisladores e professores, de R. C. van Caenegem". Artigo publicado em 25.04.2021 na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-25/embargos-culturais-juizes-legisladores-professores-van-caenegem>. Acesso em 04.02.2022.

150 Exemplo de crítica neste sentido é dado pela juíza do Trabalho Maria Teresa Vieira da Silva Oliveira, ao recorrer à etimologia para fundamentar sua oposição ao legalismo oitocentista, *verbis*: "O juiz não é escravo da lei, tal qual o seria o 'juiz robô', que trataria de adequar o litígio posto à sua apreciação à legislação, sem qualquer juízo de valor. Impende ressaltar, oportunamente, que o termo 'robô' origina-se da palavra eslava 'robot' e significa 'escravo'. Ou seja, o 'juiz robô' seria exatamente isso, um escravo da lei" (OLIVEIRA, Maria Teresa Vieira da Silva. "Inteligência artificial e o Poder Judiciário". Publicado no **Consultor Jurídico** em 20/04/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/maria-teresa-oliveira-inteligencia-artificial-poder-judiciario>. Acesso em 25/04/2021. Acesso em 12.02.2022).

151 Nem sempre, porém, tais características de cada um dos principais sistemas jurídicos podem ser assim tão singelamente assimiladas e discernidas. Para uma crítica bem fundamentada acerca dessa maneira tradicional – e por vezes equivocada – de classificar o *Common Law*, por exemplo, vide: VERMEULE, Adrian. **Law and e Limits of Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

152 Inteiro teor disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>. Acesso em 14.02.2022.

Trata-se da única menção expressa à locução *segurança jurídica* que se encontra no texto constitucional português, o que não significa, porém, que o constituinte lusitano tenha dado pouca importância ao tema. Já no Preâmbulo da Carta Magna, o constituinte originário de 1976 torna clara a decisão soberana do povo português de “assegurar o primado do Estado de Direito democrático”, o que implica seu compromisso inarredável com o *rule of law* e a legalidade democrática, valores estes reafirmados no bojo dos artigos 2.º e 3.º, respectivamente. E o artigo 9.º, alínea “b”, fixa, no mesmo sentido, entre as “tarefas fundamentais do Estado”, a de “[G]arantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático”.

Há, como se vê, diversas formas de prestigiar a *segurança jurídica*, mesmo sem designar-se expressamente tal locução. E é assim que dispõe o item 3 do referido artigo 282.º da Constituição portuguesa, ao assegurar o respeito ao dogma constitucional da *coisa julgada*. Ele protege a coisa julgada até mesmo contra o teor de decisões de inconstitucionalidade proferidas pela Corte Constitucional portuguesa, salvo se a decisão desta disser respeito a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e, além disso, for de conteúdo mais favorável ao arguido, em comparação com o teor da decisão acobertada anteriormente pela *res judicata*. Verifica-se, destarte, que em Portugal, diferentemente do que ocorre no Brasil¹⁵³, o instituto da coisa julgada só pode ser afastado para beneficiar o réu, de modo que não há lugar para a flexibilização da coisa julgada na jurisdição cível ordinária. O respeito à segurança jurídica fica, aqui, reforçado, cedendo apenas nos casos em que o Tribunal Constitucional de Portugal reputar inconstitucional a sanção estatal aplicada ao arguido, seja na seara penal, seja no âmbito administrativo. A regra, portanto, é a da intangibilidade da coisa julgada, ainda que esta se funde em norma inconstitucional; a exceção dá-se quando a norma inconstitucional tenha prejudicado o arguido.

Outras manifestações de apreço à *segurança jurídica* podem ser encontradas nas vedações que o texto constitucional lusitano impõe à irretroatividade das leis. Isso se verifica, por exemplo, no artigo 18.º, item 3, ao prever que “[A]s leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo”. No mesmo sentido são os artigos 19.º, item 6 (também vedando a restrição retroativa de direitos); 29, item 4 (a *contrario sensu*, já que prevê

153 O Código de Processo Civil brasileiro possui previsões mais abrangentes para relativizar a coisa julgada, embora esta também goze de assento constitucional, como em Portugal. O artigo 525, §§ 12 a 15, traz regras diferentes de acordo com o momento em que a declaração de inconstitucionalidade é proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Se esta é anterior à coisa julgada, o vício é congênito à formação da coisa julgada e não há sequer necessidade de ajuizamento de ação rescisória para que o título executivo judicial dela decorrente seja considerado inexigível. Se a declaração de inconstitucionalidade é posterior à formação da coisa julgada, o prazo decadencial bienal para ajuizamento de ação rescisória será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Em ambas as hipóteses, o título não poderá mais ser objeto de cumprimento forçado, independentemente do seu teor, já que a previsão legal aplica-se em geral a toda a jurisdição civil, não se restringindo ao Direito Sancionador.

a retroação *de novatio legis in melius* em matéria penal); 103, item 3 (aplicável em matéria fiscal); e artigo 290.º, ao disciplinar, este último, a recepção do “Direito anterior” (normas pré-constitucionais).

Já em nível infraconstitucional, o Código de Processo Civil português, aprovado pela Lei n.º 41/2013¹⁵⁴, estabelece, em seu artigo 3.º, que ao juiz cabe corrigir ou convidar a parte a sanar o erro sobre o regime legal aplicável por força da aplicação das normas transitórias previstas naquela lei, como medida voltada a evitar que eventual desconhecimento por parte do profissional do direito acerca da mudança de tratamento legal operada pelo novo diploma cause prejuízo ao jurisdicionado. Trata-se de previsão legal bem-vinda, por ser claramente protetiva da *segurança jurídica*, ainda que não se faça menção expressa a tal locução, uma vez que se destina a resguardar direitos que até então eram tutelados mediante certas práticas processuais, as quais, no entanto, deixaram de ser reproduzidas pela nova lei. Com efeito, mesmo havendo normas de transição expressas no Novo Código lusitano, o legislador foi sensível às situações de erro decorrente de má adaptação técnica do causídico à novel lei, excluídas as hipóteses de má-fé ou culpa grave¹⁵⁵.

Vistos alguns exemplos de positivação da segurança jurídica em Portugal, passa-se doravante a abordar o tema a partir do direito positivo brasileiro, o qual é mais prolixo, ou quiçá até mesmo pródigo, na previsão normativa daquele protoprincípio, conforme se verá abaixo.

A legislação brasileira é generosa – ao menos do ponto de vista formal - ao prestigiar o princípio da segurança jurídica, mas seus tribunais, infelizmente, nem tanto, o que mais uma vez demonstra que a mera edição de lei sobre um tema não é capaz de esgotar a sua proteção no mundo da vida real, muito mais complexo que o mundo abstrato das normas jurídicas.

Entre as diversas previsões normativas que prestigiam a segurança jurídica e o seu efetivo respeito na praxe forense, existe um oceano de frustrações de expectativas legítimas depositadas pelos jurisdicionados, alterações repentinas de entendimentos de órgãos jurisdicionais de primeiro e segundo graus, oscilações de cento e oitenta graus na jurisprudência dominante de tribunais superiores em pequeno espaço de tempo, cancelamentos de enunciados de súmula que haviam sido aprovados

154 Inteiro teor disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>. Acesso em 14.02.2022.

155 Neste sentido aponta, também, o artigo 146.º, item 2, do CPC português, que obriga o juiz a admitir, a requerimento da parte, o suprimento ou a correção de vícios ou omissões puramente formais de atos praticados, desde que a falta não deva imputar-se a dolo ou culpa grave e o suprimento ou a correção não implique prejuízo relevante para o regular andamento da causa. Já o artigo 193.º, item 3, estabelece que “[O] erro na qualificação do meio processual utilizado pela parte é corrigido oficiosamente pelo juiz, determinando que se sigam os termos processuais adequados”.

durante passado não tão remoto, violações constantes e estruturais ao devido processo legal e às prerrogativas dos acusados¹⁵⁶, e assim por diante.

A previsão na legislação do respeito que os tribunais devem ter em relação à segurança jurídica é, em todo caso, um bom e necessário começo, ainda que insuficiente para a resolver o grave problema da insegurança jurídica que afeta a jurisdição brasileira.

Além da previsão expressa em dispositivos do Novo Código de Processo Civil (art. 525, § 13; art. 535, § 6º; art. 927, §§ 3º e 4º; art. 976, II; art. 982, § 3º; art. 1029, § 4º), o tratamento legislativo conferido pelo Brasil ao tema segurança jurídica é acentuado, verificando-se a previsão de segurança em diversos dispositivos da Constituição e, ainda mais abundantemente, em variados diplomas infraconstitucionais - cita-se como um dos principais exemplos disso a nova redação dada ao artigo 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942).

Na Constituição, o termo segurança aparece inicialmente previsto no seu Preâmbulo¹⁵⁷ entre os “valores supremos de uma sociedade fraterna”. Nele se proclama que os representantes do povo reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, ao promulgarem nossa Constituição, pretendem instituir um Estado Democrático destinado a “assegurar” (isto é, tornar seguro) “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a *segurança*” (ela própria) e outros “valores supremos de uma sociedade fraterna (...)”. Como se vê neste Preâmbulo, o Estado Democrático Brasileiro pretende “tornar segura” (“assegurar”) a própria “segurança”.

O termo segurança também aparece expressamente contemplado no *caput*¹⁵⁸ do art. 5º e no *caput*¹⁵⁹ do art. 6º da CF, que tratam dos direitos e garantias fundamentais. E, conforme adverte Leonardo Greco¹⁶⁰, a referência constitucional ao termo “segurança”, neste caso, não indica apenas a

156 Segundo o relatório apresentado pela organização internacional *World Justice Project*, em levantamento que avalia o grau de respeito pelo Estado de Direito em 139 países do mundo, o Brasil ficou situado na vexatória 119ª posição, estando mais mal avaliado, portanto, que países como Paquistão (108ª), Serra Leoa (100ª) e Nigéria (83ª). Isso significa que somente 20 países no mundo possuem sistemas de justiça mais violadores do *rule of law* que o brasileiro. Pesquisa disponível em: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2021/Brazil/Fundamental%20Rights/>. Acesso em 08.02.2022.

157 “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a **assegurar** o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

158 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes:”.

159 “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a **segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)*”

160 “A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica. A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes” (GRECO, Leonardo. “Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior”. In DIDIER JR., Fredie (coord.). **Relativização da coisa julgada**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 254).

proteção da vida, da incolumidade física e do patrimônio, mas indica, sobretudo, a proteção da própria “segurança jurídica”.

Já o art. 103-A, § 3^o¹⁶¹, da CF trata explicitamente do que se pode chamar de antípoda da segurança, que é a “insegurança jurídica”, e o faz ao definir o papel da súmula vinculante como mitigadora de controvérsias interpretativas que acarretem “grave insegurança jurídica”.

E diversos outros desdobramentos da noção de segurança jurídica permeiam o texto constitucional, tal como a própria previsão, contida no seu art. 1^o¹⁶², de que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”, já que, como se viu ao longo deste trabalho, a noção de Estado de Direito é visceralmente ancorada na ideia de segurança jurídica. Outros exemplos constitucionais que poderiam ser citados como expressivos da ideia de segurança jurídica são o próprio princípio da legalidade (art. 5^o, II)¹⁶³; a regra que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5^o, XXXVI)¹⁶⁴ e os princípios da irretroatividade e da anterioridade tributárias (art. 150, III)¹⁶⁵.

Também no plano infraconstitucional o legislador brasileiro é pródigo em homenagear o princípio da segurança jurídica, tal como se verifica, *v.g.*, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n^o 4.657/1942), conforme se verá abaixo.

A estabilidade e a previsibilidade são fatores primordiais para toda e qualquer noção de *Rule of Law*, já que as pessoas precisam de autonomia para organizar suas vidas, sem serem a todo momento surpreendidas por mudanças bruscas de orientação vindas do Estado. É por isso que a noção de *Rule of Law* não diz respeito ao conteúdo da norma jurídica, mas sim à forma pela qual esta é criada e aplicada.

Não por acaso, o art. 30 da referida Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n^o 4.657/1942) faz expressa referência à “segurança jurídica”, ao exortar as autoridades públicas a

161 “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1^o A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave **insegurança jurídica** e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

162 “Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos (...)”.

163 “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

164 “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

165 “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b”.

prestigiá-la na aplicação das normas cuja adjudicação lhes caiba.¹⁶⁶ E o art. 26, *caput*, segue a mesma tendência, ao mostrar a preocupação do legislador com o antípoda da *segurança jurídica*, que é a “incerteza jurídica”¹⁶⁷.

Também se constata expressa referência à segurança jurídica na Lei nº 9.784/99 (art. 2º, *caput*, e parágrafo único, inciso IX)¹⁶⁸, na Lei nº 9.868/99 (arts. 12 e 27)¹⁶⁹, na Lei nº 9.882/99 (art. 11)¹⁷⁰, na Lei nº 11.417/2006 (art. 2º, § 1º, e art. 4º)¹⁷¹, no Código Civil (art. 723)¹⁷² e, sobretudo, no Novo Código de Processo Civil (art. 525, § 13; art. 535, § 6º; art. 927, §§ 3º e 4º; art. 976, II; art. 982, § 3º; art. 1029, § 4º), este último já explorado no Capítulo 2 desta obra.

Tamanha é a preocupação da República brasileira em aumentar os níveis de segurança jurídica no seio de suas instituições e também nos ambientes de negócios, que, em 15/09/2023, o Advogado-Geral da União, Dr. Jorge Rodrigo de Araújo Messias, Ministro-chefe da Advocacia-Geral da União –

166 “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#) Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm).

167 “Art. 26. Para eliminar irregularidade, **incerteza jurídica** ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm).

168 “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de **certeza, segurança** e respeito aos direitos dos administrados”.

169 “Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a **segurança jurídica**, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.”

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de **segurança jurídica** ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

170 “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de **segurança jurídica** ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

171 “Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave **insegurança jurídica** e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão”.

“Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de **segurança jurídica** ou de excepcional interesse público”.

172 “Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio. [\(Redação dada pela Lei nº 12.236, de 2010\)](#)

Parágrafo único. Sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da **segurança** ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência. [\(Incluído pela Lei nº 12.236, de 2010\)](#)”

AGU, editou a Portaria Normativa AGU n.º 110/2023,¹⁷³ que institui a Câmara de Promoção de Segurança Jurídica no Ambiente de Negócios no âmbito da Advocacia-Geral da União.

A par das previsões sobre a segurança jurídica, o Novo Código também faz, no art. 927, § 4.º, uma remissão expressa ao “princípio da proteção da *confiança*”, talvez com vistas a reforçar didaticamente a extensão do sobreprincípio da segurança jurídica, já que este alberga tanto a dimensão objetiva quanto a subjetiva. Não se desconhece, porém, a posição¹⁷⁴ que coloca a *estabilidade* do sistema no aspecto *objetivo* da segurança, e a *proteção da confiança* em seu aspecto *subjetivo*. Todavia, dela ousamos discordar, pois entendemos que toda e qualquer forma de segurança deve ter como destinatário final a pessoa, o sujeito de direitos, que é o elemento central de qualquer sistema jurídico. Assim, até mesmo o aspecto *objetivo* da segurança acaba sendo reconduzido, em última instância, ao aspecto *subjetivo*, até porque a estabilidade não é um fim em si mesmo, senão apenas uma forma de se prestar reverência às necessidades de segurança do ser humano.

2.6. Como os tribunais portugueses e brasileiros tratam a segurança jurídica

No Acórdão n.º 68/2022, proferido em 20.01.2022, o Tribunal Constitucional de Portugal, por sua 3.ª Secção, ao fazer reiteradas menções ao princípio da *segurança jurídica*, em atenção ao disposto no item n.º 4 do artigo 282.º da Constituição (dispositivo constitucional já visto no tópico anterior), manteve os efeitos de uma lei que havia sido declarada inconstitucional, para evitar a rediscussão, hoje já superada pela passagem de longo tempo, quanto à caducidade dos contratos celebrados sob sua égide ao longo de seus trinta anos de existência. O Tribunal, em nome da segurança jurídica, agiu como se aquela lei não tivesse por ele mesmo sido declarada inconstitucional.¹⁷⁵ A declaração de

173

Disponível

em:

[https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/INPDFViewer?jornal=515&pagina=5&data=20/09/2023&captchafield=firstAccess#:~:text=PORTARIA%20NORMATIVA%20AGU%20N%C2%BA%20110.que%20lhe%20confere%20o%20art.](https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/INPDFViewer?jornal=515&pagina=5&data=20/09/2023&captchafield=firstAccess#:~:text=PORTARIA%20NORMATIVA%20AGU%20N%C2%BA%20110.que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em 20/09/2023.) Acesso em 20/09/2023.

174 Vide: ROCHA, Joaquim Freitas da. “Direito pós-moderno, patologias normativas e protecção da confiança”. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Ano VII, 2010 (especial), pp. 383 e ss. O professor Joaquim Freitas da Rocha, filiando-se ao escólio de Hartmut Maurer e de José Joaquim Gomes Canotilho, assevera que o princípio da proteção da confiança relaciona-se com os poderes aplicativos, com a proteção das expectativas e com a defesa da estabilidade subjetiva, afirmando-se vocacionado para a preservação das esferas jurídicas em concreto, enquanto o princípio da segurança jurídica relaciona-se com os poderes normatizadores e com a defesa da solidez objetiva e com a estabilidade do Direito. No mesmo sentido MARTINS-COSTA, Judith. “Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre Estado e cidadãos”. In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito – Estudos em homenagem a Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 120-148. Segundo clássica lição de Canotilho, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança – os quais andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou mesmo como uma dimensão específica da segurança jurídica – são elementos constitutivos do Estado de Direito, já que as pessoas necessitam de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente suas vidas. O renomado constitucionalista acrescenta que, para atingir os objetivos perseguidos, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança exigem fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência de todos os atos de poder, ou seja, os atos emanados do legislativo, do executivo e do judiciário. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 249-251).

175 Essas foram as palavras utilizadas pela Corte no acórdão para deferir a reclamação e, em consequência, revogar a decisão reclamada, *verbis*: “Encontramo-nos, pois, no preciso âmbito dos casos em que, ao fazer uso da ressalva prevista no n.º 4 do artigo 282.º da Constituição, o Tribunal determinou, em termos vinculativos, que tudo se passará como se aquela norma não tivesse sido inconstitucional”. E a Conselheira Relatora assim qualifica a decisão reclamada, sob o prisma da vedação à prolação de *decisões-surpresa*, *verbis*: “Assim, com o devido respeito, não pode deixar de se qualificar a Decisão Sumária sob reclamação como verdadeiramente surpreendente” (Tribunal Constitucional, 3.ª Secção, Rel. Conselheira Joana

inconstitucionalidade havia sido originariamente pronunciada pelo TC mediante o Acórdão n.º 774/2019, onde se afirmou que “desde a data da entrada em vigor da norma fiscalizada (há mais de 30 anos), podem ter caducado vários contratos de trabalho em execução da norma em apreço”, de sorte que foram “ressalvados os efeitos produzidos até a data da publicação da declaração de inconstitucionalidade”, ocorrida no ano de 2019.

A posição do Tribunal Constitucional de Portugal (TCP) nesse julgamento foi no sentido de prestigiar a segurança jurídica em grau até mesmo maior que a proteção dada ao próprio dispositivo da Constituição que havia sido violado pela lei inconstitucional, pois a Corte preferiu que esta continuasse a produzir efeitos concretos mesmo em processos ajuizados anteriormente à declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo TCP.

Vale aqui sublinhar, a título comparativo, que esse tipo de decisão diverge do estilo adotado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, já que a Corte Constitucional do Brasil, em casos semelhantes (declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*), costuma ressaltar dos efeitos puramente prospectivos as causas ajuizadas anteriormente à decisão da Corte, cujo objeto seja a inconstitucionalidade da mesma norma. Para esses processos anteriores, nos quais o vício de inconstitucionalidade já vinha sendo sustentado, o Supremo brasileiro tem admitido efeitos retroativos (*ex tunc*), já que a parte não se quedara inerte. Cita-se como exemplo disso a modulação tributária realizada no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 574.706, que excluiu o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.¹⁷⁶

Verifica-se, assim, nesses dois exemplos, que a Corte Constitucional Portuguesa mostrou-se mais conservadora e mais preocupada com a proteção da segurança jurídica, na medida em que não admitiu, nem mesmo para as ações ajuizadas antes da declaração de inconstitucionalidade, efeitos retroativos desta declaração, ao passo que o Supremo brasileiro costuma ressaltar os interessados que agiram antes do julgamento pela Corte. Reputamos, na espécie, mais correta a posição do Tribunal brasileiro, no sentido de proteger, contra a inconstitucionalidade declarada, aqueles que não se haviam quedado inertes antes do pronunciamento da Corte. Mas registramos que em outros julgamentos o

Fernandes Costa, Acórdão n.º 68/2022, proferido em 20.01.2022. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220068.html>. Acesso em 15.02.2022).

176 Nesse julgamento com Repercussão Geral (Tema 69), o Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, para modular os efeitos da decisão a partir de 15.03.2017 - data em que julgado o RE n.º 574.706 e fixada a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS". Mas o Tribunal expressamente ressaltou as ações judiciais e requerimentos administrativos protocolados até a data da sessão em que proferido o julgamento, o que equivale a dizer que os contribuintes que haviam questionado a exação antes do julgamento realizado pelo STF, poderão beneficiar-se com efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade daquela forma de cálculo do PIS e da COFINS (Supremo Tribunal Federal, Plenário, Rel. Ministra Cármen Lúcia, RE n.º 574.706, julgamento ocorrido em 13.05.2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em 16.02.2022).

Tribunal Constitucional Português ressaltou, assim como costuma fazer o Supremo brasileiro, as situações pendentes de impugnação (vide, entre outros, os Acórdãos n.ºs 54/2000, 405/2003, 616/2003 e 682/2005)¹⁷⁷.

Outro exemplo que pode ser citado de uso da expressão *segurança jurídica* pelo Tribunal Constitucional Português, é o julgamento realizado por seu Plenário no Processo n.º 26/2018, do qual resultou o Acórdão 464/2019, no qual se declarou a inconstitucionalidade de parte das normas constantes dos artigos 3.º e 4.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, que aprova e regula o procedimento especial de acesso a dados de telecomunicações e Internet pelos oficiais de informações do Serviço de Informações de Segurança (SIS) e do Serviço de Informações Estratégicas de Defesa (SIED). Nesse julgamento, a Corte Portuguesa, por maioria, assentou que, por razões de *segurança jurídica*, a lei deve ser suficientemente clara nos seus termos para fornecer aos indivíduos uma indicação adequada sobre quais são as circunstâncias e as condições que permitem às autoridades aceder a certos dados de telecomunicações e internet pertencentes aos indivíduos, tais como a geolocalização de equipamento e os dados de tráfego na comunicação intersubjetiva. Nos votos vencidos também se registra expressa remissão à *segurança jurídica*, como se verifica na declaração de voto da Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, que, discordando dos efeitos *ex tunc* daquela declaração de inconstitucionalidade, postulava limitá-los no tempo, ao afirmar que “[A] fixação da produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade apenas para o futuro é um claro imperativo de segurança jurídica a que o Tribunal Constitucional não se deveria eximir”¹⁷⁸.

João Caupers e Joana Fernandes Costa, magistrados do Tribunal Constitucional de Portugal, ressaltam em recente artigo acadêmico, porém, que até mesmo a segurança jurídica que a estrita legalidade penal se propõe a promover em benefício do direito e liberdade, pode sofrer temperamentos. Relatam, assim, que, na formulação do Acórdão n.º 340/2022, por exemplo, o Tribunal Constitucional assentou que nem mesmo a fixação de tipos penais estaria imune à utilização, pelo legislador, de elementos normativos, normais penais em branco, conceitos indeterminados, cláusulas gerais e fórmulas gerais de valor.¹⁷⁹

177 E há, também, Acórdãos do Tribunal Constitucional Português que permitem que a decisão sobre a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade fique a cargo de outros órgãos judiciários, tal como se verifica nos Acórdãos n.ºs 267/1988, 254/1990, 54/2000, 163/2000, 356/2001, 405/2003, 616/2003 e 682/2005.

178 Tribunal Constitucional, Plenário, Rel. Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro, Acórdão 464/2019, proferido em 18.09.2019. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190464.html>. Acesso em 16.02.2022.

179 Segundo os eminentes autores, consta do referido acórdão, *verbis*: “Deve reconhecer-se, porém, que a exigência de *lex certa*, como corolário do princípio da legalidade criminal, não veda em absoluto a formulação dos pressupostos jurídico-constitutivos da incriminação através de elementos normativos, conceitos indeterminados, cláusulas gerais e fórmulas gerais de valor. Seria inviável, até pela natureza da própria linguagem jurídica, uma determinação do tipo legal de ilícito” (CAUPERS, João; COSTA, Joana Fernandes. “40 anos do Código Penal — apontamentos sobre o princípio da

Poder-se-iam citar inúmeros outros Acórdãos ilustrativos¹⁸⁰ do tratamento jurisprudencial que a Corte Constitucional de Portugal tem atribuído ao tema da segurança jurídica ao longo de sua história, mas, para não nos alongarmos demasiadamente sobre o tema – que, apesar de importante, não é o único sobre o qual a presente tese se debruça -, passaremos doravante a examinar a posição da Corte Constitucional brasileira.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil também é pródigo na utilização do princípio da segurança jurídica para fundamentar suas decisões, chegando mesmo ao ponto de considerar tal princípio um *direito fundamental*, até porque se encontra expressamente plasmado no *caput* do art. 5º da Constituição brasileira, como já visto no tópico anterior.

É o que se verificou, a título ilustrativo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.685/DF, em cuja ementa de acórdão a segurança jurídica é descrita como “garantia individual”¹⁸¹.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.281/SP, julgada em 13.10.2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou inconstitucional, por ofensa ao princípio da reserva legal, a previsão contida em norma infralegal (Decreto estadual que aprovou o Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços do Estado de São Paulo) que disciplinava, sem amparo em lei formal específica, a técnica fiscal de substituição tributária. A Relatora, Ministra Ellen Gracie, assentou, em seu douto voto, que uma cláusula geral de substituição tributária, sem contornos específicos, seria “inadmissível em nosso sistema, sob pena de violação à segurança jurídica no seu conteúdo de certeza do direito”¹⁸². S. Exa. também aduziu que “não é viável atribuir a alguém a obrigação de pagar tributo em lugar de outrem senão mediante lei em sentido estrito e observados, ainda, os requisitos materiais que justifiquem tal medida”. Por fim, apesar de declarada a inconstitucionalidade do decreto estadual, a Corte decidiu, em homenagem à segurança jurídica e ao

legalidade penal na jurisprudência do Tribunal Constitucional” (2022). //: **De Legibus**, nº 4, Edição Especial – Estudos comemorativos dos 40 anos do Código Penal. Lisboa: Revista de Direito da Universidade Lusófona, dezembro de 2022, pp. 25-38, p. 28. Disponível em: <https://doi.org/10.24140/dlb.vi4.9024>. Acesso em 04/10/2023). Os autores ressaltam, entretanto, que tal possibilidade, ainda que admitida pelo Tribunal, não equivale a admitir que a descrição do comportamento penalmente tipificado possa ser feita pelo julgador. Isso não se admitiria em hipótese alguma. Por isso, afirmam os autores que a jurisprudência do Tribunal Constitucional é pacífica no sentido de que tal encargo (o de descrever as condutas penais típicas) não pode ser exercido nem mesmo de forma concorrente, e sempre retrospectiva, pelo julgador, seja através do estabelecimento de critérios de desvalor ampliativos, seja através do estabelecimento de critérios de desvalor analógicos, relativamente aos critérios que se encontram condensados no tipo legal incriminatório (*Ibidem*, p. 38).

180 Citam-se, a título meramente exemplificativo, os Acórdãos n.º 641/1995, 637/1995, 423/2001, 494/2009, 423/2001 e 522/2021, por meio dos quais o TC excluiu, *tout court*, a eficácia *ex tunc* de suas decisões.

181 STF, Plenário, ADI 3685/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, julgada em 22.03.2006. Inteiro teor do acórdão disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>. Acesso em 17.02.2022.

182 Relatora originária Min. Ellen Gracie, Redatora para acórdão Min. Cármen Lúcia. Inteiro teor do acórdão disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754716128>. Acesso em 17.02.2022.

excepcional interesse econômico envolvidos na questão, por limitar os efeitos da inconstitucionalidade, conferindo efeitos *ex nunc* ao acórdão proferido.

Já no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.268, impetrado contra a prática até então comum do Tribunal de Contas da União em negar registro de aposentadoria depois de longos anos em que o servidor já está aposentado, o Supremo concedeu o *writ*. Para tanto, considerou o princípio da segurança jurídica como um “subprincípio do Estado de Direito” e afirmou que o poder estatal de revogar atos administrativos não se pode estender indefinidamente, uma vez que o exercício de tal prerrogativa pela Administração está sujeito a prazo razoável, enquanto decorrência ética da necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. Da ementa do acórdão também consta expressamente que o princípio da *confiança*, sendo elemento nuclear da segurança jurídica, representa um “componente de ética jurídica” de presença obrigatória nas relações de direito público.¹⁸³

Ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 637.485/RJ¹⁸⁴, o Supremo valeu-se, no ensejo, do princípio da segurança jurídica para tornar inaplicáveis às eleições de 2008 os efeitos da nova interpretação que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) passou a fazer do disposto no artigo 14, § 5º, da Constituição Federal, que trata das inelegibilidades. A Corte Constitucional brasileira, mesmo concordando expressamente com o mérito da nova interpretação do TSE, assentou que “mudanças radicais na interpretação da Constituição deveriam vir acompanhadas da cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em conta o postulado da segurança jurídica”. Com base neste entendimento, o STF deu provimento ao recurso, para ressaltar o recorrente da alteração jurisprudencial do TSE, que passou a considerar inelegível o prefeito que tenha exercido dois mandatos consecutivos como prefeito de um município, ainda que se tenha desincompatibilizado e transferido seu domicílio eleitoral para outro município (o que antes era admitido pela Corte Eleitoral, já que o candidato estaria concorrendo em eleição para município diverso daquele de que já fora prefeito). Verifica-se, neste julgado, que o Supremo determinou a aplicação, às eleições de 2008, de uma interpretação com a qual ele mesmo não concordava, mas decidiu aplicá-la apenas para proteger as expectativas legítimas que sobre ela até então haviam sido depositadas pelos candidatos, por mais equivocada que ela fosse.

183 STF, Plenário, MS nº 24.268, Relatora originária Min. Ellen Gracie, Redator para acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 05.02.2004. Inteiro teor do acórdão disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>. Acesso em 17.02.2022.

184 Destaca-se, ainda, da ementa do acórdão, *verbis*: “No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais” (STF, Plenário, RE 637.485/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 1º.08.2012. Inteiro teor disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3823598>. Acesso em 18.02.2022). Citaram-se, como precedentes do STF a amparar a modulação dos efeitos de nova orientação jurisprudencial, em nome da segurança jurídica, os acórdãos proferidos nos seguintes procedimentos: Inquérito nº 687/SP (DJU de 09.11.2001), Conflito de Competência nº 7204/MG (DJU de 09/12/2005) e Habeas Corpus nº 82.959/SP (DJU de 1º/09/2006).

Também nos Recursos Extraordinários nº 586453/SE e 583050/RS,¹⁸⁵ o Supremo resolveu que o entendimento ali firmado somente se aplicaria aos processos nos quais ainda não houvesse sentença de mérito prolatada até a data deste julgamento. Discutia-se, no caso, se competiria à Justiça do Trabalho ou à Justiça Comum o julgamento das causas envolvendo complementação de aposentadoria por entidades de previdência privada, quando a complementação de aposentadoria tivesse origem em contrato de trabalho firmado entre o autor e a instituição garantidora (patrocinadora) da entidade fechada de previdência complementar. Decidiu-se que, embora a competência seja da Justiça Comum, os processos já sentenciados pela Justiça do Trabalho não seriam atingidos pelo novo julgamento, haja vista que a matéria nunca tinha sido tratada de modo uniforme no Supremo e que, em razão disso, muitos processos já julgados pela Justiça do Trabalho teriam de ser encaminhados à Justiça Comum para serem novamente sentenciados – o que ensejaria ofensa à segurança jurídica, à celeridade processual e à eficiência que a sociedade espera do aparato judiciário como um todo.

No Mandado de Segurança nº 28.572/DF¹⁸⁶, o STF asseverou que o princípio da segurança jurídica seria “fundamento constitucionalmente relevante” para vedar que o Tribunal de Contas da União (TCU), em glosa administrativa de benefício incorporado à remuneração de servidor público, viesse a se opor a situações de fato albergadas por sentença transitada em julgado, ainda que a incorporação de tal benefício tivesse ocorrido em contrariedade ao que dispõe a Constituição. No referido julgado, o STF afirmou, outrossim, que a boa-fé e a *proteção da confiança*¹⁸⁷ seriam “projeções específicas do postulado da segurança jurídica”, e que, por isso, não poderiam ser desconsideradas pelo próprio Estado-juiz, haja vista que teria sido este último que, no caso, criou expectativas legítimas no jurisdicionado.

185 Ambos os recursos foram julgados em 2013 e são tratados pelo Informativo STF nº 695, de 13 a 22 de fevereiro de 2013, disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo695.htm>. Acesso em 18.02.2022. Registra-se que nesse julgamento a Corte também deliberou, por maioria, em questão de ordem, pela exigência do quórum de 2/3 para modulação de efeitos em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Entendeu-se que a maioria qualificada de 2/3 seria necessária para conferir eficácia objetiva à modulação, tal como disciplinada na Lei nº 9.868/99, art. 27. Restaram vencidos, quanto à exigência de maioria qualificada, os Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que se satisfaziam com a mera exigência de maioria absoluta, pois, segundo eles, o quórum qualificado seria exigível somente para a edição de Súmula Vinculante, bem como para fins de modulação nos processos de fiscalização abstrata, nos quais declarada a inconstitucionalidade de dispositivo legal. Este é, como se vê, mais um expressivo sinal da confluência entre os sistemas incidental e concentrado, uma vez que o Supremo aplica no controle difuso (em sede de recurso extraordinário) um mecanismo que é próprio do controle abstrato (art. 27 da Lei nº 9.868/99).

186 STF, Plenário, MS 28.572/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04.12.2012. Inteiro teor disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=128203334&ext=.pdf>. Acesso em 18.02.2022.

187 No julgamento da Ação Cível Originária nº 79/MT (noticiada no Informativo nº 658, de 21/3/2012), o STF relacionou a proteção da confiança com a proibição de beneficiar-se por fato próprio, ao afirmar que “a fonte do princípio da proteção da confiança estaria na boa-fé do particular, como norma de conduta e, em consequência, na *ratio* da proibição do *venire contra factum proprium*, o que acarretaria a vinculação jurídica da Administração Pública às suas próprias práticas e ações”. E assentou que, para que o Estado de Direito seja um “Estado de confiança”, a boa-fé e a confiança devem conferir um novo alcance ao princípio tradicional da segurança jurídica, de modo que esta ostente uma “supremacia jurídico-constitucional sobre a legalidade estrita, diante de prolongadas situações factuais geradas pelo comportamento da Administração Pública”.

No julgamento dos embargos declaratórios opostos na ADI 2797/DF¹⁸⁸, através dos quais o embargante pretendia obter a modulação de efeitos do que fora decidido pela Corte, o Supremo decidiu acolhê-los para determinar que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade somente se produzissem a partir de 15.09.2005 (data de prolação do acórdão embargado), preservando-se, assim, a validade dos atos processuais eventualmente praticados em ações penais e de improbidade propostas contra ex-ocupantes de cargos com prerrogativa de foro. Havia sido declarada inconstitucional a lei de 2002 que estendia a prerrogativa de foro penal para as ações de improbidade e fixava prerrogativa de foro para ex-ocupantes de certas funções públicas.

Mesmo reputando inconstitucional tal lei – já que nem réus de ações de improbidade administrativa nem ex-ocupantes de funções públicas de destaque têm direito a foro especial, segundo a Constituição brasileira -, o Supremo entendeu por bem manter os efeitos daquela lei nos processos que tramitavam até setembro de 2005. O Relator, Min. Ayres Brito, pontuou que “a não salvaguarda da segurança jurídica ocasionaria ofensa ainda maior à Constituição do que aquela declarada em ação direta, o que levaria o sistema constitucional a experimentar desequilíbrio entre o que se perderia e o que se ganharia”¹⁸⁹. Poder-se-ia aqui fazer uma crítica sobre a postura *utilitarista* adotada pelo Supremo na ocasião, ao sopesar vantagens e desvantagens do reconhecimento puro e simples de uma inconstitucionalidade gritante e resultante de interesses escusos de certos parlamentares que legislaram em benefício próprio, a fim de dificultar o ajuizamento de ações de improbidade administrativa contra membros do Congresso Nacional. Mas o fato é que, se não tivesse procedido àquela modulação, o Supremo acabaria permitindo que fossem declaradas nulas inúmeras condenações por improbidade proferidas por tribunais Brasil afora, os quais seriam considerados incompetentes depois de dez anos de vigência da lei.

Há casos, porém, em que o Supremo negou-se a aplicar o princípio da segurança jurídica, mesmo quando decorrido longo tempo de situação irregular que vinha sendo tolerada pelo Estado. Entende-se por não aplicar o princípio da segurança jurídica quando é o próprio interessado quem dá ensejo à situação irregular. Tal se deu, por exemplo, no julgamento do Mandado de Segurança n° 26860/DF¹⁹⁰, em que a Corte, por maioria e afastando a pretensão de permanecer na função de tabelião, deduzida por quem havia sido nomeado por Tribunal local depois de 1988, asseverou que o

188 Andamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2082833>. Acesso em 18.02.2022.

189 Vide Informativo STF n° 664, de 10/5/2012. O que chama atenção nessa modulação, no entanto, é o longo prazo decorrido entre a data da prolação do acórdão embargado (15.09.2005) e a data em que a modulação de efeitos foi fixada (16.05.2012), ou seja, quase 7 (sete) anos, o que só reforça as críticas contra a morosidade da justiça brasileira.

190 Consulta processual disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2548731>. Acesso em 28.02.2022.

princípio da confiança pressuporia, desde a origem, situação que não revelasse inconstitucionalidade flagrante. No caso do impetrante, este não poderia alegar boa-fé ao ser nomeado tabelião após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e sem prévia aprovação em concurso público, dados os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade no que tange ao ingresso nas funções públicas, bem como a dicção expressa do artigo 236, § 3º,¹⁹¹ da Carta Magna. Restaram vencidos em Plenário, porém, a Ministra Rosa Weber e o Ministro Marco Aurélio, que concediam a segurança, sob o fundamento de não estar descaracterizada a boa-fé dos impetrantes, já que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) só veio a cassar os atos praticados pelo tribunal de justiça depois de mais de dez anos de produção de efeitos favoráveis aos impetrantes, lapso temporal este que, por sua longevidade, não poderia ser desconsiderado pelos julgadores.¹⁹²

Entendimento semelhante foi aplicado no Recurso Extraordinário nº 635739/AL¹⁹³, em que o Supremo, dando prevalência ao princípio da legalidade sobre o da segurança jurídica, proveu o recurso da Fazenda Pública e assentou a perda do cargo público ocupado havia mais de oito anos pelo recorrido, dada existência de vício no respectivo procedimento de ingresso (o concursando não havia sido classificado dentro do número de vagas previstas para a segunda etapa do concurso, mas nele prossegiu e foi nomeado por força de decisão judicial recorrível), pois o servidor sabia que a permanência no processo seletivo estava lastreada em decisão judicial precária, proferida por provocação sua, a qual afastara a cláusula de barreira, cláusula esta reputada constitucional pelo Supremo. Restaram vencidos os Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux, que modulavam os efeitos da decisão para, malgrado endossando a tese jurídica firmada pelo Tribunal, manter o recorrido no cargo, em homenagem aos princípios da confiança e da segurança jurídica, considerando que o recorrido estava no cargo havia mais de oito anos. Assim, o Pleno, por maioria, reputou que os princípios da confiança e da segurança jurídica não deveriam prevalecer na solução do caso, pois incompatíveis com a legalidade que deve nortear o ingresso em cargos públicos, mas a Corte assegurou a intangibilidade (irrepetibilidade) dos remunerações percebidas até então pelo recorrido.¹⁹⁴ No mesmo sentido passou a operar, a reboque dessa orientação da Corte Constitucional brasileira, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), sodalício responsável pela uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional no

191 “Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.” (...) “§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”.

192 Para maiores detalhes, vide Informativo STF nº 741. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo741.htm>. Acesso em 28.02.2022.

193 Inteiro teor do acórdão disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4035287>. Acesso em 28.02.2022.

194 Para maiores detalhes, vide Informativo STF nº 736. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo736.htm#Concurso%20p%C3%BAblico%20e%20cl%C3%A1usula%20de%20barreira%20-%201>. Acesso em 28.02.2022.

Brasil, cuja jurisprudência passou a não mais admitir a aplicação da então denominada “teoria do fato consumado”, seja em matéria de investidura em cargos públicos, seja em matéria ambiental.¹⁹⁵

Diante do exposto, conclui-se que a segurança jurídica é um tema ao qual a jurisprudência tanto do Tribunal Constitucional Português quanto a do Supremo Tribunal Federal brasileiro atribui relevância ímpar, embora não absoluta, naturalmente. O mesmo se diz da doutrina¹⁹⁶, a qual não hesita em sublinhar tal relevância e tampouco em criticar o grave problema de insegurança jurídica de que padece a jurisdição brasileira.

195 Citam-se, a título meramente ilustrativo, o Enunciado nº 613 da Súmula do STJ (“Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental”) e o acórdão proferido no Recurso Especial nº 1690252/RJ (2ª Turma, Relator Min. Francisco Falcão, julgado em 22.06.2021), de cuja ementa se extrai, *verbis*: “Consoante a jurisprudência do STF e do STJ, não há falar em aplicação da *teoria do fato consumado* para manter o recorrente no cargo com fundamento no tempo em que neste permaneceu, respaldado por decisão judicial não transitada em julgado”. O Enunciado e o acórdão referidos estão disponíveis, respectivamente, em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%28%40NUM+%3E%3D+%22601%22+E+%40NUM+%3C%3D+%22653%22%29+OU+%28%40SUB+%3E%3D+%22601%22+E+%40SUB+%3C%3D+%22653%22%29&tipo=%28SUMULA+OU+SU%29&l=100&ordenacao=%40NUM> e https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701936837&dt_publicacao=25/06/2021. Acesso em 28.02.2022.

196 O consagrado administrativista brasileiro Celso Antônio Bandeira de Mello resume categoricamente essa importância, *verbis*: “O princípio da segurança jurídica, se acaso não é o maior de todos os princípios gerais de direito, como acreditamos que efetivamente o seja, por certo é um dos maiores dentre eles” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87). Já Virgílio Afonso da Silva observa criticamente que a doutrina brasileira costuma importar teorias que por vezes sequer se sedimentaram na Alemanha, tais como as que permitem, em nome da segurança jurídica, a preservação de efeitos de lei declarada inconstitucional, como se isso fosse uma praxe tedesca bem sedimentada, o que não corresponde à realidade, *verbis*: “Não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe, de forma muitas vezes pouco ponderada, as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, *tudo* o que é produzido na literatura germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis. No âmbito da interpretação constitucional o caso pode ser considerado como ainda mais peculiar, já que não se trata da recepção de um modelo teórico *enraizado* e *sedimentado* em um determinado país. É possível que se suponha que os ‘novos’ métodos de interpretação constitucional sejam métodos longamente desenvolvidos pela doutrina jurídica alemã e aplicados sistematicamente pelo Tribunal Constitucional daquele país. Não o são. Nesse caso, não se pode falar de uma ‘importação’ de um modelo alemão de interpretação constitucional. E por uma razão óbvia: um tal modelo não existe. Os *princípios* de interpretação constitucional a que a doutrina brasileira, de forma praticamente uniforme, faz referência são aqueles referidos por Konrad Hesse em seu manual de direito constitucional. No caso dos *métodos* a referência baseia-se no famoso artigo de Ernst-Wolfgang Böckenförde sobre métodos de interpretação constitucional” (SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”. In SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 116-143, pp. 116-117).

CAPÍTULO 3: O SINCRETISMO METODOLÓGICO BRASILEIRO

3.1. A “relativização” judicial de institutos constitucionais, dogmáticos e legais

Assentada está a premissa, até aqui desenvolvida, de que a lei não tem o condão de predeterminar rigidamente o conteúdo da decisão que a interpreta, embora possa servir de prévio parâmetro normativo para afastar determinadas interpretações manifestamente contrárias ao texto legal.

Tal premissa - que só é contestada pelos defensores das teorias *declaratórias* da decisão judicial em geral e pelos *paleojuspositivistas* da Escola da Exegese em particular, como já visto - acaba expondo um grave problema da insegurança jurídica no ato de julgar, explorado no Capítulo 2, haja vista que o princípio da legalidade passa a ser considerado um instrumento insuficiente para garantir um tratamento isonômico dos jurisdicionados perante a lei. Afinal de contas, de nada serve que a lei seja igual para todos, se a decisão judicial que a aplica não se revela igualmente isonômica, tratando isonomicamente os que se igualam e desigualmente os que se desigalam, na medida de sua desigualdade.

A presente tese é prenhe de exemplos de acórdãos de tribunais superiores brasileiros, notadamente da lavra do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que “flexibilizam”, de modo quase corriqueiro, ditames constitucionais e legais cogentes, bem como institutos dogmáticos há muito tempo sedimentados na cultura jurídica das nações civilizadas.

No acórdão abaixo, cuja ementa se pede vênha para transcrever literalmente por fidelidade ao sentido da decisão proferida, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, Corte responsável pela uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional, entendeu “relativizar” não apenas os dispositivos legais do Código de Processo Civil que asseguram a intangibilidade do instituto da *coisa julgada* (artigos 502 a 508) e disciplinam as excepcionais hipóteses de sua desconstituição (tal como pela via rescisória, prevista nos artigos 966 a 975), mas também a própria garantia fundamental prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República. Eis o teor da preocupante decisão colegiada proferida pela 2ª Turma ao desprover, em 2019 e à unanimidade de votos, o Recurso Especial nº 1.795.761/SE, interposto pela União, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DIREITO À SAÚDE. SUBSTITUIÇÃO DO FÁRMACO. MESMA ENFERMIDADE. ADEQUAÇÃO AO TRATAMENTO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. POSSIBILIDADE.

1. O STJ tem entendimento no sentido de que, 'considerando o bem jurídico pleiteado no presente caso, - garantia do direito constitucional à saúde (art. 196 da CF/88) -, bem como os princípios da celeridade processual e instrumentalidade das formas, não há que falar em ofensa à coisa julgada quando a parte autora pleiteia a substituição ou complemento de fármaco diverso do descrito na exordial, desde que relativo à mesma enfermidade, para fins de mera adequação do tratamento. Ora, o objetivo da ação é o tratamento médico necessário para cessar a enfermidade da qual está acometido o paciente, razão pela qual não se mostra razoável compelir a parte autora a ajuizar uma nova ação a cada mudança de prescrição médica' (AREsp 911.992/RJ, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Primeira Turma, DJe 31.8.2018).

2. Admite-se a relativização da coisa julgada em situações excepcionalíssimas nas quais a segurança jurídica tiver que ceder em favor de outros princípios ou valores mais importantes, como o direito à saúde, hipótese dos autos.

3. Recurso Especial não provido" (sublinhou-se).197

Como se verifica na própria ementa, lavrada de modo unânime, havia outro precedente no mesmo sentido da 1ª Turma deste tribunal¹⁹⁸, datado do ano de 2018, o que causa ainda maior preocupação quanto à higidez do sistema processual brasileiro, considerando que compete privativamente a ambas as turmas julgar as matérias de Direito Público que aportam pela via recursal ao Superior Tribunal de Justiça, vale dizer, os processos dos quais a Fazenda Pública seja parte. Assim, cabe à 1ª Seção¹⁹⁹, formada pela reunião dessas duas Turmas, uniformizar, com efeitos vinculantes para todo o território nacional na forma do artigo 927, incisos III e IV, do Código de Processo Civil, as teses que disciplinarão as relações entre o Estado e a sociedade.

Tal julgado admitiu a "relativização" da coisa julgada para situações consideradas "excepcionalíssimas", nas quais a segurança jurídica deve, segundo o Tribunal, "ceder em favor de outros princípios ou valores mais importantes, como o direito à saúde".

Todavia, há no mínimo quatro objeções sumárias que de plano se opõem a tal entendimento, invalidando-o por completo, quais sejam: **1)** a legislação nacional, incluída a Constituição Federal, não prevê tal "relativização" do dogma da *res judicata*; **2)** o Supremo Tribunal Federal, Corte responsável pela guarda da Constituição - cujo texto assegura expressamente a proteção da coisa julgada como uma garantia fundamental -, não admite tal "relativização"; **3)** para negar vigência aos dispositivos legais do Código de Processo Civil que disciplinam a coisa julgada e as raras hipóteses de sua desconstituição, deveria o Tribunal, observando o devido processo legal, tê-los declarado

197 Recurso Especial nº 1.795.761/SE, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 16/05/2019. Inteiro teor do acórdão disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900317960&dt_publicacao=30/05/2019. Acesso em 11.03.2022.

198 E, além desse precedente que constou da ementa, diversos outros foram elencados e suas respectivas ementas transcritas ao longo do voto-condutor proferido pelo Ministro Relator, cujo teor constitui o corpo do acórdão.

199 Se a 1ª e a 2ª Turmas formam a 1ª Seção, e esta é competente para elaborar a súmula vinculante do STJ em temas de direito público, verifica-se a gravidade do fato de aquelas duas Turmas compartilharem um entendimento que fragiliza a proteção da coisa julgada, prevista expressamente no texto da Constituição e considerada pela doutrina unânime uma das maiores e mais caras expressões do protoprincípio da segurança jurídica, da cláusula constitucional do devido processo legal e da noção de Estado de Direito.

inconstitucionais por seu Órgão Especial, em atendimento à cláusula constitucional da *reserva de plenário* (artigo 97 da Constituição)²⁰⁰ e à orientação mandatória contida no Enunciado nº 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal²⁰¹, pois não se pode deixar de aplicar uma lei incidente sem demonstrar que nela há algum vício de inconstitucionalidade ou de anticonvencionalidade; e, por fim, **4)** a situação não poderia ter sido considerada “excepcionalíssima”, haja vista que a hipótese de alteração do tratamento médico superveniente à sentença é assaz corriqueira em processos relativos à saúde pública, nos quais os autores apresentam novas propostas de tratamento no curso da demanda, sempre que um determinado fármaco não proporciona mais a resposta terapêutica esperada.

Verifica-se, a partir desse singelo acórdão, que para importantes setores da Justiça brasileira qualquer caso, por mais comum que seja, sempre pode ser considerado “excepcionalíssimo” quando o objetivo do órgão julgador é substituir dogmas legais e até mesmo constitucionais por seu “sentimento pessoal de justiça”. Não se trata, porém, do “sentimento de justiça” de Jhering²⁰², nem do “primado do sentimento” de Rousseau²⁰³, até porque esses autores não desprezavam o valor da lei. Jhering, a propósito, chega a criticar o desfecho dado por Shakespeare, em *O Mercador de Veneza*, para livrar Antonio de entregar uma libra de sua própria carne ao usuário Shylock, chamando o subterfúgio moral retratado nessa peça de “expediente malicioso” e “perfidia legal”, por subverter a lei de Veneza, por mais desumana que ela fosse. Para Jhering, a manobra realizada por Pórcia não passou de “chicana processual”, haja vista que, após Daniel ter declarado válido o título que corporificava a dívida de Antonio perante Shylock, nada mais poderia impedir sua execução forçada.²⁰⁴

200 “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11.03.2022).

201 “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” (Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula746/false>. Acesso em 11.03.2022).

202 Embora Jhering não defina o que entende por *sentimento* em “A Luta pelo Direito”, ele faz ali uma dura crítica à Escola do Direito Racional e ao “determinismo universal” e ao “imobilismo dogmático” que lhe são apanágio, passando a questionar o conceptualismo asséptico e o positivismo científico que caracterizavam a Escola da Jurisprudência dos Conceitos e a pirâmide conceitual edificada, entre outros, por Savigny, Puchta e Feuerbach. E Jhering afirma a importância categórica do *sentimento* como força propulsora da justiça: “A força do direito assenta no sentimento, assim como a do amor; e a razão e a inteligência não podem substituí-lo – ao sentimento – quando este falta” (JHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. Fernando Luso Soares. Lisboa: Cosmos, 1992, p. 42).

203 Destacando a ascendência do aspecto sensorial sobre o racional no livro 4 de seu *Emílio*, no qual se dissecou a relação entre coração e razão ao longo de cada uma das cinco fases de desenvolvimento deste personagem (de sua mais tenra idade à maturidade), Rousseau bem descreve que o “sentir” vem antes do “raciocinar”, já que os sentimentos precedem às ideias. Ele destaca que a nossa sensibilidade é incontestavelmente anterior à nossa inteligência, na medida em que experimentamos sentimentos antes de termos ideias propriamente ditas, *verbis*: “*Exister, pour nous, c’est sentir; notre sensibilité est incontestablement antérieure à notre intelligence, et nous avons eu des sentiments avant des idées*” [ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emile*. In **Œuvres complètes**, vol. IV (coords. Bernard Gagnebin e Marcel Raymond). Paris: Gallimard, 1995, p. 600].

204 Na página 53 de sua *A Luta pelo Direito*, Jhering já havia afirmado que “a luta pelo direito é, por consequência, ao mesmo tempo uma luta pela lei”, para depois assim se pronunciar sobre a solução encontrada por Shakespeare: “O assassinato judiciário, segundo a expressão frisante da nossa língua alemã, é o verdadeiro pecado mortal do direito. O depositário e o defensor da lei tornam-se os assassinos dela. É um médico que envenena o doente. Um tutor que estrangula o pupilo” (*Ibidem*, p. 58). Muito mais que uma mera exaltação do *moralismo* e uma simples tentativa de importá-lo para dentro do fenômeno jurídico, como alguns incautos poderiam interpretá-la, *A Luta pelo Direito* revela-se como uma mordaz crítica ao materialismo jurídico, bem como uma obra de resgate do idealismo que caracterizava o romantismo alemão, em contraposição à concepção, vigente naquela época e ainda verificável atualmente, de que em Direito tudo poderia ser convertido em pecúnia, até mesmo a honra e a dignidade da pessoa lesada. Trata-se mais de uma rejeição à monetarização do Direito (“a balança de Témis deve pesar a injustiça e não o dinheiro somente”), do que propriamente de uma homenagem ao

O que provavelmente motivou a decisão acima analisada foi o *sentimento* de piedade ou comoção gerado nos julgadores em relação ao autor da causa, pelo fato de a legislação exigir, em homenagem ao devido processo legal, que o réu, no caso, a Fazenda Pública, tenha o direito de se defender de um novo pedido judicial, não contido na ação já transitada em julgado, mesmo quando tal pedido advenha de alguém que padece de alguma moléstia de saúde. Há mesmo quem defenda que o termo sentença derive etimologicamente do verbo latino *sentire*, para justificar escolhas judiciais perfilhadas a partir do “sentimento” do julgador,²⁰⁵ e não a partir da prova dos autos que foi produzida e posteriormente apreciada à estrita luz do direito positivo. Em Direito, contudo, a solução jurídica não deveria derivar de *emoções*, mas sim do que previsto na legislação e nos precedentes criados a partir dela.

Com efeito, enfrentar um novo processo judicial parece ser algo penoso, sobretudo num país que conta com graves falhas sistêmicas nos serviços essenciais que são prestados pelo Poder Público em geral e pelo aparato judiciário em particular.

Todavia, não é eliminando o direito de defesa nem afrontando o devido processo legal e a coisa julgada que o Judiciário corrigirá esses graves problemas brasileiros. O mais provável é que, além de não os corrigir, ainda venha a agravar o quadro de instabilidade generalizada com essa postura de desprezo à legislação, acrescentando-lhe outros problemas ao incrementar os níveis já alarmantes de insegurança jurídica e os altíssimos custos que o Sistema Único de Saúde (SUS) suporta diariamente com o cumprimento de decisões judiciais que o obrigam a fornecer tratamentos e medicamentos não previstos em seus protocolos oficiais, muitos dos quais caríssimos e sequer registrados nas agências de controle competentes, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).²⁰⁶ Acresça-se a isso

moralismo jurídico, apesar de reconhecermos o caráter draconiano e por vezes até raivoso da proposta de Jhering para o processo penal, no qual não deveria haver espaço para clemências nem para tratamentos privilegiados em razão dos danos *objetivamente* mensurados, segundo a visão *subjetivista* do autor.

205 A desembargadora federal Denise Alves Horta, em artigo acadêmico onde traça um paralelo entre a obra de arte, como expressão do sentimento de mundo do artista, e a sentença judicial, como expressão do sentimento do juiz, no julgamento dos processos, afirma: “A sentença, do latim *sententia*, de *sentire*, sentir, ter uma opinião, resultado final do processo de julgamento pelo juiz, sofre as influências do sentimento de mundo do magistrado, de acordo com suas experiências, sua cultura, suas paixões, sua visão objetiva e emocional da vida” (HORTA, Denise Alves. “Obra de arte e sentença: a expressão do *sentire* do artista e do juiz”. In **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 45, n. 75, jan./jun.2007, pp. 163-172, p. 165). No mesmo sentido é posição do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Alberto Menezes Direito: “O homem não existe somente porque tem o suposto domínio da razão. O homem existe porque ele é razão e emoções, sentimentos, crenças. A decisão judicial é, portanto, uma decisão que está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional” (DIREITO, Carlos Alberto Menezes. “A decisão judicial”. In **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, 2000, pp. 24-42, p. 31). Também o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, na palestra intitulada “Pensamento, sentimento e consciência como categorias constitucionais”, proferida em 23.09.2011, no programa *Diálogos com o Supremo*, promovido pela FGV Direito Rio, com o apoio da Escola da Magistratura do Estado do Rio (EMERJ), asseverou de modo solene que “o Direito não é só algo que se sabe; é algo que se sente” (BRITTO, Carlos Ayres. Palestra intitulada “Pensamento, sentimento e consciência como categorias constitucionais”, proferida em 23.09.2011, no programa *Diálogos com o Supremo*, promovido pela **FGV Direito Rio**, com o apoio da Escola da Magistratura do Estado do Rio (EMERJ). Disponível em <https://portal.fgv.br/en/node/9317>. Acesso em 12.03.2022).

206 Apenas para ilustrar esse quadro desolador, um estudo conduzido pelo Tribunal de Contas da União (TCU) mostrou que os gastos da União (excluídos, portanto, os dos Estados, Distrito Federal e municípios) com processos judiciais referentes ao tema de saúde pública, apenas no ano de 2015, foram de R\$ 1 bilhão, representando um aumento de mais de 1.300% em relação aos sete anos anteriores. O fornecimento de medicamentos, alguns sem registro no Sistema Único de Saúde, correspondeu naquele ano ao objeto principal de 80% das ações ajuizadas. Foram detectadas, ainda, fraudes para obtenção de medicamentos e tratamentos indevidos (Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/umentam-os-gastos-publicos-com->

o fato de que, sempre que o Judiciário se vale do *direito à vida* ou à *saúde* de modo geral para direcionar recursos estatais ao tratamento de uma única pessoa, sobretudo quando se trata de terapia de alto custo e não coberta pelas políticas de saúde voltadas à população em geral, esses mesmos recursos faltarão para o atendimento das demais pessoas que, sem ter condições para bater às portas do Judiciário, perecerão nas filas dos hospitais públicos à míngua de tratamento médico, por falta de recursos públicos que subsidiem seu atendimento. Críticas²⁰⁷ não faltam acerca dessa postura judiciária.

Ao proceder de modo contrário à legislação, à segurança jurídica e a institutos dogmáticos consagrados, como a coisa julgada, o Judiciário brasileiro acaba também ensejando um aumento de espaço para o arbítrio judicial e o legitimando, sob o pretexto de que a observância da Constituição e das leis democráticas deve ser relativizada ao gosto do julgador, que passa a aplicar não o direito posto, mas sim o direito que acaba de criar para o caso concreto, sem qualquer supedâneo no ordenamento positivo. A corrosão da normatividade do sistema objetivo passa a ser evidente, operando, a partir do exemplo, nefastos efeitos dissuasórios nos magistrados que ainda insistem em respeitar o “programa normativo” (já abordado no item 2.2 do Capítulo 2, ao qual se remete o leitor), neles incutindo a anárquica ideia de que o caráter normativo da lei equivaleria a uma carta de boas intenções do legislador que não ostentasse qualquer efeito vinculante, mas, quando muito, mera força persuasiva, como se não passasse de uma simples recomendação.

O problema é que uma lei devidamente aprovada pelos representantes do povo eleitos legitimamente para representá-lo nos Poderes Legislativo e Executivo, porém, jamais poderia ser

[judicializacao-da-saude.htm](#). Acesso em 12.03.2022). Não é preciso ser contabilista para perceber que esse colossal montante pecuniário drenado do sistema público de saúde a cada ano por decisões judiciais faz muita falta, sobretudo para a população mais carente.

207 Vide, por todas, a bem fundamentada crítica esboçada pela eminente Professora Ana Paula de Barcellos, já que se trata de uma constitucionalista cujos trabalhos acadêmicos haviam sido inicialmente utilizados em decisões judiciais justamente para deferir tratamentos e medicamentos sem respaldo legal, cujo fundamento residia apenas no princípio da “dignidade da pessoa humana”. Talvez arrependida de ter dado tanta munção acadêmica de qualidade a juízes ativistas em matéria de saúde pública, a referida constitucionalista, após ver o prejuízo que o Judiciário passou a causar ao orçamento e à organização dos sistemas de saúde com base em suas teorias, agora se volta contra a prática judicial de obrigar o Poder Público a atender a determinadas pessoas (com a exclusão de outras, dada a escassez dos recursos estatais), sem o respeito a critérios mínimos de prioridade e com ofensa à ordem jurídica (BARCELLOS, Ana Paula de; SOUZA, Fábio; MELLO, Humberto Laport de; *et al.* “Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável”. // *Revista de Direito GV*, 13 (2) – Ago/2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201718>. Acesso em 04.05.2022). Em rigor, na sua obra sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, publicada em 2011, Barcellos já alertava para os riscos que tal prática judicial representaria para a democracia, considerando que a sociedade brasileira custearia, por meio de seus impostos, as necessidades de alguns indivíduos que conseguissem obter decisões judiciais favoráveis a seus pleitos sanitários, sem qualquer deliberação democrática neste sentido (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 324). Mas parece que uma boa parte dos membros do Judiciário brasileiro fez uma leitura seletiva dessa obra, dela extraindo apenas os aspectos relativos à dignidade da pessoa humana e não levando em conta, ademais, que o atributo da dignidade pertence a todas as pessoas, e não apenas àquelas que logram conseguir serviços médicos ilegais em sede judicial. Em artigo que explora a relação entre a austeridade fiscal e a efetividade dos direitos humanos no Brasil, Andreu Leandro e Antonio Pele apontam a insuficiência do modelo atual de intervenção direta do Judiciário para efetivar direitos sociais, como o direito à saúde; tal modelo deve ser repensado, a fim de que “os recursos existentes sejam utilizados de modo a oferecer os melhores serviços à generalidade da população, em vez de somente aos beneficiados por uma decisão judicial” [LEANDRO, Andreu Wilson Pereira; PELE, Antonio. “Austeridade fiscal e efetividade dos direitos humanos no Brasil”. // **Direitos humanos: entre captura e emancipação** / Bethania Assy, Márcia Nina Bernardes e Antonio Pele (orgs.). Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2021, pp. 287-309, p. 305].

considerada pelo Poder Judiciário como se fosse uma mera recomendação, a qual é, por natureza, facultativa. É disso que a presente tese trata.

Há de haver fundamentos que transcendam o caso concreto para justificar a não aplicação de uma lei incidente ao caso, o que só pode ocorrer mediante a constatação fundamentada de antinomia com outra lei de hierarquia superior, caso o conflito aparente de normas não possa ser resolvido pelos critérios cronológico e da especialidade. Não basta que se diga ser a situação “excepcionalíssima”, já que, a depender do prisma utilizado, cada caso pode ser considerado único e, por isso, singularíssimo ou excepcional.

Na tentativa de justificar a “relativização da coisa julgada” na ementa transcrita acima, o Superior Tribunal de Justiça valeu-se da técnica alexyana da ponderação ou sopesamento de valores, ainda que sem declará-la de modo expresso, seja na ementa, seja no corpo do voto-condutor.

Essa Alta Corte entendeu por afastar a proteção do dogma da coisa julgada e, ao mesmo tempo, por legitimar a violação ao disposto no artigo 264 do Código de Processo Civil de 1973, hoje já revogado²⁰⁸, que não admite a alteração do pedido ou da causa de pedir após o saneamento do processo, em hipótese nenhuma.

Como se vê, o Tribunal criado pela Constituição com a incumbência de zelar pela guarda da legislação federal foi justamente aquele que sacramentou a violação do disposto na lei processual em vigor, além de ter legitimado a ofensa aos demais dispositivos legais e constitucionais já referidos acima. Tudo isso alegadamente “em nome do bem jurídico pleiteado no presente caso – garantia do direito constitucional à saúde”, bem como dos “princípios da celeridade processual e instrumentalidade das formas”, transformados pelo STJ em princípios absolutos, contra os quais nenhum outro princípio constitucional ou regra legal pode prevalecer.

Verificam-se claramente os problemas que daí decorrem, os quais vão muito além da já grave corrosão da normatividade constitucional e legal. Ao criar “super-trunfos” argumentativos, mediante o recurso retórico e apologético a princípios como os da proteção à saúde, da celeridade processual e da instrumentalidade das formas, o Judiciário passa a se autoconceder o poder absoluto (quase imperial) de negar vigência a todo e qualquer dispositivo de natureza constitucional ou legal, aí incluídos os princípios da legalidade, do Estado de Direito, do devido processo legal, da isonomia, da reserva de

208 Assim dispõe tal mandamento legal, *verbis*: “Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após a prolação do despacho saneador” (Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em 14.03.2022). O conteúdo desse artigo foi reproduzido, em linhas gerais, pelo artigo 329 do Código de Processo Civil de 2015.

plenário, do direito de defesa, da inviolabilidade da coisa julgada, etc, além das regras constitucionais e legais que disciplinam as competências do Sistema Único de Saúde, que impedem a modificação da sentença fora das hipóteses rescisórias, que proíbem a modificação do pedido ou da causa de pedir após o saneamento do processo, entre inúmeras tantas outras regras que regem as políticas oficiais de saúde pública e o direito processual civil. Nada disso mais possui valor.

Para tanto, basta que qualquer uma dessas regras ou princípios constitucionais/legais esteja na rota de colisão do princípio que o julgador tenha coberto com a aura de mandamento principiológico absoluto (logo, não passível de relativização), ao passo que nem o direito à vida goza de proteção absoluta no ordenamento jurídico brasileiro, já que a própria Constituição admite a pena de morte em tempos de guerra.

Levada às últimas consequências, tal prática pode justificar uma condenação sem direito de defesa, com a imposição ao Poder Público de uma obrigação sem qualquer respaldo na lei e até mesmo sem observância do devido processo legal, na medida em que nenhum outro princípio, valor ou regra constitucional/legal passa a ser digno de proteção diante de um “super-trunfo argumentativo” utilizado pelo judiciário.

Há um ditado anglo-saxão segundo o qual “casos difíceis criam precedentes ruins”. E é exatamente isso o que acontece a cada vez que um tribunal, sensibilizado pelas agruras de um caso concreto, resolve fazer de conta que não há legislação a reger a hipótese. Subverte-se, assim, todo o direito objetivo, com a produção de nefastos efeitos sistêmicos para o futuro, já que, por óbvio, a lei que hoje é desprezada em um processo passará a ser amanhã igualmente questionada em todos os outros processos; afinal, ou a lei é igual para todos, ou não vale para ninguém. O resultado será sua perda de normatividade. Isso se agrava em países que, como o Brasil, ainda não possuem uma tradição sedimentada de obediência às leis. Até mesmo em virtude do enorme descompasso existente entre a dura realidade social e as sofisticadas previsões normativas que costumam ornamentar seu inflado panorama legislativo, o Brasil sempre observou um triste hiato entre o que manda a legislação²⁰⁹

209 O Brasil, com todas as suas endêmicas mazelas sociais, costuma ser jocosamente retratado como o “eterno país do futuro”, um futuro que nunca chega, graças ao desprezo arraigado e nutrido por certos setores e pela classe política em geral quanto ao que determina a Constituição (basta ver, por exemplo, os ambiciosos programas constitucionais de educação e saúde públicas, previstos na Carta de 1988, e os inadmissíveis contingentes de analfabetos que vagam pelas ruas e de doentes que morrem em filas de hospitais públicos todos os dias, enquanto aguardam um tratamento que não vem). Representativo do desalentador fenômeno percebido por praticamente todos os brasileiros é o seguinte trecho musical, de autoria de Renato Russo, *verbis*: “Ninguém respeita a Constituição, mas todos acreditam no futuro da nação. Que país é este?!” (letra extraída da canção intitulada “Que País É Este”, do álbum que leva o mesmo nome, lançado em 1987 pelo conjunto musical Legião Urbana).

e o que de fato acontece no mundo dos fatos²¹⁰. Vê-se, porém, que o mau exemplo insiste em vir de cima, vale dizer, da cúpula judiciária.

A presente tese não se propõe a defender nenhum tipo de dogmatismo²¹¹ sacramental, racionalismo puro, determinismo universal, fundamentalismo transcendental ou imobilismo dogmático. Nem mesmo de uma defesa apaixonada do formalismo jurídico se trata. Mas tampouco pode ser acusada de ser totalmente antipositivista, pois a tese busca justamente desvendar a moda antipositivista que vem assolando a jurisdição brasileira nas últimas décadas, com o devido respeito aos ilustres teóricos²¹² do Neoconstitucionalismo e do Pós-positivismo, por cujos trabalhos acadêmicos não devem, obviamente, ser responsabilizados. Kelsen reconhecia no Direito um fenômeno sociocultural extremamente complexo e multifacetado, forjado e influenciado por fatores políticos, morais, éticos, religiosos, econômicos, psicológicos, históricos, geográficos, ideológicos etc. Em momento nenhum sustentou ser o Direito algo puro, embora tenha formulado uma teoria com pretensões epistemológicas de pureza, sendo, por isso, impiedosamente atacado pelos antipositivistas em geral, cujas críticas variam a depender dos movimentos donde dimanem, vale dizer, de autores realistas a jusnaturalistas, passando por pós-positivistas e neoconstitucionalistas, apenas para citar as principais correntes que entraram na moda por se oporem ao até então hegemônico juspositivismo.²¹³

210 O artigo 7º, inciso IV, da Constituição determina que o salário mínimo seja *capaz de atender às necessidades vitais e básicas do trabalhador e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social*. Todavia, o que se verifica na prática é que o valor atual do salário mínimo é de apenas R\$ 1.212,00 (um mil, duzentos e doze reais) por mês (conforme consulta disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.091-de-30-de-dezembro-de-2021-371512885>. Acesso em 14.03.2022). Equivalendo a aproximadamente 200 € (duzentos euros), é óbvio que, sobretudo em um país cujo custo de vida é impulsionado pelo denominado “custo-Brasil”, o salário mínimo brasileiro não é capaz de atender àquela extensa lista de necessidades, entre as quais o constituinte fez incluir até mesmo a de “lazer”, apesar de tal piso salarial não conseguir fazer face nem a despesas de alimentação, saúde e moradia. Trata-se de norma sem efetividade.

211 Não se filiar a uma postura de *dogmatismo* não significa ser contrário à dogmática, em especial a jurídica. Reconhece-se o valioso papel que a dogmática jurídica desempenha na sistematização técnica de conceitos e institutos jurídicos em geral, cuja origem, natureza, finalidade e tratamento legal são dissecados pela doutrina. Ao contrário de imobilizar a evolução do Direito – o que seus críticos alegam de modo infundado –, a dogmática lhe confere segurança jurídica, à medida que oferece aos seus operadores um arsenal teórico a partir do qual a aplicação de determinados institutos se torna mais científica e, conseqüentemente, mais confiável e segura. Já a abordagem neoconstitucionalista, ao promover uma releitura de diversos institutos, notadamente de direito civil, acaba por vezes por descaracterizá-los e até, em último caso, por negar-lhes a própria natureza, tal como se deu em um exemplo de decisão da justiça espanhola noticiado no Capítulo 2, a qual desconsiderou a convenção condominial que impedia a instalação de equipamentos na parte externa das unidades residenciais, implicando clara ofensa ao milenar instituto jurídico do *pacta sunt servanda*.

212 Assim como Schmitt, na qualidade de teórico do Direito, não pode ser responsabilizado pelos horrores do regime nazista que a sua antiliberal teoria constitucional favoreceu, autores como Alexy, Atienza, Fuller e, em menor medida, Dworkin também não podem ser responsabilizados pelas ilegalidades que a justiça brasileira já praticou em nome de seus trabalhos jusfilosóficos. Diz-se Dworkin “em menor medida” porque, apesar de sua teoria dos princípios também ter ensejado uma banalização do recurso judicial a fundamentos principiológicos *contra legem*, a obra dworkiniana jamais compactou com o desprezo à Constituição e aos direitos legalmente estabelecidos; pelo contrário, o direito como integridade e a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, temas que perpassam o rico e extenso legado jusliterário deixado por Dworkin, são provas vivas de que o autor norte-americano era um ferrenho opositor do particularismo jurídico e um notável defensor de uma teoria geral para estabelecimento de *standards* decisórios.

213 Ao longo da presente tese nos referiremos mais frequentemente às expressões “pós-positivistas” e “pós-positivismo” do que a “neoconstitucionalistas” e “Neoconstitucionalismo”, embora obviamente saibamos que tais expressões não são sinônimas. Consideramos mais abrangente e adequada ao nosso objeto de pesquisa, além de ser menos pejorativa, a referência semântica às primeiras para designar o conjunto de movimentos que, tendo como pano de fundo metodológico a Teoria da Argumentação Jurídica (TAJ), consolidaram-se no sentido de questionar as principais teses do juspositivismo kelseniano e hartiano. O termo Neoconstitucionalismo, cuja utilização causou mais repercussão na América do Sul, onde ganhou maior notoriedade, está mais atrelado às discussões sobre a judicialização da política e sobre a expansão da força normativa da Constituição para todos os ramos do Direito, promovendo uma drástica releitura dos institutos dogmáticos que os integram (por vezes até descaracterizando, em nome da dignidade humana e em prol do devedor, institutos clássicos do Direito Civil, como o *pacta sunt servanda*); sua origem etimológica, porém, tem uma certa carga pejorativa, pois foi um rótulo depreciativo encontrado pela Escola de Gênova para criticar autores antipositivistas como Dworkin, Nino, Alexy, Zagrebelsky, Atienza, entre outros. Mote metodológico comum às propostas pós-positivista e neoconstitucionalista é a Teoria da Argumentação Jurídica (TAJ), que nos séculos XX e XXI veio a ocupar, no seio da epistemologia do Direito, a posição que no século XIX era ocupada pelas Teorias da Interpretação.

É do modismo antipositivista que o próximo tópico se ocupará.

3.2. O antipositivismo no Brasil como modismo geracional

Quando se fala de antipositivismo nos dias atuais, deve-se compreender como tal a gama de correntes de pensamento que considera insuficiente o descritivismo conceitual que serve de fio condutor aos diversos tipos de positivismo.²¹⁴ Com efeito, nem faria mesmo qualquer sentido, em pleno século XXI, gastar fichas acadêmicas contra os dogmas da interpretação literal sustentados pela já há muito superada Escola da Exegese.

A objeção mais assente no Brasil ao positivismo normativista é representada pelas diversas correntes do pós-positivismo, até porque a crítica feita pelos realistas jurídicos em geral acabou não contando com a adesão expressiva da comunidade jurídica brasileira, por tradição um tanto avessa ao ceticismo que caracteriza o “instrumentalismo pragmático”²¹⁵ adotado pelo “movimento realista”²¹⁶, já abordado no tópico 1.3 do Capítulo 1. É curial que uma nação latina e vinculada à tradição romano-germânica, como a brasileira, ofereça solo menos fértil ao desenvolvimento de um pensamento casuísta, próprio do *case law*.²¹⁷ Os juristas brasileiros preferem, em sua grande maioria, filiar-se às grandes teorias jurídicas, ao assim chamado *foundationalism*, enquanto perspectiva metodológica de ambiciosas pretensões epistêmicas. Daí a pronunciada relevância do papel que o universalismo kantiano e a teoria dworkiniana do Direito como integridade protagonizam, respectivamente, na filosofia e na teoria do direito brasileiras.

Diversamente dos realistas, que discordam da ambição formalista de se apropriar da lógica para aplicá-la à ciência do Direito, os pós-positivistas consideram pouco ambicioso o formalismo meramente descritivo que caracteriza a concepção normativista, a qual acusam de constituir uma

214 Para Lenio Streck, “até hoje, não se entendeu o positivismo como tese conceitual descritiva; até hoje, pensa-se que estamos na França do século 19” (STRECK, Lenio Luiz. “Como defender a jurisdição (constitucional) do realismo predatório?”. Artigo publicado na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico** em 17.04.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-17/observatorio-constitucional-defender-jurisdicao-constitucional-realismo-predatorio>. Acesso em 10.04.2022).

215 Robert Samuel Summers prefere a locução “instrumentalismo pragmático” a “realismo jurídico”, por considerar ambígua esta última expressão, embora seja mais corrente na academia (SUMMERS, Robert S. *Instrumentalism and American Legal Theory*. Ithaca: Cornell University Press, 1982, p. 36).

216 Diz-se “movimento”, e não “teoria” ou “doutrina”, justamente porque se trata de um movimento acadêmico que veio para contestar a dogmática abstrata e o formalismo metodológico que ainda dominavam o ideário jurídico dos Estados Unidos da América até a década de 1930, aproximadamente.

217 Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, muitos autores passaram a afirmar que o sistema brasileiro se teria filiado ao modelo de precedentes. Tal afirmação, porém, não corresponde aos fatos. Já nos posicionamos de modo contrário em artigo doutrinário, no qual tivemos a oportunidade de manifestar nossa ótica sobre o delicado tema, *verbis*: “O direito processual brasileiro é composto por um complexo sistema que combina elementos das tradicionais famílias jurídicas, o que o torna *sui generis*. Com efeito, o nosso modelo jurisdicional não adota um modelo de precedentes, nem mesmo após a promulgação do Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), pois aqui é a própria lei que serve de fundamento de validade ao precedente. O valor jurídico deste é dado pelo Legislativo, e não pelo Judiciário, ao contrário do que se dá no *Common Law*, em que o valor do precedente é reconhecido por si só, sem intermediação legal. Nossa fonte formal do direito continua sendo, portanto, a lei, já que é esta que confere autoridade aos pronunciamentos judiciais elencados no art. 927 do Novo Código” (STRÄTZ, Murilo. “Precedentes Vinculantes à Brasileira?”. *In Revista Teoria Jurídica Contemporânea* - periódico da Faculdade Nacional de Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Volume 1, n. 2, 2017, pp. 272-305, p. 276. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/issue/view/618>. Acesso em 15.03.2022).

teoria insuficiente ou incompleta, por não ter pretensões prescritivas. E o problema disso reside no fato de que, sendo puramente descritivo, o positivismo acabaria normalizando o fato de que os juízes podem não observar a lei, sem que tal inobservância sofra qualquer tipo de constrangimento epistemológico, senão, quando muito, uma mera censura de natureza moral.

Segundo Albert Calsamiglia, o enfoque positivista clássico, de matriz kelseniana, defendia uma metodologia exclusivista segundo a qual o direito positivo seria o *único* objeto da ciência jurídica, de modo que considerações de ordem moral jamais poderiam constituir-lhe o objeto, até porque o transcendem e, por isso, jamais poderiam ser aprisionadas pelo cientista do Direito.²¹⁸

De um ponto de vista lógico, não caberia mesmo à moral constituir um dos objetos do Direito e ser, ao mesmo tempo, um critério extrajurídico de correção axiológica das disposições normativas, pois, ou bem ela é externa ao Direito e aí não pode com ele confundir-se, ou ela é interna ao fenômeno jurídico e aí não pode, em consequência, funcionar como seu *superego*, para valermos de uma categoria freudiana. É inegável que a moral participa do jogo prático do Direito, e isso nunca foi refutado pelos positivistas; eles apenas refutam a ideia de que o *cientista* do Direito (que, mais uma vez, não se confunde com os seus operadores) possa examinar o fenômeno jurídico a partir de uma lente ou perspectiva moral. Os positivistas não admitem que o próprio ato teórico de valorar as consequências da aplicação de um preceito normativo embute, de antemão, uma carga axiológica que irá interferir não apenas na interpretação do Direito, mas até mesmo na sua própria identificação enquanto tal e também no ato de discerni-lo, mediante a regra de reconhecimento, de outras fontes normativas, como a moral.

Acusada por seus opositores de ser incompleta, dada sua renúncia a ocupar-se dos problemas práticos que a jurisdição enseja sobretudo nos casos difíceis, a metodologia kelseniana passa a ser ferozmente atacada, notadamente a partir da década de 1980.²¹⁹ Em verdade, desde o final da II Grande Guerra, o positivismo jurídico vem sofrendo duros ataques, muitos dos quais até mesmo

218 CALSAMIGLIA, Albert. "Postpositivismo". In *Doxa* 21, 1, 1998, pp. 209-220, p. 210. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1998-v1-n21-postpositivismo>. Acesso em 15.03.2022.

219 Citando a assertiva de Karl Larenz segundo a qual "*Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas*", Robert Alexy afirma que tal constatação é um dos poucos pontos em que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia contemporânea, para concluir que, *verbis*: "Em um grande número de casos, a decisão jurídica que põe fim a uma disputa judicial, expressa em um enunciado normativo singular, não se segue logicamente das formulações das normas jurídicas que se supõem vigentes, juntamente com os enunciados empíricos que se devam reconhecer como verdadeiros ou provados" (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19).

lendários, míticos e manifestamente improcedentes,²²⁰ tais como os que relacionam a barbárie nazifascista à indigitada amoralidade da *teoria pura*.

O pano de fundo teórico desses ataques é constituído majoritariamente por concepções pós-positivistas, assim consideradas, de modo geral, as teorias contemporâneas que se preocupam com a indeterminação do Direito e com as relações que este trava com a moral e a política, o que não era objeto de preocupação científica por parte da metodologia positivista. Talvez o desabafo feito por Hannah Arendt no Prefácio à Primeira Edição de *Origens do totalitarismo*, em 1950, ao clamar por uma nova garantia à dignidade humana - que desta vez alcançasse toda a humanidade -,²²¹ tenha influenciado uma nova legião de pensadores a procurar em dimensões metafísicas, para além do Direito posto, essa nova garantia que venha a assegurar o respeito a todo e qualquer ser humano.

O positivismo jurídico *lato sensu* passou, assim, a ser visto como antípoda tanto do vetusto jusnaturalismo quanto das modernas concepções pós-positivistas que ganharam fôlego a partir do final da II Grande Guerra. Segundo Luís Roberto Barroso – Ministro do Supremo Tribunal Federal e considerado um dos maiores difusores do pós-positivismo no Brasil -, a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, de modo que o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas não recorre a categorias metafísicas.²²² Barroso chega a insinuar, também, uma relação causal entre o auge do positivismo jurídico e as atrocidades cometidas por regimes nazifascistas, quando afirma que “a troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade”²²³, insinuação esta da qual discordamos veementemente.

220 Para aprofundamento dos fatores que levaram à criação desse mito, vide: VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo Jurídico e Nazismo: formação, refutação e superação da lenda do positivismo**. São Paulo: Contracorrente, 2021.

221 O parágrafo que contém tal passagem assim afirma, *verbis*: “O anti-semitismo (não apenas o ódio aos judeus), o imperialismo (não apenas a conquista) e o totalitarismo (não apenas a ditadura) — um após o outro, um mais brutalmente que o outro — demonstraram que a dignidade humana precisa de nova garantia, somente encontrável em novos princípios políticos e em uma nova lei na terra, cuja vigência desta vez alcance toda a humanidade, mas cujo poder deve permanecer estritamente limitado, estabelecido e controlado por entidades territoriais novamente definidas” (ARENDR, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 11).

222 “A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia” (BARROSO, Luís Roberto. **Neonconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neonconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em 21.04.2022).

223 BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25.

Nessa nova era dita pós-positivista²²⁴, a interpretação jurídica, ainda que filiada a correntes formalistas (excluídas, portanto, as vertentes realistas), não mais se exaure nos limites de uma codificação de pretensões totalizantes, mas toma como ponto de partida cláusulas gerais, cujo sentido está sempre aberto ao influxo das regras e dos princípios constitucionais,²²⁵ cuja densidade normativa conta com altos coeficientes de teor moral.

Como se vê, a postura pós-positivista passa a exigir que a decisão judicial preste contas não só à lei, mas também, e sobretudo, àquilo que seja racionalmente defensável, dentro de um viés argumentativo e que esboce pretensões de correção material (e não apenas formal).

Tal fenômeno, porém, dá-se sazonalmente com maior ou menor intensidade no Brasil, a ponto mesmo de ser considerado um “modismo geracional”, já que as gerações de juristas formadas na década de 1980 tendiam a relacionar o positivismo a estilos de julgar tidos como mais insensíveis, se comparados aos adotados pelos magistrados mais acostumados a “moderar o rigor da letra fria da lei”. Mal sabiam aqueles jovens bacharéis o que a história lhes reservava para um futuro nem tão distante.

Atualmente, diante da radical insegurança jurídica gerada pela atuação de juízes moralizadores e pouco reverentes aos textos legais – postura denominada por alguns autores de *jacobinismo judicial* –, a tendência passou a inverter-se, com a pregação de um retorno aos períodos em que direitos previstos em lei deveriam ser fielmente respeitados, e não “relativizados”, “ponderados”, “sopesados”, “balanceados”, nem “flexibilizados” pelas autoridades judicantes. Nunca o garantismo esteve tão em voga e foi tão necessário.

Sintomático dessa observação é o testemunho vivo de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, ao rotular a maior ou menor aceitação do positivismo como um “fenômeno geracional”²²⁶, cuja balança

224 Albert Calsamiglia relembra que as três principais teses positivistas contestadas pelos pós-positivistas são: 1) a tese das *fontes* sociais determinadas pelo Direito; 2) a tese da separação rígida entre Direito e moral; e 3) a tese da discricionariedade judicial (CALSAMIGLIA, Albert. “Postpositivismo”. *In Doxa* 21, I, 1998, pp. 209-220. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1998-v1-n21-postpositivismo>. Acesso em 15.03.2022). Dessas três teses, a última é a que se revela como a mais importante para os fins da presente defesa doutoral, uma vez que a discricionariedade judicial descontrolada pode representar sério risco à higidez normativa de todo e qualquer sistema pautado na lei escrita, tal como se dá no Brasil e em Portugal, em que só excepcionalmente os juízes estão autorizados a decidir por equidade.

225 Prova disso é dada já pelo primeiro artigo do Código de Processo Civil de 2015, cujo enunciado assim inaugura o novo diploma: “Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. E, no artigo 8º, o Código estabelece que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, resguardará e promoverá a dignidade da pessoa humana, bem como observará a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Verifica-se, portanto, que o legislador brasileiro fez questão, talvez até mesmo por razões didáticas ou pedagógicas, de externar sua preocupação institucional com os princípios e valores fundamentais previstos pela Constituição, dos quais a dignidade humana desponta como o vetor principiológico mais nuclear.

226 *Verbis*: “Esse tema também me parece geracional. Ao meu tempo de faculdade (década de 1980) hostilizava-se o positivismo, porque identificado com uma certa insensibilidade na magistratura. Hoje, pelo contrário, invocamos a preponderância de regras claras e precisas, como parâmetro de decisões, temerosos que somos de um voluntarismo que tende a subverter o escrito pelo dito” (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “O Positivismo Jurídico”, de Norberto Bobbio”. Artigo publicado em 14.11.2021 na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-14/embargos-culturais-notas-positivismo-juridico-norberto-bobbio>. Acesso em 15.03.2022).

hoje pende muito mais para a exigência de um cumprimento puro e simples da lei pelas autoridades, do que por sua flexibilização em nome de princípios e valores abstratos de menor densidade normativa.

Em suma, a comunidade jurídica atual está sedenta de segurança jurídica e cansada de ver o *posto* na lei sendo substituído pelo *imposto* pelos juízes.

Trata-se de uma reação à confusão observada na praxe forense, e não raro fomentada pelos autores pós-positivistas, entre jurisdição, legislação e guarda da Constituição, como se esses três níveis básicos de produção jurídica pudessem ser aglutinados na figura do juiz, com a exclusão de todos os atores responsáveis pelas demais funções jurídicas.

A Professora Roberta Simões Nascimento coloca a culpa deste fenômeno no que Samuel Sales Fonteles denominou *pensamento antiparlamentar*.²²⁷ Trata-se da ideia, já assaz disseminada na cultura jurídica brasileira, de que os parlamentos seriam disfuncionais, corruptos e capturados por interesses privados, razão pela qual a sua produção jurídica não deveria ser levada a sério pelos tribunais, órgãos compostos, em regra, por agentes muito mais preparados tecnicamente e mais confiáveis eticamente. Esse é, segundo Nascimento, o senso comum teórico dos juristas no que tange ao Poder Legislativo, sobretudo o brasileiro.

E, como em matéria de poder não existem vácuos, o espaço deixado pela retração da influência legislativa passou a ser ocupado pela ascensão da supremacia judicial, cuja atuação hoje já não encontra mais quaisquer limites, consoante a presente tese tem comprovado com diversos exemplos desde o seu início.

Essa é uma explicação bem plausível para a perda de prestígio que os parlamentos, em geral, e as suas produções jurídicas, em especial, vêm amargando nos últimos anos. O fenômeno já é observado na Europa desde o início do século passado,²²⁸ mas no Brasil somente passou a ser mais fortemente percebido nas últimas três décadas, quando começaram a se tornar recorrentes na mídia os escândalos de corrupção envolvendo deputados e senadores.

Mas por que o juspositivismo também passou a angariar tamanha antipatia da comunidade jurídica?

227 NASCIMENTO, Roberta Simões. **Estudos de Direito Constitucional Parlamentar**. São Paulo: JusPodivm, 2023, pp. 519-521.

228 José Esteve Pardo acusa o pensamento antiparlamentar, inclusive, de ter sido a causa remota do advento do Direito Público europeu no alvorecer do século XX, dada a necessidade de se aprimorarem as técnicas e os órgãos especializados em resolver os conflitos os serviços estatais, de um lado, e a população em geral, do outro (PARDO, José Esteve. **El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2020).

Muito do descrédito que o positivismo jurídico passou a experimentar deve-se ao forte impacto produzido por texto que Gustav Radbruch publicou no ano de 1946, logo ao fim da II Grande Guerra. Trata-se de um dos primeiros trabalhos de peso acadêmico responsáveis por difundir o mito de que o normativismo kelseniano teria lançado as bases jurídicas para a instalação institucional do nazismo. Radbruch asseverou naquele texto, segundo tradução de Dimitri Dimoulis, que “com a sua convicção de que lei é lei, o positivismo jurídico deixou os operadores do direito alemão indefesos (*wehrlos*) perante leis de conteúdo arbitrário e criminoso”²²⁹.

Todavia, tal vinculação, ainda que indireta, entre o juspositivismo e a legitimação jurídica de um Estado Totalitário decorre, fundamentalmente, de graves equívocos conceituais, como bem apontam Carlos Alchourron e Eugenio Bulygin.²³⁰

Kelsen foi um ferrenho opositor ao regime nazifascista na Alemanha. Rodrigo Valadão observa, aliás, que há muito mais proximidade teórica entre as concepções jusfilosóficas antipositivistas e a ideologia nazifascista do que entre esta e o juspositivismo, ao afirmar que “[A]s bases do Direito Nazista não foram construídas pela assepsia juspositivista, mas sim pela superposição conceitual entre a Ética e o Direito, pela tentativa de superação de um Estado de Direito por um Estado de Justiça”²³¹.

Com efeito, ao contrário do que poderia pensar o senso comum, a assepsia juspositivista, longe de ser responsável pela germinação intelectual de regimes de exceção e totalitários, representa justamente o paradigma liberal que serve de obstáculo teórico à apropriação estatal de uma certa Moral específica para incorporá-la como ideologia oficial do Estado. É a identidade entre Direito e Moral que acaba por engendrar um Estado orgânico e totalizante, a abarcar todos os campos axiológicos possíveis, deixando, assim, de ser um Estado neutral de Direito Liberal e passando a ser um Estado moral de Direito, ou Estado ideológico, eufemisticamente chamado pelos antipositivistas de *Estado de Justiça*. E o positivismo normativista de Kelsen seguia erigindo obstáculos metodológicos importantes à consolidação teórica desse Estado de Justiça, pelo menos até a década de 1970, quando John Rawls lançou sua *Teoria da Justiça*.²³²

229 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo; Método, 2006, p. 258.

230 ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Analisis Logico y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 619-621.

231 VALADÃO, Rodrigo Borges. “A luta contra a teoria pura do direito na República de Weimar e o caminho para o nacional-socialismo”. In **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, vol. 3, n.º 3. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral do Estado, set./dez. 2020, p. 20. Disponível em <https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/177>. Acesso em 16.03.2022.

232 Segundo Ricardo Lobo Torres, a possibilidade de uma Teoria da Justiça teria encontrado limites intransponíveis em decorrência de pelo menos três observações kelsenianas, quais sejam: a) considerando que toda virtude é uma qualidade moral, a virtude da *justiça* permanece, consequentemente, no

Valendo-nos da pertinente advertência de Jhering, para quem “não se deve cometer a deslealdade de desfigurar uma opinião incômoda para poder refutá-la”²³³, entendemos que não se podem atribuir ao paradigma positivista consequências que não guardam com ele qualquer nexo de causalidade, por mais remoto e indireto que seja. Nem todo argumento é válido para atacar uma concepção de que não gostamos. Respeitamos a opinião de quem não gosta do normativismo porque o considera uma proposta teórica incompleta. Compartilhamos das críticas que os pós-positivistas fazem à discricionariedade judicial, tida pelo positivismo como sendo um mero fenômeno natural e inexorável, enquanto entendemos, ao revés, que ela deve conformar-se a certos limites epistêmicos pré-estabelecidos e ser, sim, objeto de censura pelo cientista do Direito sempre que exercida fora das balizas científicas.

Mas não podemos aceitar que a metodologia positivista seja injustamente colocada no banco dos réus pelas indizíveis barbáries cometidas por governos totalitários.

No caso específico do nazismo, aliás, o discurso jurídico que predominava ao final da República de Weimar, idealizado por Carl Schmitt no prenúncio da ascensão hitleriana, era de natureza eminentemente jusnaturalista²³⁴ e, portanto, metafísica. Tal discurso não compactuava com a neutralidade asséptica do positivismo e a sua recusa em adotar determinados padrões morais, sociológicos, juízos de valor ou razões substanciais como ideologia de Estado para identificar seu Direito. Kelsen concebia o Estado como um conceito jurídico abstrato, jamais como um fato social concreto e dotado de “*vontade ou consciência coletiva*”²³⁵.

Portanto, o argumento da insensibilidade da proposta positivista, que a responsabiliza pelo mau uso que déspotas venham a fazer das disposições legais específicas de um dado sistema jurídico, não nos impressiona e, muito menos, convence. Argumentos mais sólidos devem ser encontrados por aqueles que pretendem exonerar os magistrados de aplicar aos casos em julgamento as leis que regulam a espécie.

campo da Moral, e não do Direito; b) a justiça absoluta é um “ideal irracional”, de modo que a justiça suscetível de conhecimento científico é relativa, já que sempre está sujeita a ideias contraditórias e a verdades provisórias, e não a dogmas absolutos; e, por fim, c) a exacerbação da ideia de liberdade acaba absorvendo a própria ideia de justiça e a transformando em “justiça da liberdade”, deixando a igualdade em segundo plano (TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 192-193).

233 JHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. Fernando Luso Soares. Lisboa: Cosmos, 1992, p. 28.

234 Segundo Rodrigo Valadão, “a teoria de Carl Schmitt partia da ideia de que a unidade da nação decorria de um elemento homogêneo transcendente, uma comunidade de valores” (VALADÃO, Rodrigo Borges. “A luta contra a teoria pura do direito na República de Weimar e o caminho para o nacional-socialismo”. In **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, vol. 3, n.º 3. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral do Estado, set./dez. 2020, p. 15. Disponível em <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/177>. Acesso em 16.03.2022).

235 Kelsen ensina que tal vontade ou consciência só existiria circunstancialmente em um grupo específico de indivíduos, não podendo, portanto, jamais servir como critério seguro para caracterizar uma entidade estatal ou ordem jurídica abstrata, já que “[A]firmar que todos os cidadãos de um Estado querem, sentem ou pensam sempre de uma mesma maneira é uma ficção política óbvia” (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 266).

No próximo tópico será analisada a relação entre o cognitivismo moral sustentado pelos pós-positivistas e a dimensão ética subjacente ao Direito brasileiro, a fim de verificar-se se a proposta juspositivista, com sua autoproclamada neutralidade axiológica em relação a fatores extrajurídicos, contribui ou não para uma jurisdição mais segura, responsável, efetiva, isonômica, previsível, confiável e tecnicamente correta e bem prestada.

3.3. Há algum mal no não-cognitivismo moral aplicado à ciência do Direito?

A disputa que se observa em âmbito acadêmico entre teorias cognitivistas e teorias adscritivas do ato de julgar não se reproduz, ao menos com a mesma verve, na prática judiciária, ou, no mínimo, não é assim tão abertamente declarada por juizes em geral, pois dificilmente um magistrado declara ser um não-cognitivista moral. Ademais, magistrados costumam fazer remissão à lei no momento de fundamentar suas decisões, ainda que muitas delas sejam proferidas com a intenção camuflada de contornar certas disposições legais, com vistas a satisfazer as pretensões morais do julgador.

O tema da tensão entre os contextos de *justificação* (aquela justificativa colocada pelo juiz na fundamentação de sua decisão) e de *descoberta* (aquele fato, intenção ou sentimento que efetivamente levou ao convencimento judicial, mas nem sempre declarado e às vezes nem mesmo percebido pelo juiz) será objeto, porém, do próximo Capítulo, de modo que agora se abordará a questão relativa ao embate entre cognitivistas e não-cognitivistas morais no âmbito da *ciência*²³⁶ do Direito, já que na praxe judiciária é inegável o protagonismo exercido pelos juízos morais, por mais que alguns “puristas” o neguem, tentando tapar o sol com a peneira, enquanto outros o colocam em patamar muito superior ao direito positivo, agindo como este não ostentasse o menor caráter normativo.

As teorias cognitivistas e as não-cognitivistas rivalizam no campo da *metaética*, a qual tem como objeto de estudo as proposições morais, cujas origens procura desvendar, buscando saber se é possível afirmar que elas provêm da natureza humana, de fatos sociais ou de eventos sobrenaturais (provenientes de divindades). Desse modo, dentro da filosofia moral, a *metaética* não se confunde com a *ética*, já que juízos éticos são proposições morais de primeira ordem, enquanto juízos metaéticos são proposições morais de segunda ordem, uma vez que os últimos, constituindo uma metalinguagem,

236 A presente tese não abordará, sob pena de desvirtuar-se de seu já amplo objeto (o papel da lei na jurisdição de prerrogativas processuais), a complexa discussão sobre se o Direito pode ou não ser considerado uma verdadeira *ciência*. Não obstante, faz-se referência ao longo do trabalho de pesquisa à locução “ciência do Direito”, apenas com a finalidade de diferenciá-la do conceito de Direito positivo, ou apenas “Direito”, tido para os presentes efeitos como o conjunto das normas jurídicas que compõem determinado sistema, associadas às práticas judiciais resultantes de suas interpretações. Caudatária dessa contraposição conceitual é a distinção, também cara à epistemologia juspositivista, entre as noções de *cientista* do Direito (teórico do sistema jurídico) e *operador* do Direito (juizes, promotores, procuradores, defensores, advogados, delegados etc). A partir de tais distinções básicas, lembramos que, no capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, não há qualquer tentativa kelseniana de separar Direito e moral; a pureza, ali sustentada pelo positivista de Viena, refere-se apenas à *ciência jurídica*, jamais à *praxe forense*.

ocupam-se não apenas de estudar o conhecimento moral, mas também de colocar em causa a sua própria existência objetiva enquanto categoria ôntica²³⁷, dotada, portanto, de autonomia empírica ou metafísica.

A própria *naturalidade* dos juízos morais, no sentido de uma ética metafísica, passa a ser questionada pela metaética, segundo o que George Edward Moore chamou de “falácia naturalista”²³⁸, para concluir que as propriedades morais não eram fatos naturais apreensíveis pelo *raciocínio*, mas sim meras respostas psicológicas dadas pela *intuição*.

Mas o simples fato de negar o suposto caráter natural e também o metafísico das proposições morais não torna Moore um não-cognitivista. Pelo contrário, o intuicionismo de Moore, ao pressupor verdades morais auto-evidentes (portanto, passíveis de percepção), passa a ser refutado pelos positivistas lógicos, que o consideram um tanto cognitivista, na medida em que a intuição por ele defendida estaria de alguma forma ainda ligada a um certo tipo de cognitivismo, para que, ao final, pudesse haver correspondência entre a intuição em si e o objeto intuído. Tal mera pretensão de correspondência é negada pelos não-cognitivistas em geral, e pelos *humeanos* em particular, tendo em vista que a teoria da motivação de David Hume²³⁹ sustenta uma visão *emotiva e prática* da ação moral, segundo a qual esta só se desenrolaria se motivada por certos desejos, sentimentos, paixões, crenças ou emoções, e não por imposição puramente racional e nem como decorrência de algum fenômeno alheio às pulsões internas. Para Hume, não haveria que se falar em correspondência entre uma intuição e um dever moral auto-evidente, pois é somente a ação moral e a sua motivação interna que contam enquanto categorias exclusivamente comportamentais e psicológicas, respectivamente. Sem

237 Umberto Eco ensina que o conhecimento *ôntico* refuta o idealismo e decorre da experiência, enquanto a *ontologia* - cujo maior exemplo é a crítica kantiana da razão pura - procura desenvolver o raciocínio especulativo com abstração da experiência, de modo que sua hipótese (substrato) seria um fundamento abstrato. E, parafrazeando Kant, Eco afirma que “os conceitos do intelecto puro são só funções lógicas, e não conceitos de objetos” (ECO, Umberto. **Kant e o Ornitorrinco**. Trad. José Colaço Barreiros. Difel: Algés, 1999, p. 81).

238 Além de criticar os naturalistas (sobretudo filiados ao empirismo britânico) em geral, Moore também passa a refutar a tradição filosófica que, indo de Platão a Kant e passando por Spinoza, orbita em torno de um compromisso metafísico, vale dizer, a concepção que utiliza verdades transcendentais ou metafísicas como base a partir da qual se podem extrair logicamente verdades éticas. Divergindo desse paradigma segundo o qual a Ética deveria estar baseada na Metafísica, Moore entende que, por mais que uma verdade metafísica não exista no mundo real como uma verdade natural empiricamente verificada, ela pressupõe verdades por todos compartilhadas, tais como a existência dos números (embora não existam na natureza) e o fato de dois mais dois ser igual a quatro, categorias de verdades em que, porém, não se incluem os padrões morais, os quais não passariam de mera intuição. Assim, ainda que considere a proposta metafísica mais engenhosa intelectualmente e sofisticada que a naturalista - pois lida com uma realidade que vai além da matéria (“*supersensible reality*”) -, Moore não se deixa impressionar pela tão afirmada existência de verdades metafísicas no campo ético, considerando que não se pode considerar como “verdade” algo que não existe no mundo fenomenológico. Por essa razão, Moore afirma que a Ética metafísica também se baseia na “*naturalistic fallacy*”, nos seguintes termos, *verbis*: “The validity of an ethical conclusion about the nature of the ideal, it is here asserted, cannot be established except by considering the question whether that ideal is *real*. Such an assertion involves the naturalistic fallacy” (MOORE, George Edward. (1903) **Principia Ethica**. Cambridge: Prometheus Books (ISBN 0879754982), § 67, § 2. Disponível em: <http://fair-use.org/g-e-moore/principia-ethica/chapter-iv>. Acesso em 19.03.2022).

239 “Como a moral, portanto, tem uma influência sobre as ações e os afetos, segue-se que não pode ser derivada da razão, porque a razão sozinha, como já provamos, nunca poderia ter tal influência. A moral desperta paixões, e produz ou impede ações. A razão, por si só, é inteiramente impotente quanto a esse aspecto. As regras da moral, portanto, não são conclusões de nossa razão” (HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Livro 3. 2ª ed. Trad. Débora Danowski. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 497). Com efeito, para Hume, o cumprimento às regras da moral não decorre e nem é inferido pelo exercício da razão, senão por desejos que respondem a intenções e motivações de caráter prático, e não meramente especulativo. Assim, agiríamos de modo virtuoso apenas para satisfazermos nosso desejo de aprovação social e evitarmos eventuais desaprovações, e não porque consideramos racionalmente correta, em si mesma, a ação virtuosa. Vê-se aqui a clara contraposição de Hume à metafísica kantiana em geral e à tese do imperativo categórico, em particular.

desejo, não há falar em ação moral. E, sem uma certa dose de cognitivismo, não há mesmo falar-se na existência de imperativos morais passíveis de qualquer forma de percepção (seja mediante o subjetivismo da intuição, seja mediante o objetivismo racional da dedução ou da indução).

Portanto, verifica-se que o não-cognitivismo moral nega qualquer caráter prescritivo às proposições morais, na medida em que a sua própria existência objetiva é contestada, enquanto que o cognitivismo moral, em contrapartida, atribui uma sólida carga normativa aos padrões morais. Em suma, não-cognitivistas refutam a existência de fatos ou verdades morais, negando, em consequência, a própria possibilidade de um conhecimento moral, o que soa como uma grave heresia aos cognitivistas mais ortodoxos.

Transplantando para a ciência jurídica essas noções elementares e introdutórias de filosofia moral – até porque o seu aprofundamento teórico não se insere no objeto da presente tese doutoral -, não é difícil concluir que os pós-positivistas costumam, em geral, compartilhar importantes aspectos do cognitivismo moral, ao passo que a concepção de Kelsen insiste, contra tudo e contra todos, em adotar uma postura anti-cognitivista em sua teoria pura, o que nem sempre é bem visto pela comunidade jurídica.

Dworkin é, sem dúvida, um dos maiores opositores do não-cognitivismo kelseniano e sustenta, em seu *Justice for Hedgehogs*, que o Direito seria um ramo do galho “moralidade política”, galho este que, por sua vez, pertenceria à árvore “valor”. Daí a leitura moral que faz da Constituição. Dworkin defende, assim, a tese da “unidade do valor”, em contraposição à tese da pluralidade, *verbis*: “A verdade de cada juízo moral verdadeiro consiste na verdade de um número indefinido de outros juízos morais”²⁴⁰. E tal verdade não tem caráter correspondencialista, pois não pode ser comprovada por nenhuma realidade externa, senão apenas por substantiva argumentação de caráter exclusivamente moral.²⁴¹

A reflexão dworkiniana reconduz-se retrospectivamente sempre à “unidade do valor”, e procura no *Direito como integridade* a única resposta correta para cada problema jurídico que surja, em especial os desprovidos de solução aparente no ordenamento positivo e precedentes, devido às lacunas do sistema. Estas, inclusive, são negadas por Dworkin em sua tese da integridade do Direito, pois jamais haveria um vácuo legislativo que não pudesse ser preenchido por um princípio extraído da

240 DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 117.

241 “Os juízos morais são verdadeiros, quando são verdadeiros, não em virtude de alguma correspondência, mas sim face à defesa substantiva que deles pode ser feita. O domínio da moral é o domínio do argumento, não do fato bruto e material” (*Ibidem*, p. 23). Tal passagem confirma a impressão que temos no sentido de que o mote da metodologia jurídica contemporânea é dado pela *teoria da argumentação jurídica*, enquanto o mote metodológico que guiava os juristas do século XIX era dado pelas *teorias da interpretação jurídica*.

tradição que cada sistema jurídico carrega. As respostas estariam sempre no sistema, cabendo ao intérprete apenas buscá-las e reconstruí-las para o caso concreto, e não simplesmente criá-las a seu bel-prazer.

Daí a crítica de Dworkin à discricionariedade judicial da proposta positivista, por esta se conformar acriticamente com o fato, tido por Kelsen e Hart²⁴² como inexorável, de juízes poderem suprir intersticialmente as lacunas legais com o conteúdo decisório que bem entenderem, cujo teor, por mais injusto que seja, não interessará à *ciência jurídica*, senão, quando muito, à *filosofia moral*. Enquanto Dworkin sustenta haver só uma única resposta correta para cada caso, Kelsen afirma que, desde que respeitado o quadro da “moldura legal”, não há mais que se falar de Direito positivo, senão, quando muito, de outras normas, como as normas morais e os juízos de valor sociais costumeiramente traduzidos por expressões como “bem comum”, “interesse do Estado”, “progresso”, etc. Mas é o próprio Kelsen que faz uma importante ressalva, ao afirmar que assim não seria se o próprio Direito positivo assim delegasse a certas normas metajurídicas, como a Moral e a Justiça, pois, neste caso, “estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo”²⁴³.

Tal ressalva feita por Kelsen tem grande impacto teórico ao admitir que, quando a lei trazer valores mais abstratos em suas disposições normativas, tais valores devem ser interpretados à luz dos dogmas jurídicos e podem, assim, ser devidamente debatidos pela ciência do Direito, na medida em que deixariam de ser meras normas metajurídicas e passariam a constituir normas do Direito positivo em sentido estrito. Kelsen, ao propor uma análise centrada nas normas jurídicas, abandona a metafísica.²⁴⁴

E é exatamente isso o que ocorre com a maior parte da legislação brasileira, impregnada que é de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e de valores abstratos, tais como, por exemplo, “dignidade da pessoa humana”, “proporcionalidade” e “razoabilidade”, previstos no artigo 8º do Código de Processo Civil, ou “eficiência”, “impessoalidade” e “moralidade”, previstos no artigo 37, *caput*, do texto constitucional. Como tais valores deixaram de ser apenas valores morais por decisão legislativa, que os alçou a normas jurídicas *stricto sensu*, os desacordos que passam a existir no

242 Para Hart, o juiz pode legislar na insuficiência de uma disposição legal, para integrá-la com as suas próprias noções individuais sobre o que entende por “dever-ser” no caso concreto. Mas, nas hipóteses de lei clara, deveria haver uma separação nítida entre Direito e moralidade, a fim de que moralidades eventualmente imorais (“*immoral morality*”), ou de ocasião, não substituam as regras jurídicas, nem criem imprevisibilidade judicial (HART, Herbert L. A. “Positivism and the Separation of Law and Morals”. In *Harvard Law Review* 593, 71, Cambridge, 1958, p. 624).

243 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª edição. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 249.

244 O filósofo argentino Luis Alberto Warat afirma em tom crítico, a propósito desse abandono, que “Kelsen investiu contra a metafísica, mas a sua luta foi parcial”, já que ele “rebelou-se contra os efeitos da metafísica sobre a ciência, mas não sobre os indivíduos”, e tampouco quis “discutir o jusnaturalismo como um sistema de regulação dos desejos” (WARAT, Luis Alberto. “A partir de Kelsen”. In: **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, vol. 3, n. 4. Florianópolis: Editora da UFSC, pp. 107-115, 1982, p. 114).

momento de interpretar e aplicar tais normas deixam de ser meros “desacordos morais”, tornando-se, assim, *desacordos jurídicos*.

De toda forma, se se tratar de *desacordos jurídicos razoáveis*, o teórico do Direito encontrará dificuldades em sustentar a existência, para cada caso concreto, de apenas uma única solução correta à moda de Dworkin.

Assim, por mais antipática e até chocante que possa parecer a tese positivista da discricionariedade, Dworkin encontra dificuldades para conseguir convencer seu auditório quanto à efetividade de uma tese tão ambiciosa quanto a da “unidade de valor”. Com efeito, somente autores jusnaturalistas, como John Finnis, haviam encampado um projeto semelhante, com a diferença de que seu pano de fundo teórico não era a metodologia da filosofia analítica, da qual Dworkin era até então caudatário. Daí a sua necessidade de construir um grande e verdadeiro sistema filosófico dotado de racionalidade prática e pautado em valores objetivos.²⁴⁵

Não sendo de fácil consecução um projeto teórico com tamanha envergadura filosófica, Dworkin sente a necessidade de aprimorar, em seu *Justice for Hedgehogs*, a tese da objetividade dos valores morais, na qual sustenta a independência do domínio moral em relação ao domínio natural, sendo o primeiro uma empreitada exclusivamente humana, um constructo social, e não algo decorrente da natureza das coisas. Essa concepção não-naturalista sobre a moralidade é defendida com base naquilo que Dworkin chamou de *princípio de Hume*, já esboçado no tópico 1.4 do Capítulo 1. Esse não-naturalismo, portanto, nada tem de inédito nem de original, vez que tanto Hume, em pleno século XVIII, quanto Moore, no início do século XX, já o haviam defendido em termos filosoficamente bem delineados. Apesar de Hume e Moore compartilharem esse ponto de vista por assim dizer não-naturalista de moralidade, ambos divergem sobre os contornos desse não-naturalismo, de sorte que Hume adota um viés emotivista²⁴⁶ quanto à conduta moral, enquanto Moore²⁴⁷ segue filiado à sua tese intuicionista, já comentada acima, no presente tópico.

245 “Não é uma tese simples e Dworkin sempre soube disso. Essa tese naturalmente exigia que ele fundasse a sua teoria do direito em uma filosofia política e as duas em uma filosofia moral. Ou seja, exigia a construção de um verdadeiro sistema filosófico sobre a racionalidade prática, um projeto basicamente incompatível com a tradição da filosofia analítica a qual ele pertence e que só foi esboçado por filósofos do direito declaradamente jusnaturalistas, como John Finnis” (MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 22, n. 2, p. 723-753, dez. 2017. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://sjaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10993>>. Acesso em: 10.03.2021, p. 727).

246 A moralidade, para Hume, é mais propriamente sentida que julgada, o que faz dela uma sensação e não um juízo, apesar de ser, por vezes e equivocadamente, confundida, por quem a experimenta, com uma ideia (HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. 2ª ed. Trad. Débora Danowski. São Paulo: Editora UNESP, 2009, pp. 509-510).

247 Interessante notar que Moore é citado por Kelsen quando este trata da distinção entre *ser* e *dever-se*, segundo a qual o *ser*, ou o conteúdo daquilo que *é*, constitui um dado imediato da nossa consciência, um *ato de conhecimento*, de modo que ninguém em sã consciência pode negá-lo, enquanto o conteúdo do *dever-ser*, ou seja, aquilo que uma moral positiva ou uma ordem jurídica positiva prescreve, é determinado através de um *ato de vontade* e,

Dworkin contesta a distinção feita por Kelsen entre a interpretação realizada pelo teórico do direito, considerada *pura* do ponto de vista cognoscitivo pelo normativismo vienense, da interpretação feita pelos órgãos jurídicos responsáveis pela aplicação do direito positivo, cujo caráter cognoscitivo os positivistas consideram insuficiente para colmatar as lacunas legais²⁴⁸. Daí essa última modalidade interpretativa demandar uma função criativa, a dar-se ao lado daquela função cognoscitiva. Por isso é que para Kelsen a decisão judicial é também um *ato de vontade*, e não apenas um *ato de cognição*. Kelsen afirma que a crença em uma interpretação judicial puramente cognoscitiva é o fundamento da Escola da Jurisprudência dos Conceitos, tão repudiada pela Teoria Pura. Segundo esta, cabe ao cientista apontar todas as interpretações possíveis sobre um texto legal, e não escolher entre uma delas; tal tarefa, por ter uma função jurídico-política (e não jurídico-científica), caberá apenas ao órgão competente para aplicar o Direito, que escolherá a interpretação que mais lhe aprouver, dentre as várias possíveis, para o caso concreto, a fim de “criar” a solução jurídica individual para a espécie. O juízo que se faz sobre a justiça dessa decisão não será, assim, um juízo *científico*, senão apenas um juízo *político*.

Nossa maior objeção a Kelsen é o fato de o mestre de Viena afirmar que, na interpretação de uma norma pelo órgão jurídico encarregado de aplicá-la, pode-se também produzir, para além das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, “uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”²⁴⁹, a qual consistiria em “Direito novo”.

Para Kelsen, se este novo direito transitar em julgado e não puder mais ser objeto de desconstituição, reforma ou anulação pelas vias processuais cabíveis, ter-se-á, aqui, nada mais que o fruto de uma “interpretação autêntica”.

Ousamos discordar do mestre de Viena neste ponto específico, pois não podemos designar como “autêntica” uma interpretação que desborde dos limites legais, isto é, que extrapole a moldura da norma que deveria ter sido supostamente aplicada. Longe de ter havido *interpretação autêntica* desta norma, houve nada mais que a sua subversão pura e simples pelo órgão encarregado de zelar por sua aplicabilidade. Trata-se, em nossa modesta visão, de uma interpretação *inautêntica*, ainda que

somente depois de assim determinado, é que pode ser conhecido, sendo, por conseguinte, passível de cognição (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª edição. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 5-6, nota de rodapé nº 1).

248 Interessante observar que o Direito português, diferentemente do brasileiro, reproduz a lógica kelseniana ao prever a possibilidade de criação de norma *ad hoc* pelo juiz no caso de lacuna legal que não possa ser colmatada por recurso à analogia, conforme estabelece o artigo 10.º, item 3, do Código Civil de Portugal, *verbis*: “Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema” (Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Consulta em 21.03.2022).

249 *Ibidem*, p. 250.

emanada de autoridade competente. O simples fato de não ter sido modificada pelas instâncias judiciárias superiores – o que pode ter ocorrido por omissão das partes envolvidas ou até mesmo por corrupção dos órgãos envolvidos – não tem o condão de redimi-la, nem de convalidá-la.

Refutamos o argumento segundo o qual a noção de *potestas* (legitimidade meramente formal e externa de uma atividade estatal) do Direito imposto de modo solipsista pelo judiciário subjugaria, por um simples argumento de autoridade, a noção de *auctoritas* (legitimidade material e interna de um dado conhecimento) do Direito posto pela legislação e compartilhado intersubjetivamente pela sociedade. Não há qualquer tipo de ascendência jurídica que legitime teoricamente a subjugação da segunda noção pela primeira.

E isso decorre da própria constatação, brilhantemente feita por Ferrajoli²⁵⁰ em seu *Principia Iuris*, de que as funções públicas dividem-se em duas grandes categorias de produção normativa: as *funções de governo* e as *funções jurisdicionais*. As primeiras são pautadas nas dimensões da vontade, da inovação e da disposição, enquanto as segundas, nas do conhecimento, da conservação e da verificação. Tais contraposições pontuais levam Luis Prieto Sanchís²⁵¹ a concluir que as fontes de legitimação dessas duas funções públicas também se contrapõem, de modo que as funções de governo regem-se pela máxima tradicional segundo a qual “*auctoritas non veritas facit legem*”, ao passo que as funções jurisdicionais devem seguir a seguinte máxima: “*veritas non auctoritas facit legem*”.

Algo antijurídico não se torna Direito só porque uma autoridade assim o determina; a *potestas* não tem o alquímico poder de transmutar a natureza das coisas, ainda que um serventário da justiça venha a certificar o trânsito em julgado de decisão veiculadora de interpretação claramente contrária ao Direito.

Pode até ter havido o encerramento das possibilidades jurídicas de desconstituir formalmente o entendimento ilegal esboçado na decisão transitada em julgado, mas, para a teoria do Direito e, sobretudo, para os juristas independentes que se proponham a fazer boa doutrina, tal decisão continuará carecendo de técnica jurídica e será, por conseguinte, carecedora da autenticidade *material* que se espera dos pronunciamentos estatais, ainda que seja autêntica do ponto de vista *formal*.

250 FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del derecho*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2016, pp. 875-877.

251 SANCHÍS, Luis Prieto. “*Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*”. In **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008), pp. 325-354, p. 353.

Há situações em que se poderia contestar até mesmo a competência da autoridade judicial que prolate uma decisão fora das molduras normativas, o que afastaria também o argumento da autenticidade formal, tal como, por exemplo, um juiz estadual que condene a União a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Tal decisão usurparia a competência dos juízes e tribunais federais, na forma do artigo 109, I, da Constituição. A Advocacia-Geral da União (AGU) jamais deixaria uma decisão como essa transitar em julgado. Porém, imagine-se que o procurador que representa o ente federal tenha, por ato de corrupção, deixado de impugnar tal decisão, ensejando o seu trânsito em julgado. Por mais que o prazo decadencial de dois anos para ajuizamento de ação rescisória tenha escoado *in albis*, tal decisão, proferida por juiz absolutamente incompetente, carece de autenticidade formal, de modo que jamais se poderá dizer que se trata de uma decisão veiculadora de interpretação autêntica. Nem mesmo de aplicabilidade prática tal decisão gozará, já que a própria AGU orientará a União a deixar de cumpri-la, mediante parecer negativo de força executória, dada a manifesta incompetência da autoridade prolatora. Não haveria que se falar, nessa hipótese, de qualquer tipo de autenticidade, seja no plano prático, seja, com ainda maior razão, no plano teórico.

Entendemos, portanto, que a decisão objeto do exemplo acima *não cria direito novo*, tão gritante é o vício jurídico-processual (incompetência absoluta) que a compromete, muito embora seja emanada de um órgão do Poder Judiciário. A tese kelseniana da *interpretação autêntica* como criadora de direito novo, sobretudo quando a decisão que a veicula opera fora das margens da juridicidade positiva, talvez encontre exceção no exemplo acima, assim como encontrará em diversos outros que a praxe forense vier a nos oferecer, além dos inúmeros já existentes que poderiam ser dados a título ilustrativo.²⁵²

A questão que aqui impende suscitar é a seguinte: em razão da crítica que vimos de elaborar acima, nossa tese pode ser acusada, em bases racionais, de filiação a alguma espécie de cognitivismo moral de que tanto acusamos os pós-positivistas?

Obviamente que não dispomos da isenção ideal para responder a essa capciosa indagação, não só por sua complexidade, mas também pela suspeição de parcialidade que o conteúdo da presente tese doutoral nos atrai, considerando que nela lançamos um libelo contra o predatismo do

252 Citam-se outros exemplos de pronunciamentos da Justiça Estadual em face dos quais já tivemos, inclusive, a oportunidade de atuar na qualidade de representante judicial da União, tais como uma decisão da Vara de Família que, usurpando a competência da Justiça Federal, determinou a internação do menor adotando em hospital federal para tratamento médico; outra que determinou a penhora de bens federais (que são, por imposição constitucional, impenhoráveis), sob o equivocado entendimento de que, no momento da dívida, tais bens pertenciam a uma sociedade de economia mista (Rede Ferroviária Federal – RFFSA), a qual só posteriormente teria sido extinta e incorporada no patrimônio da União; outra que, desprezando a previsão da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia) sobre a competência exclusiva da Justiça Federal para decidir sobre a repatriação de crianças cujos pais residem em países distintos, determinou a permanência de criança no Brasil sob a guarda da avó materna, apesar de a norma internacional prever sua devolução ao pai estrangeiro; entre outras decisões.

Direito pelos moralismos de ocasião. Mas, por honestidade intelectual, não nos furtaremos a tentar responder àquele questionamento.

A tese não tem a pretensão de eliminar do discurso jurídico a presença implícita de sua dimensão ética, até porque a maior parte das normas do Direito provém de costumes sociais e preceitos axiológicos de natureza religiosa ou moral. Ademais, ninguém consegue despir-se de seus valores morais num mero passe de mágica. Diz-se o mesmo do cientista do Direito, pois a neutralidade axiológica que Kelsen projetava na ciência jurídica é de difícil constatação prática, para não se dizer uma mera quimera quixotesca. Com o perdão do truísmo, até mesmo os *cientistas* são seres humanos, aqui incluída toda a carga valorativa que a condição humana a todos comporta, sem exceção.

Não se revela fácil, assim, excluir do Direito os elementos morais que, na origem de sua posituação, concorreram para formar-lhe a base principiológica. A maior parte, senão a quase totalidade, dos princípios éticos sustentados pelo jusracionalismo²⁵³ acabou sendo positivada pelas Constituições e Declarações de Direitos contemporâneas, de modo que a discussão sobre a sua subsistência em termos metafísicos, na atualidade, perdeu grande parte de seu objeto, diante da desnecessidade de buscar na metafísica fundamentos principiológicos para sustentar máximas e postulados já positivados no Direito posto.

Não haveria mais tanto interesse prático em recorrer-se ao princípio kantiano de que o homem é um fim em si mesmo para, por exemplo, fundamentar uma tese jurídica contrária à instrumentalização do ser humano, quando hoje já se tem o *princípio da dignidade da pessoa humana* positivado nos textos constitucionais e legais, assim como nas declarações, tratados, convenções, protocolos e demais normas internacionais de direitos humanos. O problema continua sendo, porém, o de densificar juridicamente a aplicação de tal princípio nos casos concretos, haja vista que o seu conteúdo axiológico não se esgota na mera previsão legislativa que o veicula, cabendo ao intérprete extrair dela algo que vai muito além de uma simples regra legal²⁵⁴. Kant diz que o ser humano não tem

253 Sobre o tema, Antônio dos Santos Justo ensina que, a partir do século XVI, a fonte do direito natural deixa de ser Deus, para ser a *razão*, em uma perspectiva laica que vê o homem não como uma obra divina, mas como um ser natural. Sendo fonte exclusiva do direito então dito *racional*, a razão humana cria normas que derivam logicamente de outras, sem qualquer recurso a divindades ou outros elementos sobrenaturais, senão à própria natureza do homem. Tais normas são tidas, em consequência, como “perfeitas” pelos jusracionalistas, derivadas que são da razão, esse poder humano pretensamente perfeito e quase absoluto (JUSTO, Antônio dos Santos. **Nótuas de história do pensamento jurídico (história do direito)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 41-43).

254 Com efeito, um preceito genérico e complexo como a dignidade da pessoa humana não possui uma aplicação tão direta, imediata e chapada quanto a regra legal que, por exemplo, fixa o prazo decadencial de manejo da ação rescisória, pois aquele princípio normalmente será usado de modo *subsidiário*, vale dizer, quando outra norma jurídica mais específica não seja capaz de tutelar o bem jurídico protegido por aquele jusfundamental princípio. Mas não pode ser usado com trunfo argumentativo para contornar o direito posto, salvo se este for inconstitucional. Assim, por exemplo, se há normas legais e até constitucionais prevendo como o Estado deve fornecer serviços de saúde à população, não cabe recorrer-se ao princípio da dignidade como pretexto

preço, mas sim *dignidade*, cujo valor, jamais podendo ser precificado, é, portanto, absoluto.²⁵⁵ Por essa razão, a dignidade de uma pessoa jamais poderia ser sacrificada em prol de determinados objetivos, ainda que alegadamente superiores ou nobres, tal como ocorreria com a exclusão de direitos inatos à condição humana de quem quer que seja, criminoso ou não, civilizado ou não, perigoso ou não.

Com essa tentativa ou esboço de resposta, oferecemos alguns indícios para sermos considerados minimamente cognitivistas, pois não refutamos, *tout court*, a existência de uma *dimensão ética* que habita em cada ser humano, em maior ou menor grau. Por mais difícil que seja demonstrá-la metafisicamente à moda kantiana (cognitivism metafísico) e por impossível que seja comprová-la no mundo natural (cognitivism naturalista), tal como denunciado por Hume e Moore, concluímos que a dimensão ética é parte integrante de qualquer construção social, aqui incluídos o Direito positivo e até mesmo a ciência jurídica.

Mas esse reconhecimento não nos impede de continuarmos deduzindo nosso libelo acadêmico contra o predatismo do Direito pelos moralismos de ocasião, tão tolerado pelos pós-positivistas, de um lado, e contra a tese de que o “*Direito é o que os tribunais dizem que ele é*”, tão defendida tanto pelos normativistas quanto pelos realistas jurídicos, de outro lado.

Por fim e antes de passarmos ao próximo tópico, que cuidará da jurisdição processual fundamentada em juízos morais, cabe esboçar uma resposta, ainda que provisória, à pergunta que constitui o título do presente tópico: há algum mal no não-cognitivism moral aplicado à ciência do Direito?

O tão fato de colocarmos o signo valorativo “mal” nessa pergunta já indica um certo grau de “contaminação” dela por uma perspectiva cognitivista, já que ao assim procedermos estamos a fazer um juízo de valor sobre determinado paradigma científico, atribuindo-lhe ou a qualidade de “mau” ou o adjetivo oposto (“bom”).

Para a concepção kelseniana, não há Direito bom nem Direito mau, pois o paradigma metodológico excludente adotado pela Teoria Pura não se propõe a tratar do que é *justo*, *bom* ou *virtuoso*, nem de seus antípodas (“injusto”, “mau” ou “vicioso”), mas sim do que é jurídico ou extrajurídico, e apenas disso. Mas isso não significa que não possa haver uma ciência jurídica

retórico e até mesmo ilegal para afastar tais regramentos expressos e por essa via obter tratamento privilegiado do Estado; é antijurídica a decisão judicial que assim procede.

²⁵⁵ Kant sintetiza de modo lapidar essa máxima ao afirmar que, *verbis*: “Quando uma coisa tem um *preço*, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela *dignidade*” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Manuel Pires Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 77).

anticientífica, que para Kelsen é justamente aquela que não consegue discernir os temas do Direito estritamente considerado enquanto tal daqueles que constituem objeto de estudo de outros ramos das ciências sociais ou do conhecimento em geral, como a filosofia moral, a sociologia, a política, a psicologia, a economia e assim por diante.

Assim, para o positivismo normativista, não haveria nada de anticientífico em adotar-se uma postura não-cognitivista moral para os restritos fins da ciência do Direito,²⁵⁶ muito pelo contrário. Já para o pós-positivismo em geral, em contrapartida, revela-se injusta e, portanto, “má” do ponto de vista ético a concepção científica de Direito que pretenda afastar do campo do cientista as discussões de caráter cognitivamente moral, em regra voltadas a atender às pretensões de correção material dos discursos jurídicos. Pós-positivistas a acusam de ser injusta – e por vezes até de ser cúmplice da ideologia insana que levou aos horrores do holocausto, acusação tão gravíssima quanto caluniosa –, não pelo fato de ser imoral, mas pelo simples fato de não propugnar uma moral específica como sendo a versão ética oficial da teoria jurídica por ela lançada, dita pura; e, não propugnando nenhuma moral específica, tal concepção passa a ser tida como *amoral*, por supostamente permitir que certas morais ditas “imorais”, como a que animava a nefasta ideologia nazifascista, passassem a preencher o vazio ético propositalmente deixado em aberto²⁵⁷ pela teoria pura do Direito, ocupada que estava apenas com os aspectos formais do processo dinâmico de produção das normas jurídicas e com o reconhecimento do que era e do que não era Direito.

Há, como se vê, mais de uma resposta e mais de uma perspectiva para a pergunta que nomeia o presente tópico, ora encerrado. A conclusão, porém, que se extrai de toda essa miscelânea de questões que se entrelaçam no momento da “relativização” judicial de institutos constitucionais, dogmáticos e legais, é que os juízes brasileiros não costumam alinhar seu padrão decisório a uma metodologia segura. Ora decidem de modo exegético-positivista, atendo-se à “letra fria da lei” e apenas “declarando” direito pré-existente (normalmente em hipóteses que não despertam desacordos morais razoáveis); ora decidem de modo normativista, “criando” direito dentro das margens discricionárias da moldura legal kelseniana; ora decidem de modo positivista-inclusivo, à moda de Hart, criando apenas

256 Apesar de ser um *não-cognitivista moral*, Kelsen pode também ser considerado um *cognitivista epistêmico*, ao menos no que tange à atividade científica exercida pelo teórico do Direito, já que atribuía a esta a natureza de um ato de conhecimento, e não de vontade. Portanto, Kelsen não é um cético relativista em relação à ciência do Direito, senão apenas em relação à correção ou à justiça das disposições normativas e da prática em geral do Direito.

257 Tem-se a impressão de que muitos pós-positivistas não compreenderam até hoje a teoria kelseniana, e tampouco o fato de que Kelsen não se mostrava pessoalmente indiferente à injustiça de determinadas morais que capturaram o Direito posto de sua época. É claro que a teoria de Kelsen pode até ser acusada de incompleta, e é claro que não é uma teoria perfeita - como, aliás, não existem teorias perfeitas -, mas isso não pode servir de pretexto para acusações levianas e completamente distanciadas de balizas epistemológicas mínimas. Recomenda-se a leitura do seguinte texto do eminente Prof. Juan García Amado, em que desmistifica essa confusão conceitual e metodológica na qual incorrem vários autores antikelsenianos: AMADO, Juan Antonio García. “É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen?”. // **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, maio-agosto, 2019, pp. 52-118.

“intersticialmente” direito a partir de princípios jurídicos supressores de lacunas legais; ora decidem de modo realista, criando direito a partir de influxos puramente econômicos, políticos, comportamentais, psicológicos etc, sem qualquer amparo, ainda que formal, seja na lei, seja na lógica jurídica; ora decidem de modo alternativo (com base em correntes teóricas críticas, como o Direito Alternativo, o Direito Racial, o Direito Achado na Rua, o Pluralismo Jurídico, os *Critical Legal Studies* etc), criando um direito pretensamente contestatório do *status quo* e sem qualquer base institucional; ora decidem de modo pós-positivista, criando certos direitos (os quais são intuídos de princípios morais) para o caso concreto e abolindo, sem respeitar o devido processo legal, inúmeros outros (em geral previstos em lei e na Constituição), em nome de uma principiologia justificada na razão prática e reconstruída em bases argumentativas, nas quais a hermenêutica e a dogmática jurídicas ocupam nenhum ou muito pouco espaço; e assim por diante, até onde só a criatividade humana encontrar limites...

Carlos Bastide Horbach tece severas críticas à assim autointitulada “nova hermenêutica constitucional brasileira”, afirmando não se tratar de uma teoria com traços próprios, senão apenas uma *formulação retórica* que busca tão-somente justificar a usurpação das funções jurídico-políticas do Legislativo pelos membros do Judiciário. Horbach identifica nesse *novum* movimento – que de novo não tem nada, segundo a sua precedente crítica - um claro movimento ideológico, que pretende conferir maiores poderes aos juízes e libertá-los dos constrangimentos representados pela legislação.²⁵⁸

Enfim, a cada cabeça correspondendo um estilo de julgar, não se pode falar de um padrão decisório nem mesmo na Corte Suprema – cujo estilo costuma variar ao sabor dos ventos políticos, morais, midiáticos e econômicos. Forçoso concluir-se, assim, que o funcionamento do aparato judicial-decisório brasileiro não obedece a qualquer lógica metodológica, mas sim a uma pluralidade desordenada de metodologias que se misturam, se sobrepõem, se contradizem e insistem em não dialogar entre si nas práticas institucionais. Denominamos esse fenômeno, para os fins do presente trabalho, de sincretismo metodológico à brasileira, com o que pretendemos designar a falta de um paradigma teórico que sirva de pano de fundo epistemológico ao ambiente decisório que vigora no Brasil, do qual a insegurança jurídica e a ausência de padrões decisórios são as manifestações mais

258 HORBACH, Carlos Bastide. “A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos”. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 859, maio-2007, pp. 81-91. Neste caústico texto, o doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) fornece, com refinada ironia, alguns exemplos de decisões judiciais inspiradas pela extravagante ideologia ora criticada, *verbis*: “Para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a lei do inquilinato é inconstitucional, porque contrária à dignidade da pessoa humana, quando permite o despejo de uma mãe cujo filho ficou paraplégico, ou seja, segundo os intérpretes, a dignidade humana permite que se more de graça em imóvel particular de terceiro. O mesmo Tribunal considerou instituto da reincidência penal inconstitucional, porque contrário à dignidade humana. Também contrário à dignidade humana, segundo o TJRS e o STJ, seria o corte de fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento. Por fim, o Tribunal gaúcho, numa demonstração quase de resistência histórica, sustenta que juros maiores de 12% ao ano são contrários à dignidade da pessoa humana. Interpretações juridicamente possíveis? Do ponto de vista da “nova hermenêutica” talvez, mas completamente arbitrárias, *contra legem* e que põem em xeque o funcionamento do Estado de Direito, porque embaralham as funções de jurisdição comum, jurisdição constitucional e legislação” (*Ibidem*, p. 88).

evidentes, com nefastos efeitos na credibilidade²⁵⁹ do sistema de Justiça e, em consequência, na motivação das pessoas em procurar o aparato estatal para resolver seus litígios, em vez de recorrer à justiça pelas próprias mãos.

3.4. Outros exemplos brasileiros de desprezo judicial à “letra fria da lei”

Infinito é o universo de decisões judiciais *contra legem* que a praxe brasileira oferece ao estudioso da temática jurisdicional, sendo, logo, impossível acomodar, no limitado espaço dessa tese, um quantitativo numérico fiel à realidade. Desse modo, o presente tópico não fará mais que trazer um apanhado numericamente muito pouco expressivo se comparado à infindável quantidade de decisões ilegais que são proferidas a cada dia, mas qualitativamente bem representativo do modo como os tribunais brasileiros costumam decidir as controvérsias que neles aportam diariamente, pois não nos limitaremos aos pronunciamentos dos tribunais superiores. Nos exemplos dados abaixo, veremos, com grande surpresa, que o desapego à legalidade não é privilégio dos tribunais superiores, já que as instâncias inferiores²⁶⁰ costumam prestar ainda menor deferência à lei que a própria Corte

259 Apesar de ter o Poder Judiciário mais caro do mundo, o Brasil tem recebido inúmeras críticas ao seu sistema de Justiça, veiculadas, inclusive, por seus próprios órgãos internos. Segundo relatório apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir de Consulta Pública realizada em 2019 para a elaboração dos macrodesafios judiciários para o quinquênio 2021-2026, a pesquisa sobre a “Percepção do Poder Judiciário” sob a ótica da população em geral apontou os seguintes problemas, assim agrupados: 1) Desgaste da imagem do poder perante a sociedade; 2) Insegurança jurídica; 3) Falta de credibilidade; 4) Queda da confiança pública; 5) Desconfiança da população em relação aos membros do poder judiciário; e 6) Autoritarismo dentro e fora do Judiciário, abuso de poder (Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/02/Relatorio_consulta_publica_macrodesafios_2020_01_15.pdf, p. 21. Acesso em 04.04.2022). Segundo relatório apresentado pelo CNJ em 2021, os gastos totais com o Poder Judiciário durante o ano de 2020 foram de R\$ 100.067.753.052. Isso corresponde a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 11% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou a R\$ 475,51 por habitante (Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-051121.pdf>, p. 77. Acesso em 04.04.2022). Observa-se, a título comparativo, que, conforme noticiou o jornal a Folha de São Paulo, tais números são assustadoramente maiores que os observados em qualquer outro país pesquisado, segundo pesquisa realizada pela Universidade Federal de Santa Catarina em conjunto com *American University*, a apontar que os gastos judiciários nos demais países das Américas e nos principais países europeus não costumam representar mais do que 0,5% do PIB desses países, como, por exemplo, Itália (0,18%), França (0,15%), Inglaterra (0,13%), Estados Unidos (0,13%), Uruguai (0,32%), México (0,49%), Colômbia (0,41%), entre outros (Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/10/com-estoque-alto-de-processos-brasil-gasta-15-do-pib-com-judiciario.shtml>. Acesso em 04.04.2022). Além disso, segundo o relatório apresentado pela organização internacional **World Justice Project**, em levantamento que avalia o grau de respeito pelo Estado de Direito em 139 países do mundo, o Brasil ficou situado na vexatória 119ª posição, estando mais mal avaliado, portanto, que países como Paquistão (108º), Serra Leoa (100º) e Nigéria (83º). Isso significa que somente 20 países no mundo possuem sistemas de justiça mais violadores do *rule of law* que o brasileiro (Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2021/Brazil/Fundamental%20Rights/>. Acesso em 04.04.2022).

260 Tamanha é a insubordinação do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em acatar as orientações jurisprudenciais fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria criminal, como a do descabimento de pena de prisão para pequenos traficantes sem antecedentes (condenados por “tráfico privilegiado de drogas”), que o Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), fez críticas públicas à Corte bandeirante em 16.07.2020, enquanto participava de um evento promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), tendo obtido a seguinte resposta do Presidente da Seção de Direito Criminal do TJSP, na qual este, agindo como se fosse o superego da sociedade e não um agente público servil ao Estado de Direito, defende “os cidadãos de bem, cumpridores de seus deveres, que não transgridem normas e se portam de maneira ordeira e correta” (sic), *verbis*: “Em relação às declarações do Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), proferidas em evento virtual promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), do qual participou, em 16/07/2020, no sentido de que o Tribunal de Justiça de São Paulo, na área criminal, não estaria aplicando a jurisprudência dos Tribunais Superiores, fazem-se necessários os seguintes esclarecimentos. Inicialmente, é preciso ressaltar que os Juizes e Desembargadores que integram o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, desempenham suas funções com liberdade e independência e prestam a jurisdição criminal com estrito respeito às Leis e consequencialismo, buscando, primordialmente, proteger a sociedade e os cidadãos de bem, cumpridores de seus deveres, que não transgridem normas e se portam de maneira ordeira e correta, sempre respeitando os direitos e as garantias fundamentais dos acusados. Destarte, se há rigor na atuação dos magistrados paulistas, este decorre, inexoravelmente, do compromisso assumido à fiel observância ao ordenamento jurídico vigente. Com efeito, os julgamentos proferidos pela Corte de Justiça paulista, qualificam-se como eminentemente técnicos, mediante decisões devidamente fundamentadas, sendo certo que eventual divergência quanto a posicionamentos jurídicos constitui fenômeno natural existente em todo e qualquer sistema de Estado Democrático de Direito, que se soluciona por meio de recursos e ações de impugnação a ele inerentes. Destaque-se, aliás, que também muitos são os recursos providos e as ordens de habeas corpus concedidas pelo Supremo Tribunal Federal em face de decisões de Ministros do Superior Tribunal de Justiça, a demonstrar a existência de divergência de entendimentos até mesmo entre os Tribunais Superiores. Portanto, não se verifica, no exercício da judicatura bandeirante, nenhum

Constitucional, responsável que é pela glosa dos atos legislativos em face da Carta Republicana e dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Constataremos, em alguns casos, um certo tipo de adesão à *prática livre do Direito*, assim considerada aquela que vê na lei algo de pouco ou nenhum valor normativo, se confrontada com a realidade dos fatos. Em outros, observaremos uma busca por correção material para a solução jurídica que acaba por transgredir os limites objetivos da norma aplicável, tais como as balizas semânticas que a construção gramatical dos textos impõe e que são intersubjetivamente compartilhadas pela comunidade de intérpretes, as quais acabam por vezes, porém, sendo suplantadas pelo solipsismo bem-intencionado do julgador.

Cita-se, em primeiro lugar, a decisão proferida em 22.01.2020 pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n^{os} 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, ao suspender as inovações trazidas pela Lei n^o 13.964/2019 (também chamada de “pacote anticrime”), das quais se destaca a instituição do juiz de garantias, cuja previsão está suspensa, desde a entrada em vigor daquela Lei, por decisão unipessoal do Min. Luiz Fux, a pedido da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Extrai-se da decisão proferida por S. Exa. o seguinte fundamento de mérito, *verbis*:

É cediço em abalizados estudos comportamentais que, mercê de os seres humanos desenvolverem *vieses* em seus processos decisórios, isso por si só não autoriza a aplicação automática dessa premissa ao sistema de justiça criminal brasileiro, criando-se uma presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências que favoreçam a acusação, nem permite inferir, a partir dessa ideia geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juizes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução”.²⁶¹

A *ratio decidendi* transcrita acima presume a inadequação e a ineficiência da inovação legislativa, e traz como consequência a substituição da lei gerada pelo Parlamento e sancionada pela Presidência da República por outra lei, esta de predileção do Relator. Aliás, em *webinário* sobre Direito Constitucional realizado em 16/11/2020 na Suprema Corte brasileira, o Min. Fux destacou a

desrespeito aos julgados dos Tribunais Superiores, valendo ressaltar que, em matéria criminal, onde são analisadas questões de fato relativas às circunstâncias da prática criminosa e às condições pessoais de seu autor, não há espaço para emprego de fórmulas genéricas, desconectadas da realidade do caso concreto. Nos casos de tráfico ilícito de substância entorpecente, por exemplo, não é apenas a quantidade de droga apreendida que define a pena a ser imposta, devendo-se analisar todas as demais circunstâncias do delito e questões pessoais do acusado, para a correta aplicação da pena. Por fim, deve-se registrar que a Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo mantém relação respeitosa e harmoniosa com todos os órgãos do Poder Judiciário e está sempre aberta ao diálogo institucional com os Tribunais Superiores, com vistas a uma prestação jurisdicional justa, célere e eficiente” (Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/330944/ministro-schieff-critica-tj-sp-por-nao-seguir-jurisprudencia-ignoram-stj-e-stf>. Acesso em 04.04.2022).

261 Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203606&ext=.pdf>. Acesso em 04.04.2022.

importância do papel desempenhado pelo princípio da eficiência no funcionamento de todo o aparato judiciário.²⁶²

Porém, caberia ao Judiciário, cujos membros não são eleitos, exercer um controle de mérito sobre uma lei aprovada pelos representantes do povo, sem que tal controle tenha como exclusivas balizas as já prolixas disposições constitucionais? A Constituição não autoriza o Supremo a suspender uma lei democraticamente aprovada apenas pelo fato de seus magistrados a considerarem pouco meritória em termos de adequação e eficiência. E o próprio Relator reconhece isso em sua decisão,²⁶³ embora, na prática, tenha feito exatamente o contrário do que propugnou em tese.

Por mais que a referida lei tenha desagradado segmentos representativos da magistratura, a qual sem dúvida é a maior afetada pela inovação legal, um juízo estrito de constitucionalidade não tem o condão de atestar se uma lei é boa ou não, mas apenas se é ou não constitucional. Várias são as leis que, na opinião de certos juizes, não são boas ou eficientes, mas isso não significa que, por tal razão, sejam inconstitucionais.

O segundo exemplo é a decisão proferida em 23.02.2022, também pelo Min. Fux, na Suspensão de Liminar nº 1504/RS, referente ao famoso caso da boate Kiss, em que S. Exa. deferiu o pedido formulado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, para sustar os efeitos de “eventual” concessão do Habeas Corpus nº 70085490795 pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, reiterando a determinação de cumprimento imediato das penas atribuídas aos réus.²⁶⁴ Nesta decisão, embora reconhecendo não ter havido o trânsito em julgado da decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal determinou o cumprimento provisório da pena aplicada, contrariando, inclusive, a própria jurisprudência deste, substanciada, em 07.11.2019k, na tese fixada por seu Pleno na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF, no sentido da inadmissibilidade da execução penal provisória.²⁶⁵

262 "Nós estamos vivendo a era da análise econômica do Direito, que procura dar respostas eficientes à sociedade pela necessidade de prestar contas", afirmou o ministro ao indicar o ramo acadêmico que prega o conceito de eficiência diante de um ambiente de escassez, aplicando teorias econômicas no campo do Direito em todos os seus segmentos. Ele também lembrou que países com sistema jurídico eficiente são bem elencados em *rankings* de investimentos do Banco Mundial. Como exemplos da escola indicada, o ministro citou a aplicação do conceito de custo/benefício ao ajuizamento de ações e à realização de autocomposições (<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=453505>. Acesso em 04.04.2022).

263 O Relator afirma, *verbis*: "Ao contrário do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não compete ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado. Ao revés, compete a este Tribunal afirmar o que é constitucional ou inconstitucional, invariavelmente sob a perspectiva da Carta de 1988" (<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203606&ext=.pdf>. Acesso em 04.04.2022).

264 Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1266010/false>. Acesso em 04.04.2022.

265 O acórdão proferido na ADC 43 está assim ementado: "PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa

O terceiro exemplo também é da lavra do Min. Fux. E diz respeito à decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal no pedido de Suspensão de Liminar nº 1395. Após o Ministro Marco Aurélio ter deferido liminarmente o Habeas Corpus nº 191836 e determinado a soltura de André Oliveira Macedo, conhecido como um dos líderes da organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), o Procurador-Geral da República formulou, no dia 10.10.2020, perante a Presidência do Supremo Tribunal Federal, o pedido de Suspensão de Liminar nº 1395 (SL 1.395), com base no art. 4º da Lei nº 8.437/1992, a fim de sustar a concessão da ordem e, assim, evitar o risco de grave lesão à ordem e à segurança públicas que representaria a soltura de um perigoso traficante internacional, condenado em primeiro e segundo grau de jurisdição.

Coube ao ministro Luiz Fux, na qualidade de Presidente da Corte, deferir a referida SL 1.395 no mesmo dia do seu manejo, para imediatamente suspender a eficácia daquela liminar e, ato contínuo, submeter, em homenagem ao princípio da colegialidade, seu próprio ato decisório unipessoal ao referendo do Plenário, cuja deliberação transcorreu durante as sessões dos dias 14 e 15 de outubro de 2020, confirmando-o.

Pergunta-se: ainda se encontra em vigor o comando constitucional contido no art. 5º, inciso LXV, da Carta Fundamental, cláusula pétrea segundo a qual “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”? É disso que se trata, bem como da interpretação ablativa conferida pela Corte Constitucional à parte final do parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal, que considera ilegal a prisão preventiva cuja manutenção não seja revisada a cada período de 90 (noventa) dias.

No julgamento da decisão que cassou a liminar concessiva do habeas, o Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou a posição do Presidente, mas não sem que alguns Ministros tecessem duras críticas ao procedimento adotado por Fux, por entenderem que o ocupante da Presidência do STF não dispunha de poderes para sustar decisões dos demais membros da Corte Suprema.²⁶⁶

No mesmo julgamento, o Plenário foi provocado pelo Presidente a votar “tese” sobre o alcance e as consequências do disposto no artigo 316 do CPP, cujo parágrafo único, incluído pela Lei nº 13.964/2019 (conhecida, na linguagem jornalística, como “pacote anticrime”), impõe aos juízes o

em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória” (Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em 04.04.2022).

²⁶⁶ Os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio observaram que não compete ao Presidente do Tribunal suspender decisões de seus pares, uma vez que não há hierarquia em matéria jurisdicional entre os Ministros, incluído o Presidente, já que a função deste apenas se diferencia da dos demais nos planos administrativo e representativo da Corte, jamais no plano decisório (Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=453446&ori=1>. Acesso em 04.04.2022).

dever de revisar a necessidade de manutenção, a cada 90 (noventa) dias, das prisões preventivas que decretarem, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de eventual omissão “tornar a prisão ilegal”.

A tese então firmada pelo Plenário, vencido o Ministro Marco Aurélio, foi no sentido de que a inobservância pelos juízes dessa revisão nonagesimal não implica a revogação automática da prisão preventiva, senão apenas, quando muito, a mera necessidade de o magistrado omissor ser “instado” pelo tribunal competente a reavaliar a legalidade e a atualidade dos fundamentos da prisão que decretara.²⁶⁷

Como se vê, o Plenário, sob o pretexto de conferir interpretação conforme a Constituição à revisão nonagesimal da prisão, acabou por substituir a consequência jurídica claramente prevista em lei (de tornar “a prisão ilegal”) por uma consequência criada pelo próprio Presidente (obviamente acompanhado pela maioria), qual seja, a de dar-se uma segunda chance ao juiz omissor para, em recurso exclusivo da defesa ou em habeas corpus, sanar a omissão judicial que havia sido apontada justamente pelo preso ao provocar o tribunal. Essa interpretação claramente esvazia tanto o dispositivo constitucional (art. 5º, inciso LXV, da Carta Fundamental) quanto a lei (artigo 316 do CPP) aplicáveis à espécie, constituindo um verdadeiro atentado judicial à garantia individual fundamental segundo a qual “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”, cuja violação vulnera igualmente, a um só tempo, a cláusula do devido processo legal (e seus corolários, como a ampla defesa, o contraditório e o acesso à justiça), o princípio da legalidade e a noção de Estado de Direito. Trata-se de fato gravíssimo, ainda mais por ser imputável à Suprema Corte, a qual acumula as funções de guardar a Constituição e de atuar como a última instância do Judiciário brasileiro, da qual não cabe recurso para qualquer outra.

O quarto exemplo é da lavra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), corte incumbida de guardar a legislação federal infraconstitucional e de uniformizar a sua interpretação em todo o território nacional. No julgamento do Recurso Especial nº 1.622.450,268 ocorrido em 16.03.2021, a 3ª Turma do STJ, sob a Relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, confirmou acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, na parte em que este estipulara ser a data da ciência do dano o termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão relacionada à perda de uma chance decorrente de

267 Fixou-se, literalmente, a seguinte tese de julgamento: “A inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos” (conforme andamento extraído de consulta processual junto ao sítio eletrônico do STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6025676>. Acesso em 04.04.2022).

268 Inteiro teor disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1207762271/recurso-especial-resp-1622450-sp-2016-0039415-4/inteiro-teor-1207762293>. Acesso em 08.04.2022.

desídia de advogado.²⁶⁹ O recorrente buscava, por meio daquele Recurso Especial, reformar tal acórdão no STJ, alegando violação, pelo TJSP, ao artigo 189 do Código Civil, segundo o qual o termo inicial da contagem prescricional é o dia da lesão, e não o dia da ciência desta, *verbis*: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Apesar de a pretensão recursal repousar sobre disposição expressa de lei federal, a 3ª Turma negou provimento ao recurso, afastando o inequívoco critério legal. Mesmo admitindo que a legislação aplicável abonava a tese recursal,²⁷⁰ o STJ insistiu em manter incólume o acórdão recorrido, que era reconhecidamente ilegal. E, sem fazer remissão a qualquer dispositivo de lei federal que excepcionasse a clara regra contida no artigo 189 do CC, o Tribunal apenas entendeu que, em situações específicas, “o termo inicial do prazo prescricional pode ser deslocado para o momento de conhecimento da lesão ao seu direito”. Assim, optou-se por adotar a chamada teoria da *actio nata* “em seu viés subjetivo”, o que, na visão do STJ, evitaria que a parte lesada tivesse sua pretensão fulminada pela prescrição, em hipóteses nas quais sua inércia decorreu de fatores alheios à sua vontade de agir.

Trata-se, como se vê, de regra de exceção que foi criada pelo STJ diretamente a partir dos fatos, sem amparo nem intermediação legal, para afastar dispositivo expresso de lei.²⁷¹ A gravidade dessa decisão fica ainda mais exasperada pelo fato de a Constituição²⁷² incumbir o STJ de velar pela correta aplicação das leis federais, entre as quais merecem destaque as disposições do Código Civil, em que se insere o afastado artigo 189. Some-se a isso o fato de tal dispositivo sequer ter sido declarado inconstitucional. Como se vê, o STJ deixou de aplicar um dispositivo legal que ele mesmo considera aplicável e constitucional.

269 O caso se referia a um cliente prejudicado pela perda culposa de um prazo processual a cargo de seu advogado, lapso que teria ocasionado o trânsito em julgado de uma sentença cujo teor poderia ter sido revertido no recurso. O cliente voltou-se, então, contra o advogado em ação de indenização, na qual este, em defesa, alegava que o prazo prescricional deveria ser computado a partir da data em que havia expirado o prazo recursal, e não a partir do fim do contrato de serviços advocatícios. Nem o Tribunal local, nem o STJ, no entanto, concordaram com a tese defensiva do advogado.

270 Com efeito, reconheceu a turma, na esteira do artigo 189 do CC, que “na legislação civil brasileira, prevalece a noção clássica de que o termo inicial da prescrição se dá com o próprio nascimento da ação (*actio nata*), sendo este determinado pela violação de um direito atual, suscetível de ser reclamado em juízo”. Diz-se inclusive que “em regra, o prazo prescricional começa a fluir independentemente do conhecimento da pretensão por seu titular”, citando pertinente doutrina de Pontes de Miranda nesse mesmo sentido.

271 Em pertinente crítica feita a tal julgamento, Pablo Bezerra Luciano afirma que a concepção ali adotada pelo STJ aproxima-se da visão carneluttiana, que praticamente nenhum valor atribua à legislação, quando confrontada com a vontade judicial: “Em poucas palavras: o Direito enunciado pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.622.450 decorreu diretamente dos fatos, sem nenhuma intermediação normativa/legislativa. Criou-se uma norma que até então não existia no Direito Positivo. Trata-se de emanção concreta da teoria unitária ou monista do ordenamento jurídico defendida pelo grande processualista italiano Francesco Carnelutti, segundo a qual ‘antes da sentença não haveria direitos e obrigações e a missão do juiz seria acima de tudo a de completar o trabalho do legislador, produzindo a norma do caso em exame e com isso dando efetiva existência a direitos e obrigações entre as partes’. Trata-se de teoria que envolve certo menoscabo da legislação, e que goza de grande trânsito pretoriano, pois transparece aposta metodológica no arbítrio dos juizes e tribunais, os quais terminam se tornando verdadeiros demiurgos” (LUCIANO, Pablo Bezerra. “Por mais Chiovenda e menos Carnelutti nos recursos especiais”. Artigo publicado em 10.07.2021 na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-10/opiniao-chiovenda-carnelutti-recursos-especiais2>. Acesso em 07.04.2022).

272 “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08.04.2022).

Por mais que concordemos *moralmente* com a decisão proferida pelo STJ neste caso – pois ela permite que um cliente lesado por seu advogado desidiioso possa ser indenizado por quem lhe causou uma lesão irreparável -, somos obrigados a discordar dela sob o ponto de vista *estritamente jurídico*, pois o STJ arvorou-se a reescrever um artigo do Código Civil. E, se hoje a Corte o fez por uma boa razão e para uma finalidade nobre, não saberemos como procederá amanhã. A certeza que se tem é apenas uma: o STJ desconsiderou um texto expresso de lei aplicável ao caso, sem declará-lo inconstitucional. Até o próximo julgamento, não saberemos quais artigos de lei valem ou não.

O quinto exemplo vem do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Em acórdão proferido em 20.07.2021, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2130230-67.2021.8.26.0000,273 após alargar o rol de bens impenhoráveis previstos no artigo 833 do CPC, o TJSP determinou a devolução dos valores que haviam sido penhorados em primeira instância na conta corrente da agravante. Porém, o inciso IV do referido artigo, expressamente utilizado como razão de decidir, restringe a impenhorabilidade à caderneta de poupança, admitindo assim, ainda que implicitamente, a penhora de valores constantes de conta corrente, tal como havia sido feito em primeira instância.

O sexto exemplo também vem do Estado de São Paulo, porém, não é do TJSP, e contraria o entendimento adotado no exemplo anterior, tratando-se de decisão de juiz de primeira instância. Coube ao Juízo da 6ª Vara Cível de Santo André/SP deferir, nos autos do Processo 1028337-13.2016.8.26.0554, a penhora de 10% dos proventos de inatividade de uma aposentada para quitar uma dívida executada por uma instituição financeira. Apesar de o artigo 833, IV, do CPC proibir a penhora de proventos de aposentadoria e de seu § 2º excepcionar desta proibição apenas as dívidas alimentares, o que não era o caso dos autos, a decisão judicial fundamentou o afastamento da expressa regra legal com o singelo argumento de que “a executada recebe aposentadoria em valores elevados para a média dos brasileiros”. Interposto o Agravo de Instrumento nº 2219685-43.2021.8.26.0000 perante o TJSP, este deixou de conhecer do recurso por preclusão consumativa, já que o advogado da executada havia preferido manejar um pedido de reconsideração no lugar de interpor o recurso cabível – no caso, agravo de instrumento. Quando este foi finalmente interposto, o Tribunal reputou-o intempestivo, já que a sua interposição deu-se contra a decisão que denegara a

273 O acórdão está assim ementado: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA DE VALORES. Penhora de valores inferiores a 40 salários mínimos constantes em conta bancária da Executada. Impossibilidade. Impenhorabilidade de tais valores” (Inteiro teor disponível em: [106](https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2130230-67.2021.8.26.0000&cdProcesso=RI006FR7N0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=v4MhZk055u8qGeLxzdFHzbDmGLf%2FMwTyeWgRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJyQ2Fr5liWIN3bKbQd8IWx%2BOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xlXnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSlsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4V12hXBPd4DGoZBRcr3B2ViNyFT8loyDefiVzfeXyikKtZpGxBKXxfJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqcZb8gAs%2BiuxrGfcdN04mgSr6eIvVKgghaCzrtfvOGUVXnzzW2C%2BLgWHRIIm2DDxTw%2B74hVffdkGu%2B1jGP7Y8NNnVs%3D. Acesso em 08.04.2022).</p></div><div data-bbox=)

reconsideração, quando já escoado o prazo recursal, e não contra a decisão originária responsável pela determinação da penhora.²⁷⁴

Já o sétimo exemplo vem, mais uma vez, do Supremo Tribunal Federal. Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, proposta pelo Governador do Rio de Janeiro, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, intentada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), o Pleno do STF, sob a Relatoria do Ministro Ayres Brito e por unanimidade,²⁷⁵ conferiu ao artigo 1723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para excluir de seu âmbito hermenêutico qualquer interpretação que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo de família. Tal julgamento foi reconhecido pela Unesco, em seu programa "Memória do Mundo", como um patrimônio documental da humanidade, dada a transformação que trouxe à realidade.²⁷⁶ Também aplaudimos essa decisão unânime do Supremo, embora sejamos obrigados a reconhecer que tanto o artigo 226, § 3º, da Constituição²⁷⁷ quanto o artigo 1723 do Código Civil²⁷⁸ disciplinam o instituto familiar da união estável como uma união “entre o homem e a mulher”, literalmente, e não *entre o homem e o homem*, nem *entre a mulher e a mulher*. É inegável que certos limites semânticos foram esgarçados nessa bem-vinda interpretação feita pelo Supremo, até porque não se tratava de uma filigrana gramatical que tenha passado despercebida pelo Constituinte de 1988. É o próprio STF que reconhece ter havido vívido debate sobre o tema no seio da Assembleia Nacional Constituinte e que as “forças conservadoras” prevaleceram na redação final do texto do artigo 226, § 3º, da Constituição, deixando claro que a união estável do texto constitucional não compreenderia uniões homoafetivas. O voto do Ministro Ricardo Lewandowski,²⁷⁹ a propósito, bem demonstra a discussão travada na

274 Inteiro teor disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1028337-13.2016&foroNumeroUnificado=0554&dePesquisaNuUnificado=1028337-13.2016.8.26.0554&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>. Acesso em 08.04.2022.

275 Inteiro teor disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 09.04.2022.

276 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398482>. Acesso em 09.04.2022.

277 “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09.04.2022).

278 “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 09.04.2022).

279 Após transcrever parte dos debates travados entre os constituintes, que deixaram clara sua intenção de excluir do conceito de entidade familiar a união formada entre pessoas do mesmo sexo, o Ministro Ricardo Lewandowski afirma, *verbis*: “Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável. Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a “separação dos Poderes” à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional. (...) E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembléia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convalidação em casamento. Como, então, enquadrar-se, juridicamente, o convívio duradouro e ostensivo entre pessoas do mesmo sexo, fundado em laços afetivos, que alguns – a meu ver, de forma apropriada - denominam de “relação homoafetiva”? Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual

Constituinte sobre esse ponto específico, o que não impediu S. Exa., contudo, de votar de modo favorável ao tratamento equiparado entre a união homoafetiva e a união heteroafetiva.

O que atrai nossa concordância a esse julgado, apesar de sua ruptura com a vontade do constituinte de 1988 e do legislador de 2002, é o fato de ele não implicar qualquer supressão de direitos nem de garantias individuais,²⁸⁰ mas, ao contrário, de estender a desenhos familiares menos ortodoxos a proteção jurídica que o Estado fornece à união entre pessoas de sexo diferente. Em todos os demais exemplos dados até aqui, a decisão que se afasta do Direito posto acaba gerando alguma violação de direito, o que, porém, não acontece no último exemplo.

Dá-se como oitavo exemplo a edição, em 16/12/2009, do Verbete nº 25 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, que tem o seguinte teor: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”²⁸¹.

Desde a edição desse verbete sumular vinculante, portanto, de observância obrigatória tanto pelos órgãos judiciários quanto pela Administração Pública, a prisão civil de depositário infiel não pode mais ser aplicada no Brasil.

Não obstante, a prisão do depositário infiel tem previsão expressa no artigo 5º, inciso LXVII, da vigente Carta, cujos dispositivos são considerados cláusulas pétreas. Tanto a Constituição anterior (artigo 153, § 17, da Emenda Constitucional nº 1/1969) quanto a atual (artigo 5º, inciso LXVII, da Carta Democrática de 1988)²⁸² não deixam dúvida quanto à possibilidade dessa modalidade de prisão civil.

Contudo, o Supremo entende que, embora a Constituição brasileira permita a prisão civil do depositário infiel, tal dispositivo constitucional estaria “paralisado” desde 1992, ano em que o Brasil ratificara o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - PIDCP (artigo 11) e o Pacto de São José da Costa Rica – PSJCR (artigo 7º, 7). Assim, o STF entendeu que passou a faltar lastro legal que

pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise” (Inteiro teor disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 09.04.2022).

280 Alerta-se, porém, com base em importante ressalva feita pelo Professor Joaquim Freitas da Rocha ao ler o texto original, que, sob pena de sucumbirmos à tentação utilitarista, o fato de uma decisão não acarretar supressão de direitos e/ou garantias individuais nem custos para o Estado, não é determinante para se aquilatar a correção ou incorreção dessa mesma decisão, já que esta não deve ser examinada apenas a partir de suas consequências, mas, prioritariamente, a partir da sua própria concepção em si mesma e também, em uma fase até anterior, a partir da forma pela qual se estruturou o seu processo de formação. Trata-se mais de um argumento de reforço, por isso, que de um verdadeiro argumento central.

281 Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_25__PSV_31.pdf. Acesso em 09.04.2022.

282 Estabelece este inciso que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

possibilitasse tal modalidade de prisão civil, pois o diploma legal (Decreto-Lei n.º 911/1969)²⁸³ que a previa teria sido suplantado pelo *status supralegal*²⁸⁴ desses tratados.

Discordamos da posição do STF, pois entendemos que ela derroga, pura e simplesmente, a previsão contida no artigo 5.º, inciso LXVII, da Carta Democrática de 1988, haja vista que sua parte final foi confessadamente “paralisada” pelo Supremo. Isso significa que o Supremo tornou letra morta a cláusula pétrea da Constituição brasileira que permite a prisão civil do depositário infiel.

O nono exemplo vem do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e decorre do julgamento do Mandado de Segurança n.º 20.001/DF, concluído em 12.06.2019²⁸⁵. A Primeira Seção da Corte, constituída pela reunião de órgãos fracionários competentes para apreciar temas de Direito Público (1ª e 2ª Turmas), concedeu a segurança, por unanimidade, para determinar aos Ministros do Trabalho e do Planejamento que nomeassem e empossassem a impetrante no cargo público a cujo concurso se submetera. Interposto contra esta decisão Recurso Extraordinário pela União junto ao Supremo Tribunal Federal (STF)²⁸⁶, este devolveu os autos ao STJ, para exercício de eventual juízo de retratação, à vista da orientação já fixada em Repercussão Geral pelo STF no RE n.º 837.311/PI (Tema 784). O STJ decidiu manter sua decisão e, portanto, não se retratar, por entender que ela está de acordo com a exceção expressamente prevista no referido precedente vinculante, que ressaltava o direito à nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas previsto no certame (caso da impetrante), quando ocorresse “preterição arbitrária e imotivada do candidato habilitado”.

Inobstante ter havido ou não a alegada “preterição arbitrária” da impetrante – até porque os votos condutores não apontam qualquer fato comprobatório neste sentido, que demonstrasse ter a impetrante sido preterida por outro candidato pior classificado -, o que chama a atenção nesse julgamento é a afirmação contida no item 8 de sua ementa, cuja gravidade nos obriga a transcrevê-la literalmente, por fidelidade ao texto que a veicula. Logo depois de referir-se, no item 7 da ementa, à precedente insurgência recursal da União manifestada perante o STF, em que esta alegava que “a

283 O artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 911/1969 concede ao credor fiduciário ação de depósito fundada no contrato de alienação fiduciária em garantia, quando não encontre o bem ou não se ache este na posse do devedor fiduciante. Sendo considerado depositário infiel, bastaria que o devedor, após comprovada sua inadimplência, não devolvesse o bem adquirido mediante financiamento bancário para que fosse determinada sua prisão civil a pedido do credor.

284 Na hierarquia normativa brasileira, os tratados de direitos humanos situam-se abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna, e por isso tornam inaplicável a legislação infraconstitucional que com eles conflite, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Portanto, desde o ano de 1992 (quando os tratados foram finalmente internalizados no Direito brasileiro), a única hipótese de prisão civil é a do devedor de alimentos. Trata-se de um controle de convencionalidade, conforme ensina Valério Mazzuoli, *verbis*: “O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de supralegalidade das leis no Brasil” (MAZZUOLI, Valério. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2ª ed. vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 134).

285 Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, MS 20.001/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 12/06/2019.

286 Andamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5290788>. Acesso em 28.04.2022.

abertura de vagas no prazo de validade do certame por motivo de vacância não se assemelha às causas excepcionais que configuram a hipótese de preterição de direito”, o acórdão saiu-se com a seguinte “pérola”, com o perdão da inescapável metáfora, *verbis*:

“8. O problema que se põe, portanto, é, apenas, o de saber-se em que consiste a preterição arbitrária e imotivada. A expressão **legalidade**, que durante a primeira fase do Estado de Direito dominava a avaliação da validade dos atos administrativos, perdeu, desde os anos iniciais da década de 50 do século XX, a sua primazia. Hoje, o sentido de Estado Democrático de Direito não se rege mais pela simples legalidade, que assumiu a feição de **legalismo**. O Estado contemporâneo submete-se à **juridicidade**, que abrange, além das regras positivas, os princípios jurídicos da justiça, da razoabilidade e da proporcionalidade. Desse modo, os conceitos abertos ou indeterminados **não fornecem mais base jurídica suficiente para afastar a incidência de direitos subjetivos fundamentais**” (STJ, 1ª Seção, MS 20.001/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 12/06/2019) (grifos originais).²⁸⁷

Como se pode ler do trecho da ementa transcrito acima, o STJ, por seu órgão responsável pela uniformização da jurisprudência nacional sobre a Fazenda Pública em sede infraconstitucional, afirma categoricamente que observar a *legalidade* consiste em **legalismo**. Tal afirmação é tão esdrúxula que sequer merece se envidem maiores esforços teóricos para refutá-la, bastando objetar-lhe que a noção atual de legalidade, enquanto princípio previsto constitucionalmente tanto no Brasil quanto em Portugal, como também em grande parte das nações civilizadas, em nada se confunde com o legalismo exegético que animava os juristas do século XVIII, a menos que se entenda não caber mais qualquer papel à lei nos dias de hoje, como pregam os antiformalistas. Observar a lei não é, nem nunca foi, legalismo. Se a lei não importa mais para o STJ, a conclusão inevitável a que se chega é que esta Corte Superior demitiu-se da grave missão jurisdicional que a Constituição de 1988 lhe atribuiu, que é a de zelar pela correta aplicação da legislação federal, bem como a de uniformizar, com efeitos vinculantes para os tribunais de segunda instância, a boa interpretação do direito infraconstitucional.

E, como se não bastasse ter afirmado, sem maiores explicações, que hoje a *legalidade* “assumiu a feição de *legalismo*”, o STJ ainda foi além no malsucedido item 8 de sua ementa, por incrível que pareça. Ele também asseverou que a noção de juridicidade abrangeria o “princípio jurídico da justiça”. Ora, em primeiro lugar, caberia perguntar o que o STJ quis dizer com a vaga expressão “princípio jurídico da justiça”²⁸⁸. Mas, como parece pouco provável obter-se da Corte uma resposta

287 Inteiro teor disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300904080&dt_publicacao=02/09/2019. Acesso em 28.04.2022.

288 Na teoria liberal da justiça como equidade de John Rawls, por exemplo, não há um “princípio da justiça”, mas sim dois *princípios de justiça fundamentais*, que são a *liberdade* e a *igualdade*, os quais operam de tal sorte que o último só entra em jogo quando o primeiro estiver satisfeito. Assim, a liberdade goza, para Rawls, de prioridade em relação à igualdade: “*The two principles are in lexical order, and therefore the claims of liberty are to be satisfied first. Until this is achieved no other principle comes into play*” (RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 214). Sendo a liberdade o fundamento axiológico da legalidade, já que no Estado de Direito todos são livres para fazer o que bem entenderem no silêncio da lei (com exceção dos agentes públicos, cuja liberdade é muito mais reduzida que a dos particulares), infere-se que a teoria de Rawls não pode ser evocada com vistas a fragilizar ou relativizar a norma jurídica, até porque não se trata de uma teoria de bases metafísicas, mas sim de uma concepção

satisfatória a tal questionamento - pois ele necessariamente exige divagações metafísicas que escapam à missão do STJ, a qual certamente não é a de elucubrar teoricamente sobre conceitos da Filosofia Moral -, conclui-se não ser curial que um tribunal incumbido pela Constituição de aplicar o Direito posto na legislação federal venha a flertar com o jusnaturalismo.

Afinal, se coubesse ao STJ aplicar *princípios de justiça* em vez das leis vigentes, o artigo 105, III, da Constituição brasileira não lhe teria outorgado a competência de julgar recursos interpostos contra decisões de tribunais de segunda instância, “quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”²⁸⁹.

E a cereja do bolo foi o STJ, ainda no fatídico item 8 de sua ementa, também afirmar que “os conceitos abertos ou indeterminados (*como o de “preterição arbitrária e imotivada do candidato habilitado”*) não fornecem mais base jurídica *suficiente* para afastar a incidência de direitos subjetivos fundamentais”, como se esses conceitos em algum momento da história já tivessem fornecido “base jurídica suficiente” para algum tipo de decisão judicial. A indeterminação pertence, como o próprio nome já indica, à própria natureza de tais conceitos, os quais necessitam, em sua essência, integrar-se com outros elementos axiológicos e fáticos para que sua aplicação ao caso concreto se perfectibilize. Por conseguinte, os conceitos jurídicos indeterminados, ao contrário do que dá a entender o acórdão, *nunca* tiveram a capacidade de *fornecer base jurídica suficiente* ao que quer que seja. Trata-se, como se denota, de um argumento meramente retórico o utilizado pelo STJ, que se valeu de um raciocínio tautológico na tentativa de legitimar um alargamento da sua própria discricionariedade decisional, de modo a que dentro dela caiba todo e qualquer entendimento judicial, por mais ilegal que seja, bastando para tanto apenas que se recorra, porém, a certas categorias metafísicas, cujo maior exemplo é o alegado *princípio da justiça*. Registre-se, por fim, que a decisão incorreu em indesejável maximalismo, pois, ao invés de conter-se nos limites do caso concreto para resolvê-lo de modo circunspeto e à luz da legislação e dos precedentes aplicáveis, a fundamentação utilizada pelo STJ incorreu em excesso de linguagem, dada a verbosidade e malsucedida tentativa, esboçada pelo acórdão, de fazer doutrina em espaço inadequado²⁹⁰ e a partir de premissas metodológicas no mínimo

política de justiça, assentada em bases consensuais plurais e liberais. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva é certo ao confirmar esta última ressalva, quando conclui que, *verbis*: “A concepção política de justiça é apresentada não como uma concepção da justiça verdadeira, mas como uma concepção que pode servir de base a um acordo político informado e voluntário entre cidadãos, vistos como pessoas livres e iguais” (SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. “Teoria da Justiça de John Rawls”. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 35, n. 138, abr./jun. 1998, pp. 193-212, p. 210).

289 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 28.04.2022.

290 O saudoso Professor Ricardo Lobo Torres, ao tecer suas sofisticadas críticas ao maximalismo judicial, sempre dizia em suas aulas e palestras que o processo judicial não é o *locus* adequado para a elaboração de teorias jurídicas; mas ressalvava que os juizes não estavam proibidos de criá-las, desde que o fizessem na forma de textos acadêmicos e sob o rigor científico da metodologia jurídica, e jamais na forma de uma decisão judicial, seja unipessoal, seja

nebulosas, que baralham temas aparentemente conflitantes entre si, como o são a aplicação de precedentes, o respeito à legalidade, a criação de máximas jusnaturalistas, o manejo de métodos de interpretação e integração de conceitos jurídicos indeterminados, entre outros temas que metodologicamente pouco dialogam uns com os outros.

O décimo exemplo é extraído do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIO) nº 26/DF, finalizado em 13.06.2019,²⁹¹ por meio do qual o STF, abusando do maximalismo judicante, criminalizou a homofobia, criando um tipo penal novo, em detrimento do princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República.

Por mais que o Supremo pretendesse, por meio das teses fixadas nesse julgado, defender nobres interesses em favor da tão estigmatizada população LGBTI+, o fato é que a Corte Constitucional brasileira abriu uma brecha importante para a criminalização de condutas não tipificadas na lei penal, o que se revela ser um precedente perigosíssimo em desfavor da noção de Estado de Direito esposada na presente investigação doutoral.

O décimo primeiro exemplo é a decisão monocrática proferida pelo Ministro Dias Toffoli, também do STF, na qualidade de seu Presidente, na Suspensão Nacional de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (SNIRDR) nº 12/RS.²⁹² Ao criar requisito não constante do artigo 982, § 4º, do CPC, o referido Ministro negou-se a deferir o pedido de extensão, para todo o território nacional, da suspensão de processos com temática idêntica à da discutida em um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) que estava em vias de julgamento no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). A decisão foi mantida pelo Presidente que lhe sucedeu, Ministro Luiz Fux,

colegiada, que por sua própria natureza não se submete ao necessário escrutínio acadêmico. Sentença, para Torres, era o local sagrado da resolução dos conflitos, e não da multiplicação deles por excesso de linguagem ou abordagem desnecessária de temas estranhos aos autos, cuja suscitação gera vulnerabilidades ao ato decisório que poderiam ter sido evitadas.

291 Sob a Relatoria do Ministro Celso de Mello e com o voto vencido apenas do Ministro Marco Aurélio, o Pleno do STF fixou as seguintes três teses nesse julgamento histórico, *verbis*: “1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito” (Inteiro teor disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em 09.04.2022).

292 Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1202362/false>. Acesso em 09.04.2022.

que negou provimento aos embargos declaratórios opostos contra a decisão anterior, sob o fundamento de inexistência, na espécie, dos requisitos para o deferimento da suspensão nacional de processos pleiteada, a revelar mero inconformismo da parte embargante. E o novo Presidente acrescentou que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já havia concluído o julgamento do IRDR na origem, fixando tese no sentido da licitude da divulgação por provedores de internet de conteúdos de processos judiciais, o que estaria em conformidade com o entendimento do Plenário do STF assentado no julgamento do RE 1.010.606 – Tema 786 da sistemática de Repercussão Geral, sendo, portanto, despidianda a suspensão postulada pelo recorrente.

Apesar de o artigo 982, § 4º, do CPC não exigir que o requerente da suspensão demonstre ter proposto um IRDR no tribunal de sua circunscrição territorial e que este tenha sido inadmitido, tal como exigido pela decisão do Min. Toffoli e confirmado pela do Min. Fux, entendemos que tal exigência não chega a ser considerada ilegal, pois o dispositivo normativo em comento não prevê a concessão automática do pedido de suspensão. O § 3º do dispositivo²⁹³ prevê apenas que o interessado, que necessariamente deve ser parte em processo no qual se discuta questão jurídica idêntica à discutida em IRDR já instaurado, “poderá requerer” ao STF ou ao STJ a suspensão de todos os processos em território nacional com a mesma temática, o que foi feito pelo requerente. Se o Presidente do STF não é obrigado por lei a deferir todo e qualquer pedido de suspensão nacional dos processos que tenham ponto em comum com os já suspensos pelo tribunal em que tramita o IRDR, conclui-se que há uma margem legal de discricionariedade para essa atuação presidencial, a qual leva em conta inúmeros fatores contranormativos, tais como a quantidade de processos que tramitam em território nacional sobre o tema, a complexidade e o grau de maturação da discussão neles travada, a orientação jurisprudencial vigente no próprio STF sobre a matéria, o impacto que eventual suspensão causaria nas já elevadas taxas de congestionamento de processos e nos gargalos judiciais existentes, entre diversos outros fatores. Ademais, a decisão da Presidência do STF também aponta que o requerente “não demonstrou estatisticamente o caráter serial da controvérsia em âmbito nacional, cingindo-se tão

293 Eis o inteiro teor do dispositivo legal em comento: “**Art. 982.** Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias; III - intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes.

§ 2º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

§ 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, **poderá requerer** ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

§ 4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo.

§ 5º Cessa a suspensão a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente” (**grifou-se**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 09.04.2022.

somente a mencionar algumas decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul”.

Forçoso inferir-se, por conseguinte, que o simples fato de a decisão judicial ora exemplificada ter-se valido de exigência não prevista em lei, para indeferir o requerimento suspensivo, não representa uma mácula indelével de ilegalidade, mas, ao revés, pode até mesmo representar uma postura judicial responsável e preocupada com os compromissos assumidos pelo legislador, ao criar no Código de Processo Civil de 2015 um microsistema de resolução de questões repetitivas. Entre esses compromissos estão, evidentemente, a proteção à segurança jurídica e os incentivos legais à razoável duração dos processos e à redução da espiral de macrolitigiosidade crescente que assola o país desde a Constituição de 1988, com o maior acesso à justiça que ela democraticamente proporcionou.

O décimo segundo vem do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, por sua 1ª Seção,²⁹⁴ em julgamento ocorrido em 08.09.2016 (portanto, já sob a égide do CPC/2015), entendeu, por unanimidade, que “[O] julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”²⁹⁵, conforme se lê no item 2 da ementa do julgado.

Trata-se de jurisprudência defensiva e manifestamente ilegal, vez que se subsume à moldura traçada no artigo 489, § 1º, inciso IV, do CPC/2015, segundo o qual não se considera fundamentada a decisão judicial que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. O STJ, porém, tenta se justificar afirmando, naquele mesmo item 2 da ementa, que, *verbis*: “A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida”.

Todavia, apesar de repetir retoricamente os dizeres legais – o que, inclusive, também consiste em ausência de devida fundamentação, nos termos do inciso I daquele mesmo § 1º do artigo 489 -, o STJ, no referido julgamento, olvidou-se de atentar para o fato de que a inovação contida neste dispositivo legal veio justamente para combater a vetusta jurisprudência defensiva que imperava no

294 A 1ª Seção do STJ é o órgão responsável pela uniformização da jurisprudência nacional, em sede infraconstitucional, sobre os temas que envolvem a Fazenda Pública; daí a superlativa importância desse julgado. Some-se a isso o fato de a fundamentação da decisão judicial ter sido alçada à qualidade de exigência constitucional pelo artigo 93, IX, da Carta de 1988, de modo que a motivação decisória é um direito do jurisdicionado e, a um só tempo, um dever do magistrado.

295 Trata-se do acórdão proferido nos Embargos de Declaração opostos ao acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 21.315/DF, Rel. Des. convocada Diva Malerbi. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27EDMS%27.clas.+e+@num=%2721315%27\)+ou+\(%27EDcl%20no%20MS%27+adj+%2721315%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27EDMS%27.clas.+e+@num=%2721315%27)+ou+(%27EDcl%20no%20MS%27+adj+%2721315%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 22.06.2022.

próprio STJ, representativa de um modelo denominado “sistema de fundamentação suficiente”,²⁹⁶ o qual foi superado pelo atual “sistema de fundamentação exauriente” trazido pelo Novo Código. De acordo com o novo modelo instaurado pelo legislador de 2015, não basta que o magistrado tenha um motivo “suficiente” para decidir a demanda, pois lhe cabe, além disso, enfrentar as teses suscitadas pelas partes antes de proferir seu veredicto, salvo se se tratar, como é óbvio, de alegação incapaz²⁹⁷ de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida, ainda que a revisão só venha a ocorrer na instância superior, depois de prequestionado o tema alegado.

Assim, ao contrário do que afirmado pelo STJ no julgamento sob exame, a previsão contida no artigo 489, § 1º, IV, do CPC/2015 veio para superar, e não para “confirmar”, a jurisprudência defensiva que se havia sedimentado no seio daquele Tribunal Superior sobre os escombros do antigo sistema de *fundamentação suficiente*. Segundo o atual sistema, inaugurado pelo Código de 2015 e apelidado de *fundamentação exauriente*, fica o órgão julgador obrigado, sim, a responder, um a um, todos os questionamentos suscitados pelas partes, com exceção apenas, como já ressaltado, dos prejudicados e dos incapazes de infirmar a conclusão judicial. Dessa forma, por mais que o órgão jurisdicional tenha encontrado motivação suficiente para fundamentar sua decisão, isso não o dispensa de enfrentar, também de modo fundamentado, todas as demais motivações que as partes e o Ministério Público entendam igualmente suficientes e capazes de infirmar a decisão. Certa discussão se trava quanto aos julgamentos proferidos pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais, pois, sendo competentes para processar causas de menor complexidade jurídica e menor impacto econômico, há entendimento de que tais órgãos judiciais estariam dispensados de observar o disposto no referido inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015,²⁹⁸ sem embargo de respeitável posicionamento em sentido contrário²⁹⁹.

296 Tal jurisprudência defensiva se havia consolidado no julgamento do REsp 1.104.184/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado pela 1ª Seção em 29.02.2012, afetado à sistemática dos recursos repetitivos (Tema 455), ainda sob a égide do CPC/1973, de cuja ementa se extrai, *verbis*: “Destaca-se, ainda, que, tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, todos os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório seu caráter de infringência do julgado” (sublinhou-se). Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271104184%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271104184%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271104184%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271104184%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 22/06/2022.

297 Uma alegação dessa natureza mostra-se até mesmo inútil para os fins almejados por quem a formula, de modo que a sua apreciação pelo magistrado se mostra desnecessária, por absoluta falta de interesse de quem alega. Isso também pode ocorrer na hipótese de alegações cuja apreciação tenha restado prejudicada, tal como se verifica na situação de que trata o Enunciado nº 12 da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), *verbis*: “Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante”. Bem diversa, porém, é a hipótese em que a alegação “parece” não ter muita relevância para o magistrado que, por isso, deixa de apreciá-la, mas, para quem alega, a suscitação da tese é relevante para fins de prequestionamento junto às instâncias recursais. Neste último caso, o magistrado ou órgão colegiado é, sim, obrigado a apreciá-la, ainda que para indeferir o pedido, pois a alegação poderá, na instância superior, infirmar a conclusão a que chegou o juízo de piso inferior.

298 A corrente que entende neste sentido é preponderantemente filiada aos órgãos ligados à magistratura, seja ao Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), seja à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), tal como se verifica nos seguintes enunciados: Enunciado 153 do FONAJE (“A regra do art. 489, parágrafo primeiro, do NCPC deve ser mitigada nos juizados por força da primazia dos princípios da simplicidade e informalidade que regem o JEF”); Enunciado 162 do FONAJE (“Não se aplica ao Sistema dos Juizados Especiais a regra do art. 489 do CPC/2015 diante da expressa previsão contida no art. 38, *caput*, da Lei 9.099/95”); Enunciado 10 da ENFAM (“A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência

O décimo terceiro exemplo também vem do Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se de decisão que “relativiza” (*rectius*, “viola”) a impenhorabilidade legal dos valores depositados na conta bancária em que o executado recebe a sua remuneração. No julgamento do REsp 1658069/GO (Relatora Min. Nancy Andrighi, DJe de 20.11.2017), o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73, a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família”.

No mesmo sentido da relativização da regra legal de impenhorabilidade dos valores depositados na conta bancária em que o executado recebe a sua remuneração ou proventos de aposentadoria, citam-se também dois acórdãos mais recentes, igualmente proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, na forma das ementas a seguir:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PENHORA DE PERCENTUAL DOS PROVENTOS DO DEVEDOR. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE (CPC/1973, ART. 649, IV; CPC/2015, ART. 833, IV). EXCEPCIONAL CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "Em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73, a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família" (REsp 1.518.169/DF, Red. p/ acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, **CORTE ESPECIAL**, j. em 03/10/2018, DJe de 27/02/2019).

2. No caso, em consonância com o entendimento desta Corte Superior, as instâncias ordinárias, examinando as circunstâncias da causa, como a demora no pagamento e a conciliação infrutífera, entenderam devida a penhora de 15% dos proventos do obrigado, sem risco à subsistência e à dignidade do devedor e de sua família, sendo cabível, portanto, a mitigação da regra da impenhorabilidade.

3. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp n. 1.897.103/SE, Relator Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, julgado em 29/08/2022, DJe de 01/09/2022.)

de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa"); e Enunciado 47 da ENFAM ("O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais").

299 Vide, como exemplo da corrente contrária, o Enunciado 309 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis): "O disposto no § 1º do art. 489 do CPC é aplicável no âmbito dos Juizados Especiais". Tendemos a concordar com a aplicação, aos Juizados Especiais, deste Enunciado do FPPC, pois a necessidade de fundamentação adequada emerge do próprio texto constitucional (artigo 93, IX, da CR/1988), de modo que uma fundamentação deficiente ou incompleta não atende à referida exigência constitucional, a compreender a fundamentação enquanto uma realidade dialógica. Neste sentido, vide: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. "Confirmar a sentença por seus 'próprios fundamentos' não é motivar: a influência normativa do art. 489, § 1º do CPC/15 sobre o art. 46 da Lei 9.099/95". //z. REDONDO, Bruno Garcia et al. **Juizados Especiais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, pp. 513-525. Não desconhecemos, porém, precedentes em sentido inverso do STF, nos quais a Suprema Corte brasileira afirma que "O acórdão proferido por Turma Recursal que adote os fundamentos da sentença não afronta o art. 93, IX, da Constituição" (STF, 1ª Turma, ARE n° 804.778 AgR/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14.10.2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282038/false>. Acesso em 22.06.2022). Observe-se, porém, que o referido acórdão do STF é anterior ao CPC/2015 e, além disso, não emanou de seu Plenário, senão de órgão fracionário, incompetente, portanto, para fixar jurisprudência qualificada ou tese vinculante.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VERBA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE. RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL. COMPROMETIMENTO DA RENDA. COMPROVAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N° 7/STJ.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n°s 2 e 3/STJ).

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 833, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família.

3. Na hipótese, inviável rever a conclusão do aresto impugnado acerca da impossibilidade de deferimento da penhora em virtude da constatação do comprometimento da renda da agravada, visto que demandaria o reexame fático-probatório dos autos (Súmula n° 7/STJ).

4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp n. 1.963.731/PR, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 22/08/2022, DJe de 26/08/2022)

E tais precedentes, apesar de não vinculantes formalmente, acabam servindo de escudo retórico pela jurisprudência defensiva dos tribunais regionais ou estaduais em sua incansável empreitada de impedir a ascensão, aos Tribunais Superiores, de recursos especiais interpostos contra acórdãos regionais ou estaduais que reproduzam aquele entendimento ilegal, tal como se verifica na seguinte decisão da Vice-Presidência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, proferida para obstar, sem amparo na legislação, a subida do Recurso Especial regularmente interposto pela parte que teve seus proventos de aposentadoria ilegalmente penhorados, *verbis*:

“O presente recurso especial não deve ser admitido, pois inexistem no acórdão impugnado elementos que contrariem os dispositivos infraconstitucionais alegadamente violados.

Ademais, friso que o resultado do julgamento se baseia em determinadas premissas fáticas e que, segundo a orientação contida na Súmula n° 7 do Superior Tribunal de Justiça, é vedado, em sede de recurso especial, o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos (“*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”).

Com efeito, seria necessária uma análise fático-probatória no contexto de definir se a parte executada teria demonstrado a impenhorabilidade disposta no art. 833, IV, do CPC, ou seja, seria imprescindível verificar se ela teria produzido prova concreta no sentido de que a verba bloqueada atentaria contra a sua dignidade, para que se possa, então, analisar a possibilidade de se impedir o bloqueio mensal de 30% dos seus proventos de aposentadoria, o que encontraria óbice na súmula 7 do STJ.

(...)

Não obstante a literalidade da Súmula n.º 83 do STJ ("*Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida*"), o enunciado é suficiente para obstar também o recurso interposto pela alínea "a", quando a pretensão da parte recorrente for contrária ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como na presente hipótese.

Não restou demonstrado, sem necessidade de exame dos fatos e provas, que o julgado contrariou os dispositivos legais citados.

Sendo assim, **INADMITO** o recurso especial, nos termos do artigo 1030, V do Código de Processo Civil."³⁰⁰

Demonstrada acima a situação de ilegalidade perpetrada pelo Judiciário, indaga-se: a quem recorrer na espécie, se a própria Corte que tem o dever de velar pela normatividade da lei federal – o Superior Tribunal de Justiça – acaba dando mau exemplo aos tribunais intermediários? O resultado é que acórdãos regionais e estaduais manifestamente contrários à lei transitarão em julgado, a despeito de inexistir orientação vinculante dos Tribunais Superiores que lhes sirva de fundamento. E de nada adiantará à parte afetada recorrer tempestivamente e de modo fundamentado, pois seu recurso será obstado na origem. Trata-se da institucionalização judicial da ilegalidade no caso concreto, com vistas a petrificá-la, sem dar-se a efetiva oportunidade ao jurisdicionado para conseguir sustar, a tempo e modo, uma decisão flagrantemente ilegal.

Está-se diante de um Estado de Direito *paralelo*, no qual o Judiciário cria uma nova e alternativa ordem legal, que se revela contrária à legalidade democrática e, não obstante, passa a ser coercitivamente aplicada pelos órgãos judiciais. E, se houver insistência recursal do jurisdicionado em face dessas decisões proferidas contra texto expresso de lei, esses mesmos órgãos judicantes lhe aplicarão multa por litigância de má-fé, caso considerem "manifestamente inadmissível, improcedente ou protelatório o recurso", com espeque nos artigos 1021, § 4º, e 1026, § 2º, ambos do CPC.

Por fim, o décimo quarto, derradeiro e mais emblemático exemplo de desprezo judicial às normas legais vem do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Nele a Corte mineira decidiu, em acórdão proferido em 04.05.2022,³⁰¹ desrespeitar, a um só turno, o comando contido no artigo 85, § 8º, do CPC/2015 e a tese vinculante, emanada da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que confirmara, no julgamento do Tema 1.076, a literalidade do referido dispositivo. No Capítulo 2, tópico 2.1, já havíamos comentado, inclusive, sobre a desnecessidade de que o STJ fosse

300 Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF/2, Vice-Presidência, Agravo de Instrumento N° 0001731-38.2020.4.02.0000/RJ, decisão monocrática proferida em 18.10.2022. Consulta processual disponível em: https://eproc.trf2.jus.br/eproc/controlador.php?acao=processo_selecionar&numero_processo=00017313820204020000&hash=d71d6293e2ded395fe69f9ab334e6daa. Acesso em 09.01.2023.

301 O julgamento deu-se no processo n° 5005306-73.2017.8.13.0245. O interior teor do acórdão está disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=100002203597150012022808621>. Acesso em 11.05.2022.

instado apenas para repetir o que já constava claramente da lei. Mas, como se vê, o pronunciamento do STJ era, sim, necessário. Mas nem isso foi suficiente para que o TJMG observasse o que a lei processual dispõe sobre honorários advocatícios. Mesmo após o STJ ter deixado claro - mais claro até do que já constava da lei - que aquele parágrafo 8º do artigo 85 não permite interpretação extensiva para hipóteses que contam com tratamento legal expresso e em sentido contrário, e malgrado tal pronunciamento superior seja vinculante nos termos do artigo 927, III, do CPC, a Corte estadual preferiu *seguir o instinto de justiça* de seus desembargadores e, assim, reescrever a lei e a jurisprudência obrigatória.

Escudando-se no *súper-trunfo retórico* representado pela mera remissão aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (os quais tudo justificam, inclusive a violação a regras expressas em lei) para afastar “*a interpretação literal da disposição processual*”, a 20ª Câmara Cível do TJMG simplesmente recusou-se a aplicar o CPC ao caso e a seguir o entendimento vinculante firmado pela Corte Especial do STJ sobre a matéria. Para tanto, o órgão colegiado ainda criou uma regra processual para que o artigo 927 do CPC pudesse ter aplicação: as teses vinculantes ali previstas deveriam ter sido aprovadas “*pela maioria absoluta do órgão competente para tanto*”. Entendeu-se que, apesar de a lei processual não exigir quórum diferenciado para a formação dos pronunciamentos vinculantes previstos no artigo 927 do CPC, “*não se autoriza que teses jurídicas tenham força vinculante sem uma aprovação robusta dos respectivos membros*”.

Verifica-se, portanto, que a lei tem muito pouco valor prático na jurisdição brasileira. Neste último exemplo, não bastou ao TJMG recusar aplicação da regra legal que disciplina o arbitramento de honorários advocatícios. Ele foi além. Negou também a aplicação da própria regra legal que manda os tribunais inferiores observarem a jurisprudência superior firmada em recursos repetitivos, com as teses vinculantes daí resultantes. Qual o valor da lei? Para o órgão responsável pelo julgamento tomado de exemplo, nenhum.

Encerra-se o presente Capítulo reiterando que a presente tese doutoral não nutre nenhum tipo de dogmatismo e nem de apego irracional à literal letra da lei - e nem mesmo poderia fazê-lo em pleno século XXI, depois de passados três séculos da superação da Escola da Exegese. Não nos filiamos a qualquer dogmática exclusivista, tal como o totalitarismo legal benthamiano, que não consegue enxergar fora da lei o menor indício de direito – dogmática que Amartya Sen alcunhou de Pós-Legal,

conforme ensina Maria Clara Calheiros³⁰². Mas o fato de não sustentarmos qualquer tipo de *dogmatismo* não significa que sejamos, necessariamente, contrários à boa *dogmática*³⁰³ do Direito. Pelo contrário, entendemos que a dogmática promove previsibilidade ao estabelecer critérios racionais de interpretação e de aplicação das normas e dos institutos jurídicos em geral, nunca desconsiderando, diferentemente do que fazem alguns agentes decisórios, o texto elaborado pelo legislador e a natureza jurídica dos temas que são objeto de análise. E com essa missão da dogmática estamos de pleno acordo, sob pena de admitirmos uma jurisdição subjetivista, casuística, desprovida de respeito a parâmetros mínimos de objetividade e infensa à isonomia e à segurança jurídica.

302 “Este autor classifica aquelas teorias em três categorias: as teorias de direitos pós-legais, as teorias de direitos proto-legais e as teorias de direitos ideais-legais. A teoria de BENTHAM pertenceria justamente à primeira delas, uma vez que, como atrás se disse, os únicos direitos existentes são aqueles que a lei cria em cada momento” (CALHEIROS, Maria Clara. **A crítica aos Direitos do Homem. Notas à luz das *Anarchical Fallacies* de Jeremy Benthan**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2015, p. 14).

303 Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., uma das maiores finalidades da dogmática jurídica, desde o prestígio que passou a acumular devido ao minucioso trabalho desenvolvido pelos glosadores a partir do século XI, é a de conter o arbítrio da função jurisdicional, indicando aos operadores do Direito critérios objetivos cuja observância proporcionasse racionalidade e maior certeza decisória ao ato de julgar (FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **A função social da dogmática jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 20-21).

CAPÍTULO 4: O PAPEL DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DIANTE DE ARGUMENTOS CONTRANORMATIVOS

4.1. Apontamentos iniciais sobre as possíveis *causas* da decisão judicial

O presente Capítulo retoma algumas ideias inacabadas que começamos a desenvolver em artigo veiculado pela Revista Lusíada³⁰⁴, publicado em 22 de dezembro de 2021, no qual confrontamos os contextos de *justificação* e *descoberta* da decisão judicial.

Desse confronto de contextos extraem-se frutos para os fins colimados pela presente tese doutoral, embora esta não tenha por objeto a psicologia da decisão judicial, na qual costumam aprofundar-se os estudiosos do realismo jurídico, preocupados que são muito mais com o contexto material de *descoberta* que com o contexto formal de *justificação*.

Há uma vasta bibliografia atual sobre a aplicação das ciências comportamentais e cognitivas no Direito, as quais se propõem a analisar, do ponto de vista causal, o processo de tomada de decisão judicial sob o prisma da psicologia comportamental, da economia e da política, entre outros, na tentativa de teorizar - de modo *cientificamente* credenciado, na visão de seus entusiastas - sobre o funcionamento de vieses cognitivos, heurísticas, *nudges*, ruídos, etc.³⁰⁵ Trata-se de abordagens que se inserem, porém, numa concepção puramente contranormativa e que, por essa razão, não servem de base teórica para a tese ora defendida, a qual tem por objeto a defesa e o resgate da dimensão

304 STRÄTZ, Murilo. "Argumentos. Descubrem ou apenas justificam?". In Revista de Direito Lusíada, v. 25, série II, n.º. 26. Lisboa: Universidade Lusíada Editora (ISSN: 2182-4118), 2021, pp. 143-175.

305 Citam-se, a título ilustrativo, alguns dos principais trabalhos nesse domínio científico: ANDRADE, Flávio Da Silva. "A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos". In Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 5, n. 1, p. 507, 2019. BAGO, Bence; DE NEYS, Wim. "The Smart System 1: evidence for the intuitive nature of correct responding on the bat-and-ball problem". In Thinking and Reasoning, v. 25, n. 3, pp. 257-299, 2019. BRAMAN, Eileen. "Cognition in the Courts". In EPSTEIN, Lee; LINDQUIST, Stefanie A. (orgs.). In The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior, 1ª. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 283-507. BUZSÁKI, György. The Brain from Inside Out. New York: Oxford University Press, 2019. CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins e. "Julgamento e tomada de decisões no direito". In Julgamento e Tomada de Decisão. São Paulo: Pearson, 2018. COHEN, Adam. Supreme Inequality: The Supreme Court's Fifty-year battle for a more unjust America. New York: Penguin Press, 2020. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018. EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Behavior of Federal Judges: a theoretical and empirical study of rational choice. Cambridge: Harvard University Press, 2013. EVANS, Jonathan St B.T.; STANOVICH, Keith E. "Dual-Process Theories of Higher Cognition: Advancing the Debate". In Perspectives on Psychological Science, v. 8, n. 3, pp. 223-241, 2013. FURGESON, Joshua R.; BABCOCK, Linda; SHANE, Peter M. "Behind the mask of method: Political orientation and constitutional interpretive preferences". In Law and Human Behavior, v. 32, n. 6, pp. 499-516, 2008. HARRIS, Allison P.; SEN, Maya. "Bias and Judging". In Annual Review of Political Science, v. 22, p. 241-259, 2019. HORTA, Ricardo Lins; COSTA, Alexandre Araújo. "Desafios da Agenda de Pesquisa Empírica em Psicologia da Tomada de Decisão Judicial no Brasil". In Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 7, n. 3, p. 76-110, 2020. KAY, John; KING, Mervyn. Radical Uncertainty: Decision-Making Beyond the Numbers. New York: W. W. Norton & Company, 2020. KUNDA, Ziva. "The Case for Motivated Reasoning". In Psychological Bulletin, v. 108, n. 3. New Jersey: Princeton University, pp. 480-498, 1990. Disponível em: <https://fbaum.unc.edu/teaching/articles/Psych-Bulletin-1990-Kunda.pdf>. Acesso em 10/04/2022. MORAES, José Diniz de; TABAK, Benjamin Miranda. "As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito". Revista Direito GV, v. 14, n. 2, pp. 618-653, 2018. NOJIRI, Sérgio. Emoção e Intuição: Como (de fato) se dá o processo de tomada da decisão judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. Desconfiando da Imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. ROSA, Alexandre Morais da. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. 5ª. ed. Florianópolis: EMais, 2019. RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. SPAMANN, Holger et al. "Judges in the lab: No precedent effects, no common/civil Law Differences". In Journal of Legal Analysis, v. 13, n. 1, p. 110-126, 2021. STRUCHINER, Noel; DE ALMEIDA, Guilherme da F.C.F.; HANNIKAINEN, Ivar R. "Legal decision-making and the abstract/concrete paradox". In Cognition, v. 205, September 2019, p. 104-121, 2020.

normativa do Direito positivo, tão corroida que tem sido pelas denominadas ciências do comportamento.

Tais estudos comportamentais afirmam haver uma tendência do ser humano em justificar racionalmente motivações já engendradas interiormente a partir de suas próprias orientações político-ideológicas e de determinados incentivos, de modo que não haveria falar-se em decisão exclusivamente racional; toda decisão teria, assim, um fator emocional.³⁰⁶ É fácil confirmar na prática forense o que dizem aqueles estudos, bastando, para tanto, ver que nenhum juiz admite em uma sentença que, por questões intuitivas ou preconceitos pessoais, já estava convencido da culpabilidade do réu antes mesmo de iniciada a instrução probatória e que as provas foram produzidas apenas para legitimar formalmente aquele pré-julgamento. Uma confissão com esse teor nunca foi constatada – e jamais o será – nos anais da Justiça brasileira, por razões óbvias.

Sabe-se que há fatores extrajurídicos e até contranormativos importantíssimos na causação do resultado decisório. Isso é uma constatação psicológica irrefutável. Mas o estudo de tal relação de causalidade, a dar-se entre os impulsos psicológicos que governam o juiz e a decisão que ele proleta assim impulsionado, não constitui o mote da presente tese, uma vez que esta não se volta a investigar os aspectos psicológicos da decisão judicial, senão os seus aspectos normativos, considerando que o Direito é uma instância *social* e *externa* à consciência humana, não se confundindo, assim, com a Moral, que constitui uma instância *psicológica* e *interna* à consciência de cada indivíduo.³⁰⁷

Sabe-se, também, que o processo deliberativo de tomada da decisão judicial, em especial nos casos difíceis (*hard cases*), costuma despertar desacordos morais razoáveis, tanto no caminho

306 Daniel Kahneman, Cass Sunstein e Olivier Sibony, por exemplo, pesquisam sobre os “ruídos” no processo decisório. Segundo tais autores, os vieses cognitivos e as heurísticas (atalhos cognitivos, regras práticas e decisões rápidas do “sistema 1”, dito “rápido” e responsável por decisões morais, que se pensava funcionar de modo mais impulsivo e automático que o “sistema 2”, dito “devagar” e responsável por cálculos utilitaristas) descobririam isso. Já os *nudges* seriam incentivos escamoteados, que acabam sendo usados para motivar certos comportamentos. E, ao abordar a discussão atual sobre a aplicação da inteligência artificial ao Direito, tais pesquisadores afirmam que máquinas guiadas por algoritmos podem até estar sujeitas a *vieses*, mas não a *ruídos*, pois só os julgamentos humanos podem equivocar-se a partir de ruídos. Outra preocupação dos autores é a de diferenciar *racionalidade* e *racionalização*, sendo a primeira pautada em critérios científicos e em experimentos práticos, enquanto a segunda seria um subterfúgio retórico para justificar ideias já preconcebidas e infensas ao debate científico. Para aprofundamento do tema, que não constitui o objeto principal desta tese doutoral, vide: KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Noise: a flaw in human judgement**. London: William Collins, 2021.

307 Na lição de Patrick Chasteney – da qual discordamos em parte –, ao seguir o conceito durkheimiano de Direito, este é compreendido como um “fato social” e “externo” ao indivíduo, a condicionar o seu comportamento por meio de leis formais que, não obstante, acabam misturando-se com outras normas sociais. O problema é que, segundo tal visão sociológica de Direito, este passa a ser visto como algo internalizado pela sociedade a ponto de confundir-se com outras normas de conduta sociais, como os costumes e os princípios morais: “*Le droit est bien un fait social au sens durkheimien du terme. La norme sociale est le ‘ déjà-là ’, pas nécessairement pensé comme tel. Lorsque l’acteur social accède à la conscience de soi, il est obligé de couler son action dans ce moule préexistant. Il ne le choisit pas, il s’impose à lui. Durkheim a dit l’essentiel sur ce point. Cette norme n’a pas besoin d’être écrite ou codifiée juridiquement : les mœurs, les usages, les modes, toutes les règles intériorisées, concourent à la formation de la norme*” (CHASTENET, Patrick. «Des normes et du pouvoir politique : quelques réflexions de base». In **Cahiers Jean Moulin** [En ligne], n°6, 2021. Disponível em: <http://publications-prairial.fr/cjm/index.php?id=1018>. Acesso em 11.04.2022). Boaventura de Sousa Santos também adota uma concepção social e ampla do conceito de Direito, que para mestre português é “um corpo de procedimentos regularizados e de padrões normativos, considerados justificáveis num dado grupo social, que contribui para a criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força” (SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 290). Trata-se de concepção antagônica à adotada pelos neopositivistas lógicos do Círculo de Viena (1929), que viam nas proposições jurídicas apenas e tão-somente uma relação de validade ou invalidade com um referencial estático, puro e ideologicamente neutro, construído a partir de uma concepção semântica de verdade.

psicológico percorrido pelo juiz até a formação da sua convicção (contexto de descoberta), quanto no modo pelo qual tal convicção é formalmente externada nos autos do processo judicial (contexto de justificação).³⁰⁸

O contexto de *justificação*, apesar de desprezado pelos adeptos do realismo jurídico, sempre foi, tradicionalmente, o campo mais explorado pelos teóricos do Direito, desde os vinculados às mais diversas vertentes positivistas, em menor intensidade, aos filiados às correntes pós-positivistas, em maior intensidade, já que estes últimos buscam na argumentação jurídica a fonte mais imediata de correção moral e de legitimação material das decisões judiciais, não se conformando com a legitimidade meramente formal da lei enquanto vetor de justificação dos pronunciamentos emanados do Poder Judiciário.

Já o contexto de *descoberta*, por sua vez, não costuma receber tanta atenção acadêmica por parte dos autores filiados às teorias formalistas do Direito, já que, para eles, “uma decisão fundamentada se deduz logicamente de uma norma geral”³⁰⁹, e não de fatores contranormativos. Em contrapartida, as vertentes do antiformalismo jurídico sempre se mostraram atentas aos eventos psicológicos, econômicos e sociológicos (enfim, fatos contranormativos) que levam à decisão judicial. Os autores realistas, por natureza despreocupados com o caráter normativo das disposições legais, buscam compreender todos os fatores concretos relacionados a *como* um juiz chega à sua convicção, o que abrange elementos que não constam do ordenamento jurídico formal e nem da principiologia que o rege, sendo por isso considerados *contranormativos*³¹⁰.

Nesse sentido, o contexto de descoberta tem atraído a atenção das teorias contemporâneas da decisão. Elas são multidisciplinares e, por isso, contemplam um vasto e complexo ramo do conhecimento, abrangendo amplos domínios, tais como a filosofia da linguagem, as hermenêuticas

308 Já Klaus Günther adota, em acréscimo, uma dicotomia que contrapõe “discursos de justificação” a “discursos de aplicação”, para designar o embate entre, respectivamente, o discurso que leva em conta apenas a “validade de uma regra” e o discurso que faz uma “descrição completa da situação”. Esse último é considerado um discurso especial em relação ao primeiro, pois o discurso de validade pressupõe que todas as circunstâncias sejam iguais em toda situação, o que por vezes acaba não se confirmando no momento da aplicação. Assim, os argumentos pautados no discurso de *aplicação* não se voltam contra a *validade* da norma objeto de aplicação, mas apenas contra a sua *adequação* (GÜNTHER, Klaus. “Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica”. Trad. Leonel Cesarino Pessoa. *In: Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, n. 6, 2000, pp. 85-102, p. 90).

309 BULYGIN, Eugenio. “Sentencia judicial y creación de derecho”. *In: BULYGIN, Eugenio; ALCHOURRÓN, Carlos. Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 355-369, p. 356.

310 Consideramos “contranormativos” tais elementos, apesar da crítica semântica que essa nomenclatura possa despertar no que tange a eventuais elementos “a-normativos” ou “extrajurídicos”, como bem apontado pela Professora Joana Aguiar e Silva na minuciosa e lúcida revisão que fez do texto em seus diligentes trabalhos de orientação. Com efeito, nem todos os elementos estranhos ao Direito posto – e que venham a ser utilizados pelo juiz – devem ser rigorosa e necessariamente considerados “contranormativos”; porém, assim consideramos todos aqueles que não convergem com a moldura legal da norma a reger a hipótese. Os elementos que forem indiferentes ao preceito normativo aplicável, logo não o contrariando, indiferentes também serão considerados para os fins do presente estudo. Somente os elementos que de alguma forma justifiquem o afastamento da lei serão tidos como contranormativos, portanto. E assim se consideram todos aqueles que, mesmo não sendo ilegais em sua origem, acabem servindo de fundamento retórico pelo juiz, no caso concreto, para se esquivar da observância de um dispositivo legal que seja claramente aplicável à espécie e cuja aplicação não esteja excluída ou excepcionada por outra norma legal de hierarquia igual ou superior.

jurídica e filosófica,³¹¹ a semiótica (sintática, semântica e pragmática), a neurociência, a economia comportamental, as psicologias cognitiva e social, a teoria dos jogos, a jurimetria, a heurística, os vieses cognitivos, entre outros domínios do conhecimento humano.

Ao colocarem à prova o conhecimento subministrado por tais disciplinas de estudo, os atuais teóricos da decisão sentem a necessidade de filtrar suas conclusões teóricas no crivo dos experimentos verificáveis cientificamente e de selecioná-las a partir de um olhar pragmático, a fim de verificarem sua aplicabilidade prática e sua procedência científica. Há até autores norte-americanos, como o neurocientista Joshua Greene, que defendem uma visão aprofundada do pragmatismo utilitarista (chamada de “pragmatismo profundo”) e enxergam o Direito e a Moral como meros obstáculos à abertura e ao aprofundamento das discussões baseadas em dados empíricos e em argumentos consequencialistas.³¹² Trata-se de uma tentativa pragmática de corroer a normatividade a partir de um cientificismo sem limites éticos e de argumentos de política (*matters of policy*, em contraposição a *matters of principle*, na clássica dicotomia dworkiniana)³¹³, o que é próprio do realismo jurídico, com sua lógica de que os fins justificam os meios. Reputando contraproducentes os limites impostos pela lei, os utilitaristas em geral e os pragmatistas em particular buscam legitimar o ato decisório a partir dos resultados alcançados e da utilidade proporcionada por ele, e não a partir do respeito aos procedimentos legais que o Direito posto impõe à prática daquele ato.

Entendemos, ao revés, que em Direito são os meios que justificam os fins, e não estes, aqueles.³¹⁴ Uma decisão judicial só se legitima juridicamente, por mais nobres que sejam os fins por ela perseguidos, quando seu procedimento de formação respeita o devido processo legal, vale dizer, quando seu prolator presta reverência explícita aos compromissos democraticamente assumidos por

311 Klaus Günther afirma que, ao interpretarmos uma norma, estamos já levando em consideração outras normas que eram pressupostas, como uma *conditio sine qua non*, naquele ato interpretativo, fenômeno que em hermenêutica é chamado de “pré-compreensão” (*Vor-Verständnis*) e na teoria da ciência é enquadrado no “contexto da descoberta”. E Günther afirma ser um defensor da tese de que “é possível reconstruir racionalmente este aspecto no campo da aplicação de normas por meio de uma concepção de adequação” (GÜNTHER, Klaus. “Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica”. Trad. Leonel Cesarino Pessoa. *In: Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, n. 6, 2000, pp. 85-102, p. 94). Assim, para Günther, nem toda a pré-compreensão poderia ser tida como juridicamente “adequada” em matéria de adjudicação normativa. Estamos de pleno acordo com o mestre alemão nesse ponto, pois há tipos de pré-compreensão não admitidos em Direito, por serem claramente inadequados.

312 Greene admite, porém, que o Direito pode ser utilizado em prol do progresso moral, enquanto argumento de mera autoridade, ao afirmar que “nossos apelos aos direitos podem servir como escudos, protegendo nosso progresso moral das ameaças, da mesma forma que faz sentido usar direitos como armas, como ferramentas retóricas para fazer progresso moral quando argumentos morais falham” (GREENE, Joshua David. **Tribos morais: a tragédia da moralidade do senso comum**. Trad. Alessandra Bonrruquer. Rio de Janeiro: Record, 2018, p. 315).

313 Argumentos de política são aqueles pautados em padrões que estabelecem um objetivo a ser alcançado, ao passo que os argumentos de princípio fundam-se em padrões decisórios que se buscam a partir de exigências de justiça, de equidade ou de alguma dimensão de moralidade (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36).

314 A propósito dessa relação funcional de justificação entre meios e fins, sublinhamos a lembrança que Hannah Arendt, ao criticar o maquiavelismo de Hitler, faz do famoso *slogan* nazista, *verbis*: “O direito é aquilo que é bom para o povo alemão” (ARENDR, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 408). Arendt lembra também que “o Estado, segundo Hitler, era apenas um ‘meio’ para a preservação da raça, do mesmo modo como, segundo a propaganda bolchevista, o Estado é apenas um instrumento na luta de classes” (*Ibidem*, p. 406). Conclui-se, a partir dessas tristes lembranças, que as regras formais do Direito não exercem qualquer papel normativo em regimes totalitários, pois os comandos da norma jurídica são substituídos pela demagogia moralista.

todos com a noção de *Rule of Law*. Afinal, não basta à mulher de César *ser* honesta, ela também deve *parecer* honesta, para nos valermos da já decantada metáfora romana, o que implica dizer que a decisão judicial deve conter fundamentação que demonstre publicamente o processo de formação do seu convencimento à luz do que dispõe a legislação aplicável à espécie.

Quando o Judiciário decide com os olhos voltados para o futuro, agindo motivado por determinados fins e buscando, assim, alterar uma realidade que lhe pareça indesejável, passa a preferir decisões *programantes*, ao invés de decisões *programadas*. Enquanto as decisões *programantes* pautam-se por razões de finalidade (*goals reasons*), as tradicionais decisões *programadas* buscam pautar-se por razões de correção (*correction reasons*). Nesse sentido, Dworkin sempre teceu duras críticas ao pragmatismo³¹⁵ e ao convencionalismo³¹⁶.

O pragmatismo não tem pretensões universais, essencialistas, transcendentais, metafísicas nem prescritivas, pois se limita a contextualizar, no ambiente e período histórico em que se insere, o pensamento subjacente às ações humanas. Ao resgatar, assim, a relação entre cultura e natureza que havia sido abandonada pelas principais correntes do racionalismo que caracterizou o Iluminismo, o pragmatismo assume uma visão modesta diante da incerteza que nos ronda em todos os níveis e que não cessa de crescer à medida que o mundo se torna mais e mais complexo. Daí o caráter confessadamente precário, despretensioso, contextual e um tanto superficial das explicações dadas pelos pragmáticos, os quais não procuram construir fórmulas atemporais nem apodíticas.

Enquanto o contexto de *descoberta* diz respeito aos fatores não-normativos (por vezes até contranormativos) que tentam explicar etiologicalamente como um juiz chega ao resultado do seu julgamento, o contexto de *justificação* se ocupa da maneira pela qual esse julgamento é argumentativa e normativamente justificado para as partes e o público em geral, com base no Direito ou, quando muito, em valores morais caros à justiça.

Embora o ideal fosse que tais contextos convergissem num ponto ótimo de comunhão entre a “vontade consciente do julgador” e a “legislação aplicável” ao objeto do julgamento, a experiência

315 Posner concebia o pragmatismo como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e em consequências, em vez de baseá-las em conceitualismos e em generalizações, de modo a fazer o melhor possível em vista do presente e do futuro, sem o dever de atrelar-se às decisões do passado (POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 380).

316 “O pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si só, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como quando ela é tomada por juizes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou para a virtude de qualquer decisão atual. Se os juizes se deixarem guiar por esse conselho, acredita ele, então a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência” (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 185).

forense tem mostrado não ser raro juizes se valerem de dispositivos normativos apenas como instrumentos retóricos para legitimar decisões já tomadas à margem da legalidade positiva.

É fato notório que a referida “legislação aplicável”, tão evocada pela comunidade jurídica em geral, é desprovida de vida própria, já que não se aplica de modo independente da vontade e até dos vieses inconscientes de quem a interpreta. Outro grave problema, sobretudo na jurisdição brasileira, é o populismo judicial na interpretação de preceitos legais, cujo papel é ilustrativamente tão bem representado pelos autoproclamados “juizes heróis”³¹⁷, cujas decisões baseiam-se mais em sua própria moralidade individual que na moralidade pública que se positiva na legalidade democrática.

Essa relação conflituosa, travada entre o restrito âmbito da legalidade formal e o vasto universo, cambiante por natureza, dos elementos contranormativos que surgem espontaneamente a cada instante, será melhor explorada nos tópicos que se seguem.

4.2 Juizes devem ser versados em Análise Econômica do Direito?

O Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sob a Presidência do Ministro Luiz Fux, também Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), aprovou, em 24 de setembro de 2021, importante alteração na Resolução nº 75/2009/CNJ, para nela inserir novas disciplinas a serem cobradas nos concursos de ingresso na magistratura brasileira, das quais se destacam a Análise Econômica do Direito e o Processo Cognitivo de Tomada de Decisão.

Candidatos a juiz agora precisam ser versados ou, no mínimo, demonstrar suficiente conhecimento em áreas da Economia e da Psicologia, além do tradicional domínio que lhes é exigido sobre os temas jurídicos, para estarem aptos a integrar a magistratura brasileira. E a razão de ser disso é muito clara: ao fundamentar uma decisão, os juizes brasileiros poderão fazer referência a fundamentos econômicos como razão de decidir as causas que lhe forem submetidas à apreciação. Magistrados provavelmente não terão, porém, o conhecimento e a formação acadêmica suficientes para aferir, de modo minimamente seguro, os efeitos sistêmicos das suas decisões, se estas forem amparadas em argumentos de Economia.

Não é de hoje que o Direito sofre um processo de predatismo por parte da Economia, da Psicologia, da Moral e da Política. Coube a Kelsen, aliás, com sua tese da separação, tentar frear, há

317 Vide, a propósito, artigo escrito pelo Professor e Desembargador Roberto Freitas Filho: FREITAS FILHO, Roberto. “O juiz ‘herói’ não é um bom juiz”. Artigo publicado na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico** em 07.01.2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-07/roberto-freitas-filho-juiz-heroi-nao-bom-juiz>. Acesso em 17/01/2022.

quase um século, tal processo de fagocitose do Direito pelos demais ramos das ciências sociais e humanas. Mas foi sobretudo a partir da gestão iniciada pelo Presidente Luiz Fux, que ganharam fôlego institucional, com a adoção de medidas normativas a cargo do CNJ, diversas iniciativas voltadas a prestigiar aspectos econômicos em detrimento dos jurídicos.

Em *webinário* sobre Direito Constitucional realizado em 16 de novembro de 2020 na Suprema Corte brasileira, o Ministro Fux destacou a importância do papel desempenhado pela análise econômica do Direito no funcionamento de todo o aparato judiciário.³¹⁸

Tal movimento de valorização de vetores contranormativos como razões de decidir, aliado à corrosão da normatividade jurídica que disso decorre, é caudatário de uma importante inovação legislativa adotada no final do ano de 2018. Por meio dela, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, entre outras disposições de direito federal, passou a estabelecer a obrigatoriedade de as decisões administrativas, judiciais e controladoras (oriundas das instâncias de controle em geral, como tribunais de contas, agências reguladoras e Ministério Público) considerarem: **a)** as consequências práticas de suas decisões, quando interpretarem “valores jurídicos abstratos” (art. 20); **b)** as condições para que a regularização do ato/contrato declarado inválido “ocorra de modo proporcional e equânime”, “não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos” (art. 21, parágrafo único); e **c)** a necessidade de “regime de transição”, sempre que fixarem interpretação ou orientação que inove ou modifique a(s) anterior(es), conforme dispõe o art. 23.

Muitas questões passaram a ser suscitadas desde a promulgação dessa inovação legal, que vão para além do debate semântico acerca dos termos vagos ali utilizados, tais como “valores jurídicos abstratos” (art. 20)³¹⁹, “regularização proporcional e equânime” (art. 21)³²⁰, ou “norma de conteúdo

318 "Nós estamos vivendo a era da análise econômica do Direito, que procura dar respostas eficientes à sociedade pela necessidade de prestar contas", afirmou o ministro ao indicar o ramo acadêmico que prega o conceito de eficiência diante de um ambiente de escassez, aplicando teorias econômicas no campo do Direito em todos os seus segmentos. Ele também lembrou que países com sistema jurídico eficiente são bem elencados em *rankings* de investimentos do Banco Mundial. Como exemplos da escola indicada, o ministro citou a aplicação do conceito de custo/benefício ao ajuizamento de ações e à realização de autocomposições (Fonte: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=453505>. Acesso em 14/04/2022). A presente tese doutoral não nega a necessidade de que o Judiciário dê respostas eficientes à sociedade e lhe preste contas, mas entende que tal necessidade decorre justamente da Constituição e das leis, as quais não devem, por esta simples razão, ser “flexibilizadas” ou “relativizadas” por argumentos contranormativos em geral e econômicos em particular, sob pena de o Estado de Direito tornar-se um objeto de predatismo institucionalizado pela Economia.

319 “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

320 “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”.

indeterminado” (art. 23)³²¹. Trata-se de um embate entre o ortodoxo princípio da legalidade e uma requeitada espécie de consequencialismo por via legal. Sendo decorrência do utilitarismo, o consequencialismo afere o valor moral de cada conduta a partir dos efeitos que ela gera, e não a partir de sua correspondência a uma prévia deontologia que a normatize. Por isso sua visão é voltada apenas para o futuro.

Segundo Neil MacCormick, o consequencialismo é um princípio utilitarista. MacCormick vê como um desafio a árdua tarefa de se encontrar uma versão satisfatória do consequencialismo jurídico, que, de um lado, não subverta o universalismo, e, de outro, não dê azo a uma flagrante injustiça no caso concreto.³²² O pensamento utilitarista é bem condensado nesta clássica fórmula benthamiana: “*the greatest happiness of the greatest number*”³²³.

O paradigma consequencialista trazido pela Lei Federal Brasileira nº 13.655/2018 faz com que as decisões judiciais deixem de ser “programadas” e passem a ser “programantes”. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr.³²⁴, até o século XX, a interpretação vinha antes da aplicação e as decisões, daí decorrentes, eram “programadas”, e não “programantes”, já que cabia ao aplicador do Direito interpretar a legislação e aplicá-la fielmente ao caso concreto, sem qualquer tipo de inovação ou criação paralela ao ordenamento jurídico. Cabia à lei “programar” a aplicação do Direito, de sorte que a decisão que o aplicava era apenas uma decisão “programada”.

Porém, fazendo referência ao jurista alemão Gunther Teubner, Tércio Sampaio Ferraz Jr. chama a atenção, ao tratar das origens do *ativismo judicial*³²⁵, para quatro fenômenos relevantes no

321 “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

322 MACCORMICK, Donald Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 143 (em nota de rodapé).

323 Nas clássicas palavras de Bentham, extraídas do texto original publicado no século XIX, colhe-se, *verbis*: “*The end or object in view, to which every political measure, whether established or proposed, ought according to the extent of it to be directed, is the greatest happiness of the greatest number of persons interested in it, and that for the greatest length of time*” (BENTHAM, Jeremy. “*Anarchical Fallacies*”. In **The works of Jeremy Bentham**. Edinburgh: John Bowring ed., 1843, p. 482).

324 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Palestra proferida no evento *on line* intitulado “Olhares da Filosofia e Sociologia do Direito sobre o Ativismo Judicial”, organizado pelo FONACE e ocorrido em 12/11/2020 Disponível em: <https://m.youtube.com/watch?fbclid=IwAR07Dlrzl-OfO-3sOCiVGNhdvJu38tCqDFyShFASZYVA7stBz7gClikFal&feature=youtu.be&v=AY8GuMWOgww>. Acesso em 20/05/2022.

325 Segundo Maria Urbano, costuma-se atribuir ao historiador norte-americano Arthur Meier Schlesinger Jr. a origem do termo *ativismo judicial* (*judicial activism*), que o teria inaugurado em um artigo publicado no ano de 1947 (URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. **Curso de Justiça Constitucional. Evolução histórica e modelos de controle da constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 87-92). Georges Abboud considera o *ativismo judicial* uma violação aos “pré-compromissos democráticos”, os quais abrangem a juridicidade positivada, norte *ex ante facto* da decisão judicial (ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 743). Todavia, segundo uma concepção dworkiniana, a própria noção de *ativismo* não faria muito sentido, haja vista que teoricamente não se sustenta a ideia positivista segundo a qual os juizes deveriam decidir dentro de uma certa *moldura legal*, de modo a serem tachadas de *ativistas* as decisões proferidas fora das balizas dessa suposta moldura. Com efeito, concebendo Dworkin o Direito enquanto fenômeno interpretativo, até mesmo os limites dessas *balizas legais* estariam sujeitos à melhor interpretação, não se tratando de algo dado ou pré-concebido, e muito menos independente de toda e qualquer leitura moral (DWORKIN, Ronald. “*Is there really no right answer in hard cases?*” In: **A Matter of Principle**. Cambridge: Belknap, 1985, pp. 115-122). Também para Paulo Gustavo Gonet Branco, o conceito de *ativismo judicial* é “tão débil no seu conteúdo quanto forte na sua carga emocional” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Em busca de um conceito fugidivo – o *ativismo judicial*”. In: NOVELINO, Marcelo; FELLETT, André; e PAULA, Daniel Giotti de (orgs). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, pp. 387-402, p. 388). Diego Werneck, Fabiana Luci e Leandro Ribeiro classificam os três principais sentidos aos quais o termo “*ativismo judicial*” costuma ser correlacionado no contexto brasileiro: a) enquanto engajamento político e social, denotando

declínio da força normativa da lei, quais sejam: 1) o fato de o Estado estar deixando, cada vez mais, de ser o centro das atenções e passando a ser substituído pelo mercado global; 2) o advento da segunda onda de jusnaturalismo (a 1ª foi após a II Guerra), agora sob o formato de Teoria da Argumentação Jurídica, a gerar diminuição do prestígio que costumava ser atribuído à legalidade; 3) a perda da hegemonia institucional da Constituição política, diante dos novos arranjos internacionais e regionais de organização do poder; e, por fim, 4) o ativismo judicial, a crescer exponencialmente, em detrimento da importância dos códigos, cada vez mais mitigada.

Nessa ordem de ideias, a *validade* jurídica dos atos objeto de glosa pelos juízes cede lugar à *eficácia* material desses atos, vale dizer, à sua aptidão para produzir determinados efeitos ou consequências, desde que positivas na visão individual do censor.

A legitimidade da decisão passa a repousar numa relação funcional entre fins e meios, que é capaz de fazer convaler até mesmo uma eventual invalidade jurídica, se os “ônus ou perdas” decorrentes da anulação do ato forem, “em função das peculiaridades do caso”, “anormais ou excessivos”. Isso pode significar a manutenção de um ato ou contrato administrativo manifestamente ilegal, caso a autoridade controladora repute, a partir de sua própria subjetividade (e não a partir da legislação que rege o tema), que o prejuízo a ser suportado pelos envolvidos na ilegalidade revela-se “anormal ou excessivo”.

A modulação ganha destaque nesse consequencialismo, pois o magistrado pode determinar que o ato é ilegal apenas para o futuro (invalidade *ex nunc*), de modo que os efeitos já produzidos seriam resguardados. A decisão, portanto, ao invés de voltar-se ao passado (efeitos *ex tunc*) e proteger o padrão normativo que é prévio ao controle judicial (decisão *programada*), passa apenas a visar o futuro, constituindo-se numa verdadeira decisão *programante*. Ao assim proceder, a decisão prioriza a *justiça material* da espécie, dando à causa um enfoque particularista, para deixar em segundo plano a estabilidade do sistema e a *segurança jurídica*, apartando-se, assim, de uma abordagem universalista.

juizes cuja preocupação vai além da dimensão formal-legal; b) enquanto usurpação de poder, evidenciando desbordamento dos limites institucionais; e c) enquanto ocupação de vazio de poder, justificando-se diante de omissões institucionais, desde que respeitado o diálogo entre as instituições concorrentes (WERNECK, Diego; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. “Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira”. // **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n° 40. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito, jan./jun.2012, pp. 34-64, pp. 49-51). O Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Ives Gandra Martins Filho entende que o ativismo judicial adere à visão utilitarista segundo a qual os fins justificariam os meios: “Na raiz do ativismo judicial está a convicção, não reconhecida explicitamente ou até percebida interiormente pelo juiz, de que os fins justificam os meios, ou seja, se a lei, na convicção pessoal do juiz, não atende à sua concepção de justiça, ou não é suficiente para conter eventuais desmandos de autoridades, pode ser relevada, invocando-se princípios gerais de direito para se impor obrigações ou adotar medidas que o legislador não previu” (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “Os dilemas do Poder Judiciário brasileiro”. Artigo publicado em 29/12/2021 na Revista Eletrônica Consultor Jurídico – **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-29/ives-gandra-filho-dilemas-poder-judiciario-brasileiro>. Acesso em 11/05/2023). Marco Félix Jobim e Zulmar Duarte de Oliveira Junior propõem um meio termo entre o ativismo que denominam “monológico” e a autocontenção judicial, para chegar-se a um ativismo judicial que apelidam de “dialógico”, de modo a equilibrar a atuação jurisdicional a partir de uma profunda abertura do Judiciário para a sociedade civil e de diálogos com os segmentos interessados (JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. “Ativismo judicial e suas múltiplas definições”. // **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 15, Vol. 22, n° 3, set./dez.2021, pp. 710-731. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2021.62269>. Acesso em 11/05/2023).

Com isso, as decisões passam a ser, elas mesmas, os seus próprios fundamentos de validade (daí por que *programantes*, e não mais *programadas*), de modo que se arvoram, ainda que de modo oblíquo e escamoteado, a indisfarçáveis atos políticos, não sendo mais a mera concretização de opções políticas anteriores engendradas pelos órgãos democráticos para tanto eleitos. Raffaele de Giorgi³²⁶, ao também tratar do tema, discorre sobre a pulverização dos centros de poder decisório e sobre a volatilidade do Direito, chamando a atenção para a “perda de memória” do sistema jurídico, cujas referências acabam sendo criadas episodicamente, e não a partir de marcos anteriores positivamente estabelecidos.

A suposta ascendência tecnológica da Economia sobre o Direito, tão proclamada pelos entusiastas da Análise Econômica do Direito, repousa na autoafirmada cientificidade das teorias econômicas e no caráter descritivo (ontológico) de suas análises, em contraposição à natureza prescritiva (deontológica) dos preceitos normativos. A Economia também se jacta de trabalhar com fatos, e não com valores, já que destes ocupam-se o Direito e a Filosofia com suas retóricas próprias, as quais são consideradas “pouco ou nada científicas” pelos economistas.

Os economistas John Kay e Mervyn King, por exemplo, defendem uma proposta teórica amparada na razão prática, nos termos da qual a aspiração de certeza jurídica seja substituída pelo efetivo e calculado controle dos riscos econômicos que determinada decisão pode representar. Falam de *incerteza aleatória* e de *incerteza epistêmica*, para diferenciar, respectivamente, a incerteza decorrente de uma descrição probabilística, medida a partir de eventos comuns (*puzzles*), e a incerteza decorrente da idiosincrasia de cada fenômeno, que é sempre único e, portanto, sujeito a riscos que lhe são próprios e inerentes (*mystery*), cuja ocorrência, por isso, não pode ser contrastada com a de eventos comuns.³²⁷ Assim, por mais que a jurimetria possa até calcular, com base em estudos estatísticos, a probabilidade de que o Judiciário resolva determinada questão de natureza econômica em um dado sentido, diminuindo ao máximo os níveis de incerteza aleatória, a incerteza epistêmica continuará fazendo parte da atividade judicante naquele caso específico, pois sua resolução sempre carregará consigo uma significativa dose de mistério.

326 GIORGI, Raffaele de. Palestra proferida no evento *on line* intitulado “Olhares da Filosofia e Sociologia do Direito sobre o Ativismo Judicial”, organizado pelo FONACE e ocorrido em 12/11/2020 Disponível em: <https://m.youtube.com/watch?fbclid=IwAR07Dirzl-OffO-3sOCiVGNhdvJu38tCqDFyShFASZYVA7stBz7gClikFal&feature=youtu.be&v=AY8GuMWOgww>. Acesso em 20/14/2022.

327 KAY, John; KING, Mervyn. **Radical Uncertainty: Decision-Making Beyond the Numbers**. New York: W. W. Norton & Company, 2020, pp. 22-23. Na contracapa deste livro, o autor cita uma frase de Friedrich Von Hayek em que este critica a pretensiosa aspiração de certeza afirmada pelas formas de conhecimento autointituladas “exatas”, *verbis*: “I prefer true but imperfect knowledge, even if it leaves much indetermined and unpredictable, to a pretence of exact knowledge that is likely to be false”.

Considerando que a Economia trabalha com *fatos*, e não com *valores*, é de fato impossível que ela consiga controlar a referida incerteza epistêmica que é apanágio da decisão judicial. E, como os teóricos do Direito reconhecem que também são incapazes de exercer esse controle sobre a previsibilidade do que virá a ser decidido – dada a ausência de testes de falseabilidade jurídica que possam atestar cientificamente a eficácia de eventuais previsões nesse sentido -, os economistas acusam o Direito de ser anticientífico.

Porém, nem mesmo a ciência econômica logra submeter suas teses aos mesmos testes de falseabilidade/refutabilidade pelos quais costumam passar os experimentos da matemática, da física ou da química, por exemplo. Daí a diferença de método científico entre a Economia e essas ciências ditas “duras”, o que levou Robert Skidelski³²⁸ a observar que entre Direito e Economia há mais similitudes que dessemelhanças. Concordamos com a observação.

Assim, não havendo superioridade científica da Economia em relação ao Direito, nada pode justificar o predatismo do segundo pela primeira, até porque, em teoria, o sistema jurídico também se organiza de modo racional, pauta-se por pretensões de correção material e igualmente se socorre de elementos científicos para criar certas premissas e chegar dedutivamente às conclusões decorrentes do raciocínio jurídico, respeitados, por óbvio, os limites próprios das ciências sociais³²⁹.

Tanto o Direito quanto a Economia dispõem de instrumentos com base científica para demonstrar que uma eventual solução é melhor que outra no caso concreto, de sorte que concluímos não existir, *a priori*, qualquer tipo de ascendência epistemológica do argumento pautado na Economia em detrimento do argumento pautado na norma jurídica, ao contrário do que a Análise Econômica do Direito sustenta, sobretudo quando condiciona a aplicação de preceitos normativos à aprovação dos estudos de natureza econômica.

E, a propósito de como a formação do juiz influencia suas decisões, cumpre mencionar interessante estudo relatado pela pesquisadora da Universidade de Chicago Siyng Cao, ao analisar as decisões judiciais proferidas pelos juízes federais estadunidenses de primeira instância, entre os anos de 1970 e 2016, sobre o tema da regulação estatal de mercados. O estudo concluiu que, quanto maior é o conhecimento que um juiz tem de Economia, vale dizer, seu grau de sofisticação intelectual

328 SKIDELSKI, Robert. *What's wrong with economics? A primer for the perplexed*. New Haven: Yale University Press, 2020, pp. 74-79.

329 Parece estreme de dúvidas que, em pleno século XXI, é fato epistemologicamente incontroverso que a metodologia de pesquisa das *ciências humanas e sociais* difere substancialmente da utilizada pelas *ciências duras e naturais*, como a biologia, a matemática, a física etc, de tal modo que reputamos despiendo tomar o precioso tempo dos leitores com uma retrospectiva histórica que fundamente teoricamente tal constatação, tida como fato notório. Com efeito, ninguém mais refuta o fracasso que foi a tentativa positivista, deflagrada por Auguste Comte nos primórdios do século XIX, de aplicar às ciências do espírito e da sociedade o método cartesiano e mecanicista das ditas ciências naturais.

nesse assunto, mais a balança de suas decisões pende em prol do mercado e contra a regulação deste pelo Estado. Tal influência é tamanha, que chega a ser maior, segundo o estudo, que a exercida pela orientação ideológica do partido político ao qual o magistrado se filiava antes de ingressar na magistratura.³³⁰

Uma influência de tal jaez, mais significativa até mesmo que as tendências políticas do magistrado em suas decisões, não pode ser desconsiderada, muito menos sumariamente, pelo cientista ou teórico do Direito. É por essa razão que não recebemos com naturalidade, como se se tratasse de uma imposição decorrente da ordem natural das coisas, a proposta do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que os juízes devem ser versados em Análise Econômica do Direito para poderem bem se desincumbir de sua relevante missão constitucional.

Conclui-se o presente tópico, portanto, tentando responder da seguinte forma à pergunta que lhe serve de título: juízes podem até ser versados em Análise Econômica do Direito, se assim o desejarem para fins de aprimoramento técnico e de sofisticação intelectual, desde que nunca percam de vista, porém, que o seu compromisso maior, enquanto detentores da toga, é necessariamente com a juridicidade de suas decisões, e não com as aspirações e as expectativas econômicas criadas pelo mercado e por seus agentes relevantes. No mesmo sentido, a propósito, é a posição de Michael Sandel, ao criticar as sociedades que deixam seus “valores” serem ditados e precificados pelo mercado.³³¹

4.3. A decisão judicial deve ser moral?

De acordo com a visão kelseniana, a solução jurídica *criada* pelo aplicador do Direito não precisa ser, necessariamente, a mais próxima da moral, dada a vagueza dos conceitos morais e a indefinição sobre qual a moral que se estaria a adotar nesse exame de conformidade.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., muito mais de que simplesmente excluir do fenômeno jurídico os aspectos não-normativos, Kelsen buscava atribuir ao jurista, enquanto cientista, um aspecto que

330 “*This paper proposes a new factor – knowledge of economics – to account for the fact that some judges are more pro-business than others. When the ex-ante political party affiliation of judges does not seem to matter, we can turn to their economics sophistication score to predict how they would rule in upcoming cases*” (CAO, Siying. “Quantifying Economic Reasoning in Court: judge economics sophistication and pro-business orientation”. Estudo publicado em 28.11.2020, p. 57. Disponível em: https://www.econ.cuhk.edu.hk/econ/images/content/news_event/seminars/2020-21_2ndTerm/JMP_CaoSiying.pdf. Acesso em 30.04.2022).

331 Nas palavras originais do Professor de Harvard, *verbis*: “*Sometimes, market values crowd out nonmarket values worth caring about. Of course, people disagree about what values are worth caring about, and why. So to decide what money should and should not be able to buy, we have to decide what values should govern the various domains of social and civic life*” (SANDEL, Michael J. **What Money Can't Buy: the moral limits of markets**. London: Penguin Books, 2013, p. 9).

conferisse autonomia científica a suas análises e não as deixasse confundir-se com outras dimensões multifaciais que envolvem o complexo fenômeno jurídico.³³²

Kelsen diz que pode haver vários sistemas morais, pois cada moral se assenta sobre valores que são *relativos*, de modo que, para se dizer que determinado Direito é moral ou imoral, deve-se antes esclarecer que moral está a servir como parâmetro de cotejo. A noção de Kelsen sobre *ciência* do Direito é, por conseguinte, pura, asséptica ou avalorativa.³³³

É por isso que Kelsen critica a doutrina tradicional, segundo a qual as disposições do Direito devem corresponder aos ditames morais, *verbis*:

A tese, rejeitada pela Teoria Pura do Direito mas muito espalhada na jurisprudência tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência, deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, pressupõe, porém, uma Moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda a parte.³³⁴

Kelsen afirma, assim, que, colocando-se em prática essa doutrina tradicional por ele glosada, cada ordem jurídica acaba considerando apenas as outras como imorais, e nunca a sua própria, já que ela costuma representar os valores tidos por relevantes para cada comunidade, como, por exemplo, a democracia ou a propriedade privada.

Mas o mestre de Viena reconhece na mesma página desta citação que, apesar de insustentável cientificamente e insuficiente logicamente, a legitimação do Direito pela Moral “pode prestar politicamente bons serviços”³³⁵. Isso demonstra que, despido de sua capa de cientista, Kelsen não era indiferente em relação aos bons frutos políticos que o Direito pode proporcionar, o que equivale a dizer que a concepção de ciência jurídica por ele sustentada era neutra, mas ele, enquanto cidadão, obviamente não era politicamente neutro. Essa sutil distinção por vezes passa despercebida, sobretudo por aqueles que injustamente o acusam de ser indiferente em relação a um Direito imoral e tirânico, como o foi o Direito nazista, que, lastreado na teoria schmittiana da Constituição, tanto perseguiu Kelsen.

332 FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. “Hans Kelsen, um divisor de águas 1881-1981”. In **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 03, nº 4. Florianópolis: Editora da UFSC, pp. 133-138, 1982, p. 135.

333 “A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª edição. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 48).

334 *Ibidem*, p. 49.

335 *Idem*.

O que nos parece problemático, porém, é Kelsen supor que o cientista do Direito seja assim tão puro e descomprometido com valores morais quanto a própria ciência por ele praticada, axiologicamente neutra e puramente descritiva por definição, na epistemologia kelseniana. Crítica semelhante já fizemos em relação à concepção *científica* adotada pelo jurista brasileiro Pontes de Miranda, no Capítulo 1, tópico 1.4, *in fine*, ao qual remetemos o leitor, a fim de evitar repetições.

Já em Hart, o conceito de moralidade não é bem definido, podendo ser tomado de várias formas, abrangendo, por exemplo, noções como a voz da consciência, percepções sobre certo e errado baseadas em crenças religiosas, concepções ordinárias de decência e dignidade, preconceitos culturalmente arraigados, entre outras impressões subjetivas.³³⁶ O que importa para o positivista oxoniense, porém, é manter a tese da separação entre a ciência do Direito e a Moral/Ética³³⁷, qualquer que seja o seu conteúdo.

Em resposta a Hart, Lon L. Fuller afirma que o perigo maior dessa rígida tese da separação é justamente o contrário, ou seja, um risco de confusão escamoteada entre Direito e Moral, pois o juiz que queira subverter a aplicação de uma lei, para dissimular sua escusa intenção, irá sempre justificar a decisão com base na lei, e não em sua moral *contra legem*. Já a aberta admissão do uso de argumentos morais, irá, segundo Fuller, ao revés, sofisticar a fundamentação, além de deixá-la mais sincera, já que o juiz deverá justificar eticamente os argumentos não coincidentes com o texto da lei.³³⁸

Para Fuller, Hart também erra ao defender a discricionariedade judicial em casos de penumbra da aplicação da regra. Para o catedrático de Harvard, não cabe ao juiz usar de discricionariedade, senão apenas atender à finalidade da norma, cujo conteúdo material encontra-se nela mesma a partir dos seus próprios propósitos, os quais não podem ser substituídos pelos propósitos judiciais.

Concordamos com essa advertência feita por Fuller, embora discordemos do uso que certos juízes fazem de sua teoria como manobra retórica para enfraquecer a normatividade legal e colocar, em seu lugar, o voluntarismo judicial. Isso ocorre sempre de modo escamoteado, normalmente sob a

336 HART, Herbert L. A. "Positivism and the Separation of Law and Morals". *In: Harvard Law Review*, vol. 71, n.º 4, 1958, pp. 593-629.

337 A presente tese, dentro dos propósitos jurídicos em que encerrada, não procede a uma distinção conceitual rigorosa entre Moral e Ética ao analisar o material que a praxe forense nos oferece, até porque tais conceitos, embora filosoficamente distintos, são usados de forma indiscriminada por decisões judiciais lastreadas em argumentos extrajurídicos, cuja fundamentação remete tanto a "valores morais" quanto a "imperativos éticos" de toda sorte. Aderimos internamente, porém, à convenção adotada por Paul Ricoeur, para quem o termo *Ética* serve para designar a busca de uma vida realizada, enquanto o termo *Moral* é empregado para referir a relação estabelecida entre tal propósito e certos preceitos universais e imperativos, que servem de veículo mandamental em busca de uma vida ética (RICOEUR, Paul. **Soi-même comme un autre**. Paris: Gallimard, 1990, p. 200).

338 FULLER, Lon L. "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart". *In: Harvard Law Review*, vol. 71, n.º 4, 1958, pp. 630-672, pp. 636-637.

forma de um “iluminismo judiciário”³³⁹, pretensamente destinado a “civilizar o poder”³⁴⁰, para tomarmos de empréstimo as expressões utilizadas, respectivamente, por Barroso e Atienza.

O problema é a falta de metodologia para pôr em prática esse ativismo judicial, o que acaba por desaguar no *sincretismo metodológico* que foi objeto do Capítulo 3. É por isso que a presente tese busca encontrar, ainda sem sucesso, infelizmente, uma metodologia idônea a conferir níveis aceitáveis de objetividade na elaboração judicial de juízos de justificação, notadamente quando estes se reduzem apenas a valores morais.

Entendemos que, havendo previsões legais ou orientações jurisprudenciais específicas sobre determinada matéria, não cabe ao intérprete socorrer-se de valores abstratos importados da Moral em geral para resolver o caso *sub judice*, como se as hipóteses que este suscita já não estivessem reguladas pelo Direito posto. Em outras palavras, não é raro que o juiz prefira optar, em muitos casos, na formulação da solução para o problema sob a sua apreciação, pela aplicação de um princípio moral genérico, cujo teor acaba excepcionando uma previsão legal à qual a hipótese dos autos subsome-se perfeitamente.

É isso o que Dworkin chama de “princípio da prioridade local da interpretação”, segundo o qual gozam de primazia, para a solução de uma disputa jurídica, as previsões contidas nas “áreas do direito”. Tal primazia deve ser levada em conta pelo juiz Hércules ao menos até que tais previsões sejam excepcionalmente afastadas mediante o exercício de um substancial e dialógico ônus argumentativo, que demonstre que elas não passam de um acidente pontual de percurso a contrariar todo o sistema, incluídas sua principiologia e sua tradição.³⁴¹

339 A expressão é utilizada em artigo acadêmico pelo Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, para quem cabe ao Judiciário exercer, além dos papéis *contramajoritário* e *representativo*, um papel de *vanguarda iluminista* na sociedade, de modo a “empurrar a história quando ela emperra” (BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, n. especial, pp. 23-50, 2015). Para uma contundente crítica jusfilosófica à visão de Barroso, vide: BUSTAMANTE, Thomas. “A Triste História do Juiz que Acreditava Ser Hércules”. *In: Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro*, vol. 2, 2.ª ed. (coord. por José Emilio Medauar Ommati). Belo Horizonte: Conhecimento Editora, pp. 387-424, 2021 / BUSTAMANTE, Thomas; MEYER, Emilio. “Luís Roberto Barroso’s Theory of Constitutional Adjudication: A Philosophical Reply”. *In: American Journal of Comparative Law*, vol. 22, pp. 535-558, 2022.

340 O pós-positivista Manuel Atienza, com sua conhecida adesão ao método problemático (em contraposição ao puramente sistemático) e ferrenha oposição ao formalismo jurídico, afirma, em sua obra “Apologia ao Direito” (que, na verdade, é uma apologia à Moral), que “*lo que fundamenta el Derecho no puede ser otra cosa que la moral*” e, contraditoriamente, que “*una función esencial del Derecho es regular, poner límites y civilizar el poder*” (ATIENZA, Manuel. “*Una apología del derecho*”. *In: Una apología del derecho y otros ensayos*. Madrid: Trotta, 2020, p. 27). E, em seu mais recente livro (*Sobre la dignidad humana*), Atienza, seguindo a mesma linha argumentativa, também afirma que juízos morais (ou de valor) acabam criando pautas de conduta, fundamentando as normas jurídicas, uma vez que, na visão antipositivista do Professor Emérito da Universidade de Alicante, os elementos axiológicos gozariam de prioridade em relação aos elementos diretivos (ATIENZA, Manuel. *Sobre la dignidad humana*. Madrid: Trotta, 2022, pp. 70-72). Atienza não vê o Direito, assim, apenas como um conjunto de normas válidas e dotadas de coercibilidade por decorrerem das autoridades competentes no exercício regular de suas funções, mas, sobretudo, como uma prática social de natureza axiológica e voltada a certas finalidades, das quais a dignidade humana sobressai como o mais importante norte valorativo. Os problemas da aplicação dessa concepção jusnaturalista em território brasileiro, porém, são explorados e de certa forma denunciados na presente tese, que não comunga do objetivismo moral ali pressuposto.

341 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 300-304.

Concordamos com Dworkin neste ponto, para quem a topologia das áreas jurídicas é, portanto, parte do problema interpretativo com o qual o juiz deverá lidar no exercício da jurisdição, já que não lhe cabe ignorar o que cada segmento específico da dogmática jurídica reserva ao intérprete. E o fundamento desse dever de atenção é dado pelo próprio Dworkin, após dar alguns exemplos que ora se situam no campo civil, ora no penal, ao afirmar que o Direito como integridade é interpretativo e que a compartimentação é um traço da prática jurídica que nenhuma interpretação séria pode ignorar.

Discordamos de Dworkin, todavia, quanto à tese de que não haveria separação entre Direito e Moral na adjudicação jurisdicional. Entendemos, na esteira do que defende Raz, que o momento de aplicação do Direito se situa num estágio diverso daquele que a razão prática lhe reserva para a atividade de deliberação.³⁴² O Direito exige um mínimo de formalismo metodológico, para que a decisão judicial não se confunda com uma mera opinião moral do juiz, mas revestida de efeitos coercitivos que não são próprios da Moral.

Segundo a “hipótese estética” de Dworkin, o Direito poderia ser comparado às artes, de modo que sempre seria possível aos seus intérpretes o aperfeiçoarem a cada leitura moral que dele fizessem, a partir da integridade que deve nortear o ordenamento jurídico. Mas é o próprio Dworkin quem adverte que essa leitura deve sempre respeitar os limites fáticos do caso concreto e as regras que o disciplinam, segundo o já referido princípio da “prioridade local” (os “departamentos do Direito” envolvidos com a matéria discutida têm primazia na resolução do caso concreto), a afastar a evocação de “valores últimos” enquanto existirem normas específicas para espécie.³⁴³ Essa noção de integridade pode ser ilustrada com a metáfora do “romance em cadeia”, por meio da qual Dworkin pretende exemplificar como a prática do Direito deve manter um fio condutor histórico e institucional que liga suas diversas manifestações entre si, assim como cada capítulo de uma novela é ligado aos demais, mas sem reduzir-se a uma mera reprodução deles, já que cada qual acrescenta seus próprios ingredientes aos enredos anteriores.³⁴⁴

Mais recentemente, esse caráter narrativo do Direito, tão enfatizado por Dworkin, vem sendo utilizado para mitigar o papel da inteligência artificial na aplicação do Direito, considerando que o

342 Para Raz, a aplicação efetiva do Direito situa-se em um *estágio executivo*, que é precedido de um *estágio deliberativo*. Assim, por mais que os argumentos morais sejam levados em conta no momento de deliberação da razão prática, eles devem ser filtrados na fase executiva da decisão judicial, que é justamente aquela em que o juiz exterioriza os fundamentos jurídicos de seu entendimento sobre a aplicação do Direito ao caso concreto (RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain: essays in the morality of Law and politics**. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 205-209). A partir dessa divisão teórica entre os estágios deliberativo e executivo, Raz tenta desmistificar a crença de que o Direito contaria com uma lógica interna absolutamente infensa às forças políticas, sociais e econômicas, pois não há como negar que os tribunais, no exercício da razão prática que a atividade jurisdicional lhes demanda, acabem valendo-se de considerações contranormativas no desenvolvimento do Direito. Tais considerações, porém, devem limitar-se à fase deliberativa, não integrando a executiva.

343 DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Belknap, 1985, p. 149.

344 DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Belknap, 1986, p. 159.

raciocínio numérico (por algoritmos) jamais pode substituir o raciocínio humano, a dar-se sobretudo mediante narrativas que façam sentido lógico e correspondam a fatos verificáveis. Para John Kay e Mervin King, o uso de narrativas em julgamentos humanos pode até ser aprimorado pela inteligência artificial, mas nunca por ela substituído, pois a existência concreta de indivíduos únicos e eventos únicos acaba revelando um cenário de “incerteza radical” que não pode ser eliminado por técnicas nem instrumentos ou máquinas.³⁴⁵ Ainda segundo Kay e King, a infinidade de resultados possíveis na resolução de um problema jurídico complexo – haja vista que os personagens envolvidos e os detalhes do enredo nunca são os mesmos – leva à constatação de que só uma narrativa consistente é capaz de ordenar o caos e de dar sentido inteligível à multiplicidade de aspectos que caracterizam um feito específico.³⁴⁶ Tal narrativa constitui a dimensão qualitativa do ato de examinar os dados fornecidos pelos números gerados por algoritmos (dimensão quantitativa). O problema é quando essa dimensão qualitativa, ao invés de buscar seu fundamento de validade na lei, escora-se em fundamentos morais.

Essa miscelânea metodológica, que baralha valores morais com preceitos jurídicos na fundamentação da decisão judicial, causa perplexidade ao jurisdicionado, sempre que um dispositivo legal aplicável é arbitrariamente afastado a partir da postura moral adotada pelo juiz sentenciante, pois aos cidadãos em geral é impossível saber, de antemão, qual é a moral individual perfilhada por cada magistrado, o que lhes impede de autodeterminar-se de acordo com um mínimo de previsibilidade e de segurança jurídica.

É interessante observar que nem todos os autores caudatários do pensamento de Dworkin concordam com a tese da unidade entre Direito e Moral. Lenio Streck, por exemplo, perfilha a tese da autonomia do Direito em face da Moral, embora admita ser um pensador dworkiniano. Ao resgatar passagem alegórica da mitologia grega como ilustrativa da milenar diferença que existe entre um julgamento pautado racionalmente em *fundamentos jurídicos* e um justicamento norteado por *paixões e pulsões morais*, o referido jurista brasileiro reconhece o perigoso papel que os valores morais podem desempenhar na atividade jurisdicional.³⁴⁷ Como corolário da tese da autonomia, Streck afirma que não é a "razão correta" que filtra o Direito, mas sim este que filtra aquela.³⁴⁸ A preocupação de Streck é

345 KAY, John; KING, Mervin. **Radical Uncertainty. Decision-making beyond the numbers**. New York: W. W. Norton & Company, 2020, p. 214.

346 “Narratives reasoning is the most powerful mechanism available for organising our imperfect knowledge. Understanding the complex world is a matter of constructing the best explanation – a narrative account – from a myriad of little details and the knowledge of context derived from personal experience and the experience of others” (Ibidem, p. 410).

347 “Os gregos nos ensinaram o valor do Direito. Na verdade, a primeira grande manifestação da autonomia do Direito está em *As Eumênidas*, da trilogia Oresteia. A juíza Palas Athena colocou o Direito como muro de contenção *contra a investida das Eríneas*, as deusas da fúria (que hoje se mudaram para as redes sociais). E Orestes foi absolvido pelo *in dubio pro reo*, o primeiro da história” (STRECK, Lenio Luiz. “O juiz das garantias, o muro de contenção e as vacinas”. Artigo publicado em 28.10.2021 na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/senso-incomum-juiz-garantias-muro-contencao-vacinas>. Acesso em 02/01/2022).

348 *Ibidem*.

com a fragilização de um princípio básico que ele chama de “secularização do Direito”, segundo o qual os preceitos jurídicos não podem confundir-se com princípios morais e religiosos, ainda que uns e outros assentem, em grande medida, sobre o mesmo pano de fundo axiológico, já que ao longo de séculos inúmeros valores morais e religiosos foram e continuam sendo positivados pelo Direito.

À medida que novos valores morais surgem, mais ou menos conservadores, o Direito tende a incorporá-los à legislação, pois a produção de material jurídico pelos representantes do povo nunca está alheia ao arrebatador influxo das tendências morais de cada época. Citam-se, como exemplo, as agendas autoritárias que passaram a ditar os rumos dos debates legislativos no Brasil desde o advento da onda conservadora que culminou na eleição presidencial de Jair Bolsonaro em 2018.³⁴⁹ Como já visto no 1.6 do Capítulo 1, tentou-se aprovar na Câmara dos Deputados até mesmo um projeto de lei que incluía, na lista de crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), o vago tipo penal de “usurpação de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo”³⁵⁰.

Trata-se de propostas populistas de redução do catálogo e da eficácia dos Direitos Humanos (aos quais só os “humanos direitos” fariam jus, segundo seus proponentes), de extinção das faculdades de Filosofia e de Ciências Sociais, de fechamento do Supremo, de retorno ao regime militar, de outorga de poderes absolutos ao Chefe do Executivo, de censura à imprensa, entre outras, todas sob o abusivo pretexto de que tais instituições democráticas não mais ostentariam a “estatura *moral*” exigida pelos brasileiros “de bem”.

Até se compreende que tais propostas – ditas “moralizantes” por seus apoiadores - sejam discutidas na Casa do Povo por seus representantes. E não se estranha o fato de que muitos eleitores de Bolsonaro sejam simpáticos a agendas políticas conservadoras e, em alguns casos, até mesmo reacionárias e autoritárias.

Mas não se pode aceitar que essas agendas morais de ocasião impregnem também a atividade jurisdicional, pelo menos enquanto não convertidas em lei, mediante o devido processo

349 Algumas dessas agendas legislativas são de extração religiosa – como a que pretende criminalizar o aborto até para a hipótese de estupro (PEC 29/2015, apresentada pelo ex-Senador Magno Malta) -, mas sempre subversivas do atual estágio civilizatório em que se encontra o Direito brasileiro e dos direitos fundamentais por ele acolhidos. Outras possuem caráter *punitivista*, visando o afrouxamento de garantias processuais penais com vistas a um endurecimento consequencialista do combate ao crime, como denunciado pelos Ministros do STF Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, *verbis*: “Toffoli afirmou que é chegado o momento de a corte impedir ‘interpretações criativas’. Lewandowski respondeu à fala do ministro Luís Roberto Barroso sobre o que chamou de ‘surto de garantismo’ do tribunal quando a Justiça começou a quebrar um ‘pacto oligárquico’ ao punir crimes de colarinho branco. A jurisprudência garantista do Supremo, conforme Lewandowski, ‘não constitui nenhuma novidade, sempre construída a partir de casos de pessoas pobres, desempregadas, subempregadas e de pequeno poder aquisitivo’. Marco Aurélio reforçou o coro ao sustentar que não se pode partir para o justicamento, colocando a segurança jurídica em risco e a sociedade em sobressaltos. Para o decano, Celso de Mello, há necessidade de se dar proteção efetiva ao devido processo legal, no sentido de que o processo penal é meio de contenção e delimitação dos poderes dos órgãos de acusação” (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-27/anuario-justica-seguranca-juridica-desafio-seculo-xxi>. Acesso em 28.04.2022).

350 Para o autor desse desastrado projeto – já arquivado, felizmente -, era mister tipificar criminalmente tal “usurpação”, a fim de conter o *ativismo* do STF, que “estaria usurpando as atribuições dos demais Poderes da República”.

legislativo. Até porque, enquanto não positivados, os argumentos supostamente morais utilizados por juízes são fluidos, difusos, obscuros, indeterminados e, portanto, incertos, além de variarem de acordo com o tempo, o lugar e a pessoa que os emprega.

E as objeções à utilização de argumentos morais em julgamentos judiciais não são apenas jurídicas, mas também morais³⁵¹. A própria natureza filosófica da Moral a impede de ser capturada por operadores do Direito para funcionar como espúrio parâmetro axiológico na formação de juízos de valor jurídicos.

Sendo a dimensão moral uma perspectiva *autônoma, interna e circular*,³⁵² cada indivíduo deve prestar contas tão-somente a si mesmo, no que tange ao seu agir moral. Este deve ser exercido apenas na primeira pessoa do singular, de modo que o agente não preste contas senão à sua própria e soberana consciência, julgando-se a si mesmo, seja para autocondenar-se, seja para auto-absolver-se. O julgamento moral jamais deve recair sobre um terceiro, sobre quem não o exerce sobre si mesmo e em nome próprio, pois para heterojulgamentos existe o Direito, enquanto instância reguladora *externa* que é.

Em suma, cabendo à Moral a reflexão e a decisão sobre a própria conduta individual, ela jamais pode servir como critério de julgamento para a glosa de conduta alheia, na medida em que o *agir moral* é um verbo que não admite conjugação nem na segunda nem na terceira pessoa, mas apenas na primeira pessoa do singular, como já enfatizado.

Trata-se, como se vê, de uma autoimposição, e jamais de uma heteroimposição, já que o agente moral é um autolegisador, um soberano de si mesmo e de ninguém mais, de modo que não lhe cabe julgar condutas alheias a partir dos critérios pessoais extraídos das próprias convicções morais daquele agente que julga. Essas razões de natureza moral se acrescentam às jurídicas que vêm sendo sustentadas ao longo desse trabalho, no incansável esforço acadêmico que a presente investigação assumiu com vistas a afastar o predatismo do Direito pela Moral (ou morais de ocasião),

351 A própria Filosofia Moral se encarrega também de oferecer fundamentos para refutar a tese da união entre Direito e Moral, conforme se vê abaixo.

352 Segundo Kant, o sujeito que age livremente o faz no exercício da *autonomia* de sua vontade, a qual, no campo da moralidade (excluída, assim, a seara jurídica), não presta contas senão às máximas universais possíveis. Extrai-se, assim, da metafísica kantiana que, *verbis*: "A moralidade é, pois, a relação das acções com a autonomia da vontade, isto é, com a legislação universal possível por meio das suas máximas" (KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Manuel Pires Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 84). Para Joseph Raz, os fundamentos morais só podem basear-se e ser explicados a partir de outros fundamentos universais igualmente extraídos da Moral, em uma relação circular infinita, embora isso não os torne independentes das práticas sociais, que são sempre cambiantes. Raz demonstra, também, haver uma delicada relação entre interesses próprios ou egoísticos e valores impessoais, relação esta que pode mascarar, sob o manto da moralidade, certas posturas voltadas exclusivamente ao autobenefício de quem as assume (RAZ, Joseph. **Engaging Reason: On the Theory of Value and Action**. New York: Oxford University Press, 1999, pp. 170-175).

desde que as pesquisas doutorais realizadas passaram a indicar diversas inconsistências metodológicas no seio das concepções que baralham Direito e Moral(is).

Tais concepções, autointituladas *moralizantes*, acabaram incorporando-se à prática judicial observada no Brasil, o que a presente tese convencionou chamar de *sincretismo metodológico brasileiro*, expressão que serve de título ao Capítulo 3, onde se deram vários exemplos de decisões que afastaram dispositivos expressos de leis vigentes, e até mesmo da Constituição, em nome dos valores morais cultivados pelo órgão julgador, sempre difusos e cambiantes. Recordem-se aqui as duras críticas – todas referendadas pela presente tese - que o Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), fez à postura renitente do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em matéria criminal, que insiste em contrariar a jurisprudência dominante dos tribunais superiores sobre o descabimento da pena de prisão para pequenos traficantes. Tais críticas *jurídicas*, de todo procedentes, foram rebatidas, no entanto, com argumentos *morais* pelo TJSP, que, arvorando-se à função de superego da sociedade (que a Constituição não lhe atribui) e olvidando-se de que a sua missão constitucional é servir ao Estado de Direito, e não aos propósitos pessoais de seus membros, respondeu que lhe cabe defender “*os cidadãos de bem, cumpridores de seus deveres, que não transgridem normas e se portam de maneira ordeira e correta*” (sic). Quis o TJSP com isso dizer que “os cidadãos de bem”, que se abstêm de traficar substâncias estupefacientes, enxergam com maus olhos um tribunal que aplica penas alternativas à prisão a pequenos traficantes (sempre desarmados e sem associação a organizações criminosas), pois tal laxismo judiciário lhes parece imoral, uma vez que comungam da ideia geral de que lugar de traficante é na cadeia. Assim, não poderia o TJSP ficar com sua imagem arranhada a partir dos juízos morais que a população costuma formar em relação a tribunais que são muito “brandos com criminosos”.

No que tange à acusação de excessiva “*brandura da Justiça com os criminosos*”, nas hipóteses em que esta apenas cumpre a lei e se abstêm de usar juízos morais de valor como fundamento para encarcerá-los, o Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal Paulo Ferreira da Cunha demonstra, em artigo acadêmico, a injustiça de tal acusação popular, que parte da equivocada pressuposição de que juízes sejam “super-homens ou super-mulheres dotados de poderes especiais”³⁵³. Para a opinião popular, se uma prisão ilegal é glosada pelo juiz competente para apreciá-la, logo este se torna, automaticamente, um aliado da impunidade, para dizer-se o mínimo. Em geral,

353 CUNHA, Paulo Ferreira da. “Ter Razão por Último: breves notas sobre ter razão na justiça e a Justiça Constitucional Portuguesa”. In Revista *Scientia Iuridica* – ISSN 0870-8185 - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXIX, N.º 352, Janeiro/Abril de 2020, pp. 103-123, pp. 113-115.

os magistrados que não se intimidam em decidir de modo contrário à opinião pública, passam a ser vistos como inimigos públicos a serem erradicados por uma faxina ética, a qual é rápida e ferozmente disseminada nos meios sociais pelos arautos da moralidade.

Já os juízes que encarceram com severidade mesmo réus acusados da prática de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça e com insignificante expressividade econômica³⁵⁴, costumam apresentar-se aos holofotes da mídia como “heróis”³⁵⁵ predestinados a salvar a sociedade dos malfeitores. Suas decisões têm caráter punitivista e vêm revestidas normalmente de um verniz populista, espalhafatoso e apelativo, com o intuito de, às custas de direitos e garantias do acusado/investigado, passar à opinião pública uma imagem de compromisso judicial com o combate à criminalidade. Na verdade, estão egoisticamente comprometidos apenas com a própria reputação.³⁵⁶ Não passam de transgressores narcisistas da legalidade, tão enaltecida na presente tese.

São, em suma, os infratores “do bem” a combater os infratores “do mal”.

Em geral, os juízes populistas destilam seu moralismo penal contra pessoas oriundas de segmentos sociais marginalizados, pois sabem que elas raramente possuem condições de pagar os altos honorários de advogados com aptidão suficiente para inibir seus arroubos autoritários. O sedutor discurso de “combate aos criminosos”, com seu forte apelo popular, tem natureza moral e política, mas não jurídica. A própria terminologia que se refere ao suspeito da prática de um crime como já sendo um “criminoso” que deve ser afastado do convívio social, é um resquício lombrosiano da vetusta concepção criminológica do *Direito Penal do autor*, há muito ultrapassada, desde Beccaria, pelo *Direito penal do fato*. A pessoa acusada de ser autora de uma infração penal não deve ser “combatida”, como a praga que o agricultor combate para preservar sua lavoura, mas sim receber o tratamento penal que a lei, devidamente interpretada pela jurisprudência dominante, prevê para a hipótese, após observados o devido processo legal e seus corolários. E, se condenada por decisão transitada em julgado, a pessoa

354 Trata-se dos crimes de *insignificância* ou *bagatela*, conforme denominação doutrinária para referir-se a delitos cujo impacto econômico é desprezível. É copiosa e, portanto, assustadora a quantidade de *habeas corpus* que os Tribunais Superiores brasileiros concedem diuturnamente para a soltura de pessoas pobres acusadas de furtar alimentos ou produtos de baixíssimo, como “um pão”, “onze unidades de chocolate da marca *Snickers*, no valor total de 35 reais”, “um pacote de papel higiênico no valor de 24 reais”, “um xampu e um condicionador no valor total de 24 reais”, entre outras ocorrências cujas prisões são desnecessariamente mantidas pelos tribunais de origem, obrigando as Defensorias Públicas a recorrer ao STJ e ao STF para lograr obter a soltura dos acusados desses furtos de bagatela (Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/bagatela-que-custa-liberdade/>; <https://www.migalhas.com.br/quentes/358152/crime-de-bagatela-carmen-concede-hc-a-presos-por-furto-de-chocolate>). Tal fenômeno é ainda agravado pela superlotação e pelas más condições do sistema prisional brasileiro, que levaram, p.e., uma jovem de 23 anos a ser violentada e ficar cega de um olho na prisão após ter sido presa pelo furto de um xampu e um condicionador de cabelos, conforme relata um estudo realizado por pesquisadora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa em conjunto com uma universidade brasileira, disponível em: <https://revistas.ponteditora.org/index.php/j2/article/download/325/246>.

355 Vide, a propósito, o artigo escrito pelo Professor e Desembargador Roberto Freitas Filho: “O juiz ‘herói’ não é um bom juiz”. **Consultor Jurídico**. Publicado em 07/01/2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-07/roberto-freitas-filho-juiz-heroi-nao-bom-juiz>. Acesso em 17/01/2022.

356 Alguns desses juizes aproveitam-se da meteórica fama, adquirida a partir de seu estilo draconiano de envergar a toga, para finalmente abandonarem a magistratura e lançarem-se *oficialmente* na política (já que *oficiosamente* nela já estavam), concorrendo como candidatos a cargos eletivos, sempre sob o manto eleitoreiro do combate à criminalidade.

continua a ter o direito de não ser “combatida”, nem pelo Estado nem pela sociedade civil, devendo apenas cumprir a pena nos moldes previstos em lei, cujo rigor não pode ser exasperado pelo juiz, ainda que ele considere a previsão legal muito branda para os seus padrões morais. Por fim, também não cabe tecnicamente aos juízes “combater o crime” (para isso há as polícias e o Ministério Público), sobretudo se para combater ilegalidades tiverem, eles, os próprios magistrados, de cometer outras ilegalidades, por vezes até mais graves que as por eles combatidas. Não se combate uma ilicitude com outra, ainda que esta última seja extremamente bem-intencionada. Assim, reputa-se antijurídica a postura judicial que usurpe as funções do Ministério Público, fazendo-lhe as vezes acusatórias, sob o argumento de eventual omissão do órgão acusador e da necessidade de se combater a criminalidade. Em âmbito penal, o juiz só pode atuar para suprir omissões da defesa (*pro reo*), jamais para tutelar funções acusatórias (*pro societate*).

O sociólogo brasileiro Luiz Eduardo Soares observa, a propósito, que o encarceramento seletivo³⁵⁷ de jovens de periferia das grandes cidades caracteriza um modelo penal que trata de modo manifestamente desigual ricos e desafortunados.

É também por isso que adotamos o garantismo como paradigma metodológico a ser seguido pela presente tese, sobretudo no campo do Direito Processual. E coube ao próprio Ferrajoli admitir que a tese da separação entre Direito e Moral constitui o pressuposto necessário de qualquer teoria que se repute garantista.³⁵⁸

Com efeito, se a jurisdição é *poder*, o processo é *garantia*. E a proposta garantista coloca no centro da discussão jurídica os interesses legítimos dos jurisdicionados, credores que são da obrigação imposta ao aparato judiciário de disponibilizar uma prestação jurisdicional rigidamente pautada pelo devido processo legal, cláusula constitucional esta que, por óbvio, não se confunde com os sentimentos morais nutridos por cada um dos milhares de membros judicantes que integram o complexo sistema de Justiça.

Tamanha é a importância do tema para comunidade jurídica brasileira que, na denominada “*Carta de Jundiaí: Pela compreensão e concretização do Garantismo Processual*”, elaborada durante Colóquio Internacional realizado em Jundiaí/SP, no dia 19 de agosto de 2017, capitaneado pelo

357 “Os jovens vão herdar o Brasil que estamos construindo. Um país que encarcera cada vez mais e o faz seletivamente, porque a lei que vale para uns, na prática, não vale para outros. Um país que está se credenciando para se tornar campeão mundial do encarceramento e que se esmera em produzir, nas prisões, o espetáculo grotesco da barbárie. Uma sociedade majoritariamente convencida de que, prendendo aceleradamente pobres e negros, está no caminho certo para reduzir a violência e fazer justiça” (SOARES, Luiz Eduardo. **Justiça: pensando alto sobre violência, crime e castigo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, pp. 10-11).

358 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 233 e ss.

Instituto Pan-americano de Direito Processual (IPDP), pela Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e pela Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro), os juristas participantes sentiram a necessidade de chegar a um consenso efetivo sobre o que se deveria entender por *garantismo processual*. E, a fim de que a expressão não seja tida apenas como mais um arroubo retórico e vago da advocacia criminal contra os desmandos judiciais, ela foi objeto do seguinte acordo semântico: o garantismo consiste em proposta teórica que tem por escopo a efetiva garantia do indivíduo e da sociedade perante o poder jurisdicional estatal, o qual deve atuar com respeito ativo e intransigente aos consectários constitucionais do *due process of law*, tais como a ampla defesa, o contraditório, a legalidade, o juiz natural, a imparcialidade, a acusatoriedade, a liberdade, a dispositividade, a igualdade, a segurança jurídica, a separação dos poderes e a presunção de inocência, entre outros vetores garantidores de um processo justo.³⁵⁹ E nenhum desses vetores intersubjetivos terá qualquer serventia se o juiz entender que pode substituí-los por sua noção subjetivista do que lhe parece justo segundo os seus próprios padrões morais.

É aqui que a separação entre Direito e Moral se impõe.

A História é pródiga em dar repugnantes exemplos de como o totalitarismo, ao impor sua ordem autoritária, sempre se aproveita do discurso unificador entre as dimensões legal e ética em sua forma de governar. Hannah Arendt bem lembra o *estado permanente de ilegalidade* do regime nazifascista que vigorou na Alemanha, sob a égide do postulado hitleriano segundo o qual "o Estado total não deve reconhecer qualquer diferença entre a lei e a ética"³⁶⁰, uma vez que o Direito totalitário do Terceiro Reich presume que a lei em vigor é idêntica à ética comum que emana da consciência de todos e é encarnada pelo *Führer*. Tanto é assim, que Arendt observa o fato de que o regime nazista sequer se deu o trabalho de revogar *formalmente* a Constituição de Weimar, pois o seu caráter normativo era *materialmente* ignorado pelo Partido que se apropriou do Estado alemão naquele trágico período. Apenas a vontade do líder é que conta; a lei não passa de um mero subterfúgio retórico, cujo descumprimento pode ser sempre justificado ideologicamente.

359 "Mas o que pode ser entendido por Garantismo Processual? O Garantismo é uma forma de pensar o Processo em suas dimensões analítico-legal, semântico-conceitual e pragmático-jurisprudencial como efetiva GARANTIA do indivíduo e da sociedade perante o poder estatal de exercer a Jurisdição. Se processo é garantia, jurisdição é poder, e este só será legitimamente exercido quando concatenar as regras de garantia estabelecidas no plano constitucional, como o devido processo, o contraditório (=direito das partes, não do juiz), a ampla defesa, a imparcialidade, a imparcialidade, a acusatoriedade, a liberdade, a dispositividade, a igualdade, a segurança jurídica, a separação dos poderes, a presunção de inocência etcetera. O Garantismo Processual, ainda, respeita e leva a sério o papel contramajoritário da Constituição e das garantias por ela estabelecidas, além de racionalmente empreender, em caráter pedagógico, na dissuasão de posturas dogmático-discursivas que, contraditórias à Liberdade constitucionalmente garantida, contemplam proposições e soluções jurisdicionais *ex parte principis* reveladoras de arbítrio. O Garantismo Processual também implica um tipo de concentricidade que remete o seu discurso à cláusula do *due process of law*, que por resplandecer no núcleo fundante dos direitos e garantias fundamentais de nossa Constituição da República faz do Processo uma instituição de garantia, e não um ambiente político estatal para que o Judiciário atue para conflagnar a macrocômica visão de mundo dos agentes públicos que o integram" (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-29/defesa-garantismo-juristas-fazem-carta-ativismo-judicial>. Acesso em 25.04.2022).

360 ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 444.

Diante do exposto e premidos pela razão dos fundamentos nele articulados, concluímos este tópico com a *certeza* – que em ciência é sempre *provisória*, mas não nos poderíamos furtar a responder com convicção à pergunta que lhe serve de título – de que a decisão judicial não precisa ser necessariamente moral. Das inúmeras morais possíveis e imagináveis, só a *moral* extraída do ordenamento jurídico (que aí deixa de ser apenas *moral*) é que deve governar *formalmente* o ato decisório externado (contexto de justificação) pelo juiz, ainda que não ignoremos ingenuamente a função causal exercida por certos elementos contranormativos (contexto de descoberta) que *materialmente* acabam definindo, por vezes, o entendimento judicial.

4.4. Desacordos morais razoáveis e silêncio do Direito

Viu-se no tópico anterior a inadmissibilidade da importação, para o processo judicial *garantista*, de parâmetros morais como sucedâneos das normas jurídicas aplicáveis à espécie. Mas nada se falou sobre qual deveria ser a postura do juiz diante das hipóteses de silêncio ou lacuna do Direito, aqui incluídos, para além das normas positivadas, também os seus princípios, que nem por isso deixam de ser normas jurídicas.³⁶¹

Entendemos que os *valores morais*, para serem alçados à qualidade de *princípios jurídicos* em sentido estrito, devem no mínimo gozar de algum prestígio doutrinário, se não estiverem ainda devidamente sedimentados pela dogmática jurídica e pela história do Direito, respeitadas as peculiaridades de cada sistema normativo. Tanto os *valores* quanto os *princípios* possuem inegável carga axiológica, mas só os últimos podem, ao lado das *regras*, ser considerados *normas jurídicas*.³⁶² Os valores, portanto, só passam a ter *status* jurídico e a gozar da normatividade peculiar ao Direito depois de convertidos em lei ou tidos pela doutrina relevante como princípios que se prestam à proteção de *bens jurídicos*.

361 Os princípios jurídicos ainda não positivados são raríssimos no Direito brasileiro, dada a inflação legislativa que a cada dia incorpora mais e mais mandamentos deontológicos ao já gigantesco rol de direitos formalizados em lei, que na prática, porém, quase nunca são respeitados nem efetivados. O Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, chega a ir ainda mais longe no quesito “legalização de princípios”, pois, além de positivar diversos princípios jurídicos (como os da “razoável duração do processo” e da “primazia da decisão de mérito” no artigo 4º; da “boa-fé objetiva” no artigo 5º; da “cooperação” no artigo 6º; da “dignidade da pessoa humana”, da “proporcionalidade”, da “razoabilidade” e da “eficiência” no artigo 8º, entre outros), o referido diploma processual também optou por fazer, no artigo 1º, referência expressa até mesmo aos “valores estabelecidos na Constituição”. Isso demonstra que o legislador brasileiro, que já era pródigo em positivar os princípios desenvolvidos pela doutrina, agora também se preocupa com outros *valores* que nem à categoria de *princípios jurídicos* haviam sido alçados pela dogmática jurídica, mas que hoje gozam de normatividade.

362 É clássica a lição de Alexy sobre a distinção entre *regras* e *princípios*, bem como sobre os seus respectivos modos de aplicação (*subsunção* e *ponderação*), *verbis*: “A base da construção tanto de regras quanto de princípios é a distinção teórico-normativa entre regras e princípios. Regras são normas que exigem algo definitivamente. Elas são comandos definitivos. Sua forma de aplicação é a *subsunção*. Se uma regra é válida e aplicável, é definitivamente exigido que exatamente o que ela exige seja feito. Se isso é feito, essa regra é cumprida; se isso não é feito, ela não é cumprida. Em contrapartida, princípios são normas que exigem que algo seja feito na maior medida possível, dadas as possibilidades fáticas e jurídicas em questão. Assim, princípios são comandos de otimização. Como tais, eles são caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diversos graus, dependendo o grau apropriado de cumprimento não apenas do que é faticamente possível, mas também do que é juridicamente possível. Desconsiderando as regras, as possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente por princípios opostos. Por essa razão, princípios, considerados isoladamente, sempre compreendem uma exigência apenas *prima facie*. A determinação do grau apropriado de cumprimento de um princípio relativo às exigências de outro princípio é a *ponderação*. Assim, a *ponderação* é a forma específica de aplicação de princípios” (ALEXY, Robert. “Direitos e liberdades como conceito”. *In Revista da AGU*, Brasília-DF, vol. 20, n° 01. pp. 21-44, jan./mar.2021, p. 34).

Sobre os níveis pelos quais se pode dar essa ascensão de um *valor* ou uma simples ideia, ou até mesmo uma mera “realidade psíquica” (como um sentimento), à categoria institucional de “bem jurídico”, o Professor Joaquim Freitas da Rocha ensina que tal passagem pode percorrer quatro dimensões, quais sejam: 1) a psicológica; 2) a sociológica; 3) a axiológica; e, por fim, 4) a jurídica. Assim, na irretocável lição do referido mestre, aquilo que se afirmara inicialmente como uma simples realidade psíquica e depois se transformara em realidade sociológica em determinado grupo, pode vir a ganhar corpo jurídico na sequência, bastando, para tanto, que o valor axiológico subjacente àquelas realidades seja de tal forma prestigiado pela comunidade que esta resolva, por seu corpo legiferante, transformá-lo em bem jurídico.³⁶³ Mas é do próprio autor a ressalva de que boa parte dos valores sociais não se transforma em *bem jurídico*, tal como, por exemplo, o valor social da cortesia, cuja prática não pode ser exigida coativamente, por falta de amparo *juridicamente* normativo, senão apenas de base *moral*.

O problema apresentado no presente tópico reside justamente nas situações em que, na falta de dispositivo legal ou principiológico que discipline determinada questão, os juízes passam a valer-se de certos “valores” como se de normas jurídicas se tratasse, para assim fundamentarem suas sentenças. E piores são as situações nas quais a lei aplicável cede em nome desses mesmos “valores”.

O tema já foi em parte abordado no Capítulo 1, tópico 1.4, ocasião em que exemplificamos algumas posturas judiciais de flagrante contrariedade ao Direito posto, as quais chegam a se valer, em situações-limite, de “máximas” inventadas pelo próprio juiz e por ele traduzidas no ato de decidir sob a forma, por exemplo, de “princípio da justiça”, ou de “princípio do afeto”, ou de “princípio do combate à criminalidade”, ou de “princípio da ordem natural das coisas” e assim por diante, até onde a criatividade humana tiver asas para alcançar.

Nessas hipóteses, não é o Direito o que o juiz está aplicar, senão seus próprios sentimentos, emoções e interesses pessoais, tais como a paixão, a raiva, a misericórdia, a aflição, a compaixão, a impotência, a mágoa, o pesar, o remorso, a ambição, a inveja, a sofreguidão de mudar realidades sociais, o desejo de ser querido por todos, etc. Em outras hipóteses – que não são objeto do presente tópico -, juízes podem referir-se a direitos previstos no texto constitucional, cuja concretização, porém, depende de um conjunto de leis e de programas de governo que lhe deem maior densidade normativa

363 ROCHA, Joaquim Freitas da. **Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos: esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa**. Versão policopiada. Coimbra, 2006, p. 50.

e efetividade, como ocorre com o tão alegado “direito à saúde”. Basta falar-se em “direito constitucional à saúde”³⁶⁴ para que toda e qualquer regra legal referente, por exemplo, ao funcionamento do Sistema Único de Saúde brasileiro, tal como as contidas na Lei n.º 8.080/1990,³⁶⁵ seja solenemente desconsiderada por juízes sedentos de legislar sobre políticas sanitárias.

Robert Alexy explica que a atividade jurisdicional não tem apenas um caráter proposicional ou discursivo, mas também um aspecto *institucional*, que é fundado na autoridade do tribunal competente para decidir. Problemas de ordem hermenêutica, derivados de *desacordos morais razoáveis*, costumam ocorrer quando as autoridades judiciais competentes valem-se de sua posição institucional para veicular, nas decisões jurisdicionais que proferem, “argumentos não-institucionais”.³⁶⁶

Tais argumentos - em regra lastreados em fundamentos morais, pragmáticos ou éticos - acabam sendo usados por magistrados como discursos não apenas de *aplicação* ou *justificação*, mas também de *fundamentação*, em suas decisões.³⁶⁷ Ao abarcar juízos tanto de *subsunção* quanto de *ponderação*, a *pretensão alexyana de correção* envolve, porém, aspectos de revisão da lei positiva que vão muito além da sua mera “interpretação conforme” ou da declaração pura e simples de inconstitucionalidade, com ou sem redução de texto.

Confere-se aos juízes, com isso, um poder de criar normas frontalmente contrárias às promulgadas pelo legislador e até mesmo pelo próprio constituinte, desde que tal poder criativo obedeça a contornos procedimentais e tenha características *discursivas*.³⁶⁸

Por mais *discursivo* que possa teoricamente ser esse procedimento judicial de criação de normas - e na prática raramente o é -, não é difícil imaginar as situações absurdas que podem ser geradas a partir do uso desenfreado desses “discursos de fundamentação” na criação de premissas por juízes e tribunais. García Amado bem ilustrou, em palestra realizada em 18 de novembro de 2021,³⁶⁹ um dos absurdos que tal poder pode ensejar, dando o exemplo da utilização, em processo

364 A Constituição brasileira prevê o direito à saúde nos artigos 6º, *caput*, 7º, IV, 196, 197, 198, 199 e 200. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 28.04.2022.

365 Esta Lei, ao regulamentar o direito constitucional à saúde, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, além de dar outras providências. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 28.04.2022.

366 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2ª ed. Trad. de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, pp. 318-320.

367 Alexy afirma, a propósito, que “a distinção entre a fundamentação e a aplicação de uma norma pode contribuir somente pouco para o problema, tão central no estado constitucional democrático, da delimitação das competências do legislativo daquelas do poder judicial” (ALEXY, Robert. “Prefácio”. //: ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11).

368 ALEXY, Robert. “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”. //: ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

369 Evento organizado pelo Fórum Nacional dos Centros de Estudos e Escolas das Procuradorias-Gerais dos Estados (FONACE), transmitido ao vivo pela plataforma YouTube (disponível em <https://m.youtube.com/watch?v=10S4V0rGSwl>).

criminal e com posterior autorização judicial, de prova ilícita em desfavor do réu, o que é constitucionalmente vedado, por mais nobres moralmente que sejam as intenções do órgão julgador.

Assim, além do poder de justificar a *aplicação* de uma norma geral ao caso concreto mediante “discursos de aplicação”, o juiz passa também a ter o poder de criar novos fundamentos para tanto, a dar-se por meio de “discursos de fundamentação normativa”.³⁷⁰

Portanto, segundo Alexy, todo discurso de aplicação acaba por contemplar um discurso de fundamentação. Ao desconsiderar ou, no mínimo, reformular os mandamentos normativos que deveriam servir de premissas ao raciocínio jurídico, tal discurso de fundamentação realizado pelo juiz em substituição à fundamentação normativa já emanada do legislador, carece de fundamento válido de legitimidade. Com efeito, se por um lado a Constituição garante ao Judiciário papel primordial na aplicação do Direito, de outro lado ela também deixa clara a especial proteção que consagra aos princípios da legalidade, da Separação dos Poderes, do Estado de Direito (*Rule of Law*), da liberdade, da isonomia, da segurança jurídica e do devido processo legal, entre outros.

Desse modo, não cabe aos destinatários da Constituição escolherem qual parte do seu texto preferem aplicar, como se este se restringisse a veicular em favor do Judiciário a reserva de jurisdição e não previsse expressamente todos aqueles outros princípios e regras constitucionais. O Estado Democrático de Direito não permite às instituições que escolham quais os dispositivos da Carta que devem ser por elas obedecidos e quais podem ser manifestamente ignorados, como se a jurisdição fosse o resultado de um mero jogo de conveniências institucionais e predileções pessoais.

É óbvio que há situações hipotéticas em que a aplicação da lei pode levar a situações absurdas, tais como a observância das leis nazistas que ordenavam o envio de judeus a campos de concentração e da regra, praticamente universal, que assegura a inviolabilidade de comunicações telemáticas, mesmo quando somente uma interceptação ilícita poderia evitar a explosão de uma bomba nuclear que colocasse fim à humanidade, entre outros exemplos atípicos ou nada usuais.

Em suma, o ato de interpretar o Direito não se confunde com o de criar o Direito, e tampouco com o ato de reproduzir acriticamente o Direito.

Mas, em hipóteses excepcionais como a que serve de título ao presente tópico, de *silêncio do Direito posto* (seja em nível legal, seja em nível jurisprudencial), pode-se aceitar um discurso judicial de

370 ALEXY, Robert. “Fundamentação de normas e aplicação de normas”. In: ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 59.

fundamentação que construa premissas para o julgamento que se seguirá. Dworkin recorre à noção de integridade para afirmar que não há lacunas no Direito.

Com efeito, o pensamento de Dworkin não tolera subjetivismos nem moralismos individuais, pois dependem unicamente das idiossincrasias de cada magistrado. A teoria dworkiniana sustenta a existência de juízos morais *objetivos* sobre a melhor justificação de uma determinada prática normativa, de modo a excluir os subjetivismos daquilo que se deve esperar da aplicação prática do Direito. Trata-se, como se vê, de uma visão prescritiva e fundacionalista, e não meramente descritiva nem relativista.

E se, na hipótese de ausência de dispositivo normativo que discipline a solução da controvérsia, o juiz criar direito a partir de fundamentos morais, tal criação judicial moral passará a ser considerada Direito?

Entendemos que a resposta deve ser negativa, pois, em suma, um argumento moral não perderá sua natureza moral só porque foi encetado em uma discussão jurídica. E nem tudo o que consta da fundamentação de uma sentença judicial é necessariamente jurídico. Aqui não deve incidir, nem por extensão, a máxima hobbesiana segundo a qual *auctoritas, non veritas, facit legem*. O fato de um fundamento de origem exclusivamente moral ser utilizado pelo juiz não tem o condão de transmudá-lo em fundamento jurídico.

Além disso, não deveria caber ao Judiciário dar a última palavra sobre o que é moral ou imoral, sob pena de passar a atuar como o “superego da sociedade”³⁷¹, função que obviamente não lhe incumbe, como tampouco incumbe a qualquer outro órgão estatal, ao menos em modelos de Estado que não sejam totalitários, obviamente. O respeito estatal à pluralidade de convicções valorativas que convivem pacificamente no seio da sociedade, ao contrário da imposição estatal de uma Moral absoluta com pretensões totalizantes, é sinal de uma sociedade livre, plural, democrática e amparada por um Estado de Direito.

Ao revés, optar-se pela posição inversa – defendida por aqueles que pretendem moralizar o Direito, tornando-o objeto de predatismo moral – é, na visão defendida nesta tese doutoral, optar-se por uma sociedade servil, monolítica, antidemocrática e oprimida por um Estado *monoclasse*, formado por uma elite jurídica que se supõe, a seu bel-prazer, detentora da palavra final sobre o que é ético ou não.

371 Nas palavras de Ingeborg Maus, se a sociedade deixar o Judiciário arvorar-se a dono da última palavra não apenas sobre o que é o Direito, mas também sobre o que é ou não ético, aquele Poder se tornará o “superego da sociedade” (MAUS, Ingeborg. “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’.” // *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n.º 58. São Paulo: 2002, pp. 183-202).

Uma jurisdição totalmente apartada da legalidade democrática, além de atentar contra as liberdades, consiste em puro substancialismo antidemocrático e viola o pluralismo de ideais. Considerando que este envolve aspectos morais, religiosos, ideológicos, políticos e culturais, formando uma noção mais ampla de cidadania, não se pode conceber que o Estado reflita os interesses de apenas um estamento social (Estado monoclasa) e desconsidere a tensão, reputada paradoxal por Schmitt, entre a lógica da identidade e a lógica da diferença. O respeito à diferença é o que precisamente faz da democracia um regime particularmente adaptado ao caráter indeterminado e incerto da política moderna, em que o regime do povo, densificado pelo pluralismo em sua acepção mais lata, encontra-se em permanente e dinâmico estado de conquista, longe de ser um evento estático, predeterminado e, portanto, totalitário.³⁷²

Chega-se, portanto, a um acordo sobre a inadmissibilidade da apropriação estatal – sobretudo pelo Judiciário - sobre o que deva ou não ser considerado ético na sociedade.

Mas o que fazer quando o juiz tem sérias dúvidas sobre a aplicação da lei ao caso concreto, por considerá-la injusta na hipótese? Há aqui espaço para a criatividade do juiz?

A processualista brasileira Teresa Arruda Alvim identifica três requisitos mínimos para que essa eventual “criatividade judicial” seja exercida “dentro dos limites do possível”, isto é, para que a criação de pauta de conduta pelo Judiciário esteja, nesse caso, em conformidade com o Estado de Direito. Para tanto, deve haver, cumulativamente, segundo a autora: a) respeito pelo texto da lei (se esta diz “cadeira”, o juiz pode até interpretar que o legislador quis referir-se também a uma poltrona ou a um sofá, mas jamais a um “tomate”, por exemplo); b) harmonia entre a inovação judicial e o conjunto do sistema ou microssistema jurídico, aquilo que os ingleses chamam de “*consistency*” (ex.: se um sistema normativo reconhece, apesar dos padrões morais vigentes, que casais homoafetivos podem casar-se, não seria harmônica com o sistema a decisão judicial que lhes proscresse a adoção de uma criança pelo simples fato de os adotantes não serem heteroafetivos); e, por fim, c) sensibilidade do julgador a alterações de padrões morais ou éticos que não tenham sido ainda foco de preocupação por parte do Poder Legislativo.³⁷³

372 A triste experiência dos Estados totalitários mostrou que a aniquilação da diferença e a refutação do embate parlamentar, onde as leis são paridas, convergem numa concepção autoritária de Estado, em que a classe política se apropria do público, o qual passa a ser reduzido ao estatal, confundindo-se com este. Tal confusão é fatalmente reducionista, já que desconsidera o fato de que nem tudo que é público pertence ao Estado, embora tudo o que é estatal pertença ao público, em última instância.

373 A autora conclui que desconsiderar tal realidade equivale a fechar os olhos para algo inexorável: “A criatividade judicial é inexorável, negá-la é uma atitude desprovida de racionalidade. Afinal, quando há uma contradição entre um dogma e uma realidade, o que cede é o dogma, porque a realidade aí está. Ademais, se se nega que o fenômeno existe, como discipliná-lo?” (ALVIM, Teresa Arruda. “Legislativo e Judiciário criando, juntos, pautas de conduta para a sociedade. Quais os limites do papel do juiz?”. Artigo publicado em 21.05.2021 na Revista Eletrônica **Migalhas**. Disponível em:

O terceiro requisito talvez seja o que suscita as maiores celeumas, dada a dificuldade de se medir, ao menos de modo objetivo, as tais alterações de padrões morais ou éticos, sobretudo no seio de uma sociedade plural e complexa. Isso dependeria de uma série de fatores que obviamente escapam à apreciação judicial, até porque não existe um medidor de padrões morais ou “moralômetro”. O que cada pessoa considera moral ou imoral é, como já se disse, um julgamento interno e personalíssimo, que, por conseguinte, jamais deveria servir de régua normativa para glosar as condutas alheias.

Isso se agrava sobremaneira quando tal critério de julgamento é colocado na balança justamente pelo agente público incumbido legalmente de empunhar a espada do Direito.

Além disso, não parece ser legítimo fazer o direito de alguém depender do que a população em geral, ou cada um em particular, entende ser moral – fora a dificuldade que já se demonstrou em medir-se objetivamente a existência ou não um de sentimento moral. Imagine-se um casal homoafetivo que postule em juízo sua pretensão em adotar uma criança. Sendo a lei silente quanto ao gênero e à orientação sexual dos membros que formam o casal adotante, parece pouco jurídico um argumento que apele para um eventual hiato entre aquela pretensão e os padrões morais então vigentes em sociedade. Por mais que a população, em sua maioria católica e conservadora, desaprove a adoção pretendida, o silêncio da lei não pode ser utilizado como se se tratasse de uma omissão a ser livremente colmatada pelo juiz, a partir dos critérios morais que ele entenda vigentes, mas que, na verdade, são apenas dele.

Para negar o pedido, o magistrado poderia até valer-se dos princípios que norteiam o Estatuto da Criança e do Adolescente³⁷⁴, como os da “prioridade absoluta” e do “melhor interesse” da criança e do adolescente, dada a sua “peculiar condição de pessoa em desenvolvimento”, se estivesse comprovado nos autos qualquer fato desabonador da capacidade dos adotantes em bem atender àqueles princípios. Mas jamais poderia fazê-lo a partir de motivos morais ou religiosos, do tipo “a sociedade ainda não está madura para aceitar isso”, ou “Deus fez o homem e a mulher como o núcleo do seio familiar”, ou “vive-se uma degeneração dos costumes”, entre outros ditos populares de forte influxo moral.

https://www.migalhas.com.br/depeso/345873/legislativo-e-judiciario-criando-pautas-de-conduta-para-a-sociedade?U=04C921E0FA7A&utm_source=informativo&utm_medium=1700&utm_campaign=1700. Acesso em 20/04/2022).
374 Lei n° 8.069/1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 02.05.2022.

Também o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, arque-entusiasta da leitura moral da Constituição, defende uma interpretação criativa e afirma, sem maiores pudores, que fatores ideológicos influenciam as decisões judiciais, *verbis*:

“Quais fatores influenciam uma decisão judicial, sobretudo de uma corte constitucional, notadamente nos casos difíceis, em que se impõe uma atuação mais criativa. Há uma vasta literatura contemporânea sobre esse tema. Em síntese apertada, é possível dizer que existem: (i) fatores jurídicos: juízes, naturalmente, levam em conta a Constituição, as leis, a jurisprudência e a doutrina acerca do que estão decidindo; (ii) fatores ideológicos: embora não possam e não devam ter posturas partidárias, juízes têm a sua própria concepção do que seja bom, justo e legítimo e, naturalmente, projetam-na em seus julgamentos; e (iii) fatores institucionais: há circunstâncias externas ao direito que também são relevantes para o processo decisório como as relações entre os Poderes, as influências da sociedade, da mídia e da opinião pública, a viabilidade de cumprimento das decisões etc”³⁷⁵.

Em sessão de julgamento ocorrida no STF em 03.11.2021, o referido Ministro declarou expressamente filiar-se à concepção pós-positivista do Direito, nos seguintes termos, *verbis*: "Conforme o jurista alemão Robert Alexy, o Direito tem uma pretensão de correção moral, não sendo apenas as normas emanadas das fontes competentes"³⁷⁶. E, com base em argumentos desse jaez, por entender “bom” que municípios legissem sobre assistência judiciária, o STF atribuiu aos entes municipais brasileiros uma competência legislativa que o texto constitucional atribuía apenas à União e aos Estados.

Considerando que Kelsen entendia a interpretação como “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”³⁷⁷, Daniel Amorim Assumpção Neves³⁷⁸ conclui que o positivismo kelseniano admite a *criação* da *norma individual* pelo juiz, o que vai muito além da visão de Carnelutti, para quem a sentença não passava de uma mera *concretização* da *norma geral*.

Na teorização desse ato de “criação” da norma *individual* (que não se restringe, portanto, a uma mera “concretização” da norma *geral*), Kelsen promove uma cisão no ato interpretativo,

375 BARROSO, Luis Roberto. **Constitucionalismo Democrático**: a ideologia vitoriosa do século XX. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019. p. 53-54

376 Nessa sessão, o Plenário julgava a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 279 (ADPF 279), proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra a Lei municipal nº 735/1983 e a Lei Complementar municipal 106/1999, que instituíram a Assistência Judiciária do município de Diadema (SP). A PGR sustentou que os municípios não dispõem de competência para legislar sobre o tema, já que o artigo 24, XIII, da Constituição Federal estabelece competência concorrente da União e dos Estados-membros para tratar do tema (assistência jurídica e Defensoria Pública), de modo que os municípios estariam excluídos dessa competência. A ação, porém, foi julgada improcedente pelo STF, por 9 votos a 1, vencido apenas o Min. Nunes Marques, de modo que na Corte não prevaleceu o entendimento de que o serviço de assistência judiciária gratuita deve ser implementado por meio da Defensoria, cuja organização não se insere no âmbito das competências municipais. O andamento processual da ADPF 279 está disponível para consultas no sítio do STF em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425193>.

377 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª edição. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 245. E, a cada uma dessas sucessivas passagens de um escalão para outro, mais uma norma jurídica acaba sendo criada. Portanto, como observam Rafael Simioni e Fafina de Souza, os problemas maiores depois de Kelsen deixam de ser os relativos às antinomias e às lacunas legais, mas sim os resultantes do excesso de possibilidades de interpretação do Direito, a dar-se na passagem, inevitavelmente criativa também, da norma geral superior para a norma individual inferior (SIMIONI, Rafael Lazzarotto; SOUZA, Fafina Vilela de. “O mito da pirâmide de Hans Kelsen”. Artigo publicado em 02/10/2021 na Revista Eletrônica Consultor Jurídico – **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-02/simioni-souza-mito-piramide-hans-kelsen>. Acesso em 04/05/2022).

378 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**: volume único. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 60.

decompondo-o em ato de *vontade* (válido na criação e na aplicação de *normas* jurídicas por seus operadores) e em ato de *conhecimento* (válido na formulação científica de *proposições* jurídicas pelos teóricos do Direito).

E a criação dessa norma individual por ato de vontade do juiz não o sujeita a escolher a opção mais justa do ponto de vista moral. Assim, ao assumir uma postura indiferente em relação à pretensão de correção moral do ato de vontade que cria ou aplica a norma jurídica, Kelsen passa a ser acusado de relativismo moral pelos pós-positivistas, por ter descolado sua teoria decisional de todo e qualquer tipo de cognitivismo metafísico.

Da mesma forma, a razão prática não era objeto do normativismo de Viena, relegada que foi à discricionariedade da autoridade competente para criar ou aplicar as normas, bem como para preencher suas eventuais lacunas e até mesmo para contrariar o Direito posto, se assim as circunstâncias fáticas o exigissem. E isso não poderia ser mesmo diferente, na medida em que Kelsen encarava tal poder discricionário como um mero ato de vontade, e não de conhecimento, pois considerava impossível extirpar de modo definitivo a vagueza semântica dos preceitos normativos e o conseqüente subjetivismo dos julgamentos neles pautados.

Seu projeto teórico-científico era, como se pode ver, modesto e limitado, sobretudo se comparado à ambiciosa proposta dworkiniana de sustentar a existência de uma única solução correta para cada controvérsia, mesmo em *hard cases*, com exclusão de todas as outras soluções virtualmente possíveis. Para Dworkin, não há moldura legal que albergue mais de uma decisão correta; *há apenas uma decisão correta*, com exclusão de todas as demais, as quais devem ser consideradas, por conseguinte, como decisões *incorretas*.

O problema é encontrar o critério infalível que ateste a tal justeza dessa única decisão. E o critério dworkiniano não é assegurado por um método, senão pela postura hermenêutica do intérprete, o que torna ainda mais ambicioso esse já pretensioso projeto de levar a sério o conteúdo da decisão judicial, vale dizer, seu aspecto substancial propriamente dito. Para Dworkin, em suma, não cabe à teoria do Direito apenas descrever o funcionamento do sistema jurídico e encontrar critérios para discerni-lo da moral e de outras dimensões sociais extrajurídicas, mas sim comprometer-se em contribuir para a formação de uma decisão justa, forjada a partir da noção de integridade do Direito e dele extraída mediante um ato puro de *conhecimento*, e não de *vontade*.

Esse compromisso dworkiniano de contribuir para o encontro da solução mais justa em um caso difícil exige também, porém, uma boa dose de compromisso político, na medida em que uma Suprema Corte acaba atraindo para si o poder de superar os consensos democráticos que se oponham àquilo que os juízes reputeem “justo”. Santiago Nino ensina que, na teoria da integridade do Direito, certos *standards* morais, por estarem contidos neste, desempenham um papel importantíssimo na solução de casos difíceis, mas acabam trazendo consigo certos riscos à democracia.³⁷⁹

Enquanto para Kelsen esse simples “ato de conhecimento”, porém com graves repercussões políticas, somente poderia ser aplicado à formulação de proposições jurídicas pelo teórico ou cientista do Direito, o ato de conhecimento dworkiniano tem como pano de fundo a razão prática, a qual não é expulsa do terreno teórico delimitado pelo jurista. Kelsen a expulsa de seu positivismo teórico justamente para que a separação entre “Direito” e “Ciência do Direito”³⁸⁰ possa fazer sentido epistemológico dentro do paradigma analítico e convencional por ele adotado, já que para o Círculo de Viena o Direito nasce da convenção, do Contrato Social, e não da metafísica ou de qualquer outro imperativo universal, transcendental, pré-estatal, supralegal ou fundacionalista de justiça.

O problema dos críticos de Kelsen, porém, é que não resolvem o problema cuja solução Kelsen humildemente declinou, por reputá-la inalcançável cientificamente. É que os teóricos que se dizem habilitados a assegurar uma decisão justa, não fazem senão fornecer mais e mais estímulos acadêmicos para que juízes se afastem cada vez mais dos parâmetros jurídicos estabelecidos no Direito positivo. Assim, aquele problema que Kelsen honestamente evitou enfrentar - o de como aferir e garantir a correção material da decisão judicial - acabou servindo como bandeira promocional para o resgate de concepções jusnaturalistas já sepultadas e sendo retoricamente instrumentalizado por teorias da argumentação jurídica.

O resultado catastrófico, em pleno século XXI, dessa miscelânea teórica e desse sincretismo metodológico “sem *precedentes*”³⁸¹ era previsível, sobretudo em países de desenvolvimento tardio como o Brasil. Com juízes e tribunais sentindo-se autorizados pela academia jurídica a “fazer justiça”

379 NINO, Carlos Santiago. **Derecho, moral y política**: una revisión de la teoría general del Derecho. Barcelona: Ariel, 1994, pp. 67-69.

380 O Direito positivo (plano normativo) corporificar-se-ia numa linguagem de primeiro plano, na qual a legislação, a jurisprudência e os precedentes são vertidos através de signos semânticos e sintáticos. Já a dogmática jurídica, por sua vez, enquanto ciência do plano normativo, exprimir-se-ia com uma linguagem de segundo plano (metalinguagem), cujo objeto seriam as técnicas de aplicação do ordenamento jurídico, a fim de harmonizar as suas regras, dissolvendo antinomias e colmatando lacunas. Por fim, a Ciência do Direito, no sentido da Teoria Pura, ocupar-se-ia de uma linguagem de terceiro plano (epistemologia), cujo objeto, exclusivamente atribuído ao cientista, seria a descrição neutral das relações de imputação previstas no sistema e a formulação hipotética de proposições jurídicas a partir dele projetadas. As previsões que o cientista faz, porém, não contêm carga axiológica, sendo, por isso mesmo, indiferentes quanto aos resultados práticos que possam ser obtidos, aos quais o cientista não atribui maior ou menor valor moral. Em suma, enquanto a linguagem normativa (legislação) serve de objeto a um segundo plano de linguagem, aqui operada pela dogmática (metalinguagem jurídica), a linguagem epistemológica do cientista do Direito incide em um terceiro plano, pois se debruça sobre esta metalinguagem dogmática, descrevendo-lhe o funcionamento formal e demonstrando, de modo distante e analítico, sua gama de possibilidades teóricas.

381 O trocadilho com o principal instituto do *stare decisis* é proposital e jocoso.

no caso concreto, independentemente do que prevê a legislação, o Direito passou a ser nada mais que o fruto do que pensa cada magistrado, e não do que a lei disciplina para as hipóteses gerais das quais o caso concreto é espécie.

As cortes brasileiras passaram a ser assaltadas por uma profusão de princípios de algibeira e uma profanação grosseira de normas constitucionais e legais fundamentais à cláusula do devido processo legal. Um fenômeno alcunhado de *panprincipiologismo* começou a tomar conta da praxe forense brasileira, notadamente a partir da importação enviesada da teoria alexyana da ponderação.

Desde então, a força da lei passou a ser inversamente proporcional à criatividade do juiz em inventar um princípio diferente para cada caso concreto, tal como, por exemplo, o princípio do afeto, o princípio da felicidade, o princípio da justiça, o princípio da ordem natural das coisas etc. Trata-se de um vulgar principialismo *ad hoc*, como se isso fosse admissível em sistemas de *civil law*. Aliás, nem mesmo no *common law* os juizes criam princípios por canetada, a partir de uma simples decisão.³⁸²

Todavia, sabe-se também que, em questões que despertam desacordos morais³⁸³ razoáveis, em especial nos casos difíceis (*hard cases*³⁸⁴), a solução raramente vem dada por um dispositivo legal expresso e aplicável diretamente à hipótese concreta, mediante mera operação de subsunção. A solução de tais questões costuma advir da interpretação sistemática de vários preceitos normativos revestidos da forma de regras, em conjugação com o norteamento deontológico dado pela concretização de princípios jurídicos e até mesmo de ditames morais, considerada a tese dworkiniana da *unidade do valor*³⁸⁵.

382 É cediço que a *ratio decidendi* de um caso, para tornar-se um legítimo precedente no *judge-made law*, passa por um longo e reflexivo processo de sedimentação, aperfeiçoamento e maturação institucional, quando só então passará a exercer algum efeito persuasivo perante outros juízos e tribunais. Um precedente não é criado por uma simples decisão, ele é construído paulatinamente no bojo das decisões que aplicam o princípio que o norteia.

383 Dizem-se também “casos difíceis *moralmente carregados*”, assim entendidos: “Embora haja controvérsia na identificação de quais são os limites do domínio da moralidade, é concebível a existência de uma espécie particular de caso difícil: o caso difícil moralmente carregado” (...) “No contexto da tomada de decisão judicial nos casos difíceis do direito moralmente carregados, o viés confirmatório entra em cena na forma como os juízes argumentarão em favor de um julgamento moral causado por uma intuição moral. E o problema é que, assim como qualquer pessoa, os juízes podem ter adquirido crenças a partir de fontes indignas de confiança, lançando-se num processo de reforçá-las indevidamente” (STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. “Como os juízes decidem os casos difíceis do direito?” *In*: Noel Struchiner; Rodrigo de Souza Tavares. (Org.). **Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2014, p. 171-220, p. 183; 201). Sobre as relações entre Direito e moral no âmbito da argumentação, vide também: STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio. 2012. “A Distinção entre Direito e Moral e a Distinção Moral do Direito”. *In*. **Revista de Direito do Estado (RDE)**, número 22, 2012, pp. 131-145.

384 Os casos difíceis decorrem não apenas da indeterminação ou vagueza da linguagem normativa que disciplina o tema submetido a julgamento, mas também da eventual injustiça da solução fornecida pela lei, por mais precisa que esta seja, como destaca Frederick Schauer: “*But there is another type of hard case, and this type is not a function of linguistic indeterminacy at all. Rather, it is the hard case that is hard just because a linguistically determinate result (...) can plausibly be argued not to be the best, or even a very good, legal outcome. These are hard cases, but not because the language gives no answer. They are hard precisely because the language gives an answer, but the answer that the language gives appears to be the wrong answer*” (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 157).

385 Para Dworkin, em *Justice for Hedgehogs*, o Direito seria um ramo do galho “moralidade política”, que, por sua vez, pertenceria à árvore “valor”. Dworkin defende, assim, a tese da “unidade do valor”, em contraposição à tese da pluralidade, ao afirmar que a verdade de cada juízo moral verdadeiro consiste na verdade de um número indefinido de outros juízos morais (DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 117).

Mas, por mais que Dworkin defenda a tese da unidade do valor (a qual talvez se aplique bem ao *common law*), a prática traz exemplos diários de princípios constitucionais que se antagonizam no *civil law*. A título ilustrativo, cita-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ao acolher o recurso do jornalista Fábio Pannuzio na ação contra si movida pelo megaempresário Luciano Hang, um dos maiores financiadores da vitoriosa campanha presidencial de Bolsonaro. A decisão colegiada, tomada pela unanimidade dos desembargadores que integram a 5ª Câmara de Direito Privado, reformou a decisão de primeira instância, para afastar a obrigação que esta impunha ao jornalista de excluir uma postagem na rede social *Twitter*, em que chamava o empresário de "devedor contumaz e sonegador de impostos". O princípio que prevaleceu, no caso, foi o da liberdade de imprensa, mesmo que exercida com "contundência e ironia descabida"³⁸⁶, apesar de a Constituição consagrar o direito à imagem e sua proteção no artigo 5º, inciso X, segundo o qual são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Também a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal vem enfrentando temas delicados, com ampla repercussão nos meios sociais³⁸⁷. No Supremo certamente chegarão também as atuais discussões sobre se o uso massivo de redes sociais por magistrados compromete sua imparcialidade para julgar temas relacionados a seus *posts*³⁸⁸, bem como sobre os limites éticos e deontológicos a serem respeitados pelo juiz nas suas relações com membros do Ministério Público fora dos autos³⁸⁹.

Ao examinar o modo pelo qual o Judiciário tenta (pois nem sempre logra fazê-lo a contento) responder tais demandas, não se podem negar as críticas³⁹⁰ que se fazem ao dedutivismo enquanto

386 Destaca-se da fundamentação decisória, *verbis*: "De fato, ainda que em cognição não exauriente, a decisão agravada tem o condão de ferir a legalidade estrita, vez que as conexões de sentido entre a ordem constitucional, a Lei Federal 12.965/14, os princípios gerais de direito e as regras de conteúdo indeterminado não levam à admissibilidade da exclusão das postagens lançadas na rede social Twitter", disse o Desembargador Relator do Agravo de Instrumento nº 2257437-20.2019.8.26.0000 (Consulta processual disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?jsessionid=2FBCC15C61C253AFCD95FF7EE8A430E3.cposg4?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2257437-20.2019&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2257437-20.2019.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#?cdDocumento=96>. Acesso em 05.04.2022).

387 Tais como os julgamentos sobre: a constitucionalidade dos tipos penais que criminalizam o aborto, a posse de drogas para uso próprio e a eutanásia; a tipificação analógica, por via judicial, da homofobia como racismo; os aspectos civis de uniões estáveis *poliafetivas*; o dever do Estado de fornecer judicialmente medicamentos de altíssimo custo não previstos nas listas do Sistema Único de Saúde (SUS) nem registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); a revisão judicial do mérito de indultos penais decretados pelo Presidente da República; etc.

388 O tema levou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a instituir, em maio de 2019, "grupo de trabalho destinado a avaliar os parâmetros para o uso adequado das redes sociais pelos magistrados" (Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2899>. Acesso em 12.01.2022).

389 Exemplo dessa relação é o escândalo envolvendo o ex-juiz Sergio Moro e o procurador da República Deltan Dallagnol, cujas supostas conversas privadas de teor promíscuo, entabuladas pelo aplicativo de celular *Telegram* sobre os destinos da "Lava-Jato", foram ilegalmente obtidas e depois publicadas pelo site *The Intercept*, expondo uma aparente tensão entre o princípio constitucional da imparcialidade judicial, de um lado, e as políticas públicas de efetivo combate à corrupção, de outro.

390 Robert Alexy, por exemplo, concorda com a assertiva de Karl Larenz segundo a qual "[N]inguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas". Alexy afirma ser tal constatação um dos poucos pontos em que há unanimidade dos juristas contemporâneos (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19).

método exclusivo de resolução de questões de alta indagação jurídica. O dedutivismo sempre foi o protagonista escalado pelo formalismo jurídico na sua obstinada tentativa de racionalizar a interpretação e a aplicação do Direito, integrando o que Luis Alberto Warat apelidou de “senso comum teórico dos juristas”³⁹¹.

O dedutivismo – que não se confunde com formalismo³⁹² - foi adotado por Kelsen, Hart, MacCormick, Alexy, Gardner, Leiter³⁹³ e Marmor, entre outros, a par de desempenhar, até hoje, relevante papel nas teorias da argumentação jurídica, ao descrever a relação de subsunção que deve dar-se entre as premissas maior e menor do discurso jurídico.³⁹⁴ Porém, apesar de ser importante tentativa de mitigar o voluntarismo judicial (que é objeto de estudos interdisciplinares do Realismo Jurídico), o dedutivismo é uma proposta reconhecidamente insuficiente para resolver casos difíceis, conforme os próprios positivistas³⁹⁵ admitem.

Frederick Schauer, em palestra intitulada “*A natureza do direito e a psicologia da decisão jurídica: diálogos entre a psicologia e a filosofia do direito*”, proferida na PUC-Rio em 2012, ao reafirmar as teses contidas em seu *Thinking like a lawyer*,³⁹⁶ discorreu sobre a insuficiência da lógica formal enquanto critério único para explicar o Direito. Apesar de insuficiente, o formalismo, porém, desempenha, conforme o próprio autor ressaltou, um importante papel na seara processual, como

391 WARAT, Luis Alberto. “Saber crítico e senso comum teórico dos juristas”. *In: Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, vol. 3, n° 5. Florianópolis: UFSC, pp. 48-57, 1982, p. 48.

392 Dworkin, por exemplo, pode ser considerado um formalista não-dedutivista, pois não resume o Direito a um mero resultado lógico do esquema subsuntivo entre premissas maiores e menores, mas sim como *integridade*: “O princípio judicial de integridade instrui os juizes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma noção coerente de justiça e equidade” (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 272).

393 A defesa do dedutivismo, todavia, não impediu Brian Leiter de transcender a metodologia conceitual e de pesquisar aspectos empíricos e até sentimentais na formação do convencimento judicial e da teoria jurídica, no que se convencionou designar de “naturalização da teoria do direito” (LEITER, Brian. “American Legal realism”. *In: GOLDING, M.; EDMUNDSON, W. (Eds.). The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2005, pp. 50-66, p. 56).

394 Luis Duarte D’Almeida assim resume o que se deve entender por dedutivismo legal, *verbis*: “Rule-deductivism is the view that the justification of law-applying decisions is adequately understood on the model of a deductive argument - a ‘legal syllogism’, as it is often called - with a statement of an applicable rule as the ‘major premise’ and a statement of the relevant facts as the ‘minor’ one. Rule-deductivism - not to be confused with formalism - has long been a popular view in legal argumentation theory. Endorsed by Kelsen, Hart, MacCormick, and Alexy, it continues to be accepted by authors such as Gardner, Leiter, and Marmor, among many others (D’ALMEIDA, Luis Duarte. “On the Legal Syllogism”. *In: D. Plunkett, S. Shapiro and K. Toh (eds). Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 2019. 39p. Disponível em: https://www.academia.edu/38509295/On_the_legal_syllogism. Acesso em 11.01.2022, p. 1).

395 Apesar das críticas que a utilização do rótulo “positivismo jurídico” tem sofrido – dado o seu desgaste terminológico (vagueza diante dos diversos tipos de positivismo) e o caráter pejorativo que por vezes o acompanha, Frederick Schauer ainda reputa útil tal expressão, ao afirmar que “*it may be important to keep the label ‘legal positivism’ alive if only to keep our grip on a longstanding tradition that still has much, even in its earlier version, to teach us*” (SCHAUER, Frederick. “The path-dependence of legal positivism”. *In: Schauer Book*. Vol. 101, n° 957. Virginia: Virginia Law Review, 2015, pp. 957-976, p. 976, nota de rodapé 71).

396 Dele se extrai a constatação de que juizes apartam-se do dedutivismo quando desrespeitam a lei, a qual passa a ser substituída por argumentos políticos: « *Nowadays it would be hard to find very many dissenters from the view that, when judges change the law, they base their decisions on a mix of policy and principle that can hardly be thought of as a deductive or logical exercise* » (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 125).

meio de constranger o arbítrio judicial a partir de um viés garantista³⁹⁷, dados os limites semânticos de certas garantias legais.

Há sempre um problema em tentar fundamentar as decisões judiciais a partir de critérios morais, especialmente quando estes são contrários a determinadas prerrogativas processuais previstas em lei. Mormente em países assolados pela chaga da violência urbana e da corrupção sistemática, como o Brasil, o discurso de combate à criminalidade tem sido instrumentalizado por certos juízes e tribunais como pretexto retórico para se violarem direitos e garantias individuais que integram a cláusula constitucional do devido processo legal.

O Supremo está a cada dia mais premido, sobretudo na presente quadra histórica, por setores reacionários da sociedade cujas pautas têm exigido da Corte um retrocesso em matéria de direitos e garantias individuais. Até mesmo passeatas pela volta da ditadura militar a sociedade brasileira tem tido o desprazer de testemunhar em pleno alvorecer da terceira década do século XXI.³⁹⁸ O clima é de intolerância e de virtual linchamento público, pelas redes sociais, dos Ministros³⁹⁹ cujos votos costumam desagradar certos segmentos sociais menos progressistas, para dizer-se o mínimo.

Diante do verdadeiro embate, hoje travado no Supremo, entre liberdades constitucionais e agendas autoritárias⁴⁰⁰, a autonomia do Direito corre por vezes o risco de ficar refém de juízos morais sumários, identificados com práticas de “justiçamento” (sempre refratárias ao devido processo legal). Como ilustração dessas agendas autoritárias, podem ser citadas, a título exemplificativo, as externadas em manifestações públicas (como as do dia 26/05/2019) ocorridas nacionalmente, a veicular propostas populistas de redução do catálogo e da eficácia dos Direitos Humanos (aos quais só os “humanos direitos” fariam *jus*), de extinção das faculdades de Filosofia e Ciências Sociais, de fechamento do Supremo, de retorno ao regime imposto pelo Ato Institucional nº 5 (AI-5), de censura à imprensa, entre outras, todas sob o abusivo pretexto de que tais instituições democráticas não mais teriam a “estatura moral” exigida pelos brasileiros “de bem”.

397 Não obstante, o juiz, para garantistas como Luigi Ferrajoli, “por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 46).

398 Sobre a passeata ocorrida em Brasília no dia 19.04.2020, em prol do regime militar, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, na mesma linha do que dito por outras autoridades judiciais acerca do mesmo evento, afirmou: “É assustador ver manifestações pela volta do regime militar, após 30 anos de democracia. Defender a Constituição e as instituições democráticas faz parte do meu papel e do meu dever. Pior do que o grito dos maus é o silêncio dos bons” (Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2020/04/quem-deseja-ditadura-sonha-com-passado-que-nunca-houve-diz-barroso-sobre-protostos.shtml> Acesso em 20.04.2022).

399 Exemplos disso são os recentes pedidos de *impeachment* em desfavor dos Ministros do STF que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, votaram pelo enquadramento de atos de homofobia como crimes de racismo, até que o Congresso Nacional delibere sobre o tema.

400 Algumas delas são de extração religiosa – como a que pretende criminalizar o aborto até para a hipótese de estupro (PEC 29/2015, apresentada pelo ex-Senador Magno Malta) -, outras, de caráter *punitivista*, visando o afrouxamento de garantias processuais penais com vistas a um endurecimento consequencialista do combate ao crime, como já indicado *supra*, na nota de rodapé 42.

Em suma, se o Supremo permitir que pautas demagógicas baseadas em juízos morais de ocasião (porém com ampla acolhida popular) suplantem garantias individuais previstas em lei – muitas das quais vistas socialmente de modo pejorativo como meras “regalias legais em prol de meliantes” -, será o Estado de Direito que sentará no banco dos réus. Além de violar a cláusula constitucional do devido processo legal e com isso ceder espaço à implantação de um Estado de Polícia, o desprezo ao Estado de Direito – visto como um mero obstáculo ao combate à criminalidade – implica um risco ainda maior, que é o de retorno à barbárie do estado de natureza, onde as paixões, o arbítrio e os instintos substituem a razão legal.

Qual seria então o conceito de moral adotado pelas pautas que pregam um punitivismo divorciado do devido processo legal? Parece-nos que tal conceito assemelha-se a algo ligado à vaga noção de “bons costumes”, pois aquelas pautas punitivistas propugnam um padrão moralizador dos costumes capaz de reverter o que chamam de degeneração dos usos e práticas sociais. O problema é que esta noção já vem valorada pelo legislador ao elaborar leis que definem as hipóteses em que tal conceito jurídico indeterminado deva ser utilizado, como se dá, a título ilustrativo, na vedação legal a determinadas condições do negócio jurídico e na configuração legal do ato ilícito objetivo, previstos, respectivamente, nos artigos 122 e 187 e do Código Civil⁴⁰¹.

No âmbito do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), a propósito, além de não haver mais remissão à locução “bons costumes”, o vetusto capítulo denominado “DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES” foi renomeado para “DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL”, por força da redação dada pela Lei nº 12.015/2009. Mas a legislação processual penal ainda faz uma única remissão aos “bons costumes”, ao vedar a homologação, no artigo 781, de sentenças estrangeiras que os contrariem.⁴⁰² Portanto, na ausência de tipo penal que preveja expressamente a aplicação da noção de “bons costumes”, não cabe ao juiz aplicá-la em desfavor do réu, sobretudo para condená-lo em processo criminal ou para exasperar-lhe a pena, e tampouco para privar-lhe do exercício das prerrogativas processuais que densificam a cláusula do *due process of law*.

Fora da seara penal, o recurso a juízos morais também pode revelar-se pernicioso, embora não tenha consequências tão graves, como a privação da liberdade de ir e vir. Mas o problema continua sendo o de saber se é possível aos magistrados evitarem que, no exercício da judicatura cível, seus

401 “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

402 “Art. 781. As sentenças estrangeiras não serão homologadas, nem as cartas rogatórias cumpridas, se contrárias à ordem pública e aos bons costumes.”

próprios valores morais suplantem direitos expressamente previstos em lei. Só assim o Direito *posto* poderá preservar-se em face de elementos *contranormativos*.

Por isso que a presente tese tanto insiste em proscrever o recurso a juízos morais como pretexto para que o juiz afaste prerrogativa processual das partes, por mais imoral que esta lhe pareça. Com efeito, não cabe ao juiz, neste caso, substituir a “moral” ou o “espírito” da lei pela sua própria moral individual, máxime quando o faz para prejudicar uma das partes em juízo, seja mediante a violação ao direito de defesa, seja mediante o uso do seguinte artifício: “primeiro julgo conforme meus preconceitos, e só depois procuro fundamentos jurídicos que mascarem a ilegitimidade da decisão preconceituosa”.

Na prática nenhum critério abstrato é suficiente para impedir que juízes camuflam os motivos de fato pelos quais se convenceram durante um julgamento. Essa constatação empírica, porém, não tem o condão de legitimar o arbítrio judicial, mas justamente o contrário; ela aponta a premente necessidade de que se desenvolvam mecanismos dissuasórios do abuso decisório, a servirem como antídotos institucionais, ou como um verdadeiro constrangimento *legal*, para desestimular que juízes coloquem os seus vagos conceitos de moralidade individual acima da concepção de moralidade jurídica que o legislador encetou no Direito positivo. Exemplo de mecanismo dissuasório é a Lei de Abuso de Autoridade promulgada no Brasil no ano de 2019 (Lei nº 13.869/2019), a qual tipifica criminalmente certos abusos decisórios e enfrenta, por isso mesmo, forte oposição corporativa das categorias profissionais cujos membros são por ela, em tese, afetados.

O arbítrio judicial pode manifestar-se de inúmeras formas e a partir de inúmeras motivações.

Do ponto de vista da segurança jurídica⁴⁰³, considera-se arbitrária a decisão que, *v.g.*, inove em relação ao Direito *posto* e aplique retroativamente tal inovação a fato ocorrido antes dela (*ex post facto*), gerando surpresa ao jurisdicionado que, em expectativa legítima, aguardava decisão amparada no Direito *posto*, incluída sua vertente principiológica (já que princípios também têm teor normativo)⁴⁰⁴, e não no Direito “criado” e *imposto* pelo juiz.

403 Para Kelsen, porém, não há como garantir um mínimo de segurança jurídica no ato de concretização do Direito, dada a sua indeterminação; nenhum método de interpretação pode garantir um resultado seguro. O conceito de ciência que se encontra subjacente à perspectiva kelseniana – descritiva por excelência - é o das ciências naturais, pelo qual se tentam descrever os fenômenos, não por uma simples relação de *causalidade* (se ocorre o fato F, então C *é* a consequência *natural*), mas por uma relação de *imputação* (se ocorre o fato F, então C *deve ser* a consequência *jurídica*). Vale-se, para tanto, de um sistema *dinâmico*, no qual as normas têm origem em uma complexa organização de produção normativa por “competência” e “delegações de competência”, ao contrário do que ocorre nos sistemas *estáticos*, típicos dos conjuntos *morais*, que são constituídos mediante operações de *dedução* (SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 42).

404 A concepção de legalidade cede espaço à noção de *juridicidade*, assaz mais abrangente, a pressupor respeito à legalidade, à constitucionalidade, à principiológica jurídica, à convencionalidade internacional (e seus princípios) e às orientações vinculantes exaradas pelos tribunais.

O problema, porém, está na dificuldade de atestar, de modo racionalmente verificável, que determinada decisão tem caráter puramente “declaratório” (e não “constitutivo”) do Direito *posto*, pois essa certeza não é dada pelo fato de o juiz simplesmente afirmar que aplica determinada lei e até reproduzir, no corpo da sentença, o conteúdo textual do dispositivo legal supostamente aplicado. A remissão expressa a um dispositivo legal e até mesmo a reprodução fiel de seu texto no corpo da sentença, se ele não for corretamente aplicado, podem ser meros álibis argumentativos utilizados pelo juiz para ocultar os verdadeiros motivos que lhe levaram ao convencimento ou para camuflar suas intenções ao julgar um caso de determinada maneira.

Por isso é que Laura Miraut Martín afirma ser ilusória a crença na clareza de determinados textos normativos, mas admite, como efeito positivo (quase um “efeito placebo”, dir-se-ia, em tom jocoso) disso, que tal ilusão pode desempenhar um importante papel persuasivo/dissuasório, *verbis*: “*Cuanto más claro se considere um texto más fácil es su aplicación y la obediencia al mandato que contiene*”⁴⁰⁵.

A razão das críticas que se fazem à possibilidade de um sentido claro das leis decorre da decadência científica do brocardo latino “*in claris non fit interpretatio*”. Para Castanheira Neves, tal aforismo, embora fosse evocado pelos escolásticos medievais na interpretação dogmática de textos sagrados e até pelos exegetas franceses na leitura do Código Napoleônico, não era um princípio típico do Direito Romano no trato da *lei*, mas sim uma máxima aplicável às *declarações de vontade*, tais como as contidas no testamento.⁴⁰⁶

No mesmo sentido do catedrático de Coimbra, Luis Prieto Sanchís sustenta não ser a obscuridade ou a clareza de um texto normativo um juízo que se forme de modo *apriorístico* à interpretação, mas sim somente após o processo hermenêutico.⁴⁰⁷

Toda e qualquer regra de direito, positivada ou não, estará potencialmente sujeita a interpretações polissêmicas, pois cabe ao intérprete atribuir sentido à norma⁴⁰⁸. O problema que surge

405 MIRAUT MARTÍN, Laura. “*Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos*”. In **Anuario de Filosofía del derecho**. Madrid: Nueva Época, 2002, pp. 377-399, p. 397.

406 Assim, a fim de limitar a possibilidade de deturpação da vontade do *testador* (e não do *legislador*!), os romanos costumavam recorrer ao seguinte brocardo atribuído ao jurisconsulto Paulus: “*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio (D. 32, 25, 1)*” (CASTANHEIRA NEVES, António Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica** – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 14, NR 13).

407 SANCHÍS, Luis Prieto. **Apuntes de teoría del Derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 228-230.

408 Em verdade, texto e norma não se confundem, pois é a interpretação do primeiro que gera a segunda, de modo que um preceito legal se torna a norma do caso concreto quando do seu texto se depreende a regra solvente da controvérsia jurídica. “É um truismo bem conhecido que mesmo o texto mais cuidadosamente produzido pode nunca encerrar um sentido perfeitamente determinado para todos os propósitos possíveis. Ainda mais quando os textos que encerram normas jurídicas (regras, princípios, parâmetros gerais, decisões individuais e outras normas individuais) são postos para funcionar de forma que afetam criticamente os interesses humanos, sendo então suscetíveis de gerar disputas calorosamente argumentadas sobre os impactos dos possíveis sentidos diferentes” (MACCORMICK, Donald Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 163).

é sobre se é possível auditar, de modo exclusivamente racional, tal tarefa de atribuição de sentido; ou mesmo se isso seria possível a partir da pesquisa sobre o peso que sentimentos e emoções⁴⁰⁹ têm no processo decisório.

Alguns autores recorrem, para tanto, a categorias que transcendem a razão e são, portanto, melhor investigadas pelas ciências cognitivas e pela psicologia moral, na tentativa de explicar distorções e vieses psicológicos inconscientes. Exemplo de estudo que relaciona moral e intuição na formação de juízos de valor é o modelo sócio-intuitivo de Jonathan Haidt e David F. Bjorklund.⁴¹⁰

A experiência forense é pródiga em fornecer exemplos de decisões que, para alguns juristas, parecem objetivamente acertadas e correspondentes ao Direito *posito*, enquanto que para outros representam verdadeira inovação arbitrária no ordenamento jurídico.

Há também decisões, porém, que são facilmente percebidas como erradas por quase toda a comunidade jurídica, chegando ao ponto de beirar até mesmo o cinismo decisório⁴¹¹. Mas não é com elas, obviamente, a maior preocupação da presente tese, mas sim com aquelas decisões que despertem desacordos morais razoáveis, efetivamente, seja em relação ao fundamento em si da decisão, seja no tocante às consequências econômicas, sociais e políticas desta, haja vista a sempre presente possibilidade de uma decisão proferida em conformidade à lei gerar efeitos desastrosos ao ser executada.

Pode-se falar-se, então, em *objetividade* na atribuição de sentidos normativos?

Às propostas de objetividade constantes do Capítulo 2, tópico 2.4, acrescemos a visão artístico-interpretativa que Andrei Marmor nos fornece com seus três interessantes conceitos de “*objetividade* na interpretação de obras de arte”, que, não obstante, bem podem contribuir para a hermenêutica jurídica, quais sejam: 1) a objetividade *semântica*, segundo a qual um enunciado é semanticamente

409 David Hume, ainda no século XVIII, em sua obra “Tratado sobre a natureza humana” (HUME, 1739), já defendia, contrariando o pensamento cartesiano, que os *sentimentos* seriam os senhores da *razão*.

410 HAIDT, J.; BJORKLUND, F. “*Social Intuitionists Answer Six Questions about Moral Psychology*”. In. SINNOTT-ARMSTRONG, W. (Ed.). **Moral psychology**. Cambridge: The MIT Press, 2008, pp. 181-217.

411 Citam-se como exemplos de decisão teratológica: 1) como “justificativa” para negar pedido de prisão domiciliar por questões sanitárias, formulado pela Defensoria Pública em favor de internos do sistema prisional paulista, um desembargador fundamentou sua decisão no argumento de que apenas os três astronautas atualmente em missão especial fora do planeta Terra é que não poderiam alegar o iminente risco de contaminação pelo vírus causador da pandemia covid-19 (disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/cnj-explicacao-tj-sp-decisao-teratologica>; acesso em 09/04/2022); e 2) como represália contra a aprovação da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), vários juízes têm-se recusado a proceder ao bloqueio de ativos financeiros de devedores, mesmo estando presentes os requisitos legais necessários, alegando, para tanto, que aquela Lei trouxe um risco sempre presente de responsabilização judicial nesses casos, a impor a omissão do juízo (disponível, a título exemplificativo, em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/juiz-rio-nega-pedido-bloqueio-ativos-lei-abuso> e <https://www.conjur.com.br/dl/nao-crime-abuso-autoridade-dolo.pdf>; acesso em 09/04/2022). A segunda dessas decisões ilustrativas foi rapidamente reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, nos termos do seguinte fundamento: “Importante ressaltar que as condutas descritas na Lei 13.869/2019 constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho pessoal (artigo 1º, parágrafo 1º), o que significa dizer que não há falar em modalidade culposa, havendo a necessidade de dolo por parte do magistrado, o qual deve ser específico”.

objetivo se, e somente se, for um enunciado sobre um objeto; e é um enunciado subjetivo se, e somente se, tratar de um aspecto do próprio eu, isto é, sobre algum estado mental do sujeito que faz o enunciado; 2) a objetividade *metafísica*, segundo a qual um dado tipo de enunciado é objetivo no sentido metafísico se, e somente se, existirem objetos do tipo supostamente descrito por esse tipo de enunciado; e uma classe de enunciados é subjetiva se nenhum objeto desse tipo existir no mundo; e 3) a objetividade *lógica*, segundo a qual uma dada classe de enunciados é objetiva se, e somente se, todo e cada enunciado nessa classe tiver um determinado valor de verdade, de sorte que a sua negação, ou subjetivismo lógico, equivale ao ceticismo.⁴¹²

Entendemos, nesse sentido, que interpretação jurídica pode conter, no máximo, os traços de objetividade semântica e lógica, mas nunca os da objetividade metafísica, pois os enunciados que o intérprete do Direito formula podem referir-se semanticamente a um objeto (a lei) e guardar uma relação lógica entre as premissas maior (a descrição legal) e menor (a descrição de aspectos relevantes do caso concreto), mas não podem jamais corresponder metafisicamente a um objeto, já que a norma jurídica não existe no mundo fenomenológico, sendo apenas o fruto ou resultado jurídico (e não uma premissa) da operação de interpretação que se faz de um texto normativo diante de um caso concreto.

Pode-se aqui afirmar, então, que a interpretação jurídica só se completa no caso concreto, pois é diante de suas especificidades que todas as potencialidades da norma se revelam para o intérprete. A prática interpretativa do Direito consiste, como ensina Eros Grau, em uma modalidade de interpretação *alográfica*, e não *autográfica*, na medida em que o sentido da obra jurídica apenas se completa com o concurso de dois personagens (o autor da lei e o intérprete dela).⁴¹³

Mas o fato de ser *alográfica* e, portanto, depender do concurso de pelo menos dois agentes, não implica que a interpretação possa dispensar o agente autoral ou a obra legal daí decorrente, focando-se apenas nas vontades e tendências do intérprete. De modo nenhum.

412 Marmor esclarece que o objetivismo *lógico* pode subsistir sem o objetivismo *metafísico*, pois, para aquele, o que importa é a relação de consistência entre os enunciados, e não a sua existência no mundo. Exemplo disso é a Teoria da "Verdade de Coerência" (em contraposição ao "Fundacionalismo" ou "Teoria Correspondencialista da Verdade"), na qual, embora os enunciados não existam no mundo fenomenológico (não são objetivos metafisicamente), eles devem guardar sintonia entre si (objetividade lógica). Não obstante, a recíproca não é verdadeira, já que o objetivismo *metafísico* não dispensa o *lógico*. Marmor procura demonstrar que "a interpretação das obras de arte é tipicamente objetiva no sentido semântico; raramente objetiva no sentido metafísico; e, sob certas condições, é muitas vezes objetiva no sentido lógico" (MARMOR, Andrei. "Três conceitos de objetividade". *In: Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 267-302).

413 Conforme Eros Grau, a aplicação do Direito seria, portanto, *alográfica*, tal como ocorre na interpretação artística da música e do teatro, pois, nestas formas de arte, a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens (o autor e o intérprete), o que exige compreensão + reprodução. Diferentemente disso, nas artes *autográficas* (pintura e literatura), a obra já existia antes da ação do intérprete, o que não se observa nas artes *alográficas* (música e teatro), em que a obra só se completa com a interpretação dada pelo artista que a reproduz (GRAU, Eros Roberto. "Interpretação do Direito". *In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 472).

Diz-se realista a concepção que deposita quase todas as suas fichas apenas nos atributos pessoais do intérprete, esquecendo-se do *conteúdo* da norma objeto de interpretação, como se ela tivesse apenas caráter formal e nada dispusesse, em termos substantivos, sobre as pautas de conduta nela reguladas. A prevalecer a concepção realista, o papel da argumentação⁴¹⁴ em conferir coerência funcional a certos elementos (tópicos⁴¹⁵) ficará esvaziado diante da primazia absoluta do contexto de descoberta, operando apenas em segundo plano (contexto de justificação) e, ainda assim, de modo puramente formal e retórico.

E, havendo primazia absoluta do contexto de descoberta em detrimento do contexto de justificação, ter-se-á a situação, desafortunadamente comum na experiência forense, em que primeiramente o juiz decide e, só depois, passa a fundamentar o resultado de sua decisão, justificando retórica e formalmente a “escolha” que já havia sido feita *a priori*.

É disso que o próximo tópico cuidará.

4.5. Primeiro se decide e depois se fundamenta?

Para muitos advogados, promotores e operadores jurídicos em geral, é muito mais importante saber como e o que um juiz pensa sobre determinados temas do que conhecer a fundo a legislação que disciplina a matéria suscetível de julgamento. Trata-se de um viés confessadamente *subjetivista*, que coloca muito mais peso na pessoa ou no órgão jurisdicional em si, responsável pelo julgamento, do que no Direito *objetivo* que rege os institutos jurídicos em disputa.

Conhecendo o juiz da causa, suas predileções morais e seu estilo de decidir, os profissionais do Direito sentem-se mais habilitados a fazer previsões e a dar orientações mais seguras a seus clientes, bem como a elaborar suas estratégias de atuação, seja na escolha do juiz competente (o que por vezes pressupõe a manipulação dos sistemas de distribuição e sorteio automático, com clara violação ao princípio do juiz natural), seja na forma pela qual o processo será conduzido frente ao juiz escolhido. A escolha de argumentos de natureza moral ou religiosa, desde que bem articulados no desenvolvimento das petições, certamente será mais recompensadora diante de um juiz dotado de fortes convicções teológicas, por exemplo, que diante de um juiz ateu.

414 Diferenciando tópica *material* (catálogo de tópicos vigentes em cada época) de tópica *formal* (raciocínio ou técnica de fundamentação), de acordo com a distinção clássica levada a cabo por Viehweg, García Amado afirma que os desenvolvimentos contemporâneos da teoria da argumentação jurídica operariam segundo a tópica *formal*, em cujo pano de fundo (contexto de justificação) os tópicos exerceriam muito mais uma função fundamentadora do que uma função inventiva (contexto de descobrimento) [AMADO, Juan Antonio García. *Teorias da la topica jurídica*. Madrid: Editorial Civitas S. A., 1988, p. 104].

415 Ainda segundo García Amado, os tópicos são elementos tão heterogêneos que a doutrina tem englobado na noção de tópicos categorias que vão desde princípios gerais de direito, passando por máximas jurídicas e cânones interpretativos, até chegar a normas legais (*Ibidem*, pp. 125-126).

Da mesma forma, o correto uso de argumentos pautados em *law and economics* certamente impressionará com maior intensidade juizes versados em Economia que juizes convencionais (versados apenas em Direito), como já exemplificamos no tópico 4.2 deste Capítulo.

Essas observações iniciais conduzem-nos a lançar a seguinte hipótese: juizes têm uma tendência a decidir em determinado sentido, o qual costuma coincidir com o sentido indicado por certos traços advindos de elementos idiossincráticos próprios da autoridade judicante, independentemente do que conste da lei que rege a matéria.

Tal hipótese revela uma ascendência do elemento *subjetivo*, que integra a figura da pessoa do juiz, sobre o elemento *objetivo* que decorre da lei, a ponto de advogados acharem mais importante, para a previsão do deslinde da causa e a formulação de suas estratégias processuais, conhecer os elementos pessoais e o estilo decisional do órgão julgador que dominar a técnica jurídica de aplicação dos preceitos normativos envolvidos.

Esse ceticismo relativo à força normativa do Direito posto leva-nos a crer que a justificação da decisão judicial opera, na prática, um papel coadjuvante se comparado ao protagonismo exercido pelos elementos contranormativos.

A tese doutoral, em um primeiro momento e de modo meramente descritivo, denuncia esse *contranormativismo*, para, em seguida, contrapor-se a ele, na fase prescritiva de seu desenvolvimento, ao longo do qual tenta demonstrar a agravação dos riscos de arbitrariedade judicial que tal fenômeno gera e a falta de racionalidade das formas instrumentais⁴¹⁶ pelas quais ele opera.

Há não muito tempo, a França deu um *coup dur* num dos instrumentos mais caros ao realismo jurídico, que é a *jurimetria*. Em 2019, o Conselho Constitucional francês considerou legítima a regra incluída no artigo 33 da Lei de Reforma do Judiciário, proibitiva da utilização de dados de juizes para fins de previsão, análise ou comparação de suas decisões.⁴¹⁷ A utilização de tais dados, normalmente feita por empresas de tecnologia (*startups*) contratadas por grandes escritórios de advocacia, passou a ser considerada crime na França, após pesado *lobby* dos magistrados franceses, incomodados com o uso da inteligência artificial na predição do que costumam decidir e no controle

416 Se a lei já não serve nem como instrumento institucional a fornecer o *ponto de partida* para a interpretação judicial (veja-se que o *ponto de chegada* será sempre a norma jurídica, nunca a própria lei, ao contrário do que supunham os exegetas, conforme já visto no Capítulo 1), qual outro instrumento democrático e republicano deverá ocupar-lhe o lugar? A moral individual de cada juiz é que certamente não o fará à altura, ao menos enquanto vivermos sob o signo do *rule of law* e ainda não tivermos regressado ao *rule of men*, próprio dos regimes absolutistas, nos quais a figura do Soberano se confundia com a do próprio Estado, tão bem representada pela máxima *L'État c'est moi*, de Louis XIV.

417 Assim estabelece o novo dispositivo legal, *verbis*: "*Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées*" (Disponível em: <https://www.artificiallawyer.com/2019/06/05/frances-controversial-judge-data-ban-the-reaction/>. Acesso em 11.02.2022).

sobre a coerência de seus julgamentos. A medida gerou críticas. É legítima tal criminalização? É lícito alijar a sociedade de informações úteis sobre o comportamento institucional de agentes do Estado? As pessoas não devem ter o direito de saber o que podem razoavelmente esperar de uma decisão judicial?

A resposta a tais perguntas depende do conceito que cada comunidade jurídica tem do seu próprio Direito e da importância que atribui à noção de segurança jurídica. Não temos o menor compromisso metodológico com o realismo jurídico – a corrente mais atingida por aquela decisão legislativa -, mas temos a impressão de que as instituições francesas parecem estar mais preocupadas com a imagem dos juizes e a honorabilidade do Judiciário do que com a previsibilidade objetiva de suas decisões.

O Judiciário, enquanto instituição, deve ser visto como um Poder produtor de decisões objetivas, independentemente do membro ou órgão institucional (juiz, turma recursal ou tribunal) que as produz, pois o órgão prolator diz respeito ao aspecto subjetivo, que deveria ser o menos importante para o jurisdicionado. Nessa perspectiva objetiva, cita-se, como outro exemplo, o problema da pluralidade de fundamentos em decisões majoritárias proferidas por órgãos colegiados, em que cada magistrado pode ter-se valido de justificativa diversa para chegar à mesma conclusão obtida pela maioria. A minuta denominada *Court's opinion*⁴¹⁸ sempre suscitou grandes discussões no seio da Suprema Corte dos Estados Unidos da América,⁴¹⁹ dada a necessidade prática de se atribuir ao colegiado um entendimento jurídico que represente a posição dessa instituição, mesmo quando se sabe não haver apenas um entendimento, senão múltiplos. Em suma, o que importa para o jurisdicionado é a posição *objetiva* do órgão colegiado, e não a formação *subjetiva* da decisão, desde que aquele jurisdicionado não fique sujeito a subjetivismos judiciais. Se isso ocorre com frequência, tal como se dá no Brasil – onde o jurisdicionado nunca tem como fazer uma previsão segura do direito que será pronunciado pelo judiciário -, é lícito que o jurisdicionado tenha acesso a todo o processo de formação decisória que levou à persuasão judicial, a fim de que possa aquilatar a racionalidade e a objetividade do *iter* metodológico percorrido pela autoridade judicante até formar seu convencimento.

418 Luiz Fux e Bruno Bodart explicam como funciona essa sistemática no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos da América: "Na Suprema Corte dos Estados Unidos, país em que se observa o *stare decisis*, apenas um dos *Justices* redige a minuta de voto da Corte (*Court's opinion* ou *main opinion*), que será o parâmetro para aplicação da tese. Uma maioria de julgadores deve concordar com todo o conteúdo do voto da Corte antes da sua publicação. Por isso, o *Justice* a cargo de redigi-lo deve ser cuidadoso e levar em consideração todos os pontos suscitados pelos seus pares. Essa sistemática preserva a unicidade de entendimento da Corte sem tolher o direito de cada magistrado declinar suas próprias razões, por meio de votos paralelos favoráveis ou contrários (*concurring and dissenting opinions*)" (FUX, Luiz; BODART, Bruno. "Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito". *In: Revista de Processo*. Vol. 269, ano 42. São Paulo: RT, julho/2017, pp. 421-432, p. 428).

419 MARINONI, Luiz Guilherme. "Precedente, decisão majoritária e pluralidade de fundamentos: um sério problema no Direito estadunidense". *In: Revista de processo comparado*, v. 5, 2017, pp. 83-106, p. 89.

O realismo jurídico baseou grande parte de sua análise do Direito na concepção do raciocínio judicial como um processo psicológico. A argumentação realista chegou a essa concepção a partir de uma desvalorização da capacidade justificadora do sistema jurídico que imperava no positivismo. Daí a importância do contexto de *descoberta*, no qual motivações e vieses de ordem psicológica ou sociológica funcionam como *causas*, enquanto no contexto de *justificação* o que importa são as *razões*.

A lógica trata de proposições, isto é, de orações às quais cabe predicar verdade ou falsidade. No entanto, as normas não são verdadeiras nem falsas. A norma que se expressa mediante o enunciado “*Abra a porta!*” não é verdadeira nem falsa. Pode-se dizer dela que é: *eficaz*, se é cumprida; *válida*, se é emitida por uma autoridade competente mediante procedimento apropriado; ou *justa*, se é moralmente correta.

A lógica, ciência formal por excelência, pode oferecer respostas de caráter *formal*, mas não de caráter *substantivo*. Isto significa que as questões substantivas requerem algo mais do que o mero recurso aos métodos da lógica⁴²⁰. Esta é uma ferramenta útil, mas insuficiente. Isto não diz nada contra essa disciplina, mas somente confirma seu caráter formal e instrumental. A lógica não possui valor substantivo nem finalístico, e tampouco serve para a formação de juízos axiológicos.

Há, porém, distinção entre os atos que são praticados ou que ocorrem em determinado momento – que não podem ser taxados de verdadeiros ou falsos – e as afirmações que se fazem sobre os estados de coisas que resultam desses atos e que perduram por algum tempo, já que essas afirmações podem ser verdadeiras ou não, tal como o marcador de combustível que não retrata o verdadeiro estágio em que se encontra o nível da gasolina, por exemplo.⁴²¹ Nesse sentido é que se pode reputar como *falsa*, p.e., a proposição que afirma inexistir pena capital no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que tal proposição desconsidera que há, sim, previsão de pena de morte para certos crimes militares (artigo 55, “a”, do Código Penal Militar), desde que perpetrados em período de guerra declarada (artigo 5º, XLVII, “a”, da CRFB/1988).

O caráter dinâmico do Estado de Direito não traz a promessa isolada de conferir certeza e segurança jurídicas enquanto ideais únicos, mas sim a sua conjugação com a possibilidade de deixar tudo que for contestável ser contestado, o que MacCormick chama de “derrotabilidade”⁴²². Esse caráter

420 Se se olhar para o passado, vê-se que a lógica teve seu auge na filosofia analítica; se se olhar para o futuro, sua importância cresce com o desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial. Neste sentido, a aversão para com a lógica jurídica é injustificada, como também é injustificada a pretensão de reduzir a questões puramente lógico-formais todas aquelas de que se ocupam as teorias da interpretação e da aplicação do Direito.

421 MacCormick esclarece que o ato de colocar gasolina no carro não tem valor-verdade, mas o tem o ato de medir a quantidade de gasolina que se encontra no tanque (*Ibidem*, pp. 82-86).

422 *Ibidem*, 2008, p. 42.

dinâmico não impede, porém, que a argumentação jurídica seja em algum sentido “silogística”. Esse silogismo é caro ao formalismo, em geral, e à presente tese, em particular, pois se trata de critério racional, que busca, portanto, mitigar os riscos de arbitrariedade judicial, embora por óbvio não os elimine completamente.

Mas esse caráter dinâmico da argumentação jurídica não é tão bem recebido pelos positivistas quanto pelos pós-positivistas. A partir dessa constatação, Thomas Bustamante delinea a distinção entre a postura positivista, em geral, e a de MacCormick, em especial, no que tange à certeza jurídica. Bustamante, que foi orientando do pós-positivista irlandês, afirma que, para este, o ideal perseguido pelo *rule of law* contempla o viés argumentativo do Direito, pois o domínio legal seria justamente o *locus* por excelência da argumentação. Assim, enquanto para os positivistas a certeza seria o valor supremo do Estado de Direito, para MacCormick, diferentemente, esse valor concorre com outros de igual relevância, como a racionalidade e a pretensão de correção da solução jurídica para o caso concreto.⁴²³

É que o Direito não é um sistema axiomático⁴²⁴ nem governado por regras estritas, como o jogo de xadrez, por exemplo, no qual todas as possibilidades estão predefinidas necessariamente nas regras que disciplinam sua prática.

As fontes de Direito irão quase sempre conter alguns elementos explicitamente contraditórios, cabendo às decisões judiciais tentar resolver tais contradições à medida que elas surgem, e não pressupor que elas não existam ou que sejam meramente aparentes. Neste sentido, o recurso aos silogismos é uma parte necessária da retórica da justificação do Direito, para dele se expungirem eventuais incoerências, já que o respeito ao princípio do Estado de Direito exige a observância a normas jurídicas íntegras, consistentes e coerentes, estejam elas positivadas ou não.

Partindo do pressuposto de que não existe um sistema jurídico puramente lógico-dedutivo, o intérprete passa a privilegiar a busca de premissas, cabendo à interpretação servir de ponte entre tais

423 Bustamante assim resume tais observações, *verbis*: “Unlike the positivists who place legal certainty as the only value secured by the Rule of the Law, MacCormick believes that the proclaimed ‘argumentative character of law’ is something to be celebrated in democratic societies, for it is deeply entrenched in the ideal of the Rule of Law. The recognition of the Rule of Law as a political ideal implies the recognition of law’s domain as the ‘locus of argumentation’. Although the principle of the Rule of Law is oriented towards the value of legal certainty, this value is not the only one. Rationality and justice also figure among the basic values which form the basic ideal of the Rule of Law” (BUSTAMANTE, Thomas. “Comment on Petroski – On MacCormick’s Post-Positivism”. In: **German Law Journal: Review of Developments in German, European and International Jurisprudence**. Vol. 12, n° 02, 2011, pp. 693-728, p. 713).

424 García Amado ensina que a Constituição não pode ser considerada um sistema axiomático, vale dizer, um sistema puramente lógico-dedutivo, já que sistemas deste tipo devem possuir os seguintes requisitos: regras exaustivamente estritas, ordenadas e escalonadas, sem necessidade de recurso a elementos externos para a solução de qualquer problema; rigorosa proibição de interpretação dentro do sistema, no qual as conclusões se dão por mera dedução ou cálculo demonstrativo; preceitos fixos para a interpretação dos fatos; plena admissibilidade do *non-liquet* (abstenção de julgar sob o pretexto de falta de norma aplicável ao caso); intervenção continuada de legislador com atuação precisa, permanente e sistemática para regular os casos não expressamente regulados pelo sistema (AMADO, Juan Antonio García. **Teorías da la topica jurídica**. Madrid: Editorial Civitas S. A., 1988., pp. 144-145).

premissas e as contingências sociais cambiantes que lhe servem de suporte fático. Fixadas tais premissas nessa fase tópica (denominada fase pré-lógica), a tarefa secundária deverá ser a de buscar, até onde for possível, a aplicação dedutiva daquelas premissas ao resultado final, aí entrando em campo a lógica formal, ainda que secundariamente, conforme aponta García Amado.⁴²⁵

No sistema brasileiro, todavia, os juízes em geral, para iniciarem um raciocínio jurídico, não necessitam, no mais das vezes, buscar premissas na particularidade dos casos, vale dizer, fora do ordenamento positivo, como ocorreria na primeira etapa da tópica de Viehweg (denominada fase pré-lógica), que é essencialmente factual, livre e problemática.

Dada a exaustiva quantidade de diplomas normativos que regulam quase todos os aspectos da vida humana no Brasil, na prática sempre se consegue buscar a solução para um caso na própria legislação nacional, o que torna despiendo o recurso a tópicos extraídos do caso concreto.

Ao revés do que supõem os antiformalistas, não são apenas as *causas* da decisão que detêm importância para o Direito brasileiro e português, enquanto elementos não-normativos e por vezes insondáveis, que formam o contexto de *descoberta* e, portanto, determinam etiologicamente o resultado decisório.

No ponto também importa acedermos às *razões* que constam do contexto de *justificação* e verificarmos se há conexão objetiva entre o que subjaz a elas e o que se encontra provado nos autos. Talvez isso importe até mais que continuarmos insistindo em desvendar o obscuro contexto de *descoberta*, até porque, nenhuma ciência - incluída a psicologia comportamental - consegue ainda demonstrar, de modo irrefutável, como o convencimento é formado neurologicamente e quais são

425 *Ibidem*, pp. 174- 175. Não desconhecemos, porém, a dificuldade - para não se dizer a impossibilidade - de se transpor, pura e simplesmente, a lógica formal para o complexo e multifacetado processo de formação da decisão judicial. Criticando a pretensão da dogmática jurídica de transformar questões de valoração em questões de verdade ou de conhecimento, Larenz defende, em sua Metodologia da Ciência do Direito, um modelo de "coordenação valorativa" e de "concretização", em substituição ao método positivista da "subsunção", ao afirmar, *verbis*: "A coordenação de um fenómeno da vida a um tipo ou à esfera de sentido de uma pauta carecida de preenchimento não é subsunção, mas coordenação valorativa. Em lugar do juízo que diz que as notas distintivas indicadas na previsão estão aqui presentes, existe o juízo que diz que a situação de facto *sub judice* se equipara ou aproxima a uma outra em todos os aspectos decisivos para o julgamento, e que deverá julgar-se, sem dúvida alguma, do mesmo modo. Isto é também válido quando uma nota conceptual é uma pauta «móvel». Por isso, em vez de processo de subsunção, dever-se-ia falar da coordenação da situação de facto à previsão de uma norma jurídica" (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 386). Vale acrescentar, de toda sorte, que, não obstante trilhemos caminho diverso da metodologia larenziana na presente tese, consideramos digno de nota o fato de até mesmo Larenz, com toda a crítica que faz ao método subsuntivo, reconhecer a importância vital dos papéis exercidos tanto pelo método quanto pela lei na judicatura dos sistemas de *civil law*. Já na Introdução à sua Metodologia, Larenz expõe que, por mais que a heurística do Direito não se esgote na aplicação da lei e por mais que a qualidade de uma interpretação jurídica não possa ser medida com a mesma precisão de uma dedução matemática, deve-se sempre tomar o Direito como ponto de partida do raciocínio jurídico e ter em conta a vinculação dos juízes à lei, *verbis*: "As leis continuam a desempenhar na nossa vida jurídica, tal como dantes, um enorme papel: os juízes estão obrigados a elas recorrer sempre que se adequem a uma situação de facto. De outro modo deixariam as leis de ser «coagentes» e falhariam a sua tarefa de direcção no seio da comunidade. Carecem assim e sempre de interpretação, e visto que esta deve convalidar o que o legislador (de modo racional, com consideração do escopo da regulação e das relações reguladas) pretendeu dizer (dispor), não pode o intérprete aqui proceder de modo arbitrário ou discricionário. As decisões judiciais, mesmo quando nelas se plasmam juízos de valor, não podem aceitar-se às cegas; requerem confirmação, no sentido de verificar se são compatíveis com outras decisões e princípios jurídicos reconhecidos, se são «materialmente adequadas». O que é de todo impossível sem a observância de determinadas exigências metodicas" (*Ibidem*, pp. 2-3).

todos os fatores e variáveis que para tanto concorrem, a ponto de nos permitir fazer previsões confiáveis.

Em outras palavras, apesar dos recentes e inegáveis avanços científicos indicados no início deste Capítulo, continua sendo uma incógnita o caminho mentalmente percorrido pelo agente decisório no que diz respeito aos aspectos *causais* do contexto de *descoberta*. Mas a ciência jurídica felizmente já fornece instrumentos idôneos a indicar se um convencimento judicial está devidamente fundamentado ou não, isto é, se as *razões* articuladas pelo juiz guardam, de forma objetiva, correspondência com o ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, com a matéria de fato submetida a julgamento, bem como se aquelas razões estão coerentemente concatenadas entre si e subsidiam, de modo racional e silogístico,⁴²⁶ a conclusão a que chegou o magistrado na resolução da controvérsia.

Se a decisão judicial é, sobretudo, um ato de conhecimento, e não de mera vontade ou capricho pessoal, não deve haver espaço, ao menos dentro de um Estado de Direito (onde vigora o “governo das leis”, e não o dos homens), para decisões judiciais que não sejam consequência direta dos argumentos jurídicos que ela mesma extraiu da lei.

Não se pode admitir que juízes se comportem, por exemplo, como o Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, que, em discurso de agradecimento à homenagem recebida em Plenário no ano de 2010, confessou, sem o menor constrangimento, que primeiro decide e só depois busca encontrar fundamentos jurídicos, para justificar aquela decisão que já havia tomado antes mesmo de consultar o Direito posto.⁴²⁷

426 É necessário que as razões decisórias consigam, pelo menos, demonstrar um acoplamento entre a premissa maior (descrição do preceito normativo geral e abstrato) e a premissa menor (descrição dos aspectos juridicamente relevantes da situação específica e concreta que foi narrada e comprovada, ou não, nos autos), de sorte que a segunda premissa esteja contida na primeira, sem incorrer em qualquer exceção capaz de excluir esse processo subsuntivo. Obviamente nunca existirá um rol taxativo de todas as exceções possíveis e imagináveis. Mas, em homenagem ao princípio dworkiniano da “prioridade local da interpretação”, eventuais exceções devem ser buscadas primeiramente na própria lei aplicável; após, nas demais leis que regulam aquele ramo do Direito; e só depois nas regras e princípios gerais de direito, tais como as que preveem as hipóteses de caso fortuito e força maior; por fim, em princípios mais abstratos que subsidiem a história e a tradição de cada sistema jurídico. O que não se admite é que, havendo previsão legal específica, o intérprete pule essas etapas e siga diretamente para a última, em busca de máximas metafísicas que possam ser aplicadas a toda e qualquer situação, por pura vontade do intérprete. Por fim, vale consignar, porém, que há sempre uma mútua, gradual e interativa determinação (*rectius*, uma co-determinação) entre aquelas premissas, assim como entre a previsão jurídica (programa ou comando normativo) e a faticidade (domínio normativo), de sorte que os sentidos das premissas maior e menor serão sempre dependentes desse vai-e-vem de significados. Tal constatação hermenêutica – a cuja procedência somos compelidos a nos curvar –, entretanto, jamais poderá ser utilizada como pretexto retórico voltado a dispensar o juiz do dever que a Constituição lhe incumbe de reconduzir fundamentadamente sua decisão ao texto da norma, enquanto premissa maior. Pouco importa, para os fins desta tese, que tal processo seja chamado de *concretização* ou de *subsunção*, o que importa verdadeiramente é que haja essa recondução argumentativa ao preceito normativo aplicável à espécie, com todos os constrangimentos, inclusive de natureza gramatical, que decorrem de tal procedimento justificatório. Constrangido a justificar o acoplamento da premissa menor à premissa maior, o juiz pode ser tudo, menos livre; sua liberdade termina onde começa o dever constitucional de convencer o auditório jurídico de que a decisão assim proferida não contrariou o Direito posto. Assim, não basta para tanto que o juiz utilize bons argumentos morais, políticos ou econômicos, se a argumentação por ele utilizada violar preceito legal claramente incidente no caso. É contra essa promiscuidade entre o Direito, de um lado, e a moral, a política e a economia, de outro, que a tese ora sustentada insurge-se academicamente.

427 O trecho no qual a declaração foi dada é o seguinte, *verbis*: “Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio. E como a interpretação é acima de tudo um ato de vontade, na maioria das vezes, encontro o indispensável apoio” (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>. Acesso em 11.05.2022.

Excluídas as hipóteses excepcionais, o apego à lei continua sendo uma exigência indispensável ao controle da decisão judicial. E, no respeito à lei, destaca-se, a propósito, a rígida observância pelo juiz das prerrogativas processuais das partes, uma vez que o exercício de contraditório substancial tornará ainda mais evidente a prova, em um futuro recurso, de eventual divórcio entre o convencimento formado pelo magistrado e as razões (ou falta delas) apontadas como causas eficientes da sua convicção decisória.

Não discordamos da afirmação de Couture, segundo a qual a sentença não é só um ato de desdobramento lógico de um conjunto de normas puras⁴²⁸, mas tampouco podemos admitir que ela seja mero fruto de pulsões sentimentais, como sua origem etimológica (do latim, *sentire*) poderia, para alguns, sugerir.

É o rigor técnico da fundamentação utilizada pelo juiz em sua decisão que poderá indicar o eventual divórcio entre o que foi formalmente justificado e o que foi efetivamente decidido à luz da legislação, da doutrina, da jurisprudência e, sobretudo, das alegações feitas pelas partes (que devem ser todas enfrentadas) e da prova produzida nos autos, como o respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

E serão justamente as eventuais fragilidades técnicas da decisão que serão exploradas pela parte sucumbente perante o órgão judiciário superior, mediante o manejo dos meios de impugnação admitidos em lei.

Diante do exposto e à guisa de conclusão do presente tópico, inferimos que não nos parece juridicamente legítimo, ao menos no seio de um Estado Democrático de Direito, aceitar que órgãos judicantes decidam primeiro, com base em suas intuições, ideologias, orientações políticas e íntimas convicções, e só depois justifiquem sua decisão encaixando-a na moldura jurídica, por vezes até manipulando retoricamente os institutos nela contemplados. Até mesmo Kelsen, com todo o seu ceticismo epistemológico e relativismo axiológico, refutava o mantra realista de que antes da decisão judicial não há Direito algum.

Encerramos o presente tópico, portanto, com a conclusão de que os argumentos fundados na lei podem não ser os elementos causais responsáveis pelo convencimento dos magistrados em geral, mas, desde que estejam articulados na fundamentação de suas respectivas decisões, devem guardar

428 "A sentença não é um pedaço de lógica, nem tampouco uma norma pura. A sentença é uma obra humana, uma criação da inteligência e da vontade, isto é, uma criatura do espírito do homem" (COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Trad. Mozart Víctor Russomano. Rio de Janeiro: Editor José Konfino, 1951, p. 86).

estreita correlação com o que foi alegado pelas partes, com a descrição dos fatos comprovados e com os diplomas legislativos que disciplinam a matéria *sub judice*. Só assim o jurisdicionado poderá demonstrar analiticamente, em seu recurso ou outro meio de impugnação perante o juízo *ad quem*, que a decisão proferida pelo juiz *a quo* incorre, porventura, em vício cujo reconhecimento possa levar à reforma ou à anulação do que decidido, seja por erro de julgamento no mérito (*error in iudicando*), seja por lapso procedimental (*error in procedendo*), respectivamente.

Como se vê, a exigência de fundamentação exauriente das decisões judiciais decorreria, por conseguinte, de imposição direta da própria cláusula do devido processo legal, ainda que não houvesse previsões constitucionais e legais expressas nesse sentido, dados os contornos racionalmente objetivos – e por isso mandamentais em sistemas pautados pela razão - que o contexto de justificação imprime à adjudicação do Direito posto. Além disso, considerando que no Brasil e em Portugal os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, a legitimação *material* de seus pronunciamentos vem do caráter racional da fundamentação que lhes confere suporte jurídico, vale dizer, da argumentação racional que é subjacente a tais pronunciamentos. Há aqui uma importante dimensão democrática, já que tanto pode haver o fenômeno do “voto sem razão” quanto o da “razão sem voto”⁴²⁹, a dar-se, respectivamente, com os agentes públicos eleitos pelo povo (já que o voto popular não precisa ser racional nem justificado) e com os funcionários concursados do Estado, como os juizes, que, apesar de investidos em seus cargos independentemente do sufrágio popular, acabam decidindo temas importantes para a democracia.

Por fim, a necessidade de fundamentação racionalmente adequada e exauriente revela outra dimensão democrática da decisão judicial, que é o seu caráter dialógico, na medida em que as partes têm o direito de participar ativamente da solução jurídica que será entregue pelo juiz, a qual não poderá furtar-se a enfrentar todos os argumentos convocados por elas. Ao dialogar discursivamente com as teses suscitadas tanto pelo autor quanto pelo réu, a sentença presta homenagem ao *contraditório substancial*, tido desde sempre como um dos princípios estruturantes mais importantes do processo judicial e visto, atualmente, até mesmo como um “megaprincípio”, nas palavras de

429 Luís Roberto Barroso afirma que o Judiciário, em geral, e o Supremo, em especial, têm envidado esforços para abrir-se democraticamente à sociedade civil no exercício de suas funções institucionais, tais como quando realizam audiências públicas em julgamentos com grande repercussão e quando admitem órgãos e entidades sociais para participarem como *amici curiae* em certos procedimentos (BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, n. especial, pp. 23-50, 2015). Ao incorporar à legislação brasileira essas formas de participação democrática no processo judicial, sobretudo perante o STF, o legislador pátrio inspirou-se na tese alemã da “interpretação pluralista e procedimental da Constituição”, de Peter Häberle, para quem o destinatário da norma é participante ativo do processo constitucional democrático: “O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 48).

Leonardo Greco⁴³⁰. A exigência legal de devida apreciação judicial de *todas* as teses suscitadas pelas partes – e não apenas daquelas que o juiz *gosta* de apreciar – é garantia mínima do *due process of law*, que o Direito põe à disposição do jurisdicionado com vistas a evitar julgamentos do tipo que foi exemplificado no Capítulo 1, item 1.6,⁴³¹ ao qual remetemos o leitor.

430 Leonardo Greco afirma que o respeito ao contraditório deve ir muito além do mero direito das partes de serem ouvidas. Exige-se que a visão sobre o contraditório não se limite mais apenas à sua dimensão *formal*, mas que se o observe em sua perspectiva material ou *substancial*. Trata-se, conforme o renomado processualista brasileiro, de “um megaprincípio que, na verdade, abrange vários outros e, nos dias atuais, não se satisfaz apenas com uma audiência formal das partes, que é a comunicação às partes dos atos do processo, mas deve ser efetivamente um instrumento de participação eficaz das partes no processo de formação intelectual das decisões e de cooperação entre todos os sujeitos do processo” (GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**, vol. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 514).

431 Com efeito, por meio do que denominamos de “**uso retórico da remissão à lei**” no referido tópico do Capítulo 1, certos juízes lançam nos autos modelos padronizados de decisão que nada dizem acerca do caso concreto, para desprover embargos declaratórios em massa, sem enfrentar qualquer dos argumentos lançados pela parte embargante.

CAPÍTULO 5: A TENTATIVA LUSITANA DE CRISTALIZAR A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: O PROBLEMA DOS ASSENTOS

5. 1. Apontamentos iniciais e dever de uniformidade jurisprudencial

A necessidade de atribuir-se maior previsibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência não é uma exclusividade brasileira, nem tampouco um devaneio acadêmico que utopicamente se ouse defender na presente tese doutoral.

Viu-se no Capítulo 2 que é carecedor de segurança jurídica o sistema jurídico que, apesar de filiado ao *civil law*, insiste em refutar os imperativos *deontológicos*⁴³² da igualdade perante a jurisdição (antípoda dos tratamentos judiciais anti-isonômicos), da universalidade (antípoda do particularismo casuísta), da integridade (antípoda de uma jurisdição fragmentária e irracional), do rule of law (antípoda do voluntarismo judicial) e da legalidade democrática (antípoda de regimes elitistas e pautados em uma suposta ascendência cognitivista representada pela casta da *aristocracia* judiciária). E no Capítulo 3 foram dados vários exemplos de anomalias decisórias que um sistema jurídico pautado na insegurança jurídica pode engendrar.

São os membros da sociedade civil em geral, e não apenas os teóricos do Direito em particular, que clamam por saber qual é Direito vigente, a fim de que possam bem planejar suas vidas quotidianas e, assim, exercer com plenitude a autonomia proporcionada por suas liberdades civis. Pouco interessa saber qual é o Direito apenas no sentido de conhecer o conteúdo das leis vigentes, se as interpretações que os tribunais fazem de uma mesma norma são díspares e irreconciliáveis entre si.

Além de saber as pautas de conduta albergadas na lei, o que importa ao jurisdicionado é muito mais a possibilidade de conhecer a interpretação dominante acerca dessas leis em determinado período histórico, já que a interpretação dada à lei em um caso deveria ser igual, por questão de universalidade, coerência e integridade,⁴³³ àquela dada à mesma lei por outros juizes da mesma época, sempre que a autoridade julgadora estiver diante de casos “semelhantes” (até porque é impossível haver casos idênticos).

432 Ao lado desses fundamentos deontológicos, podem ser também citados alguns fundamentos *pragmáticos* de um sistema que prestigia a segurança jurídica, tais como o são a duração razoável do processo (já que a jurisprudência dominante é respeitada desde o primeiro grau de jurisdição), o desestímulo à litigância (pois as partes já sabem de antemão como seus processos serão julgados), a solução homogênea para as causas repetitivas (pois todas elas serão julgadas de acordo com a mesma jurisprudência), o incentivo à resolução consensual de controvérsias (pois quem não tem direito não vai se aventurar judicialmente em uma ação cujo desfecho já se sabe de antemão), etc.

433 A *universalidade* é um princípio fundamental da razão prática kantiana; a *coerência* é uma exigência de racionalidade geral; e a *integridade* é o princípio dworkiniano segundo o qual não há lacunas no Direito a serem preenchidas pelo decisionismo judicial, partindo-se do pressuposto de que todas as normas de um sistema foram criadas por um único autor (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 272).

Nesse sentido, o atual Código de Processo Civil Português, promulgado no ano de 2013, prestigia a uniformização da jurisprudência em seus artigos 215, 6^a,⁴³⁴ e 686,⁴³⁵. Esses passos foram seguidos pelo legislador brasileiro de 2015, ao prever, no artigo 926 do CPC/2015, que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, bem como editar enunciados de súmula correspondentes à sua jurisprudência dominante. E, ao fazê-lo, os tribunais brasileiros devem, por expressa dicção legal, ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

A competência do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal compreende tanto a apreciação de recursos ordinários (revista) quanto a de recursos extraordinários, estes voltados à uniformização da jurisprudência e à sua revisão, na forma do artigo 627, 2, do CPC⁴³⁶.

No mesmo sentido é o artigo 688 Código de Processo Civil Português, que prevê o cabimento de recurso para o pleno das secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça, com vistas a uniformizar sua jurisprudência, quando algum de seus órgãos fracionários proferir acórdão que esteja em contradição com outro anteriormente proferido pelo mesmo tribunal, salvo se a orientação perfilhada no acórdão recorrido estiver de acordo com jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça.

A necessidade de manter-se uma jurisprudência uniforme vai muito além dos interesses privados das partes, tratando-se, em verdade, de um vital interesse de toda a coletividade, que é o de contar com um sistema jurídico objetivamente confiável.

Tanto é assim, que o Ministério Público lusitano, mesmo quando não seja parte na causa, tem legitimidade para propor o pedido de uniformização de jurisprudência junto ao Supremo Tribunal de

434 “Artigo 215.º (art.º 225.º CPC 1961)

Espécies no Supremo Tribunal de Justiça

No Supremo Tribunal de Justiça há as seguintes espécies: 1.ª Revistas; 2.ª Recursos em processo penal; 3.ª Conflitos; 4.ª Apelações; 5.ª Causas de que o tribunal conhece em única instância; 6.ª Recursos extraordinários para uniformização de jurisprudência” (sublinhou-se).

435 “Artigo 686.º (art.º 732.º-A CPC 1961)

Uniformização de jurisprudência

1 - O Presidente do Supremo Tribunal de Justiça determina, até à prolação do acórdão, que o julgamento do recurso se faça com intervenção do pleno das secções cíveis, quando tal se revele necessário ou conveniente para assegurar a uniformidade da jurisprudência.

2 - O julgamento alargado, previsto no número anterior, pode ser requerido por qualquer das partes e deve ser proposto pelo relator, por qualquer dos adjuntos, pelos presidentes das secções cíveis ou pelo Ministério Público.

3 - O relator, ou qualquer dos adjuntos, propõe obrigatoriamente o julgamento ampliado da revista quando verifique a possibilidade de vencimento de solução jurídica que esteja em oposição com jurisprudência uniformizada, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito.

4 - A decisão referida no n.º 1 é definitiva” (sublinhou-se).

436 “Artigo 627.º (art.º 676.º CPC 1961)

Espécies de recursos

1 - As decisões judiciais podem ser impugnadas por meio de recursos.

2 - Os recursos são ordinários ou extraordinários, sendo ordinários os recursos de apelação e de revista e extraordinários o recurso para uniformização de jurisprudência e a revisão” (sublinhou-se).

Justiça, na forma do artigo 691 do atual CPC português⁴³⁷. E o ponto mais interessante é que a correção de rumos jurisprudenciais, eventualmente adotada pelo STJ ao acolher o recurso ministerial, não tem o condão de prejudicar as partes do processo, se elas se haviam resignado com o resultado impugnado pelo *Parquet*.

Isso demonstra que o objetivo da lei portuguesa é, a um só tempo, preservar tanto o interesse das partes (que se resignaram com um julgado jurisprudencialmente vacilante) quanto o interesse do sistema objetivo, cuja integridade não fica a depender apenas de interesses recursais privados, no que entra em ação a iniciativa do Ministério Público, enquanto defensor da ordem jurídica e da democracia.

A propósito dessa atuação ministerial na qualidade de *custos legis*, o artigo 219º, 1, da Constituição de Portugal é explícito ao atribuir ao Ministério Público a grave competência de “defender a legalidade democrática”, o que seus membros acabam por desempenhar ao laborarem em prol da uniformidade na interpretação da lei pelo STJ.

Feito esse breve introito quanto ao dever de uniformização jurisprudencial que tanto a legislação portuguesa quanto a brasileira impõem aos seus respectivos tribunais, passa-se a partir de agora a examinar a tentativa lusitana de cristalizar a interpretação judicial por meio de “assentos”.

Há dois tipos de assento que se desenvolveram ao longo da história do Direito Português, ambos atualmente extintos⁴³⁸: o vetusto assento concebido no século XVI, a cargo da Casa da Suplicação, e o assento recriado em 1926, cuja formulação passou a ser atribuída ao Supremo Tribunal de Justiça.

Serão estudadas no item 5.4 deste Capítulo as naturezas jurídicas de ambos os assentos, bem como os seus contornos processuais mais evidentes, com destaque para as características que levaram o Tribunal Constitucional a declarar, nos anos de 1993 e 1994, a inconstitucionalidade desse instituto jurídico.

E, a partir dos fundamentos contidos nas decisões da Corte Constitucional e das razões que conduziram à sua formal revogação, construir-se-á uma análise jurídico-comparativa entre o instituto

437 “Artigo 691.º (art.º 766.º CPC 1961)

Recurso por parte do Ministério Público

O recurso de uniformização de jurisprudência deve ser interposto pelo Ministério Público, mesmo quando não seja parte na causa, mas, neste caso, não tem qualquer influência na decisão desta, destinando-se unicamente à emissão de acórdão de uniformização sobre o conflito de jurisprudência” (sublinhou-se).

438 A modalidade mais moderna de assento foi, em um primeiro momento, declarada inconstitucional apenas na parte que o dispositivo legal que a veiculava lhe atribuía o caráter de “doutrina com força obrigatória geral”. Mas, pouco tempo depois, o legislador português resolveu revogar o instituto por inteiro.

lusitano do *assento* e o instrumento brasileiro da *súmula vinculante*, para ao final se inferirem determinadas considerações conclusivas acerca da legitimidade constitucional da última, apesar da inconstitucionalidade do primeiro.

É o que se desenvolverá nos próximos tópicos deste Capítulo.

5.2. A lei e o assento enquanto meros potenciais normativos em Castanheira Neves

Em sua magna e exauriente obra sobre o assunto, Castanheira Neves⁴³⁹ expõe cinco dicotomias que podem ser construídas a partir do vetusto, e hoje já revogado, instituto dos assentos, quais sejam:

- 1) Certeza/segurança jurídica *versus* justiça material;
- 2) Intenção geral-abstrata *versus* intenção histórico-concreta;
- 3) Igualdade das decisões *versus* independência decisória;
- 4) Estabilidade *versus* evolução das posições jurídicas; e
- 5) Unidade da ordem jurídica formal-sistematicamente pressuposta *versus* unidade material-problematicamente *constituenda*.

A dicotomia certeza/segurança jurídica⁴⁴⁰ *versus* justiça material implica que a primeira dimensão muitas vezes compromete o alcance da segunda, entendida como justa a decisão judicial que ostente “adequação normativamente material”, de sorte que a segurança jurídica não poderia ser tida como um valor prévio à decisão judicial, mas sim como um objetivo a ser alcançado “através do Direito”.

A certeza teria um caráter mais estático de previsibilidade e de calculabilidade⁴⁴¹, no sentido de que “*savoir c’est prévoir*”, o que ainda estaria muito ligado ao legalismo jurídico e à figura do “*homo securus*”.

439 NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 34 e ss.

440 Para Castanheira Neves, a certeza está mais ligada ao direito em si mesmo, no que tange ao seu conteúdo intrínseco, ao passo que a segurança jurídica refere-se, com mais propriedade, à certeza que se alcança por meio do Direito (NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 653-654).

441 Para Nico Poulantzas, ao sistematizar um conjunto de preceitos normativos gerais e abstratos, o objetivo do Direito é o de conferir previsibilidade às normas jurídicas que dele podem ser extraídas (POULANTZAS, Nicos. **Nature des Choses et Droit: Essai sur la Dialectique et de la Valeur**. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, p. 257).

Castanheira contrapõe essa “certeza analítico-dedutiva” (*law in books*) à “certeza sintético-constitutiva” (*law in action*), sob o fundamento de que a primeira se opera de modo lógico-formal (abstratamente de acordo com “tipos ideais”), enquanto a segunda obedece a um *modus* problemático-material.

Segundo Castanheira Neves, o esquema normativista-subsuntivo, próprio daquela “certeza analítico-dedutiva”, é inválido metodologicamente, já que pressupõe uma dualidade entre fatos e normas que não se sustenta.⁴⁴² Assim, para Castanheira Neves, os aspectos fáticos relevantes só são revelados a partir da definição do problema jurídico que se quer resolver, e não pela situação fática em si considerada⁴⁴³.

Assevera que, no *Common Law*, ainda que não haja um regime de precedentes *de jure*, existe um regime *de facto* neste sentido⁴⁴⁴. Nele, o julgamento de um caso não resulta do Direito, mas este é que resulta daquele, em consequência de uma “fundamentação material-indutiva”⁴⁴⁵. A *ratio decidendi* é determinada pelos ditos “*material facts*”, ao invés de resultar de uma “fundamentação lógico-dedutiva”, como se verifica no *Civil Law*.

Na concepção material-problemática de Castanheira Neves, quando um Tribunal Superior fixa um padrão decisório, é o caso concreto que se generaliza, e não a previsão jurídica geral que se individualiza. Esta a razão pela qual o catedrático Professor sempre rejeitou o instituto dos assentos, pois, por meio da sistemática destes, *a indeterminação da lei é substituída pela indeterminação do assento*, já que a aplicação do Direito só se perfectibiliza diante do caso concreto. Enquanto a identidade de soluções buscada pelo assento é de natureza geral-abstrata, a identidade buscada pelo precedente advém de um modo analógico-concreto.⁴⁴⁶

A igualdade das decisões é, na visão de Castanheira Neves, um objetivo mais colimado pelas Cortes de Cassação do que pelos Tribunais de Revista, já que estes buscariam mais a justiça material do caso concreto, cujas peculiaridades jamais se repetiriam. Nesse sentido, as Cortes de Cassação estariam mais ocupadas com a estabilidade do sistema objetivo, e não com o mérito de processos judiciais específicos (*le fond des affaires*). Para Castanheira Neves, a estabilidade da jurisprudência não

442 NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 50 e ss.

443 “Todo o sentido jurídico problemático tem correlativo (e codetermina), como dissemos, um âmbito de relevância material” (*Ibidem*, p. 56).

444 “Não nos é lícito falar de um regime de precedentes *de jure*, mas seria irrealístico esquecer quanto a prática aplicação do direito é influenciada, e mesmo normativamente fundamentada, pelo que podemos designar um regime de precedentes *de facto*” (*Ibidem*, p. 60, NR 126).

445 Não confundir a fundamentação material-indutiva, própria do precedente judicial, com a fundamentação concreto-individual, própria da coisa julgada (*Ibidem*, p. 76).

446 *Ibidem*, pp. 74-80.

deve ser um objetivo imediato dos supremos tribunais, senão apenas um resultado mediato, “desejável, mas também sempre provisório”⁴⁴⁷.

Em outros termos, para o catedrático de Coimbra, praticamente não há espaço para a *segurança jurídica* na relação que esta antagoniza com o valor da *justiça material*.

Se os entendimentos pretorianos fossem todos sistematicamente estruturados de modo a servirem como critérios determinantes para julgamentos posteriores, enquanto padrões decisórios a serem rigidamente seguidos, ter-se-ia o que Castanheira denomina de “codificação judicial”, o que bastaria, segundo seu entendimento, para apagar a diferença entre legislação e jurisdição.⁴⁴⁸

A propósito, Castanheira Neves criticou um instituto que constava do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, diploma este integralmente revogado pelo atual Código de 2015, denominado Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUJ). Afirma que se tratava de um regime de “pré-julgado interpretativo”, que seria ainda mais pernicioso que o instituto dos assentos, pois aquele pré-julgado sequer partiria de um caso julgado, constituindo, portanto, um sistema preventivo e autoritário, tal como o regime das *directivas* adotado nos Estados socialistas do leste europeu.⁴⁴⁹

Apesar dessas críticas, Castanheira Neves considera que delas não é alvo o regime de *stare decisis* que vigora nos sistemas de *Common Law*, haja vista entender que a vinculação gerada pelo precedente nesses sistemas logra equilibrar as dimensões dinâmicas da estabilidade/continuidade do Direito com as dimensões problemáticas da abertura do ordenamento jurídico e da liberdade jurisdicional. Concorreria para esse equilíbrio a possibilidade de utilização do *distinguishing* e do *overruling*.⁴⁵⁰

Castanheira Neves propõe, por conseguinte, um “regime de liberdade jurisdicional justificada – a orientar e a controlar pelo Supremo Tribunal de Justiça, através do seu tribunal pleno”⁴⁵¹. Para tanto, bastaria que as instâncias inferiores justificassem por que se afastaram do entendimento firmado por aquele Pleno, sendo sempre cabível recurso a este para controle *a posteriori*, jamais *a priori*.

447 NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 655.

448 *Ibidem*, p. 660.

449 *Ibidem*, p. 661.

450 NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 669.

451 *Ibidem*, p. 670.

Resumem-se abaixo as três conclusões que Castanheira Neves infere das bem fundamentadas críticas lançadas até então por ele contra os assentos, em especial, e contra o positivismo jurídico, em geral, quais sejam:

- 1) A segurança jurídica e a igualdade pretendidas pelos assentos são formais e abstratas, só garantem uma predeterminação também formal e abstrata e uma unidade lógico-normativística;
- 2) Os assentos significam, pois, um legalismo de segundo grau ou elevado a segunda potência, um legalismo exasperado, deslocado e resistente; e
- 3) A jurisprudência tem função *constitutiva* do Direito ao complementá-lo, já que a decisão judicial não é apenas o resultado de um processo subsuntivo. Prova disso seria a própria necessidade de criação do instituto do assento, já que este, paradoxalmente, foi concebido para substituir a lei pela dicção pretoriana, mas, de modo contraditório, passou a incorrer nos mesmos vícios que buscava combater, uma vez que, assim como a lei, os assentos também se revelaram insuficientes para a resolução dos litígios da vida concreta, além de limitarem o espectro de soluções potencialmente justas para cada caso.⁴⁵²

Tendo em conta que o objetivo dos assentos era o de conferir maior unidade e certeza ao Direito vigente, parece que as críticas feitas acima dão ensejo ao florescimento de um Direito menos coeso, menos certo e menos uniforme. Mas é o próprio Professor Castanheira Neves quem reconhece, não obstante, a importância do “postulado da unidade”, admitindo que o Direito constitui uma “ordem”, entendida esta como “condição metodológica da justiciabilidade”. Para tanto, cita o seguinte trecho da obra ***Rechtsphilosophie***, de R. Marcic: “O elemento sustentador da ordem é a unidade: *principium unitatis. Ubi unitas ibi ordo*”⁴⁵³. Apoiando-se, outrossim, em Kriele, quando este afirma que o poder legislativo não tem o monopólio de criação do Direito, mas apenas uma prerrogativa de constituir-lo.⁴⁵⁴ Como consequência, Castanheira Neves observa e naturaliza uma corrosão da autoridade da lei, já que, segundo o catedrático de Coimbra, “as fronteiras entre o *secundum*, o *praeter* e o *contra legem* se tendem a apagar no quadro de uma metodologia normativo-material de realização do direito”⁴⁵⁵.

452 *Ibidem*, pp. 269-272.

453 *Ibidem*, p. 233, NR 508.

454 *Ibidem*, p. 185.

455 *Ibidem*, p. 217.

É justamente contra essa naturalização da perda do valor normativo da lei que a presente tese doutoral aponta sua artilharia, embora reconheça a solidez, a sofisticação e o rigor intelectual do embasamento metodológico que fundamenta as críticas antipositivistas articuladas pelo brilhante Professor Castanheira Neves. Mas o objetivo de nosso trabalho não será jamais o de defender a restauração do assento português, mas sim apenas o de contribuir para evitar que uma eventual má compreensão deste instituto possa constituir argumento relevante para reduzir ainda mais a força normativa da lei e dos precedentes vinculantes no Direito brasileiro.

5.3. Os assentos do Direito Português: breve histórico sobre dois institutos diversos

Mário Júlio de Almeida Costa ensina que, no século XVI, o Rei Venturoso atribuiu ao Tribunal Superior do Reino – cujas competências eram desempenhadas pela Casa da Suplicação - a função de realizar a “interpretação autêntica” das leis, a qual deveria ser registrada em assentos, a fim de afastar dúvidas sobre o sentido normativo de eventuais preceitos legislativos. A orientação dali emanada obrigava todos os demais tribunais do Reino, dado o seu caráter vinculante, equiparado ao da lei. A interpretação fixada pela Casa da Suplicação era registada em um livro, vale dizer, restava ali “assentada”, donde vem a origem semântica do instituto.⁴⁵⁶

Observa Almeida Costa, porém, que a Relação do Porto⁴⁵⁷ e as Relações ultramarinas de Goa, do Rio de Janeiro e da Bahia, a partir de um determinado momento, outorgaram-se o direito de, por si sós e sem permissão do Rei, também emitir assentos, o que passou a gerar um sem número de interpretações diversas para as mesmas previsões legais, agravando o problema da insegurança jurídica. Tal cenário de dispersão interpretativa da lei só teria sido corrigido em 1769, pela Lei da Boa Razão, já em pleno século XVIII, isto é, depois de mais de duzentos anos da criação do instituto dos assentos.⁴⁵⁸

456 COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 301-303.

457 Rogério Cruz e Tucci faz uma ressalva, todavia, no que toca à Relação do Porto, ainda conhecida como “Casa do Cível” no ano de 1582, quando a partir de então, por autorização do Rei Filipe (em Portugal, Filipe I; em Espanha, Filipe II), passou a dispor de competência ampla e autônoma, respeitados os recursos cabíveis para a Casa da Suplicação em causas cíveis muito relevantes (CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 91-92).

458 COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 368.

Até serem declarados inconstitucionais, em 1993, e depois formalmente revogados, em 1995,⁴⁵⁹ havia em Portugal dois tipos de “assento”: o mais antigo, de competência da Casa da Suplicação, e o mais recente, à disposição do Supremo Tribunal de Justiça, recriado em 1926.

Segundo Rogério Cruz e Tucci⁴⁶⁰, o Alvará de 10 de dezembro de 1518, que atravessou as Ordenações Manuelinas e Filipinas e até mesmo a Lei da Boa Razão⁴⁶¹, de 18 de agosto de 1769, estabeleceu que os “assentos” da Casa da Suplicação teriam força vinculante sobre os demais órgãos do Judiciário português. Estes assentos não devem ser confundidos com os que futuramente passariam a ser editados pelo Supremo Tribunal de Justiça, que veio a suceder àquela Casa.

O fato de aqueles primeiros assentos terem sobrevivido à Lei da Boa Razão é deveras digno de nota, pois o espírito legalista do Iluminismo, coincidindo com a gestão de Marquês de Pombal, influenciou sobremaneira as reformas por este levadas a cabo, no sentido de institucionalmente enfraquecer as demais modalidades de fonte de Direito que pudessem concorrer com a lei formal. A única jurisprudência admitida pela Lei da Boa razão era a representada pelos assentos da Casa da Suplicação, restando terminantemente vedada a vinculação, enquanto fonte de direito, dos “estilos ou praxes de julgar”. Em todo caso, obrigatório era o recurso ao Rei na hipótese de interpretação de normas conflituosas ou integração das lacunas, embora na prática tal obrigação tivesse caído em desuso.⁴⁶²

Não fosse a absoluta ausência de Códigos em vigor no Direito Português àquela época,⁴⁶³ o valor e a força das leis passariam, segundo a reforma pombalina, a gozar de um estatuto jurídico

459 O Tribunal Constitucional português declarou inconstitucional, com efeitos *inter partes*, o instituto do assento (Acórdão 810/1993), o qual acabou sendo formalmente revogado, dois anos depois, pelo Decreto-Lei n.º 329-A/1995, de 12 de Dezembro de 1995.

460 CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 84.

461 Dissecando a importância que a “Lei da Boa Razão” teve no Direito português, António Manuel Hespanha explica os seus principais desdobramentos sobre as “fontes de direito”, *verbis*: “A Lei da Boa Razão, de 18/08/1769, reviu todo o sistema de fontes de direito no sentido de tornar o direito mais certo, ou porque estava fixado na lei do Estado, ou porque estava organizado em sistemas orientados por grandes princípios. Isto equivalia à proscrição do direito doutrinal e jurisprudencial que, como se sabe, constituía a espinha dorsal do sistema do *ius commune*; assim, bane-se a autoridade de Bártolo, de Acúrsio e da *opinio communis doctorum*, o mesmo acontecendo com a vigência do direito canónico nos tribunais comuns. Mantém-se a autoridade subsidiária do direito romano, mas apenas quando este fosse conforme à Boa Razão, ou seja – como se esclarecerá depois nos Estatutos da Universidade – aos princípios jurídico-políticos recebidos nas nações ‘polidas e civilizadas’. Em contrapartida, restringe-se a faculdade de fixar a jurisprudência aos assentos da Casa da Suplicação, ao mesmo tempo que se nega força vinculativa aos ‘estilos de julgar’ dos tribunais e se estabelecem condições muito rigorosas de validade para os costumes” (HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 350).

462 E o autor acrescenta, mais adiante: “Os ‘estilos’ ou praxes de julgar deixam de ter força vinculativa. Quanto aos ‘assentos’, normas de aplicação vinculativa estabelecidas por um tribunal a propósito de um caso concreto (cf. Ord. Fil., I, 5, 5), restringem-se agora aos do primeiro tribunal de justiça do reino, a Casa da Suplicação (Lei da Boa Razão, 18/8/1769). E, embora não aplicada, mantinha-se a ordenação que mandava recorrer ao rei no caso de dificuldade na interpretação ou integração das lacunas (L. 18/8/1769, § 11; Ord. Fil., III, 64, 2)” (HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 426, NR 794).

463 As leis não tinham valor absoluto na prática, porque ainda faltava, naquela época em Portugal, uma compilação realmente expressiva da maior parte delas dentro de grandes e bem estruturadas codificações legais.

quase que absoluto, o que só veio a acontecer, segundo António Hespanha⁴⁶⁴, com o advento do Código Civil Português em 1867, ocorrido sessenta e três anos após surgimento do Código Napoleônico.

Considerando-se o papel da Casa da Suplicação em seus primórdios, um tribunal ainda muito subordinado à figura do Rei, de onde todo o poder emanava, é curial inferir-se que eventuais dúvidas na interpretação de um texto normativo deveriam ser resolvidas de acordo com a vontade pessoal e soberana (portanto, irrecorrível) do Monarca, cuja pessoa física confundia-se ainda com a própria noção de Estado⁴⁶⁵. Nesse sentido, a função primordial da Casa da Suplicação, enquanto extensão do poder do Rei - de quem era órgão auxiliar -, poderia de certa forma ser comparada à exercida pelo antigo Tribunal de Cassação francês, incumbido que era de fixar a interpretação da única fonte do direito, a lei.

Assim, pode-se dizer que o instituto do assento quinhentista, de competência da Casa da Suplicação, fazia as vezes de um *référé législatif*⁴⁶⁶, no sentido de servir para corrigir, pela via legislativa, uma falha legal do sistema objetivo, com caráter geral, na tentativa de impedir os juizes de esvaziarem, em cada caso concreto, a normatividade dos preceitos editados pelo Parlamento. Nesse período de culto sagrado à lei, a separação entre criar o Direito e aplicá-lo era muito rígida, devido ao temor que os revolucionários tinham dos famigerados desmandos atribuídos aos juizes do *Ancien Régime*.

Originariamente, as Cortes de Cassação⁴⁶⁷ eram extensão do Poder Legislativo, criadas com a missão de controlar a interpretação que os juizes e demais tribunais faziam das leis aprovadas pelo Parlamento. Nos dizeres de Robespierre, “*le Tribunal de Cassation n’est point le juge des citoyens, mais le protecteur des lois*”⁴⁶⁸. Por isso se diz que o Tribunal de Cassação, na forma como inicialmente

464 “Neste contexto, a permanência do doutrinário jusracionalista dos finais do século XVIII (Martini, Heineccius, Thomasius, Wolff), combinado com a invocação direta dos modernos códigos estrangeiros e da doutrina sobre eles construída, permitida pela Lei da Boa Razão, mantém-se até 1867 (Ibidem, p. 426).

465 Àquela época, o poder *real* era literalmente *encarnado*, ele tinha um “corpo físico” (o “corpo do Rei”), a ponto de vigorar a máxima absolutista de que “O Estado sou eu”, segundo a célebre e apócrifa expressão atribuída, quase dois séculos depois, a Luís XIV (GIUDICELLI, Julien. “A ilusão representativa”. Trad. Murilo Strätz. In *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ* (ISSN 2595-0630), v. 5, n. 1, jan./abr. 2022, pp. 1-24. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/286/210>. Acesso em 05.05.2022, p. 11).

466 O instituto francês do *référé législatif* foi formalmente instituído pelos revolucionários em 1790, embora suas verdadeiras origens remontem a leis de Justiniano do século VI, ao Direito Canônico e a uma Ordenança Civil francesa de 1667. Seu objetivo era, como o próprio nome indica, “referir” ao legislador eventual falha, lacuna ou conflito interpretativo sobre determinada lei, a fim de que o órgão legiferante procedesse à interpretação autêntica do texto controvertido ou o colmatasse. Com isso, pretendia-se evitar que os juizes subvertissem a aplicação da lei por vias interpretativas (FRATE, Paolo Alvazzi del. « *Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789* ». In : *Revue historique de droit français et étranger*. Vol. 86, n. 2 (avril-juin 2008), pp. 253-262).

467 Otavio Rodrigues Jr. relembra que a primeira Corte de Cassação, em França, sucedeu ao “Parlamento de Paris”, recebendo legalmente, em 1790, o nome de “Tribunal” de Cassação, e, depois, com Napoleão Bonaparte, em 1804, a denominação histórica pela qual é até hoje conhecida (“Corte de Cassação”). Foi a partir de Napoleão que *la Cours* converteu-se na mais alta jurisdição ordinária francesa em matéria civil, comercial, laboral e criminal. Tal concepção de tribunal com poderes cassatórios espalhou-se pelos demais países da Europa continental. Rodrigues Jr. aponta, ainda, que a finalidade maior das cortes de cassação é proporcionar a igualdade na aplicação da lei, valor este que é tão caro sobretudo ao povo francês, conforme demonstra sua verve histórica de intolerância contra privilégios (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. “Jurisprudência do Direito do Consumidor evolui na França”. Artigo publicado em 20.11.2013 na Revista Eletrônica *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-20/direito-comparado-direito-consumidor-nacional-evolui-frances>. Acesso em 06/05/2022).

468 *Apud* NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 80.

concebido, era judicial somente na estrutura, já que, funcionalmente, atuava como órgão acessório do Parlamento⁴⁶⁹.

A sindicância do respeito à legalidade era, portanto, a sua função primordial, considerando que aos juízes, na quase nula função judicante que lhes cabia, não era dado “interpretar” a lei, muito menos ir além da sua fria letra gramatical, o que levou Montesquieu a afirmar seu célebre brocardo (“os juízes são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei”)⁴⁷⁰. Assim era a função de controle de legalidade atribuída ao originário Tribunal francês de Cassação, tal como os revolucionários o conceberam em 1790, enquanto órgão sucessor das funções que cabiam, no *Ancien Régime*, ao então Conselho do Rei⁴⁷¹.

Atualmente, entretanto, as Cortes de Cassação costumam situar-se a meio-termo entre a configuração institucional daquela versão originária da Assembleia Nacional francesa e a de um tribunal comum.⁴⁷² As decisões da Corte de Cassação italiana, por exemplo, não possuem autoridade legal vinculante, ao contrário do que se dava com os assentos portugueses, atualmente já revogados. Também a Alemanha cogitou criar um instituto cuja estatura jurídica ficasse entre as figuras da decisão judicial e da lei, mas acabou abandonando a ideia, por entendê-la conflitante com o princípio da Tripartição dos Poderes, já que o órgão responsável por formular tal instituto também deveria ficar situado entre o Judiciário e o Legislativo, o que careceria de previsão constitucional.⁴⁷³

O processualista italiano Michele Taruffo resgata a proposta, segundo ele vinda de Calamandrei, de que a Corte de Cassação deveria “garantir a uniformidade da jurisprudência, através da prolação de sentenças capazes não apenas de assegurar a exata interpretação do direito, mas também de impor esta interpretação como cânone de decisão dos casos sucessivos”⁴⁷⁴. Ao oferecer cânones interpretativos para os demais tribunais, ela cumpriria sua função cassatória, que é a de

469 O artigo 19 da Constituição francesa de 1791 previa o Tribunal de Cassação como “*établi auprès du corps législatif*” (Idem, ibidem).

470 A restrita visão de Montesquieu sobre o papel dos juízes, enquanto «seres inanimados que não podem moderar o rigor da lei», celebrizou-se nesses termos, *verbis*: “*Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat de. *De l'esprit des lois* (1758). Édition établie par Laurent Versini. Paris : Éditions Gallimard, 1995, p. 116).

471 Colhe-se do sítio eletrônico da Corte de Cassação francesa as seguintes informações sobre suas origens históricas, *verbis*: «*Au sommet de la pyramide judiciaire, la Cour de cassation est en France la juridiction suprême chargée d'unifier le droit en vérifiant pour cela l'exacte application du droit par les juges du fond. Cette cour, 'juge des décisions du juge', est historiquement la résurgence du Conseil du roi (et plus spécifiquement en son sein du Conseil des parties) qui avait délégué ce pouvoir de juger aux Parlements de l'Ancien Régime supprimés à la Révolution Française, rebaptisé en Tribunal de cassation dès 1790*» (Disponível em : <http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/la-justice-dans-l-histoire-10288/histoire-de-la-cour-de-cassation-22450.html>). Acesso em 06/05/2022).

472 NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 86.

473 NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 13.

474 TARUFFO, Michele. “Precedente e Jurisprudência”. *In: Revista de Processo*, n. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2011, pp. 139-155, p. 153.

“assegurar o uniforme respeito à lei através de decisões ‘universalizáveis’ e projetáveis para o futuro”⁴⁷⁵.

Já os supremos tribunais, por sua vez, foram desenhados para funcionar primordialmente como a última instância do Poder Judiciário. Mas, ao longo de seu funcionamento, passaram a exercer também a função de assegurar a uniformidade da jurisprudência.

Verifica-se que, na prática, as cortes de cassação e os supremos tribunais passaram a convergir em torno de objetivos comuns, já que as primeiras passaram a não se ocupar apenas com a higidez objetiva do sistema (segurança jurídica) e os últimos tomaram a consciência de que a justiça material do caso concreto não pode ignorar seus efeitos sistêmicos sobre a unidade do Direito. Trata-se de uma aproximação das técnicas de cassação e de revisão, o que levou Castanheira Neves a afirmar que “os próprios tribunais de cassação se converteram em verdadeiros tribunais de terceira instância – instância na qual a causa *stricto sensu* se vê submetida a um terceiro julgamento, ainda que de objeto material limitado”⁴⁷⁶. Estamos de pleno acordo com a arguta observação feita pelo catedrático de Coimbra, pois realmente não há como cindir o Direito e os fatos do caso concreto no momento de fixar uma determinada interpretação legal, até porque são os elementos fáticos que iluminam a lei aplicável, assim como esta ilumina a seleção dos fatos juridicamente relevantes para o julgamento de uma causa, dada a codeterminabilidade que se observa entre as questões de fato e as questões de direito.

Na década de 30 do século XIX, em plena guerra civil entre absolutistas e liberais, a Casa da Suplicação de Portugal foi substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça, previsto pela Constituição de 1822, cujos primeiros magistrados foram nomeados somente no dia 15 de setembro de 1833.⁴⁷⁷ Porém, até o ano de 1926, o STJ português não podia, ao menos formalmente, editar os seus próprios “assentos”, senão apenas uniformizar a jurisprudência.⁴⁷⁸ Com efeito, a natureza dos assentos da Casa da Suplicação não pode ser confundida com a dos assentos que posteriormente passaram a ser de atribuição do Supremo Tribunal de Justiça, já que aqueles tinham verdadeiro caráter *legal*, enquanto estes, teor *jurisprudencial*, conforme o próprio Supremo depois veio a reconhecer.⁴⁷⁹

475 *Ibidem*, p. 143.

476 NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 647.

477 Informações extraídas do sítio eletrónico do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Disponível em: https://www.stj.pt/?page_id=10085. Acesso em 05.05.2022.

478 Desde o início do seu efetivo funcionamento, em 1833, até a entrada em vigor do Decreto n.º 12.353/1926, o Supremo Tribunal de Justiça não dispunha de competência para proferir assentos, mas apenas para uniformizar a jurisprudência, através da interpretação e aplicação da lei nos casos concretos que lhe eram submetidos.

479 Extrai-se do Acórdão n.º 810/1993, por meio do qual o Supremo Tribunal de Justiça português declarou inconstitucional o instituto dos “novos” assentos, a diferença básica entre os “velhos” assentos (da Casa da Suplicação) e os “assentos” do Supremo Tribunal de Justiça, *verbis*: “Os velhos assentos eram interpretação autêntica, legislativa, e tinham, como tais, força de lei. Lavravam-se para o caso, depois, ‘não vir em dúvida’ (Ord. Fil., I, Tit.

Em termos formais, os verdadeiros assentos, concebidos como “intepretação autêntica” da lei (aquela que o próprio legislador faz), deixaram de existir juntamente com o fim da Casa da Suplicação, única habilitada a expedir assentos, função que desempenhava desde o início do século XVI.

No ano de 1926, os assentos foram formalmente reintroduzidos no ordenamento português em âmbito processual civil, por meio do artigo 66.º do Decreto 12.353/1926, na forma como hoje são conhecidos, isto é, enquanto mecanismos de uniformização da jurisprudência pelas cortes de revista. Trata-se dos assentos passíveis de serem instituídos pelo Supremo Tribunal de Justiça. Inicialmente eram instituto de Direito Processual Civil. Mas, em 1929, passaram também a ter previsão no processo criminal (Código de Processo Penal, artigos 608.º a 670.º). Posteriormente, foram definitivamente incorporados ao Código de Processo Civil português de 1939 (artigo 768.º), tendo sobrevivido à passagem das Constituições de 1933 e 1976, bem como da Revisão Constitucional de 1982.⁴⁸⁰ E também chegaram a ser expressamente previstos no artigo 2º do atual Código Civil português (Decreto-Lei n.º 47344/1966, de 25 de Novembro)⁴⁸¹.

A eficácia *geral e vinculante* (“doutrina com força obrigatória e geral”) do assento foi mantida pelos Códigos de Processo Civil portugueses de 1939, 1961 e 1966.⁴⁸²

Após ser declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional português (Acórdão n.º 810/1993), o instituto dos assentos foi formalmente revogado pelo Decreto-Lei n.º 329-A/1995, de 12 de dezembro de 1995.

5.4. Natureza jurídica dos assentos

Castanheira Neves, cuja doutrina foi uma das principais responsáveis pelo ocaso desse vetusto instituto que é o assento, já criticava o caráter abstrato, generalizável e comum dos assentos, bem assim o fato de eles se desvincularem do caráter historicamente individualizado do caso que esteve à sua base.⁴⁸³ Sempre afirmou que os assentos não se confundem com a “jurisprudência estabilizada”, pois esta consagra soluções que vêm do passado e persistem no tempo, enquanto aqueles constituem-se *ex-novo* e visam ao futuro, revestindo-se do caráter de “norma”.

3, § 5º; Ord. Man., l. V., Tit. 58, § 1º). Não julgavam 'o direito das partes no particular de cada uma delas, mas, sim, a inteligência geral e perpétua de Lei em comum benefício' (Lei de 18 de Agosto de 1769, § 2º)” (Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>). Acesso em 10/05/2022).

480 NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 23, NR 56.

481 Artigo 2.º (Assentos) Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral.”

482 CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 135-145.

483 NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 4.

Segundo o catedrático de Coimbra, os assentos diferenciam-se, portanto, tanto da “*doctrina legal*” do Supremo Tribunal espanhol quanto da “jurisprudência obrigatória” da Suprema Corte Mexicana.⁴⁸⁴

Restariam, portanto, para Castanheira Neves, três possíveis naturezas jurídicas alternativas dos assentos: 1) Normas legislativas de fundo, ainda que eventualmente consideradas como meras normas “interpretativas” (prescrições jurídico-normativas formais); ou 2) Instruções hierárquicas; ou, ainda, 3) Atos jurisdicionais.

De acordo com o artigo 1º, n. 2, do Código Civil português⁴⁸⁵, as leis, fontes imediatas do Direito por excelência, compreendem “todas as disposições genéricas providas dos órgãos estaduais competentes”, o que não afastaria do conceito legal, ao menos sob um ângulo exageradamente elástico, as disposições genéricas advindas do Judiciário, tal como se dava com os assentos formulados pelo Pleno do Supremo Tribunal de Justiça português, que era, por óbvio, o “órgão estadual competente” para concebê-los.

Porém, as concepções teóricas mais hodiernas identificam a lei como o produto normativo emanado, por excelência, do Poder Legislativo, cujos representantes eleitos pelo povo podem, de modo espontâneo (sem necessidade de provocação), criar normas jurídicas de caráter geral e abstrato, para vigorarem *pro futuro* e *erga omnes*, de modo inovador, indistinto e sem qualquer limite temático que não seja tão-somente a própria Constituição.

Os juízes e tribunais, como é cediço, não criam normas a partir do nada, mas sim, quando muito, o fazem no decurso de um processo judicial instaurado por provocação de uma parte e com finalidades jurídicas muito específicas, de modo que não há que se confundir o *modus operandi* do legislador com o do Judiciário na criação de normas jurídicas em geral.

Para Marcello Caetano⁴⁸⁶, o instituto do assento não constituía originalmente uma *lei* interpretativa, mas sim uma *norma* interpretativa que vinculava apenas os órgãos judiciais. Daí não serem os assentos, em princípio, fonte *imediata* de direito, senão, quando muito, mera fonte *mediata*.

484 Ibidem, p. 11.

485 “Artigo 1.º (Fontes imediatas)

1. São fontes imediatas do direito as leis e as normas corporativas.

2. Consideram-se leis todas as disposições genéricas providas dos órgãos estaduais competentes; são normas corporativas as regras ditas pelos organismos representativos das diferentes categorias morais, culturais, económicas ou profissionais, no domínio das suas atribuições, bem como os respectivos estatutos e regulamentos internos.

3. As normas corporativas não podem contrariar as disposições legais de carácter imperativo.”

486 Marcello Caetano assim conceituava o instituto sob análise: “o assento é a definição em termos genéricos, e com carácter obrigatório para todos os tribunais dependentes daquele que o profere, do sentido que deve ser dado nos julgamentos futuros a uma norma legal de entendimento duvidoso” (CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo - Vol. II** – 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1980, p. 133).

Mas tal cenário foi alterado com a previsão contida no artigo 2º (revogado) do Código Civil português, que, sob a égide da Constituição de 1933, passou a atribuir aos tribunais, ao fim e ao cabo, uma função legislativa quase que primária.

Castanheira Neves indaga se os assentos seriam uma réplica das antigas “façanhas” do Direito Ibérico Medieval dos séculos XII a XV, ou mesmo se se assemelhariam aos “*arrêts de reglements*”, que costumavam ser expedidos pelo Parlamento francês durante o *Ancien Régime*, abolidos a partir das injunções levadas a efeito pelo 3º Estado por meio dos “*cahiers de doléances*” apresentados nas Assembleias Gerais de 1789.

Mas o maior crítico dos assentos conclui que se trata de instrumento ainda mais arbitrário, quase próximo das “*Directivas ou Principios Directores*” russos, próprios de regimes do leste europeu, que aglutinavam, indistintamente, funções judiciais, legislativas e administrativas.⁴⁸⁷ Castanheira Neves refuta a posição de que os assentos possam ser concebidos como meras “instruções hierárquicas”, pois entende que tal modo de vê-los esvaziaria o princípio da independência judicial formalmente garantido no Estatuto Judiciário (Lei n.º 21/85, artigo 4º, “1º”)⁴⁸⁸, anulando-o por completo.⁴⁸⁹

Já Alberto dos Reis – autor intelectual do instituto “moderno” dos assentos e do projeto que originou o CPC português de 1939 – sempre entendeu que a obediência, pelos juízes, à lei, implica a obediência à lei interpretada pelo assento, que é oriundo, ademais, do próprio Judiciário, Poder a que os juízes estão vinculados e que é soberano, na forma do artigo 71.º da Constituição portuguesa.⁴⁹⁰

Castanheira Neves temia que ocorresse com os assentos o fenômeno que há tempos já ocorre com a lei, no sentido da degradação do conceito de lei (a qual passa a ser vista como ato político de “efêmero oportunismo”), no que passou a ser conhecido como “inflação legislativa”. Assim, tamanha seria a inflação de assentos, que haveria o risco de serem editados assentos para interpretar outros assentos, isto é, “assentos sobre assentos”, ao invés apenas de assentos sobre leis ou sobre outras controvérsias jurídicas.⁴⁹¹

487 NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 6, NR 13.

488 “Os magistrados judiciais julgam apenas segundo a Constituição e a lei e não estão sujeitos a ordens ou instruções, salvo o dever de acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas, em via de recurso, pelos tribunais superiores” (sublinhou-se). Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/1985-34488375-124251865>. Acesso em 05.05.2022.

489 Ibidem, p. 19.

490 “Se o juiz é obrigado a obedecer à lei, não se percebe em que é que fique diminuído o seu prestígio por ser obrigado a acatar um assento que se apresenta como a definição do sentido da lei, definição emanada do próprio poder a que o juiz pertence” (REIS, J. Alberto dos. **Breve estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1929, p. 673). Com efeito, a vinculação é efeito jurídico da estrutura do processo judicial, e não ofensa à independência judicial. Estamos de acordo com Alberto dos Reis nesse ponto específico.

491 NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 23.

Seriam os assentos fontes de direito, ou meros atos de aplicação do Direito, presos a um caráter puramente jurisdicional?

Em verdade, possuem uma natureza mista, pois nascem de uma atividade jurisdicional, mas acabam regulando situações externas ao processo judicial do qual emanaram e, além disso, ostentam, outrossim, caráter vinculativo em relação aos demais juízes e tribunais que integram a estrutura judiciária cujo ápice hierárquico é ocupado pelo Pleno do Supremo Tribunal de Justiça, único órgão autorizado a formular assentos.

Apesar da tensão entre o *ius in thesi*, fixado de modo uniforme, e o *ius in hypothese*, aplicado no caso concreto, a experiência nos mostra, conforme já observamos acima, que os supremos tribunais passaram em geral a prestigiar a extensão, a todos os casos idênticos ou assemelhados, da solução que haviam fixado para determinado caso específico.

Manuel de Andrade designa tal solução como “tese jurídica”⁴⁹², conceito no qual se enquadram os padrões decisórios fixados pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça brasileiros ao estabelecerem o sentido hermenêutico do texto constitucional e das leis federais, respectivamente. A *tese jurídica* pode ser extraída de qualquer fonte normativa, seja esta de origem legal ou jurisdicional (tais como o *precedente*, a *jurisprudência* e a *súmula*, cujos conceitos⁴⁹³ não se confundem).

Castanheira Neves critica o risco de engessamento do fenômeno jurídico que os assentos ofereciam, sobretudo a partir de 1961, quando a reforma processual revogou o artigo 769 do CPC/1939, que previa a possibilidade de alteração/revogação de assento.⁴⁹⁴

492 ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Noções Elementares de Processo Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 221.

493 Em suma – já que tal tema não é objeto principal da presente tese doutoral – e para os fins deste trabalho, *precedente* é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de outro julgamento futuro (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 483). Já *jurisprudência*, por sua vez, é o resultado de um *conjunto* de decisões judiciais no mesmo sentido sobre uma mesma matéria proferida pelos tribunais, sendo formada, de um lado, por *precedentes*, vinculantes ou persuasivos, desde que venham sendo utilizados como razões do decidir em outros processos, e, por outro lado, por meras *decisões*. A jurisprudência tem mero caráter persuasivo, ao contrário do que se dá com os precedentes, já que estes inspiram observância obrigatória/vinculante sempre que a mesma matéria venha a ser debatida em casos considerados análogos, seja no âmbito do próprio órgão julgador (vinculação horizontal), seja pelos juízes e tribunais a ele ligados (vinculação vertical), pois estes não dispõem de poder para superar precedentes oriundos de órgãos hierarquicamente superiores (ZANETTI JR., Hermes. “Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da ‘jurisprudência persuasiva’ como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil”. *l.r. Revista de Processo*. Vol. 235, pp. 293-349. São Paulo: Ed. RT, 2014, pp. 293-294). Por fim, a *súmula* consiste em uma consolidação objetiva da jurisprudência, em uma materialização objetiva da jurisprudência, sendo definida pelo Professor José Carlos Barbosa Moreira como “o conjunto das proposições em que se resume a jurisprudência firme de cada tribunal” [MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos”. *l.r. Temas de direito processual* (9ª série). São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 299-313, p. 301]. O Supremo brasileiro possui dois tipos de súmula: 1) a súmula tradicional, anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004; e 2) a súmula vinculante. Os demais tribunais brasileiros não possuem súmula vinculante.

494 O legislador responsável por revogar aquele artigo 769 provavelmente levou em consideração o fato de que, desde a sua concepção em 1926, um assento jamais chegou a ser revogado ou modificado pelo Supremo Tribunal de Justiça português, o que evidenciava a inutilidade do dispositivo legal que franqueava a alteração/revogação do assento [NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 195].

Concluindo este tópico sobre a natureza dos assentos, infere-se que Castanheira Neves formula uma crítica de base metodológica, ao se contrapor ao próprio paradigma positivista⁴⁹⁵ que, substituindo a lei pelo assento, deposita neste a solução pronta e acabada dos litígios jurídicos, sem a possibilidade de desenvolvimentos tópico-problemáticos a cargo dos juizes responsáveis pelos casos do dia-a-dia, dada a vinculação gerada pelos assentos.

5.5. As declarações de inconstitucionalidade parcial do assento

No ano de 1993, o Tribunal Constitucional português declarou inconstitucional, em processo de fiscalização concreta (com efeito apenas entre as partes litigantes), a parte final do artigo 2º do Código Civil português (Decreto-Lei nº 47.344/1966), que assim dispunha: “*Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral*” (Acórdão 810/1993).⁴⁹⁶ Para tanto, entendeu o Tribunal ser inconstitucional atribuir-se “força *obrigatória geral*” aos assentos, embora estes possam continuar a ser editados com finalidade meramente *persuasiva*.

O único voto-vencido foi proferido pela Conselheira Maria da Assunção Esteves – no sentido da inconstitucionalidade total daquele artigo 2º, em protesto⁴⁹⁷ à preservação mesma do instituto.

Três anos depois desse julgamento, dessa vez em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade (com força obrigatória geral), a parte final do artigo 2º do Código Civil foi declarada inconstitucional pelo Acórdão nº 743/1996 do Tribunal Constitucional, de acordo com a seguinte parte dispositiva, *verbis*: “Nestes termos, decide-se declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, da norma do artigo 2º do Código Civil, na parte em que atribui aos tribunais competência para

495 Segundo Castanheira Neves, o esquema normativista-substutivo, próprio daquela “certeza analítico-dedutiva”, é inválido metodologicamente, já que pressupõe uma dualidade entre fatos e normas que não se sustenta (Ibidem, pp. 50 e ss.). Assim, para Castanheira Neves, os aspectos fáticos relevantes só são revelados a partir da definição do problema jurídico que se quer resolver, e não pela situação fática em si considerada: “Todo o sentido jurídico problemático tem correlativo (e codetermina), como dissemos, um âmbito de relevância material” (Ibidem, p. 56).

496 Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html> Acesso em 15/04/2022.

497 Extrai-se de parte do voto vencido, *verbis*: “No memorando que apresentei como primeira relatora, defendi a tese da inteira inconstitucionalidade da norma do artigo 2º do Código Civil, que determina que ‘nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral’. A tese vencedora julga inconstitucional um segmento da norma [o que contém a locução ‘doutrina com força obrigatória geral’] que, no entanto, esgota todo o sentido do artigo 2º do Código Civil. Depois, num vai-vem entre direito constituído e direito constituindo, reiventa a norma-objecto, com apoio num mecanismo de revisibilidade dos assentos que o sistema não prevê e com o qual, por isso, o sentido remissivo da norma do artigo 2º do Código Civil não conta. E, em nome da unidade da ordem jurídica, propõe um sistema alternativo de uniformização de jurisprudência que rejeita um critério comum de reconhecimento da normatividade entre os juizes do Supremo Tribunal de Justiça e os juizes dos tribunais inferiores, por um lado, e entre os tribunais e a comunidade interpretativa geral, por outro lado. Ao mesmo tempo, põe em causa a liberdade dos juizes, que a Constituição diz que ‘apenas estão sujeitos à lei’ (C.R.P., artigo 206º). 2. A linha argumentativa central do acórdão dirige-se a contornar o problema da natureza legislativa dos assentos. Para isso amputa a norma do artigo 2º do Código Civil da expressão ‘doutrina com força obrigatória geral’. O acórdão reconhece, pois, que os assentos são inconstitucionais se dispuserem de força obrigatória geral. Como não existe outro lugar do sistema jurídico onde se defina a força vinculativa dos assentos, o acórdão, ao conceder neste ponto, teria de conceder na tese da inteira inconstitucionalidade da norma do artigo 2º do Código Civil, que é uma norma lógica e significativamente incidível” (Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html> Acesso em 20/04/2022).

fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115º, nº 5, da Constituição”⁴⁹⁸.

Assim, o artigo 2º do Código Civil foi declarado *parcialmente* inconstitucional, pois foi só a sua parte final reprochada, designadamente a que atribuía aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, de modo que ficou mantida a possibilidade de mera previsão de assentos para organização interna dos tribunais, sem efeitos externos nem força vinculante.

Entre esses dois importantes julgamentos (Acórdãos 810/1993 e 743/1996), o Tribunal Constitucional também proferiu os Acórdãos nº 407/1994 e 410/1994, aparelhados basicamente dos mesmos fundamentos do precedente original.

No próximo tópico abordaremos as semelhanças e diferenças substanciais entre os institutos do assento português e da súmula vinculante brasileira, com vistas a lançar as bases de um estudo jurídico-comparatístico.

5.6. O revogado assento lusitano distingue-se da vigente súmula vinculante brasileira?

Apesar da inegável semelhança entre os institutos do assento e da súmula vinculante, diferenças sutis – porém importantes - devem ser apontadas.

Embora ambos sejam instrumentos vocacionados a assegurar a segurança jurídica, a isonomia e a uniformidade jurisprudencial,⁴⁹⁹ a primeira distinção é que o assento se caracterizava pela imutabilidade, enquanto os enunciados brasileiros de súmula podem sempre ser objeto de revisão pelo próprio tribunal. A revogação do artigo 769.º do Código de Processo Civil de 1939 pela reforma processual levada a cabo em 1961 extinguiu a possibilidade, ao menos formal, de que o assento pudesse sofrer alterações, tal como aquele artigo permitia. O dispositivo legal revogado em 1961 previa que um assento poderia ser revisto a partir do voto de sete magistrados do Pleno do Supremo Tribunal

498 O Acórdão nº 743/1996 encontra-se disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960743.html> Acesso em 20/04/2022. A fundamentação nele contida faz remissão expressa à motivação que constara do Acórdão 810/1993, do qual se destaca, em suma, que, *verbis*: “A Constituição não proíbe o legislador de estabelecer institutos adequados à uniformização da jurisprudência - era essa a primeira e essencial vocação dos assentos - mas veda-lhe seguramente a criação de instrumentos ali não previstos que, com eficácia externa (e, por maioria de razão, com força obrigatória geral) interpretem, integrem, modifiquem, suspendam ou revoguem normas legais. A colisão daquela norma com o texto constitucional radica assim, no facto de os assentos se arrogarem o direito de interpretação ou integração autêntica da lei, com força obrigatória geral, assumindo a natureza de actos não legislativos de interpretação ou integração das leis” (sublinhou-se).

499 Em mensagem institucional no sítio eletrónico do Supremo Tribunal de Justiça português, o Presidente deste enaltece a importância da fixação de padrões jurisprudenciais: “A sua função judicial é primordial na defesa de direitos, na preservação de bens jurídicos fundamentais e na resolução de litígios. Para o efeito, estabelece padrões jurisprudenciais para garantir a segurança jurídica e a consequente pacificação social” (Disponível em <https://www.stj.pt/> Acesso em 19/04/2022).

de Justiça. Mas, na prática, isso jamais ocorreu, o que leva Castanheira Neves⁵⁰⁰ a presumir que tal desuso teria sido o móvel do legislador em revogar aquela previsão.

Outra relevante diferença é que um enunciado da súmula vinculante só pode ser aprovado “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, nos termos do artigo 103.º da Constituição da República Federativa Brasileira⁵⁰¹. Isto implica duas distinções da súmula em relação ao assento, já que só para a primeira se exige que: 1) haja mais de um julgamento no mesmo sentido (“reiteradas decisões”), e 2) tenha por objeto a interpretação constitucional, necessariamente, não cabendo editar-se verbete sumular vinculante sobre, por exemplo, normas infraconstitucionais.

Além disso, enquanto o Supremo Tribunal de Justiça português era obrigado a redigir assentos,⁵⁰² o Supremo Tribunal Federal brasileira edita seus enunciados de súmula vinculante de acordo com os seus próprios critérios de conveniência e oportunidade, não estando jungido para tanto.

Por último, mas não menos importante, é o fato de que a súmula vinculante, nos moldes brasileiros, tem expressa previsão constitucional, ao passo que os assentos lusitanos jamais tiveram assento na Constituição portuguesa, sendo previstos apenas em leis. Assim, considerando que não pode haver normas constitucionais inconstitucionais – desde que promulgadas pelo Constituinte originário -, consoante a clássica lição de Otto Bachof⁵⁰³, o instituto sumular brasileiro não contraria a Constituição, pois está nela previsto. Com efeito, o princípio ordenador da unidade hierárquico-normativa, a nortear a interpretação das constituições escritas, exige que todos os preceitos nelas positivados tenham a mesma dignidade formal.

500 NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 195-198.

501 “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

502 NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 273, NR 604.

503 BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994. Em rigor, para Bachof, as normas *originárias* de uma constituição não podem ser consideradas inconstitucionais. No caso brasileiro, porém, o instituto da súmula vinculante foi acrescido ao texto magno pelo Poder Constituinte *Derivado*, por meio da Emenda Constitucional nº 45, publicada no Diário Oficial da União de 31/12/2004, que instituiu a Reforma do Judiciário, com profundas modificações na estrutura de funcionamento do sistema brasileiro de justiça. Não obstante, ainda que não tenha sido fruto do Poder Constituinte *Originário*, a incorporação dos institutos da súmula vinculante e da Repercussão Geral no Direito brasileiro foi um importante fator de estabilização institucional das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal federal, bem como de valorização da sua jurisprudência dominante, com significativos ganhos para a efetividade da prestação jurisdicional e para o aumento da segurança jurídica. No dia 11.12.2019, celebrou-se cerimônia no Supremo Tribunal Federal, com a participação da Ordem dos Advogados Brasileiro (OAB) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em comemoração aos 15 anos de vigência daquela importantíssima Emenda Constitucional, com lançamento do livro “Emenda Constitucional nº 45/2004: 15 anos do novo Poder judiciário” (Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=432302&ori=2> Acesso em 15/04/2022).

Portanto, enquanto o assento encontrava fundamento de validade em textos infraconstitucionais, a súmula vinculante é prevista pela própria Carta Política.

Como se vê, há muitas semelhanças entre os institutos do assento português e da súmula vinculante brasileira, assim como também há, todavia, importantes discrepâncias em suas conformações técnico-instrumentais, embora os objetivos colimados por ambos sejam os mesmos (segurança jurídica, isonomia, estabilidade decisória e a efetividade de uma prestação jurisdicional mais célere, econômica e confiável).

Pode-se questionar se a abolição do instituto do assento deveria repercutir sobre a credibilidade da súmula vinculante, se se considerar que os fundamentos jurídicos que levaram à extinção daquele instituto português aplicam-se também à prima brasileira.

É aqui que se convoca um estudo jurídico-comparatístico. Se se adotar um critério comparativo que prestigie as diferenças entre os dois institutos, as respostas à pergunta acima tenderão a ser negativas; de forma inversa, provavelmente serão afirmativas as respostas dadas pelo observador que, em sua análise, valorize mais os traços que o assento e a súmula vinculante têm em comum, vale dizer, suas semelhanças.

Mesmo que superada a discussão acerca da autonomia científica dos estudos jurídico-comparatísticos – sobretudo nos moldes do monopólio metodológico do Direito Comparado que Konrad Zweigert⁵⁰⁴ reivindicava em favor do funcionalismo -, o apelo ao método comparativo só cresce num mundo cada vez mais globalizado.

Segundo Mark Van Hoecke, os comparatistas valem-se basicamente de seis métodos comparativos, quais sejam: método funcionalista, método analítico, método estrutural, método histórico, método jurídico-contextual (*law-in-context method*) e método do núcleo-comum dos países desenvolvidos (*common-core method*).⁵⁰⁵

Mas nem sempre esse apelo comparatístico preza por critérios metodológicos. Muitos o têm vulgarizado, a ponto de estudiosos mais ortodoxos torcerem o nariz só de se depararem com a tão banalizada expressão “método comparativo”.

504 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. 3ª ed. Translated by Tony Weir. Oxford: Oxford University Press, 1996.

505 VAN HOECKE, Mark. “*Methodology of comparative legal research*”. In *Law and Method*. London: Queen Mary University Press, 2015. Disponível em file:///C:/Users/Murilo%20Stratz/Documents/textos%20Doutorado/Methodology_of_Comparative_Legal_Research%20-%20Hoecke.pdf. Acesso em 09/05/2020.

Isso não impede, contudo, que autores de renome se posicionem de modo diametralmente oposto às correntes mais apegadas à visão “científica do Direito”⁵⁰⁶, a qual exige, de modo bem definido, um “método” e um “objeto”. Filósofos da Escola Francesa como Pierre Legrand⁵⁰⁷ e Jacques Derrida⁵⁰⁸, por exemplo, são pensadores críticos que pregam a desconstrução do suposto objetivismo científico e de seus métodos formalmente lógico-sistemáticos. Isso não significa, porém, uma total ausência de critérios ou protocolos mínimos que possibilitem a desconstrução.⁵⁰⁹

Sendo um desconstrutivista⁵¹⁰, Derrida desenvolve um conceito segundo o qual as coisas não existem por si sós, mas se originam a partir de um processo de diferenciação: o conceito de *différance*. Segundo esta noção, a diferença é que constitui os entes, na medida em que não há uma rígida e prévia demarcação que os separe, mas sim um processo de diferenciação do qual os próprios entes *diferenciandos* se originariam.⁵¹¹

Neste sentido desconstrutivista, pode-se dizer que um jurista brasileiro só conseguirá interpretar a natureza jurídica do *assento* lusitano a partir do cotejo que inconscientemente fizer entre o instituto português e a *súmula vinculante*, já que comparar é uma necessidade existencial e, por conseguinte, instintiva e inexorável.

Não se entenderá o assento sem se compreender a súmula, e vice-versa. Mas a compreensão desses dois institutos exige, ainda, a presença de um terceiro elemento, externo e, dentro do possível, “neutral”, o que é empresa nada fácil. Trata-se de uma metalinguagem (ou linguagem de segunda ordem) utilizada pelo comparatista com vistas a transcender a moldura dos quadros jurídicos do seu próprio sistema legal de origem e a projetar, a partir daí, uma versão ideal dos elementos que se

506 “A Ciência do Direito pretende distinguir-se, via de regra, pelo seu método e também pelo seu objeto. Ela é vista pelos juristas como uma atividade sistemática que se volta principalmente para as normas (positivas, vão dizer alguns). Ciência da norma, Ciência do Direito desenvolveria, então, um método próprio que procuraria captá-la na sua situação concreta” (FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 8).

507 LEGRAND, Pierre. “*The same and the different*”. In: **Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions** (Ed. by Pierre Legrand, Roderick Munday). Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 240-311.

508 Para Derrida, nenhum elemento se apresenta em si mesmo e por si só, senão numa relação de heterorreferência da qual as existências dos *comparanda* são entre si reciprocamente dependentes. Nas palavras do autor: *verbis*: “*The play of differences supposes, in effect, syntheses and referrals which forbid at any moment, or in any sense, that a simple element be present in and of itself, referring only to itself. Whether in the order of spoken or written discourse, no element can function as a sign without referring to another element which itself is not simply present*” (DERRIDA, Jacques. **Positions**. Trans. by Alan Bass. London: Athlone, 1981, p. 260).

509 Simone Glanert destaca que Derrida, embora resistente a métodos, não é avesso à observância de certos protocolos: “*Derrida’s resistance to what he himself stigmatizes as ‘scientificist objectivism’ or ‘naive objectivism’ cannot be taken to exclude the existence of certain protocols for the reading of texts, what he calls ‘a certain marching order’.* (And Derrida agrees, of course, that there could be, if not a method, at least ‘regularities in the ways of putting certain questions in a deconstructive style.’)” (GLANERT, Simone. “*Method?*”. In Pier Giuseppe Monateri (Org.), **Methods of Comparative Law**, Elgar, Cheltenham, Northampton, 2012, pp. 61-81, p. 79).

510 Autores como Jacques Derrida (1930-2004), Michel Foucault (1926-1984), Gilles Deleuze (1925-1995) e Pierre Bourdieu (1930-2002) insurgiram-se contra os pensamentos estruturalistas, opondo-se, sobretudo, ao formalismo que caracteriza tais correntes. Derrida foi quem iniciou a Filosofia da Desconstrução, embora haja registro de que Heidegger já houvesse, segundo alguns tradutores, utilizado essa expressão antes dos franceses [NEUVILLE, Sébastien. **Philosophie du Droit**. Paris: LGDJ Lextenso éditions, 2019, p. 283].

511 “*Derrida’s philosophy can be understood as an explanation of how to think about differences. He argues, first, that difference is something that is required for thought and, second, that it should not be thought of as an inflexible demarcation between separated entities but as a process of differentiation from which those entities originate*” (COENDET, Thomas. *Legal Reasoning: Arguments from Comparison*. **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, 102, 2016/4, p. 481).

comparam.⁵¹² A essa metalinguagem os teóricos do Direito Comparado dão o nome de ***tertium comparationis***, categoria tão necessária para o desejável distanciamento do comparador.

No presente estudo jurídico-comparativo, o distanciamento do comparatista para a formulação do modelo ideal projetado pelo cotejo crítico e analítico busca no modelo da argumentação jurídica os fundamentos necessários à comparação entre assento e súmula vinculante. Isso porque, somente mediante a argumentação jurídica, é que a presente comparação despir-se-á dos elementos puramente normativos (deontológicos) que caracterizam os sistemas português e brasileiro, cada um à sua maneira, e que tanto limitam a isenção do comparatista.

Considerando que a argumentação jurídica contém elementos de facticidade, diz-se que ela não é puramente deontológica, embora os tente mascarar, para parecer normativa (logo, mais convincente) diante do auditório ao qual se dirige.

Para o comparatista Thomas Coendet, mesmo um fundamento revestido de um invólucro puramente normativo pelo jurista (seja um juiz, advogado ou mesmo um debatedor acadêmico) tem sempre o seu grau de facticidade, isto é, todo “dever-ser” (*ought*) camufla inevitavelmente a um “ser” (*is*), por mais que o discurso positivista tente esconder, na dimensão deontológica da linguagem, esse inevitável grau de facticidade.⁵¹³ Essa dicotomia entre “dever-ser” (*ought*, em inglês; *sollen*, em alemão) e ser (*is*, em inglês; *sein*, em alemão) é atribuída a Kant, mas foi retomada pelo positivismo normativista de Kelsen.⁵¹⁴ Já abordamos o tema no Capítulo 1, tópico 1.4, ao qual remetemos o leitor.

Em rigor, os argumentos esgrimidos contra o instituto do assento, conduzindo-o à derrocada nos planos judicial e legislativo, não veiculam apenas fundamentos normativos ou deontológicos, mas também, e sobretudo, elementos factuais que começaram a ser levados em conta pelas instituições portuguesas, as quais gradativamente passaram a enxergar os inconvenientes de se manter a “força obrigatória e geral” daquele instituto no Direito lusitano.

512 “In order to compare, it has been emphasized, we need a *tertium comparationis*. We should not look at a foreign legal system with the eyes and doctrinal framework of our own legal system, but try to transcend it, by using external ‘neutral’ elements for comparing legal systems” (VAN HOECKE, Mark. “*Methodology of comparative legal research*”. In: **Law and Method**. London: Queen Mary University Press, 2015, p. 27).

513 “Because this *pure* ‘ought’ will also undertake a detour to the ‘is’, and so, even the ostensibly purest ‘ought’ of a legal system will contain traces of facticity. The positivist divide can therefore no longer be upheld.” (...) “In short – and in contrast to the idea of a *pure* ‘ought’ – legal norms also involve the court’s *impure* reasoning” (COENDET, Thomas. *Legal Reasoning: Arguments from Comparison*. **Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie**, 102, 2016/4, p. 482).

514 Kelsen retoma tal dicotomia para desenvolver a tese, hoje consagrada, de que os eventos da natureza, inatos a esta enquanto ontologia, dar-se-iam por uma relação de “causalidade”, ao passo que o Direito, enquanto deontologia provida de sanção estatal, seria regido por relações de “imputação”, de tal modo que fenômenos naturais e fenômenos jurídicos pertenceriam a ordens distintas e, portanto, inconfundíveis (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 64).

Talvez tenham influenciado a República de Portugal a extinguir tal instituto alguns fatores como: a dificuldade de operacionalizar um número cada vez maior de assentos nas rotinas dos tribunais, o risco de que se começassem a criar assentos para explicar outros assentos, o descontentamento da magistratura com a constrição de sua independência para interpretar a lei, o engessamento da hermenêutica jurídica, com o respectivo e crescente distanciamento entre o Judiciário português e a sociedade, etc.

A primeira hipótese que se conjectura é sobre se tais elementos do campo do “ser” transcendem o ordenamento positivo de Portugal e aplicam-se também ao instituto brasileiro da súmula vinculante, independentemente de outras considerações relativas ao campo do “dever-ser”.

Essa primeira hipótese, não obstante, parece ser contrariada pela força dos fatos. Situando-se a realidade da Justiça brasileira em contexto contranormativo completamente diferente do que caracteriza o universo judicial dos países desenvolvidos em geral e, em particular, dos que integram o bloco europeu continental, as razões que levaram à abolição do assento não encontram eco no Brasil.

Com efeito, o Brasil é um país periférico, de proporções continentais, cujas instituições estatais ainda deixam muito a desejar se comparadas às dos países europeus. O funcionamento do sistema judiciário, sobretudo antes da concepção da súmula vinculante e da criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004, assemelhava-se a uma loteria, tamanha era a dispersão jurisprudencial. Simplesmente não se sabia qual era o Direito vigente no país, já que cada tribunal o interpretava à sua maneira, negando-se sempre a seguir as orientações da jurisprudência dos tribunais superiores, por entender que nada poderia obstaculizar sua “absoluta” independência⁵¹⁵ no ato de julgar.

Em um sistema como esse, sem a menor unidade⁵¹⁶, cada juiz decide de acordo com o seu “gosto pessoal”, mesmo em matérias constitucionais e infraconstitucionais já pacificadas, respectivamente, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Ao contrariarem a jurisprudência superior – o que era lícito antes da implantação da súmula vinculante –, os magistrados brasileiros de primeira e segunda instância acabavam obrigando a parte lesada a percorrer a “via

515 Interessante notar que, no que tange à independência judicial, há um interessante dispositivo legal no ordenamento português que não encontra paralelo no Direito brasileiro. Trata-se do artigo 4º, “1”, do Estatuto Judiciário (Lei n.º 21/85), que ressalva expressamente **“o dever de acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas, em via de recurso, pelos tribunais superiores”** (grifou-se). Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/1985-34488375-124251865>. Acesso em 06.05.2022.

516 E, conforme já visto acima, até mesmo o Professor Castanheira Neves, maior crítico de toda e qualquer tentativa de aprisionamento formal do fenômeno hermenêutico, reconhece que, onde há unidade, há ordem, segundo o clássico bordão latino: *ubi unitas ibi ordo*.

crúcis” de esgotar todas as instâncias até que o Supremo reformasse a decisão contrária ao seu entendimento.

Por óbvio que essa falta de unidade e de isonomia só beneficiava os grandes litigantes e a classe dos advogados, já que as pessoas desprovidas de recursos não podem pagar os honorários advocatícios necessários para fazer um processo subir até à última instância e nem costumam dispor de tempo ou saúde para aguardar durante longos anos por essa derradeira decisão, que às vezes só chega depois que o recorrente já faleceu.

Como consequência da implantação do sistema de súmula vinculante (sistema que depois foi em parte estendido pelo artigo 927 do CPC/2015 a outros pronunciamentos judiciais qualificados)⁵¹⁷, houve drástica redução na quantidade avassaladora de processos que batiam e continuam batendo diariamente às portas do Supremo Tribunal Federal (órgão de cúpula do Judiciário brasileiro que, só em 2019, decidiu cento e dez mil, novecentos e sessenta e cinco processos, em números que vêm caindo desde a instituição da súmula vinculante)⁵¹⁸. Antes da súmula vinculante, o STF era provocado para decidir, novamente, sobre teses já sedimentadas e pacificadas, em relação às quais certos juízes e tribunais se mostravam rebeldes. Enfim, inúmeras foram as vantagens decorrentes da criação no Brasil da súmula vinculante – cujo desrespeito, aliás, possibilita à parte lesada o atalho da “reclamação constitucional”⁵¹⁹, evitando-se, assim, o longo e desencorajador caminho recursal para exaurimento de todas as instâncias judiciárias.

E, por fim, mas não menos importante, impende salientar que, diferentemente do ambiente político que em Portugal ensejou a reintrodução do vetusto instituto dos assentos pelo Decreto nº 12.353/1926 – cenário de regime autocrático que perdurou de 1926 a 1974 -, o Brasil vivia o auge de sua democracia liberal quando da instituição do regime de súmula vinculante, ocorrida no ano de 2004, graças à Emenda Constitucional nº 45/2004.

517 Para aprofundamento no tema e comparação com o sistema de precedentes fundado na doutrina anglo-saxã do *stare decisis*, que vigora no *common law* e cujas vertentes (inglesa e estadunidense) nada têm a ver com o modelo brasileiro, vide nosso livro: STRÄTZ, Murilo. **Teoria dos pronunciamentos judiciais vinculantes**: dos fundamentos jusfilosóficos ao utilitarismo consequencialista no regime instituído pelo Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

518 Diversamente do Supremo Tribunal de Justiça português, o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro é, ao mesmo tempo, a Corte Constitucional e o mais alto Tribunal de Revista (funcionando como a cúpula do sistema judicial no Brasil). Assim, quanto maior for o número de processos que o STF tem de analisar enquanto Corte de Vértice, menos tempo terá para exercer a nobre função que em Portugal toca ao seu Tribunal Constitucional. Em síntese, o STF brasileiro, cumulando as funções de duas Cortes (na verdade, de três, pois também é a Corte Criminal de centenas de autoridades com foro por prerrogativa de função), tem de dar conta de uma quantidade avassaladora de processos, que não encontra paralelo no resto do mundo. Para se ter uma ideia, só no ano de 2019 o STF proferiu quase 111 mil decisões, número que retrata a importância deste Tribunal e o elevadíssimo grau de litigiosidade da sociedade brasileira (Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-12/stf-proferiu-quase-111-mil-decisoes-em-2019>. Acesso em 16/01/2020). As realidades brasileira e portuguesa são, como se vê, totalmente distintas.

519 Sobre o tema, vide o nosso livro: STRÄTZ, Murilo. **Reclamação na jurisdição constitucional**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. 400 p.

5.7. Perspectivas sobre a tentativa brasileira de cristalizar a interpretação judicial

Os fundamentos que se vêm de expor – sobretudo os articulados no estudo jurídico-comparativo contido no tópico anterior – levam-nos a concluir que a derrocada do instituto dos assentos em terras portuguesas, ocorrida na década de noventa, não foi capaz de inibir a criação no Brasil, em 2004, do instrumento da súmula vinculante, apesar da relevante crítica articulada por Castanheira Neves contra o caráter vinculante de teses jurídicas.

Não sensibilizou o Constituinte Derivado brasileiro o argumento de Direito Comparado no sentido de que a Constituição de Portugal – na qual tanto se inspirara a Carta Política brasileira de 1988 –⁵²⁰ não comportaria um instrumento semelhante à súmula vinculante, no entendimento do Tribunal Constitucional português.

O caráter vinculante de certos padrões interpretativos não é exclusividade brasileira, sendo aceito até mesmo na Europa Continental - e com caráter transnacional, o que chama ainda mais a atenção, pelo fato de não se restringir ao sistema jurídico de um único país. Vide como exemplos europeus as *diretivas interpretativas* firmadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), as quais se dão por meio do veículo processual denominado “Reenvio Prejudicial”⁵²¹, e os *pareceres consultivos* do Tribunal da Associação Europeia de Livre Comércio (conhecido pelo apelido de “Tribunal

520 João Afonso da Silva lembra, logo no Prefácio da obra que o Senado publicou sobre a gênese da Constituição de 1988, que esta, ao contrário das anteriores, não copiara dispositivos de Cartas estrangeiras, pois representara, pela primeira vez na história, o verdadeiro e autêntico espírito popular da nação brasileira. Mas o referido constitucionalista confirma, não obstante, a inegável influência que as Constituições portuguesa de 1976 e espanhola de 1978 exerceram sobre o Constituinte brasileiro da época (LIMA, João Alberto de Oliveira. **A gênese do texto da Constituição de 1988**, vol. 1 / João Alberto de Oliveira Lima, Edilenice Passos, João Rafael Nicola (orgs.). Brasília: Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal, 2013, pp. 26-27). Outra relevante influência que o processo constituinte brasileiro recebeu foi a contribuição teórica do eminente constitucionalista português José Gomes Canotilho, como não poderia deixar de ser. Tãmanha é a importância da obra do mestre lusitano para o constitucionalismo brasileiro, que o Governo brasileiro lhe concedeu, em 2018, no aniversário de 30 anos da Carta Cidadã, com a comenda “Ordem Nacional do Cruzeiro do Sul”, a mais alta condecoração brasileira atribuída a cidadãos estrangeiros, a qual o Professor Canotilho recebeu das mãos dos Presidentes da República e do Supremo Tribunal Federal, em cerimônia realizada no Palácio do Planalto (Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/outubro/jurista-que-inspirou-a-constituicao-brasileira-recebe-comenda-no-palacio-do-planalto#:~:text=As%20ideias%20do%20jurista%20inspiraram,da%20qual%20foi%20vice%20Dreitor>. Acesso em 09.05.2022).

521 O instituto europeu do *Reenvio Prejudicial* é disciplinado, entre outros diplomas normativos, no artigo 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e no artigo 23º do próprio Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia (ETJUE), que assim preveem, respectivamente: “Artigo 267º. O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível” e “Artigo 23º. Nos casos previstos no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a decisão do órgão jurisdicional nacional que suspenda a instância e que suscite a questão perante o Tribunal de Justiça é a este notificada por iniciativa desse órgão. Esta decisão é em seguida notificada, pelo secretário do Tribunal, às partes em causa, aos Estados-Membros e à Comissão, bem como à instituição, órgão ou organismo da União que tiver adotado o ato cuja validade ou interpretação é contestada. (...)”. Para uma visão geral do instituto na perspectiva portuguesa, vide: COUTINHO, Francisco Pereira. “Os Juizes Portugueses e o Reenvio Prejudicial”. // **20 Anos de Jurisprudência da União sobre Casos Portugueses**: o que fica do diálogo entre os juizes portugueses e o Tribunal de Justiça da União Europeia / DUARTE, M. L.; FERNANDES, L.; COUTINHO, F. P. (coords.). Lisboa: Instituto Diplomático, 2011, pp. 13-52. E, para uma visão lusitana mais focada nos direitos fundamentais, vide a dissertação de mestrado defendida, em 2012, pela desembargadora Maria Rosa Oliveira Tching, perante a Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM), intitulada “**O papel dos tribunais na construção do padrão de jusfundamentalidade da União Europeia e do estatuto de Cidadania Europeia**” (Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/20568>. Acesso em 09.05.2022).

EFTA”). Estes últimos pareceres, porém, como seu próprio *nomem iuris* já denota, não ostentam o caráter vinculante formal de que se revestem aquelas diretivas interpretativas, dado o fato de os tratados que os preveem só lhes atribuírem caráter meramente persuasivo. Todavia, como bem adverte Luísa Lourenço, “ignorar a interpretação proposta pelo Tribunal EFTA pode resultar em responsabilidade dos Estados Membros e eventual ação por parte da *EFTA Surveillance Authority*”⁵²². Na prática, como se vê, os *pareceres consultivos* do Tribunal da Associação Europeia de Livre Comércio têm efeitos que de certa forma os aproximam das *diretivas interpretativas* firmadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Brasil e Portugal apresentam realidades muito distintas, seja do ponto de vista dos contextos legal e judicial (ainda que filiados ao *civil law*), seja do prisma dogmático dos próprios institutos comparados (não se confundem as características, os objetos e os processos de formação/revisão do *assento* e da *súmula vinculante*), conforme as diferenças já apontadas ao longo deste Capítulo.

Ademais, até mesmo os objetivos prioritários colimados pelos institutos – isonomia e segurança jurídica – são diferentes, se se fizer um exame mais rigoroso, bastando para tanto verificar o cenário histórico-político em que o instituto dos assentos foi reintroduzido (Portugal iniciava o seu mais longo regime autocrático) e o auge da democracia liberal vivida pelo Brasil durante a incorporação da súmula vinculante ao texto constitucional. É fato notório que governos ditatoriais buscam manietar o Poder Judiciário – que em regimes de exceção costuma ser controlado pelo Executivo -, de modo a restringir, arbitrariamente, o regime de liberdades civis, cuja proteção só pode ser assegurada, em última *ratio*, pela via judicial.

O alerta feito por Castanheira Neves contra os assentos portugueses não encontrou, no Brasil, maiores ecos para reverberar negativamente sobre a aceitação do instituto da súmula vinculante, ao menos fora de setores ainda impregnados de uma ideologia antissistemática e avessa à unidade do sistema judiciário.

Para Castanheira Neves, a unidade não é um pressuposto abstrato (algo de onde se parte), mas um objetivo *constituendo*, algo para onde se vai. Trata-se de uma unidade de ordenação, dinâmica, a ser conquistada *a posteriori* num sistema aberto, reconstrutivo e dialético, em contraposição à noção apriorística de unidade, de caráter lógico-abstrato e estático. A crítica de

522 LOURENÇO, Luísa. “O Reenvio Prejudicial para o TJUE e os Pareceres Consultivos do Tribunal EFTA”. *lrx. JULGAR*, n.º 35, 2018, pp. 187-205, pp. 203-204. Disponível em: <http://julgar.pt/o-reenvio-prejudicial-para-o-tjue-e-os-pareceres-consultivos-do-tribunal-efta/>. Acesso em 09.05.2022.

Castanheira Neves tem por alvos a metodologia analítica e a conceitualística ahistórica, de matriz teórico-sistemática e escolástico-doutrinária.

A propósito, em sua tese doutoramento aprovada em 1967, Castanheira Neves defendeu que, embora a lei seja um instrumento privilegiado para a realização do Direito, haveria nela uma indeterminação intencional e normativa que só o julgador poderia, constitutivamente, suprir, dados os limites de extensão e de validade que tornam o texto legal insuficiente, por si só, diante do caso concreto.⁵²³ O Catedrático de Coimbra sustenta, como abordagens científicas que em sua douda opinião seriam mais fiéis à realidade do Direito, as metodologias prático-normativas e histórico-concretas, próprias da *casuística* a nortear a “jurisprudência dos interesses” e a “escola história do Direito”, ao entender que “o direito é uma entidade cultural, com uma intencionalidade, um conteúdo e um dinamismo históricos”⁵²⁴. Tal abordagem contrapõe-se ao método subsuntivo e à tese da separação formal entre interpretação, aplicação e integração do Direito, que, sendo próprios do Positivismo Jurídico, desconsideram a “continua constituição histórica do Direito”, de viés reconstutivo e “historicamente regressivo”⁵²⁵.

Todavia, em resposta à tese defendida por Castanheira Neves, contra-argumentamos que seria temerária a tentativa de implantar algo semelhante a uma “jurisprudência dos interesses”⁵²⁶ no Brasil, país em que certos órgãos judiciais costumam demonstrar, ao contrário de seus homólogos alemães, pouco apreço pelos critérios de legalidade e até mesmo de juridicidade nos mais diversos ramos do Direito.

Enfatizamos, a título ilustrativo, haver setores do Judiciário brasileiro que, em nome de um *panprincipiologismo* vulgar, moralista e de resultados utilitaristas, têm-se recusado, no exercício da função jurisdicional, a observar preceitos legais expressos, em especial os protetivos de direitos individuais. Isso implica subversão não só ao princípio constitucional da legalidade, mas também

523 NEVES, A. Castanheira. **Questão-de-facto - questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica**. Coimbra: Almedina, 1967, pp. 212 e ss.

524 NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 198.

525 Na tentativa de provar que o Direito positivo só existe na fase judicial, Castanheira Neves recorre a François Géný, célebre jurista francês que se contrapunha à Escola da Exegese, e cita o seguinte trecho da clássica obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*: “En la supposant parfaite et complète, la loi ne peut, à elle seule, porter directement toutes les injonctions, de nature à satisfaire les besoins tout concrets de l'avie juridique. (...). De ce point de vue, il est parfaitement exact de dire que la jurisprudence représente le véritable droit positif” (NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 214, NR 476).

526 José Lamego, ao comentar a superação, na Alemanha, da Jurisprudência dos Conceitos pela dos Interesses e, depois, a derrocada desta pela dos Valores, aponta a “perda de certeza” que tal evolução pragmática implicou para o Direito: “É, porém, ineludível a ‘perda de certeza’ provocada pelo abandono de um tipo de pensamento que se pretendia lógico-conceitual e de uma concepção dogmático-exegética de Jurisprudência. É a tentativa de uma fundamentação filosófica de um pensamento jurídico ‘orientado a valores’ que desencadeia a ‘viragem hermenêutica’, a qual, nos casos mais significativos, se coloca, na Jurisprudência continental, ao nível da *Methodenlehre*” (LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma “recepção”**. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 85).

desprezo à segurança jurídica, à isonomia e ao próprio Estado de Direito, dada a rebelde inobservância de regras legais que densificam as cláusulas constitucionais do devido processo legal e da legalidade democrática.

Entendemos, enfim, que, quanto maior for a estabilidade decisória, menor espaço haverá para “juízes heróis”⁵²⁷ e suas tentativas, no mais das vezes populistas, de resgatar o Brasil das amarras imorais das leis vigentes. Estas, segundo os entusiastas da moralização judicial do Direito, “só servem para perpetuar a impunidade” e embotar o “verdadeiro sentimento de justiça”, sentimento este cujo conteúdo axiológico é preenchido casuisticamente pelas paixões de ocasião sentidas por cada magistrado brasileiro, a cada julgamento realizado, ao sabor dos ventos ideológicos predominantes em cada período histórico. Em suma, se o Supremo fixa a interpretação, como de fato e de direito fixou ao julgar a ADPF nº 395,⁵²⁸ de que a previsão de condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, constante do artigo 260 do Código de Processo Penal (editado em 1941), não foi recepcionada pela Constituição de 1988, os “juízes heróis” continuarão a praticá-la, uma vez que o Supremo não tem “moral” para lhes dizer o que devem ou não fazer. Fã-lo-ão de preferência sob os holofotes da mídia sedenta de justiça (a mesma mídia que os promoverá eleitoralmente quando finalmente se lançarem na política de modo formal, já que informalmente nela já operavam, o que a experiência brasileira demonstrou), na vã suposição de que a independência judicial lhes autoriza a adoção, no caso concreto, do instrumento jurídico que repute mais conveniente para a consecução dos principais objetivos profissionais que, em sua ideológica visão, lhes concernem, os quais parecem ser, entre outros, os de lutar contra a impunidade, moralizar a sociedade por meio de exemplos e dar uma dura lição no banditismo.⁵²⁹ Tais objetivos podem ser e devem ser perseguidos a todo custo pelos

527 Trata-se daqueles magistrados que se acham acima da lei e da interpretação constitucional sedimentada na súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, como bem observa o Professor e Desembargador Roberto Freitas Filho neste artigo: “O juiz ‘herói’ não é um bom juiz”. *l/r. Consultor Jurídico*. Publicado em 07/01/2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-07/roberto-freitas-filho-juiz-heroi-nao-bom-juiz>. Acesso em 17/01/2020.

528 Supremo Tribunal Federal, Pleno, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 22.05.2019. Este julgamento ainda destacou, para que não restassem dúvidas quanto ao seu caráter republicano e para afastar maledicentes insinuações de que teria havido favorecimento pessoal em favor de certas autoridades pelo STF, que “esta decisão não desconstitui interrogatórios realizados até a data do presente julgamento, mesmo que os interrogados tenham sido coercitivamente conduzidos para tal ato” (Consulta disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4962368>. Acesso em 09.05.2022).

529 Ao colocar certas restrições à consecução desses supostos “objetivos” (os quais sequer têm previsão no Direito posto), o STF passou a ser alvo de duras críticas por parte de alguns membros “heróis” do Judiciário, do Ministério Público e das Polícias. Destacam-se, a título ilustrativo, as seguintes declarações dadas à imprensa pelo ex-procurador da República Deltan Dallagnol, hoje pré-candidato às próximas eleições, em que ataca as instituições brasileiras, *verbis*: “O lema do STF deveria ser não roubar, não deixar roubar e punir quem rouba. Parte do STF segue outro lema: não punir, não deixar punir e punir quem pune” (Disponível em: <https://oantagonista.uol.com.br/brasil/deltan-critica-investida-de-gilmar-contra-bretas/>. Acesso em 09.05.2022) e “Pelo andar da carruagem, toda a Lava Jato será anulada em pouco tempo. A alegação de Lewandowski é de que houve ‘flagrante abusividade e ilegalidade’ nos atos da juíza federal Gabriela Hardt. Mas a verdade é que, no Brasil, abusivo e ilegal mesmo é processar pessoas poderosas por corrupção e lavagem de dinheiro” (Disponível em: <https://oantagonista.uol.com.br/brasil/pelo-andar-da-carruagem-toda-a-lava-jato-sera-anulada-em-pouco-tempo/>. Acesso em 09.05.2022). Em virtude dos vários abusos que cometeu ao longo da operação Lava-Jato contra o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o referido ex-procurador foi condenado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) a indenizar o acusado. E, ao ser recentemente condenado também pelo Tribunal de Contas da União (TCU), mas agora a devolver à União verbas que recebeu ilicitamente, a título de diárias fraudulentas, ao longo da operação policial que comandava com o apoio do ex-juiz federal Sérgio Moro (como se a legislação brasileira admitisse que um juiz “comande” uma operação de investigação), Deltan acrescentou, *verbis*: “Depois de ser condenado a indenizar Lula em R\$ 75 mil, o TCU agora quer me responsabilizar por diárias que eu não recebi e nem autorizei. A condenação, dessa vez, pode ultrapassar R\$ 2 milhões. [...] Essa decisão é absurda porque eu nunca exerci função administrativa e nem trabalhei como ordenador de despesas no MPF, função que era exclusiva da PGR. [...] Querem me calar, perseguir e intimidar, mas

agentes públicos, segundo tal visão, ainda que a persecução se dê fora dos limites traçados pela Constituição, das balizas interpretativas fixadas pelo Supremo e das regras de competência atribuídas pela lei processual.

O Brasil ainda precisa, infelizmente, de um Supremo que fixe interpretações vinculantes, cujo descumprimento gere, inclusive, em certos casos, responsabilização disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade renitente, tal como foi expressamente consignado, a propósito, no acórdão que julgou a referida ADPF nº 395. Oxalá um dia o Estado brasileiro não precise mais dessas amarras interpretativas, mas por ora nos é forçoso reconhecer que este dia ainda não chegou, lamentavelmente.

CAPÍTULO 6: POR QUE JUÍZES DEVERIAM OBEDECER ÀS LEIS?

6.1. Nota explicativa

Tem sido visto, desde o Capítulo 1 do presente trabalho, que o desprezo à lei pelos juízes pode assumir diversas formas, mas a sua roupagem institucional é sempre a mesma: a reticência à legalidade democrática vem invariavelmente travestida das vestes imunizantes de uma concepção absolutista e quase irresponsável de independência judicial; o desprezo à lei dá-se acintosamente, mesmo nos casos em que a lei desprezada sequer tenha sido objeto de controle de constitucionalidade ou de convencionalidade⁵³⁰.

Passa-se a questionar, assim, qual seria o papel da lei nas sociedades complexas da pós-modernidade, se é que algum ainda lhe resta no cenário forense, cuja trama tem colocado magistrados como protagonistas, relegando-se aos comandos legais o papel antagonista de vilões a serem superados ou, quando muito, de meros coadjuvantes a serviço dos protagonistas de toga, para serem usados apenas em caso de necessidade⁵³¹, na cena processual. Atua-se, assim, como se as leis nada representassem antes da decisão no caso concreto, como se somente a decisão judicial as legitimasse, como se não houvesse Direito antes do veredicto judicial.

A pergunta que surge então é a seguinte: por que haveria a necessidade de obediência à lei?

No texto “*Why should the law be obeyed?*”⁵³², Kelsen tenta responder a tal questionamento. E a primeira distinção que o mestre de Viena sublinha, para tanto, é a existente entre os sentidos subjetivo e objetivo do caráter vinculante do Direito positivo.

Com efeito, embora a ação de um assaltante assuma, em relação ao assaltado, um aspecto *subjetivamente* coercitivo no momento do assalto, tal conduta não assumirá jamais um sentido *objetivamente* vinculante, justamente por faltar ao ilegal comando ali contido um traço básico inerente à norma jurídica, qual seja, a competência do seu agente de produção. Por vezes uma decisão judicial expropria o patrimônio de alguém ao arripio do devido processo legal - desrespeitando o contraditório - ou à margem da legislação material que rege o tema - desconsiderando, por exemplo, uma regra legal de impenhorabilidade. A subtração do patrimônio da pessoa assaltada, no primeiro exemplo, não se confunde com a subtração, também ilegal, do patrimônio penhorado no segundo exemplo, pois, embora ambas tenham decorrido de condutas antijurídicas, a segunda é tida por Kelsen como corporificadora de uma norma jurídica individual, enquanto a primeira não passa de um ato criminoso.

530 Também já se viu no Capítulo 1 que uma lei vigente só pode deixar de ser aplicada a um caso ao qual se amolde se for declarada inconstitucional ou anticonvencional, pois não cabe ao juiz fazer juízo de valor quanto ao mérito de uma lei tida por constitucional, como se a margem institucional de discricionariedade do legislador pudesse ser legitimamente substituída pela margem de discricionariedade pessoal do julgador.

531 A impressão que se tem é que a lei só é aplicada quando a criatividade judicial para resolver o caso tenha sido menos fértil que a do legislador, de modo que, nessa hipótese, o juiz entende mais cômodo e apropriado aplicar a lei.

532 KELSEN, Hans. “Why should the Law be obeyed?”. In **What is justice: Justice, law, and politics in the mirror of science**. Collected Essays. Los Angeles: University of California Press, 1960, pp. 257–265.

É sobre tal temática que os próximos tópicos tratarão.

6.2. O Direito como ideal de Justiça

O Direito deve ser validado externamente por um conceito metafísico de *justiça* que o legitime? Ou o conceito de *justiça* deve ser buscado dentro do próprio Direito? Ou a mera evocação do termo *justiça* deveria ser interpretada como a ausência pura e simples de direito tutelável no caso concreto por quem evoca, como sustentava Oliver Wendell Holmes? Ao tentar responder a tais questionamentos, Robin West observa que, enquanto para autores como Richard Posner a justiça só pode ser encontrada por meio de argumentos de natureza econômica (afinal, “*justice is wealth and wealth is justice*”), para os autores caudatários da concepção hermenêutica de Dworkin a justiça só pode ser encontrada na melhor leitura possível do Direito vigente (“*when law is read in the best possible light*”). Como alternativa tanto a essas duas visões quanto às posturas céticas e relativistas em geral de justiça, West sugere uma abordagem humanista que associe Direito e Literatura, uma terceira via que ao mesmo tempo não ignore o conceito de justiça, de um lado, e que tampouco o instrumentalize, de outro.⁵³³

Kelsen critica a visão segundo a qual a lei deveria ser obedecida apenas porque ela representaria um ideal de Justiça, haja vista que tal visão assenta-se em fundamento moral, em argumentos metafísicos, próprios do “Direito Natural”⁵³⁴, concepção teórica tão combatida pela Escola de Viena, justamente por opor ao Direito positivo elementos que se colocam acima deste, num plano ético e hierarquicamente superior às leis escritas.

Os jusnaturalistas em geral reconhecem o Direito positivo apenas na medida em que este reproduz os comandos naturais do direito que lhe é superior, vale dizer, o Direito Natural. Haveria, assim, uma tendência natural do ser humano em obedecer ao Direito positivo, desde que este estivesse de acordo com aqueles princípios metafísicos do jusnaturalismo, o que quer dizer muito pouco, considerando que a lei escrita pode sempre ser contestada a partir dessa perspectiva jusnaturalista, que só considera jurídico aquilo que seja justo.⁵³⁵

533 WEST, Robin. “Toward Humanistic Theories of Legal Justice”. *In: Cardozo Stud. L. & Literature*, v. 10, n. 147. Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper n° 11-86, 1998, pp. 147-150.

534 Curvamo-nos diante de eventuais críticas no sentido de que a locução “Direito Natural” seria redutora demais para abarcar todas as correntes de pensamento que se propõem a teorizar sobre o tão almejado (e não menos etéreo) “ideal de justiça”. Com efeito, embora aquela expressão não seja a mais adequada para denotar movimentos como a jurisprudência dos valores, as diversas matizes de pós-positivismos, o Neoconstitucionalismo, os neojusnaturalismos, etc, optamos por mantê-la *par défaut*, por desconhecermos outra que melhor designe o conjunto de correntes jusfilosóficas cuja pretensão de correção jurídica se assente sobre juízos metafísicos em geral, e morais, em particular.

535 Em tese de doutoramento sobre o pensamento jusnaturalista de João Maria Ferreira Sarmento Pimentel, apresentada à Escola de Direito da Universidade do Minho sob a orientação da Professora Doutora Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho, o então doutorando Flávio Miguel Gonçalves Vicente assim distinguiu positivismo jurídico e jusnaturalismo: no primeiro, os conceitos de Direito e justiça se confundiriam com a lei, de modo que uma proposição legal seria, ao mesmo, *jurídica* e também *justa*; já no segundo, a ideia de justo ou injusto proviria de juízos externos ao Direito, enquanto elementos inerentes à própria natureza humana, de modo que apenas uma proposição *justa* poderia ser considerada *jurídica* (VICENTE, Flávio Miguel Gonçalves. **Direito e Justiça no pensamento de João Maria Ferreira Sarmento Pimentel**. Tese de doutoramento. Braga: Universidade do Minho, 2018, p. 249). Discordamos, porém, da visão do autor sobre o positivismo jurídico, na medida em que a concepção juspositivista, sobretudo a kelseniana, não pretende baralhar as noções de justiça e de Direito. Kelsen nunca afirmou que uma proposição qualquer deva ser considerada justa apenas e tão-somente pelo fato de ser uma proposição jurídica ou legal; considerações sobre a justeza ou não de proposições jurídicas escapavam do objeto de estudo do mestre austríaco, enquanto cientista do Direito.

O problema é que os jusnaturalistas não explicam por que haveria esse dever de obedecer às leis, nem como seria possível reconhecer uma lei natural que determinasse tal obediência. Kelsen⁵³⁶ suscita tais vulnerabilidades e conclui que o Direito Natural não logra responder à pergunta que anima o presente Capítulo.

Na verdade, para os partidários de doutrinas antipositivistas, seria sempre impossível responder a tal pergunta (por que obedecer à lei), haja vista que baralham a distinção entre “ser” e “dever-ser”, tão cara tanto aos positivistas em geral quanto a um antipositivista da envergadura intelectual de Dworkin, conforme já visto no Capítulo 1 desta tese doutoral. Eles não conseguem extrair de um fato (a natureza humana) uma norma (o dever de obedecer à lei), por razões lógicas que já foram exploradas ao longo da tese, inclusive recorrendo-se, de modo um tanto heterodoxo, à filosofia emotivista de Hume, com a qual o presente trabalho compartilha apenas o que Dworkin chamou de *Hume’s principle*.

Para os positivistas em geral e Kelsen em particular, da natureza não se podem deduzir normas regulatórias do comportamento humano, pois estas são a expressão de uma vontade, enquanto a natureza não possui vontades, senão apenas um conjunto de fatos unidos pelo *princípio da causalidade* (ao qual Kelsen contrapõe, no âmbito normativo, o *princípio da imputação*, para extremar o Estado de Natureza do Estado de Direito Positivo). O argumento da natureza não impressiona, portanto, os juspositivistas. E, se nem os argumentos jusracionalistas extraídos da observação das leis da natureza conseguem desfazer a distinção tão cara para Kelsen entre Ciência do Direito e Filosofia Moral, qualquer positivista conseguiria rechaçar o argumento jusnaturalista de viés divino, segundo o qual as manifestações da natureza seriam a exteriorização da vontade de Deus. Além de ter natureza transcendental, tal afirmação possui um caráter claramente teocrático. Ademais, a obediência, nesse caso, não seria propriamente à lei, mas sim a Deus, seu último fundamento de validade. Mas a própria obediência a Deus não se confunde com a obediência às suas normas, haja vista que estas não se confundem com aquele. Assim, mesmo quando se responde à pergunta sobre o porquê de obedecer às leis positivas editadas em conformidade às leis divinas, remanesceria a pergunta sobre por que se deve obedecer a Deus, em última instância. Kelsen rechaça, assim, qualquer possibilidade de que uma abordagem dita científica tenha por base presunções metafísicas, vale dizer, presunções que não podem ser demonstradas pela experiência ou razão humanas.⁵³⁷

Se uma lei positiva só deve ser obedecida porque confirma uma lei natural ou divina, na verdade não é a lei positiva que deve ser obedecida, mas apenas a lei natural ou divina, na exata extensão em que é reproduzida por aquela. Assim, verifica-se que os jusnaturalistas não conseguem de fato responder por que uma lei escrita deve ser seguida.

536 É lapidar o trecho que aponta tal inconsistência, razão pela qual pedimos vênica para reproduzi-lo, *verbis*: “Even if it is accepted that norms regulating human behavior can be deduced from nature, the question arises why men ought to obey these norms. To this further question the natural-law doctrine has no answer” (KELSEN, Hans. “Why should the Law be obeyed?”. In **What is justice: Justice, law, and politics in the mirror of science**. Collected Essays. Los Angeles: University of California Press, 1960, pp. 257–265, p. 258).

537 KELSEN, Hans. “Why should the Law be obeyed?”. In **What is justice: Justice, law, and politics in the mirror of science**. Collected Essays. Los Angeles: University of California Press, 1960, pp. 257–265, pp. 258-261.

Uma lei deve ser obedecida porque é uma lei, e não porque seja justa ou correspondente a critérios metafísicos de justiça moral. Basta que ela esteja de acordo com a Constituição e que a sua aplicação a determinadas hipóteses não contrarie a jurisprudência dominante dos tribunais.⁵³⁸ Estes são os fundamentos de validade da lei a que se deve prestar obediência, assim como a razão pela qual lhe obedecemos. Concordamos com esta tese positivista, que, desnudando o cognitivismo moral, expunge do fenômeno jurídico considerações, sobretudo metafísicas, que lhe são estranhas.

Discordamos, porém, da tese positivista segundo a qual o Direito é um ato de vontade que independe de seu conteúdo. Não podemos admitir que o Direito seja apenas aquilo que os juízes dizem que ele é, como se o argumento de autoridade nos impressionasse mais que o argumento da juridicidade da decisão. É claro que o Direito não deixa de ser, em parte, o fruto da interpretação que o juiz realiza do mundo no ato de julgar uma causa, mas não se resume a isso, pois é composto, também em parte, de normas escritas, de algo prévio à decisão judicial. Sobre isso já nos manifestamos no Capítulo 3, tópico 3.3, ao qual remetemos o leitor, para não sermos repetitivos.

O que importa para o presente momento é o fato de que a *norma fundamental* - pressuposta por Kelsen como um ato fictício de vontade e, portanto, imaginário - não seja confundida com algo metafísico, nem com algum outro “produto da imaginação” com pretensões correspondencialistas, segundo as palavras do próprio Kelsen. Essa pressuposição tem um sentido *objetivo* – e não apenas *subjetivo*, ao revés do exemplo do assalto, dado acima -, e se ampara numa ordem jurídica concreta, que vem sendo observada e efetivamente aceita, com seus comandos coercitivos, desde a sua primeira constituição (Constituição histórica). Não se trata, assim, de um mero devaneio especulativo, apesar do seu caráter fictício. Kelsen chega a falar, nesse sentido, da aplicação do “princípio geral da efetividade”, enquanto um princípio normativo que desempenha importante papel no campo do Direito.⁵³⁹ É o *sentido objetivo* daquela pressuposição que legitima o *sentido subjetivo* das normas individuais criadas a partir do edifício normativo erguido sobre a norma fundamental.

538 Um dispositivo de lei deve deixar de ser aplicado pelo magistrado processante se contrariar a Constituição ou algum tratado ou convenção internacional de direitos humanos de que o Brasil seja parte. Mas há também situações em que a jurisprudência, mesmo sem declarar inconstitucional ou anticonvencional um texto de lei, acaba por entender que ele não deve ser aplicado a determinada situação de fato, ou que certa condição factual não afasta sua aplicação. Um exemplo pode clarear o raciocínio. A Lei Antidrogas brasileira (Lei nº 11.343/2006), por seu artigo 33, § 4º, prevê uma causa de diminuição de pena para modalidades menos graves de comércio de entorpecentes, conhecidas como “tráfico privilegiado”, “*desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*”. Alguns tribunais inferiores passaram a afastar essa hipótese legal de diminuição de pena para agentes condenados por transporte de droga na condição de “mula”, por subentenderem que o agente transportador da droga atua, nessa função e sem necessidade de outras provas que o confirmem, sempre na qualidade de integrante de organização criminosa. Coube ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça fixarem entendimento contrário ao das demais instâncias judiciárias, para deixar claro que o reconhecimento da condição de mula não é, por si só, incompatível com a benesse penal prevista em lei para o tráfico privilegiado. Vide estes dois acórdãos paradigmáticos sobre o assunto, proferidos pelas Cortes Superiores brasileiras para corrigir uma recusa equivocada de aplicação de benefício legal pelas Cortes inferiores: STF, 2ª Turma, RHC 159494/AgR, Rel. Min. Edson Fachin, j. 19.010.2020; e STJ, 3ª Seção, REsp n. 1.887.511/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 09.06.2021.

539 É o que Kelsen afirma categoricamente neste importante trecho sobre a pressuposição da *norma fundamental*, *verbis*: “*This presupposition is not a product of free imagination; for it refers to objectively ascertainable facts: the establishment of a constitution and the acts which on the basis of this constitution create and apply the general and individual norms of a coercive order. It legitimizes the subjective meaning of these acts as their objective significance. It is the application of the general principle of effectiveness, which, as a normative principle, plays an important part in the realm of law*” (KELSEN, Hans. “Why should the Law be obeyed?”. In **What is justice: Justice, law, and politics in the mirror of science**. Collected Essays. Los Angeles: University of California Press, 1960, pp. 257–265, pp. 262-263). Não podemos deixar de registrar que nesse trecho, porém, até mesmo Kelsen admite uma certa influência que o domínio do “ser”, assim considerado o princípio geral da efetividade em sua dimensão prática, exerce sobre o domínio

Apesar de ser fruto de uma pressuposição, a norma fundamental kelseniana diferencia-se das pressuposições tomadas por base tanto pelos jusnaturalistas de vertente racionalista quanto pelos juristas de matriz teocrática, haja vista que a primeira funda-se na validade do Direito posto, enquanto as últimas fincam seu fundamento de validade no direito natural ou na ordem divina, respectivamente, o que, porém, não é passível de verificação, nem no plano empírico, nem no plano da lógica formal.

Raz explica que a *validade* é precisamente o peculiar modo de existência das normas; nesse sentido, a norma fundamental existe, já que é válida para Kelsen, por pressuposição que ele toma como sendo de caráter lógico.⁵⁴⁰ Para Kelsen, todo sistema deve logicamente pressupor uma norma fundamental, verdadeira *conditio sine qua non* de qualquer sistema normativo, seja moral, seja jurídico. É a norma fundamental o seu indispensável ponto de partida não-factual e, ao mesmo tempo, a garantia de que todas as normas de um determinado sistema pertencem à mesma cadeia de validade.

Kelsen refuta, assim, qualquer explicação metafísica para o dever de obediência às leis, assim como se recusa a procurar tal explicação nas concepções que veem o Direito como um ideal de justiça, entre as quais se destaca, sobretudo desde a década de setenta do século passado, o paradigma pós-positivista, até hoje tão em voga em países latino-americanos, como o Brasil. Tal paradigma busca a substituição da noção de Estado de Direito pela de Estado de Justiça. Nessa transição paradigmática de oposição ao positivismo jurídico, as regras cedem lugar aos princípios, a lei cede lugar à equidade, o universalismo cede lugar ao particularismo e a vontade do legislador cede lugar à vontade do juiz. A segurança jurídica do sistema, em sua dimensão universal e objetiva, é a todo momento afastada pela justiça atômica, particularista e cambiante do caso concreto. Soluções estruturadas e com pretensões de universalidade passam, enfim, a ser superadas por gambiarras jurídicas e “jeitinhos” *ad hoc*. E com isso se ameaçam os interesses liberais da burguesia, sempre preocupada em assegurar a si mesma um direito inequívoco e calculável, conforme já havia sido observado pela sociologia weberiana⁵⁴¹.

Na palestra intitulada “O fim da ponderação e o retorno ao positivismo jurídico”, realizada em 18/11/2021, organizada pelo FONACE e transmitida ao vivo pela plataforma YouTube,⁵⁴² o Professor Juan Antonio García Amado afirma que, em um ambiente democrático, ao Direito não mais caberia discutir aspectos relacionados à justiça (filosofia moral), mas sim trabalhar dentro do compromisso liberal assumido pela filosofia política, segundo o qual a criação do Direito toca ao povo, e não aos juízes encarregados de aplicá-lo nos casos concretos.

do “dever-ser”. Não nos aprofundaremos, contudo, sobre tal observação, em que pese a reputemos relevante, pois a presente tese não se propõe a fazer uma defesa de toda a obra de Kelsen, senão apenas de certos pontos dela.

540 Raz assim afirma: “The basic norm can be said to exist, for Kelsen says that it is valid, and validity is the mode of existence of norms” (RAZ, Joseph. “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”. //: **Normativity and Norms: critical perspectives on Kelsenian themes**. Stanley L. Paulson; Bonnie Litschewski Paulson (orgs.). Oxford: Clarendon Press, 1988, pp. 47-67, p. 48).

541 “Naturalmente, cabe sobretudo aos interessados burgueses exigir um direito inequívoco, claro, sem arbítrio administrativo irracional nem perturbações irracionais de privilégios concretos: um direito que, acima de tudo, garanta de forma segura o caráter juridicamente obrigatório de contratos e que, em virtude de todas essas qualidades, funcione de modo calculável” (WEBER, Max. **Economia e sociedade**, v. 2. Brasília: Editora UnB, 2004, p. 123).

542 Disponível em <https://m.youtube.com/watch?v=10S4V0rGSwl>. Acesso em 18.04.2022.

García Amado assevera que todo principialista é um objetivista moral e, portanto, um jusnaturalista, na medida em que compreende o mundo e pretende ordená-lo fundamentalmente a partir de verdades universais, enquanto os formalistas concebem os desacordos morais razoáveis como algo inevitável em uma sociedade heterogênea e pautada na liberdade, já que formada por indivíduos dotados de autonomia e de plena capacidade de autodeterminação.

Ao atentar contra a legalidade, a teoria alexyana da ponderação acaba também atentando contra a liberdade e, conseqüentemente, contra a própria democracia. No caminho dessa corrosão normativa da legalidade, enfraquece-se a dogmática própria de cada ramo do Direito e, com isso, as decisões ficam cada vez menos técnicas, como se num passe de mágica a Constituição pudesse resolver sozinha todos os problemas específicos de Direito Civil, Econômico, Penal, Administrativo, etc. Tem-se em decorrência disso a simplificação de disciplinas dogmáticas mediante o recurso, muito utilizado por juízes e professores, a uma constitucionalização rasa e abusiva de institutos que sempre gozaram de profunda autonomia legal e científica, a qual começa a perder-se no emaranhado de intenções políticas que a ponderação se propõe a concretizar a despeito do disposto na lei que os disciplina. Ao desvalorizar os pontos de partida (a natureza dogmática de um instituto jurídico ou a lei que o regulamenta) e ao superestimar os de chegada (objetivos morais ou políticos), a ponderação transforma a técnica do Direito em refém das predileções pessoais do julgador, além de deixar em segundo plano a intersubjetividade do compromisso democrático por todos assumido (a legalidade), para colocar em primeiro lugar a individualidade do solipsismo judicial.

García Amado dá como exemplo de violação à legalidade a postura do juiz espanhol que, em nome do combate à criminalidade e desconfiando que advogados criminalistas pudessem estar envolvidos nas atividades criminosas de seus clientes, determinou a gravação clandestina de conversas entre eles, as quais foram captadas no parlatório da unidade penitenciária durante as visitas em que o recolhido conversava com os patronos de sua defesa técnica. O juiz foi condenado e perdeu o cargo por ter autorizado tamanha ilicitude. Mas, segundo García Amado, houve vozes importantes, como a do Professor Manuel Atienza, defendendo que uma suposta norma constitucional, denominada “princípio da eficaz persecução penal”, legitimaria aquela ilegítima atitude do juiz, ainda que a Constituição espanhola não albergasse expressamente qualquer norma nesse sentido. Para Atienza, tal princípio poderia ser implicitamente haurido do texto constitucional, na medida em que este firma um compromisso genérico com a redução da criminalidade.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal dessa vez andou bem ao não adentrar na apreciação da constitucionalidade ou não do ensino familiar (*homeschooling*), já que o texto constitucional não trata do tema, senão da educação em geral enquanto compromisso que incumbe tanto à sociedade quanto ao Estado (artigos 205 e 227), o que, em todo caso, deve ser disciplinado pela lei. Entendeu-se, assim, não haver um direito subjetivo, de natureza constitucional, que assegure aos pais a prerrogativa de educarem seus filhos exclusivamente em casa, tal como pretendido pelos autores do mandado de segurança rechaçado pelo Plenário

da Corte. Vencidos o Min. Roberto Barroso (Relator) e, em parte, o Min. Edson Fachin, o Plenário fixou a seguinte tese de julgamento: “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”.⁵⁴³

O Supremo assentou o que constava da Constituição para, em seguida, assentar o que dela não constava - precisamente a falta de fundamento constitucional que amparasse a pretensão esboçada na via mandamental pelos impetrantes. A Corte Constitucional brasileira perfilhou o caminho do Direito posto na Constituição, refutando-se a seguir o atalho ativista daquilo que seria o “mais justo moralmente” na visão ideológica de alguns de seus Ministros.

Nessa louvável decisão, prevaleceu o Estado de Direito em detrimento de um Estado de Justiça; prevaleceu a autorrestrrição judicial em detrimento de um ativismo demagógico e moralista; prevaleceu a Separação entre os Poderes em detrimento de um judiciário que legisla, governa e, ao mesmo tempo, julga e executa; prevaleceu a legalidade democrática em detrimento de um “governo dos homens” (*rule of men*); prevaleceu, enfim, a democracia em detrimento de uma aristocracia judiciária e de uma concepção elitista de Estado.

O pano de fundo metodológico do Direito brasileiro é essencialmente positivista⁵⁴⁴, nosso modelo jurídico funda seu primado na lei, e não na equidade, ao contrário do que se verifica, por exemplo, em alguns sistemas de *common law*. A margem de liberdade que a lei confere aos juizes é ínfima na esmagadora maioria dos casos, pois raras são as hipóteses litigiosas não reguladas pela vasta e pormenorizada legislação brasileira. Até mesmo a Constituição brasileira já é capaz, por si só, dada a sua prolixidade, de oferecer solução jurídica para uma infinidade de discussões sobre, por exemplo, Direito Tributário e Financeiro, tamanho é o grau de detalhismo do seu texto.⁵⁴⁵

543 O Supremo Tribunal Federal negou provimento ao Recurso Extraordinário nº 888815, com repercussão geral reconhecida, para assentar que apenas por meio de lei essa modalidade de ensino pode ser experimentada, já que a Constituição nada dispõe a respeito do *homeschooling*, sendo vedado admiti-lo abstratamente a partir de cláusulas gerais como os princípios da liberdade e do planejamento familiar. Destaca-se da ementa do acórdão, *verbis*: “O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente” (Supremo Tribunal Federal - STF, Pleno, RE 888.815, Redator p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 12/09/2018, inteiro teor disponível para consulta processual em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>. Acesso em 15.02.2022).

544 Tomamos aqui de empréstimo a perspicaz advertência feita por Scott Shapiro, no sentido de que, em certos casos, a defesa do positivismo, mais do que possível, é mesmo necessária, a fim de evitar os mal-entendidos causados pelo pós-positivismo, entre os quais a recusa dworkiniana da constatação de que, no fundo, o Direito reflete determinados objetivos e repousa materialmente sobre *factos sociais*, e não apenas sobre *fundamentos morais*. Os pós-positivistas em geral, centrados que estão em suas abordagens substancialistas e metafísicas, costumam desconsiderar que os objetivos de uma democracia não contemplam um desenho de Estado que estimule juizes a decidir ordinariamente contra as regras votadas e aprovadas no Parlamento pelos representantes eleitos do povo. É por isso que, segundo, Shapiro, estruturas institucionais que privilegiam a democracia como objetivo maior, não podem ser interpretadas a partir de objetivos contrários criados pelo intérprete, nem subvertidas por práticas judiciais antidemocráticas, *verbis*: “*To uncover the political objectives of a legal system, the interpreter must analyze its institutional structure and determine which goals and values best explain why the legal system has its current shape. Thus, one might conclude that a system that made provisions for voting, representation, elections, and some protection for public deliberation is a system in which democratic self-rule is prized*” (SHAPIRO, Scott J. “*The ‘Hart-Dworkin’ Debate: a short guide for the perplexed*”. In: **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n.º 77. Michigan: University of Michigan Law School, 2007, p. 45. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em 31/03/2023).

545 A título ilustrativo, o artigo 155, § 2º, do texto constitucional traz, praticamente, um regulamento pormenorizado acerca do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) ao longo de seus doze incisos e mais de vinte alíneas, que disciplinam apenas o imposto sobre “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as

A Constituição espera dos juizes brasileiros, por conseguinte, que a apliquem e, no caso de silêncio constitucional, que apliquem a quase onipresente legislação infraconstitucional editada sob a sua égide. A Constituição não espera deles, por outro lado, que inventem normas, sobretudo quando estas se coloquem em rota de colisão com o Direito posto. A constatação é simples, mas os entusiastas das teorias pós-positivistas – quase sempre importadas de países ricos, cuja conformação legislativa nada tem a ver com a do Brasil -, ao colocá-las em prática no território nacional, recusam-se a percebê-la.

Há, com efeito, uma enorme e incontornável contradição entre a metodologia subjacente a tais teorias, pautada na razão prática de viés argumentativa, e a metodologia que subjaz ao Direito brasileiro, pautada ainda no normativismo e na interpretação.

Vê-se a flagrante incoerência metodológica, portanto, da tentativa pós-positivista de implantar-se no sistema judicial brasileiro um modelo de “Direito como ideal de Justiça”, bem como a de conjugar-se o dever de obediência às leis com a noção de Estado de Justiça. Se assumirmos que obedecer às leis é algo incompatível com o sentimento de justiça – e que este deve prevalecer em detrimento da legalidade democrática -, então seremos obrigados a concluir, sem qualquer juízo de valor, que o sistema jurídico brasileiro deve ser radicalmente reformulado.

E tal reformulação deverá dar-se, inclusive, mediante a ruptura total da atual ordem constitucional e a substituição do modelo de Estado Democrático de Direito, nela contemplado, por algum outro modelo, quem sabe um Estado de Justiça ou congênere, cuja burocracia não se pautará mais pelo primado das leis democraticamente aprovadas, mas sim - e exclusivamente - pelos desejos dominantes da casta da magistratura. Temos que decidir se seguiremos em frente sob a égide de um sistema pautado na lei ou se, ao contrário, inauguraremos uma “nova” era que nos reconduza ao absolutismo judicial de um *Ancien Régime* pós-moderno.

A decisão que deverá ser tomada por todos nós é entre duas opções claras e irreconciliáveis: ou prosseguiremos em frente sob o influxo de um regime democrático de legalidade, ou retrocederemos rumo a uma aristocracia jusnaturalista e de feições judiciárias, renunciando aos avanços civilizatórios conquistados há mais de dois séculos.

O próximo tópico explorará o dever de obediência às leis sob a ótica da legitimidade moral, com a qual - já nos adiantando - também não concordamos.

prestações se iniciem no exterior”. Depois ainda vêm as regulamentações exaustivas que passam a ser feitas pelo Código Tributário Nacional (CTN), pelas Resoluções do Senado, pelas leis federais e estaduais específicas sobre o tema, pelos decretos estaduais, pelas instruções normativas das Secretarias de Fazenda, pelas portarias de seus respectivos secretários e assim por diante, o que torna a legislação brasileira uma das mais – se não a mais – infladas, detalhadas e complexas do mundo. E nada disso impede a ocorrência de níveis alarmantes de judicialização do contencioso tributário.

6.3. O dever de respeito à lei assenta em fundamentos morais de legitimidade?

Por mais paradoxal que possa parecer, o argumento de fidelidade ou obediência à lei, normalmente evocado por autores legalistas, não deixa, contudo, de por vezes encontrar uma certa legitimidade em fundamentos de natureza moral. Há uma tendência ou inclinação moral em respeitarmos a lei antes mesmo de conhecermos o seu conteúdo.

Ainda que os defensores do positivismo tenham, em vão, tentado separar, do ponto de vista teórico, a ciência do Direito e a Moral, não conseguiram jamais separar o Direito e a Moral, e nem mesmo conseguiram impedir que aspectos morais oxigenassem o fenómeno jurídico e se fizessem presentes nas decisões judiciais.

Raz sustenta que, nos ordenamentos cujos preceitos jurídicos guardam íntima relação com os valores morais compartilhados pela sociedade, há uma tendência moral de seguir as normas de conduta impostas pelo Estado, ainda que algumas delas não pareçam justas no caso concreto. Mas, em sistemas jurídicos nos quais as leis não costumam espelhar as expectativas morais da sociedade, esse fundamento moral de legitimidade do cumprimento das leis tende a não existir.

A própria exigência de respeito às “expectativas justificadas” (que traduziríamos por “expectativas legítimas”, já que depositadas a partir de ações oficiais, e não de meros subjetivismos) é considerada um princípio moral, que desempenha papel importantíssimo no cumprimento das diretrizes básicas do *Rule of Law*.⁵⁴⁶ Trata-se, em rigor, de uma via de mão dupla: o Direito alimenta-se da moral para a formulação de preceitos normativos; mas esta se retroalimenta, por sua vez, de certas disposições jurídicas, as quais passam também a ostentar um *status* moral a partir daí, acumulando-se, na mesma norma, essas duas dimensões deontológicas.

O *Rule of Law*, tido como uma doutrina moral com pretensões universais (dada a sua enorme e flexível capacidade de adaptação a diversos modelos jurídicos no tempo e no espaço), serve para proteger o Direito dos riscos que ele mesmo cria, tendo-se em conta que a lei atribui a certos segmentos da burocracia estatal uma carga avassaladora de poder, o qual sempre está sujeito a abusos.⁵⁴⁷

546 A propósito, Raz afirma que o cumprimento de “expectativas justificadas” pode conferir às diretrizes do *Rule of Law* um fundamento moral independente, para além de seus respectivos fundamentos jurídicos já positivados (como a legalidade, o devido processo legal e a isonomia). Assim, por meio dele, os princípios estruturantes do Estado de Direito passam também a ser compartilhados pela moral, seguindo o caminho inverso do que ordinariamente ocorre (já que o caminho mais comum é a assimilação de um princípio moral pelo Direito, e não de um princípio jurídico pela moral), *verbis*: “through the principle of respecting justified expectations the conventions of the rule of law acquire an independent moral force, independent that is of the rationale for the doctrine as I explain it” (RAZ, Joseph. “The Law’s Own Virtue”. In **Oxford Legal Studies Research**, Paper n.º. 10/2019; King’s College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper n.º. 2019-17; Columbia Public Law Research Paper n.º. 14-609 (2018). Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2277, p. 14).

547 Raz afirma categoricamente que “the rule of law protects us from risks that the existence of the law creates” (RAZ, Joseph. “The Law’s Own Virtue”. In **Oxford Legal Studies Research**, Paper n.º. 10/2019; King’s College London Dickson Poon School Of Law Legal Studies Research Paper n.º. 2019-17; Columbia Public Law Research Paper n.º. 14-609 (2018). Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2277, p. 15).

Funcionando, assim, como uma instância externa à juridicidade, o *Rule of Law* pode acabar servindo como muro axiológico de contenção de excessos em ordens jurídicas desarrazoadas e/ou governadas por agentes arbitrários.

Mas, se for tido como um mero ideal ou imperativo moral, o *Rule of Law* dependerá sempre da coercibilidade do Direito para que tenha um mínimo de eficácia, sob pena de ser equiparado a uma bela, porém quixotesca, carta de boas intenções escrita pelos bem intencionados teóricos da ciência jurídica, sem maiores implicações práticas.

Não obstante, o *Rule of Law* não pode ser visto como um dogma, pois por vezes decisões que o violam acabam por trazer benefícios aos seus destinatários e até mesmo à população geral. Para Raz, tal transgressão pode ser, inclusive, moralmente justificada, *verbis*:

“Perhaps more disturbingly, sometimes action in breach of the rule of law can in fact serve the interests of the governed well. Sometimes, violation of the rule of law is the only way in which important interests of the people can be protected. The rule of law is an important moral doctrine. But on occasion its violation may be morally justified”.⁵⁴⁸

Vê-se, com isso, que a própria violação de uma concepção moral pode, por vezes e por incrível que pareça, ser moralmente justificada, inclusive, mediante o recurso a argumentos de natureza utilitarista, o que parece um contrassenso, sobretudo diante da tese dworkiniana da unidade de valor, já abordada no Capítulo 3, tópico 3.3. Algo não deveria ser moral e imoral ao mesmo tempo; pode até ser moral e antijurídico, assim como jurídico e imoral, mas não moral e imoral, conterrânea e contemporaneamente.

É também por isso que discordamos da tese de que o dever de respeito à lei assenta em fundamentos morais de legitimidade. É claro que, retrocedendo até a origem dos fundamentos de validade da Constituição, chegaremos a fatos sociais e morais. Mas há um longo caminho até então, que não pode sofrer atalho mediante decisões judiciais de caráter marcadamente moral e conteúdo esqualidamente jurídico. Scott Shapiro chega a afirmar que, se argumentos morais pudessem em última análise determinar conteúdo da decisão jurídica nos casos concretos, ficaria sem solução a maior parte das questões que o Direito busca legitimamente resolver.⁵⁴⁹

548 RAZ, Joseph. “The Law’s Own Virtue”. In **Oxford Legal Studies Research**, Paper n.º. 10/2019; King’s College London Dickson Poon School Of Law Legal Studies Research Paper n.º. 2019-17; Columbia Public Law Research Paper n.º. 14-609 (2018). Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2277, p. 16.

549 Nas palavras do célebre Professor da Universidade de Yale: “*Moral facts cannot ultimately determine the law, as I will show, because they would unsettle the very questions that the law aims to resolve*” (SHAPIRO, Scott J. “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: a short guide for the perplexed”. In: **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n.º 77. Michigan: University of Michigan Law School, 2007, p. 6. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em 31/03/2023). Uma dessas questões, para Shapiro, é a segurança jurídico-institucional que o Direito positivo colima proporcionar, por meio de uma metodologia interpretativa denominada “distribuição de confiança” (*economy of trust*). É por meio dela, e não a partir da subjetividade ou moralidade própria de cada agente estatal, que o Direito consegue gerar em seus destinatários uma confiança maior nas normas jurídicas e no funcionamento do sistema encarregado de aplicá-las. Aprofundando essa ideia na obra *Legality*, Shapiro sustenta, na teoria do planejamento (*planning theory*) desenvolvida em seu Capítulo 13, que a interpretação do direito é a interpretação dos *planos institucionais*, de modo que, na adjudicação das normas jurídicas, um *plano institucional geral* deve sobrepor-se aos *planos individuais* das autoridades judicantes. E os próprios graus de confiança de que cada ator dispõe, nesse sistema de planejamento compartilhado proposto por Shapiro, irão depender do quão confiáveis esses agentes são considerados pelo próprio sistema para o desempenho das funções que lhes são delegadas, salvo quando se tratar de “sistemas

Não há um acordo semântico em relação ao conceito de *Rule of Law*. Isso não impede Raz, porém, de defini-lo como um ideal ou virtude, que varia de acordo com as diversas visões de mundo sobre o que é o Direito e o que se pode esperar dele, em termos de maior ou menor conformidade com aquele ideal. Raz desenvolve um conceito universal e, portanto, aplicável a qualquer sistema social ou jurídico, já que essa noção exige apenas que as regras e decisões jurídicas estejam ancoradas em: “*stable general legal doctrines, made for publicly available reasons, applied faithfully observing due process*”⁵⁵⁰. Como se vê, as exigências de estabilidade, inteligibilidade (já que os comandos estatais devem ser compreensíveis em termos racionais), publicidade e devido processo legal são, para Raz, a espinha dorsal do ideal de *Rule of Law*.

Assim, tratando-se de um conceito mais formal que material ou substancial – já que ele não se refere a conteúdos específicos, senão ao modo pelo qual esses são criados e interpretados –, o *Rule of Law* sustenta-se em cinco grandes princípios sobre como o Direito deveria ser, quais sejam: 1) inteligível (razoavelmente claro); 2) estável (não suscetível a mudanças constantes nem arbitrárias); 3) transparente (disponível publicamente); 4) geral (isonômico); e 5) irretroativo (aplicado prospectivamente, e não retroativamente).⁵⁵¹

Soluções judiciais engendradas apenas a partir da “moral” que se extrai dos fatos (e não de proposições jurídicas positivadas que sirvam de suporte subsuntivo àquelas soluções), mormente quando contrárias ao que está claramente disposto na lei, podem atentar, de um só golpe, contra essas cinco diretrizes. Mas, dessas cinco, a mais atingida é certamente a exigência de prospectividade, mesmo não se desconsiderando que no *common law* as garantias processuais costumam preceder os direitos materiais⁵⁵² que elas passam a tutelar judicialmente.

A partir dessas lições, verifica-se que, quando plasmada em linguagem rebuscada e inacessível ao leigo, ou impregnada de expressões em latim, a decisão judicial que inova o ordenamento jurídico desafia a exigência de *inteligibilidade* (requisito 1), já que não é bem compreendida por aqueles que não são profissionais da área jurídica. Ao inovar o direito positivo, tal decisão o desestabiliza, atentando assim contra o requisito 2. Ao furtar-se a uma discussão pública, tal como a que ocorre nos espaços democráticos do Parlamento, tal decisão deixa de ser transparente (requisito 3). Ao aplicar solução jurídica diversa da prevista em lei apenas às partes do processo, o pronunciamento judicial viola a isonomia (requisito 4). E, ao criar um direito depois de ocorrido o

oportunistas”, situação na qual a confiança a que faz jus cada agente dependerá de seus predicados pessoais, e não do valor abstrato que lhe é atribuído pelo sistema (SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: Belknap Press, 2013, pp. 327-338).

550 *Ibidem*, p. 2.

551 “*Some of the principles that belong with the doctrine of the RoL are common to virtually all accounts of the doctrine. They include the following five principles: Government is by law – meaning (1) reasonably clear, (2) reasonably stable, (3) publicly available, (4) general rules and standards, that are (5) applied prospectively and not retroactively*” (RAZ, Joseph. “The Law's Own Virtue”. In **Oxford Legal Studies Research**, Paper n°. 10/2019; King's College London Dickson Poon School Of Law Legal Studies Research Paper n°. 2019-17; Columbia Public Law Research Paper n°. 14-609 (2018). Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2277, p. 3).

552 No *judge-made law*, costuma-se dizer que “*remedies precede rights*”. No mesmo sentido é a célebre expressão “*no writ, no right*”, a qual de certa forma inverte o clássico adágio civilístico segundo o qual “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”. Anoto que este último adágio é um resquício da vetusta teoria imanentista da ação e havia sido positivado no artigo 75 do já revogado Código Civil brasileiro de 1916; e de certa forma ainda se faz presente nos artigos 80, I, e 83, II e III, do atual Código Civil (2002), embora não conte com a mesma adesão do Código de Processo Civil de 2015, cujo artigo 17, de forma mais técnica, não reproduz o substantivo “direito” em sua redação, apenas estabelecendo que “[P]ara postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

fato e aplicá-lo retroativamente, a fim de disciplinar juridicamente um evento fático anterior à regra disciplinadora, o decisório transgride a exigência de prospectividade (requisito 5).

Mas, segundo o próprio Raz, esses princípios não são suficientes para atestar que determinadas decisões – e até mesmo as leis - estejam em conformidade com o *Rule of Law*. Raz relata o dilema segundo o qual seria teoricamente possível enquadrar na noção de *Rule of Law* sistemas jurídicos que não tutelam direitos humanos fundamentais. Assim, uma nação que tolera escravidão, por exemplo, poderia estar, mesmo assim, em conformidade com o *Rule of Law*, desde que seu regime normativo fosse inteligível, estável, transparente, geral e irretroativo.

Dessa forma, se a escravidão não é proibida por lei, o governo que a tolera não poderia nem mesmo ser acusado de arbitrariedade.

Justamente para evitar que eventuais ordenamentos violadores de direitos humanos – ainda que por omissão legislativa - fossem considerados conformes à noção de *Rule of Law*, o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem exorta as nações a preverem, em suas legislações internas, a proteção dos direitos humanos. Para tanto, a expressão inglesa *Rule of Law* foi traduzida em português como “regime de direito”, tal como se constata da versão lusitana daquela peça preambular, que assim dispõe, *verbis*: “Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um *regime de direito*, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão”⁵⁵³.

Mas Raz discorda dessa tese. Para ele, embora seja louvável a preocupação institucional demonstrada pela Organização das Nações Unidas (ONU), a positivação da proteção dos direitos humanos não é *conditio sine qua non* para a noção de *Rule of Law*, mas, quando muito, mais um elemento que pode ser acolhido por essa noção, um ingrediente adicional, porém não constitutivo nem necessário, e muito menos suficiente à conformação de um modelo legal ao *État de Droit*.

Na verdade, para Raz, é a proteção dos direitos do homem que necessita do *Rule of Law* para que goze de efetividade,⁵⁵⁴ e não o inverso, já que o Estado de Direito subsiste mesmo sem a previsão legal daquela proteção humanitária.

Raz também afirma que a discricionariedade das autoridades não pode ser completamente abolida, já que todo processo de tomada de decisão opera num ambiente de incertezas, o que impede que uma decisão seja vista como a simples decorrência lógica, certa e automática de um sistema axiomático de inferências dedutivas.

553 Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>.

554 “That view is recognised in innumerable international documents which urge that securing the rule of law is a condition for respect for human rights, for principles of justice and more” (RAZ, Joseph. “The Law's Own Virtue”. In **Oxford Legal Studies Research**, Paper n°. 10/2019; King's College London Dickson Poon School Of Law Legal Studies Research Paper n°. 2019-17; Columbia Public Law Research Paper n°. 14-609 (2018). Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2277, p. 17).

Aliás, aqui vale registrar que o normativismo de Kelsen, ao contrário do que se difundiu no senso comum dos juristas por meio de algumas lendas, jamais pregou que a aplicação de preceitos normativos fosse uma simples operação de subsunção automática, nada mais do que um elementar silogismo. O positivismo kelseniano nunca afirmou isso.

Kelsen nunca foi um “positivista ideológico”, ou seja, alguém que defenda ideologicamente a existência de uma suposta obrigação moral de obedecer a toda e qualquer norma jurídica pelo simples fato de esta ser jurídica. Pelo contrário, o mestre de Viena, em suas *descrições* (e não *prescrições*) sobre como *funciona* o Direito (e não como ele *deveria* funcionar)⁵⁵⁵, sempre alertou para o inevitável grau de indeterminação do fenômeno jurídico, em geral, e da aplicação da lei, em particular. Tal indeterminação (intencional e não-intencional) pode dar-se seja em relação aos fatos condicionantes, seja em relação às consequências condicionadas.⁵⁵⁶

Embora Kelsen reconhecesse a indeterminação do Direito, ele adotava como postulado central de sua doutrina a tese objetiva da unidade ou unicidade do sistema jurídico, tese que jamais poderia estender-se à noção moral de justiça, cuja concepção, sempre subjetiva, não encontra guarida em uma ideia única ou absoluta, mas sim em múltiplas, fragmentárias e relativas ideias.

Kelsen não se preocupa, portanto, com a discussão sobre se o cumprimento da lei se dá por razões morais ou jurídicas. Aliás, como bem enfatiza García Amado, pensar que exista um dever moral de obedecer às leis é tão absurdo, na concepção kelseniana, quanto pensar que exista um dever jurídico de obedecer às normas morais.⁵⁵⁷

Concordamos com o mestre de Viena no ponto, pois entendemos que o dever de cumprir a lei decorre de um dever jurídico, e não de um sentimento moral ou de uma suposta obrigação jusnatural, de natureza, portanto, metafísica. Aliás, não discordamos de Kelsen nem mesmo quando ele afirma que, para a ciência do Direito, pouco importam as razões ou motivos pessoais pelos quais alguém acata, ou deixa de acatar, uma norma jurídica, uma vez que a valoração de tal comportamento não é de ordem objetiva, mas sim um juízo de natureza sociológica, moral ou psicológica.⁵⁵⁸ O fato de tal juízo ser estranho ao cientista jurídico não significa, no

555 Para Kelsen, não cabe à ciência jurídica legitimar o Direito, senão apenas descrevê-lo (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 49).

556 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 245-248.

557 GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen”. *In*. **Revista da EMERJ** (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), v. 21, n. 2, Maio-Agosto, 2019, pp. 52-118, p. 94.

558 KELSEN, Hans. ¿Por qué obedecer al Derecho?. *In*. KELSEN, H. **¿Qué es justicia?**. Barcelona: Ariel, 1991, pp. 183-193. Kelsen reafirma, nesse texto publicado originalmente em 1957, que a validade do Direito independe de seu conteúdo intrínseco, vale dizer, da justiça ou correção moral de seus dispositivos. Mas em momento nenhum afirma, na qualidade de cientista, que o Direito deve ser obedecido. O que ele diz é que o fundamento de validade do Direito é dado pelo próprio Direito, e não por instâncias externas a ele, sejam elas metafísicas ou não.

entanto, que ele seja completamente irrelevante para o aplicador do Direito; o juiz pode e deve, por exemplo, valorar os motivos que levaram o acusado a praticar determinada conduta típica.⁵⁵⁹

E o que dizer de uma aplicação arbitrária do que está contido na lei? Tal aplicação também poderia ser considerada Direito?

Para Kelsen, sim. Mas nesse ponto tendemos a discordar do jurista austríaco, pois, conforme desenvolvemos no Capítulo 3, tópico 3.3, e retomamos no Capítulo 4, tópico 4.4, em matéria de jurisdição, não deve incidir a máxima hobbesiana segundo a qual *auctoritas, non veritas, facit legem*. Entendemos mais adequada, nesse caso, a máxima invertida, que pode ser extraída do garantismo de Ferrajoli, nos termos da qual “*veritas, non auctoritas, facit legem*”, consoante já nos manifestamos na ocasião, a partir de seu *Principia iuris*⁵⁶⁰.

Também discordamos de Kelsen quando afirma que todo Estado seria um Estado de Direito, confundindo-se Estado e Direito, como se Estado de Direito fosse uma expressão pleonástica.⁵⁶¹ Entendemos que não se considera Estado de Direito o desenho estatal cujos agentes públicos não estejam institucionalmente submetidos ao império da lei. E a submissão institucional ao governo das leis implica a prerrogativa dos governados e dos jurisdicionados de exigir dos governantes e dos órgãos jurisdicionais a observância dos preceitos legais em vigor, cuja normatividade não pode, por óbvio, estar sujeita ao arbítrio ou à vontade pessoal das autoridades encarregadas de lhes dar cumprimento.

É que um dos objetivos do *Rule of Law* é evitar o arbítrio na tomada de decisões, sejam elas judiciais, sejam políticas. Por ação arbitrária entende-se aquela cujo processo de formação ou aplicação é indiferente ou contrário a ditames racionais.⁵⁶² Para que um governo seja considerado arbitrário, devem antes ser perquiridos os propósitos que a lei atribui à condução dos negócios e políticas estatais, pois apenas os comportamentos institucionais contrários ou indiferentes aos parâmetros legais serão caracterizados por arbitrariedade.

Em “The Morality of Law”, Fuller, divergindo do pensamento kelseniano, sustenta uma visão funcional, prática, intuitiva e ao mesmo tempo ideal do Direito, por meio da qual os princípios que o constituem em seu desenvolvimento cotidiano acabam confundindo-se com os valores que devem norteá-lo (vale dizer, as aspirações de dever-ser hauridas de uma moralidade não estritamente jurídica).

559 Basta ver, para tanto, as discussões sobre dolo, culpa e, principalmente no campo penal, sobre o erro escusável que afasta do agente seu potencial conhecimento quanto à ilicitude criminal da conduta por ele praticada, podendo até isentá-lo de pena “por erro inevitável”, com supedâneo no artigo 21 do Código Penal brasileiro.

560 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2016.

561 É exatamente isso o que Kelsen afirma: “Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonismo” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 218.

562 “*What is arbitrary action generally? It is action indifferent to the reasons for or against taking it*” (RAZ, Joseph. “The Law's Own Virtue”. In **Oxford Legal Studies Research**, Paper n.º. 10/2019; King's College London Dickson Poon School Of Law Legal Studies Research Paper n.º. 2019-17; Columbia Public Law Research Paper n.º. 14-609 (2018). Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2277, p. 5).

A concepção fullericiana consiste em um jusnaturalismo procedimental⁵⁶³, teleológico e sincrético, que, diferentemente do jusnaturalismo clássico, não se restringe, de um lado, ao mundo axiológico de noções supralegais, mas tampouco se encerra, de outro lado, no pragmatismo do varejo jurídico, já que o Direito é orientado a propósitos maiores (“moralidade de aspiração”). Tais propósitos, não escritos, fornecem a razão de ser do Direito, sem se afastar, porém, do princípio da legalidade, tão valorizado por Fuller ao longo de sua obra.⁵⁶⁴

Encerrando o presente tópico, concluímos, portanto, que, se quisermos levar o Direito a sério - e não apenas descrevermos acriticamente a realidade forense que costuma permeá-lo e que é reproduzida pelo senso comum dos juristas, segundo o qual a decisão judicial não presta contas à lei -, o respeito à lei deve ter caráter autônomo em relação à(s) moral(is) de ocasião.

6.4. O que diz a legislação no Brasil e em Portugal sobre si mesma

Numerosos são os dispositivos legais que, de modo quase autopoiético, tratam do valor a ser dado à lei. É a lei dizendo como a própria lei deve ser tratada, tanto em relação ao seu valor intrínseco, quanto no que tange às relações que ela trava com outras fontes do Direito, como o costume, a analogia, os princípios gerais, a jurisprudência etc.

Mas a fonte hierarquicamente mais importante a conferir normatividade à lei vem, sem a menor sombra de dúvida, do próprio texto constitucional.

No Brasil, com exceção da Constituição autoritária de 1937, o princípio da legalidade tem tido expresso tratamento constitucional, desde a sua primeira Carta Política (Constituição Imperial de 1824)⁵⁶⁵ até a mais recente (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º, *caput*, inciso II), sendo quase sempre concebido em pelo menos duas dimensões: a dimensão negativa, segundo a qual “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”, e a dimensão positiva, que exige a estrita observância, pelo Estado, dos comandos legais.⁵⁶⁶

563 Diz-se “procedimental” o jusnaturalismo de Fuller, porque, sendo uma versão mitigada da leitura moral do Direito, sua filosofia não parte de valores morais substantivos e externos ao Direito, senão de princípios que lhe são próprios, vale dizer, Fuller embasa sua teoria em categorias procedimentais (adjetivas) e internas relativamente ao fenômeno jurídico, tais como se podem citar, por exemplo, as oito dimensões nas quais o princípio da legalidade deve ser desdobrado: generalidade, publicidade, prospectividade, inteligibilidade, consistência, praticabilidade (“*not issuing rules that require people to do things they lack the power to do*”), estabilidade e, por fim, congruência entre os propósitos da lei e a sua aplicação aos casos concretos (FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964, pp. 91-103).

564 Louvamos a reverência que Fuller presta ao fenômeno legal, reverência esta que, infelizmente, não costuma ser compartilhada pelos antiformalistas em geral, os quais preferem confiar na subjetividade do julgador à objetividade dos instrumentos legais.

565 Citam-se, como exemplos de dispositivos constitucionais do Império que tratam do valor que deve ser atribuído à lei, os artigos 152 e 179, I, *verbis*: “Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei”; “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 20.08.2022).

566 Flavio Pedron e Rafael Nunes assim resumem a presente constatação, *verbis*: “O princípio da legalidade de modo amplo, previsto na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, II, mas não só nesta, possui lastro desde a Constituição de 1824, sendo que, à exceção da Constituição de 1937, todas as nossas demais ordens constitucionais trouxeram em seus textos a dispositivos que previam o dever de legalidade. Pode-se dizer, sem sombra de dúvidas, que este é, então, um dos elementos basilares da democracia e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Tem-se, assim, a lei como instrumento

Em nível infraconstitucional, a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LIDB) prevê, em seus artigos 4º e 5º, respectivamente, que, “[Q]uando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, bem como que, “[N]a aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Percebe-se que a redação do referido artigo 4º havia sido reproduzida pelo artigo 126 do revogado CPC/1973,⁵⁶⁷ de modo que a analogia e os costumes tinham, antes do CPC de 2015, precedência sobre os princípios. Hoje, porém, não têm mais.

O Código de Processo Civil/2015 não estabelece mais qualquer escala de precedência entre analogia, costumes e princípios. O artigo 140 apenas estabelece que “[O] juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”, e que “só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. O modo pelo qual o magistrado colmatará tal lacuna ou saneará tal obscuridade não é, contudo, tratado pelo legislador processual de 2015. Mas o texto é claro ao estabelecer que o juiz só pode decidir por equidade nos casos previstos em lei, o que não deixa de representar uma clara forma de restrição imposta pelo legislador à criatividade judicial.

E o artigo 8º do CPC/2015 exorta os juizes a atenderem aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a “eficiência”⁵⁶⁸. Como se vê, o legislador de 2015 silenciou quanto à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito enquanto fatores de colmatação de lacunas legais.

E entendemos que bem procedeu o legislador nessa abstenção, haja vista que não cabe a uma das fontes do Direito (no caso, a lei) estabelecer seu próprio grau de importância e de ascendência hierárquica em relação a outras fontes igualmente jurígenas, tais como o são a analogia, os costumes e os princípios.

E, especificamente quanto à jurisdição civil, o artigo 13 do CPC prevê que ela será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas contidos em tratados, acordos ou convenções internacionais de que o Brasil seja parte.

limitador da atividade estatal e garantidor - e protetor - das liberdades dos cidadãos, conforme explicitado pela Constituição de 1988 em seu artigo 5º, II. Com isso, este princípio possui duas dimensões, sendo uma negativa e outra positiva. É negativa ao passo de que estabelece, para o cidadão, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei; por outro lado, possui dimensão positiva no sentido de que exige que toda a ação estatal seja realizada nos estritos limites impostos pela lei” (PEDRON, Flavio Quinaud; NUNES, Rafael Alves. “Princípio da legalidade limita poder estatal e protege os cidadãos”. Artigo publicado no **Consultor Jurídico** em 21.02.2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-21/opiniao-princípio-legalidade-limita-poder-estatal-protège-cidadãos>. Acesso em 19.08.2022).

567 O dispositivo tinha a seguinte redação: “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Tal dispositivo, porém, não foi reproduzido pelo CPC/2015. Trata-se de silêncio eloquente do legislador atual, no sentido de deixar claro não haver primazia da analogia e dos costumes em relação aos princípios jurídicos.

568 Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, o conceito de eficiência aplicado aos processos judiciais possui duas dimensões: uma atrelada à eficiência temporal e à economia dos procedimentos e trâmites burocráticos do funcionamento judiciário; e outra, mais profunda, relacionada à qualidade da decisão judicial, isto é, ao seu aspecto qualitativo, o que vai muito além dos aspectos quantitativos (numéricos) que medem a primeira dimensão, tais como o tempo e o custo de cada feito judicial [CUNHA, Leonardo Carneiro da. “A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro”. // **Revista de Processo**, v. 233, jul-2014, pp. 65-84].

Também o Código de Processo Penal brasileiro prevê, em seu artigo 3º, que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. E, sobre a apreciação do material probatório, o seu artigo 371 dispõe que o juiz apreciará a prova constante dos autos e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento, enquanto o artigo 372 estabelece que o juiz poderá atribuir à prova emprestada o valor que considerar adequado, observado o contraditório. Observe-se, aqui, que a discricionariedade judicial franqueada pela lei processual penal dá-se em relação à matéria de fato, e não em relação aos temas de direito, por mais nebulosa que seja a separação entre essas categorias, conforme já reconhecemos ao longo do presente trabalho.

A legislação brasileira também prevê, no artigo 35, I, do Estatuto da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979, conhecida como Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN), que é dever do magistrado “cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício”⁵⁶⁹.

Já em Portugal, o artigo 281, item 3, da Constituição de 1976, ainda em vigor, exige, para que o Tribunal Constitucional declare com força obrigatória geral a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, que esta tenha sido declarada inconstitucional em pelo menos três casos concretos por aquela Corte.

E no artigo 9º do Código Civil em vigor, aprovado 1966, que será objeto de melhor análise no Capítulo 7, o legislador lusitano confere um tratamento interessante aos modos pelos quais deve-se proceder à interpretação da lei, tendo a seguinte redação, *verbis*:

Artigo 9.º(Interpretação da lei)

1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.
2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente exposto.
3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.”⁵⁷⁰

E o Código de Processo Civil português, aprovado em 2013, reza no artigo 547.º que o juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo. No mesmo sentido é o disposto no artigo 131.º, que, dispondo sobre a forma dos atos, estabelece que “[O]s atos processuais têm a forma que, nos termos mais simples, melhor corresponda ao fim que visam atingir”.

⁵⁶⁹ “Art. 35 - São deveres do magistrado: I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; (...)” (Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em 13.12.2022).

⁵⁷⁰ Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em 19.09.2022.

Considerando que tanto o Direito brasileiro quanto o português⁵⁷¹ são regidos pelo “princípio constitucional da legalidade”⁵⁷², segundo o qual cabe à lei, e não às decisões judiciais, criar direitos, deveres e proibições, o tema desafia a noção de Estado de Direito.

Além disso, ambos os ordenamentos vedam a retroatividade de leis restritivas⁵⁷³, o que significa que não se pode criar Direito para prejudicar pessoas cujas condutas deram-se antes do advento de eventual restrição legal a direitos. É exatamente isso o que faz a decisão judicial que, criando Direito não previsto em lei, aplica-o a fato ocorrido antes de sua criação, isto é, de modo retroativo.

Quando um juiz cria uma regra e a aplica a um caso concreto sob julgamento, é evidente que está a expedir um comando que retroage ao momento em que aquela regra ainda não existia, vale dizer, ao momento dos fatos, no qual as partes não eram obrigadas a respeitar uma regra ainda inexistente. Violam-se com isso não só os princípios da legalidade democrática, da Separação dos Poderes e da irretroatividade de comandos normativos repressivos, mas também a autonomia de cada para planejar sua vida e praticar atos que de antemão se saibam permitidos, sem posteriores surpresas. Até mesmo a atividade econômica resta abalada com a insegurança jurídica causada pela aplicação retroativa do Direito, já que este deve ter caráter prospectivo, a não ser que retroaja para beneficiar.

É claro que não se pode mais concordar com Montesquieu, para quem o juiz nada mais seria que “boca que pronuncia as palavras da lei”⁵⁷⁴. Atualmente, o papel assumido pela argumentação jurídica é inegável. Robert Alexy cita, à guisa de exemplo, uma decisão do Tribunal Constitucional alemão na qual se enfatizou a necessidade de clarificar o que se deve entender por “argumentação racional”, ao decidir que “*o Direito (...) não se identifica com o conjunto de leis escritas*”⁵⁷⁵, de sorte que o juiz não está constrangido pela Lei Fundamental a aplicar a todo custo as indicações do legislador. Deve o juiz, muito mais do que fazer mera remissão à lei, decidir fundamentado em uma argumentação racional, já que a lei escrita não cumpre sozinha a função de resolver um problema jurídico. Também Neil MacCormick sustenta que “desenvolver o Direito é diferente de

571 A Constituição de Portugal prevê, no art. 202.º, n. 2, que: “Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da **legalidade democrática** e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados. E no art. 203.º, a Constituição de Portugal estabelece que “[O]s tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei”. Tais previsões bem reforçam o destacado papel atribuído à lei pelo Constituinte português.

572 Segundo o art. 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Ferrajoli adverte sobre o caráter precário de uma decisão que se afaste da lei: “*la legitimidad de la función judicial, que reside en los vínculos que le impone la ley en garantía de su carácter cognoscitivo y para tutela de los derechos de los ciudadanos, es siempre parcial e imperfecta*” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 3ª. Edição, 1998, p. 547).

573 Cita-se, como exemplo, o art. 18.º, n. 3, da Constituição portuguesa: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”. No mesmo sentido o art. 5º, inciso XL, da Constituição brasileira, ao estabelecer que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

574 A restrita visão de Montesquieu sobre o papel dos juizes, enquanto «seres inanimados que não podem moderar o rigor da lei», celebrou-se nesses termos, *verbis*: “*Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*” [MONTESQUIEU, Charles de Secondat de. **De l'esprit des lois** (1758). Édition établie par Laurent Versini. Paris : Éditions Gallimard, 1995, p. 116].

575 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 53.

criar o Direito no sentido legislativo, e está sujeito a argumentos racionalmente persuasivos que usam materiais do Direito estabelecido”⁵⁷⁶.

Assim, não há que se falar em absoluta predeterminação normativa da função jurisdicional, sobretudo a exercida por cortes constitucionais, como é, no Brasil, o caso do Supremo Tribunal Federal e, em Portugal, do Tribunal Constitucional.

Não obstante, isso não implica dizer que os tribunais estejam constitucionalmente autorizados a legislar, mormente em regimes democráticos.⁵⁷⁷ Neste sentido, Joaquim Freitas da Rocha⁵⁷⁸ defende que os norteamtos fornecidos pela jurisprudência sejam tidos como orientações persuasivas, e não como normas impositivas, o que, porém, não se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro, no qual a própria Constituição e a legislação infraconstitucional preveem hipóteses nas quais teses fixadas por tribunais adquirem força obrigatória geral, a serem por todos observadas.

Visto, ainda que de forma breve, o que diz a legislação no Brasil e em Portugal sobre si mesma, passaremos no tópico abaixo a enfrentar a tese segundo a qual as leis só valeriam para obrigar os cidadãos comuns a seguirem os seus preceitos, e não para obrigar os juizes a julgarem de acordo com os seus mandamentos normativos.

6.5. A tese benthamiana da “separação acústica”

No modelo universalista de regras (*model of rules*), espera-se dos juizes a observância, em suas decisões, dos preceitos gerais e abstratos que o legislador tenha previamente formulado. Em consequência, as soluções a partir de então engendradas pela autoridade judiciária deverão ser passíveis de universalizar-se para todo e qualquer caso que se amolde à mesma previsão legal e que contenha os mesmos elementos fáticos relevantes a atraírem a incidência desta. E até mesmo as exceções deverão ser passíveis de universalização, de acordo com tal modelo.⁵⁷⁹

576 MACCORMICK, Donald Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 358, NR.

577 “De resto, a própria configuração democrática — ainda que indirecta — das funções normadoras dificilmente toleraria a transformação do juiz numa espécie de pretor. A circunstância de, excepcionalmente, um tribunal ou um conjunto determinado de tribunais terem prerrogativas de controlo normativo e de emanarem actos com conteúdo inegavelmente próximo do dos actos normativos não poderá transformar em regra, o que, sem margem para dúvidas, deve ser encarado como uma excepção” (ROCHA, Joaquim Freitas da. **Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos: esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa**. Versão policopiada. Coimbra, 2006, p. 118).

578 “Duas outras situações poderiam neste contexto merecer referência: a faculdade do STJ de emanar acórdãos uniformizadores de jurisprudência e a do TJCE de, a título prejudicial, fixar um determinado sentido interpretativo (cfr. art.º 177 TCE) a dar a certo preceito europeu comunitário. Contudo, parece-nos, quer num caso quer no outro estamos menos em presença de criação de verdadeiras normas do que da determinação de um *indirizzo* hermenêutico que, aliás, não deverá ter força vinculativa, atento o princípio da independência (funcional) dos juizes, que não devem prestar obediência a directivas ou instruções superiores. Em todo o caso, não podemos deixar de concordar com o entendimento de que se tratam (*sic*) de importantes meios jurídicos de conseguir atingir, nos casos em concreto, a justiça material reclamada pelos princípios da igualdade (em relação a situações anteriores) e da segurança jurídica. Cfr., a propósito, CALVO GARCÍA, Manuel, ‘*Teoria del Derecho*’, cit., 130” (Ibidem, p. 118, NR 277).

579 MacCormick afirma que são os princípios da “universalizabilidade” e da isonomia os vetores axiológicos a conclamarem os juizes ao uso de argumentos que não sejam passíveis de aplicação apenas às partes do caso sob análise, mas a todas aquelas cujos processos reúnam as mesmas características relevantes de fato (MACCORMICK, Donald Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 63 e ss.). Mas, por óbvio, o prestígio de tal princípio não se restringe aos sistemas de matriz romano-germânica, como o português e o brasileiro; Alexy chega a afirmar, nesse sentido, que o princípio da “universalidade” pode até mesmo ser considerado o “fundamento do uso dos precedentes” (**Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva;

Já para a concepção particularista adotada no *Common Law* para as hipóteses de ausência de previsão legal e de precedente sobre a espécie, nas quais por vezes se resolve um caso por meio da *equity*⁵⁸⁰, a razão que orienta sua solução pressupõe que esta só tenha aplicabilidade nesse caso concreto, único e não passível de repetição, vale dizer, nessa espécie singularíssima. A solução, assim, também seria singularíssima, por ausência de parâmetros gerais que pudessem orientá-la, de modo previsível, em determinado sentido. Não há a menor possibilidade, em espécies desse tipo, de antever o que se poderia provavelmente esperar da decisão judicial a ser proferida; trata-se de uma verdadeira loteria, na qual qualquer aposta é válida, dada a ausência de balizas jurídicas que poderiam formalmente restringir, ao menos em tese, a amplitude temática dos fundamentos decisórios. Qualquer fundamento será considerado válido e não haverá, ao menos com base no Direito posto, como tachá-lo de ilegal ou antijurídico, na medida em que para o *thema decidendum* nem a legislação nem a jurisprudência haviam fornecido qualquer *standard* decisório.

Assim, de acordo com Gerald J. Postema, nessa concepção particularista, não haveria que se falar em normatividade abstrata no âmbito do *judge made law*, senão apenas em força cogente concreta, pois a razão a nortear os julgamentos anglo-saxões não viria da lei, senão exclusivamente dos fatos.⁵⁸¹

Bentham, ao revés, como se verá abaixo, entendia que toda a força normativa do Direito somente poderia advir da lei editada pelo soberano.

Porém, Cass Sunstein adverte que, embora Bentham fosse um positivista, ele defendia uma dicotomia utilitarista quanto aos destinatários da lei, tese conhecida como "*acoustic separation*", segundo a qual a população em geral estaria vinculada à lei, enquanto os juízes, no exercício da judicatura, estariam vinculados apenas aos casos concretos colocados sob sua jurisdição.⁵⁸² Vê-se, aqui, portanto, uma importante ressalva que Sunstein identifica dentro do próprio pensamento benthamiano, o que acaba gerando o reconhecimento de maiores poderes aos juízes, em detrimento da força da lei que eles deveriam aplicar em seus julgamentos.

Isso não invalida, de toda sorte, a constatação geral no sentido de que o formalismo jurídico ocupa um papel central na Filosofia Analítica do Direito ("*Analytical Jurisprudence*"), da qual Bentham foi um dos principais fundadores.

revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 268). Michele Taruffo também exalta o caráter universalizável do precedente, enquanto critério de decisão para hipóteses futuras em função da identidade ou da analogia existente entre os elementos fáticos que assemelham os casos, unindo-os em torno de uma decisão quase igual para cada um deles (TARUFFO, Michele. "Precedente e Jurisprudência". In: **Revista de Processo**, n. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2011, pp. 139-155, pp. 141-142).

580 Tércio Sampaio Ferraz Jr. ensina que o sistema anglo-saxônico sempre reconheceu ao juiz a prerrogativa de julgar conforme a *equity*, ainda que de modo frontalmente contrário ao disposto no direito costumeiro (FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 245).

581 POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the Common Law Tradition**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, pp. 30-31. Lon Fuller bem resgata a contraposição entre a noção soberana de lei e a noção soberana de jurisdição: "*Austin, for example, defines law as the command of the highest legislative power, called the sovereign. For Gray, on the other hand, law consists in the rules laid down by judges. A statute is, for Gray, not a law, but only a source of law, which becomes law only after it has been interpreted and applied by a court*" (FULLER, Lon L.. "*Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*", 71. Cambridge: **Harvard Law Review** 630, 1958, pp. 630-672, p. 633).

582 SUNSTEIN, Cass R. "*Rules and Rulelessness*". In **Program in Law and Economics Working Paper N. 27, 1994**, 1994. Disponível em <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12795546/Rules%20and%20Rulelessness.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 04.04.2020, pp. 53-54.

Mas não se pode negar que a tese da separação acústica continua, mesmo assim, a enfraquecer a previsibilidade decisional e a segurança jurídica, pois, embora a lei seja *igual* para todos, os fatos jamais o serão, o que permitirá uma solução judicial diferente para cada fato, o qual nunca se repete de modo absolutamente idêntico, apesar das semelhanças que guarda com outros fatos. Essa constatação empírica já serviria, por si só, como um salvo-conduto de legitimação teórica do arbítrio judicial e como pretexto retórico para que certos juízes não precisassem mais confrontar a fundamentação de suas decisões com as previsões legais do Direito posto, senão apenas com os eventos que servem de substrato fático à prolação de cada veredicto. Em outras palavras, não haveria mais qualquer padrão decisório a balizar os pronunciamentos judiciais.

Para Joseph Raz, um modelo judicial cujos membros tomadores de decisão não estejam vinculados a normas específicas, deve ser caracterizado como um “sistema de discricionariedade absoluta”⁵⁸³. Defendemos que não é um sistema desse jaez o colimado pelos modelos judiciais em vigor tanto em Portugal quanto no Brasil, onde a lei deve desempenhar um papel que não pode ser negligenciado. Aliás, atualmente, nem mesmo no Direito Comum se poderia falar em ausência de vinculação dos juízes a normas específicas, de modo que somente em modelos judiciais muitíssimo pouco estruturados, nos quais a aplicação do Direito se dá de forma aparentemente absolutista, é que se poderia falar de um verdadeiro *sistema de discricionariedade absoluta*.

Isso não significa, porém, que a teoria benthamiana flertasse com algum tipo de absolutismo judicial. Com efeito, Jeremy Bentham (1748-1832) contrapunha-se tanto à metafísica jusnaturalista, cujo maior expoente é sem dúvida a filosofia transcendental de Immanuel Kant (1724-1804), quanto ao empirismo puramente problemático dos anglo-saxões. De um lado, o positivista Bentham afasta-se do Idealismo alemão, cujo conceito de Direito é universal, imutável e cognoscível só pela razão, porque, para a Escola Analítica, tal conceito é excessivamente abstrato e jusracionalista, além de desconsiderar a autoridade do Soberano para ditar o que é Direito. De outro lado, Bentham também se opunha ao *Common Law*, dada a sua assistemática lógica-formal, acompanhada dos particularismos/casuísmos que ela enseja.

Bentham também se contrapunha à Escola Histórica⁵⁸⁴, pois não admitia que o cambiante *Volksgeist*⁵⁸⁵ fosse a verdadeira fonte do Direito, já que este não existiria fora do Soberano. A concepção nominalista, imperativista e voluntarista a animar a Escola Analítica é avessa aos modelos *organicistas*, próprios da Escola Histórica e do romantismo alemão. Enquanto estes estão mais preocupados com o espírito coletivo (da

583 RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 138.

584 O Historicismo no Direito veio como reação ao positivismo jurídico. Savigny (1779-1861) e Puchta (1798-1846), ao sustentarem que o *Volksgeist* não poderia ser apreendido nem ficar aprisionado nos limites de uma lei, ainda que codificada, opuseram-se ao movimento codificatório que se alastrava pela Europa continental nos séculos XVII e XVIII e lograram, assim, atrasar em quase cem anos a promulgação do BGB, que só foi publicado em 1900, ao passo que o *Code Napoléon* é de 1804. Somava-se a isso a dificuldade de a lei condensar, num único documento normativo, todas as variações do espírito alemão, o que leva Neuville a afirmar que: “Savigny soutient qu’il ne faut pas un code mais une science du droit d’autant que la diversité des États allemands interdit la rédaction d’une unique compilation” (NEUVILLE, Sébastien. **Philosophie du Droit**. Paris: LGDJ Lextenso éditions, 2019, p. 290).

585 “El *Volksgeist* actualiza lo divino y lo humano, lo normativo y lo positivo, en inseparable unidad” (ESCUADERO, José Antonio. **Historia del derecho: historiografía y problemas**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1988, p. 93). “La conexión de lo histórico y lo sistemático fue reclamada por SAVIGNY mismo - como «indispensable al jurista» - en su famoso escrito programático *Vom Beruf unserer Zeit*” (Ibidem, p. 95).

comunidade regida pelo Direito)⁵⁸⁶, os juristas da *Analytical Jurisprudence* preocupam-se com o problema da ordem e da autoridade responsável por assegurá-la, que é sempre o Soberano. Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), fundador da Escola Histórica ao lado de Gustav Hugo (1764-1844), desenvolveu paradigmas técnicos importantíssimos para a ciência do Direito, mas não se deixou seduzir nem pelo formalismo positivista ensejador das grandes codificações⁵⁸⁷, nem pelo jusnaturalismo iluminista (embora o Direito Romano, enquanto modelo jurídico meta-histórico, fosse tido pelos *pandectistas* como o seu direito natural). Mas o Historicismo, ao perder gradativamente os traços do seu romantismo inicial, acabou servindo de ponte entre o Jusnaturalismo e o Positivismo que se consagrou como concepção jurídica predominante desde o final da Modernidade até hoje, com o seu marcante aspecto formal-sistemático, dedutivo-legalista e técnico-dogmático.

Os juízes, então, são absolutamente livres em seu poder-dever de julgar? Eles estão, assim, vinculados apenas aos traços específicos do caso concreto?

Para responder a essas questões, deve-se ter em mente que tanto as versões universalistas quanto as particularistas sobre o papel da decisão judicial possuem, teoricamente, seus prós e seus contras.

Não obstante, o que importa saber, para os fins do presente trabalho acadêmico, é qual delas se adapta melhor ao estágio civilizatório e às peculiaridades de cada sistema jurídico, tais como os seus aspectos históricos, culturais, econômicos, sociais e outros. No Brasil, por exemplo, onde a litigância de massa sufoca o aparelho judiciário, muito provavelmente a adoção de um modelo particularista implicaria graves ofensas à isonomia, à efetividade da prestação jurisdicional e à segurança jurídica.

Um aspecto que chama a atenção é a *unidade* de entendimentos dentro de um mesmo Poder da República, no caso, o Judiciário, a serem uniformizados por seus órgãos de cúpula, sobretudo num país de dimensões continentais como o Brasil, cujos tribunais não têm capacidade de lidar, de modo atomizado/individual e eficiente, com a pleora de processos repetitivos que os assolam. Como explicar ao jurisdicionado, por exemplo, que a sua pretensão deduzida em demanda judicial teve um desfecho diametralmente oposto à de seu vizinho, apesar de serem idênticas as suas causas? O cínico ditado “cada juiz, uma sentença”, a retratar a possibilidade de cada juiz extrair uma norma diferente do mesmo dispositivo legal, não serve de argumento idôneo para explicar essa falta de unidade, a causar ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

586 José Lamego bem anota esse caráter espiritual-coletivo: “As forças históricas geradoras do ordenamento jurídico são forças espirituais colectivas, que transcendem a consciência dos indivíduos” (LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma “recepção”**. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 20).

587 “Na verdade, no contexto da Escola Histórica, na qual a *Pandectística* se desenvolveu, a crença no poder da legislação, especificamente sob o formato de Código, era pouca. Basta lembrar aqui a posição de Savigny, contra Thibaut, a respeito da precedência da ‘ciência do direito’ em relação à legislação. A lei não deveria ser ferramenta da evolução do Direito, mas sim a investigação juscientífica, uma codificação aparecendo como ferramenta útil somente quando o saber jurídico já se encontrasse estabilizado pelos esforços sistematizadores dos juristas” (CASTRO Jr., Torquato. “Influência da Pandectística no Código Civil Brasileiro”. //: **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro** (RIHGB). Rio de Janeiro, v. 473, pp. 91-104, jan./mar. 2017, p. 99).

Para Castanheira Neves, todavia, a *unidade* não é um pressuposto abstrato (algo de onde se parte), mas um objetivo constituindo, algo para onde se vai. Trata-se de uma unidade de ordenação, dinâmica, a ser conquistada *a posteriori* num sistema aberto, reconstrutivo e dialético, em contraposição à noção apriorística de unidade, de carácter lógico-abstrato e estático. A crítica de Castanheira Neves tem por alvos a metodologia analítica e a conceitualística ahistórica, de matriz teórico-sistemática e escolástico-doutrinária.

O modelo adjudicativo em vigor na Europa continental e no Brasil segue, porém, a visão kantiana, a qual sustenta filosoficamente o universalismo.⁵⁸⁸ Em sua “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, Kant estabelece que o uso da razão prática⁵⁸⁹ conduz à máxima universal (imperativo categórico) segundo a qual o homem deve agir de forma tal que a sua conduta possa ser considerada um padrão universal de conduta. Se a sua ação não é direcionada exclusivamente pela razão, pois se desvirtua por inclinações outras (como a vontade subjetiva) que não apenas a determinada por aquela lei universal de conduta, o homem deve obrigar-se pelo mandamento da razão (que representa um princípio objetivo), cuja fórmula é dada pelo imperativo⁵⁹⁰. Quando um imperativo determina uma ação que é boa por si mesma, sem qualquer outra finalidade, ele é considerado um imperativo categórico, em contraposição ao imperativo hipotético⁵⁹¹.

O conceito de imperativo categórico é, para Kant, essencial à noção de “universalidade da lei”⁵⁹². Vê-se, por isso mesmo, porém, que a lei a que Kant se refere não é propriamente uma lei positivada por um legislador de um determinado sistema jurídico, mas sim o conjunto de leis ou princípios universais identificados pela reta razão, a qual os representa de modo racionalmente inteligível, a fim de guiar a ação prática dos homens. Nesse sentido, os comandos legais vigentes em um país poderiam, quando muito, ser considerados apenas imperativos hipotéticos, e jamais categóricos, haja vista a plêiade de finalidades contidas em uma norma

588 Sobre a aplicação universalista da norma jurídica, pressuposta como válida em um juízo prévio de justificação, entendido o discurso jurídico como caso especial do discurso moral, conferir: GÜNTHER, Klaus. « Justification and application universalistes de la norme en droit et en morale ». Trad. Hervé Pourtois. *In: Archives de Philosophie du Droit*. Vol. 37. Paris : Sirey, 1992, pp. 269-302.

589 “Tudo na natureza age segundo leis. Só um ser racional tem a capacidade de agir *segundo a representação* das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma *vontade*. Como para derivar as acções das leis é necessária a *razão*, a vontade não é outra coisa senão razão prática. Se a razão determina infalivelmente a vontade, as acções de um tal ser, que são conhecidas como objectivamente necessárias, são também subjectivamente necessárias, isto é, a vontade é a faculdade de escolher *só aquilo* que a *razão*, independentemente da inclinação, reconhece como praticamente necessário, quer dizer, como bom” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Manuel Pires Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 47).

590 “A representação de um princípio objectivo, enquanto obrigante para uma vontade, chama-se um mandamento (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se *imperativo*. Todos os imperativos se exprimem pelo verbo *dever (sollen)*, e mostram assim a relação de uma lei objectiva da razão para uma vontade que segundo a sua constituição subjectiva não é por ela necessariamente determinada (uma obrigação). Eles dizem que seria bom praticar ou deixar de praticar qualquer coisa, mas dizem-no a uma vontade que nem sempre faz qualquer coisa só porque lhe é representado que seria bom fazê-la. Praticamente *bom* é porém aquilo que determina a vontade por meio de representações da razão, por conseguinte não por causas subjectivas, mas objectivamente, quer dizer por princípios que são válidos para todo o ser racional como tal. Distingue-se do *agradável*, pois que este só influi na vontade por meio da sensação em virtude de causas puramente subjectivas que valem apenas para a sensibilidade deste ou daquele, e não como princípio da razão que é válido para todos” (*Ibidem*, pp. 48-49).

591 “Ora, todos os *imperativos* ordenam ou *hipotética* ou *categoricamente*. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma acção possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma acção como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. Como toda a lei prática representa uma acção possível como boa e por isso como necessária para um sujeito praticamente determinável pela razão, todos os imperativos são fórmulas da determinação da acção que é necessária segundo o princípio de uma vontade boa de qualquer maneira. No caso de a acção ser apenas boa como meio para *qualquer outra coisa*, o imperativo é *hipotético*; se a acção é representada como boa *em si*, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme a razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é *categórico*” (*Ibidem*, p. 50).

592 “Quando penso um imperativo *hipotético* em geral, não sei de antemão o que ele poderá conter. Só o saberei quando a condição me seja dada. Mas se pensar um imperativo *categórico*, então sei imediatamente o que é que ele contém. Porque, não contendo o imperativo, além da lei, senão a necessidade da máxima que manda conformar-se com esta lei, e não contendo a lei nenhuma condição que a limite, nada mais resta senão a universalidade de uma lei em geral à qual a máxima da acção deve ser conforme, conformidade essa que só o imperativo nos representa propriamente como necessária” (*Ibidem*, p. 58).

legislativa, a qual, por óbvio, jamais pode ser considerada de modo absoluto como *boa em si. A priori*, um dispositivo legal pode ser tido, no máximo, como um bom ponto de partida para a formação de uma norma jurídica.

Não é ainda um ponto de chegada, nem algo perfeito e acabado, conforme já reconhecemos ao longo da presente tese. Mas a lei formal é tampouco algo totalmente desprovido de normatividade. Há, em favor dos comandos nela contidos, pelo menos uma presunção relativa de legitimidade do exercício regular, por parte do Estado, do poder-dever coercitivo que o Direito lhe outorga para assim impor e executar coativamente sua ordem jurídica contra todos que a desafiem.

Não pode haver aqui, sobretudo em Estados cuja forma de governo é republicana, qualquer tipo de privilégio não previsto em lei para justificar que determinada casta se furte à incidência do primado da legalidade. Em uma República, ninguém, absolutamente ninguém, está acima ou a salvo da normatividade representada pela lei.

Insistimos em sustentar que nem mesmo os juízes estão imunes à obediência dos comandos legais, salvo nas raríssimas hipóteses de exceção previstas pelo próprio ordenamento jurídico, como se dá, por exemplo, nas declarações de inconstitucionalidade e de anticonvencionalidade.

Na expropriação forçada do patrimônio do devedor ou no cerceamento da liberdade do jurisdicionado por determinação do Poder Judiciário, não são as vontades ou desejos pessoais do juízo processante que o Oficial de Justiça executa por meio da coerção legítima que o ordenamento lhe franqueia, inclusive com apoio policial, mas sim as vontades do povo que os seus representantes exprimiram nas leis aprovadas mediante o devido processo legislativo, cuja carga normativa é objeto de interpretação judicial. Essa é uma das provas de que cabe aos juízes, portanto, tentar revelar, até onde for possível, os sentidos da lei a partir da sua própria normatividade, ao invés de criá-los originariamente – para não se dizer de modo arbitrário – a partir de seus desígnios pessoais.

Cass Sunstein critica as versões puras tanto do universalismo quanto do particularismo, por considerar as primeiras muito distanciadas da vida prática e as segundas, pouco promissoras quanto à previsibilidade do Direito.⁵⁹³ Neste texto, ao examinar os inconvenientes das visões extremadas que contrapõem sistemas puramente baseados em normas positivadas (*rules*) a sistemas puramente particularistas (*case-by-case decisions*), Sunstein defende um caminho alternativo, no qual *standards* cumpririam um papel mediador entre as normas escritas e a discricionariedade judicial que se faz necessária para interpretá-las.

593 SUNSTEIN, Cass R. "Rules and Rulelessness". In: **Program in Law and Economics Working Paper N. 27, 1994**, 1994, 72p. pp. 1-4. Disponível em <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12795546/Rules%20and%20Rulelessness.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 04.04.2020.

Assim, não haveria preponderância nem do prévio caráter cogente das normas (*ex ante facto*) em tentar congelar de antemão os fenômenos jurídicos que lhes sucederão, nem da criatividade judicial (*ex post facto*) em inovar o ordenamento jurídico para adaptá-lo a situações não previstas originariamente pela lei, uma vez que o recurso a *standards* também leva em conta as consequências práticas da aplicação de determinado preceito jurídico. Desse modo, é o pragmatismo dos *standards* que os diferenciaria das regras legais abstratas.⁵⁹⁴

Em suma, Cass Sunstein propõe um modelo que denomina de *minimalismo* e o compara com três outros modelos interpretativos (o *passivismo* de James Thayer Bradley, o *perfeccionismo* de Ronald Dworkin e o *originalismo* de Antonin Scalia), em relação aos quais considera superior. Sunstein defende que o Judiciário, de um lado, não se arvora à condição de juiz Hércules, evitando-se, assim, o maximalismo sustentado por Dworkin, e que tampouco recaia na omissão representada pelos modelos passivista e originalista, evitando-se, de outro lado, que as situações não previstas originariamente na legislação fiquem sem solução jurídica, o que ocorreria na hipótese de apego invariável a uma proposta excessivamente minimalista.

E, para a resolução de casos difíceis, Sunstein, ainda dentro de sua abordagem judicial minimalista, propõe a categoria denominada “acordos não completamente teorizados” (*incompletely theorized agreements*)⁵⁹⁵, como método para obter consensos jurídicos mesmo em temas sobre os quais costumam incidir desacordos morais razoáveis. Trata-se de uma abordagem propositalmente tópica e superficial, cujo emprego pelos juízes, ao diminuir o grau de abstração e de profundidade dos fundamentos utilizados para resolver desacordos complexos, acaba reduzindo o grau de animosidade entre concepções díspares sobre um mesmo assunto, além de reconhecer a falibilidade dos magistrados para decidir sobre temas socialmente delicados. Assim, em vez de pretender esgotar a temática controvertida mediante argumentação aprofundada e teorizações fundamentalistas, a abordagem defendida por Sunstein busca mitigar o risco de polarizações na seara jurídica, preferindo deixá-las para a arena política. Para tanto, por vezes, o Judiciário acaba preferindo abster-se de esgotar o mérito de certas discussões, a fim de, com o seu prudente silêncio⁵⁹⁶, evitar os custos que uma decisão judiciária poderia impor a determinado grupo social, seja por erro de apreciação do julgador, seja pelo excesso de animosidade porventura existente entre as partes envolvidas.

Nossa posição, contrapondo-se aos modelos particularistas, acaba filiando-se, por exclusão e em termos gerais, ao modelo universalista, de modo que o prescreve⁵⁹⁷ para a jurisdição brasileira, cuja dispersão

594 Nas palavras de Sunstein, só conhecemos o que um *standard* significa quando ele é efetivamente aplicado, *verbis*: “*The principal distinction between rules and standards turns on the fact that we do not know what a standard is, or means, until it is applied*” (*Ibidem*, p. 9). Trata-se, portanto, de uma revelação operativa de sentidos, a dar-se sempre *a posteriori*.

595 SUNSTEIN, Cass R. “Incompletely theorized agreements commentary”. *In*: **Harvard Law Review**. Cambridge, n. 108, 1994, pp. 1733-1772.

596 Embora critique o emprego indiscriminado do minimalismo, Sunstein aponta o relevante papel desempenhado por um de seus principais instrumentos em certas hipóteses – o silêncio: “*Silence - on something that may prove false, obtuse, or excessively contentious - can help to minimize conflict, allow the present to learn from the future and save a great deal of time and expense*” (*Ibidem*).

597 Não temos a pretensão de prescrever determinado(s) modelo(s) a todos e quaisquer sistemas judiciais de que tenhamos apenas um superficial conhecimento, senão apenas ao brasileiro, porque conhecemos suficientemente as mazelas deste ao ponto de nos sentirmos habilitados para contribuir com a redução e a prevenção dos problemas decorrentes do elevado grau de insegurança jurídica que assola o Judiciário nacional, conforme já demonstrado ao longo da presente tese.

jurisprudencial e a consequente insegurança jurídica daí advinda foram os principais alvos do legislador pátrio ao aprovar o Código de Processo Civil de 2015.

Entre as diversas inovações, a reforma processual trouxe várias técnicas de vinculação de juízes e tribunais a determinados tipos qualificados de pronunciamento, tais como acórdãos proferidos em Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e enunciados de súmula, cuja observância passou a ser obrigatória, para além das hipóteses previstas no texto constitucional (que se restringe a enunciados de súmula vinculante e a decisões definitivas proferidas no controle de constitucionalidade a cargo do Supremo Tribunal Federal).

O escopo principal do artigo 927 do Novo Código é o de constranger juízes e tribunais de segundo grau a resolverem as questões de direito de modo idêntico ao indicado pelos tribunais superiores. Desse modo, mesmo na lacuna da lei, não é admissível que juízes brasileiros criem regras a partir do caso concreto, se elas contrariarem o entendimento dos órgãos judiciários superiores.

A legalidade aqui adquire um sentido mais amplo, ou seja, o de juridicidade (pois abrange também o respeito aos precedentes qualificados, e não apenas à lei), podendo ser vista como sinônimo de Estado de Direito.

Apesar de não ser unívoco, o conceito de Estado de Direito pode conter um núcleo essencial, um conteúdo mínimo a ser compartilhado por suas diversas versões, seja na forma do *Rule of Law* dos anglo-saxões, seja na do *Rechtsstaat* dos germânicos, ou, ainda, na do *État de Droit* dos franceses. Com efeito, Michel Rosenfeld, com quem no ponto concordamos, anota que esses três modelos convergem para o conceito que se denomina “Estado de Direito em sentido estrito” (“*rule of law in the narrow sense*”), não obstante apresentem diferenças entre si.⁵⁹⁸

Embora seja difícil conceituar o *Rule of Law*, é fácil perceber o que ele não é, razão pela qual é comumente contraposto ao “governo dos homens” (*rule of men*), na medida em que o Estado de Direito tem como primado o governo das leis. Mas há outras características marcantes, tais como um considerável nível de segurança jurídica, de separação entre os Poderes e uma aceitação geral do princípio de que ninguém está acima da lei, como bem observa Michel Rosenfeld na seguinte passagem, *verbis*:

At a minimum, therefore, the rule of law requires fairly generalized rule through law; a substantial amount of legal predictability (through generally applicable, published, and largely prospective laws); a significant separation between the legislative and the adjudicative function; and widespread adherence to the

598 ROSENFELD, Michel. “*The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*”. In: **Southern California Law Review**. V. 74. Los Angeles: Southern California University Press, 2001, pp. 1307-1352, p. 1319.

principle that no one is above the law. Consistent with this, any legal regime which meets these minimal requirements will be considered to satisfy the prescriptions of the rule of law in the 'narrow sense'.⁵⁹⁹

Assim, a conclusão deste tópico é no sentido de que, na atual conjuntura judiciária brasileira, os juízes devem, sim, estar vinculados a *critérios gerais de adjudicação* (chame-se isso de “parâmetros legais”, “*standards* decisórios” ou seja lá a nomenclatura que se lhes queira atribuir), cujo norte então deverão seguir em direção às especificidades do caso concreto, para, enfim, adjudicá-lo conforme os ditames legais e as superiores orientações jurisprudenciais qualificadas que emolduram o tema, de modo a não haver espaço para a criação casuística de regras individuais, próprias do particularismo jurídico. O problema ganha relevo ainda mais especial quando tal casuismo se dá em frontal contrariedade aos norteamentos contidos no Direito posto, seja o legislado, seja o interpretado pelos tribunais hierarquicamente superiores mediante o devido processo legal.

Pode até ser difícil de estabelecer qual é a melhor interpretação de um dispositivo de lei ou de um precedente obrigatório para um caso concreto, mas costuma ser fácil de perceber quando determinada interpretação esposada pelo juiz viola claramente um mandamento legal ou jurisprudencial, bem como quando o esvazia intencionalmente. A presente tese é prenhe de exemplos ilustrativos da segunda hipótese.

Encerra-se o presente tópico, destarte, concluindo-se que a tese benthamiana da “separação acústica” é improcedente sob o prisma normativo adotado no presente trabalho, por mais sedutora que ela possa parecer do naturalizante ponto de vista pragmático, empírico e puramente descritivo de que usualmente se servem as correntes antiformalistas.

A sinalização foi dada para o desenvolvimento do próximo tópico, no qual se procurará reafirmar, sob a ótica processual brasileira, as razões ético-jurídicas pelas quais os julgamentos devem basear-se na legalidade democrática, com a demonstração de que são excepcionais as hipóteses em que os magistrados estão legitimamente dispensados de observar determinado comando legal que incide na espécie sob julgamento.

6.6. As hipóteses em que o juiz pode (*rectius*, deve) deixar de aplicar uma lei em vigor que incide na espécie

Já foi dito e redito ao longo da presente tese doutoral que a concepção aqui adotada não vê a lei como um dogma absoluto, até porque o Direito não é um sistema axiomático, fechado ou hermético, nem algo dado por uma força superior universal ou uma entidade divina. A lei jurídica nada mais é que uma criação do espírito humano, algo concebido, portanto, pelo ser humano, a partir da situada condição humana e em prol do ser humano, em torno de cuja dignidade, esta enquanto fim em si mesma, orbita todo o sistema jurídico, em sua unidade⁶⁰⁰. A lei é uma obra humana e, como todo empreendimento humano, obviamente não se reveste de

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 1313.

⁶⁰⁰ Trata-se, aqui, da unidade de cada sistema jurídico, e não da suposta unidade de um pretenso sistema universal com contornos jusnaturalísticos ou metafísicos. Para o normativismo kelseniano, a unidade do Direito positivo é condição necessária à própria concepção de sistema jurídico. Há *unidade* no

qualidades absolutas, nem é perfeita, por mais destacado que seja o seu papel institucional de ordenação da vida em sociedade, sem o que viveríamos sob um estado bárbaro de completa anomia.

A lei não é uma panaceia civilizatória dentro da qual tudo se encaixa com perfeição hermética e, assim, pode ser objetivamente resolvido. Claro que não é.

Logo, há situações (que são raras, já que não constituem a regra geral, mas sim a exceção que a confirma) em que a aplicação mecânica de um dispositivo legal a um caso excepcional pode levar a um resultado flagrantemente desproporcional e gravoso a uma das partes envolvidas no litígio, com consequências desastrosas e até mesmo irreversíveis, em alguns casos. Nessas hipóteses excepcionalíssimas não podemos nos contentar com aplicação do aforismo latino "*fiat justitia et pereat mundus*" (faça-se justiça e pereça o mundo), como se as drásticas consequências de uma decisão judicial não tivessem importância alguma. Imagine-se, por exemplo, a expulsão imediata, incondicionada, pura e simples de famílias inteiras que habitam área que não lhes pertence, sendo tais famílias compostas de pessoas hipossuficientes que não têm para onde ir, com a presença de idosos, crianças de tenra idade, mulheres grávidas e até bebês de colo.

Por mais que a lei seja clara em autorizar o juiz a determinar a expulsão de tais famílias e a remoção de suas moradias improvisadas, frequentemente construídas em regiões de preservação ambiental consideradas áreas *non aedificandi* (como acontece com a maior parte das "favelas" brasileiras), dificilmente um magistrado determinará a expedição de um mandado de desocupação do terreno antes de ter a certeza de que tais famílias serão devidamente realocadas em outras residências, ainda que a lei não lhes garanta outra moradia. É a razão prática, associada à experiência subministrada pela observação do que ordinariamente acontece, que faz o juiz abrir os olhos para uma realidade social que nem sempre é descrita pela lei e que, não obstante, não pode ser ignorada, como se as consequências da decisão judicial não fossem um problema a ser também levado em conta pelo juiz.

Lenio Streck afirma serem apenas seis as hipóteses nas quais o juiz pode deixar de aplicar um dispositivo legal incidente ao caso, conforme se passa a explicitar abaixo.⁶⁰¹

A primeira hipótese ocorre quando a lei é inconstitucional, situação em que o magistrado deixa de aplicá-la, prestando, assim, reverência à hierarquia existente entre os preceitos contidos na Constituição e os demais preceitos normativos existentes no ordenamento jurídico, cuja interpretação deve sempre subordinar-se às normas constitucionais. Ao realizar tal interpretação à luz da Constituição, o órgão judicial tanto pode declarar esses dispositivos infraconstitucionais como sendo incompatíveis *tout court* com o texto magno, de modo que,

ordenamento jurídico, pois só existe um Direito positivo em cada sistema ou território, mas não há *unidade* no conceito de Justiça, pois o valor desta não é absoluto, vez que sempre depende da noção de justo que é adotada por cada um, em cada época. Não há como sustentar-se uma ideia única de Justiça. Kelsen contenta-se, humildemente, com um ideal relativo de justiça, dada a impossibilidade científica de se apropriar de um conceito absoluto sobre ela, com exclusão de todos os outros (KELSEN, Hans. "*Los juicios de valor en la ciencia del Derecho*". In: KELSEN, Hans. **¿Qué es justicia?**. Barcelona: Ariel, 1991, pp. 149-151).

601 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

assim, não poderão em hipótese alguma ser aproveitados, quanto pode excluir textualmente determinada palavra (técnica da declaração de nulidade parcial com redução de texto) ou certo tipo de interpretação do seu âmbito de incidência (técnica da declaração parcial de nulidade sem redução de texto), ou, ainda, fixar apenas um ou mais modos vinculantes de interpretá-los, com exclusão de todos os outros possíveis em tese (técnica da interpretação conforme à Constituição), a dar-se, neste último caso, mediante a adição de um novo sentido à interpretação da norma, conforme se verá abaixo. Streck desdobra a primeira hipótese, portanto, em três outras, as quais passam a constituir a terceira, a quarta e a quinta hipóteses de sua classificação por assim dizer um tanto analítica, a serem vistas abaixo.

A segunda hipótese ocorre quando cabe a aplicação de algum dos critérios clássicos de resolução de antinomia, quais sejam, o cronológico (*lex posterior derogat prior*), o hierárquico (*lex superior derogat legi inferior*) e o da especialidade (*lex specialis derogat legi generalis*). Em verdade, a primeira hipótese vista acima (recusa judicial em aplicar uma lei inconstitucional em alguma de suas vertentes) acaba quase sempre se enquadrando no critério da hierarquia entre as normas, de modo que as seis hipóteses ora analisadas poderiam ser sinteticamente reconduzidas a apenas duas (critério de resolução de antinomias e aplicação de princípios ou *standards* retóricos, como será visto nos próximos parágrafos).

A terceira hipótese dá-se, ainda segundo Lenio Streck, quando o órgão judicial vale-se da técnica da interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se adiciona um sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma com a Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto. Muda-se o sentido da norma legal interpretada à luz da Constituição, sem mudar-se, contudo, o seu texto, que permanece intacto.

A quarta hipótese se verifica com a técnica da nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung*), mediante a qual se exclui do âmbito de incidência da lei, por inconstitucionalidade, determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração na redação do texto legal. Tal técnica se diferencia da técnica da interpretação conforme, porque nesta última há uma adição de sentido, ao passo que na nulidade parcial sem redução de texto ocorre a exclusão de um ou mais sentidos interpretativos.

A quinta hipótese surge quando se trata de declaração de nulidade parcial com redução de texto, hipótese em que se mantém a constitucionalidade do dispositivo às custas da necessária supressão de um termo ou expressão que fazia parte da estrutura frasal do preceito, mas cuja presença era responsável por sua inconstitucionalidade.

A sexta e última hipótese é a mais criticada pelo próprio autor da presente classificação, com cujas objeções, aliás, estamos de pleno acordo. Refere-se Streck à situação, infelizmente corriqueira no Brasil, de não se aplicar uma regra legal por se entender que ela conflita, no caso concreto, com um princípio geral, um

standard retórico ou um enunciado performativo de amplíssimo espectro. O autor afirma ser legítimo o afastamento de uma regra infraconstitucional em favor de um verdadeiro princípio constitucional (como o são os princípios do devido processo legal, da legalidade, do Estado de Direito, da igualdade, da presunção de inocência ou não-culpabilidade, etc), mas condena o desvio abusivo dessa prática, o que chama de *pamprincipiologismo*⁶⁰².

No Capítulo 2 da presente tese, a propósito, reproduzimos o exemplo, dado por García Amado, de um julgamento em que o juiz espanhol responsável pela causa decidiu afastar a regra legal proibitiva de instalação de equipamentos na parte externa das unidades condominiais sem autorização expressa dos demais condôminos, entendendo que tal proibição deveria ceder diante dos *princípios* constitucionais da moradia digna, do Estado Social, da proteção à saúde e do interesse superior do menor, dada a família numerosa que ocupava a unidade condominial infratora daquela regra, cujos infantes não poderiam ser privados dos banhos quentes que só um aquecedor externo (já que dentro do apartamento não havia espaço para sua instalação, dado o elevado número de moradores dessa unidade residencial) poderia proporcionar.

Streck traz também inúmeros exemplos de princípios que sequer poderiam ser propriamente assim chamados, não passando, portanto, de meros instrumentos retóricos utilizados para afastar a normatividade legal no caso concreto. Nesse sentido, podem ser citados os “princípios” da *confiança no juiz da causa*, da *humanidade*, da *afetividade*, do *autogoverno da magistratura*, da *situação excepcional consolidada*, da *felicidade*, da *elasticidade processual*, da *adequação*, da *simetria*, da *busca da verdade real*, do *fato consumado*, entre muitos outros esdrúxulos exemplos da infundável criatividade judicial brasileira e da sua eterna disposição em contornar a normatividade dos preceitos legais.⁶⁰³

As seis hipóteses lançadas por Streck poderiam ser reconduzidas a apenas duas, a nosso alvitre, as quais ainda comportariam uma outra (não mencionada pelo autor daquela taxionomia). As três hipóteses de aproveitamento da norma parcialmente inconstitucional incorporaríamos na primeira hipótese (controle de constitucionalidade), a qual abrangeria não apenas a declaração de inconstitucionalidade pura e simples, mas também as seguintes técnicas: declaração de nulidade parcial com redução de texto, declaração de nulidade parcial sem redução de texto e interpretação conforme à Constituição.

E essa hipótese (controle de constitucionalidade) poderia ser incorporada à segunda hipótese (critérios clássicos de resolução de antinomia), pois a resolução do conflito entre uma norma legal e uma norma constitucional se rege pelo vetusto critério hierárquico. Aqui também incluiríamos o controle de convencionalidade (omitido por Streck), que deve ser realizado para verificar se a norma legal contraria alguma convenção ou tratado internacional do qual o Brasil seja parte. Tal controle ganha ainda mais evidência quando se trata de tratado ou convenção internacional de direitos humanos, pois nesse caso a norma convencional goza

602 A grafia desse neologismo varia de autor para autor, havendo os que preferem grafá-lo “panprincipiologismo” e outros, ainda, “pan-principiologismo”. Não temos predileção por qualquer dessas diferentes formas ortográficas.

603 STRECK, Lenio Luiz. “Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito”. *l. Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 49, n. 194, abr./jun. 2012, pp. 7-21, pp. 9-10.

de *status* supralegal⁶⁰⁴ em território brasileiro. Incidiria aqui, mais uma vez, algum critério tradicional de resolução de antinomias, caso verificada alguma modalidade de conflito normativo no exercício daquele controle de convencionalidade: ou a norma internacional versa sobre direitos humanos e, assim, é superior à norma interna (critério hierárquico), afastando-a; ou a norma internacional é especial em relação à interna (critério da especialidade), excepcionando-a; ou, por fim, a norma internacional é mais recente que a interna (critério cronológico), devendo, logo, prevalecer sobre esta.

Resta-nos, portanto, uma classificação bipartite para o afastamento de um preceito legal em vigor que incide no caso concreto, a dar-se nas seguintes duas hipóteses: 1ª Hipótese: controle de constitucionalidade e de convencionalidade, a abranger tanto as declarações de inconstitucionalidade e de anticonvencionalidade puras e simples, como também as técnicas da declaração de nulidade parcial com redução de texto, da declaração de nulidade parcial sem redução de texto e da interpretação conforme à Constituição; e 2ª Hipótese: controle principiológico, por meio do qual não se aplica uma regra legal se se entender que ela conflita, no caso concreto, com um princípio, um *standard* retórico ou um enunciado performativo.

Mas, em verdade, suspeitamos, ao fim e ao cabo, que nos resta apenas uma única hipótese, considerando que até mesmo a segunda hipótese referida no parágrafo anterior pode quase sempre acabar sendo reconduzida àquela que lhe precede, haja vista que a filtragem principiológica de natureza constitucional não deixa de ser uma espécie de aplicação do critério hierárquico de resolução de antinomias, salvo quando a norma afastada/derrotada também possui natureza constitucional. Não obstante, mesmo em caso de conflito entre normas formalmente constitucionais, por vezes o seu modo de resolução indica a prevalência da norma (regra ou princípio) constitucional em sentido material sobre a norma constitucional apenas em sentido formal. Um exemplo pode ajudar a clarificar o raciocínio: o artigo 243 da Constituição⁶⁰⁵ prevê o confisco (expropriação sem qualquer indenização ao proprietário) das propriedades onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo. Trata-se de norma constitucional apenas do ponto de vista formal, e não de uma norma materialmente constitucional, pois não trata de temas que normalmente devem ser abordados pela Carta Magna, tais como o são a estrutura básica dos Poderes, das funções e da forma de

604 Na hierarquia normativa brasileira, os tratados sobre direitos humanos situam-se abaixo das normas originárias da Constituição, porém acima da legislação infraconstitucional, sobretudo se o seu rito de aprovação respeitou a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Assim, aquelas normas internacionais tornam inaplicável a legislação infraconstitucional que com elas conflite, seja a anterior, seja a posterior ao ato de ratificação. É o que dispõe o artigo 5º, § 3º, da Constituição republicana de 1988: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. E é por meio do controle de convencionalidade que o órgão judicial faz tal cotejo entre as normas internacionais e as internas, conforme ensina Valério Mazzuoli, *verbis*: “O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de supralegalidade das leis no Brasil” (MAZZUOLI, Valério. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2ª ed. vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 134).

605 “Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. [\[Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014\]](#) Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. [\[Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014\]](#)” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27.09.2022).

Estado, seu regime e sistema de governo, as modalidades de participação popular na vida estatal e de acesso aos cargos públicos, bem como o rol mínimo de direitos e garantias fundamentais a que todo indivíduo, sem qualquer distinção ou privilégio, faz jus em território nacional. A norma do referido artigo 243 poderia ser facilmente derrotada por uma norma material de Direito Constitucional em um conflito no caso concreto, caso se confiscasse uma propriedade inteira, por exemplo, apenas em virtude da existência de um único pé de maconha plantado pelo proprietário para seu exclusivo consumo pessoal. Será que a cláusula constitucional do devido processo legal, em sua acepção substantiva (*substantive due process of law*) - a exigir que o Estado se pautado pelo postulado da razoabilidade na prática dos atos processuais de que incumbe seus agentes -, não poderia ser evocada no caso concreto para excepcionar a aplicação pura e simples da norma do artigo 243? Será que os princípios materialmente constitucionais da liberdade, da proporcionalidade, da vida privada, da intimidade e da dignidade da pessoa humana também não poderiam ser evocados com a mesma finalidade?

O problema surge quando se tem que cotejar a aplicação preponderante de uma entre duas normas materialmente constitucionais, normativamente antagônicas e que, por isso mesmo, concorrem entre si em um caso concreto, resultando no afastamento de uma das concorrentes. Seria o exemplo do embate entre a proteção do direito à intimidade dos litigantes envolvidos em um processo de Direito de Família *versus* a proteção do interesse público à informação. O artigo 93, inciso IX, da Constituição brasileira tem, a propósito, a seguinte redação, *verbis*:

“IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.” (sublinhou-se)

Verifica-se, na parte final dessa redação, que a própria Constituição excepciona o caráter público dos julgamentos a cargo do Judiciário, quando se tratar da “preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo”. Mas é também este mesmo dispositivo constitucional que passa, de modo contraditório, a baralhar as coisas logo na sequência, ao estabelecer que tal proteção à intimidade somente se mostra devida quando ela “não prejudique o interesse público à informação”. Ora, ou bem a preservação da intimidade é uma exceção à publicidade dos processos conduzidos pelo Poder Judiciário e, assim, ela coloca em segundo plano o interesse público à informação; ou bem ela é sempre dependente do interesse público à informação, caso em que ela somente será objeto de proteção judicial se este não for prejudicado. Em tese, porém, o interesse público à informação será quase sempre prejudicado quando o julgamento ocorrer a portas fechadas, vale dizer, sem a publicidade necessária e sem a respectiva fiscalização pelos membros da sociedade civil do que se passou na sala de audiências. Imagine-se que fatos de interesse público podem ter sido revelados em uma audiência e até mesmo sido acobertados pela autoridade judiciária, sem que ninguém pudesse a eles ter acesso para alertar a população. Por isso, em caso de dúvida, parece-nos que a balança tende sempre a pender para o lado da publicidade e da transparência, sobretudo em repúblicas democráticas, como é o caso do Brasil e de Portugal.

Mas, em certos casos, a preservação da intimidade da própria vítima de um bárbaro crime de estupro, por exemplo, pode recomendar, a depender da situação, que o seu depoimento seja tomado sem a presença de estranhos e, sobretudo da grande mídia no recinto da audiência, por maior que seja o “interesse público à informação” na hipótese. A solução aqui não passa, porém, pelo afastamento puro e simples de uma norma de menor hierarquia em favor de outra de maior hierarquia, mas sim pela ponderação, balanceamento, sopesamento ou concordância prática entre princípios constitucionais de mesma estatura normativa.⁶⁰⁶ Isso não constitui, todavia, o objeto da presente tese doutoral, razão pela qual não insistiremos nesse ponto.

O objeto de maior preocupação da presente tese não advém, contudo, do mérito ou eventual demérito das verdadeiras técnicas alexyanas de ponderação e suas complexas fórmulas matemáticas (sobretudo a “*weight formula*”)⁶⁰⁷ – as quais nunca foram sequer objeto de aplicação séria e rigorosa pelo Judiciário brasileiro, ao menos do ponto de vista racional pretendido por Alexy. O que a tese aborda como seu objeto de preocupação, isso sim, é a prática pouco ortodoxa, porém lamentavelmente usual, que passou a guiar as decisões judiciais brasileiras sempre que o respectivo órgão prolator não quer aplicar uma lei incidente na espécie.

Essa prática é responsável pelo afastamento de norma legal aplicável em nome da priorização judicial de *standards* normativos extremamente genéricos e abstratos, tais como o “princípio da moradia digna” (visto acima em exemplo espanhol, mas bem que poderia ser brasileiro), os quais passam a ser hiperdimensionados em detrimento de regras legais setorizadas e bem específicas, como a que proíbe condôminos de subverter determinadas normas de convivência pacífica fixadas por eles mesmos e para vigorar entre eles mesmos, em respeito à igualdade que deveria reinar entre os coproprietários, sem a concessão de quaisquer privilégios em favor de uns poucos. Tais privilégios odiosos – já que contrários ao princípio da isonomia – dão-se sempre em desfavor das demais pessoas que, respeitando a legislação e por vezes não dispondo de recursos para contratar bons advogados, são obrigadas a cumprir o que manda a lei.

606 Além de previstos no referido artigo 93, inciso IX, da Carta Magna, os princípios do direito à intimidade e do direito à informação também são objeto de tratamento constitucional expresso nos artigos 5º, incisos X, XIV e LX, e 220, tamanha é a importância que o Constituinte de 1988 igualmente atribuiu à proteção de ambos, apesar de antípodas.

607 O Professor colombiano Carlos Bernal Pulido explica que a complexa estrutura alexyana do sopesamento (da qual a *weight formula* sobressai como um de seus elementos mais importantes) é um método trifásico de que o juiz lança mão para trazer à consideração decisional todos os elementos que devem ser levados em conta, de modo consistente e coerente, na justificação de uma previsível tomada de decisão judicial, cabendo à “*formula do peso*” a seguinte função, *verbis*: “*The weight formula gives expression to every element that the judge ought to take into account and every decision that should be justified. In legal practice, these judicial decisions make up a network of precedents that allow principles to be applied in a consistent and coherent manner, with the result that balancing is predictable*”. Pulido tenta esgrimir as críticas que são usualmente dirigidas à ponderação alexyana (chamada de *abwägung* por seu artífice), em especial aquelas que apontam no sentido de que tal técnica pecaria por imprecisão ao tentar comparar valores ou situações incomparáveis, como se fosse possível aferi-los objetivamente por uma única régua ou balança para chegar-se à “primazia condicionada” do princípio vencedor da colisão que performava com o derrotado princípio concorrente. Pulido afirma que em Direito, ao revés do que dizem os críticos, nenhum método é absolutamente preciso, mas que o método alexyano contém, pelo menos, uma “pretensão de correção” racionalmente bem estruturada, coerente e consistente. Afirma, ainda, em defesa de Alexy, que não há como garantir um método de racionalidade absoluta na aplicação das normas jurídicas, a menos que se adote uma improvável teoria da “hiperracionalidade” (*hyper-rationality*), a qual somente encontraria eco entre os formalistas puros, que, em vão e até de forma irracional, tentam expungir da prática forense toda e qualquer abordagem que não tenha cunho exclusivamente objetivo e demonstrativo. Pulido conclui, assim, e com ele estamos de pleno acordo nessa conclusão, que o fato de um método jurídico não ser absolutamente racional não o torna irracional, até porque a já mencionada hiperracionalidade é um ideal impossível de ser alcançado em Direito, constituindo verdadeiro fanatismo (PULIDO, Carlos Bernal. “*The Rationality of Balancing*”. In: **Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, vol. 92, n.º 2 (2006), pp. 195-208).

Tal prática judicial desconsidera o que Dworkin denomina “princípio da prioridade local da interpretação”, segundo o qual gozam de primazia, para a solução da questão interpretativa sobre que norma aplicar ao caso, as previsões contidas nas áreas jurídicas nele envolvidas mais de perto, como já foi visto no Capítulo 4.

Não é por outra razão que Dworkin exorta os magistrados a substituírem, nas decisões judiciais que proferem, seus próprios ideais políticos pelos ideais políticos já positivados pelos representantes do povo e plasmados nos mandamentos legais, sempre que os ideais políticos convertidos em lei sejam incompatíveis com os esposados pelo juiz.⁶⁰⁸

Por vezes o magistrado nutre pessoalmente um ideal político de combate à criminalidade e se recusa, em razão disso, a cumprir o que determina uma legislação positivadora de um ideal político de proteção à liberdade, com o qual aquele não concorda, seja por questões ideológicas, seja por questões pragmáticas (afinal, dá mais trabalho seguir rigidamente o *iter* legal que atuar de forma livre e desembaraçada de todas e quaisquer amarras impostas por lei).

Porém, ao direito do litigante de ver sua prerrogativa legal ser devidamente observada e cumprida em juízo, e não esvaziada nem flexibilizada por argumentos extrajurídicos, corresponde o dever funcional dos juízes de respeitá-la rigorosamente, sob pena, inclusive, de responderem por um dos crimes de abuso de autoridade previstos na Lei nº 13.869/2019, conforme já exemplificado no Capítulo 4 (tópico 4.4).

Foram dados ao longo da tese inúmeros exemplos que indicam estar a praxe judiciária brasileira trilhando, há bastante tempo já, um caminho de pouco apreço pelo princípio constitucional da legalidade democrática. E outro exemplo deve aqui ser acrescentado, agora para demonstrar que a reiterada prática judicial de desrespeitar prerrogativas processuais da defesa culminaram na adoção, pelo Superior Tribunal de Justiça, de importante e drástico precedente em prol da liberdade e do devido processo legal em favor de pessoas acusadas injustamente, no que tange a reconhecimentos fotográficos, feitos em delegacias de polícia pelas supostas vítimas, de suspeitos de participação em infrações penais.

Tamanho tem sido o descumprimento às exigências do artigo 226 do Código de Processo Penal (CPP)⁶⁰⁹ pelos agentes estatais encarregados da persecução penal – em especial, delegados de política, promotores de justiça e juízes -, que coube ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), secundado pelo Supremo

608 “Speak to the lawyers and judges who must puzzle about what to do with the new Human Rights Act. Don’t tell the judges they should exercise their discretion as they think best. They want to know how to understand the Act as law, how to decide, and from what record, how freedom and equality have now been made not just political ideals but legal rights” (DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 186).

609 Eis a redação do mencionado dispositivo legal, *verbis*: “Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 29.09.2022).

Tribunal Federal (STF), fixar o entendimento de ser insuficiente para uma condenação criminal o reconhecimento puro e simples do suspeito mediante exibição de sua fotografia à vítima, se tal reconhecimento for o único elemento probatório a lastrear a acusação e não observar as formalidades do referido artigo 226 do Código de Processo Penal (CPP).

Nos julgamentos de origem levaram o STJ a rever a jurisprudência inferior que se havia formado nas instâncias ordinárias, estas sustentavam o bizarro e manifestamente ilegal entendimento de que “*o artigo 226 do CPP veicula meras recomendações à realização do procedimento, não estando a validade da prova condicionada à sua rigorosa observância*”, e que “*mesmo aquele realizado ao arrepio do procedimento previsto no art. 226 do CPP é elemento de convicção plenamente válido e capaz de subsidiar o entendimento alcançado pelo julgador, ainda que não ostente o mesmo status que a prova nominada regida pelo aludido dispositivo legal*”⁶¹⁰.

Esteretótipos culturais e étnicos, seletividade do sistema penal e vieses causados pela emoção e necessidade de reconhecimento de alguém pelas vítimas, entre outros fatores estudados pela criminologia e psiquiatria forense, são responsáveis por falsos reconhecimentos, que levam a prisões e condenações indevidas em número inadmissivelmente assombroso em território nacional.⁶¹¹ Pessoas negras e oriundas de baixos estratos sociais são, sem a menor dúvida, as mais atingidas pela falta de esmero institucional em relação à liberdade alheia e pela flagrante irreverência quanto à legalidade em que costuma incorrer boa parte dos agentes estatais brasileiros, para quem o respeito ao devido processo legal e à liberdade daqueles que não podem suportar os honorários de um bom advogado, tem nenhum ou quase nenhum valor.

Para evitar a repetição desenfreada de erros crassos como esses, que desgraçam a vida das pessoas assim presas injustamente (ainda mais considerada a cruel, degradante e desumana situação dos superlotados presídios brasileiros, verdadeiros infernos na Terra comandados por facções criminosas),⁶¹² a 6ª Turma do STJ fixou, no julgamento do HC 598.886/SC,⁶¹³ *standards* interpretativos para que se considere seguro e,

610 Trecho extraído do voto do Relator no HC 729.802/SC, julgado monocraticamente pelo Min. Sebastião Reis Júnior, do STJ, em 22.03.2022.

611 Pesquisa produzida por iniciativa da Comissão Criminal do Colégio Nacional dos Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE) reuniu dados apurados por defensores públicos de dez estados brasileiros, relativamente ao período 2012-2020, revelando a ocorrência de pelo menos 90 prisões injustas motivadas por reconhecimento fotográfico (a maioria no Rio de Janeiro). Dos 79 casos com informação sobre cor de pele, 81% eram de pretos ou pardos (Fonte: STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06022022-Reconhecimento-de-pessoas-um-campo-fertil-para-o-erro-judicial.aspx>. Acesso em 29.09.2022).

612 Além de sofrerem um traumatizante estigma social e de perderem o emprego, os amigos, o contato com a família e com a vida exterior ao cárcere, esses presos, obrigados a vender o pouco do que possuem só para pagar um advogado (quando possuem algo, o que é raro), acabam sendo coagidos a associar-se a facções criminosas logo que dão entrada no sistema penitenciário, sob pena de morrerem por ordem de seus líderes integrantes, dos quais costumam permanecer escravos mesmo após saírem da prisão. A situação é tão calamitosa que o Supremo Tribunal Federal admitiu o processamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF e já chegou a declarar, na medida liminar nela deferida, que o desumano, cruel, degradante e superlotado sistema penitenciário brasileiro encontra-se em verdadeiro “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI), considerando o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: a) violação massiva e de forma continuada a diversos direitos fundamentais, com impacto direto a grande número de indivíduos; b) omissão reiterada e persistente do Estado em defender tais direitos fundamentais; c) graves falhas estruturais e deficiência endêmica na implementação de políticas públicas minimamente eficazes para resolver os referidos problemas; e d) risco concreto de ajuizamento de elevado número de ações relacionadas à espécie, acarretando ainda maiores congestionamentos ao Poder Judiciário (STF, ADPF nº 347/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento da medida liminar ocorrido em 09.09.2015. Andamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 30.09.2022).

613 Os *standards* fixados pelo STJ são os seguintes: “1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2) À vista dos

consequentemente, válido o ato de reconhecimento fotográfico realizado em delegacias de polícia, tantos eram e continuam sendo os casos brasileiros de prisão e de condenação indevidas de pessoas que não são os verdadeiros autores/participes dos delitos a elas imputados pelas autoridades competentes.

Vale ressaltar que muitos desses inocentes acabam obtendo suas absolvições apenas nos Tribunais Superiores, depois de passarem longos anos presos, cumprindo indevidamente penas decorrentes de erro judiciário e peregrinando pelos gabinetes de juizes e promotores na vã tentativa de provar sua inocência (como se alguém fosse obrigado a fazê-lo sob um sistema acusatório e como se o ônus de provar a culpa do acusado não coubesse exclusivamente a quem acusa).

Esse triste cenário seria, por certo, ainda mais tenebroso, se as Cortes Superiores, incumbidas pela Constituição da defesa do direito objetivo de modo uniforme em todo o território nacional, não fossem tão atuantes em prol do devido processo legal, da juridicidade e da liberdade de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. É inadmissível que se institucionalize, por via judicial, a criação de castas à moda indiana, formadas por cidadãos de primeira e de segunda categoria, cujas prerrogativas processuais dependem, para que sejam respeitadas, da condição socioeconômica de seus titulares.

É fato público, notório e, portanto, independente de prova a constatação empírica de que, no Brasil, os direitos e garantias fundamentais das pessoas pobres em geral, e dos negros em particular, não costumam receber do Estado a mesma atenção que na prática é deferida às prerrogativas dos membros integrantes das camadas sociais mais abastadas. Pessoas mais humildes, em geral negros residentes em favelas ou em suas adjacências, costumam ser abordadas mais facilmente pela polícia e acabam, por vezes impunemente, sendo presas e/ou condenadas sem que suas prerrogativas constitucionais e legais sejam observadas. No exemplo dado acima, uma importantíssima prerrogativa legal lhes é sonogada por entenderem certos magistrados que “o artigo 226 do CPP veicula meras recomendações à realização do procedimento, não estando a validade da prova condicionada à sua rigorosa observância” (*sic*), tal como reproduzido pelo próprio STJ no acórdão que pretendeu colocar um ponto final em tamanha aberração jurídica que contamina a praxe processual penal brasileira e subverte o *rule of law*.

Enquanto se continuar dando crédito à tese benthamiana da separação acústica, segundo a qual os juizes não estão vinculados à lei, senão apenas ao caso concreto, não haverá qualquer mudança nesse

efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 4) O reconhecimento do suspeito por mera exibição de fotografia(s), ao reconhecer, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo” (HC 598.886/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 18/12/2020. Inteiro teor disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116061726&num_registro=202001796823&data=20201218&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 30.09.2022).

tenebroso cenário, em que os agentes públicos em geral, e os juízes em especial, reputam-se livres para a aplicar a lei apenas quando isso lhes convém, a depender sempre da condição socioeconômica do jurisdicionado.

A lei é igual para todos e deve, por conseguinte, obrigar e ser aplicada a todos, indistintamente. Nem mesmo a classe dos magistrados pode furtar-se ao império da lei. E suas prescrições, ao estabelecerem prerrogativas em prol do indivíduo, não podem ser sonegadas a ninguém, por mais precária que seja a condição socioeconômica do seu titular, por maior que seja o acréscimo de trabalho⁶¹⁴ que elas acarretam e por maior que seja a antipatia político-ideológica que inspiram juntos aos agentes incumbidos de observá-las.

Nada justifica racionalmente, portanto, uma postura oficial de desprezo à representação democrática subjacente à lei. E isso se torna ainda mais grave quando é o próprio Estado que, por meio de seus agentes, nutre tal desprezo por sua própria obra.

Para Alexy, porém, a representação democrática trazida pela lei é apenas um ideal que necessita de outros elementos para ser concretizada, dentre os quais releva a pretensão de correção buscada pela argumentação diante das peculiaridades do caso concreto.⁶¹⁵

Por isso que, para Alexy, o controle de constitucionalidade exercido pelos juízes não é um atentado à democracia. Também para o professor Paulo Otero, negar-se o controle de legitimidade das leis equivale a aceitar-se passivamente o totalitarismo estatal, o qual faz do Estado um Deus e impõe quatro questionáveis preferências institucionais, quais sejam: 1) prefere-se a disciplina à justiça; 2) prefere-se a autoridade à liberdade; 3) prefere-se a obediência à consciência; e 4) prefere-se a violência à tolerância.⁶¹⁶

O autor alemão defende, por isso, que “uma representação puramente argumentativa deve ter primazia diante de uma representação apoiada em eleições e reeleições”⁶¹⁷, quando a lei aprovada pelos representantes do povo contiver vícios de irracionalidade que comprometam a pretensão de correção esboçada pelo legislador.

Estamos de acordo com Alexy quando afirma que o controle de constitucionalidade exercido pelos juízes não deve ser visto um atentado à democracia. E também concordamos com aqueles que, filiados a uma interpretação evolutiva, admitem que a Constituição seja judicialmente interpretada de modo consentâneo com a

614 É evidente que a observância rigorosa das exigências contidas no referido artigo 226 do CPP dá muito mais trabalho aos agentes policiais que simplesmente mostrar à vítima fotos de alguns suspeitos, já que o comando legal exige que os agentes, antes de exibir fotos de suspeitos, convidem a vítima a descrever a pessoa a ser reconhecida e, depois, coloquem esta ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança. Isso demonstra que, por vezes, é a própria pressa que faz os agentes policiais descumprirem a prerrogativa que a lei estabeleceu em prol dos suspeitos.

615 “Representation necessarily lays claim to correctness. Therefore, a fully-fledged concept of representation must include an ideal dimension, which connects decision with discourse. Representation is thus defined by the connection of normative, factual, and ideal dimensions” (ALEXY, Robert. “Balancing, constitutional review, and representation”. *In: International Journal of Constitutional Law*. V. 3, n. 4. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 579).

616 OTERO, Paulo. **A Democracia Totalitária**. Lisboa: Principia, 2000, p. 20.

617 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4ª ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 165.

evolução da sociedade que busca disciplinar.⁶¹⁸ Mas discordamos de que prerrogativas legais expressas estabelecidas em prol do indivíduo possam ser objeto de reapreciação judicial supressiva, sob o genérico pretexto de estar o juiz, aí, exercendo uma suposta pretensão de correção buscada pela argumentação diante das peculiaridades do caso concreto. Por exemplo, uma pessoa é presa em flagrante nos confins de um rincão muito distante da sede da comarca onde trabalha o juiz e, por isso, diante dessa “peculiaridade do caso concreto”, a autoridade policial entende por bem “flexibilizar” o prazo máximo de 24 horas dado pela legislação⁶¹⁹ para que o preso seja apresentado à autoridade judicial, a fim de que esta decida a respeito da legalidade da prisão.

Entendemos que eventual “flexibilização”⁶²⁰ operada pela autoridade policial nesse caso viola prerrogativa legal do preso, tornando a prisão ilegal, em consequência, na medida em que não foi deixado qualquer espaço à discricionariedade do intérprete no que tange à observância estrita do prazo-limite de apresentação fixado em lei. E, ainda que houvesse o costume de, em certas regiões mais afastadas, apresentar-se o preso à autoridade judicial fora do prazo de 24 horas estabelecido por lei, tal costume manifestamente ilegal não teria o condão de converter-se em fonte legítima de direito nessa hipótese, uma vez que contrário a prerrogativa legal expressamente estabelecida pelo legislador em prol do indivíduo.

Defendemos que não pode haver aqui - nem em lugar nenhum - *consuetudo contra legem*; o costume pode propiciar uma interpretação razoável do que está contido na lei (*consuetudo secundum legem*), ou pode até suprir uma omissão da lei (*consuetudo praeter legem*), mas não pode contrariar a lei, sobretudo quando esta veicula uma prerrogativa em favor do indivíduo voltada a assegurar o seu *status libertatis*.

Ademais, de um *ser* não se extrai um *dever-ser*, como já visto no Capítulo 1 (item 1.4). E, de toda sorte, um direito fundamental como o de liberdade, que constitui o núcleo essencial da dignidade humana, jamais pode ser instrumentalizado em favor do alcance de determinadas consequências, por mais nobres que estas

618 Nos termos do constitucionalismo popular proposto por autores como Mark Tushnet Tushnet, todavia, os tribunais deveriam ser afastados da tarefa de interpretar a Constituição, para que se revalorizem, fora das barras judiciais, os ambientes públicos de deliberação pública. Discordamos dessa proposta antissubstancialista, por entendermos que o Judiciário pode, sim, ser um excelente espaço público de deliberação sobre como melhor interpretar as normas constitucionais. Mas concordamos com a postura antirrealista do referido autor estadunidense, quando este afirma, *verbis*: “*What the Constitution means is not necessarily what the Supreme Court says it means*” (TUSHNET, Mark. ***Taking the Constitution away from the courts***. New Jersey: Princeton University Press, 1999: p. 6).

619 A Resolução n° 213/CNJ, de 15/12/2015, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para regulamentar tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, dispõe, em seu artigo 1º, que “*toda pessoa presa em flagrante delicto, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão*” (Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em 02.10.2022). O que começou como uma iniciativa regulamentar do CNJ acabou sendo, em 2019, objeto de incorporação expressa no Código de Processo Penal, cujo artigo 310 desde então prevê: “Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (...)”. No mesmo sentido é o artigo 287 do CPP, que trata de prisão por ordem judicial, cuja redação também foi dada pela Lei n° 13.964/2019.

620 Imagine-se, como exemplo dessa “flexibilização” (entendida como eufemismo para ilegalidade flagrante), que a autoridade policial, sob a justificativa de estar muito distante da sede da comarca judiciária e de não dispor de recursos materiais e humanos suficientes para deslocamentos diários rumo a esta, decida “acumular” os presos por dois ou três dias, a fim de levá-los à presença da autoridade judicial apenas duas ou três vezes por semana, de modo a racionalizar tais deslocamentos e gerar, com isso, economia aos cofres públicos e benefícios à segurança pública e à administração policial. Por maior que sejam as vantagens pragmáticas na adoção dessa postura nada ortodoxa do ponto de vista legal, ela jamais poderá ser naturalizada pelo teórico do Direito, nem tida como prática juridicamente legítima por seus operadores, já que, em Direito, não são os fins que justificam os meios, mas sim estes, aqueles.

sejam. O ser humano jamais pode servir de meio para o atingimento de qualquer finalidade. É disso que as concepções utilitaristas em geral costumam se esquecer, por acreditarem, como já notara John Stuart Mill, ser a felicidade a única coisa desejável como um fim, de sorte que todas as outras coisas só seriam desejáveis enquanto meios para a consecução desse fim.⁶²¹

Filiamo-nos, porém, a uma concepção jusfilosófica menos utilitarista, para não se dizer mais deontológica, ortodoxa e formalista, nos termos da qual nem todos os meios conducentes à “felicidade da maioria”⁶²² podem ser utilizados de modo juridicamente legítimo para atingi-la. Entendemos que nem a *felicidade geral da nação* pode justificar a infelicidade causada a uma única pessoa, se a causa desta infelicidade for uma ilegalidade.

6.7. O problema de qualquer juiz poder declarar inconstitucional qualquer lei

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é considerado misto, na medida em que congrega a sistemática difusa inspirada no Direito estadunidense, em que todo e qualquer juiz pode declarar incidentalmente inconstitucional, no caso concreto, qualquer lei, e o modelo concentrado, concebido por Kelsen para a Constituição austríaca, em que a Suprema Corte tem poderes para declarar, de modo abstrato e pela via principal, a incompatibilidade de uma lei com o texto da Carta Magna, mediante decisão com efeitos vinculantes (tanto para os demais órgãos do Poder Judiciário quanto para a Administração Pública em geral) e eficácia *erga omnes*.

A diferença é apenas de grau e de amplitude, pois, na prática, para os litigantes envolvidos em uma causa, a decisão de inconstitucionalidade proferida por um juízo de primeira instância produz efeitos imediatos, expungindo, sem qualquer consulta à instância superior, a aplicação da lei ao caso concreto. Nem mesmo precisa ser respeitada a cláusula constitucional de reserva de plenário (artigo 97 da Constituição)⁶²³, a qual só se aplica a tribunais (órgãos colegiados), e não a órgãos unipessoais ou monocráticos, e nem às turmas recursais dos Juizados Especiais.

621 Sobre o tema, John Stuart Mill, um dos mais ilustres pensadores caudatários do utilitarismo benthamiano, observa: “A doutrina utilitarista é a de que a felicidade é desejável e é a única coisa desejável, como um fim; todas as outras são desejáveis apenas enquanto meios para esse fim” (MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Trad. Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005, p. 48). Ao contrário de Kant, os utilitaristas não examinam o certo e o errado a partir de uma perspectiva apriorística, mas sim sempre *a posteriori*, para então concluírem, a partir de seu resultado, se a ação ou omissão examinada era boa ou não, desejável ou indesejável, útil ou inútil. A utilidade está sempre ligada à promoção da felicidade geral ou coletiva, única coisa desejável enquanto fim. A noção de certo ou errado, para os utilitaristas, não vem da “intuição”, senão da “indução”, como novamente aponta Stuart Mill: “O intuicionista julga que, graças a uma forma de intuição intelectual, podemos descobrir *a priori* os princípios morais sem os inferir de quaisquer premissas empíricas. O indutivista, pelo contrário, sustenta que o conhecimento desses princípios tem uma base empírica. Podemos inferir esses princípios a partir da experiência” (Ibidem, p. 13). Mas vale ressaltar que a perspectiva de Stuart Mill não se confunde com uma proposta hedonista, pois sua noção de felicidade abarca valores morais caros à vida em sociedade, como a virtude, por exemplo, e em nada se confunde com a busca por “prazeres inferiores”, expressão pela qual o filósofo britânico designa os deleites corporais. É nesse sentido que Kant poderia ser considerado um “intuicionista”, concluímos nós, a partir dessa breve lição.

622 No Capítulo 4 (itens 4.1 e 4.2), já vimos que o pensamento utilitarista pode ser bem condensado na clássica fórmula benthamiana “*the greatest happiness of the greatest number*”.

623 “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03.10.2022).

Em causas federais que envolvem licitações e leilões nacionais e até internacionais de obras e serviços relativamente a todo o território brasileiro, para celebração de contratos administrativos de enorme vulto e realização de grandes privatizações e concessões públicas (como as desestatizações nos sistemas aeroportuários, as arrematações de lotes de exploração de petróleo, as construções de metrô e ferrovias, etc), a decisão de um único juiz federal de primeira instância tem o poder de paralisar a implementação de toda uma política pública aprovada conjuntamente pelos representantes do povo no Executivo e no Legislativo.

Para tanto, basta que o juiz considere inconstitucional tal política pública veiculada pela lei que é objeto do *judicial review* realizado no caso concreto, muitas vezes no bojo de uma ação popular ajuizada por um político derrotado nas últimas eleições,⁶²⁴ cujas propostas políticas não tiveram ressonância eleitoral. Inaugura-se, aqui, um segundo turno eleitoral, porém, pela via judicial, e não pela via do sufrágio direto e universal.

Sendo extremamente prolixa ou analítica a Constituição brasileira⁶²⁵, não se mostra impossível a missão de nela encontrar algum dispositivo que forneça supedâneo, ainda que oblíquo ou indireto, à declaração de inconstitucionalidade da política pública positivada na lei sindicada. E assim frequentemente o fazem certos juízes federais dotados de ideologias políticas menos alinhadas com as do governo de plantão, em decisões de impacto nacional que vigoram pelo menos até o momento em que a Advocacia-Geral da União (AGU) consegue cassá-las no tribunal federal competente, o que por vezes dura poucas horas, mas sempre acaba gerando um forte abalo à segurança jurídica tão buscada pelos investidores, sobretudo os internacionais. Estes aplicam, em certos contratos, investimentos da ordem de milhões de dólares, sem nunca terem, porém, a certeza de que essas vultosas avenças não serão obstaculizadas judicialmente, a depender da ideologia do juízo competente.

Juízes imbuídos de ideologias situadas mais à esquerda do espectro político, que em regra nutrem uma visão governamental mais estatizante, não raro decidem de modo contrário aos interesses do governo nos processos judiciais em que se impugnam desestatizações em geral e privatizações em especial. E sempre é possível a esses juízes, por meio de uma certa retórica argumentativa de viés principiológico, encontrar fundamentos para tais decisões em valores constitucionais bem genéricos e abstratos, travestidos invariavelmente sob a forma de princípios, tais como o princípio republicano, o princípio do Estado Social, o princípio da solidariedade, o princípio da fraternidade, o princípio da indisponibilidade do interesse público, o

624 Além dos cidadãos que ingressam com ação popular, o Ministério Público, entidades de classe como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sindicatos, associações de trabalhadores e partidos políticos também costumam figurar como os principais sujeitos ativos dessas ações de impugnação ajuizadas contra atos governamentais implementadores de políticas públicas.

625 Apenas para se ter uma ideia do seu tamanho, o corpo principal da Constituição é formado por nada menos que 250 (duzentos e cinquenta) artigos, que se subdividem em centenas de incisos, alíneas e parágrafos. Só o artigo 5º da Constituição tem 79 (setenta e nove) incisos e 4 (quatro) parágrafos. E, além disso, ela ainda conta com mais 120 (cento e vinte) artigos apenas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os quais também se subdividem em centenas de incisos, alíneas e parágrafos. A Constituição brasileira tem, portanto, um total de 370 (trezentos e setenta) artigos. Cumpre assinalar, porém, que a atual Constituição de Portugal, promulgada em 2 de Abril de 1976, também é extremamente prolixa, contando com nada menos que 296 (duzentos e noventa e seis) artigos. Apenas a título comparativo, a Constituição da República Fundamental Alemã (Lei Fundamental de Bonn, de 1949), igualmente considerada prolixa, possui 146 (cento e quarenta e seis) artigos, isto é, menos da metade que a Constituição Portuguesa e pouco mais que apenas um terço da Constituição do Brasil. Poucos temas escapam, assim, do constitucionalismo brasileiro, o qual, por conseguinte, invade praticamente todos os setores da vida nacional.

princípio da moralidade, o princípio da universalização do serviço público, o princípio da segurança nacional, o princípio da eficiência, o princípio da vedação ao retrocesso social, etc.

No final das contas, porém, essa atuação ativista de juízes de primeiro grau impregnados de ideologias acaba não encontrando qualquer eco nos tribunais intermediários e superiores, que invariavelmente cassam decisões judiciais contrárias às privatizações. Nenhuma privatização ocorrida no Brasil durante os governos neoliberais que se estabeleceram na década de noventa foi julgada improcedente, no mérito, pelo Judiciário, mas obviamente que a avalanche então produzida de decisões liminares atrasou o Programa Nacional de Desestatização levado a cabo pelos governantes da época, conforme aponta minuciosa pesquisa acadêmica sobre aquele período.⁶²⁶

Isso demonstra que a universalista e espartana atuação das cortes superiores é importantíssima para manter a higidez do direito jurídico, sempre ameaçado por decisões que flertam com particularismos jurídicos. E, embora sejam constitucionalmente responsáveis pela proteção do direito objetivo – e não tanto pela justiça do caso concreto –, as estatísticas⁶²⁷ revelam que os tribunais de cúpula concedem milhares de *habeas corpus*, mandados de segurança, *habeas data* e mandados de injunção por ano para garantir direitos fundamentais atingidos por decisões ilegais das demais instâncias. Quer violando frontalmente a legislação, quer se rebelando contra a jurisprudência superior, as cortes de origem acabam obrigando os jurisdicionados a congestionar ainda mais o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça com a impetração de *writs* constitucionais, cujo manejo poderia ser evitado se o direito positivo fosse devidamente respeitado pelos tribunais intermediários.

No exemplo dado acima, impende salientar que, malgrado não haja um único dispositivo constitucional que trate dos procedimentos de desestatização,⁶²⁸ a Constituição costuma ser evocada por alguns juízes (minoritários, felizmente) como fundamento decisório na tentativa (sempre fracassada, isso deve ser dito) de afastar, por motivos ideológicos, as medidas governamentais de privatização.

Em outras ocasiões, os juízes que são ideologicamente contrários às privatizações valem-se de supostos fundamentos inspirados artificialmente nas leis que regulam o tema, cujos dispositivos interpretam de modo

626 Em estudo realizado sobre o papel desempenhado pelo Poder Judiciário brasileiro no processo de privatização de empresas estatais levado a cabo nos anos 1990, Vanessa Elias de Oliveira concluiu, a partir dos dados coletados em sua pesquisa de doutoramento, que “a utilização do Judiciário não impediu, mas retardou a ação do governo no caso das privatizações, além de levá-lo a mudar as suas estratégias de ação face à avalanche de processos judiciais e de pedidos de liminar” (OLIVEIRA, Vanessa Elias de. “Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?”. *In: Revista de Ciências Sociais*. Vol. 48, n. 3. Rio de Janeiro: Scielo Brasil. 2005, pp. 559-686. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000300004>>. Epub 07 Mar 2008. ISSN 1678-4588. <https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000300004>. Acesso em 04.10.2022).

627 Para se ter uma simples ideia desses números estupefacentes, só a Suprema Corte brasileira – que em regra só deveria julgar *writs* constitucionais impetrados em face de decisões de tribunais superiores – concedeu quase mil *habeas corpus* apenas no ano de 2019 (precisamente, 923 HC’s concedidos), conforme se pode consultar em estudo realizado pelo grupo de pesquisas “Observatório de Precedentes Penais” (Disponível em <https://observatoriopenal.com.br/>. Acesso em 05.10.2022). E, como já apontado no Capítulo 3, tornaram-se públicas as críticas do Superior Tribunal de Justiça aos tribunais de segunda instância, sobretudo ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no que tange à renitente recusa destes em respeitar a legislação processual penal e a jurisprudência superior formada sobre ela (Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/330944/ministro-schietti-critica-tj-sp-por-nao-seguir-jurisprudencia-ignoram-stj-e-stf>. Acesso em 05.10.2022).

628 O artigo 81 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, único do texto constitucional a referir-se a desestatizações, não trata, contudo, propriamente dos procedimentos de privatização, senão apenas institui Fundo constituído pelos recursos recebidos pela União em decorrência da desestatização de sociedades de economia mista ou empresas públicas por ela controladas, direta ou indiretamente, quando a operação envolver a alienação do respectivo controle acionário a pessoa ou entidade não integrante da Administração Pública, ou de participação societária remanescente após a alienação, cujos rendimentos, gerados a partir de 18 de junho de 2002, reverterão ao Fundo de Combate e Erradicação de Pobreza.

enviesado para atingirem objetivos políticos que não encontram guarida nem no Direito posto, nem nas políticas públicas aprovadas pelos representantes do povo. E, no mais das vezes, distorcem o cenário fático para encaixá-lo nas premissas das quais parte o raciocínio jurídico a ser utilizado em suas decisões, como subterfúgio justificativo para camuflar suas verdadeiras intenções, alegando, por exemplo, com base em dados tendenciosos ou pouco confiáveis, que a empresa pública a ser privatizada rende muitos lucros à União e que, por essa razão, não deveria ser privatizada. Utilizam-se, assim, argumentos de natureza econômica⁶²⁹ em uma decisão judicial que deveria ser de cunho eminentemente jurídico.

Como se vê, a falta de critérios racionalmente verificáveis no processo deliberativo das decisões judiciais, associada às críticas das quais o dedutivismo é objeto, naturaliza que magistrados decidam “à sua maneira”⁶³⁰ sobre o sentido que deve ser dado aos preceitos constitucionais e legais, o que enseja insegurança jurídica e arbitrariedade judicial.

Até mesmo Alexy, que tão bem defende seja a lei objeto de um exercício racional de pretensão de correção também por parte do juiz encarregado de aplicá-la, reconhece que o Legislativo tem preponderância sobre os demais Poderes para tomar decisões vinculantes para a sociedade em geral, em homenagem ao princípio democrático, não cabendo ao Judiciário interferir nas escolhas políticas adotadas pelo legislador na forma de leis, salvo se flagrantemente inconstitucionais, dado o enorme espaço de conformação legal deixado pelo constituinte a cargo dos representantes do povo.⁶³¹

O constitucionalista brasileiro Clèmerson Merlin Clève alerta, porém, para a importância do procedimento contraditório que precede a aprovação de uma lei e a sua relação com a própria democracia, para concluir que “a recuperação da relevância da lei e do sentido do seu processo de elaboração significa também a recuperação da relevância da representação política”.⁶³² Nesse sentido, leis aprovadas de modo meramente formal, sem os necessários e substanciais debates junto às comissões temáticas e sem a participação de especialistas e da população em geral em audiências públicas designadas especialmente para o aprimoramento das propostas legislativas que lhes deram origem, acabam sujeitando-se a uma sindicância judicial mais expansiva.

629 Já tratamos dos problemas da Análise Econômica do Direito (AED) no Capítulo 4, item 4.2, ao qual remetemos o leitor, para evitar repetições.

630 Pesquisa feita pela Associação dos Magistrados Brasileiros em parceria com a Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ) mostrou que a maioria absoluta dos juizes de primeira instância pouco levam em consideração os precedentes firmados nas instâncias superiores (pesquisa disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>. Acesso em 05.10.2022).

631 ALEXY, Robert. “*Formal principles: some replies to critics*”. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, I, n. 3, 2014, pp. 511-524.

632 CLÈVE, Clèmerson Merlin. “O regime constitucional das medidas provisórias em sete observações preambulares”. Artigo publicado em 11.11.2020 na Revista **Migalhas**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/336078/o-regime-constitucional-das-medidas-provisorias-em-sete-observacoes-preambulares?U=04C921E0FA7A>. Acesso em 05.10.2022.

Daí a extrema importância da Legística⁶³³ enquanto instrumento necessário a uma boa técnica legislativa, sem o que lei alguma pode ser minimamente bem interpretada em bases racionais, por melhores que sejam as intenções do legislador e do futuro intérprete.

Rafael de Oliveira Costa vê na Legística uma ferramenta importante para fixar limites legítimos à aplicação das leis, “(re)legitimando as decisões judiciais pela forma e pelo conteúdo das proposições normativas que as embasam”⁶³⁴. É claro que as proposições normativas jamais serão um ponto definitivo de chegada da interpretação, conforme já reiteramos ao longo da tese, mas elas podem constituir, se bem estruturadas formal e materialmente, um bom ponto de partida hermenêutico, além de fornecer nortes mais ou menos seguros ao ato interpretativo, reduzindo, assim, a margem de devaneio do intérprete, ainda que não consigam, por óbvio, suprimir totalmente o risco de arbítrio.

No mesmo sentido é a valiosa lição de Vicente Ráo⁶³⁵, para quem a boa técnica legislativa sempre teve como uma de suas principais preocupações, desde a Roma Antiga, a de diminuir ao máximo a margem de dúvidas que a sua inteligência poderia suscitar no intérprete.

Assim, para que uma lei seja considerada adequada tanto formal quanto materialmente e, portanto, possa ser aplicada de modo seguro e sem permitir controvérsias interpretativas desnecessárias (já que certas controvérsias, sendo razoáveis, sempre existirão, enquanto apanágio mesmo do fenômeno interpretativo), ela deve atender a, no mínimo, três exigências, conforme ensina Ráo: 1) precisão suficiente (deve-se evitar linguagem vaga ou ambígua); 2) coerência formal (os mandamentos específicos devem poder ser deduzidos logicamente dos gerais); e 3) relativa abertura que permita a evolução do Direito dentro de determinadas balizas, de um lado não engessando demais o intérprete diante do progresso da sociedade, nem o incentivando, de outro, ao desprezo da norma positivada.

Tamanha é a importância da Legística, que a Universidade de Lisboa, impulsionada pela genial ideia concebida pelo Professor Carlos Blanco de Moraes, teve a promissora iniciativa de criar o Grupo de Formulação de Regras Comuns de Legística para os Países e Regiões Lusófonos, denominado "Grupo de Lisboa", que

633 Segundo Canotilho, a *Legística*, também conhecida por *legisprudência*, tem como objeto o estudo e a sistematização de técnicas de elaboração de leis, tanto no que tange ao conteúdo destas (legística material), quanto em relação aos seus aspectos formais (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. “Os impulsos modernos para uma teoria da legislação”. *In: Cadernos de Ciência da Legislação*, n. 1, abr.- jun. 1991, pp. 7-14). Ao perscrutar as origens da legística, Luc Wintgens observa que o “legalismo forte” não dá conta de explicar a aplicação das normas, pois o intérprete reconstrói racionalmente o sentido destas a partir de um “legalismo fraco”, concepção segundo a qual a visão totalizante e exaustiva da lei serve apenas para encobrir ou mascarar a falta de neutralidade política e moral na reconstrução dos conteúdos normativos da lei pelos agentes responsáveis por sua aplicação (WINTGENS, Luc J. “*Legisprudence as a New Theory of Legislation*”. *In: Ratio Juris*, Vol. 19 n.º. 1, March 2006, pp. 1–25, disponível em https://www.researchgate.net/publication/227685130_Legisprudence_as_a_New_Theory_of_Legislation. Acesso em 05.10.2022) A diferença entre as concepções “forte” e “fraca” de legalismo é assim sumarizada nas palavras do próprio autor: “*In strong legalism, judges apply rules that legislators create. Rule application is a theoretical matter as it is in mathematics. Rule creation for its part is considered a political matter that does not appear on the screen of legal theory. In weak legalism, however, both judges and legislators create and follow rules. Judges follow rules in the application of rules. At the same time, they create individual rules. Legislators for their part follow rules while creating general rules or external limitations. The differences between these positions may be considerable, though they are not in opposition to each other*” (*Ibidem*, p. 20). Para Wintgens, a legislação e a interpretação desta não devem ser vistas como fenômenos estanques, mas sim como dimensões que se amalgamam por meio de uma maior racionalidade a ser atribuída ao próprio processo legislativo, com a consequente responsabilização do legislador cuja atuação não se pautou por uma efetiva avaliação de impactos.

634 COSTA, Rafael de Oliveira. “O papel da legística na (re)legitimação das decisões judiciais e no equilíbrio da função juspolítica pelos tribunais”. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 61, 2016, pp. 69-84, p. 84.

635 RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 297-299.

funciona desde o ano de 2017, conforme relata o Professor João Trindade Cavalcante Filho, na qualidade de representante do Brasil no referido Grupo.⁶³⁶

Dando um exemplo recente, Roberta Simões Nascimento alerta para a confusão que o voto do Ministro Luiz Fux fez entre validade jurídico-formal e validade jurisprudencial, ao julgar inconstitucional a Lei que instituiu a regra do *juiz de garantias* no Direito Processual Penal brasileiro.⁶³⁷ Isso mostra o quão atual e relevante é o tema da Legística.

Toda e qualquer regra de direito, positivada ou não, estará potencialmente sujeita a interpretações polissêmicas, pois cabe ao intérprete atribuir sentido à norma⁶³⁸. O problema que surge é sobre se é possível auditar, de modo exclusivamente racional, tal tarefa de atribuição de sentido; e já vimos não ser isso possível, sob pena de sucumbirmos ao fanatismo do hiperracionalismo. Porém, não podemos, de outro lado, sucumbir ao extremo oposto, denominado por Dieter Grim de hiperrealismo⁶³⁹, cuja ideia central acaba por naturalizar a percepção de que os juízes decidem sempre impulsionados por interesses políticos ou pessoais, o que é inadmissível.

Não negamos o peso que sentimentos e emoções⁶⁴⁰ exercem no processo decisório, mas não nos propomos, aqui, a recorrer a categorias que transcendem a razão e são, portanto, melhor investigadas pelas ciências cognitivas e pela psicologia moral, na tentativa de explicar, sobretudo, distorções e vieses psicológicos inconscientes.⁶⁴¹ Esse tipo de incursão psicológica não constitui o objeto de investigação da presente tese; e,

636 CAVALCANTE FILHO, João Trindade. "Legística: o que o Brasil tem a aprender com os demais países lusófonos". Artigo publicado em 09/05/2023 na Revista Eletrônica Consultor Jurídico – **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-09/fabrica-leis-legistica-temos-aprender-demais-paises-lusofonos>. Acesso em 12/05/2023.

637 NASCIMENTO, Roberta Simões. "A validade jurisprudencial, o erro legístico e o juiz de garantias". Artigo publicado em 27/06/2023 no Consultor Jurídico – **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-27/fabrica-leis-validade-jurisprudencial-erro-legistico-juiz-garantias>. Acesso em 03/07/2023. Também segundo a autora, a *legisprudência* busca examinar os fundamentos racionais das tentativas de justificação das leis, mas ela não deve ser vista como um argumento juridicamente válido para subsidiar um controle de constitucionalidade delas. Nem mesmo a Legística, enquanto estudo dogmático de sistematização e controle racional do processo de formação das leis, pode ser considerada uma fonte normativa para declarar-se inconstitucional um dispositivo legal ou negar-se-lhe a eficácia. Neste sentido, aliás, dispõe o artigo 18 da Lei Complementar nº 95/1998, que trata da formação dos atos normativos, ao estabelecer que "eventual inexactidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento".

638 Em verdade, como já visto, texto e norma não se confundem, pois é a interpretação do primeiro que gera a segunda, de modo que um preceito legal se torna a norma do caso concreto quando do seu texto se depreende a regra solvente da controvérsia jurídica. Além disso, MacCormick observa que: "É um truismo bem conhecido que mesmo o texto mais cuidadosamente produzido pode nunca encerrar um sentido perfeitamente determinado para todos os propósitos possíveis. Ainda mais quando os textos que encerram normas jurídicas (regras, princípios, parâmetros gerais, decisões individuais e outras normas individuais) são postos para funcionar de forma que afetam criticamente os interesses humanos, sendo então suscetíveis de gerar disputas calorosamente argumentadas sobre os impactos dos possíveis sentidos diferentes" (MACCORMICK, Donald Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 163).

639 A declaração foi dada pelo ex-juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 26/06/2023, no XI Fórum Jurídico de Lisboa, conforme noticiou o site CONJUR em artigo publicado em 26/06/2023, assim intitulado: "Constitucionalista alemão rejeita ideia de que controle judicial é ato político". Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-26/jurista-alemao-nega-controle-judicial-seja-ato-politico2>. Acesso em 20/09/2023.

640 David Hume, ainda no século XVIII, em sua obra "Tratado sobre a natureza humana" (HUME, 1739), já defendia, contrariando o pensamento cartesiano, que os *sentimentos* seriam os senhores da *razão*.

641 Exemplo de estudo que relaciona moral e intuição na formação de juízos de valor é o modelo sócio-intuitivo de Jonathan Haidt e David F. Bjorklund (HAIDT, J.; BJORKLUND, F. "*Social Intuitionists Answer Six Questions about Moral Psychology*". In: SINNOTT-ARMSTRONG, W. (Ed.). **Moral psychology**. Cambridge: The MIT Press, 2008, pp. 181-217). Sabemos, porém, que as correntes hermenêuticas, sobretudo as de raiz metodológica, não são necessariamente moralistas nem intuicionistas. Algumas delas, como se verá no Capítulo 7, fazem a apologia dessa margem de indeterminação a partir de perspectivas linguísticas, filosóficas, realistas e pragmáticas, entre outras dimensões que escapam tanto ao formalismo jurídico quanto ao moralismo/intuicionismo. Por fim, admitidos que o fato de não obedecerem a uma razão lógico-formal, não torna essas abordagens hermenêuticas necessariamente irracionais. Mas, por não conseguirmos traduzi-las para uma racionalidade formal que caiba dentro de um sistema jurídico hierarquizado e que seja, ao mesmo tempo, inteligível a pessoas leigas – as quais formam a maior parte do contingente de jurisdicionados (os verdadeiros titulares do Poder do Estado e os destinatários finais das normas jurídicas) -, preferimos não nos filiar a tais correntes hermenêuticas, que são, a propósito,

ainda que constituísse, continuaria não contribuindo para solver o grave problema da insegurança jurídica que ronda a dispersiva e imprevisível jurisdição brasileira.

comumente utilizadas para justificar, no plano retórico e jusfilosófico, a rebeldia judicial em face de dispositivos legais que, por razões extrajurídicas, acabam deixando de ser aplicados a situações atraentes de sua incidência.

CAPÍTULO 7: ALGUMAS OBJEÇÕES JURÍDICAS À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA APLICADA AO DIREITO BRASILEIRO

7.1. A interpretação jurídica como empresa prática

A interpretação realizada pelos operadores do Direito, seja na praxe forense, seja nas atividades de consultoria jurídica prestada pelos advogados aos seus clientes, não costuma ser considerada uma atividade com finalidades puramente intelectuais ou especulativas, desvinculadas de uma finalidade específica.

Ao revés, a interpretação jurídica revela-se como um empreendimento prático, operacional e quase sempre voltado à resolução de um *problema* concreto, à exceção da interpretação realizada pelos professores de Direito no exercício do magistério, cujos contornos possuem caráter preponderantemente acadêmico e se destinam, em regra, à formação intelectual do corpo discente. Mas, até mesmo dentro desta exceção relativa à formação dos juristas, podem-se encontrar outras exceções a revelarem um caráter nitidamente finalista, concreto e específico da interpretação, sobretudo no ensino jurídico praticado no *common law*, em que, para a resolução de um *case-law* em sala de aula, os alunos são instados a resolver problemas concretos enquanto etapa do processo de formação do jurista em geral, e do jurista anglo-saxão em particular.

Desfaz-se, assim, a ilusão - sustentada sobretudo pela Escola da Exegese - de que o simples emprego de certos métodos poderia dar cabo, em tese, de todos os problemas suscitados pela atividade interpretativa, como se a complexidade desta se esgotasse no plano teórico. Os Capítulos anteriores já se propuseram a desfazer tal mito, abordando-se para isso, inclusive, tanto os aspectos cognitivos quanto os elementos volitivos da interpretação, quer no que se refere ao cientista do Direito, quer no que se refere ao aplicador do Direito, segundo a célebre dicotomia kelseniana.

Agora, no presente e derradeiro Capítulo da tese doutoral, levar-se-ão em conta também os elementos que predeterminam a interpretação, os *pré*-juízos de que trata a hermenêutica e que inconscientemente amarram o intérprete a certas *pré*-compreensões, as quais não se vinculam, porém, nem a aspectos puramente cognitivos, nem a elementos necessariamente de volição por parte do intérprete.

Embora seja inegável a presença de um caráter cognoscitivo na interpretação em geral e na jurídica em particular, pode-se objetar, com apoio em Emilio Betti, que tal atividade epistemológica se diferencia de outros modos de conhecer. Ela não se identifica nem com o método *dedutivo* utilizado, por exemplo, nas operações matemáticas, em que se busca chegar a resultados ou conclusões a partir

de especulações incidentes sobre conceitos predefinidos, nem com o método *indutivo* de que se valem as ciências causais, empíricas e experimentais, na tentativa de explicar os nexos etiológicos observados nos eventos naturais. Para Betti, a procura pelo saber, vocação a que se destina o processo de interpretação, caracteriza o esforço do intérprete como uma empresa intelectual, por assim dizer gnoseológica.⁶⁴²

Outros autores, porém, caracterizam a interpretação mais como efeito de uma decisão ou ato volitivo de criação (“resultado do resultado”), do que propriamente como uma atividade de reconhecimento ou de mero cunho cognoscitivo.⁶⁴³ Um ato de conhecimento, embora não seja uma categoria que se expresse por um conceito único, pressupõe uma certa carga intelectual, especulativa; mas também contempla aspectos intuitivos, práticos, sensíveis, empíricos e concretos, não sendo, portanto, uma manifestação necessariamente abstrata do psiquismo humano.

Ainda que a interpretação carregue consigo uma inegável dose de conteúdo decisório (decorrente, portanto, da criação ou vontade humana), é também inegável afirmar que ela contém, igualmente, uma considerável carga cognoscitiva.

Com efeito, até para que se possa tomar uma decisão em bases minimamente racionais, é necessário que se conheçam os meandros do que se pretende decidir. É aí que entra em ação o caráter cognoscitivo da interpretação decisória.

Nesse diapasão, sendo a interpretação também um ato de conhecimento, tudo o que se disse sobre este, aplica-se igualmente àquela, ainda que formalmente neguemos alguns aspectos volitivos à empreitada geral pelo conhecimento, preferindo atribuir-lhe, como fez Betti,⁶⁴⁴ contornos ligados à compreensão de conteúdos cognitivos ou espirituais transmitidos através de signos ou símbolos, que tanto podem ser de caráter linguístico como não-linguístico.

Como já dito, a ação de interpretar um texto jurídico não se esgota em um puro ato de conhecimento. Trata-se, também, de um ato voltado à regulação do comportamento humano, uma forma de disciplinar, valorar e até dirigir a ação de pessoas. Daí o seu caráter finalístico e diretivo, de natureza inegavelmente normativa e decisional.

O Direito possui funções prescritivas, e não apenas descritivas. Nada mais curial, assim, que a interpretação dos textos jurídicos pelos magistrados, enquanto agentes responsáveis pela resolução de problemas concretos, seja vista como uma empreitada decisional e prática, voltada a um fim

642 BETTI, Emilio. *Teoria Generale della Interpretazione*, Tomo I, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955, pp. 72-74.

643 Vide a lista dos mais expressivos autores nesse sentido em: SILVA, Joana Maria Madeira Aguiar e. **A Prática Judiciária entre Direito e Literatura**. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 61 e ss.

644 BETTI, Emilio. *Teoria Generale della Interpretazione*, Tomo I, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955, pp. 118 e ss.

específico, e não uma atividade meramente especulativa ou teórica, vale dizer, *puramente* cognoscitiva.

Carlos I. Massini destaca o caráter “sintético” da interpretação judicial do Direito, ao afirmar que ela transforma uma multiplicidade de fontes jurígenas em um único imperativo prático, a resumir neste e em si mesmo, isto é, na própria decisão judicial, todos os elementos que contribuíam, teoricamente e de modo difuso, para a resolução do litígio.⁶⁴⁵

Mas o fato de ser prática, normativa e sintética não torna a interpretação realizada pelo juiz algo necessariamente infenso a um coeficiente mínimo de cognitivismo que se espera de toda e qualquer interpretação razoavelmente adequada. A conjugação entre os caracteres cognitivo e decisional da interpretação judicial é orientada pela *razão prática*, a qual se propõe a não excluir nenhuma das múltiplas dimensões envolvidas no complexo processo de formação decisional, no qual concorrem inúmeros fatores que vão desde certas premissas da lógica formal até emoções e sentimentos revestidos de considerações axiológicas de toda sorte.

O problema é saber até que ponto o caráter prático da decisão judicial pode dispensar os magistrados do seu dever funcional de observância dos preceitos normativos aplicáveis à espécie.

Em outras palavras, o fato de ser prático, sobretudo quando voltado à resolução de um litígio judicial, não libera o ato de interpretar das amarras mínimas do texto legal e do contexto cultural de compartilhamento intersubjetivo de certas pré-compreensões no qual tanto o texto quanto o seu intérprete estão inseridos historicamente.

O fato de algo ser prático não o torna, pelo menos de um ponto de vista lógico, necessariamente livre; em Direito, a liberdade do juiz deve mesmo ser mínima em relação aos preceitos normativos que lhe cabem aplicar, a menos que se confunda liberdade com licenciosidade⁶⁴⁶, abstraindo-se da conotação religiosa que pode ser atribuída a esta última.

É à busca de algum grau de objetividade na interpretação que a proposta defendida na presente tese se dedica.

Já tratamos da *objetividade* na interpretação tanto no Capítulo 2, tópico 2.4, quanto no Capítulo 4, tópico 4.4, aos quais remetemos o leitor, a fim de evitar repetições.

645 MASSIMO, Carlos I. *La interpretación jurídica como interpretación práctica*. **Persona y Derecho**, 52, 2005, pp. 413-443, p. 428. HeinOnline.

646 Referimo-nos aqui a *licenciosidade* no sentido laico de libertinagem, isto é, não no sentido religioso de algo lascivo ou necessariamente promíscuo do ponto do vista sexual, mas sim de um comportamento infenso a regras e a toda sorte de constrições, um agir absolutamente livre em relação às suas próprias consequências e em relação a limites éticos e jurídicos mínimos, estabelecidos previamente àquela ação em determinado período histórico e que regem a vida em sociedade. O agir licencioso ou libertino desconsidera até mesmo a liberdade alheia, tiranizando-a exclusivamente em benefício próprio do agente, vale dizer, em proveito único de quem pratica a licenciosidade ou libertinagem e assim viola a esfera jurídica dos demais membros do mesmo núcleo social. O libertino é, por natureza, um narcisista, no sentido freudiano de um egoísta doentio que leva o instinto de autoconservação às últimas consequências e, para tanto, instrumentaliza as demais pessoas em benefício único e exclusivo de seu próprio projeto narcísico [FREUD, Sigmund. **Introdução ao narcisismo**: ensaios de metapsicologia e outros textos (1914-1916). Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 15-16].

Mas gostaríamos apenas de reafirmar aqui, neste derradeiro Capítulo que se escreve, a nossa posição no sentido de contrapor juízos *objetivos* a juízos *subjetivos*.

Por mais que admitamos que a posição de um juiz sobre uma questão jurídica é a visão de um *sujeito* qualificado acerca de determinada situação litigiosa por ele examinada, isto é, a visão *subjetiva* daquele magistrado sobre o tema submetido à sua apreciação, defendemos que, ainda assim, existe um ponto de vista *objetivo* a partir do qual aquela visão *subjetiva* pode (*rectius*, deve) ser confrontada com o Direito que lhe precede, a fim de aferirmos se há uma correspondência, ainda que mínima, entre ambos.

Carlos I. Massini ensina que há dois grandes grupos de concepções que sustentam teorias *fortes* (portanto, *cognitivistas*) sobre a *objetividade*, quais sejam: as concepções *fático-realistas* e as concepções *prático-realistas*. Por meio destas últimas, justifica-se a posição de que a “razão prática”, enquanto “regra última da eticidade”, seria o *único* modo de conhecer a *realidade* das proposições normativas, cuja natureza é intencionalmente deôntica.⁶⁴⁷

Mas isso não implica dizer que a realidade reconstruída pela razão prática seja de viés puramente construtivista.

Com efeito, por mais que não se possa comprovar a existência de uma correspondência exata entre “fatos morais” anteriores à ação moral para justificarmos a correção ou incorreção axiológica da conduta humana de modo correspondencialista, por exemplo, não se pode negar que a razão prática se vale da apreciação de uma realidade que acaba transcendendo o sujeito. Massini afirma isso categoricamente, ao observar que “*hay en la razón práctica una dimensión constructiva o constitutiva, pero se trata siempre de una razón que no es meramente constructiva, sino que formula sus proposiciones a partir de la aprehensión de las estructuras de una realidad trascendente al sujeto*”⁶⁴⁸.

Tal constatação equivale a dizer, *mutatis mutandis*, que a realidade jurídica de um litígio deduzido em juízo não é totalmente criada e tampouco condicionada pelo juiz, mas sim *condicionante* da resposta a ser dada pelo órgão julgante, o qual não pode prescindir nem das circunstâncias fáticas nem dos materiais jurídicos nelas incidentes, como se umas e outros não passassem de mero fruto da imaginação judicial.

E uma das virtudes intelectuais mais caras à boa interpretação jurídica, considerada a empreitada essencialmente prática em que o ato interpretativo se constitui, vem do que Aristóteles chamava de *phrónesis*, conceito que mais tarde, já na Idade Média, passou a ser conhecido como

647 MASSIMO, Carlos I. *La interpretación jurídica como interpretación práctica*. **Persona y Derecho**, 52, 2005, pp. 413-443, pp. 434-435. HeinOnline. 648 *Ibidem*, p. 436.

prudentia,⁶⁴⁹ a designar, em transposição para o Direito, a capacidade ou habilidade compositiva de seu aplicador para sintetizar, em um único comando normativo *individual* e *concreto*, uma pluralidade de normas *gerais* e *abstratas*, por vezes até contraditórias entre si, conjugadas com uma série difusa de causas, condições, circunstâncias e toda sorte de elementos retóricos cujo sopesamento pelo juiz nem sempre se revela assim tão fácil ou evidente quanto gostaríamos que o fosse. Trata-se de empreitada árdua - nunca o negamos -, mas que não pode, sob o pretexto da sua dificuldade, ser concretizada à revelia do ordenamento jurídico, segundo o mote defendido ao longo da presente tese doutoral.

A constatação de ser factual por excelência, porém, não torna a interpretação jurídica algo exclusivamente factual, na medida em que, ao lado dos profundos e inegáveis níveis de faticidade que a caracterizam, há também as constrições normativas dadas pelo Direito positivado.

Assim, apesar de, junto com Dworkin, termos teoricamente nos filiado ao princípio de Hume no Capítulo 1, tópico 1.4, não temos como sustentar de modo radical a plena e integral aplicabilidade da tese humeana ao campo da *juris prudentia*, onde por vezes, como já visto acima, proposições descritivas acabam dando origem a proposições prescritivas, ainda que de modo pouco perceptível, mesmo diante dos observadores mais atentos. Em inúmeras hipóteses, de argumentos pautados exclusivamente em fatos nascem prescrições jurídicas, que assim, como num passe de mágica, passam a reger outros fatos, sem que quase ninguém disso se dê conta – por vezes, nem mesmo a autoridade julgadora que assim procedeu, percebe que colheu dos próprios fatos uma norma jurídica que mais tarde lhes será por ele mesmo aplicada, de modo que certos fatos seriam fontes e, ao mesmo tempo, destinatários de determinadas normas, as quais deles provêm e a eles retornam sob a forma de decisão judicial voltada a discipliná-los.

Deveras, a atividade prática em que consiste a aplicação do Direito acaba quase sempre por camuflar essa violação ao princípio de Hume, tão caro ao formalismo jurídico e ao mesmo tempo tão desimportante para a praxe forense.

Se de um lado não podemos fechar os olhos para a realidade, como se o Direito fosse uma instância puramente formal e asséptica aos fatos enquanto fontes jurígenas, de outro lado tampouco podemos incorrer no extremo oposto do antiformalismo radical e contranormativo, para cujos entusiastas o valor deôntico da lei nada ou muito pouco representa. Nem tanto ao céu, nem tanto ao mar. A prudência não pode dispensar uma certa dose de formalismo normativista, ainda que dele não dependa exclusivamente.

649 Ibidem, pp. 440-441.

Delineado o aspecto prático de que se reveste a interpretação jurídica em geral e a judicial em particular, passa-se ao tópico seguinte, que trata da hermenêutica aplicada ao Direito.

7.2. O valor da hermenêutica para o Direito

No Capítulo 2 foi trabalhada a noção de objetividade *modesta* na atribuição de sentidos normativos. E não temos dúvida de que o princípio da legalidade⁶⁵⁰, já um tanto esgarçado desde as perspectivas inauguradas pela era pós-positivista⁶⁵¹, sofrerá um processo de esgarçamento ainda maior, a ponto de ilegitimamente contemplar aspectos morais e até sentimentais, se deixarmos que tudo e qualquer coisa sejam considerados Direito. Como ficaria a autonomia do Direito, se formalmente se reconhecesse que o juiz pode julgar de acordo com as suas emoções e sua própria moralidade (algo tão idiossincrático!), contanto apenas que venha a justificar, em momento posterior, seus julgamentos? É legítimo, num Estado Democrático de Direito, assumir que juízes decidam primeiro⁶⁵², com base em suas intuições e íntimas convicções, e só depois justifiquem sua decisão encaixando-a na moldura jurídica, muitas vezes até manipulando retoricamente institutos legais? Pode-se até assumir uma tal realidade, mas não nos parece legítimo naturalizá-la como prática adjudicativa regular, vez que não é isso o que o jurisdicionado espera do Judiciário ao submeter suas pretensões jurídicas à apreciação deste.

Há decisões judiciais que asfixiam tanto o sentido da lei e incorrem em interpretações tão desarrazoadas do seu texto, que em alguns casos já se chega a falar em “hermeneuticídio”, neologismo jocoso a indicar a negação radical e intencional de uma interpretação minimamente

650 Luís Roberto Barroso observa que a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, de modo que o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, sem desprezar, porém, o direito posto, *verbis*: “A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia” [BARROSO, Luís Roberto. (2005). “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. *Irr. Revista de Direito Administrativo*, v. 240, pp. 1–42. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618> . Acesso em 05.10.2022].

651 Não obstante se reconheça a existência de vários conceitos de pós-positivismo, bem como dos subtipos nos quais tal marco teórico se desdobra, entende-se por pós-positivismo, ao menos por ora (até porque não há um pós-positivismo, mas sim vários pós-positivismos), o pano de fundo metodológico que busca mitigar a discricionariedade judicial, elemento fundamental de toda experiência jurídica, o que leva Lenio Streck a afirmar que “todas as teorias do direito que se projetam nesta dimensão pós-positivista procuram enfrentar o problema das vagezas e ambiguidades dos textos jurídicos; procuram, enfim, enfrentar problemas próprios da chamada razão prática – que havia sido expulsa do território jurídico-epistemológico pelo positivismo” (STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 133). Mas é o próprio STRECK quem alerta para os perigos de se supor que todas as teorias neoconstitucionais estariam de fato fundadas naquela dimensão pós-positivista, pois nem sempre é assim, infelizmente, já que alguns autores, segundo o crítico gaúcho, ainda continuam valendo-se do método positivista nas novas roupagens teóricas, de modo a, mediante artifícios puramente retóricos, mascarar a discricionariedade e o solipsismo no processo de tomada da decisão jurídica, afastando-se, assim, do direito legislado, como se este pudesse ser alterado pela simples vontade do juiz no caso concreto (*Ibidem*, pp. 134-135).

652 Aqui não se rejeita, necessariamente, a ideia gadameriana de pré-compreensão. É que esta se opera em um momento ainda anterior àquele ao qual nos referimos por ora, pois se relaciona com o modo do juiz de interpretar o mundo enquanto um ser historicamente nele situado e lançado. Já o convencimento a ser formado pelo juiz num caso sob a sua apreciação dá-se em uma etapa posterior, mas totalmente dependente dessa visão de mundo, a qual acabará, de toda forma, por bitolar a interpretação que o magistrado fará dos fatos e do material jurídico a eles relacionado [texto constitucional, previsões legais e infralegais, tratados e convenções internacionais, precedentes (tanto os vinculantes quanto os meramente persuasivos), jurisprudência, doutrina, etc].

razoável. Podemos até não saber qual é a melhor interpretação a ser atribuída a um determinado texto à luz do caso concreto, mas sempre teremos a capacidade de distinguir perfeitamente uma interpretação aberrante ou teratológica de uma interpretação moderada, em termos racionais. Vários exemplos foram dados ao longo da tese e mormente no Capítulo 2, a demonstrar, a título ilustrativo, diversas decisões proferidas pela Justiça brasileira de modo manifestamente contrário às leis que supunham aplicar.

Todas as decisões lá exemplificadas decorreram de interpretações frontalmente *contra legem*, malgrado nenhuma delas tenha, para tanto, procedido a qualquer controle de constitucionalidade ou de convencionalidade em suas respectivas fundamentações para deixar de aplicar as leis incidentes na espécie. A aplicação destas foi simplesmente afastada daqueles casos concretos porque as autoridades incumbidas de aplicá-las as consideravam injustas *tout court* ou não suficientemente justas para aquelas hipóteses.

E aqui não se está a falar da interpretação de normas meramente principiológicas, cujo âmbito hermenêutico admite grande margem de adaptação aos vários contextos fáticos por elas regulados, tal como se dá, por exemplo, com alguns imperativos constitucionais, tais como a cláusula geral do devido processo legal, o modelo republicano de Estado ou o princípio da dignidade humana. Tais princípios devem mesmo, na clássica lição de Carlos Maximiliano⁶⁵³, ser dotados de suficiente flexibilidade ou ductilidade, a fim de que seu programa normativo possa adaptar-se às mudanças de contexto e às diversas situações conjunturais observadas no decurso de um vasto espaço temporal, garantindo-se, assim, a sua maior longevidade, em comparação com regras mais rígidas, fechadas e excessivamente pormenorizadas.

Mas isso não significa que, sob o pretexto de adaptar o programa normativo de certas proposições à realidade dos autos, o juiz esteja livre para colocar impunemente todos os seus preconceitos dentro das decisões que profere, ainda que o faça de modo dissimulado. Se o papel do contexto de descoberta é assim tão prevalecente, a ponto de o contexto de justificação surgir enquanto mero expediente maquiador daquele, pouco ou nenhum papel normativo caberia ao Direito desempenhar, dada a ausência de prévio conteúdo deste, presumindo-se que “o Direito não seria mais do que aquilo que os juízes dizem que ele é”. Até mesmo o papel da argumentação⁶⁵⁴, ao conferir

653 MAXIMILIANO, Carlos. **Heremênutica e Aplicação do Direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 304.

654 Diferenciando tópica *material* (catálogo de tópicos vigentes em cada época) de tópica *formal* (raciocínio ou técnica de fundamentação), de acordo com a distinção clássica levada a cabo por Viehweg, Garcia Amado afirma que os desenvolvimentos contemporâneos da teoria da argumentação jurídica operariam segundo a tópica *formal*, em cujo pano de fundo (contexto de justificação) os tópicos exerceriam muito mais uma função fundamentadora do que uma função inventiva (contexto de descobrimento) [AMADO, Juan Antonio García. **Teorias da la topica jurídica**. Madrid: Editorial Civitas S. A., 1988, p. 104].

coerência funcional a certos elementos (tópicos⁶⁵⁵), ficaria esvaziado diante da primazia absoluta do contexto de descoberta, operando apenas em segundo plano (contexto de justificação) e de modo retórico.

Magistrados não são monarcas absolutistas, salvo em regimes despóticos ou tirânicos⁶⁵⁶. Em consequência, jurisdicionados não são súditos. É isso o que se colhe de Gadamer quando este afirma o valor “vinculante e não abolível”⁶⁵⁷ das leis objeto de interpretação.

A autoridade que se sujeita à lei e não negocia o valor da norma dela extraída, coloca-se necessariamente na posição dos deveres de interpretá-la e de submeter-se aos seus comandos.

Somente quem se coloca acima da lei é que não precisa obedecê-la. E os motivos para tanto são variados, indo desde uma rebeldia meramente ideológica contra o disposto na lei, por considerá-la injusta, até chegar em interesses escusos. Dentre estes últimos, pode haver interesses que vão de classistas (tanto favoráveis à magistratura, quanto desfavoráveis a outras categorias profissionais⁶⁵⁸) a criminosos (decorrentes da prática de corrupção, “fisiologismo”⁶⁵⁹ e outras formas de favorecimento ilícito ou perseguição).

Machado de Assis retratava, em suas crônicas no final do século XIX, o embate desde sempre travado entre o arraigado fisiologismo brasileiro e o dever de obediência à lei, tal como se extrai desta breve passagem, *verbis*:

“Teve razão a Câmara, e teve-a duas vezes; a primeira, porque a lei o veda, e **a obediência à lei é a necessidade máxima**; a segunda, porque o jantar é, de certo modo, um agente de corrupção. Não me venham com sentenças latinas: *primo vivere, deinde judicare*. Não me venham com considerações de ordem fisiológica, nem com rifões populares, nem com outras razões da mesma farinha, muito próprias para embair ignorantes ou colher descuidados, mas sem nenhum valor ou alcance para quem olhar as coisas de certa altura. (...) O que me admira, neste caso, não é a decisão da Câmara, que aplaudo, desde que é fundada em lei, e **o respeito da lei é a primeira expressão da liberdade**. O que me admira é que só agora reclame o júri um bocado de pão” (grifou-se).⁶⁶⁰

655 Os tópicos são elementos tão heterogêneos que a doutrina tem englobado na noção de tópicos categorias que vão desde princípios gerais de direito, passando por máximas jurídicas e cânones interpretativos, até chegar a normas legais propriamente ditas (*Ibidem*, pp. 125-126).

656 “Wherever law ends, tyranny begins” (LOCKE, John. **Second Treatise of Government**, Book II, XVIII, § 202. Edição de C. B. Macpherson. Hackett, 1980, p. 102).

657 “A vontade do monarca, não sujeito à lei, pode sempre impor o que lhe parece justo, sem atender à lei, isto é, sem o esforço da interpretação. A tarefa de compreender e de interpretar só ocorre onde se põe algo de tal modo que, como tal, é vinculante e não abolível” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 489).

658 Já se falou no Capítulo 3, item 3.4, da resistência de alguns juizes e tribunais a aplicar a nova regra imposta em favor da advocacia pelo Código de Processo Civil de 2015, que veio para favorecer a classe dos advogados no que tange à fixação de patamar mínimo de seus honorários sucumbenciais. Muitos magistrados não gostaram da inovação legal.

659 Lembrando-se do conteúdo do primeiro documento histórico brasileiro - a carta enviada por Pero Vaz de Caminha -, Ênio Resende vê na cultura fisiológica um vício congênito do Brasil, pois presente em nossas relações de poder desde o mais tenro período colonial, *verbis*: “A cultura da politicagem e do fisiologismo tem, como particularidade, o fato de ser a “doença” mais antiga da sociedade brasileira. Surgiu logo que o Brasil começou a ser colonizado” (RESENDE, Ênio. **Cidadania: o remédio para as doenças culturais brasileiras**. 2ª ed. São Paulo: Summus, 1992, p. 55).

660 ASSIS, Machado de. **Obra Completa de Machado de Assis**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, Vol. III, 1997, p. 49.

O valor da lei deve ser, como se vê, inegociável, a menos que se demonstre um vício insuperável a maculá-la. Uma lei, aqui incluída a Constituição, obviamente, não deve ser flexibilizada ou temperada e, muito menos, reescrita pelo Judiciário, mas sim aplicada por seus agentes, funcionalmente incumbidos que são de sua defesa, uma vez que, sendo empossados, prestaram o juramento de cumprir e fazer cumprir fielmente a Constituição e as leis da República.

Cumprir as leis é um dever funcional, institucional e inegociável da magistratura.

Por mais que cada magistrado possa ter a sua opinião pessoal, favorável ou não, sobre cada uma das leis – e é natural que cada cabeça pensante tenha a sua própria convicção –, o fato é que, *institucionalmente* (e não mais, portanto, no plano *individual*), as decisões judiciais devem retratar o disposto na lei, e não a vontade ou opinião pessoal de cada um dos juízes sobre como deveria ser a lei.

O ato de aplicar uma lei não deveria, segundo Gadamer, estar cindido dos atos de entendê-la e de explicá-la, como se a aplicação fosse uma terceira e distinta etapa em relação àquelas duas etapas anteriores. Com efeito, sobretudo na interpretação jurídica, a *applicatio* de uma regra legal realiza-se simultaneamente com a compreensão do texto oficial que a veicula.⁶⁶¹ Compreender uma lei a cada momento diferente e diante de cada caso diferente, é aplicá-la de acordo com tais variáveis, pois não é possível que a compreensão daquela lei se cinda do próprio ato de aplicá-la a cada momento. A situação concreta, a atrair a aplicação da norma, é também responsável por fornecer alguns dos elementos fático-normativos (portanto, de natureza co-constitutiva)⁶⁶² que iluminarão a compreensão do próprio enunciado que serve de base à norma.

Mas é o próprio Gadamer que afirma ser a lei sempre deficiente. Entende o célebre autor de *Verdade e Método* que, diante do ordenamento jurídico, a realidade humana é sempre deficiente, não permitindo, assim, uma aplicação pura e simples das regras que compõem o conjunto das leis regentes de determinada sociedade.

Para Gadamer, ao aplicar a lei, o juiz sempre busca reconhecer-lhe um *sentido vigente* para resolver um problema prático e persistente, mediando juridicamente o seu passado e o seu presente diante do caso concreto e tentando, assim, reconhecer o seu significado atual, e não apenas o seu significado histórico, no que se diferencia do historiador do Direito ao concretizar um dispositivo

661 Divergindo de Emilio Betti, que subdivide a interpretação em cognitiva, normativa e reprodutiva, Gadamer sustenta que “o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, mas um processo unitário” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 463).

662 Para Friedrich Müller, haveria mesmo uma “normatividade determinada pela coisa”, entendida esta como situação litigiosa, a qual não se restringe a fornecer os elementos de fato necessários para atrair a solução contida no enunciado normativo, mas também co-determina a própria solução jurídica a ser dada ao caso (MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 149-151).

legal.⁶⁶³ No mesmo sentido se posiciona Umberto Eco, quanto aos esforços incessantes do intérprete em buscar a atualidade do conteúdo implícito do texto interpretado.⁶⁶⁴

Também para Heidegger, o ato de interpretar não se restringe a tomar conhecimento do que se compreendeu, mas consiste em elaborar as possibilidades projetadas nesse compreender.⁶⁶⁵ Não se trata de projetar algo que se pretende, tampouco de apenas descrever algo que se constata, mas sim de tomar consciência de que o intérprete também constitui o objeto interpretado, cujas possibilidades de *ser-no-mundo* escapam a qualquer tipo de vontade ou descrição. A hermenêutica ontológica heideggeriana, ao superar a filosofia cartesiana da consciência, concebe o próprio “ser” como linguagem.

Gadamer se aproveitou dessa hermenêutica, e dela foi além, para abordar o diálogo entre o texto e o intérprete, diálogo este que se estabelece independentemente da vontade de quem interpreta.⁶⁶⁶

Luiz Fernando Coelho afirma que o objeto da hermenêutica é “o estudo e a sistematização dos processos lógicos de interpretação, integração e aplicação do direito”⁶⁶⁷. Mas o professor brasileiro explica haver diversas abordagens hermenêuticas, umas mais racionalistas/universalistas, outras mais empiristas/particularistas. Se se confere maior importância a valores abstratos e conceituais, está-se diante de uma escola hermenêutica de contornos mais dogmáticos; se se atribui, entretanto, maior peso aos aspectos fáticos, concretos e sociais, bem assim aos fins perseguidos pelo Direito (sua ideia de finalidade), está-se diante de uma escola hermenêutica com viés mais zetético, vale dizer, de uma perspectiva crítica em relação aos apriorismos do método lógico-dedutivo da subsunção. O que está em xeque, mais uma vez aqui, é o problema da segurança jurídica.

Na investigação do ato de conhecer, a hermenêutica gadameriana se opunha ao “método”, porém não necessariamente à ciência, e sempre levava em conta as limitações próprias das ciências do espírito. Seria pela arte de perguntar e investigar, e não por uma disciplina metódica predefinida, que se alcançaria a verdade em questões humanas, para Gadamer.⁶⁶⁸

663 Ibidem, p. 487.

664 Umberto Eco afirma que “todo texto é um complexo mecanismo inferencial que deve ser actualizado no seu conteúdo implícito pelo seu leitor” (ECO, Umberto. **Os Limites da Interpretação**. Trad. José Colaço Barreiros. Lisboa: Difel, 1992, p. 344).

665 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 78.

666 “O que está em questão não é o que nós fazemos, o que nós deveríamos fazer, mas o que, ultrapassando nosso querer e fazer, nos sobrevém, ou nos acontece” (Ibidem, p. 14). É por isso que Alexandre Araújo Costa afirma, com razão, que “a elaboração de um método capaz de ser aplicado impessoalmente e que conduza a um sentido preexistente é uma utopia incompatível com concepções modernas de linguagem e de história” (COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese de doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2008, p. 350).

667 COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 178.

668 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 709.

Não é à toa que Umberto Eco⁶⁶⁹ compreende a hermenêutica em geral, e não apenas a gadameriana, como a atividade que se desenvolve a partir de paradigmas variados e sem uma rígida exigência de conformidade a regras ou a coisas específicas, sendo vocacionalmente voltada, ao contrário, à instituição de regras novas e à formulação de padrões inovadores.

Em suma, ousaríamos concluir que a hermenêutica não pode ser domesticada pelo Direito, na medida em que ela não se vincula a padrões, quaisquer que sejam, sem os quais não se pode falar em ordenamento jurídico, cuja pedra fundamental pauta-se na segurança e na previsibilidade jurídicas.

Transplantando-se essa visão da hermenêutica filosófica para o Direito, dir-se-ia que a busca pela verdade judicial, bem como pela melhor interpretação jurídica, perpassa a natureza ontológica do próprio ato de compreender/aplicar uma lei, cuja norma não é mecanicamente extraída pelo intérprete mediante o emprego puro e simples de um método predeterminado, mas sim construída por meio da relação viva e dialógica que entrelaça todas as dimensões constitutivas do ato interpretativo e do contexto no qual este se insere. O próprio ato de interpretar passa a ser um fenômeno em si considerado, que não se confunde nem com o objeto cognoscível, nem com o sujeito cognoscente, e tampouco se esgota nas pré-compreensões que tornam a linguagem possível em um contexto intersubjetivo. Na verdade, o objeto interpretado só “é” o que dele se compreende através da linguagem (“*on est ce qu'on comprend être*”), já que, como bem pontua Umberto Eco, o “ser”, enquanto conjugação entre sujeito e predicado, “se manifesta sempre e exclusivamente na linguagem”⁶⁷⁰.

O problema que surge, porém, da adoção dessa abordagem filosófico-hermenêutica no Direito é, pelo menos para os fins da presente tese, o da insegurança jurídica, já que a ausência de padrões interpretativos transforma a jurisdição em uma loteria decisional, na qual toda e qualquer aposta, por mais absurda que seja, é válida.

É desse problema que o próximo tópico se ocupará.

7.3. Os limites da interpretação

Viu-se no tópico anterior que a hermenêutica filosófica, sobretudo a de matriz heideggeriana e gadameriana, acena com um viés inegavelmente *criativo* da interpretação, ao estabelecer que as coisas só passam a existir ao serem interpretadas; vale dizer, o objeto ou o ser sobre o qual se debruça o intérprete, adquire existência apenas no momento em que é compreendido, sendo, assim, portanto, criado pela linguagem, por meio da qual passa exclusivamente a existir.

669 ECO, Umberto. **Kant e o Ornitorrinco**. Trad. José Colaço Barreiros. Algés: Difel, 1999, p. 57.

670 Ibidem, p. 60.

Todavia, a transposição pura e simples dessa concepção para a praxe forense deve inspirar cuidados minuciosos, em especial da parte dos juristas preocupados com a previsibilidade dos pronunciamentos judiciais.

Com efeito, nem tudo o que se diz sobre um texto, pode ser impunemente a ele atribuído. O Judiciário, ao atribuir a um determinado preceito legal uma norma que dele não poderia ser inferida, não age hermeneuticamente, mas sim ilegalmente.

É por isso que nos filiamos ao benfazejo alerta feito por Umberto Eco: “o texto interpretado impõe restrições aos seus intérpretes”⁶⁷¹! Deve ser respeitada a coerência semântica do *texto* interpretado, pois é eminentemente ele, e não o objetivo do intérprete, que deve ser tomado como parâmetro das suas interpretações.⁶⁷²

Não repercutimos no presente trabalho, portanto, a concepção hermenêutica da *derivação infinita de sentidos* (semiose ilimitada) de um texto legal, por mais que não concordemos com a tese dworkiniana da “*only one right answer*”. Nem tanto ao céu, nem tanto ao mar. Tampouco podemos aceitar o ceticismo desconstrutivista francês, atribuído primordialmente a Derrida, segundo o qual nada estaria fora do texto (“*il n’y a pas de hors-texte*”), em especial quando se trata de interpretarmos a lei. Não cabe ao intérprete “bater no texto até lhe dar a forma que servir para os seus objetivos”, conforme paráfrase que Eco⁶⁷³ toma jocosamente emprestada de Richard Rorty.

Como bem observa Inocêncio Mártires Coelho, “cada texto deve ser compreendido a partir de si mesmo”⁶⁷⁴, ao menos na medida em que isso seja possível, e não a partir e exclusivamente das opiniões prévias do seu leitor, como o fazem alguns intérpretes obstinados em desprezar a autonomia do próprio texto.

Ao tratar da adjudicação judicial da lei, Jerzy Wróblewski decompõe o substantivo “interpretação” em três acepções semânticas, partindo de um maior para um menor grau de abstração, que vão desde um *sentido muito amplo* e puramente hermenêutico de compreensão do mundo, passando por um *sentido amplo*, de cunho semântico e voltado à atribuição de significados a documentos, até chegar a um *sentido eminentemente jurídico*, no qual se disputa o correto entendimento de um texto sobre qual(is) seria(m) o(s) seu(s) significado(s) imediato(s).⁶⁷⁵ É este terceiro sentido de interpretação que a presente tese evidencia.

671 ECO, Umberto. **Os Limites da Interpretação**. Trad. José Colaço Barreiros. Lisboa: Difel, 1992, p. 17.

672 Ibidem, p. 39.

673 Ibidem, p. 383.

674 COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147.

675 WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Judicial application of law**. Dordrecht: Kluwer, 1992, pp. 86-89.

É difícil, para não se dizer impossível, saber se uma determinada interpretação de um texto está por si só correta; mas é muito fácil perceber quando uma interpretação é flagrantemente dissociada do conteúdo intrínseco desse mesmo texto, sem que seja necessário recorrer, para tal constatação, a aspectos puramente empíricos e psicológicos, como o fazem os realistas. Um dispositivo de convenção condominial que proíba os condôminos de instalarem aparelhos particulares nas áreas comuns de um edifício, por exemplo, não poderia jamais ser tido como corretamente interpretado/aplicado se um juiz dele extraísse uma autorização excepcional para instalação de um aquecedor extra em prol de uma família muito numerosa, como de fato já aconteceu na Justiça espanhola. Tal exemplo foi dado no Capítulo 2, tópico 2.1.

De outro lado, a presente tese doutoral não se deixa iludir pelo formalismo que acredita num ideal de justiça governado por uma racionalidade de estrita apodicticidade. De um lado, a interpretação do Direito não é apenas algo determinado por conveniências políticas ou predileções idiossincráticas, mas, de outro, não pode igualmente ser reduzido a um esquema lógico-axiomático, como se a adjudicação de normas jurídicas estivesse a salvo das contradições inerentes ao ser humano, as quais os novos sistemas de automação decisional, baseados na inteligência artificial, jamais conseguirão superar⁶⁷⁶. Há um aspecto institucional muito importante na determinação do sentido e do alcance da hermenêutica jurídica, aspecto este que não pode ser desconsiderado, como se o ato de julgar fosse um ato solipsista e desconectado do viés orgânico que caracteriza o Poder Judiciário.

Trata-se de uma racionalidade institucional, para além da individual da qual se serve cada juiz *per se* no julgamento das causas que lhe competem e até mesmo para além da matéria de direito envolvida⁶⁷⁷.

A institucionalização de um modelo decisório pelo Judiciário veio na esteira - porém com alguns séculos de atraso - da institucionalização de um modelo legiferante pelo Legislativo, que, intentando regular praticamente todas as dimensões da existência e das atividades humanas, passou a legislar a partir de grandes códigos. O movimento codificatório⁶⁷⁸ veio com o intuito de resolver o problema da dispersão das fontes do Direito. De forma semelhante, a criação de modelos decisoriais vinculantes

676 É por isso, dentre outras razões, que a Inteligência Artificial e seus algoritmos não conseguem valer-se da capacidade que só os humanos têm de pensar através de “molduras” ou *frames*: “*Meanwhile AI may make better decisions than people and steal our jobs, but computers and algorithms cannot frame. AI is brilliant at answering what it is asked; framers pose questions never before voiced. Computers work only in a world that exists; human live in ones they imagine through framing*” (CUKIER, Kenneth; MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; VÉRICOURT, Francis de. **Framers: Human Advantage in an Age of Turmoil**. New York: Penguin Random House LLC, 2021, p. 17).

677 Segundo a centenária lição de Carlos Maximiliano, uma hermenêutica adequada de um texto legal deveria, antes de mais nada, precisar a matéria e o ramo do Direito correspondente, para só então fixar os princípios norteadores da interpretação daquele texto (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 246).

678 Para Fábio Siebeneichler de Andrade, há basicamente três ordens de intentos com a codificação: intentos políticos, filosóficos e instrumentais. Sob o prisma *político*, a codificação responde a projetos de centralização; a partir do viés *filosófico*, a codificação busca ver o direito positivo enquanto compilação normativa dos valores oriundos do direito natural; e, de uma perspectiva *instrumental*, a codificação colima trazer segurança e certeza jurídicas para a solução judicial dos casos (ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação, crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997).

para o Judiciário brasileiro, sobretudo a partir da adoção do instituto da Súmula Vinculante pela Emenda Constitucional nº 45/2004, veio com o intuito de resolver o problema da dispersão jurisprudencial e da consequente insegurança jurídica.

Viu-se já ao longo da presente tese que a interpretação judicial que leva à aplicação de um dispositivo legal, não tem natureza exclusivamente cognoscitiva, dada a sua natureza decisória.

Decidir é o ato de restringir a pluralidade de possíveis soluções até chegar-se a uma só, adotando-a como a única solução concreta para uma determinada hipótese ou situação controvertida, com a consequente exclusão de todas as demais possíveis soluções em tese cabíveis.

Assim, ao decidir, o magistrado afasta ou rechaça outras possíveis soluções para o caso, soluções essas que até seriam em tese passíveis de serem concretizadas, mas que são preteridas pelo ato decisório em favor de uma única opção que passa então a ser concretizada, em detrimento das alternativas que com ela concorriam.

Em rigor, não apenas as sentenças judiciais, mas todas e quaisquer normas decorrem de decisões, sejam estas atribuídas ao Parlamento, ao Executivo ou ao Judiciário. Normatizar é, em última instância, decidir.

Pode-se afirmar, portanto, que toda norma resulta de uma decisão.⁶⁷⁹ Gregorio Robles⁶⁸⁰ afirma, com razão, que o terreno da teoria da decisão é o mais adequado para tratar o grande tema da justiça, que, segundo ele, o positivismo tornou, porém, o mais marginalizado dos temas da teoria jurídica tradicional.

Com efeito, resignando-se com o fato (a propósito, incontestável e incontestado por praticamente todas as correntes jusfilosóficas, com exceção da Escola da Exegese) de a decisão judicial não ser – e nunca poderá sê-lo – uma decorrência automática do que vai contido na legislação, o positivismo kelseniano simplesmente lavou suas mãos em relação aos riscos de arbitrariedade judicial, preferindo abster-se de colocar tal discussão no âmbito de sua teoria pura, por entender que ela não pertenceria ao campo do Direito, senão à seara da filosofia moral. Caberia ao cientista do Direito, por conseguinte, estudar e decifrar a dinâmica de cada sistema jurídico, em vez de opinar sobre a sua justeza ou não, tarefa esta que, segundo Kelsen, caberia aos filósofos morais e demais teóricos da justiça, e não aos juristas propriamente ditos.

679 Kelsen concebia a decisão judicial como *ato de vontade*; já Dworkin, contrariamente, a qualificava como *ato de conhecimento*, conforme já vimos à exaustão ao longo do presente trabalho acadêmico.

680 ROBLES, Gregorio. **El derecho como texto (Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)**. Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 100.

O debate passa assim a travar-se entre as correntes normativistas (formalistas) e as correntes funcionalistas, estas últimas menos preocupadas com a clareza da lei do que com o resultado das interpretações que sobre ela os juízes fazem.

Dizer que o Direito é claro, para os antiformalistas, é como dizer que a estátua está dentro da pedra, bastando ao escultor arrancar-lhe o excesso, como se os limites entre o que é estátua e o que não o é fossem claros e bem delimitados.

É a interpretação jurídica que vai definir o que é a estátua normativa dentro do bruto bloco legal, o qual deverá ser esculpido pelo intérprete diante das particularidades do caso concreto, até que a previsão abstrata da lei finalmente se amolde aos fatos processualmente relevantes que se encontram sob a apreciação judicial.

Gadamer discorda da hermenêutica metodológica de Betti, opondo-se à distinção bettiana entre as funções recognitiva, reprodutiva e normativa da interpretação, bem como à contraposição, igualmente engendrada por Betti, entre a interpretação histórica e a prático-normativa. Para a concepção ontológica de Gadamer, aquelas funções não são mais que momentos de um mesmo processo hermenêutico, que é sempre *constitutivo*, e nunca apenas puramente objetivo nem cognitivo. Na hermenêutica gadameriana, o texto não constitui uma objetividade alheia ao intérprete, pois este já está imbuído de uma pré-compreensão existencial que o impede de ter isenção em relação àquele, como bem aponta Joana Aguiar e Silva⁶⁸¹ na magna obra resultante de sua tese de doutoramento.

Em sua tese doutoral, a Professora Joana Aguiar e Silva também defende a hermenêutica gadameriana dos ataques que esta recebe daqueles que prestigiam a objetividade e a unidade de sentido na interpretação de textos normativos. Opõe-lhes, para tanto, a constatação de que a unidade de sentido é uma possibilidade que se preserva “graças aos constrangimentos representados, precisamente, pelas relações intersubjetivas que em torno do texto, do seu leitor e da tradição em que este e os seus pares se inserem, se vão estabelecer”⁶⁸².

Qual seria, outrossim, o papel intersubjetivo do pluralismo democrático⁶⁸³ e do contraditório⁶⁸⁴ na construção do Direito aplicado, tendo em conta o caráter *solipsista*⁶⁸⁵ que o realismo jurídico atribui à

681 SILVA, Joana Maria Madeira Aguiar e. **Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça - Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 302, nota de rodapé 798.

682 *Ibidem*, p. 305, nota de rodapé 811.

683 “Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode tornar-se, correspondentemente, mais elástica e ampliada sem que se deva chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 48).

684 “A fundamentação do *decisum* é ponto crucial da concepção democrática do processo, tanto que insculpida na Carta Magna como garantia fundamental (art. 93, IX). Com efeito, a legitimidade democrática do Judiciário reside no fato de que, em juízo, a solução justa é encontrada pelo Estado-juiz em conjunto com as partes. Há, assim, ativa participação e influência dos cidadãos na formação da jurisprudência” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. “Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito”. *Ir*.

interpretação e à formação da decisão judicial? Consideramos que nenhum ou quase nenhum papel lhes restaria.

Para Lenio Streck, a subjetividade judicial deve ser filtrada pela intersubjetividade proveniente da linguagem pública, que se manifesta, no Direito, por meio da doutrina, da jurisprudência e da legislação.⁶⁸⁶

Joana Aguiar e Silva relata que Emilio Betti acusa expressamente Gadamer de, através da diferença histórica e da eliminação da objetividade, ter conduzido a hermenêutica ao relativismo subjetivista, mas àquela acusação a eminente Professora contrapõe o fato de a hermenêutica de Betti ser ainda caudatária da interpretação psicológica fundada por Schleiermacher.⁶⁸⁷

Delineado tal embate entre a hermenêutica metodológica de Betti e a hermenêutica ontológica de Gadamer/Heidegger, indagamos: se “a linguagem é a casa do *ser*”, como dizia Heidegger, e se o *ser* é algo contingente que, por isso mesmo, deve ser visto como um filme, e não como uma fotografia, o que fazer então diante dessa contingência que invariavelmente também se reflete nos resultados interpretativos?

Como possível resposta a tal questionamento, a Professora Joana Aguiar e Silva, na esteira da hermenêutica existencialista por ela adotada, lança mão de uma perspectiva desconstrucionista, com acento na “afirmação das possibilidades humanas que foram negligenciadas ou esquecidas no privilegiar de ideias jurídicas particulares”⁶⁸⁸.

Em nosso sentir, o problema dessa perspectiva, porém, sobretudo em sistemas jurídicos já caracterizados pelo excesso de arbítrio interpretativo, é abrir espaço para que intenções que foram expressamente reprimidas pela lei voltem a nortear uma solução jurídica não querida pelos representantes do povo ao editar um diploma normativo. E aqui não estamos a falar de *mens legislatoris*, mas sim da própria *mens legis*, considerada a redação final de um texto cuja estrutura gramatical expressamente rechaçou determinada opção normativa, por considerá-la contrária à vontade do povo ali representada.

Revista de Processo. Vol. 269, ano 42. São Paulo: RT, julho/2017, pp. 421-432, p. 424). A propósito, tratando-se de direitos transacionáveis, podem as partes plenamente capazes, no exercício do autorregramento processual que o artigo 190 do CPC/2015 lhes faculta, até mesmo “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. Elas passam, assim, a ser partícipes da própria decisão que almejam.

685 O solipsismo atribui ao juiz “uma constelação de poderes e faculdades para controlar o processo, acabando por assumir uma posição de superioridade sobre os demais partícipes na dinâmica processual (autor, réu, advogados, Ministério público, entre outros)” (PEDRON, Flávio Quinaud; COSTA, Rafael. “A fundamentação dos provimentos jurisdicionais no novo Código de Processo Civil: avanços e retrocessos”. *lrx: Scientia Iuridica*. Braga: Universidade do Minho, setembro/dezembro/2017, pp. 317-340, p. 320).

686 STRECK, Lenio Luiz. “Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença (Artigo 489)”. *lrx: FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio L. (Coords). Comentários ao Código de Processo Civil*. Edição Kindle. São Paulo: Saraiva, 2016, Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo 8, Seção 2.

687 *Ibidem*, pp. 300-304.

688 *Ibidem*, p. 310.

No mais das vezes, certas “ideias jurídicas particulares” nada mais são que a expressão democrática de um povo plasmada na lei, seja quando esta é de iniciativa de seus representantes, seja quando ela decorre diretamente de iniciativa popular, tal como se deu, no Brasil, com a famosa Lei da Ficha Limpa⁶⁸⁹, aprovada a partir da assinatura de mais de um milhão e meio de eleitores descontentes com a utilização da máquina eleitoral por políticos ímprobos.

Outro singelo exemplo pode ser dado para ilustrar a objeção ora lançada: o artigo 927 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, elaborado em homenagem à isonomia e à segurança jurídica, mas duramente criticado pelos juízes de instâncias inferiores, exige que os magistrados observem determinados tipos de pronunciamentos qualificados emanados das instâncias superiores. Embora o dispositivo legal não deixe dúvida sobre o caráter vinculante desses pronunciamentos, juízes rebeldes insistem em os não acatar e acabam valendo-se de subterfúgios retóricos para contornar a obrigatoriedade fixada em lei, por entenderem que tal vinculação tolhe sua independência para julgar as causas de sua competência.

É óbvio que a possibilidade de não vincular os magistrados de instâncias inferiores às teses firmadas pelos órgãos judiciais superiores foi levada em consideração pelo legislador de 2015, o qual, porém, decidiu, por decisão soberana dos representantes do povo, não converter aquela mera possibilidade em lei. Tal decisão soberana não autoriza, portanto, os juízes insatisfeitos com a vontade do povo de resgatarem, por meio de decisões judiciais *contra legem*, uma possibilidade, de cunho corporativista, que havia sido expressamente rechaçada pelo Congresso Nacional e pela Presidência da República ao aprovarem o novo diploma processual, cujo artigo 927 explicita, em seus cinco incisos, as hipóteses de pronunciamentos vinculantes.

Parece-nos que a perspectiva desconstrucionista, de um lado, naturaliza a prolação de decisões *contra legem* e, de outro, sonega elementos hermenêuticos que possam finalmente atestar a manifesta inadmissibilidade de interpretações judiciais desse jaez, as quais, não raro movidas por interesses próprios dos juízes de primeira instância, claramente vão de encontro aos *limites interpretativos* do comando legal. Uma leitura desconstrucionista do Direito, nesse caso, deixaria sempre as portas abertas para que todo tipo de ilegalidade fosse legitimado pelos juízes, a partir da retórica arrivista segundo a qual nada pode ser feito face à inexorável infinidade de possibilidades interpretativas, por mais afrontosas ao texto legal que algumas delas possam ser.

689 Trata-se da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, que proíbe políticos condenados em decisões judiciais colegiadas de segunda instância de se candidatarem a cargos eletivos. Para mais informações sobre o processo de formação desta Lei, vide: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Junho/lei-da-ficha-limpa-completa-12-anos-como-marco-de-mobilizacao-da-sociedade> e <https://www.camara.leg.br/tv/205362-entenda-como-o-projeto-do-ficha-limpa-virou-lei/?pagina=8>. Acesso em 16/03/2023.

Esse é o cerne da questão. A tese doutoral ora defendida não pretende negar a longínqua distância que existe entre a generalidade/abstração da lei e a especificidade/concretude da situação juridicamente relevante, tampouco as contribuições trazidas pela hermenêutica gadameriana, sobretudo no plano filosófico.

Mas não podemos concordar com a afirmação naturalizante de que os únicos limites à determinação de sentidos de um texto legal sejam as pré-compreensões, o contexto histórico e o arbítrio do intérprete. Deve haver algo a mais, que sirva de barreira jurídica de contenção a interpretações manifestamente contrárias ao sentido do texto.

Por isso comungamos com Umberto Eco a ideia de ser possível verificarmos o desacerto de determinada interpretação de um texto, por mais que seja impossível dizermos qual é a melhor. A *intenção transparente do texto* pode, sim, refutar uma interpretação pautada apenas no *interesse do intérprete*.⁶⁹⁰

Por mais que não se possa falar em mera “descoberta” de um direito regulado na lei sem se falar na “criação” de um direito novo (ainda que de natureza dependente, intersticial e complementar ao previsto na lei) - já que a dimensão criativa é intrinsecamente conatural àquela identificação do direito aplicável -, parece-nos estreme de dúvidas o fato de que não cabe aos juízes suprimir o direito veiculado pela lei, a pretexto de criar outro em seu lugar. Quando o legislador estabelece uma prerrogativa em favor do jurisdicionado, não cabe ao aplicador da lei substituí-la pela criação de uma prerrogativa em favor dos magistrados, do Ministério Público ou do Estado *lato sensu*, sacrificando assim aquele direito previsto em lei, por mais indeterminada e polissêmica que seja a linguagem em geral e a dicção legal em particular, em sua textura sempre aberta. É disso que a presente tese doutoral trata como um verdadeiro problema da jurisdição brasileira, à luz do princípio democrático da legalidade.

Há de haver, como bem assinala Luis Prieto Sanchis, citado por Joana Aguiar e Silva, uma normatividade legal que seja *prévia* a toda e qualquer concretização constitutiva da norma pelo juiz.⁶⁹¹

Mas para que tal *normatividade prévia* – que é sempre incompleta, diga-se de passagem, já que a norma só adquire plenitude no momento de sua concretização – seja objetivamente preservada, não basta que cada juiz decida, *per se*, pela interpretação que melhor lhe convier individualmente. Há de haver um espírito institucional no seio da magistratura que zele pela objetividade dessas interpretações enquanto pronunciamentos oficiais do Poder Judiciário, considerado este último em sua organicidade.

690 ECO, Umberto. **Os Limites da Interpretação**. Trad. José Colaço Barreiros. Lisboa: Difel, 1992, p. 119.

691 *Apud* SILVA, Joana Maria Madeira Aguiar e. **Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça - Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 319, nota de rodapé 847.

É sobre isso que o próximo tópico tratará.

7.4. Os diálogos institucionais e a superação dos motes metodológicos dos últimos séculos

Parece haver consenso, entre os estudiosos, de que o mote metodológico do Direito no século XIX foi a *interpretação* jurídica. À época se discutiam as melhores técnicas interpretativas – a maior parte delas sistematizadas por Savigny –, a fim de que os juristas oitocentistas pudessem, por meio delas, captar o verdadeiro sentido dos dispositivos legais então interpretados, com destaque para os artigos do majestoso e recém-aprovado Código Napoleônico.

Já no século XX, as teorias da *argumentação* jurídica passaram a ocupar o lugar de destaque no âmbito das discussões metodológicas travadas à época, sobretudo no período que se seguiu à II Grande Guerra, em que se observou uma revalorização da *retórica* jurídica, cujos institutos foram resgatados e ganharam uma importante releitura, principalmente a partir dos estudos feitos por Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, com destaque para a clássica obra *Tratado da argumentação: a nova retórica*.

Não se nega aqui a extrema importância de que ainda hoje desfrutam os debates sobre a interpretação jurídica, sobremaneira após o *giro linguístico*⁶⁹² operado por Wittgenstein e os desenvolvimentos levados a cabo pela hermenêutica filosófica ao longo do século XX. Tampouco se diminui, por ora, a relevância (sempre atual) da argumentação para o Direito. As teorias da interpretação e da argumentação seguirão sendo a espinha dorsal do fenômeno jurídico, tanto em nível acadêmico, quanto na praxe forense, sem a menor sombra de dúvida. Não é de negar sua importância que se trata.

Mas não podemos desconsiderar o crescente protagonismo que os *diálogos institucionais* passam a desempenhar nessa primeira quadra do século XXI, enquanto tentativa orgânica de se estabelecer um consenso racional entre a normatividade prévia da legislação em abstrato e a normatividade concreta e em cada caso aplicada pelo Judiciário diante dos conflitos de interesses que quotidianamente lhe são submetidos à apreciação.

É nas decisões de última instância da Suprema Corte de cada país que a tensão entre democracia deliberativa e jurisdição constitucional costuma encontrar seu pináculo.

692 No Capítulo 5 já havíamos consignado a arguta observação de José Lamego acerca do impacto trazido por um novo pensamento jurídico “orientado a valores”, responsável pela derrocada das escolas baseadas na filosofia da consciência e precursor do movimento conhecido como “viragem hermenêutica”, movimento este que, nas palavras do catedrático de Coimbra, se colocou “ao nível da *Methodenlehre*”, ao menos nos países de tradição romano-germânica, operando, assim, uma ruptura epistêmica dos paradigmas metodológicos até então vigentes (LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma “recepção”**. Lisboa: Fragmentos, 1990, pp. 84-86).

A interpretação das cláusulas gerais e dos princípios contidos na Constituição – grande parte dos quais vazados em linguagem com textura acentuadamente aberta - costuma despertar desacordos morais razoáveis e, por isso, ser objeto de disputas ideológicas acirradas.

É na Constituição que o Direito e a Política encontram o ponto mais formal de convergência entre as aspirações mais elementares de um povo e as constringências mais estruturantes impostas por sua cultura jurídica, entre as quais se inserem, por exemplo, as vedações a penas de morte, cruéis ou degradantes ((ainda que considerável parcela da população se declare contrária a estas), bem como a proteção intransigente dos direitos humanos (ainda que considerável parcela da população se declare contrária a estes, como se se tratasse de uma mera benesse concedida pelo Estado a criminosos), das liberdades em geral e do devido processo legal.

Vários são os setores da sociedade brasileira que acusam o texto constitucional de ser excessivamente libertário, de conceder direitos demais (sobretudo os de natureza social e aqueles que veiculam prerrogativas processuais dos acusados) e de tratar com desmedido laxismo os condenados pelo sistema penitenciário e os presos em geral.

Tais acusações – obviamente levianas – não poupam nem mesmo os magistrados e órgãos judiciários que, ao invés de agirem como *justiceiros*, “ousam” aplicar os direitos e prerrogativas previstos no texto constitucional, como se este pudesse ser derogado por decisões judiciais.

Boa parcela dos parlamentares – formada sobretudo pelos representantes eleitos em outubro de 2022 sob o influxo do bolsonarismo – reverbera, no Congresso Nacional, as vozes reacionárias de seus representados e exige que o Judiciário brasileiro em geral e o Supremo Tribunal Federal, em particular, deixem de aplicar dispositivos constitucionais e legais dos quais os eleitores mais conservadores (situados em regra mais à direita do espectro político) não sejam simpatizantes.

A partir da tensão verificada entre tais setores e a cúpula do Judiciário, instala-se uma crise de legitimidade da Corte Constitucional perante boa parcela do eleitorado, que passa a não mais respeitar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e a até mesmo atacar a Corte e seus Ministros. Além dos já numerosos episódios de Ministros sendo hostilizados em frente de suas casas e nas ruas por eleitores de Bolsonaro, outro exemplo recente foram os trágicos ataques sofridos pelo STF em 08 de janeiro de 2023 na praça dos Três Poderes, em Brasília, ocasião em que centenas de vândalos e golpistas, descontentes com o resultado da eleição presidencial e com as últimas decisões do Pretório Excelso e do Tribunal Superior Eleitoral, invadiram o edifício-sede da Justiça e destruíram praticamente todas as suas instalações, incluídas as cadeiras, mesas, togas dos Ministros encontradas em seus gabinetes e no Plenário da Corte. Nem mesmo as obras de arte que ornamentavam aquele prédio

histórico, foram poupadas pelos *haters*, como o valioso quadro da artista brasileira Tarsila do Amaral, o que trouxe danos materiais de altíssima monta e irreparáveis prejuízos ao patrimônio histórico-cultural nacional. Em resposta a tal evento devastador, o Supremo lançou a campanha *#Democracialnabalada*⁶⁹³, iniciativa esta que chegou, inclusive, a ser agraciada na 10ª edição do evento “Prêmios Lusófonos da Criatividade”⁶⁹⁴.

O diálogo com o Congresso Nacional, cujas instalações também foram duramente depredadas na fatídica tentativa de golpe de Estado, e com o Poder Executivo, nunca foi tão necessário para mitigar a grave crise de legitimidade por que infelizmente passa o Judiciário brasileiro.

A teorização sobre *diálogos institucionais* remonta aos Estados Unidos da América (EUA) da década de 1960, ocasião em que Alexander Bickel, com sua obra seminal intitulada *Supreme Court and the idea of progress*,⁶⁹⁵ propugnou academicamente a tese de um “*continuing colloquy*” entre os três órgãos responsáveis pelas principais funções do Estado. De acordo com contextualização histórica relatada na tese de doutoramento defendida por Miguel Godoy, Bickel teria sido um dos primeiros autores que buscou conferir maior legitimidade democrática às decisões judiciais sobre controvérsias morais, revisando o conceito de supremacia judicial e, em consequência, trazendo à reflexão da comunidade jurídica a necessidade de se refrearem eventuais ativismos das Supremas Cortes em assuntos políticos. E o caminho, para tanto, seria um comportamento judicial pautado na virtude da *prudência* e lastreado em *princípios*, o que diferenciaria a Suprema Corte, enquanto “animal político” que é, tanto do Parlamento quanto do Executivo.⁶⁹⁶

Sabe-se que nos EUA concorrem entre si pelo menos três grandes correntes de pensamento, no que tange à interpretação judicial, as quais podem ser classificadas em: 1) **interpretativismo** (a considerar que há um dever de fidelidade literal dos órgãos judiciais em relação aos textos jurídicos que lhes cabem interpretar, a abranger tanto o textualismo quanto o originalismo); 2) **não interpretativismo** [a sustentar: 2.1) uma interpretação evolutiva; 2.2) uma leitura moral da Constituição; e 2.3) um pragmatismo jurídico]; e 3) **constitucionalismo popular**: a defender que os tribunais sejam afastados da tarefa de interpretar a Constituição, valorizando-se, assim, os ambientes públicos de deliberação pública para além das barras das cortes judiciais⁶⁹⁷.

693 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=500663&ori=1>. Acesso em 20/03/2023.

694 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=506665&tip=UN>. Acesso em 04/05/2023.

695 BICKEL, Alexander M. **Supreme Court and the idea of progress**. New Haven: Yale University Press, 1970.

696 GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese de doutoramento: Curitiba, 2015, pp. 108-112. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>. Acesso em 20/03/2023. Godoy também aponta que, segundo Bickel, a Suprema Corte pode decidir “não decidir”, com vistas a, assim, incentivar, ainda que por via oblíqua, processos deliberativos na sociedade, de modo a que sejam construídos novos consensos sobre certas divergências observadas acerca de princípios muito disputados nos meios sociais.

697 Um dos principais expoentes do constitucionalismo popular é Mark Tushnet, com a obra: TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999. Nela, Tushnet afirma categoricamente, já na pág. 6, que o significado da Constituição não

A aplicação dos *diálogos interinstitucionais* parece encontrar terreno mais fértil na segunda e na terceira vertentes teóricas vistas acima, mas isso não impede tal aplicação de produzir bons frutos também em outros desenhos judicialiformes, ainda que mais afinados com a tese da *supremacia judicial*.

O legislador brasileiro, inspirado tanto nos teóricos estadunidenses dos diálogos institucionais⁶⁹⁸ quanto na perspectiva pluralista defendida na Alemanha por Peter Häberle⁶⁹⁹, permeou nossos diplomas legais de dispositivos voltados a estimular uma crescente participação popular do processo decisório nos tribunais, seja por meio da atuação dos *amici curiae*⁷⁰⁰, seja mediante audiências públicas⁷⁰¹. Mas as contribuições trazidas pelos diálogos institucionais, tanto formais quanto informais, não se exaurem por aí. O emprego quotidiano de técnicas dialógicas entre as funções estatais e, sobretudo, entre estas e a sociedade civil, pode contribuir para mitigar diversos outros tipos de tensão observados na jurisdição em geral, aqui incluída a infraconstitucional, para além, portanto, da interpretação exercida pela Suprema Corte sobre o texto da Carta Magna.

Tanto isso é verdade, que o Constituinte derivado brasileiro já criou o “instituto da relevância da questão federal”⁷⁰² e o legislador infraconstitucional está em vias de regulamentar, no plano legal, a atuação *soberana* do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que tange à interpretação das leis federais, bem como dos tratados e das convenções internacionais. Ao interpretar a lei, os pronunciamentos qualificados do STJ ostentam caráter vinculante para os demais tribunais, haja vista que a Constituição atribuiu a esta Corte Superior a grave competência de uniformizar, para todo o território nacional, a

coincide necessariamente com a opinião que a Suprema Corte tem sobre o texto constitucional, *verbis*: “*What the Constitution means is not necessarily what the Supreme Court says it means*”.

698 Após a obra pioneira de Alexander Bickel, já referida acima, inúmeros estudos começaram a ser feitos acerca do instituto dos diálogos institucionais, com destaque para a obra publicada por Louis Fisher em 1988 e, quase duas décadas mais tarde, para o artigo que sistematiza os diálogos em categorias (diálogos em perspectiva empírica x diálogos em perspectiva normativa), de autoria de Christine Bateup, publicado em 2006, quais sejam, respectivamente: 1) FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988; 2) BATEUP, Christine. “The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue”. *In: Brooklyn Law Review*, vol. 71, n. 3, 2006, pp. 1109-1180. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>. Acesso em 21/03/2023.

Adrian Vermeule também fornece uma perspectiva digna de nota neste livro: VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation**. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006, pp. 153 e ss. E, ao lado de Cass Sunstein, Adrian Vermeule já havia abordado o tema neste artigo coautorial: SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. *In: John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n° 156, 2° Series, 2002, 55p. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245. Acesso em 11/04/2023.

Para um panorama geral acerca dos principais estudos norte-americanos sobre a temática *diálogos institucionais*, vide: BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

699 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

700 Citam-se como exemplos de previsão legal do *amicus curiae* os artigos 7º, § 2º, e 18 da Lei nº 9.868/1999, bem como o artigo 138 do Código de Processo Civil.

701 Citam-se como exemplos de previsão legal da audiência pública os artigos 9º, §§ 1º e 2º, 12-E, § 1º, e 20, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.868/1999, bem como os artigos 983, § 1º, e 1.038, II, do CPC, e, ainda, o artigo art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999.

702 Trata-se da inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 125/2022, que deu nova redação ao artigo 105 da Constituição, incluindo-lhe o § 2º, para incluir o requisito recursal da demonstração, pelo recorrente, da “relevância da questão federal”, para a interposição de recursos especiais destinados ao STJ, *verbis*: “§ 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento” (Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#art105%C2%A72. Acesso em 21/03/2023.

interpretação da legislação federal infraconstitucional, o que é confirmado pelo artigo 927, III e IV, do CPC.

No exercício desse importante mister, caberá ao STJ a tarefa, que paralelamente já cabe ao STF no plano da interpretação constitucional, de dialogar com a sociedade em geral e com os demais Poderes da República, em especial, sobre a melhor interpretação a prevalecer sobre os textos normativos de natureza legal, a qual deverá ser, na medida do possível, replicada pelas demais cortes brasileiras nos processos de suas respectivas competências.

Assim, mais do que simplesmente impor sua interpretação aos jurisdicionados, aos tribunais inferiores e à comunidade jurídica em geral, caberá aos Tribunais Superiores, com destaque para o STF e o STJ, dialogar com os representantes da sociedade e chegar a um *consenso* sobre o significado, respectivamente, das normas constitucionais e legais.

O problema que daí adviria, segundo poderiam alertar alguns observadores mais atentos à ortodoxia que a supremacia judicial impõe a todos quando se trata de interpretar textos normativos, diz respeito à possibilidade de *interpretações negociadas*, cujo teor se distancie das melhores técnicas interpretativas.

Suponhamos que um tribunal, após dialogar com representantes dos Poderes Legislativo e Executivo, entre em acordo com estes sobre uma determinada interpretação de artigo de lei que veicule prerrogativa processual das partes em juízo. Assim, a partir de argumentos consequencialistas, corporativistas ou pragmáticos em geral apontando a dificuldade de se colocar em prática a fruição de certo direito de natureza processual, a Corte entende por bem flexibilizá-lo a partir de fundamentos contranormativos. Imagine-se o exemplo da *audiência de custódia*. Após *lobby* da bancada policial junto ao Congresso Nacional e à Presidência da República, representantes das categorias policiais, quase sempre descontentes com a exigência legal e insuperável de realização de audiências de custódia para toda e qualquer pessoa presa, conseguem convencer os membros do tribunal a torná-la desnecessária para certas hipóteses legais.

Em tal exemplo, por mais consensual e dialógica que tenha sido a interpretação judicial assim formada, não há como admitir-se a sua validade jurídica, ao menos sem que se violem os princípios da legalidade e do devido processo legal.

Esse singelo exemplo demonstra que a utilização das técnicas proporcionadas pelos diálogos institucionais, embora recomendável, não atesta, por si só, a correção material da interpretação jurídica daí decorrente.

Aliás, nenhum método, por mais seguro que seja, representa garantia absoluta de decisões tecnicamente perfeitas ou acima de qualquer suspeita, haja vista que a prolação de decisões judiciais corretas – no sentido do maior grau possível de correção material que elas buscam alcançar – é um fenômeno extremamente complexo e depende, portanto, de inúmeros fatores, os quais vão até mesmo além da honestidade e da mera capacidade técnica da autoridade prolatora.

Quanto às aptidões cognitivas do órgão julgador, a noção de “capacidades institucionais”⁷⁰³ fornece elementos interessantes para refrear o ímpeto de alguns setores judiciários em tentar substituir, pela discricionariedade judicial, a discricionariedade técnica que a lei relega a outros órgãos e/ou agentes públicos. Isso se dá, sobretudo, em temas específicos e tecnicamente áridos, cujos conflitos costumam ser dirimidos pelas agências reguladoras, as quais detêm *expertise* legalmente reconhecida para discipliná-los, sem prejuízo, no entanto, do princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial, plasmado no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna⁷⁰⁴, o qual não deve jamais ser negligenciado.

Nesses casos, a autocontenção judicial presta reverência às *capacidades institucionais* de outros órgãos e revela uma salutar atitude de humildade técnica em relação a temas que exigem aprofundado conhecimento científico - de preferência por parte de uma instituição criada para este fim específico, a qual não pode, por isso mesmo, ser simplesmente substituída por um perito nomeado pelo juiz para um caso concreto. Tratando-se de um conhecimento técnico dominado por especialistas e assegurado por um órgão ou ente institucionalmente vocacionado para regular a matéria, muito mais do que simplesmente da maior ou menor capacidade intelectual de um perito individualmente considerado, tal conhecimento não pode ser desprezado pelos juízes no exercício cotidiano da judicatura.⁷⁰⁵

703 Embora o tema da tensão entre o Judiciário e as agências reguladoras já tenha sido objeto de ponderações acadêmicas anteriores por parte de outros autores norte-americanos, dos quais se destaca Lon Fuller (FULLER, Lon L. “The Forms and Limits of Adjudication”. *In: Harvard Law Review*, vol. 92, 1978, pp. 353-409), o termo *institutional capacities* foi cunhado por Cass Sunstein e Adrian Vermeule em texto publicado em 2002. Nele, os autores tentam sistematizar, pela primeira vez, a noção de que os juízes nem sempre são as autoridades mais capacitadas para decidirem questões policêntricas e de caráter marcadamente técnico. De outro lado, criticam a ideia – que consideram ingênua – de que técnicas ou ferramentas teóricas puramente abstratas possam contribuir para resolver disputas interpretativas sobre questões práticas, tais como, por exemplo, se os tribunais podem afastar um determinado dispositivo legal que bane a introdução em alimentos de corantes que causem câncer. Ora, por meio desse exemplo, os autores sublinham os efeitos dinâmicos e as capacidades das instituições envolvidas no tema para resolverem eventuais conflitos, seja definindo o que se deve entender por substância carcinogênica, seja avaliando os graus de risco atribuídos a cada uma delas, sem ter de recorrer, necessariamente, a cânones interpretativos tradicionais, como os métodos literal, teleológico, sistemático etc., haja vista que estes pouco ou quase teriam a contribuir em uma discussão técnica sobre saúde pública e segurança alimentar desse jaez. Afirmam que uma teoria da interpretação que negligencie esses aspectos deve ser considerada incompleta, uma vez que “*an appreciation of institutional capacities and dynamic effects is a necessary part of any theory of legal interpretation*”; não obstante, reconhecem que o tema das capacidades institucionais sempre passou ao largo das grandes teorias hermenêuticas, o que as torna, infelizmente, insuficientes para dar conta dos verdadeiros conflitos suscitados pela interpretação de textos legislativos na prática (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. *In: John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n° 156, 2º Series, 2002, 55p. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245. Acesso em 11/04/2023).

704 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11/04/2023).

705 Carlos Alexandre Azevedo de Campos relembra os fundamentos da postura judicial de *self-restraint*. “A autorrestricção estrutural em razão da capacidade jurídico-constitucional dos outros poderes resulta do *status* de autoridade constitucionalmente atribuído ao agente que praticou o ato normativo sujeito ao controle de constitucionalidade. Vinculada à questão da legitimidade democrática, a deferência é também justificada em função das regras de organização e separação de poderes que estão no coração de toda estrutura constitucional. Quanto maior for a autoridade que a Constituição atribuir para

Cass Sunstein e Adrian Vermeule, ao vislumbrarem um esboço de desmonte do Estado Administrativo contemporâneo, criticam a sinalização aventada por alguns magistrados da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no sentido de, em homenagem à legalidade, retomar-se a “doutrina da não delegação” (“*nondelegation doctrine*”), segundo a qual o legislador não deveria editar leis sem conteúdo normativo que previsse expressamente os modos pelos quais a Administração Pública deveria atuar diante do administrado, sob pena de criar-se um governo paralelo ao eleito e, portanto, desprovido de legitimidade democrática. Segundo a crítica feita por Sunstein e Vermeule, a mudança ensaiada pela Suprema Corte acabaria por enfraquecer o poder discricionário e a independência técnica das agências reguladoras, dado o caráter elástico e genérico das disposições legais que, por meio de cláusulas gerais, atribuem amplos poderes a tais agências, cláusulas gerais estas que correm o risco, doravante, de serem declaradas inconstitucionais por ofensa ao princípio da legalidade e ao *rule of law*.⁷⁰⁶

Para Sunstein e Vermeule, até mesmo o método de interpretação a ser priorizado dependerá do grau de familiaridade que o órgão interpretante detém sobre o tema. Assim, em comparação com os tribunais, as agências reguladoras possuiriam maior sensibilidade (“*good sense*”) para aferir as situações em que uma interpretação menos literal de um regulamento, por exemplo, poderia gerar maior ou menor instabilidade para todo o esquema regulatório. O Judiciário, por sua vez, não estaria tão familiarizado com certos temas específicos a ponto de saber o real impacto que uma interpretação menos formalista provocaria sobre a segurança da regulação em questão.⁷⁰⁷

Os referidos autores levam em conta, em sua abordagem institucional, o fato de que os juízes não são perfeitos, bem como a falácia de que partem os teóricos ao questionarem como eles mesmos, na condição de especialistas, decidiriam de modo ideal certa controvérsia se estivessem no lugar do juiz do caso, ao invés de formularem a seguinte pergunta, que seria muito mais honesta do ponto de vista empírico: “*how should fallible judges proceed, in light of their fallibility and their place in a complex system of private and public ordering?*”⁷⁰⁸. A formulação da pergunta, aqui, é mais importante

determinado ator político praticar o ato normativo questionado, mais deferência deverá ser prestada por juízes e cortes. Aqui, democracia e separação de poderes atuam juntos em favor da autorrestricção judicial” (CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo de. “Dimensões da Autorrestricção judicial”. *In*: LEITE, G. S.; STRECK, L.; NERY JR., N. **Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 239-258, p. 251).

706 Nas palavras dos autores: “*Four members of the U.S. Supreme Court, and possibly five, have indicated that they would like to revive the ‘nondelegation doctrine’, which would forbid Congress from granting excessively broad or uncabined discretion to administrative agencies such as the Environmental Protection Agency, the Department of Labor and the Department of Transportation*” (SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “*The Very Structure of Modern Government Is Under Legal Assault*”. *In*: **The New York Times**, 15 set 2020. Disponível em <<https://www.nytimes.com/2020/09/15/opinion/us-government-constitution.html>>. Acesso em 11/05/2023).

707 “*Compared to courts, agencies are likely to have a good sense of whether a departure from formalism will seriously damage a regulatory scheme; hence it is appropriate to allow agencies a higher degree of interpretive flexibility*” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. *In*: **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, nº 156, 2º Series, 2002, 55p., p. 4. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245. Acesso em 11/04/2023).

708 *Ibidem*, p. 47.

e determinante que as eventuais respostas, ao menos para a definição do impacto, positivo ou negativo, que cada modalidade de interpretação adotada, que pode ser mais ou menos textualista, causará em termos de efeitos sistêmicos.

Em suma, segundo Sunstein e Vermeule, o tão-só fato de se reformular a pergunta, trazendo para dentro dela aspectos empíricos que são quase sempre desconsiderados pelo formalismo jurídico, abstrato por natureza que é, fará os teóricos da interpretação revisarem os seus próprios métodos, direcionando os mais adequados, por sua vez, para cada situação concreta.

Isso não significa dizer, todavia, que deva haver uma reverência judicial cega e absoluta em relação às decisões dos órgãos técnicos, pois ninguém está imune a erros, obviamente; mas deve haver, no mínimo, o reconhecimento judicial da presunção de legitimidade, até provas substanciais em sentido contrário, das escolhas técnicas tomadas pelos órgãos competentes para regular a matéria.

Isso é respeitar as capacidades institucionais dos órgãos envolvidos.

O Judiciário deve ter compreensão de suas limitações em certas hipóteses e agir a partir dessa tomada de consciência, sob pena de trazer ainda mais instabilidade para os conflitos de interesses que desaguam diariamente nas barras de seus já sobrecarregados tribunais. O Judiciário não pode agir como se detivesse o monopólio do conhecimento.

Até mesmo Scott Shapiro, que é um crítico mordaz da moralidade conservadora de Vermeule (autor este que, como visto acima, prega a autocontenção judicial em temas regulados por agências ou impregnados de forte apelo moral ou político), reconhece a necessidade de certos balizamentos à hermenêutica jurisdicional, a qual não pode tornar-se refém de argumentos exclusivamente morais. Ao desenvolver uma metodologia interpretativa que denomina de “distribuição de confiança” (*the economy of trust*), Shapiro defende que a interpretação do Direito deve ser vista como a interpretação dos *planos institucionais*, ostentando supremacia sobre os planos individuais dos agentes julgadores, conforme já adiantamos no Capítulo 6, tópico 6.3, ao qual remetemos o leitor, a fim de não soarmos repetitivos.

Encerra-se este tópico com a conclusão parcial de que, em suma, são bem-vindas, ao menos para o Direito brasileiro, as tentativas teóricas, vistas acima, de institucionalizar a interpretação judicial por meio de parâmetros que confirmem primazia às capacidades das instituições envolvidas, se cotejadas às capacidades pessoais dos autores envolvidos. Em uma sintética expressão que enaltece o espírito de unidade de cada sistema jurídico, pode-se concluir que o Direito não se afirma negando o papel sistematizador das instituições criadas por ele mesmo; estas, sendo permanentes, devem sobrepor-se aos agentes que a integram, pois seus membros o fazem sempre temporariamente, ainda que suas investiduras sejam vitalícias.

7.5. O problema da viragem hermenêutica e sua manipulação retórica pela jurisprudência brasileira

A justiça dos homens é e sempre será falível, como falíveis são os homens.

Tal afirmação é inexorável e não levanta maiores objeções, pois só uma justiça de caráter divino é que, em um plano ideal, poderia ser considerada infalível e perfeita, ao menos para os que professam alguma religião ou cultivam alguma outra modalidade de fé em eventos metafísicos ou em divindades em geral.

Mas cada sistema jurídico tem as suas peculiaridades, assim como cada homem e cada mulher têm as suas idiossincrasias.

E, dentre as inúmeras peculiaridades do sistema judicial brasileiro, o presente trabalho ressalta o excesso de insegurança jurídica na aplicação da lei pelo Judiciário. Numerosos exemplos de decisões judiciais manifestamente ilegais foram dados ao longo desta tese, sobretudo nos Capítulos 2 e 3.

E a tese ora defendida, procurando ir além de uma empresa meramente descritiva, busca, assim, oferecer (prescrever) subsídios teóricos que possam contribuir para a solução deste problema prático, o qual aflige indistintamente todos os usuários do nosso sistema de justiça.

A tese sinaliza no sentido de que a perspectiva hermenêutica naturaliza a discricionariedade judicial⁷⁰⁹ e com ela se resigna, como se se tratasse de algo contra o qual a teoria do Direito nada pode fazer, senão placidamente descrever, e como se o jurisdicionado tivesse de se conformar com o inexorável fato de ser o eterno refém do arbítrio dos juízes.

A Professora Joana Maria Madeira Aguiar e Silva distingue semanticamente o arbítrio da arbitrariedade e, ao fim e ao cabo, entende pela licitude do exercício do primeiro, dada a extrema complexidade do processo interpretativo, que não se compadece com uma determinação de sentidos que seja prévia à concretização hermenêutico-compreensiva do conjunto de vários elementos e circunstâncias formado pela interpenetração de enunciados fáticos e jurídicos, todos situados dentro de um determinado contexto histórico e institucional, entre outras conjunturas, às quais sempre se alia a pré-compreensão.⁷¹⁰

É esta pré-compreensão, segundo a mesma autora, a instância hermenêutica capaz de poder limitar aquela discricionariedade e de controlá-la. E esclarece, com supedâneo no pensamento de

709 A seguinte passagem da excelente tese de doutoramento de Joana Maria Madeira Aguiar e Silva, Professora com notório domínio sobre o tema da hermenêutica, é bem representativa dessa resignação que teoricamente legitima o subjetivismo judicial: "A discricionariedade está sempre presente na actividade judicial, tenha esta como objeto casos fáceis ou difíceis. Esta é, aliás, a posição defendida pela maioria daqueles que simpatizam com as concepções hermenêuticas do Direito, independentemente da designação" (SILVA, Joana Maria Madeira Aguiar e. **Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça - Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 332).

710 SILVA, Joana Maria Madeira Aguiar e. **Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça - Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 335.

Giuseppe Zaccaria, que tal pré-compreensão não tem natureza subjetiva, mas sim se caracteriza pela cultura partilhada de sentidos e pela tradição respeitada em uma certa época, embora seja, ao fim e ao cabo, veiculada pelo pronunciamento de um juiz que toma a decisão.⁷¹¹

Delicado, porém, é o transplante dessa hermenêutica filosófica, por natureza avessa a metodologias, para o campo da hermenêutica jurídica, com todos os seus graus de suposto cientificismo, critérios e procedimentos de verificabilidade, que são próprios da metodologia adotada pelo Direito, com vistas a coarctar “quaisquer intemperanças discricionárias”⁷¹², para nos valermos da feliz expressão utilizada pela Professora Joana Aguiar e Silva. Afinal, a própria Professora reconhece que “[O] método faz parte da experiência do quotidiano de qualquer jurista, contribuindo de modo constitutivo para a realização da juridicidade”⁷¹³. Mas a mesma Professora obtempera o rigor da metodologia na atuação prática do Direito, ao afirmar que a interpretação jurídica não constitui um processo linear que obedeça a rígidas pautas preestabelecidas.⁷¹⁴ E acrescenta que também Alejandro Nieto critica o chamado método de interpretação por não servir para obter um resultado interpretativo e sim para justificar um resultado já decidido de antemão.⁷¹⁵

Concordamos que cabe à argumentação jurídica, com sua pretensão universal de correção enquanto caso especial do discurso prático geral, impedir que o indelével arbítrio judicial, natural e próprio que é de todo e qualquer processo adjudicatório, venha a se converter em arbitrariedade pura e simples.

A argumentação, nesse sentido, vem ocupar o antigo lugar que era reservado ao método na teoria da decisão judicial.

A tese doutoral defende, no entanto, que o elemento gramatical deve ao menos ser devidamente considerado pelo intérprete. Não se quer com isso dizer que o critério textual seja suficiente, e muito menos exauriente, para dar conta do fenômeno interpretativo; quer-se apenas que tal critério seja ao menos levado em consideração, enquanto etapa minimamente necessária do processo hermenêutico, para que eventuais assunções de significados e sentidos divergentes da semântica usual sejam devidamente justificadas pelo intérprete, em homenagem à transparência que o modelo republicano exige quanto ao funcionamento de todo o aparato estatal.

Trata-se de um constrangimento linguístico mínimo, cujo enfrentamento o aplicador do Direito não pode impunemente recusar, sob pena de as leis escritas não constituírem mais qualquer tipo de

711 *Ibidem*, p. 338.

712 *Ibidem*, p. 340.

713 *Idem*.

714 *Ibidem*, p. 345.

715 *Ibidem*, p. 346. E conclui, mais adiante, que “[A] racionalidade eminentemente prática e material subjacente ao discurso jurídico tem dificuldades em se compaginar com este modelo, que directamente contende com a sua realidade” (*Ibidem*, p. 348).

pauta de conduta a ser seguida pelos juizes, até porque elas são redigidas no vernáculo e as pautas nelas contidas são veiculadas por um conjunto de signos semânticos organizados sintaticamente. E esta articulação textual de ideias se dá de acordo com uma gramática que deve ser objeto de um mínimo de atenção por parte do intérprete, sendo o ponto de partida, por conseguinte, da interpretação gramatical.

O Código Civil Português adota, na redação de seu Artigo 9.º, a técnica savigniana⁷¹⁶, pautada nos tradicionais critérios da hermenêutica conceitual típica do século XIX, com os seus elementos literal (ou gramatical), lógico, histórico, sistemático e teleológico. O referido dispositivo, sob a epígrafe *Interpretação da lei*, dispõe que:

1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.
2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.
3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

Nas pp. 359-362 da sua multicitada tese doutoral, a Professora Joana Aguiar e Silva, após cotejar as disposições do Código Civil Português de 1966 com as de outros códigos de países da Europa continental, tais como Alemanha, França, Itália e Espanha, constata que nenhum destes pretende, com tanto afincamento quanto Portugal, impor ao intérprete o modo pelo qual seus dispositivos legais devem ser interpretados. O legislador lusitano pretendeu, na visão crítica da Professora Joana Aguiar quanto à disciplina legal da interpretação jurídica, automatizar as respostas do intérprete a partir da fixação de determinados critérios hermenêuticos e de um *iter* procedimental de interpretação da lei portuguesa.

Porém, para Betti, a grande vantagem representada por esta disciplina estaria justamente no fato de ela reduzir a margem possível de incerteza e de incompletude da tarefa hermenêutica, evitando

716 SAVIGNY, F.C. von. **Sistema de derecho romano actual**, pp. 152-153. *Apud* Joana Aguiar e Silva, *ibidem*, nota 349, p. 139.

o perigo de uma indefinida pluralidade de interpretações diferentes e divergentes entre si. A própria estudiosa reconhece isso em sua magnífica tese.⁷¹⁷

A existência de certos balizamentos legais para a arte de interpretar, tais como os que vedam interpretações judiciais que não tenham na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, visa a restringir as margens de subjetivismo no momento de aplicação da lei, a fim de evitar que o intérprete atribua a esta significados por ela não suportados textualmente.

Betti adverte, no tomo II de sua magna-obra, acerca dos perigos do subjetivismo pessoal em tema de categorias éticas, pois, segundo o hermeneuta italiano, tais perigos são muito mais difíceis de evitar que os perigos decorrentes de eventuais divergências sobre as categorias da lógica.⁷¹⁸ Fazendo distinção entre as funções da jurisprudência na Roma Antiga (dividida em cidades-estados) e no mundo contemporâneo (cujos ordenamentos são extremamente multifacetados, complexos e tendentes a regular ao máximo todas as dimensões do convívio humano), no qual os mais diversos sistemas jurídicos hodiernos se inserem, Betti observa que, no período clássico, não havia maiores problemas em que a “*interpretatio prudentium*” fosse considerada uma fonte de direito. Já na atualidade, porém, o jurista italiano vê com reservas a tentativa da jurisprudência de firmar-se como fonte autônoma de normas jurídicas, pois entende que a necessidade de certeza do Direito deve sobrepor-se à necessidade de justiça material para o caso concreto, salvo em situações excepcionais.

Nas palavras de Betti, é natural que, em um ambiente plural e complexo como o da atualidade, a atividade interpretativa da jurisprudência, com o caráter controverso que lhe é inseparável, não possa constituir fonte de direitos, devendo, ao contrário, permanecer na esfera da “pura interpretação” (*pura interpretazione*), sempre subordinada a valorações imanentes à própria ordem jurídica a ser aplicada, ainda que esta faça parte integrante do *ethos* social de sua época.⁷¹⁹ Não se quer com isso dizer que a realidade social deva ser ignorada, mas sim que ela seja interpretada através do filtro mediador do Direito, e não diretamente pelas lentes éticas e pela régua de valores morais e sociais de predileção do magistrado, a fim de que este não substitua pela sua visão pessoal de mundo a visão institucional do Direito, tal como compartilhada pelos órgãos incumbidos democraticamente de inovar a ordem jurídica, a dar-se ordinariamente por meio da função legislativa.

Ainda em relação às máximas de interpretação positivadas no Código Civil Português de 1966, acresce-se que o próprio mentor intelectual do Artigo 9.º, Manuel de Andrade foi modesto e ponderado

717 *Ibidem*, p. 366.

718 BETTI, Emilio. **Teoria Generale della Interpretazione**, Tomo II, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1990, p. 853.

719 “*È ben naturale che in un simile ambiente l'attività interpretativa della giurisprudenza, col carattere opinabile e controverso che ne è inseparabile, non possa, costituire una fonte di diritti, come ai tempi in cui essa si contrponeva alle "leges" quale complesso di "iura", ma debba restare nell'ambito della pura interpretazione, sempre subordinata a valutazioni immanenti e latenti nello stesso ordine giuridico, sia pure inquadrato nell'ethos sociale del tempo*” (*Ibidem*, p. 863).

ao afirmar que a redação do dispositivo não poderia avançar demais e nem de modo definitivo sobre o tema, senão apenas lhe traçar “umas tantas posições que pareceram bastante seguras, deixando ainda vago um espaço considerável, para a livre investigação dos doutos”⁷²⁰.

Exemplo sul-americano pode ser extraído da tentativa progressista de nova Constituição da República do Chile, reprovada em referendo popular pelo eleitorado desse país em 04/09/2022, cujo texto do Artigo 377 pretendeu amarrar os membros do Tribunal Constitucional a determinados princípios que, segundo a então formada Assembleia Constituinte, prestariam reverência à lei, tal como engendrada pelo Legislativo.⁷²¹ Com a derrocada do texto, o Chile segue tendo como sua Carta Magna em vigor a Constituição ditatorial de Augusto Pinochet, outorgada em 1980, em pleno regime militar.

Tentou-se em vão, no Chile, coarctar eventuais elementos não jurídicos na fundamentação da Corte Constitucional. Embora a tentativa tenha sido frustrada, algo pode ser aproveitado dessa iniciativa, ainda que em caráter meramente pedagógico, a fim de reforçar, ao menos no plano didático, o dever judicial de que as decisões pretensamente pautadas na Constituição sejam efetiva e deontologicamente fundamentadas dentro da moldura dos dispositivos constitucionais envolvidos, e não em critérios utilitaristas nem teleológicos⁷²², tais como eventuais vantagens econômicas que poderiam advir de determinada interpretação, razões de conveniência político-eleitoral, apelos populares de ocasião, pressão de setores religiosos ou de governos estrangeiros etc.

Tais critérios interpretativos fixados por disciplina legal, em nossa opinião, não devem ser vistos como dogmas ou imperativos absolutos, tampouco como máximas perfeitas e acabadas. Nenhuma lei é perfeita, nenhuma obra do espírito humano pode arrogar-se a pretensão de correção absoluta. E isso vale, obviamente, para tais cânones interpretativos positivados pelo legislador português de 1966. Vistos em seu valor sempre relativo e nunca exauriente, como tudo na vida, tais cânones legais não deixam de ter, sim, o seu valor, sendo uma contribuição do Poder Legislativo para tentar refrear a institucionalização, pelo Judiciário, de práticas reiteradas de esvaziamento de certas determinações

720 Nas palavras completas de Manuel de Andrade tais como fielmente reproduzidas na tese doutoral de Joana Aguiar e Silva, *verbis*: “No artigo 9.º não se pretendeu marcar uma atitude inteiramente definida quanto ao método de interpretação a seguir, até mesmo para deixar campo livre para a actividade da doutrina, em problema de tanta complexidade e transcendência que perigoso seria tentar solucioná-lo duma vez para sempre. Só se pensou aqui em firmar umas tantas posições que pareceram bastante seguras, deixando ainda vago um espaço considerável, para a livre investigação dos doutos” (*Apu* Joana Aguiar e Silva, *ibidem*, p. 372).

721 Assim dispunha o referido Artigo 377 sobre a interpretação constitucional a cargo da Suprema Corte chilena, *verbis*: “O Tribunal Constitucional é um órgão autónomo, técnico e profissional, encarregado de exercer a justiça constitucional para garantir a supremacia da Constituição, de acordo com os princípios da deferência ao legislador, da presunção da constitucionalidade da lei e da busca de uma interpretação conforme à Constituição. As suas decisões baseiam-se exclusivamente em fundamentos jurídicos” (NASCIMENTO, Roberta Simões. “A solução da nova Constituição chilena para o ativismo judicial”. Artigo publicado em 31/08/2022 no **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/a-solucao-da-nova-constituicao-chilena-para-o-ativismo-judicial-31082022>. Acesso em 04/05/2023).

722 Quanto à dimensão teleológica da interpretação, pode-se afirmar, com apoio em Habermas, que as normas jurídicas em geral revestem-se de uma roupagem de natureza deontológica (ancorada, assim, em um dever-ser com origem filosófica fincada na metafísica kantiana), enquanto que os valores sociais sem caráter normativo possuem, em regra, apenas um sentido teleológico. Isso equivale a dizer que normas válidas obrigam indistintamente todos os seus destinatários, com pretensão de validade binária, ao passo que os valores apenas representam determinadas relações de preferência, com maior ou menor prioridade, a depender da pessoa ou grupo social que os cultivam, sem se revestirem dos traços de obrigatoriedade, universalidade, codificação binária e logicidade sistêmica, que caracterizam os preceitos normativos e os diferenciam das formas de expressão meramente axiológicas e teleológicas em geral (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 315-317).

legais cujo cumprimento não seja, porventura, do interesse corporativo da magistratura ou não angarie a simpatia de determinados magistrados.

Trata-se de uma tentativa encetada pelos órgãos soberanos de representação popular e voltada à preservação parlamentar do núcleo essencial de normatividade das pautas de conduta estabelecidas mediante devido processo legislativo, normatividade esta que é representada pela força cogente da lei escrita, cujo poder de coerção, não obstante, será objeto, em um segundo momento, de um complexo processo hermenêutico de aplicação pelos juízes. Caberá a estes demonstrar que, em sua atividade adjudicatória, ao menos se desincumbiram de seguir certas balizas hermenêuticas estruturantes, bem como aquele *iter* interpretativo mínimo fixado em lei, justificando racionalmente (mediante a devida fundamentação jurídica), perante os jurisdicionados e a sociedade em geral, o comportamento judicial adotado diante daquela previsão legal. Toda previsão legal acaba encampando, ainda que de maneira indireta, algum interesse juridicamente tutelável, cujo titular tem a expectativa legítima de não ver a sua confiança sendo, depois, traída pelo órgão incumbido de corresponder àquela expectativa juridicamente depositada.

É óbvio que a mera certificação por esse método não constituirá garantia absoluta – até porque em Direito, como nas humanidades em geral, nada é absoluto – de que a decisão adotada logrou pleno êxito em “reconstituir o pensamento legislativo”, na forma exortada pelo referido Artigo 9º do Código Civil Português de 1966. Não é disso que se trata. Trata-se, na verdade, apenas de restringir, ainda que apenas no plano formal, a margem de arbítrio judicial, enorme que é por natureza. Não negamos que no plano de fundo, isto é, para além das fórmulas jurídicas previstas em lei, determinados aspectos procedimentais possam ser instrumentalizados pelos juízes com vistas a legitimar uma decisão não afinada com o “pensamento legislativo”. Quanto a isso, não há o que ser feito. Mas ao menos o magistrado será submetido ao constrangimento legal de fundamentar, de modo racional, a forma pela qual decidiu em determinado sentido, sobretudo quando o conteúdo de tal decisão se afasta dos critérios fixados na lei.

Assim, quanto maior for o hiato jurídico entre o objetivo colimado pela lei (e não necessariamente pelo legislador) e o teor da decisão proferida pelo magistrado, maior será o ônus argumentativo que recairá sobre este. Poder-se-á objetar que isso terá um impacto meramente formal sobre a atividade judicante e que, portanto, não passará de um “jogo de faz de contas”. Mas, na prática judiciária, esse acréscimo de fundamentação talvez sirva, no plano comportamental, de desestímulo a decisões contrárias à lei, pois o juiz terá um encargo argumentativo maior para justificá-

las e, portanto, será obrigado a despender mais tempo e energia de trabalho no ato de assim decidir, o que lhe fará pensar duas vezes sempre que pretender afastar-se dos contornos da lei.

Um singelo exemplo, extraído da praxe forense brasileira, talvez ilustre melhor o raciocínio que intentamos até aqui esboçar. No ano de 2019, em resposta a inúmeros episódios de espetacularização do processo penal ocorridos nos últimos anos, por meio dos quais alguns juizes e membros do Ministério Público brasileiros buscaram – e alguns deles, como o ex-juiz federal Sérgio Moro e o ex-procurador da República Deltan Dallagnol, conseguiram – ganhar notoriedade⁷²³ na mídia nacional e até internacional graças, notadamente, à conotação política de suas atuações funcionais, foi publicada a Lei nº 13.869/2019, conhecida como a Nova Lei de Abuso de Autoridade. Dentre os inúmeros dispositivos nela contidos, coube ao Artigo 28 tipificar a conduta de “divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado”⁷²⁴, para o que o legislador previu uma pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos, além de multa.

No curso do processo penal a que respondia o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, posteriormente anulado pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a incompetência e a falta de imparcialidade do ex-juiz federal e hoje político Sérgio Moro, este havia determinado a divulgação, pela mídia nacional, de um trecho de conversa telefônica interceptada com autorização judicial, realizada entre o réu e a ex-Presidente Dilma Rousseff, mas que não tinha qualquer relação com a prova que se pretendia produzir naqueles autos (cujo objetivo era comprovar a titularidade dissimulada de determinado imóvel supostamente recebido pelo réu como fruto de corrupção passiva). Na comprometedor conversa divulgada, a ex-Presidente Dilma prometia ao ex-Presidente nomeá-lo Ministro-Chefe da Casa Civil, para com isso atribuir-lhe foro de prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal e, assim, livrá-lo da “perseguição” que sofria do ex-procurador Deltan Dallagnol e do ex-juiz Sérgio Moro na 11ª Vara Federal de Curitiba, de modo que os processos que o réu ali respondia seriam, em consequência, remetidos à Suprema Corte brasileira. O ex-juiz sabia que esse trecho não guardava qualquer relação com a materialidade da prova produzida nos autos que presidia, mas entendeu por bem torná-lo público, dado o impactante conteúdo político de que se revestia a mensagem ali divulgada, o que atrairia, como de fato atraiu, o apoio à Operação Lava-Jato da maior parte da sociedade civil e de seus representantes políticos, todos fatos que já estavam dos atos de

723 A propósito da influência dos holofotes sobre as autoridades judicantes, Hannah Arendt, depois de descrever a vaidade perante os holofotes da mídia internacional e a sanha acusatória manifestadas pelo promotor do caso no julgamento de Eichmann, ocorrido no ano de 1961 em Jerusalém, leciona com propriedade: “A Justiça não admite coisas desse tipo; ela exige isolamento, admite mais a tristeza do que a raiva, e pede a mais cautelosa abstinência diante de todos os prazeres de estar sob a luz dos refletores” (ARENDR, Hannah, 1906-1975. **Eichmann em Jerusalém**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 7).

724 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em 04.05.2023.

corrupção praticados pelo Partido dos Trabalhadores (PT). O objetivo daquela divulgação foi, portanto, puramente político, pois visava desgastar ainda mais a imagem – já então bastante desgastada – deste partido político e da então Presidente petista junto à opinião pública. E tal objetivo foi atingido, tornando-se extremamente impopular a imagem da ex-Presidente Dilma e abrindo-se caminho para o seu *impeachment* e para a inelegibilidade do ex-Presidente Lula, o que culminou na eleição, em final de 2018, do Presidente Jair Bolsonaro, em cujo governo o ex-juiz Moro atuou como Ministro da Justiça, em retribuição política aos serviços judiciais que por ele haviam sido prestados em desfavor do PT, impedindo o seu principal nome de disputar as eleições de 2018.

À época em que Moro praticou aquele ato de divulgação, ocorrido em março de 2016, não havia dispositivo legal semelhante ao referido Artigo 28 da atual Lei de Abuso de Autoridade, o que, de certa forma, tornou mais fácil ao então juiz legitimar tal divulgação sob a alegação de propiciar “o saudável escrutínio público sobre a atuação da administração pública e da própria Justiça criminal”⁷²⁵. A partir da nova Lei, a única justificativa de que um magistrado poderia lançar mão para cometer uma tal ilegalidade seria demonstrando que o trecho de gravação divulgado tem relação com a prova que se pretendia produzir, o que seria difícil no caso concreto, a menos que se conseguisse convencer alguém da improvável tese de que a intenção da ex-Presidente Dilma de nomear Lula para um cargo de Ministro poderia servir como prova de dissimulação da propriedade, dissimulação esta de que Lula era acusado naqueles autos devassados.

Em suma, o “pensamento legislativo” contido no referido Artigo 28 da Nova Lei de Abuso de Autoridade pode até ser retoricamente subvertido pelo magistrado no momento de sua aplicação, mas o respectivo ônus argumentativo será diretamente proporcional ao grau de distanciamento que a decisão judicial intente operar em relação àquele objetivo traçado pela lei.

Há, nesse sentido, um constrangimento legal que não pode ser negligenciado, como se tudo e qualquer coisa pudesse, por força da interpretação, caber no texto da lei.

No exemplo dado, por mais que o magistrado queira atingir um objetivo político, ou de qualquer outra natureza diversa da prevista em lei, a pretexto de aplicá-la, pesará sobre os seus ombros o fardo argumentativo de demonstrar que sua decisão não contrariou o objetivo da lei, qual seja, o de preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do investigado ou acusado.

É claro que esses direitos de personalidade, todos com assento constitucional, restam necessariamente abalados sempre que a prova de um crime é revelada para o público em geral. Mas não é isso o que a lei coíbe, já que tal abalo é, em certa medida, consequência necessária e

725 Disponível em: <https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2019/06/10/bessias-diria-que-e-a-suprema-ironia-moro-reclamar-de-vazamento-ilegal/>. Acesso em 04.05.2025.

indissociável da mera existência de um processo penal contra a pessoa do titular daqueles direitos. Quanto a isso, não há o que fazer.

O que é proscrito pela referida lei penal é apenas a divulgação de provas que não tenham relação com o fato investigado, vale dizer, a publicação de informações desnecessárias à persecução penal, cujo conhecimento pelo público não estaria, portanto, legitimado pelo direito-dever de informação. Assim, dentro de uma ponderação previamente realizada pelo legislador – a qual em tese não pode ser revista pelo julgador no momento de aplicar a lei -, prevaleceu a posição de que aqueles direitos de personalidade não poderiam ser sacrificados quando o trecho divulgado não tivesse relação com a prova do crime. Destarte, por mais que o magistrado entenda salutar que a sociedade tome conhecimento do que fazem os políticos nos bastidores de sua vida privada e por mais nobres que sejam os contornos que tal intenção pode assumir no contexto republicano, a lei não deixa dúvidas quanto à ilegalidade da divulgação de gravação que não tenha relação com a prova que se pretenda produzir.

É precisamente aqui onde a discricionariedade judicial encontra, por decisão soberana do Parlamento, um limite intransponível e infenso a interpretações criativas. É precisamente aqui onde, por previsão legal expressa, o direito coletivo à informação cede espaço ao direito individual do investigado ou acusado em preservar sua intimidade, ainda que se trate de pessoa pública.

Imagine-se, em outro exemplo, um processo criminal em que determinado político é acusado de malversação de recursos públicos, e o juiz processante entende recomendável - em nome da moral e dos bons costumes que, na opinião do magistrado, deveriam reger a conduta privada dos políticos brasileiros - divulgar conversas íntimas extraconjugais que o acusado mantinha com suas amantes. Qual a relação de tais fatos com a prova do crime? Salvo se tais conversas evidenciassem favores com o dinheiro público em favor de suas concubinas, proscrita estaria a sua divulgação, de acordo com as razões jurídicas já expostas acima.

Nesse sentido, por mais que reconheçamos a inexorável complexidade do fenômeno hermenêutico e o iniludível caráter constitutivo da função jurisdicional, não podemos concordar com a tese antiformalista segundo a qual não haveria Direito antes da decisão judicial. Pode não haver um direito pronto e acabado previamente à interpretação judicial, e nisso estamos de acordo com a hermenêutica filosófica. Mas há, sim, um núcleo normativo que não pode ser desconsiderado pelo intérprete, como se nada existisse antes da interpretação. Afinal, interpretar significa interpretar algo. Se algo é objeto de interpretação, é porque algo existe antes de ser interpretado, ainda que não

tenhamos, de antemão, a noção exata daquilo que resultará do ato interpretativo, dada a incontroversa natureza constitutiva deste.

Acerca da clara distinção entre o caráter normativo (deontológico) dos preceitos jurídicos e a natureza meramente teleológica dos valores e objetivos que cada pessoa ou grupo social cultiva com vistas a um mundo melhor, para si ou para outrem, a partir de suas predileções pessoais ou coletivas, Habermas afirma categoricamente que a validade jurídica do juízo normativo tem o sentido deontológico de um mandamento, e não o sentido teleológico daquilo que possa ser atingido no horizonte dos nossos desejos. O filósofo alemão faz uma dura crítica a tribunais que agem a partir de objetivos, em lugar de mandamentos, advertindo que “[A]o deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária”⁷²⁶. E conclui que, a partir do momento em que direitos individuais são convertidos em bens e valores, mediante instrumentalização de quem os aplica, eles passam a concorrer entre si para terem a primazia diante do caso concreto, perdendo, assim, a universalidade, o caráter binário (válido/inválido) e a obrigatoriedade que caracterizam as normas jurídicas.⁷²⁷

Em consequência, direitos transformam-se em meros valores a serem flexibilizados no caso concreto, ao passo que certos valores e objetivos em geral passam a converter-se, ilicitamente, em supostos “direitos” dotados da ilegítima capacidade de, no enviesado entender do intérprete, derrogar prerrogativas constitucionais e legais de toda sorte.

Assim, ousa-se aqui defender a tese de que uma expressiva parte do Direito é, sim, obra do legislador, embora nela não se esgote.

Não se trata, a interpretação, de uma atividade puramente cognitivista; porém, tampouco se trata de uma atividade exclusivamente criativa e decisional, um mero ato de vontade do intérprete. Este deve, ao menos, deixar o texto falar, ao invés de pretender falar por ele.

Nem tanto à terra, nem tanto ao mar.

A lei não é nem um produto acabado, nem a solução final de uma controvérsia jurídica concreta. Mas a decisão judicial, de outro lado, não parte de uma tábua rasa; ela deve prestar contas a pontos de partida bem definidos, por mais que os possíveis pontos de chegada, na resolução de um caso concreto, dependam de um processo judicial que os direcione.

A lei continua sendo, por isso mesmo, a principal fonte mediata do Direito, enquanto a decisão judicial é a sua fonte imediata. E o processo de mediação entre a lei e a decisão judicial não é

726 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 321.

727 *Ibidem*, pp. 322-323.

meramente lógico-formal, nem puramente dedutivo, mas sim discursivo e argumentativo. Isso, todavia, não torna anódino o objeto do discurso e da argumentação envolvidos no ato de interpretar um texto legal à luz dos contextos factuais, políticos, sociais, morais, históricos e institucionais, entre outros, que situam qualquer evento humano.

Sobre a questão do maior ou menor grau de fidelidade da interpretação em relação ao texto interpretado, pode-se pegar de empréstimo o que a Professora Joana Aguiar e Silva afirmou acerca do descabimento de sua aplicação às traduções:

[o] relativismo e o pluralismo da hermenêutica gadameriana e pós-gadameriana, ao recusarem a existência de um significado essencialista, imóvel e permanente do texto literário e ao pensarem toda a interpretação como parcelar e parcial e como uma aproximação, dissolvem os próprios conceitos de fidelidade e infidelidade, obrigando a julgar os méritos e defeitos de uma tradução à luz de outros critérios.⁷²⁸

Porém, se é impossível afirmar peremptoriamente a existência de uma fidelidade absoluta de determinada interpretação/tradução ao texto interpretado/traduzido, de outro lado, é perfeitamente possível constatar que determinadas interpretações são manifestamente descabidas e, portanto, infiéis ao texto interpretado. Voltamos aqui ao exemplo já dado no Capítulo 1 dessa tese para demonstrar, por meio de uma ilustração um tanto exagerada - mas válida pela didática nela contida (já que o exagero costuma fornecer bons exemplos) -, que a semântica da locução legal “ramos de árvores” não pode ser interpretada pelo intérprete para abranger “chifres de animais”. Uma tal interpretação, ainda que fosse designada de extensiva ou até mesmo analógica por algum douto, não perderia o seu caráter transgressor, uma vez que continuaria subvertendo o elemento literal encontrado na lei que autoriza o confrontante a podar os *galhos de árvores* do vizinho que, ultrapassando a estrema do prédio, avançarem sobre o seu imóvel. Com efeito, o termo *árvores* não se confunde semanticamente com o termo *animais*, por óbvio, ainda que, a depender da região geográfica, o termo *galhos* possa ser sinônimo eventual do termo *chifres*, o que não seria suficiente, entretanto, para redimir aquela clara subversão interpretativa. Uma tal interpretação iria, inclusive, muito além da gritante atecnia verificada, para incidir em verdadeiro ato criminoso contra a fauna, na forma do que prevê o Artigo 32 da Lei nº 9.605/1998⁷²⁹, que tipifica penalmente, entre outras condutas, a de mutilar animais.

Concluindo o presente tópico, a tese coloca-se de acordo, nesse ponto, com a hermenêutica normativa de Emilio Betti, para a qual não há como negar-se ao objeto da interpretação um mínimo de autonomia em relação ao intérprete. Não estamos de todo convencidos, portanto, de que a

728 Trecho extraído do prefácio redigido pela Professora Joana Aguiar e Silva à seguinte obra: FREI, Charlotte. **Tradução e recepção literárias: o projecto do tradutor**. Braga: Universidade do Minho - Centro de Estudos Humanísticos, 2002.

729 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em 04/05/2023.

compreensão seja um fenômeno puramente existencial, conforme prega a hermenêutica ontológica de Heidegger e Gadamer, sobretudo no âmbito da interpretação de proposições normativas.

Isso não equivale a concluir, porém, que a tese ora defendida tenha uma visão instrumentalista da linguagem ou esteja filiada a concepções filosóficas necessariamente ancoradas no essencialismo ou no realismo. Ela não nega as contribuições trazidas pelo giro linguístico a todas as modalidades de interpretação, mas apenas vê com reservas a postura de se naturalizar a recusa ao valor dos textos jurídicos, cuja normatividade é a todo tempo flexibilizada por agentes públicos que, a partir de pretextos relativistas, fazem leituras derogatórias de certos comandos legais cogentes.

7.6. O caráter normativo da legalidade democrática ou um mero “pedaço de papel”?

No campo do Direito Constitucional é clássico o debate, ainda que travado *post-mortem*, entre a obsoleta visão sociológica de Ferdinand Lassalle⁷³⁰ sobre a natureza da Constituição – ótica esta já há muito abandonada, por óbvio - e concepção normativa atual que Konrad Hesse⁷³¹ opõe em face dos caudatários de seu conterrâneo oitocentista, para os quais o texto da Carta Magna não passaria de um mero “pedaço de papel”.

Mutatis mutandis e guardadas as devidas proporções, ainda se observa, por vias oblíquas, um debate⁷³² semelhante sobre a normatividade da lei, considerando que alguns juristas a consideram um mero “pedaço de papel”, algo de natureza puramente formal e incapaz de mudar a realidade; negam-se a ver na legalidade um instrumento com força cogente e dotado de aptidão normativa para transformar os fatores reais de poder. Dizem os antiformalistas que a lei, sozinha, nada vale. A presente tese doutoral deles discorda.

Para Klaus Günther, que se mostra cético em relação à autonomia vinculante da legislação escrita, o juiz cria o Direito, em face da indeterminação da lei diante do caso concreto.⁷³³ E completa dizendo que a aplicação do sistema de direitos está sempre sujeita às opiniões pessoais dos agentes

730 Para Lassalle, em suma, as disputas de natureza constitucional não seriam propriamente disputas jurídicas, senão contendas de natureza política, haja vista que tal autor adotava uma visão sociológica da Constituição, que naturalizava o descumprimento de seus preceitos e considerava reinantes os seus elementos reais de poder, deixando apenas para o plano formal o valor do “pedaço de papel” em que vertido o seu texto (“Constituição jurídica”), cujos dizeres pouco ou nenhum impacto transformador teriam sobre a realidade política, social e jurídica em vigor em determinada época (“Constituição real”), segundo a cética e antiformalista visão que Lassalle encartava em sua obra (LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007).

731 Vide, por todos os textos de sua autoria: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

732 Não se trata, em rigor, de um verdadeiro debate, mas sim de uma tensão - por vezes sequer admitida pelos próprios interlocutores - entre o caráter normativo da lei, tal como defendido pelos formalistas, e o seu caráter meramente indutivo de uma futura decisão judicial que finalmente concretize o comando legal, antes da qual não haveria, segundo os antiformalistas filiados a esta concepção sociologizante, falar-se em carga jurídica coercitiva.

733 “*The judge has to reconstruct the law, has to adapt it to changed circumstances, and, in some cases, or in every case, he invents the law, generates a new meaning. Law is indeterminate, so the judges invent new general rules which have a curtain binding force for others judges*” (GÜNTHER, Klaus. “Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas”. *In: European Journal of Philosophy*. Essex: Blackwell Publishers. v. 3. n. 1. abr./1995, p. 37)

incumbidos de observá-lo. Mas conclui que, apesar de a lei válida não trazer a solução pronta e acabada do caso concreto por si só (pois ela opera no plano da “justificação”, enquanto a adjudicação opera no plano da “aplicação”), o juiz deve levar em consideração razões públicas no momento de decidir, e não inclinações pessoais ou escolhas de predileção.

As razões de “aplicação” sustentadas pelo órgão decisório, por mais que não impliquem um retorno ao contexto de “justificação” já ultrapassado pela lei válida, devem calcar-se em fundamentos compartilhados intersubjetivamente pela comunidade jurídica (as “pré-compreensões” a que Gadamer se refere), e não criados mediante um solipsismo judicial, para serem legítimos e democráticos.

Nesse sentido, acrescentamos que o contraditório substancial pode ser usado pelo Direito Processual como um antídoto intersubjetivo ao solipsismo. Partindo de uma previsão genérica contida na Constituição (Artigo, 5º, LV), aplicável até mesmo ao processo administrativo, o contraditório substancial passou a contar, a partir de 2015, com uma previsão pormenorizada no § 1º do artigo 489, cujo teor consiste em um constrangimento legal dos juízes a não mais proferirem decisões que contrariam a legislação ou nada dizem sobre o caso concreto. O contraditório integra mesmo a espinha dorsal da noção constitucional de Estado de Direito⁷³⁴; e o contraditório substancial é parte mesmo do esqueleto que estrutura o Direito Processual contemporâneo.

O tema já foi abordado no Capítulo 1 (tópicos 1.1 e 1.6), onde se ressaltou que o Código de Processo Civil brasileiro de 2015, inaugurando uma vertente cooperativa entre os diversos atores processuais, passou a afirmar o policentrismo e a interdependência de todos eles, em um verdadeiro contraditório substancial, no qual o Judiciário não é mais o único protagonista. Como já dito, o novo CPC impôs à magistratura um novo sistema de fundamentação, dita *exauriente*, em contraposição ao antigo sistema de fundamentação que vigorava na jurisprudência defensiva do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, dita *suficiente* e segundo a qual o juiz ou tribunal não era obrigado a pronunciar-se sobre todos os argumentos deduzidos pelas partes, senão apenas sobre aqueles que o julgador considerasse *suficientes* para resolver o litígio. Não era difícil para alguns magistrados furtar-se ao enfrentamento de uma objeção lançada por uma das partes em juízo, sob o singelo e por vezes até padronizado fundamento de que já havia encontrado outro fundamento suficiente para resolver a controvérsia.

734 Joseph Raz aponta que o contraditório é um dos princípios do *Rule of Law*, sendo sua violação uma manifestação arbitrária do Estado, *verbis*: “ ‘*Audi alteram partem*’ may be a case in point: there are general reasons of fairness to listen to a person who might be disadvantaged by a decision. These reasons are pro tanto only. I do not have to listen to everyone who may be disadvantaged by something I do, though I have reason to do so when this would be practicable. It makes sense that the requirement that courts and other organs of the law should do so is generally taken to be as one of the principles of the rule of law: that is, it is a rebuttable presumption that action of some legal organs is arbitrary (and thus a violation of the rule of law) as well as perhaps unfair, if it violates the ‘audi alteram partem’ principle” (RAZ, Joseph. “The Law’s Own Virtue”. *Ir. Oxford Legal Studies Research*, Paper n°. 10/2019, 17p, pp. 13-14. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2277. Acesso em 12/05/2023).

Com efeito, o Artigo 10 do CPC é inequívoco ao prescrever que nenhum juiz poderá decidir, independentemente do grau de jurisdição, com fulcro em argumento em relação ao qual “não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”⁷³⁵.

Assim, a aplicação pelo juiz de todo e qualquer dispositivo legal, por mais aplicável que seja ao caso, deve ser precedida de manifestação das partes, as quais podem alertar a autoridade julgadora sobre a eventual inaplicabilidade dele ou sobre o modo pelo qual deve ser corretamente interpretado/aplicado ao caso, segundo a visão do manifestante.

O magistrado que resolva aplicar um dispositivo tido por inaplicável por uma das partes ou interpretá-lo de modo diverso do propugnado por uma delas, terá sobre os seus ombros o ônus de demonstrar as razões pelas quais diverge de tais posicionamentos, sob pena de sua sentença ser considerada nula em grau de recurso, por falta de fundamentação em relação a esses pontos específicos. Isso demonstra que a empresa interpretativa empreendida pelo magistrado não é livre, já que deve prestar contas às partes, de modo analítico, sobre os caminhos hermenêuticos por ele trilhados para chegar ao veredito final. Essa já era, aliás, há muitas décadas, a posição de José Carlos Barbosa Moreira, considerado um dos maiores processualistas brasileiros.⁷³⁶

Portanto, não basta que o resultado da decisão esteja correto no julgamento de procedência ou improcedência da demanda; é também necessário que a fundamentação para tanto utilizada tenha efetivamente se debruçado sobre as contrastantes visões das partes acerca da interpretação dos dispositivos normativos envolvidos.

Considerando que vários dos dispositivos legais aplicáveis ao caso podem representar prerrogativas processuais das partes, o enfrentamento obrigatório deles pelo juiz - a dar-se sempre de modo explícito e nunca tacitamente - pode ser visto como um “constrangimento legal” imposto pelo legislador às autoridades judicantes, as quais passaram a carregar o fardo de sempre terem que levar em conta a opinião das partes sobre a interpretação ou a (in)aplicabilidade dos dispositivos discutidos, seja para acolher tal ou qual opinião, seja para rechaçá-la, fazendo-o, porém, de modo invariavelmente fundamentado.

735 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 09/05/2023.

736 Nas precisas palavras de José Carlos Barbosa Moreira: “*Last but not least*, trata-se de garantir o direito que têm as partes de ser ouvidas e de ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado. Essa prerrogativa deve entender-se insita no direito de ação, que não se restringe, segundo a concepção hoje prevalecente, à mera possibilidade de pôr em movimento o mecanismo judicial, mas inclui a de fazer valer razões em Juízo de modo efetivo, e, por conseguinte, de reclamar do órgão judicial a consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos. Ora, é na motivação que se pode averiguar se e em que medida o juiz levou em conta ou negligenciou o material oferecido pelos litigantes; assim, essa parte da decisão constitui ‘o mais válido ponto de referência’ para controlar-se o efetivo respeito daquela prerrogativa” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”. *In*: **Temas de direito processual – 2ª série**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 88).

Não se trata de um retorno a Montesquieu; trata-se, isso sim, de instituir-se uma jurisdição democrática, transparente, responsiva e responsável.

É claro que a visão tripartite há séculos concebida por Montesquieu, se já era um tanto caricata à época em que previa um papel praticamente desprezível aos juizes, torna-se ainda mais deslocada da realidade face às conformações contemporâneas, com suas novas formas institucionais a extrapolarem as tradicionais categorias legislativas, judiciais e executivas. Bruce Ackerman lembra serem completamente estranhos a um autor do século XVIII temas atuais como, por exemplo, os relativos a partidos políticos, comissões eleitorais independentes, centros de poder independentes (como bancos centrais), democracia participativa, desenhos/diálogos institucionais, técnicas regulatórias, administração negocial, blocos transnacionais etc.⁷³⁷

Joaquim Freitas da Rocha também observa o fenômeno, cuja manifestação denominou de “corrosão do poder legislativo clássico”, corrosão esta que é induzida pelos impulsos pós-modernos da *desestadualização*, da *desracionalização* e da *desabstracção da lei*, nas precisas palavras do citado Professor.⁷³⁸

A realidade dinâmica, multifacetada e complexa da contemporaneidade, cujos fatores subjacentes cambiam em velocidade jamais antes vista na história da humanidade – atribuída, sobretudo, ao incremento exponencial das tecnologias e das constantes revoluções de paradigmas a que todos nós assistimos estupefatos -, passa a conformar os tradicionais institutos estatais, dos quais a lei formal desponta como um dos mais representativos do poder do povo de se autorregular.

Observando-se a migração do centro de poder do Estado em direção a instituições não estatais, a dar-se de maneira mais evidente com a globalização, a criação de blocos regionais paralelos ao Estado e a privatização de funções públicas - mas nelas não se encerrando -, percebe-se a crescente importância do impacto produzido pela atuação de agentes econômicos na produção normativa, notadamente no que tange à regulação dos sistemas de produção de bens e serviços. Agentes privados passam a atuar mais na qualidade de partícipes dos desenhos de regulação do que propriamente na condição de seus meros destinatários. E, quanto maior a participação dos envolvidos na regulação de

737 ACKERMAN, Bruce (2010). “Good-bye, Montesquieu”. *In: Comparative Administrative Law*. Cheltenham (UK) / Northampton (USA): Edward Elgar, 2010, pp. 128-133.

738 Rocha reconhece ser notória a tendência para a existência de um cada vez maior número de atos emanados por órgãos não estaduais de produção normativa que se afirmam como verdadeiras leis em sentido material, apesar de formalmente não serem possuidores do valor normativo da lei. O eminente autor atribui o fenômeno a basicamente três fatores indutores de incerteza, quais sejam: 1) a *inflação legislativa* (explosão legal) advinda da necessidade de disciplinar todos os aspectos da experiência humana; 2) a *ambiguidade* decorrente da lógica contemporânea de regular mercados mediante cláusulas gerais, dadas as constantes mudanças que o Poder Legislativo não consegue acompanhar; e 3) a necessidade de “*tecnicização*” das disposições normativas voltadas a regular temas muito específicos em uma sociedade extremamente tecnológica [ROCHA, Joaquim Freitas da. “Direito pós-moderno, patologias normativas e protecção da confiança”. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, 2010 (especial), pp. 383 e ss].

suas atividades (rumo a uma autorregulação), mais afinada com as suas necessidades específicas tal regulação tenderá a ser.

Segundo Gérard Dussouy, professor emérito de Geopolítica da Universidade de Bordeaux, a complexidade da vida contemporânea torna ainda mais agudos os graus de incerteza sobre o conhecimento humano, os quais vêm sendo exasperados, sobretudo, com o desenvolvimento de cinco fenômenos relativamente recentes, quais sejam: 1) as mudanças climáticas; 2) os desequilíbrios causados pela nova demografia mundial; 3) o futuro incerto do crescimento econômico; 4) as sociedades fragmentadas e digitalizadas; e 5) as novas arquiteturas de poder internacional e civilizacional que vão muito além das concepções clássicas de regulação estatal.⁷³⁹

Para Dussouy, só o pensamento pragmático pode lidar bem, e de forma minimante honesta, com esse enorme oceano de incertezas, já que se limita a verificar apenas o que de fato é verificável, sem incorrer, assim, nem em elucubrações nem em vaticínios de difícil comprovação sobre a ontologia do conhecimento. Sendo muito mais funcional que analítico, o método pragmático costuma não agradar aos universalistas ortodoxos, cuja metodologia baseia-se no idealismo e no fundamentalismo do pensamento formalmente estruturado, e não na busca de resultados.

Em Direito, porém, o que vale mais, a decisão judicial que alcança determinado objetivo supostamente útil à sociedade, ainda que siga um roteiro formalmente oblíquo, ou aquela cujo processo de formação seguiu todos os protocolos lógicos do raciocínio dedutivo, mas que acaba por contrariar a natureza das coisas e descambar em flagrante injustiça? Robôs obviamente podem processar premissas estabelecidas pelos algoritmos colocados em sua programação, mas estarão sujeitos a produzir uma solução manifestamente injusta caso seu programador tenha esquecido de incluir algum aspecto importante para o caso examinado. E sempre faltará algum aspecto importantíssimo, dada a infinita riqueza de detalhes que constitui a experiência humana e que jamais poderá ser integralmente captada nem reproduzida por um modelo matemático. Quanto a isso não há dúvidas.

Não há dúvida de que uma máquina jamais poderá substituir o humano na tarefa de julgar, já que é impossível prever, na forma de algoritmos, todas as variantes possíveis e imagináveis que podem influir no julgamento de uma causa judicial.

A dúvida que resta, porém, é saber se tal limitação dos julgamentos automáticos pode ser legitimamente usada como argumento a favor da completa discricionariedade judicial. O argumento é semelhante, mas não idêntico. Se uma máquina não pode julgar sem supervisão humana, pois sempre

739 DUSSOUY, Gérard. *Le Pragmatisme – Outil d'Analyse d'un Monde Complexe*. Paris : Avatar Éditions, 2021.

lhes não escapar informações relevantes à compreensão de tudo o que concorre para o julgamento da causa, os realistas dirão que a lei também não contém todos os elementos suficientes para o julgamento de uma causa, razão pela qual o juiz pode desprezá-la. O argumento é, todavia, falacioso.

A lei, diferentemente do juiz robô, não é o agente do julgamento, não atua como sujeito ativo do ato de julgar, senão como mero instrumento normativo posto à disposição de seu intérprete. E, estando o juiz obrigado a utilizar esse instrumento por imposição constitucional, cabe-lhe desincumbir-se do ônus argumentativo *contra legem*, sempre que, em sua interpretação, a aplicação da lei ao caso concreto tiver eventualmente o condão de produzir uma flagrante situação de injustiça.

Sabe-se que, na maior parte das vezes, a mera atuação isolada do juiz não é suficiente para afastar a lesão ou ameaça de lesão narrada pela parte que propôs a ação, já que concretização do comando contido na decisão judicial depende, não raro, da atuação de outras instâncias, seja de outras esferas do Poder Público, seja até mesmo de agentes privados.

O problema é que, se de um lado o Judiciário não pode obviamente desconsiderar o que se passa na realidade externa aos seus gabinetes no momento de decidir, ele tampouco pode, de outro lado, resignar-se com ela, a ponto de deixar uma ilegalidade gritante sobrepor-se ao Direito.

Exemplo da primeira hipótese, em que o Judiciário assume posição de autocontenção diante de uma realidade que não pode ser alterada apenas mediante decisões judiciais, seria uma decisão judicial que decretasse, pura e simplesmente, a erradicação da pobreza em eventual ação movida pelo Ministério Público com fulcro no artigo 3º, III, da Constituição da República brasileira⁷⁴⁰, que impõe como um dos objetivos fundamentais do Estado erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. É óbvio que nenhum país deixa de ser pobre apenas porque o seu Poder Judiciário decide, numa canetada, eliminar a pobreza.

De outro lado, há situações em que, por mais que a realidade e a tendência natural das coisas penda a balança em prol da inércia, não cabe ao Judiciário abster-se de agir, na suposição de que sua atuação seria inócua ou estéril. Exemplo interessante dessa postura foi dado pela sentença proferida pela Justiça Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, em mandado de segurança impetrado por aposentado contra o Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, em que se alegava decurso de prazo excessivo de tramitação de requerimento administrativo pendente de análise por tempo superior ao prazo máximo de 30 dias, conforme estabelecido pelo art. 49 da Lei nº 9.784/1999. O juízo sentenciante extinguiu o *mandamus* por entender, entre outros fundamentos, que a sobrecarga de

740 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

trabalho de que padece o INSS, a impedi-lo de examinar no prazo de 30 dias todos os requerimentos que lhe são submetidos, não poderia ser resolvida por mais uma decisão judicial, a somar-se às milhares que já existem no sentido de obrigá-lo a respeitar o prazo legal.⁷⁴¹

Nesse segundo exemplo, o juiz, valendo-se de um argumento empírico, deixou de aplicar um dispositivo legal que era reconhecidamente aplicável à espécie, sem declará-lo inconstitucional. Confundiu-se, assim, o exame sobre a *vigência* da lei - tarefa que incumbe ao juiz - com o exame da sua *eficácia* ou aptidão de produzir efeitos práticos - tarefa que não incumbia ao juiz, mas sim à Administração previdenciária, encarregada que é de observar o prazo estabelecido pelo art. 49 da Lei nº 9.784/1999. Caberia à procuradoria do INSS, quando muito, requerer, em grau de recurso, o afastamento da decisão junto ao tribunal competente. O juiz é que não poderia ter esvaziado o conteúdo normativo da lei, como se esta fosse uma mera carta de boas intenções do legislador.

De modo correto agiu o Supremo Tribunal Federal, portanto, ao prestar reverência à lei no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.347.158, interposto pela Defensoria Pública contra acórdão de tribunal de justiça que se recusou a aplicar multa em valor inferior ao mínimo legal a condenado por tráfico de drogas, ainda que se tratasse de pessoa pobre. Seguindo a jurisprudência da Corte no sentido de não caber ao Judiciário interferir nas legítimas opções do Legislativo em prever penas mais severas para certas condutas, o Plenário do Supremo, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Edson Fachin, fixou a seguinte tese, *verbis*: "A multa mínima prevista no artigo 33 da Lei 11.343/2006 é opção legislativa legítima para a quantificação da pena, não cabendo ao Poder Judiciário alterá-la com fundamento nos princípios da proporcionalidade, da isonomia e da individualização da pena"⁷⁴². Em outras palavras, se o Judiciário pudesse aplicar multas em valores inferiores ou superiores aos limites fixados em lei, estaria ele aplicando uma lei criada por seus próprios magistrados, em contrariedade àquela aprovada em escrutínio democrático pelos representantes do povo, após debates nas duas Casas do Congresso Nacional e consequente sanção do Presidente da República.

741 Destaca-se da decisão, *verbis*: "No caso vertente, a análise percuciente dos documentos acostados aos autos enseja a conclusão de que houve demora desarrazoada na tramitação do pedido formulado pela parte impetrante junto à autarquia previdenciária. Não se pode olvidar, contudo, que a situação vivenciada não é restrita à parte impetrante, sendo público e notório o colapso do serviço prestado pelo INSS, que, por fatores múltiplos (ausência de recursos humanos e materiais, pandemia, atraso na atualização dos sistemas ao novo conjunto de regras da EC n.º 103/2019, paralisações dos peritos médicos, falta de reposição das aposentadorias dos servidores, corte de gastos, aumento do quantitativo de requerimentos por conta da crise econômica, etc.), não tem conseguido absorver a demanda crescente de requerimentos previdenciários e recursos administrativos. Bem por isso, em paralelo ao represamento de requerimentos administrativos, houve a consequente explosão de ajuizamentos de mandados de segurança na Justiça Federal, em que se postula do Judiciário a emissão de ordem mandamental que obrigue a autarquia federal à análise do requerimento administrativo em tempo razoável. O cenário convida uma reflexão mais ampla da atuação jurisdicional, pois não se pode descuidar do contexto coletivo da crise institucional, parecendo irrecusável que um problema estrutural e de índole coletiva não será resolvido por uma intervenção atomizada e que tenha em conta apenas o aspecto individual do dilema, e que resulta, em última análise, apenas no empilhamento na mesa do gestor público de um número infindável de ordens judiciais, tão impossíveis de serem cumpridas em tempo hábil quanto o estoque de requerimentos administrativos até então existente" (Mandado de segurança nº 5009849-50.2021.4.02.5118/RJ, julgado em 02/09/2021).

742 Conteúdo disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6259053>. Acesso em 20/09/2023.

Se o Supremo, que é o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro e guardião da Constituição, reputa-se obrigado a cumprir a lei, desde que ela seja constitucional, não se pode admitir que os demais órgãos judiciais trilhem caminhos diversos, que os levem a optar pela deliberada recusa à legalidade nos procedimentos decisórios que lhes cabem.

Para Habermas, somente a efetiva participação racional e discursiva em um procedimento dialógico torna legitimamente democrático um processo de deliberação, tal como o é a tomada de decisão judicial. Contrapondo-se à visão de Rousseau sobre um consentimento prévio e determinista que a vontade geral supostamente atribuiria à lei, Habermas defende uma concepção argumentativa e procedimental, portanto, dinâmica, na formação democrática da vontade.⁷⁴³

Trata-se de uma proposta metodológica de matriz contradogmática. E Habermas havia esclarecido, já no prefácio de seu *Direito e Democracia*, que a “razão procedimental” defendida em sua teoria discursiva é “uma razão que conduz um processo contra si mesma”⁷⁴⁴, isto é, uma ideia que tem o potencial de se autodestruir, podendo até mesmo flertar com a própria anarquia, dado o desafio institucional que ela representa.

Recaindo tal desafio muito mais sobre as instituições em si organicamente consideradas do que sobre as pessoas físicas que as integram (até porque estas são passageiras, enquanto aquelas são perenes e indispensáveis às conformações constitucionais de Estado mais adotadas no Ocidente), percebe-se a enorme importância de que os órgãos estatais incumbidos das três principais funções do poder estabeleçam relações dialógicas entre si, ao invés de relações imperativas. Quando não existe diálogo entre órgãos independentes, tem-se um cenário mais propício a crises institucionais, a menos que um deles acabe se subordinando ao outro, o que pode ocorrer a despeito de o órgão subordinado não ser hierarquicamente inferior, do ponto de vista formal, ao órgão subordinante.

Quando uma das funções estatais se assenhoreia das demais, sujeitando-as ao seu arbítrio, as funções assim avassaladas deixam de cumprir o seu mister constitucional, dando origem a um desenho institucional desequilibrado, no qual o sistema de pesos e contrapesos (*checks and balances*) deixa de desempenhar sua função, não mais exercendo o papel que o modelo tripartite dele espera.

O tema dos diálogos institucionais foi explorado no tópico 7.4 deste Capítulo. Mas aqui é sempre bem-vinda a sugestão dada pelo Professor e Ministro do STF Luís Roberto Barroso, que propugna um

743 “Uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos”. E o autor alemão complementa traçando a delicada relação existente entre argumentação constitucional e democracia: “E um tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental não precisa deixar a descoberto seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da aplicação do direito – claramente determinadas na lógica da argumentação – quando o processo democrático, que ele deve proteger, não é descrito como um estado de exceção” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 345-346).

744 *Ibidem*, p. 12.

equilíbrio ideal entre os Poderes (funções estatais básicas) no que tange ao pleno desenvolvimento de suas capacidades institucionais, seja para não as exorbitar, seja para não se omitir em face delas, o que seria igualmente grave.⁷⁴⁵ Na prática, porém, esse ideal parece não ser algo tão fácil de alcançar quanto em teoria.⁷⁴⁶

Quanto à competência específica para interpretar a lei e apreciar as provas produzidas no âmbito do processo judicial, não resta dúvida de que tal função pertence ao Judiciário. O problema são os modos pelos quais tal função pode ser desempenhada, consoante o maior ou menor grau de discricionariedade deixada a cargo do órgão julgante.

Não há aqui, ao menos sob o ponto de vista defendido na presente tese, espaço para o termo “liberdade”. Sustenta-se que o juiz não é “livre” no momento de julgar, mas sim que está subordinado, no exercício dessa grave missão, a balizas constitucionais, legais, jurisprudenciais e até hermenêuticas, as quais não pode substituir pelo arbítrio, ao seu bel-prazer.

O artigo 371 do atual CPC não reproduziu o advérbio “livremente”, que, adornando a redação do art. 131 do CPC/1973, elastecia ao infinito os modos de exercício do verbo “apreciar”, a cargo do juiz (“O juiz apreciará **livremente** a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”).

A nova redação tem o seguinte teor: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Para a dogmática processual, a abolição, no texto de 2015, do adjunto adverbial que atribuía plena liberdade ao juiz, deu-se para evitar a imprecisão que a expressão “livremente” encerrava, sem maiores repercussões práticas, haja vista que o sistema processual brasileiro, mesmo sob a égide do CPC/1973, já não tolerava que o juiz desvirtuasse sua liberdade inerente ao ato de julgar para praticar atos contrários à ordem jurídica.

O processualista Fernando Gajardoni assegura, nesse sentido, que “o princípio do livre convencimento motivado jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei; como alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse; como se o ordenamento jurídico não fosse o limite”⁷⁴⁷.

745 “No mundo, ninguém deve presumir demais de si mesmo. Nem tampouco ficar aquém do papel que lhe cabe. Há um equilíbrio entre prudências e ousadias que dá legitimidade à atuação dos tribunais. Nem sempre é fácil encontrar esse caminho do meio” (BARROSO, Luís Roberto. **Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo**. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 202).

746 Vide, à guisa de ilustração, o exemplo já fornecido no item 1.6 do Capítulo 1 desta tese, consistente no Projeto de Lei nº 4754/2016, de iniciativa do Deputado Federal Sôstenes Cavalcante (DEM-RJ) e outros vinte e dois Deputados, que incluía como crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) a prática judicial de “usurpação de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo”.

747 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC”. *l/r*. Revista Eletrônica **GenJurídico** (2015). Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/04/06/livre-convencimento-motivado-cpc/>. Acesso em 10/05/2023.

Em resposta à posição de Gajardoni, Guilherme Valle Brum reitera que não são assim ontologicamente tão diversas as atividades judiciais de valorar a prova (atividade na qual o juiz seria supostamente livre para examinar o conteúdo fático do processo) e de interpretar do direito (atividade interpretativa cujos limites estão vinculados aos textos normativos), já que, para Brum, valorar a prova nada mais pode significar do que a interpretar.⁷⁴⁸

Em verdade, há que se distinguir a autonomia que o juiz tem para valorar a prova de uma suposta autonomia – que ele não tem – para afastar-se da ordem jurídica ou para substituí-la por sua vontade pessoal. Neste último sentido, que se refere à aplicação da lei, o juiz jamais será livre, já que deve seguir o que está na disposição legal aplicável e o modo pelo qual os tribunais superiores a interpretam. No primeiro sentido, que se refere à apreciação da prova, embora aqui o juiz tampouco seja tão livre assim, cabe-lhe, ao menos, dar a interpretação que lhe aprouver aos fatos provados em juízo, pois ninguém está tão próximo da prova produzida quanto ele.

Também é digna de nota a substituição legal do substantivo “motivos” por “razões” que concorreram para a formação do convencimento do juiz ao apreciar a prova dos autos. Para Flávio Quinaud Pedron, tal mudança terminológica não pode ser considerada um mero retoque semântico, já que “motivar” não é a mesma coisa que “fundamentar”. Os “motivos”, muitas vezes subjetivos ou *solipsistas*, que levaram o juiz a decidir de determinada maneira, nem sempre consistem em “fundamentos” ou “razões” amparadas pelo ambiente dialógico no qual se insere o Direito, sobretudo após a conformação democrática dada ao funcionamento do Judiciário pela Constituição de 1988, cujo Artigo 93, IX, exige sejam “*fundamentadas* todas as decisões”. Pedron lamenta, porém, que a processualística tradicional tenha demorado tanto para perceber que há uma distinção ontológica entre o ato de *motivar* e o ato de *fundamentar*, os quais são frequentemente tratados como sinônimos em análises superficiais.⁷⁴⁹

Sendo da atribuição do Judiciário a função de resolver os litígios que lhe são submetidos, pode parecer a alguns analistas que, estando a demanda no *locus* adequado e sob a responsabilidade da autoridade competente, esta poderia decidir a controvérsia como bem lhe aprouvesse, pois seria o único agente com poderes para tanto.

748 BRUM, Guilherme Valle. “Réquiem para o livre convencimento motivado”. *In*: Revista Eletrônica **Empório do Direito** (2016). Disponível em: <https://emporiოდireito.com.br/leitura/requiem-para-o-livre-convencimento-motivado>. Acesso em 10/05/2023. E assim conclui autor, *verbis*: “Pelo menos desde a redemocratização do País, cujo marco jurídico foi a Constituição de 1988, não parece mais possível sustentarmos que a carga de poder embutida em todo ato judicial possa ser livre, discricionária. (...) Oskar von Bülow e a Escola do Direito Livre, que apostavam em um protagonismo judicial quase ilimitado, tiveram sua importância e sua vez. O 'livre convencimento', ainda que motivado, insere-se nessa tradição, a qual se tornou, porém, inautêntica, sendo dever do intérprete abandoná-la. O Código de Processo Civil de 2015 fez a sua parte. Quanto a nós, entoemos finalmente o réquiem”.

749 PEDRON, Flávio Quinaud. “A impossibilidade de afirmar um livre convencimento motivado para os juizes: as críticas hermenêuticas de Dworkin”. *In* **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), vol. 10, n. 2. São Leopoldo: Editora da Unisinos, maio-agosto 2018, pp. 197-206, p. 199.

Entretanto, no embate entre autoridade *versus* razão, a primeira não ostenta necessariamente qualquer ascendência hierárquica em relação à segunda.⁷⁵⁰

O formalismo que caracteriza o direito positivo sempre foi acusado de proceder a uma abstração artificial da realidade para poder captá-la e normatizá-la.⁷⁵¹

Ao traçar uma confrontação entre o direito natural e a “artificialidade” do direito positivo formalmente estabelecido pelo Estado, Natalino Irti sublinha que uma lei nunca é injusta por si só, já que tal juízo sempre exige um cotejo com alguma outra lei ou princípio, seja humano, seja natural.⁷⁵²

E caberá sempre a uma casta “esclarecida” revelar o verdadeiro conteúdo desse direito natural que se coloca acima das leis positivas, já que “*le langage de la nature, qu'on le représente d'une manière ou d'une autre, n'est jamais explicite et direct ; il a toujours besoin d'un sacerdoce qui l'interprète*”⁷⁵³.

Como contestar algo dado pela natureza, que serve de parâmetro para as ações do homem? O problema é que essa suposta “objetividade” defendida pelos jusnaturalistas não existe, já que a natureza deve, de qualquer forma, ser interpretada pelos homens. Tal interpretação tanto pode ser conservadora – se se pretende preservar o atual estado de coisas –, quanto pode ser revolucionária – se o objetivo for o de alterar tal estado de coisas –, podendo ainda ser puramente arbitrária, caso contemple intenções escusas e não se embase em parâmetros eticamente sustentáveis. O Direito há muito deixou de ser absoluto (criação divina ou natureza dada). Acabou sucumbindo, então, ao relativismo sofisticado do séc. V, uma vez que seu objetivo já não é mais “revelar” o justo nem descobrir a verdade (*quid est veritas?*). Não é à toa que Kelsen faz migrar o foco do fenômeno jurídico da “verdade” para a “validade”, neutralizando, assim, o escopo visado pelos jusnaturalistas.

750 Segundo Martin Kriele, dos dois pilares que orientam a decisão judicial (autoridade e razão), os anglo-saxões colocam maior acento na *razão* (justiça do caso concreto), enquanto os juristas continentais dão maior importância à *autoridade*, vez que a lei já serviria como fundamento axiológico da autoridade judicial, de modo que esta estaria desincumbida de justificar a justiça do comando legal, bastando indicar a relação entre o caso e a previsão normativa (KRIELE, Martin. “*Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano*”. Trad. G. Zaccaria. *In: La sentenza in Europa : metodo, tecnica e stile*. Padova: Cedam, 1988, p. 517). Podemos dar como exemplo disso o entendimento do STF ao se autoimpor limites no que tange ao controle de constitucionalidade de certos atos legislativos, como deferência ao Poder Legislativo em relação aos assuntos *interna corporis* deste. Por mais que o Supremo seja competente e tenha *autoridade* para resolver uma controvérsia legislativa levada ao seu conhecimento por algum parlamentar interessado, ele prefere levar em conta *razões* de ordem orgânica para deixar de se pronunciar sobre o mérito da questão, deixando-o para ser resolvido no âmbito do próprio Legislativo. Tal entendimento do Supremo está disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=467795&tip=UN>. Acesso em 11/05/2023.

751 Hervé Ferrière, Nader Hakim e Charles-François Mathis afirmam, a propósito, que o formalismo jurídico acaba, por fim, tornando-se indiferente à realidade, *verbis*: « *Le formalisme et l'abstraction juridiques conduisent d'ailleurs à forger une représentation juridique du monde qui permet de le normaliser et donc de le dominer, mais revient en outre à fixer une ontologie autoproductive de règles indifférentes aux choses et donc, a fortiori, à l'environnement* » ou, *si l'on veut échapper à ce terme équivoque, à notre milieu ambiant* » (FERRIERE, Hervé; HAKIM, Nader; MATHIS, Charles-François. « *Introduction : Quelles natures pour quelles normes ?* ». *In: La nature comme norme*. Clio@Themis, vol. 20, 2021, pp. 3-4. Disponível em: <https://publications-prairial.fr/cliiothemis/index.php?id=1234>. Acesso em 11/05/2023).

752 « *On ne peut pas juger une loi, sinon sur la base d'un critère : aucune loi n'est « in-juste » en soi ; elles peuvent toutes être jugées grâce à la confrontation avec une autre loi, qu'elle soit désirée et promue par la volonté de l'homme ou dictée par une puissance différente (comme, justement par la nature)* » (IRTI, Natalino. « *Natura e 'artificialità' del diritto* ». *In: L'uso giuridico della natura*. Laterza, 2013, pp. 1-27. Trad. de Roma-Bari. Clio@Themis. Disponível em: <https://publications-prairial.fr/cliiothemis/index.php?id=1302#tocfrom1n2>. Acesso em 11/05/2023).

753 *Ibidem*, p. 5.

Sobre a decadência da Jurisprudência dos Conceitos, Luiz Fernando Coelho pondera que o pensamento de Jhering, ao construir as bases da Jurisprudência dos Interesses, foi essencial até mesmo para que este movimento teórico evoluísse para a Jurisprudência dos Valores, dada a sólida contribuição que aquele jurista deu para a superação do conceitualismo abstrato e do determinismo universal que serviam de base ao antigo paradigma que Jhering buscou depois desconstituir.⁷⁵⁴

Qualquer exame de uma lei a partir de critérios externos ao sistema jurídico formal leva a um dualismo inexorável, a uma clivagem entre a lei “que é” e a lei “que deveria ser”, a um confronto entre um mundo inferior (daquela lei que *é*) e um mundo superior (daquela lei que *deveria ser*). Tal clivagem é pautada por critérios antiformalistas. Todas essas discussões metafísicas edificadas sobre o direito natural são, porém, sepultadas pelas teorias contratualistas sobre a origem do Direito de cada estado, pois a vontade dos homens livres é que passa a ser responsável pelos contornos legais que cada ordenamento ganha. A ideia de pluralidade de indivíduos agora não é mais superada por uma noção religiosa ou natural de unidade, mas sim pela ideia laica de unidade político-jurídica inspirada pelo contrato social. Tal unidade, porém, não implica dizer que o Direito seja absolutamente determinado e, portanto, sempre previsível.

A indeterminação do Direito não se confunde com a imprevisibilidade da atuação judicial, pois, enquanto aquela faz parte do fenômeno jurídico, esta pode decorrer de algum vício do próprio sistema de aplicação normativa ou até mesmo da prevalente concepção decisionista comungada pelos magistrados desse sistema. Para normativistas como Kelsen e Hart, a discricionariedade em sentido forte é uma constante contra a qual o jurisdicionado pouco pode fazer, além de socorrer-se da vasta gama de meios de impugnação às decisões que o próprio sistema lhe disponibiliza, haja vista que a interpretação judicial conduz a um resultado possível, não a um resultado necessariamente predeterminado.

Na interpretação de dispositivos infraconstitucionais, não é raro vermos os tribunais brasileiros negarem certas prerrogativas legais, tratando-as como meros “pedaços de papel” através da assim chamada “interpretação conforme à Constituição”. Virgílio Afonso da Silva observa, porém, que a técnica da “interpretação conforme”, assim como o princípio da “máxima efetividade”, foram acrescentados pela literatura jurídica brasileira ao rol de princípios interpretativos fornecidos por Konrad Hesse, já que deste rol só constariam os seguintes princípios: “unidade”, “efeito integrador”, “conformidade funcional”, “concordância prática” e “força normativa” da Constituição.⁷⁵⁵

754 COELHO, Luiz Fernando. “Jurisprudência dos Valores”. *In*: **Polis**, vol. III. Lisboa: Verbo, 1985, pp. 897-903.

755 E Virgílio Afonso da Silva faz o seguinte questionamento, para na sequência responder de forma crítica: “Por que esse rol de princípios, que tem um papel tão secundário em seu país de origem – se é que desempenha realmente algum papel –, faz tanto sucesso no Brasil? A mim me parece que se

É claro que tanto o Constituinte⁷⁵⁶ quanto o legislador infraconstitucional devem pautar, não só na Legística⁷⁵⁷, mas também em imperativos éticos os preceitos legislativos que aprovam. Disso não se discorda. Discorda-se apenas do fato de juízes colocarem seus próprios imperativos éticos no lugar dos mandamentos constantes da proposição jurídica em vigor, que lhes cabe aplicar.

Não obstante, poder-se-ia objetar a existência, em tese, de hipóteses excepcionalíssimas onde a aplicação pura e simples da lei incidente ao caso acarretaria flagrante injustiça material, com consequências desastrosas e até por vezes irreparáveis para uma das partes ou para terceiros. Isso pode ocorrer, por exemplo, com uma decisão que, amparada na regra legal que veda a preterição na fila de atendimentos do Sistema Único de Saúde por ordem judicial, indefere um pedido de internação urgente em unidade de tratamento intensivo (UTI), levando ao óbito do autor. De outro lado, o problema, porém, não desaparece quando o pedido é atendido e, em consequência, outra pessoa em situação clínica ainda mais grave que a do autor tem sua internação preterida em favor deste nessa mesma UTI e vem, tragicamente, a falecer.

Há inúmeras outras situações que afastam a aplicação chapada, pura e simples de um determinado dispositivo normativo em tese incidente na espécie, dada a absoluta impossibilidade prática, imposta por fatos inexoráveis, dessa aplicação. Perelman dá como exemplo o Artigo 26 da Constituição da Bélgica, que, apesar de estar formalmente em vigor durante a Primeira Guerra Mundial, não poderia ser cumprido em razão dos imprevisíveis fatos impostos pela ocupação nazista. O dispositivo constitucional belga previa que o Poder Legislativo somente poderia ser exercido conjuntamente pelo Rei, pela Câmara dos Representantes e pelo Senado, e o artigo 130 dispunha que a Constituição não poderia jamais ser suspensa, nem mesmo em uma pequena parte, em hipótese alguma. Todavia, devido à Guerra, as Casas legislativas obviamente não poderiam se reunir com o Rei, já que a Bélgica estava ocupada pelas tropas alemãs, o que obrigou o Rei a legislar de modo unipessoal, por meio de decretos. Mas a Corte de Cassação belga, ao analisar a constitucionalidade desses decretos reais, reputou-os constitucionais, haja vista que não havia a menor possibilidade fática de se cumprir o mandamento constitucional constante daquele artigo 26. Diante da avassaladora força de um acontecimento extraordinário, não havia outra saída jurídica que não fosse a de legitimar os atos

trata, no campo do direito constitucional, de uma busca por emancipação e de um certo anseio por modernidade, que conseguem ser satisfeitos quando reproduzimos – ainda que irrefletidamente – aquilo a que temos acesso, normalmente com mais de 20 anos de atraso. Nesse cenário, como já dito acima, a doutrina alemã vem desempenhando um papel cada vez maior” (SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 116-143, p. 120).

756 Otto Bachof, a propósito, propõe limites à onipotência estatal para combater o arbítrio e a injustiça, defendendo, assim, que o Direito não deve conter disposições contrárias aos imperativos éticos que regem a sociedade. Para tanto, ele exorta o legislador a “atender aos mandamentos cardeais da lei moral, ou, pelo menos, não os renegar conscientemente” (BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994, p. 43).

757 O item 6.7 do Capítulo 6 tratou da extrema importância da Legística para o Direito positivo e para a sua correta interpretação, razão pela qual se remete o leitor para o referido tópico.

então praticados pelo Rei, dada a lacuna que o Tribunal constatou na Constituição da Bélgica sobre o comportamento institucional a ser adotado pelas autoridades belgas, diante do advento de uma guerra ou qualquer outro grave episódio de força maior.⁷⁵⁸

Segundo o aforismo “*fiat justitia et pereat mundus*” (“faça-se justiça e pereça o mundo”), pouco importam as consequências da decisão judicial, desde que esta seja correta. Para Larenz, porém, não se pode admitir uma jurisdição inconsequente, como se os juízos ali formados fossem mera decorrência formalmente lógica e automática dos fatos e normas levados em consideração nos julgamentos. Os tribunais e, sobretudo, as cortes constitucionais devem ter a responsabilidade política de manter a capacidade funcional da ordem jurídica, para que suas decisões, além de corretas juridicamente, tenham também utilidade prática (consequências proveitosas), razão pela qual Larenz entende, com apoio em Kriele, que a consideração das consequências das decisões, em especial as proferidas por uma Corte Constitucional, é totalmente irrenunciável pelo tribunal prolator, que teria ampla discricionariedade para apreciar o grau de consequencialismo de suas decisões.⁷⁵⁹ Estamos aqui, apenas neste ponto específico, de acordo com o autor alemão. Mas entendemos que essa discricionariedade da Corte Constitucional não deve ser estendida à jurisdição comum, ao menos do modo como ela vem sendo praticada no Brasil. Profusos foram os exemplos dados ao longo da tese.

Para Lenio Streck, a interpretação não pode desconsiderar os limites do texto, como se tudo fosse possível ao intérprete frente ao preceito interpretado e como se este não tivesse qualquer significado prévio atrelado ao uso linguístico comum. Streck afirma que o intérprete está de certa forma subordinado à norma que se propõe a interpretar, não podendo livremente atribuir-lhe os significados que bem lhe aprouverem para alcançar os resultados por ele colimados, pois “quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixá-lo dizer alguma coisa”⁷⁶⁰.

Há um ditado apócrifo que diz: a lei que não protege meu inimigo, não me protege. Se hoje, em determinado litígio, nos beneficiamos da discricionariedade judicial para desconsiderar o que estabelece o direito posto em favor do nosso adversário, amanhã podemos estar na posição inversa, em que um direito nosso é violado com o beneplácito judicial. Trata-se de uma questão de princípio, não de objetivos almejados. É claro que pode haver leis injustas. A Lei Mosaica, que serviu de fundamento à crucificação de Cristo, inclusive, pode servir de exemplo histórico.⁷⁶¹ Para Ricardo Rivero

758 PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 105-108.

759 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 517.

760 STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 139.

761 Ernest Renan retrata a extrema injustiça de que Cristo foi vítima, embora o julgamento tenha aplicado a lei judaica vigente para a hipótese, *verbis*: « *Or si jamais crime fut le crime d'une nation, ce fut la mort de Jésus. Cette mort fut 'légale', en ce sens qu'elle eut pour cause première une loi qui était l'âme même de la nation. La loi mosaïque, dans sa forme moderne, il est vrai, prononçait la peine de mort contre toute tentative pour changer le culte établi. Or, Jésus, sans nul doute, attaqua ce culte et aspirait à le détruire. Les Juifs le dirent à Pilate avec une franchise simple et vraie : 'Nous avons une*

Ortega, da Universidade de Salamanca, a função primordial do Direito em face dos seus destinatários não é a de que este seja justo, mas a de alertá-los, de modo antecipado, sobre as consequências dos seus próprios atos.⁷⁶² Se o Direito for justo, ainda melhor, mas ele jamais será justo para todos. O Direito pode ser válido para todos, mas não necessariamente justo para todos, pois sempre haverá quem o considere injusto a partir do seu próprio ponto de vista individual. Daí a importância de que seja, pelo menos, previsível.

Haverá sempre motivos pessoais tanto para exigir a aplicação, quanto para tentar afastar-se a aplicação de uma lei. Até mesmo na obediência legal podem-se se esconder os intentos mais escusos. Na peça "Medida por Medida", de William Shakespeare, por exemplo, o inescrupuloso juiz Ângelo, convicto por aplicar a pena capital a Cláudio, acusado de fornicar com sua namorada antes de proceder a um casamento válido, assim responde aos desesperados apelos de clemência formulados por Isabella, irmã do condenado: "Encontre consolo, linda donzela, no fato de ter sido a lei, e não eu, a condenar o seu irmão. Fosse ele meu parente, meu irmão ou mesmo meu filho, e seria a mesma coisa: ele deve morrer amanhã"⁷⁶³.

A insensibilidade diante da iminente morte alheia esconde-se cinicamente, nesse caso, sob uma suposta veste de apego intransigente à legalidade. Tal fetichismo legal só se flexibilizaria se Isabela desse a sua virgindade ao perverso magistrado em troca da execução capital do irmão. Tal troca deu-se por proposta do próprio julgador, que aí não via qualquer infração de sua própria parte, mesmo após praticar uma conduta manifestamente ilegal e imoral. O magistrado mostra-se implacável com as condutas alheias, mas leniente com a sua própria.

Na peça shakespeariana, a norma contra a fornicção era clara⁷⁶⁴, legal e, àquela época, talvez moral também, mas manifestamente injusta, em especial sob os olhos de hoje, formatados pelos influxos liberais que imperam nos costumes sexuais de pleno século XXI. Como fazer para nos transportarmos àquele longínquo período e finalmente saber se a norma era tão injusta quanto nos parece nos dias de hoje? Vê-se que as coisas não são tão simples quanto aparentam, quando se trata de valores morais.

Mas nem por isso a presente tese trilhou o caminho realista.

Loi, et selon cette Loi il doit mourir ; car il s'est fait Fils de Dieu'. La loi était détestable ; mais c'était la loi de la férocité antique, et le héros qui s'offrait pour l'abroger devait avant tout la subir » (RENAN, Ernest. **Histoire des origines du christianisme. Livre premier: Vie de Jésus.** 9e édition. Paris : Michel Lévy Frères, 1863, pp. 262-263).

762 RIVERO ORTEGA, Ricardo. **Para qué sirve el derecho?**. Salamanca: Ibañez, 2019, p. 62.

763 SHAKESPEARE, William. Medida por medida. Trad. Beatriz Viegas-Faria. Versão para Kindle. L&M Pocket, local 754 de 2205.

764 Sobre o papel da interpretação literal acerca de dispositivos normativos "claros", Carlos Blanco de Moraes anota que "a clareza pode ser apenas aparente, vindo a ser obliterada por um conjunto de outros elementos interpretativos de maior preponderância" (MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social.** Tomo II, Vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 631).

O *realismo jurídico*⁷⁶⁵ sempre baseou grande parte de sua análise jurídica na concepção descritiva (e infundada, em nosso entender) do raciocínio judicial como um mero processo psicológico, no qual a normatividade da lei desempenha um papel praticamente nulo, enquanto mera abstração formal desprovida de coercitividade intrínseca e de teor objetivamente vinculante em relação aos seus destinatários.

A argumentação realista atrelou-se a essa concepção a partir do descrédito que passou a atribuir à capacidade justificadora do sistema jurídico, a qual costumava imperar no formalismo positivista. Daí a grande importância, para os realistas, do contexto material de *descoberta*, no qual *motivações* e vieses de ordem psicológica ou sociológica funcionam como as verdadeiras *causas* da decisão judicial, enquanto no contexto formal de *justificação* o que importa mais para o ato decisório são as *razões*, cujo papel prescritivo é sempre coadjuvante em relação ao protagonismo exercido pelas primeiras (*motivações*).

Não é à toa que, como visto mais acima, neste mesmo tópico, o CPC/2015 substituiu o termo “motivos” por “razões” na redação do Artigo 371, em clara evolução redacional, se comparada à do CPC/1973. Trata-se de uma clara resposta do legislador brasileiro ao *judicialismo*⁷⁶⁶ que vem ganhando cada vez mais espaço, tanto na academia quanto entre os que militam nas barras forenses.

Divergimos profundamente do psicologismo realista e da sua falta de compromisso com o caráter institucional-normativo que entendemos ser apanágio objetivo e indissociável do ordenamento jurídico, em geral, e da lei, em particular. Não por acaso, o objetivo geral da tese ora sustentada é o de desenvolver mecanismos teoricamente capazes de assegurar aos jurisdicionados a intangibilidade de

765 Não desconhecemos que existem várias vertentes ditas *realistas* e que o próprio movimento do realismo jurídico não constitui uma escola nem um grupo coeso, conforme já explicado no item 1.3 do Capítulo 1, razão pela qual se mostraria temerário, à primeira vista, o emprego da expressão *realismo jurídico* como sendo um conceito unívoco, definido e muito bem extremado em relação às demais correntes que formam o multifacetado pensamento jurídico ocidental, nele também incluídas as diversas concepções pragmáticas e céticas que caracterizam as abordagens antifundacionalistas, desconstrutivistas e críticas de maneira geral. Mas, ainda assim, na falta de um termo mais abrangente e adequado, e considerando que os limites objetivos da presente tese não permitem que se fique dedicando maior tempo a diferenciar, a cada momento, se estamos a tratar do realismo estadunidense ou do escandinavo, preferimos manter o uso da expressão genérica *realismo jurídico*, por mais que saibamos que o realismo escandinavo, de influxo mais acadêmico e representado sobretudo pelas contribuições filosóficas de Alf Ross, muito se diferencia do pragmatismo judicial que caracteriza o realismo norte-americano, este mais atrelado à prática profissional dos operadores do Direito. Para aprofundamento sobre as diferenças entre os realismos estadunidense e escandinavo, conferir: LEITER, Brian. “Legal realisms, old and new”. In: **Valparaiso University Law Review**, v. 47, n. 4, 2013, pp. 949-963. Disponível em: <https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2304&context=vulr>. Acesso em 12.05.2023. Neste estudo, Leiter afirma que os realistas escandinavos estavam menos preocupados que seus homólogos americanos em resolver questões efetivamente práticas do Direito, pois preferiam mirar sua artilharia teórica para as causas psicológicas ou comportamentais que levavam as pessoas a acreditar na existência objetiva do Direito, mesmo este não se fundando numa realidade ontológica ou metafísica. Ele diz textualmente que: “*The Scandinavian Realist’s psychologism held that legal norms, both their existence and their effects on behavior, were to be explained in terms of the psychological states of persons who accepted these norms, rather than the reality of the norms: that X believes or feels he has a duty or obligation is what is explanatory of behavior, not the existence of the duty*” (*Ibidem*, pp. 952-953). Conclui-se, assim, que tanto os realistas norte-americanos quanto os escandinavos comungam da ideia de que o Direito não ostenta normatividade por si só, na medida em que ele sempre dependerá de algum fator extrajurídico (notadamente, de uma causa psicológica) para obrigar as pessoas que estão sob o seu império. A própria existência do Direito dependeria, assim, em última análise, da sua eficácia, vale dizer, de um aspecto comportamental que lhe é externo. Para os realistas, são as consequências do Direito que lhe dão origem, e não o inverso; e eles o definem, literalmente, como sendo nada mais que um mero reflexo do estado psicológico das pessoas que aceitam suas normas.

766 Um dos maiores expoentes intelectuais do *judicialismo* é o eminente Professor António Castanheira Neves. O Catedrático de Coimbra recusava tanto a tese da interpretação como ato de pura intelecção da norma, quanto a tentativa positivista de encerrar no campo jurídico-formal o complexo problema linguístico-hermenêutico, cujo campo, ressalta o autor, é sempre prático-concreto, e não o singelo horizonte teórico-abstrato idealizado pelos formalistas em geral (NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica. Problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 105-107).

suas expectativas jurídicas legítimas em face de decisões judiciais cujo teor se distancie das balizas legais fixadas democraticamente e, em especial, das protetivas de prerrogativas processuais (como o respeito ao contraditório substancial e à exigência de fundamentação decisional exauriente). É por meio dessas balizas democráticas que o legislador intenta, na concepção formalista moderada a que nos filiamos, limitar as possibilidades de arbítrio do Estado-juiz na prestação da atividade jurisdicional.

Não foi por outra razão, portanto, que o plano de trabalho desta investigação propôs-se a verificar se é possível estabelecer ferramentas que blindem institucionalmente tanto os órgãos judiciais singulares quanto os colegiados (com destaque para os tribunais de cúpula) de interferências estranhas ao raciocínio jurídico na tomada de decisão. Vimos que não é possível amarrar os juízes com instrumentos como a lei e a jurisprudência por si sós, pois não dispomos de amarras mecânicas para isso, mas concluímos que é salutar impor aos agentes incumbidos de aplicar a lei um ônus argumentativo especialmente reforçado, que lhes atribua o encargo de enfrentar, de modo fundamentado, os constrangimentos impostos ao ato adjudicativo por uma interpretação razoável da lei e pelas orientações jurisprudenciais emanadas dos tribunais superiores. Afinal, não há liberdade absoluta no ato de julgar; há balizas mínimas a serem respeitadas no labor hermenêutico e no respectivo processo decisório; há, como dizia Umberto Eco, certos limites à interpretação.

O ponto de partida desse percurso foi gênese da decisão judicial, e a postulada linha de chegada é o aprimoramento qualitativo da prestação jurisdicional e a promoção de valores como segurança jurídica, previsibilidade decisória, estabilidade do sistema judicial, confiança legítima, coerência justificatória, imparcialidade dos juízes, igualdade perante a jurisdição (e não apenas perante a lei), desestímulo à litigância excessiva, respeito à hierarquia judiciária, incentivo ao favorecimento de acordos, economia processual (de processos e de despesas), eficiência e efetividade, para citar os fundamentos deontológicos e pragmáticos mais basilares à presente proposta acadêmica.

E os objetivos específicos perpassaram por investigar: **1)** a necessidade, ou não, de formulação de uma nova teoria da decisão judicial, para além dos extremos representados pelas teorias formal-declaratórias e material-constitutivas; **2)** o papel da fundamentação decisória na concretização do Direito posto e na legitimação dos pronunciamentos judiciais; e **3)** o uso retórico da independência judicial como subterfúgio para a inobservância de prerrogativas legais e o seu impacto na força normativa e na autonomia do Direito positivado, cujos preceitos fornecem fundamento de validade às decisões judiciais.

A investigação sobre os sistemas jurídicos continentais justifica-se pelo fato de integrarem a família romano-germânica, à qual os modelos processuais português e brasileiro se filiam, em que

pese a objeção de Michele Taruffo, para quem não tem mais qualquer valor descritivo a tradicional distinção segundo a qual o *common law* seria fundado sobre precedentes e o *civil law*, na lei escrita, já que, atualmente, “nos sistemas de *civil law* se faz amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de *common law* se faz amplo uso da lei escrita”⁷⁶⁷. Taruffo ainda afirma que nem mesmo na Inglaterra, e muito menos nos Estados Unidos da América, o precedente tem eficácia formalmente vinculante, já que sua força varia de caso a caso e depende da respectiva carga argumentativa, pois, quanto melhores forem os fundamentos constantes de um precedente, mais intensamente este será seguido pelos juízes.⁷⁶⁸

Já para Mauro Cappelletti, entretanto, a distinção entre os dois sistemas permanece aguda, uma vez que as cortes continentais - normalmente formadas por magistrados não eleitos diretamente - são difusas, numerosas e responsáveis pelo julgamento de um número extenuante de processos, ao passo que as cortes anglo-saxãs são compactas e formadas por membros eleitos pela população, o que lhes confere maior autoridade e legitimidade para decisões de conteúdo político, a par de decidirem de modo mais uniforme e terem ampla discricionariedade para escolher, mediante *writ of certiorari*, os processos que julgarão.⁷⁶⁹

Concordamos com Cappelletti nesse ponto.

Tanto o sistema brasileiro quanto o português pertencem, sem a menor sombra de dúvida, ao modelo continental, integrante que é da família romano-germânica, cujos elementos jurídico-normativos fundantes orbitam em torno da lei formal.

De acordo com tal modelo, pouco importa o que um juiz pense da lei, enquanto ela seja considerada constitucional e convencional.

Nesse diapasão, alvissareira e reverente em relação à preservação do Estado de Direito foi a observação feita pelo Ministro Messod Azulay Neto, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no recente julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 181.452, ocasião em que S. Exa. assim se pronunciou, em seu voto-condutor, ao conceder a ordem, *verbis*: “Não importa que o crime é horrendo. O que eu penso sobre o crime pouco importa. Importa o que a lei determina”⁷⁷⁰.

767 TARUFFO, Michele. “Precedente e Jurisprudência”. In: **Revista de Processo**, n. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2011, pp. 139-155, p. 140.

768 TARUFFO, Michele. “Las funciones de las cortes supremas – aspectos generales”. In: TARUFFO, M. et al. **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 231-251, p. 239.

769 CAPPELLETTI, Mauro. “The doctrine of stare decisis and the civil law: a fundamental difference – or no difference at all?”. In: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen; et al. **Civil litigation in comparative context**. New York: New York University School of Law, 2017, pp. 215-220.

770 Tratava-se de um pedido de progressão de regime prisional que havia sido sobrestado até que se realizasse um controvertido exame psicotécnico denominado Teste de Rorschach, cuja realização não era exigida em lei para os fins pretendidos pela paciente. Esta, insurgindo-se contra a exigência criada pelas instâncias judiciárias inferiores sem amparo na lei, recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, cuja 5ª Turma, acompanhando por unanimidade a posição do Relator, deferiu a postulada progressão para o regime aberto, independentemente da realização do referido teste (STJ, 5ª Turma, RHC 181.452, julgado em 30/05/2023. Consulta processual disponível em:

A paciente, Anna Carolina Jatobá, é conhecida na mídia brasileira, já que o bárbaro crime por ela praticado teve enorme repercussão nacional e até internacional, consistindo no brutal assassinato da filha do próprio namorado (Alexandre Nardoni, também condenado como coautor), a criança Isabella Nardoni, que à época do homicídio qualificado tinha apenas seis anos incompletos. O casal de assassinos era de classe média alta e foi condenado por ter agredido a menina e a atirado da janela do apartamento em que residia. A madrasta recebeu uma pena de vinte e seis anos e oito meses de reclusão, enquanto o pai, trinta e um anos, um mês e dez dias de reclusão, estando ambos presos desde 2008, ano em que foi consumado o hediondo crime.

Aqui não se discute a hediondez do crime, fato incontroverso que já foi levado em consideração pelo Judiciário no momento da fixação das penas dos condenados.

O que se discutia no referido *habeas corpus* eram apenas as condições para a progressão de regime penal. O requisito temporal havia sido preenchido, bem como os demais requisitos, neles incluídos os subjetivos do bom comportamento carcerário e do exame criminológico. As instâncias de origem, contudo, entenderam por estabelecer mais um critério, sem amparo na lei e sem a devida fundamentação, para exigir da apenada que ainda se submetesse, adicionalmente, ao Teste de Rorschach, exigência esta afastada pelo STJ.

Pergunta-se: pode-se chamar de positivista a postura adotada pelo STJ no julgamento referido acima, pelo simples fato de ter afastado exigências ilegais impostas pelas instâncias judiciais inferiores?

Qualquer tentativa de resposta dependerá, por óbvio, do conceito de positivismo adotado por aquele que pretender fornecê-la. E esse tipo de rotulação adjetiva nem mesmo se insere entre os objetivos do presente trabalho.

Mas a discussão continua a fazer algum sentido, se se atentar para o fato de que o adjetivo *positivista* costuma designar, desde as suas origens filosóficas, a aptidão ou, no mínimo, a intenção do observador em calcar as suas conclusões em fatos cientificamente provados, ao invés de basear suas convicções em divagações morais ou outros tipos de especulação contrafactual.

Nesse sentido, a decisão do STJ parece poder ser caracterizada como uma decisão *positivista*, na medida em que ela adere a fatos que preenchem os requisitos objetivos previstos em lei para a progressão de regime, em vez de criar, a partir de injunções morais do próprio intérprete, critérios outros sem a necessária correspondência legal.

No texto “Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista?”, Lenio Streck explica, a propósito dessa tentativa de caracterização, que o termo positivismo, em sua origem, remetia-se a “fatos”, àquilo que era passível de ser provado no plano factual, e não apenas no plano espiritual. E, segundo essa lógica positivista dissecada por Streck, a interpretação seria o produto de uma operação fundada na relação sujeito-objeto e passível da seguinte tripartição metodológica: *subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi*.⁷⁷¹

Sabe-se, todavia, o quanto Gadamer, com sua hermenêutica filosófica (viragem linguística), opôs-se a essa hermenêutica de cariz positivista, ao sustentar que o intérprete não extrai algo que já existe de antemão no texto, mas sim lhe atribui sentidos ao interpretá-lo. Sabe-se também que a hermenêutica gadameriana operou um deslocamento da *metodologia* positivista (lastreada no esquema sujeito-objeto) para uma *ontologia* antimetodológica (lastreada no esquema sujeito-sujeito, vale dizer, numa relação intersubjetiva).

E Streck afirma que “o caráter marcadamente não-relativista da hermenêutica é incompatível com a existência de múltiplas respostas”⁷⁷².

Com efeito, o positivismo jurídico⁷⁷³ normativista, por não se filiar ao cognitivismo moral tão exaltado por Dworkin e seus asseclas, não assume qualquer compromisso com a tese da *one right answer*, pois admite, humildemente, a impossibilidade de garantir-se um único resultado correto em tema de interpretação de proposições normativas.

Mas admitir uma pluralidade de possíveis interpretações, não equivale a dizer que toda e qualquer interpretação, por mais divorciada que seja do texto interpretado, será considerada correta. Ao menos do ponto de vista técnico-jurídico, há interpretações que claramente subvertem o conteúdo do texto interpretado, a ele não podendo ser reconduzidas racionalmente, conforme os vários exemplos dados ao longo desta tese buscaram demonstrar. Se uma lei estabelece, tal como o atual CPC brasileiro o faz, que não caberá apreciação equitativa dos honorários sucumbenciais pelo juiz em determinadas circunstâncias - nas quais deverão ser respeitados os percentuais mínimos constantes dessa mesma lei -, qualquer interpretação judicial que pretenda justificar o afastamento desses

771 STRECK, Lenio Luiz. “Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista?”. *In: Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 15, nº 1, 2010, pp. 158-173. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v15n1.p158-173>. Acesso em 13/06/2023.

772 *Ibidem*, p. 165.

773 A primeira fase do positivismo assumia uma feição sintática ou gramatical do ordenamento jurídico (Escola da Exegese, na França, e Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha). Já a segunda fase (Círculo de Viena, positivismo normativista), porém, passa a encarar o problema da inevitável indeterminação semântica dos textos normativos, assumindo uma postura cética e apelando, de modo pragmático, à noção de “moldura semântica” da norma, como tentativa lógico-racional (daí ser chamado de neopositivismo lógico de Viena, ou “empirismo lógico”) de resolver o problema da indeterminação, que é imanente à interpretação jurídica. Diante desse incontornável coeficiente de indeterminação, será que se poderia dizer que a lei é somente a “ponta” do *iceberg* normativo do Direito, cabendo ao intérprete olhar para todo o bloco de gelo, por inteiro, e não apenas para a sua extremidade superior? A lei seria apenas a porção descoberta e mais superficial do fenômeno normativo? Essas perguntas seguem sem resposta.

percentuais mínimos e optar pela apreciação equitativa nessas mesmas circunstâncias legais, deverá ser necessariamente considerada ilegal e, portanto, incorreta.

Enfim, por mais que não seja possível afirmar-se, com segurança científica, qual é a melhor interpretação de um determinado dispositivo legal, quase sempre será possível identificar-se uma interpretação manifestamente ilegal, assim considerada a que despreza o texto de lei supostamente interpretado. Em suma, o texto legal não é um nada jurídico; nele sempre há algum conteúdo normativo prévio à interpretação; cabe a esta dar vazão à plenitude jurídica da proposição interpretada e deixá-la florescer, ao invés de ceifar as suas potencialidades normativas, como se de nada se tratasse, como se não houvesse ali um embrião jurídico prestes a produzir uma norma. É por meio da interpretação que a norma, que dormitava em estágio latente dentro da previsão legal, passa a produzir efeitos concretos na esfera jurídica de alguém; mas não há como negar que, antes mesmo de sua aplicação, ali já havia uma norma, ainda que em estado potencial, por mais que o antiformalismo, em geral, e o judicialismo, em particular, insistam em negar a existência dessa potencialidade normativa e até cheguem ao ponto, quando ela não lhes convém, de abortá-la pela via hermenêutica.

CONCLUSÃO

A tese doutoral que se vem de apresentar, buscou, dentro dos limites objetivos traçados em seu projeto de pesquisa, “exaurir”⁷⁷⁴ os elementos necessários ao enfrentamento do ponto central de nossa investigação, qual seja, a tormentosa questão de saber se é possível atribuir ao direito positivo um mínimo de prévia densidade normativa, isto é, uma imanente carga cogente que, atendendo a padrões razoáveis de previsibilidade, vincule o intérprete, preexistindo ao ato interpretativo e lhe sirva, por conseguinte, de *ponto de partida*.

Malgrado a lei *stricto sensu* seja considerada um mero ponto de partida do fenômeno jurídico *lato sensu*, o cerne da questão diz respeito, em última análise, à utilidade mesma do direito positivo enquanto conjunto de instrumentos de vinculação do intérprete a preceitos normativos preestabelecidos. Ora, se toda norma é criada pelo juiz apenas no caso sob sua apreciação e sempre de modo posterior à situação ali discutida (*ex post facto*), como pretendem os judicialistas, a legislação em geral deve ser tida como algo absolutamente inútil à atividade jurisdicional, merecendo, portanto, ser abolida, dada a sua ociosidade. Essa é a premissa que servirá de fio condutor a todas as demais conclusões a que a tese chegará.

Mas antes de desenvolver os diversos pontos nos quais se desdobrará a presente constatação, permitimo-nos fazer, a título propedêutico, uma breve digressão metafórica relacionando o *ponto de partida* da interpretação e o *ponto de partida* de uma viagem qualquer, a fim de demonstrar que a lógica aplicada ao primeiro em nada se aplica ao segundo.

Em uma viagem exploratória feita às próprias expensas, sem rumo nem destino predefinidos, o *ponto de partida* eleito por um explorador aleatório tem pouca ou quase nenhuma relevância para a função de se prever aonde o viajante irá chegar, vale dizer, para saber-se onde finalmente ocorrerá o seu *ponto de chegada*. Tendo em mente que o viajante, nessa hipótese, é o único dono do seu percurso, ele, por isso mesmo, dirige-se para onde bem entender, passa por onde quiser e aporta nos lugares de sua predileção, por mais distantes, inesperados, inóspitos e até perigosos que sejam. Ele tudo fará ao seu bel-prazer, seguindo apenas os desígnios de seus caprichos pessoais, pois da parte deste viajante não há itinerário predefinido e nem contas a prestar, a quem quer que seja.

774 Embora saibamos que tal tarefa não é passível de ser plenamente atingida - dada a infinidade de prismas a partir dos quais o fenômeno jurisdicional pode ser examinado -, nossa pesquisa comprometeu-se a analisar todas as nuances que permeiam a decisão judicial, com exceção dos seus aspectos psicológicos, embora os principais estudos científicos sobre Psicologia Comportamental aplicada ao Direito tenham sido referenciados no início do Capítulo 4. Como já antecipado na Introdução, o objeto da presente tese não se debruça sobre as ciências comportamentais, senão apenas sobre os *aspectos normativos* da decisão judicial, considerando que o Direito é uma instância *coercitiva* e *externa* à consciência humana, não se confundindo, assim, nem com a Moral e nem com a Psicologia, as quais constituem instâncias *não-coercitivas* e *internas* à consciência de cada indivíduo. O trabalho também não se pauta pelos critérios oferecidos pela Análise Econômica do Direito. A metodologia deste trabalho, portanto, tem um cariz essencialmente *formalista*, próprio das ciências jurídicas, dispensando, para os fins aqui eleitos, as contribuições trazidas pelas abordagens *realistas* do Direito, de caráter marcadamente contranormativo, por se apoiarem em aspectos estranhos ao objeto da ciência jurídica.

Parece-nos indubitável que essa mesma lógica (a orientar a vida *privada* de cada um, onde impera, de modo amplo e irrestrito, a liberdade individual) não pode ser estendida à interpretação jurídica e, menos ainda, à atividade jurisdicional, função *pública* atribuída pela Constituição e demais leis republicanas a agentes recrutados e regidamente remunerados pelo Estado para seguir os preceitos editados por este. De tais preceitos avultam, por sua importância para o objeto deste trabalho, os deveres judiciais de observância e proteção dos direitos e garantias fundamentais, em especial no exercício da judicatura, que nada mais é que a heterocomposição de litígios pautada no Direito ou, tratando-se de hipótese de lacuna ou antinomia insolúvel, em critérios transparentes e racionalmente sindicáveis, tudo com vistas a afastar o arbítrio do órgão judicante.

Sejamos, agora, ainda mais didáticos. Se uma pessoa parte de Braga, ela pode ter como *ponto de chegada* qualquer lugar, inclusive o próprio Concelho de Braga. A única coisa certa, nesse exemplo, é que o *ponto de partida* foi Braga, pois só se saberá o *ponto de chegada* depois que o transeunte chegar a algum local, se é que chegará (imagine-se uma viagem interrompida abruptamente por caso fortuito ou de força maior). E não se poderá atribuir a correção ou a incorreção, nem a validade ou a invalidade, ao ato de alguém que, partindo de Braga, chegue à cidade do Porto ou a um vilarejo espanhol, à guisa de ilustração.

A interpretação de textos normativos, ao revés, não admite esse grau infinito de possibilidades. E nem mesmo a interpretação de um texto não-normativo ou outro signo qualquer, ainda que desprovido da forma escrita, admitirá aquele oceano de possíveis pontos de chegada. Se alguém diz que precisa ir a uma loja de louças comprar uma “xícara azul” porque a sua única com essas características caiu no chão e se quebrou, tal afirmação, enquanto ponto de partida interpretativo, pode até comportar diferentes interpretações em uma mente muito criativa, mas nenhuma que conclua, em seu ponto de chegada e dentro de certos padrões de sanidade psiquiátrica, que aquela mesma pessoa precisaria na verdade adquirir uma “motosserra vermelha”, pois da primeira afirmação (intenção de comprar uma peça de louça azul) não se pode extrair racionalmente, ou deduzir, a segunda afirmação (intenção de comprar um instrumento vermelho para serrar madeira).

Da mesma forma, o preceito segundo o qual “a prisão em flagrante de qualquer pessoa deve ser comunicada ao juiz competente no prazo máximo de vinte e quatro horas, contado da lavratura do seu respectivo auto, sob pena de tornar-se ilegal e ser imediatamente relaxada”, não pode ser interpretado de modo a entender-se que não haveria qualquer prazo a ser observado pelo delegado de polícia após a lavratura do auto de prisão em flagrante, ou que a contagem do prazo pudesse iniciar-se em momento diverso do da conclusão do auto e ser livremente fixado pela autoridade policial. O ponto de

chegada interpretativo, nesse caso, não pode ser traçado pelo intérprete da maneira que bem lhe aprouver, para colocar, no lugar dos dizeres da lei, os dizeres que ele, intérprete, gostaria que estivessem contidos nela.

Chega a ser uma platitude tal constatação, tamanha a sua obviedade.

Porém, há necessidade de sermos tautológicos no ponto, já que não é bem do modo explanado acima que parcela significativa dos agentes públicos e até mesmo dos estudiosos enxerga o tema, conforme evidenciaram certas teorias e muitos dos exemplos que foram analiticamente examinados ao longo do trabalho. Pode-se até mesmo afirmar, com suficiente segurança, que o senso comum teórico dos juristas compartilha a ideia de que os juízes não prestariam contas senão apenas à sua própria consciência, de modo que a conduta de observar ou não a legislação seria uma opção tão válida quanto a conduta de um viajante qualquer de escolher aleatoriamente o seu próprio destino.

A primeira e mais elementar conclusão a que chegamos, portanto, a qual servirá de núcleo às conclusões posteriores nas quais se decomporá, é a de que as palavras, os sinais de pontuação e os demais signos que estruturam gramaticalmente os preceitos legais têm, sim, relevância na delimitação dos sentidos que podem ser atribuídos às normas jurídicas daí decorrentes. Tais elementos não são um “nada jurídico”; eles têm algo importante a revelar.

Partindo dessa premissa que para nós é tão básica – a qual, porém, é vista como um anátema por certos hermeneutas, para quem a atribuição de sentidos não possui qualquer aderência a um objeto predefinido, já que a própria interpretação seria, ela mesma, um ato de criação sem correspondência com o texto interpretado -, passamos às demais conclusões daí decorrentes.

E a proposta realista é uma das primeiras a ser por nós condenada.

Para tal condenação, refutamos a tese meramente descritiva que vê com naturalidade a afirmação de que o Direito seria apenas aquilo que os juízes dizem que ele é. Entendemos que o argumento da juridicidade da decisão deveria, ao menos dentro da proposta que defendemos, impressionar mais que o argumento da autoridade de quem decide. É claro que o Direito não deixa de ser, em parte, o fruto da interpretação que o juiz, enquanto ser historicamente situado, realiza do mundo no ato de julgar uma causa. Mas o fenômeno jurídico não se resume a esse ato de apreensão do mundo; ou, ao menos, não apenas tal como captado pela autoridade julgadora, na medida em que o Direito também é composto de normas escritas, de algo prévio à decisão judicial. Por mais que a lei não seja um ponto de chegada, nem algo perfeito e acabado, conforme já reconhecemos ao longo da presente tese, ela tampouco é algo totalmente desprovido de normatividade.

Considerando que os realistas - tanto norte-americanos quanto os escandinavos - comungam da ideia de que o Direito não ostenta normatividade por si só, na medida em que ele sempre dependerá de algum fator extrajurídico (notadamente, de uma causa psicológica) para obrigar as pessoas que estão sob o seu império, tal ideia coloca em xeque a própria existência do Direito, uma vez que este dependeria, assim e em última análise, da sua eficácia, vale dizer, de um aspecto comportamental, que, por isso mesmo, sempre lhe é externo. Para os realistas, são as *consequências* do Direito que paradoxalmente lhe dão *origem*, e não o inverso; e eles o definem como sendo mais ou menos o reflexo do estado psicológico das pessoas que aceitam as normas nele contidas.

Tal modo de ver as coisas não poderia mesmo ser aceito e muito menos encampado pela presente tese, a menos que esta tivesse por escopo apresentar uma mera descrição sociológica ou psicológica do Direito, e não uma proposta de investigação propriamente jurídica, voltada ao aprimoramento da segurança jurídica e centrada no direito positivo e na invalidade das decisões judiciais que insistem em desprezá-lo. A metodologia aqui adotada não se deixa levar pelo canto da sereia das ciências não jurídicas, como a Economia, a Sociologia e a Psicologia, que tanto impacto têm produzido no crescente fenômeno da perda de normatividade da lei formal. Discordamos especialmente das teses de *Law and Economics*, segundo as quais os preceitos normativos devem ser validados por argumentos de matriz econômica para ostentarem plena aplicabilidade.

Também refutamos a tese moralista (e, portanto, prescritiva) que vê os juízes como sucedâneos dos “reis-filósofos” de Platão, pois entendemos que, numa República democrática e regida pelo Estado de Direito, as balizas para a atuação das instituições, incluído o Judiciário, são fornecidas pela Constituição, e não pela moralidade.⁷⁷⁵ E tanto a Constituição brasileira (artigo 5º, inciso II) quanto a portuguesa (artigo 3º, n. 2) são claríssimas ao estabelecerem o princípio da legalidade como o primado inafastável da liberdade.

A atividade interpretativa exercida pelo juiz, de um lado, não se restringe a uma função meramente *cognoscitiva-declaratória*, mas tampouco pode ser considerada, de outro lado, uma função exclusivamente *decisório-constitutiva*. Essas duas funções estão presentes na atividade judicial. O ato de interpretar não é assim tão livre e desprovido de amarras quanto os antiliteralistas radicais supõem.

⁷⁷⁵ Reconhecemos que a dimensão ética é parte integrante de qualquer construção social, aqui incluídos o Direito positivo e até mesmo a ciência jurídica. Mas esse reconhecimento não nos impede de continuarmos sustentando a autonomia do fenômeno jurídico e deduzindo nosso libelo acadêmico contra o seu predatismo por outras áreas e, especialmente, contra a tese realista de que o *Direito é o que os tribunais dizem que ele é*. Claro que a tese não tem a pretensão de eliminar do discurso jurídico a presença implícita de sua dimensão ética, até porque a maior parte das normas do Direito provém de costumes sociais e preceitos axiológicos de natureza religiosa ou moral. Porém, a maior parte, senão a quase totalidade, dos princípios éticos sustentados pelo jusracionalismo acabou sendo positivada pelas Constituições e Declarações de Direitos contemporâneas, de modo que a discussão sobre a sua subsistência em termos metafísicos, na atualidade, perdeu grande parte de seu objeto, diante da desnecessidade de buscar na metafísica fundamentos principiológicos para sustentar máximas e postulados já positivados no Direito posto.

Concluimos que o *texto* – essa mera combinação de signos gramaticais tão desprezada por certos hermeneutas - oferece pelo menos dois constrangimentos ao intérprete. Ele serve como: 1) *ponto de partida* da interpretação; e, ao mesmo tempo, 2) *limite semântico*. Não concordamos com aqueles segundo os quais às palavras podem ser atribuídos todos e quaisquer significados (como entendem os relativistas), inclusive nenhum (como entendem os desconstrutivistas). Mas também não sustentamos uma visão rigidamente essencialista nem cognitivista do Direito, para a decepção dos adeptos do perfeccionismo jurídico, que confundem normas jurídicas com preceitos morais.

Não sendo o caso de sustentarmos, sobretudo em Estados cuja forma de governo seja republicana, qualquer tipo de privilégio não previsto em lei para justificar que determinada casta se furte à incidência do primado da legalidade, posicionamo-nos contrariamente à tese benthamiana da *separação acústica*. Com efeito, em uma República, ninguém, absolutamente ninguém, está acima ou a salvo da normatividade representada pela lei.

Insistimos em sustentar que nem mesmo os juízes estão imunes à incidência dos comandos legais, salvo nas raríssimas hipóteses de exceção previstas pelo próprio ordenamento jurídico, como se dá, por exemplo, nas declarações de inconstitucionalidade, bem como nas de anticonvencionalidade.

Na expropriação forçada do patrimônio do devedor ou no cerceamento da liberdade do jurisdicionado por determinação do Poder Judiciário, não são as vontades ou desejos pessoais do juízo processante que o Oficial de Justiça executa por meio da coerção legítima que o ordenamento lhe franqueia, inclusive com apoio policial, mas sim, ainda que indiretamente, as vontades do povo que os seus representantes exprimiram nas leis aprovadas mediante o devido processo legislativo, cuja carga normativa deve ser objeto de interpretação judicial. Essa é uma das provas de que cabe aos juízes, portanto, tentar revelar, até onde for possível, os sentidos da lei a partir da própria normatividade dela, ao invés de criá-los originariamente – para não se dizer de modo arbitrário – a partir dos desígnios pessoais de quem julga.

Quando o sentido da lei é criado a partir dos desígnios pessoais do julgador – ainda que por ele nominados de “imperativos éticos” ou “deontológicos” -, o jurisdicionado se depara com um Estado de Direito *paralelo*, no qual o Judiciário cria uma nova e alternativa ordem legal, que se revela por vezes até mesmo contrária à legalidade democrática e, não obstante, passa a ser coercitivamente aplicada pelos órgãos judiciais, a despeito de sua ilegalidade.

De um ponto de vista lógico, não caberia mesmo à moral constituir um dos objetos do Direito e ser, ao mesmo tempo, um critério extrajurídico de correção axiológica das disposições normativas, pois, ou bem ela é externa ao Direito e aí não pode com ele confundir-se, ou ela é interna ao fenômeno

jurídico e aí não pode, em consequência, funcionar como seu *superego*, para valerem-nos de uma categoria freudiana. É inegável que a moral participa do jogo prático do Direito, e isso nunca foi refutado pelos positivistas; eles apenas refutam a ideia de que o *cientista* do Direito (que, mais uma vez, não se confunde com os seus *operadores*) possa examinar o fenômeno jurídico a partir de uma lente ou perspectiva moral. Os positivistas não admitem que o próprio ato teórico (*rectius*, científico) de aquilatar as possíveis consequências da aplicação de um preceito normativo, possa embutir, de antemão, uma carga axiológica que irá interferir não apenas na interpretação do Direito, mas até mesmo na sua própria identificação enquanto tal e também no ato de discerni-lo, mediante a regra de reconhecimento, de outras fontes normativas, como a moral.

O Capítulo 3, tópico 3.3, dedicou-se a comprovar isso, não sendo viável repisarem-se agora, neste curto espaço, todos os seus fundamentos.

A tese ora sustentada não se dispõe, de outro lado, a hipostasiar o papel da lei. Não se lhe quer aqui atribuir funções maiores que aquelas que dela se esperam; mas tampouco se admite sua redução ao papel de um nada jurídico, a uma mera carta de boas intenções do legislador que qualquer juiz pode, sumariamente e sem a menor cerimônia, desconsiderar.

Incumbe, sobretudo àquele que queira desprezar a lei, um ônus argumentativo mais que reforçado, que demonstre analiticamente a existência de vício(s) insuperável(is) de inconstitucionalidade ou de anticonvencionalidade. Além disso, em homenagem ao caráter prospectivo do Direito, não se pode criar uma regra e aplicá-la retroativamente, vale dizer, de modo *ex post facto*, conforme sustentamos, de forma quase exaustiva, ao longo do trabalho.

Não se pretende aqui elaborar uma teoria hermética do Direito, de previsibilidade absoluta, como se este fosse um sistema axiomático, assim como o é, por exemplo, o jogo de xadrez, cujas regras de funcionamento exaurem-se previamente por si mesmas, sem necessidade de confrontação com dados ou elementos externos ao seu próprio tabuleiro, que não sejam a própria capacidade de raciocínio dos jogadores. No xadrez, os modos pelos quais cada peça pode se mover estão predefinidos; no Direito, nem todos os modos de proceder estão assim tão claros, até porque a vida, diferentemente do xadrez, não se resume a uma arena composta por apenas sessenta e quatro casas e trinta e dois personagens.

Isso significa que o Direito não é *hermético*, mas sim *hermenêutico*. Trabalhando a partir dos sentidos que são atribuídos às proposições normativas, a interpretação jurídica não tem caráter meramente descritivo e nem se submete a uma metodologia puramente lógico-matemática (dedução), pois sempre há uma atividade construtiva na transposição de um preceito legal abstrato à realidade

concreta do mundo fenomênico. Com efeito, não há como negar-se a carga criativa e axiológica contida na passagem, ou salto, da abstração da legalidade para a concretude do feito que está sob a apreciação judicial.

Mas tampouco é possível refutar o caráter normativo/prescritivo das disposições legais, como se estas não impusessem carga obrigacional alguma à interpretação que embasa a atividade jurisdicional.

A tese questionou, portanto, a aniquilação realista do papel da lei nas sociedades complexas da pós-modernidade, se é que algum papel ainda lhe resta numa dinâmica forense que coloca magistrados acima de comandos legais, como se estes nada representassem antes da decisão no caso concreto.

A conclusão a que chegamos, todavia, é a de que há, sim, Direito antes do veredicto judicial, já que o caráter normativo da lei não depende necessariamente de posterior validação pelos tribunais. Aliás, o poder destes é que é conferido pela lei, e não o inverso, como pretendem os judicialistas. No Brasil, até o poder de gerar precedentes vinculantes é atribuído pela legislação ao Judiciário, ao contrário do que ocorre no *common law*.

Também rechaçamos a utilização subvertida da teoria alexyana da *ponderação* como pretexto para afastar a aplicação de dispositivos legais e até constitucionais expressos, no lugar dos quais se costumam colocar princípios ou postulados genéricos que servem de súper trunfos argumentativos para toda e qualquer situação, tais como os da “dignidade humana” e da “supremacia do interesse público sobre o particular”, ou até mesmo “máximas” inventadas a partir de uma retórica judicial populista e demagógica. Citam-se, por exemplo, o “princípio do afeto”, o “princípio da felicidade”, o “princípio da justiça”, o “princípio do combate à criminalidade”, o “princípio da ordem natural das coisas” e assim por diante. Com base nessa vulgar “ponderação” (em nada preconizada por Alexy), magistrados desconsideraram regras constitucionais limitadoras do poder estatal, tais como as regras que proibem a prova ilícita, a manutenção da prisão ilegal e o sequestro de verbas públicas fora da hipótese prevista pela Constituição (preterição na ordem de prioridade dos precatórios), numa espécie de sociologismo jurídico ou empirismo fático que, abstraindo a rígida separação entre “ser” e “dever-ser”, faz dissolver a autonomia e a força normativa do Direito positivado frente à decisão judicial.

A ponderação de normas e o principiologismo, manifestações típicas do populismo judicial, possuem sempre objetivos políticos e, por isso, distanciam-se dos escopos da democracia liberal, cujo fundamento pressupõe a migração da filosofia moral para a filosofia política, conforme a tese tentou demonstrar. O compromisso democrático - decorrente de um contrato social (uma convenção) - passa a ser o fundamento de legitimidade do Direito Liberal, em substituição à ingênua busca por uma

verdade objetiva ou metafísica, a qual caracteriza os sistemas iliberais,⁷⁷⁶ com suas soluções *ad hoc* e *contra legem*, a acarretarem nefastas consequências para a previsibilidade, a inteligibilidade, a consistência, a integridade e a coerência do Direito objetivo, visto que as decisões judiciais deixam de ser *programadas* e passam a ser *programantes*.

Isso não significa, porém, que a presente tese tenha adotado, ou reproduzido de modo acrítico, todo o pensamento que permeia o normativismo kelseniano. Compartilhamos de certas críticas que os pós-positivistas, em especial Dworkin e MacCormick, fizeram à arbitrariedade judicial, tida por Kelsen como fenômeno natural e inexorável. Entendemos, ao revés, que o exercício da independência judicial, importantíssima garantia deferida pela Constituição em favor do jurisdicionado (e não em benefício pessoal dos juizes, como pensam alguns), deve conformar-se a certos limites pré-estabelecidos e ser, sempre que os extrapolar, objeto de censura tanto pelos operadores quanto pelos cientistas do Direito, e não naturalizado por eles. Cabe à ciência jurídica desenvolver instrumentos que reduzam ao máximo a presença do arbítrio nas decisões tomadas pelo Judiciário, ao invés de justificá-la como se se tratasse de um evento invencível, dado pela própria natureza das coisas (imagine-se a lei newtoniana da gravitação universal), algo em face do qual nada poderíamos fazer.

Nossa maior objeção a Kelsen, conforme desenvolvemos com vagar no item 3.3, é o fato de o mestre de Viena ter afirmado que, na interpretação de uma norma pelo órgão jurídico encarregado de aplicá-la, pode-se também produzir, para além das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, *uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa*, a qual passaria a consistir, então, em *Direito novo*.

Suponhamos que esse *Direito novo* tenha por base um argumento moral. Este, entretanto, não perderá sua natureza moral só porque foi encetado como fundamento decisório em uma discussão jurídica. Nem tudo o que consta da fundamentação de uma sentença judicial é necessariamente jurídico. Aqui não deve incidir, nem por extensão, a máxima hobbesiana segundo a qual *auctoritas, non veritas, facit legem*. O fato de um fundamento de origem exclusivamente moral ser utilizado pelo juiz não tem o condão de transmutá-lo em fundamento jurídico. Além disso, não parece ser legítimo fazer o direito de alguém depender do que alguém entende ser moral ou imoral – fora a dificuldade que já se demonstrou em medir-se objetivamente a existência de um fundamento moral. A tese deu o exemplo

776 A História é pródiga em dar repugnantes exemplos de como o totalitarismo, ao impor sua ordem autoritária, sempre se aproveita do discurso unificador entre as dimensões legal e ética em sua forma de governar. Hannah Arendt bem lembra o *estado permanente de ilegalidade* do regime nazifascista que vigorou na Alemanha, sob a égide do postulado hitleriano segundo o qual "o Estado total não deve reconhecer qualquer diferença entre a lei e a ética", uma vez que o Direito totalitário do Terceiro *Reich* presume que a lei em vigor é idêntica à ética comum que emana da consciência de todos e é encarnada pelo *Führer*. Tanto é assim, que Arendt observa o fato de que o regime nazista sequer se deu o trabalho de revogar *formalmente* a Constituição de Weimar, pois o seu caráter normativo era *materialmente* ignorado pelo Partido que se apropriou do Estado alemão naquele trágico período. Apenas a vontade do líder é que conta; a lei não passa de um mero subterfúgio retórico, cujo descumprimento pode ser sempre justificado ideologicamente.

de um casal homoafetivo que postule em juízo sua pretensão em adotar uma criança. Sendo a lei silente quanto ao gênero e à orientação sexual dos membros que formam o casal adotante, parece pouco jurídico um argumento que apele para um eventual hiato entre aquela pretensão e os padrões morais então vigentes em sociedade. Por mais que o ideário fomentado pela população brasileira, em sua maioria católica e conservadora, e até mesmo pelo juiz da causa, seja incompatível com aquela pretensão de adoção, o silêncio da lei não pode ser utilizado como se se tratasse de uma omissão a ser livremente colmatada pelo juiz, a partir dos critérios morais que ele entenda vigentes, mas que, na verdade, são apenas dele enquanto pessoa natural, e não enquanto membro oficial do Judiciário, Poder (*rectius*, função, já que o Poder é uno e emana integralmente do povo) formado por um conjunto de órgãos incumbidos de aplicar o Direito vigente.

Por isso, também concluímos ter andado bem a Suprema Corte brasileira ao reconhecer que a Constituição não contempla o ensino familiar (*homeschooling*), conforme exemplo dado no Capítulo 6, item 6.2, já que o texto constitucional não trata deste específico tema, o qual deve ser disciplinado por lei. O STF decidiu, nessa acertada deliberação, que não caberia ao intérprete colmatar as genéricas previsões constitucionais sobre a universalidade da educação com as convicções pessoais de cada Ministro sobre o tema, restando vencido o Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, não por acaso um dos mais ilustres difusores do pós-positivismo no Brasil e da (in)consequente tese de que a moral pode e deve invadir os espaços reservados à lei. Nessa louvável decisão, prevaleceu o Estado de Direito em detrimento de um Estado de Justiça; prevaleceu a autorrestrição judicial em detrimento de um ativismo demagógico e moralista; prevaleceu a Separação entre os Poderes em detrimento de um Judiciário que legisla, governa e, ao mesmo tempo, julga e executa; prevaleceu a legalidade democrática em detrimento de um “governo dos homens” (*rule of men*); prevaleceu, enfim, a democracia em detrimento de uma aristocracia judiciária expansionista e de uma concepção elitista de Estado.

Deixando vencido o Relator, para quem “o Rei” (no caso, “a Constituição”) “estava muito bem vestido” (no caso, “previa cláusulas, ainda que implícitas, sobre o ensino domiciliar”), coube ao Plenário do STF afirmar, como a criança do conto de Hans Christian Andersen, em alto e bom som: o Rei está nu! Ao invés de deixar-se ludibriar pela seduzente história da *Roupa Nova do Rei*, tão contada e recontada como verdade absoluta pelos pós-positivistas, em geral, e pelos neoconstitucionalistas, em especial, a Suprema Corte teve coragem, tal qual o inocente infante do conto dinamarquês, para dizer que não há dispositivo na Constituição brasileira, por mais prolixa que ela seja, que lastreie a solução

engendrada pelo Relator, por mais vanguardistas e sofisticadas que sejam as teorias⁷⁷⁷ a embasá-la. Portanto, assim como não havia qualquer indumentária real, inexistente comando constitucional que obrigue o Estado brasileiro a regulamentar o *homeschooling*. Em suma, por mais abrangente que seja o texto constitucional, deve-se ter a ousadia de dizer que nem tudo está na Constituição. Foi isso o que o Supremo fez nesse louvável precedente firmado em prol do *rule of law*.

Tratando-se de um conceito mais formal que material ou substancial – já que ele não se refere a conteúdos específicos, senão ao modo pelo qual esses são criados e interpretados -, o *rule of law* assenta-se em cinco grandes princípios, que traçam predicados sobre como o Direito deve ser, quais sejam: 1) inteligível (razoavelmente claro); 2) estável (não suscetível a mudanças constantes nem arbitrarias); 3) transparente (disponível publicamente); 4) geral (isonômico); e 5) irretroativo (aplicado prospectivamente, e não retroativamente). As premissas dessa classificação constam do Capítulo 6, item 6.3, e foram em parte desenvolvidas a partir do pensamento de Joseph Raz, cuja sobriedade aproveitamos o ensejo para também aqui enaltecer, a título conclusivo, dadas as inestimáveis contribuições oferecidas à Filosofia do Direito, em geral, e à presente tese, em particular, por esse eminente jusfilósofo que nos deixou ano passado. Dos contributos trazidos pelo *positivismo excludente* de Raz, o que mais impacta a conclusão do presente trabalho é a *tese das fontes*, segundo a qual uma teoria do Direito somente conseguiria definir o seu objeto se, para tanto, não precisasse recorrer a categorias metafísicas, mas se centrasse apenas e tão-somente na exteriorização do comportamento humano, tal como captado pelas *fontes sociais*⁷⁷⁸ e depois convertido em preceitos jurídicos. Concordamos com Raz na premissa de que as normas jurídicas devem ser deduzidas de proposições normativas, e não de argumentos morais, embora não reneguemos a contribuição teórica também trazida pelo *positivismo inclusivo*, ao incorporar certos princípios no fenômeno jurídico. Na prática, porém, temos que admitir que quase todos os princípios que costumavam ser defendidos pelo

777 Há, com efeito, uma enorme e incontornável contradição entre a metodologia pós-positivista, sempre subjacente a tais teorias e pautada na razão prática de viés argumentativo, e a metodologia que subjaz ao Direito brasileiro tradicional, pautada ainda no normativismo e na interpretação. Vê-se aí a flagrante incoerência metodológica da tentativa pós-positivista de implantar-se no sistema judicial brasileiro um modelo de “Direito como ideal de Justiça”, bem como a de conjugar-se o dever de obediência às leis com a noção de *Estado de Justiça*. Se assumirmos que obedecer às leis é algo incompatível com o sentimento de justiça – e que este deve, assim, prevalecer em detrimento da legalidade democrática -, então seremos obrigados a concluir, sem qualquer juízo de valor, que o sistema jurídico brasileiro deve ser radicalmente reformulado. E tal reformulação deverá dar-se, inclusive, mediante a ruptura total da atual ordem constitucional e a substituição do modelo de Estado Democrático de Direito, nela contemplado, por algum outro modelo, quem sabe um Estado de Justiça ou congênere, cuja burocracia não se pautará mais pelo primado das leis democraticamente aprovadas, mas sim - e exclusivamente - pelos desejos dominantes da casta da magistratura. Temos que decidir se seguiremos em frente sob a égide de um sistema pautado na lei, ou se, ao contrário, inauguraremos uma “nova” era que nos reconduza ao absolutismo judicial de um *Ancien Régime* pós-moderno. A decisão que deverá ser tomada por todos nós é entre duas opções claras e irreconciliáveis: ou prosseguiremos em frente sob a proteção de um regime democrático de legalidade, ou retrocederemos rumo a uma aristocracia moral e de feições judiciárias, renunciando, por conseguinte, aos avanços civilizatórios conquistados há mais de dois séculos.

778 O fato de serem captadas por fontes sociais, porém, não transforma todas as dimensões do comportamento humano em *preceitos jurídicos*. E o mesmo se diz dos *valores sociais*. Conforme esclarecemos no Capítulo 7, item 7.5, as *normas jurídicas* em geral, consoante Habermas, têm natureza *deontológica*. Já os demais *valores sociais*, enquanto não transformados em Direito pelas instituições para tanto legitimadas, possuem apenas um sentido *teleológico*, o que implica afirmar que as *normas válidas* obrigam indistintamente a todos os destinatários, ao passo que os *valores* cultivados por certas pessoas ou grupos de pessoas apenas retratam certas relações de preferência, em maior ou menor grau - a depender da pessoa ou do grupo social que os cultivam -, sendo desprovidos dos traços de obrigatoriedade, universalidade, codificação binária e logicidade sistêmica que caracterizam os *preceitos jurídicos*. Urge evitar-se, portanto, que todo e qualquer valor social *latu sensu* seja confundido pelo intérprete com uma norma jurídica *stricto sensu*.

jusnaturalismo, acabaram sendo positivados pela maior parte dos ordenamentos contemporâneos, com pronunciado destaque para o direito positivo brasileiro, de sorte que hoje questionamos, à guisa de conclusão, a utilidade dessa vertente *soft* ou *includente* do positivismo, capitaneada sobretudo por Hart, de quem Raz foi o aluno incumbido de editar o célebre *pós-escrito* de *O Conceito de Direito*, com vistas a rebater as críticas feitas por Dworkin e outros pós-positivistas.

Criações judiciais do Direito operadas apenas a partir argumentos morais ou de fatos escolhidos pelo intérprete (e não de proposições normativas positivadas que lhes sirvam de suporte subsuntivo), mormente quando contrárias ao que está claramente disposto na lei, podem atentar, de um só golpe, contra essas cinco diretrizes *razianas* ao mesmo tempo. Dentre elas, concluímos que a mais atingida é certamente a última: a exigência de prospectividade do Direito legislado, a repudiar a aplicação retroativa de seus comandos, salvo se *in bonam partem* e sem prejuízos nem custos a terceiros, tal como ocorre, por exemplo, com a observância judicial da lei penal mais benéfica ao imputado ou condenado.

Até mesmo um expoente do pós-positivismo com a estatura intelectual de Dworkin tinha dificuldade de aceitar a criação de normas pelo juiz em frontal contrariedade ao que já estabelecido pelo próprio ramo do Direito positivo que disciplina o tema. Trata-se do princípio dworkiniano da “prioridade local da interpretação”, de acordo com o qual eventuais exceções às regras legais devem ser buscadas primeiramente na própria lei aplicável; em segundo lugar, nas demais leis que regulam aquele ramo do Direito; depois, nas regras e princípios gerais de direito, tais como as que preveem as hipóteses de caso fortuito e força maior; por fim, e só depois de esgotadas as etapas anteriores, em princípios mais abstratos que subsidiem a história e a tradição de cada sistema jurídico. O que nem Dworkin admitia – apesar de seu nome ser recorrentemente citado em decisões que ignoram regras legais explícitas – é que, havendo previsão específica no ordenamento jurídico, o intérprete pule essas etapas e siga diretamente para a última, em busca de máximas metafísicas que possam ser aplicadas a toda e qualquer situação, ao alvedrio do intérprete.

Como sustentado ao longo da tese, o intérprete pode muito, mas não pode tudo. E também aqui na Conclusão voltamos a nos contrapor à afirmação naturalizante de que os únicos limites à determinação de sentidos de um texto legal seriam as pré-compreensões, o contexto histórico e o arbítrio do intérprete.

Comungamos da percuciente análise de Umberto Eco, para quem é perfeitamente possível verificar-se a manifesta incorreção de determinadas interpretações sobre um texto qualquer, conquanto seja impossível dizer-se, abstratamente, qual é a melhor na infinidade de horizontes interpretativos

possíveis. A *intenção transparente do texto* pode, sim, refutar uma interpretação pautada apenas no *interesse do intérprete*, como bem apontado pelo mestre italiano nessa passagem que o item 7.3, do Capítulo 7, contextualizou. Há que deixarmos o texto falar, em vez de querermos falar por ele. A letra da lei não é condicionada pelo juiz, mas sim *condicionante* da resposta a ser dada por ele em um caso concreto. Por mais que a objetividade jurídica não seja de natureza fático-realista ou correspondencialista, ela não deixa só por isso de ser objetiva em um sentido *prudencial*, pois a objetividade prática que preside a interpretação judicial, não dispensa os juizes de atentarem para algo que transcende a sua imaginação; o texto legal faz parte disso, inegavelmente. A prudência que se exige no uso da razão prática não é, portanto, nem puramente especulativa, nem exclusivamente empírica. Essa objetividade prudencial necessita da conjugação de esforços do juiz tanto para a fiel observância de uma realidade fática que lhe é externa quanto para a articulação de recursos retóricos que, em parte, são próprios de cada autoridade judicante, na medida em que dependem de sua formação jurídica e da forma como esta é internalizada, mas também, em parte, de uma série de outros fatores pessoais, que de toda sorte nunca deixam de ser influenciados pelas circunstâncias históricas, econômicas, geográficas, políticas e culturais às quais toda e qualquer pessoa está sujeita.

Caminhando-se para o desfecho dessa conclusão, não poderíamos nos furtar a oferecer uma modesta contribuição - ou, ao menos, um esboço dela - para o problema da falta de objetividade na interpretação jurídica. Trata-se de uma contribuição bifronte, a atacar o problema, portanto, a partir de duas frentes.

A primeira dimensão dessa proposta teórica bivalente é constituída pela *Legística*, que foi abordada nos Capítulos 6 e 7, enquanto instrumento de legitimação das decisões judiciais pela correção de forma e de conteúdo das proposições normativas que embasam o ato decisório. Trata-se de um mínimo necessário, porém insuficiente, para mitigar-se o problema da indeterminação dos textos normativos, já que necessita aliar-se a outros instrumentos.

Já a segunda dimensão dessa proposta teórica bivalente, complementar à primeira, passa por uma *abordagem institucional*, já que até mesmo o método de interpretação a ser priorizado pelos tribunais dependerá do grau de familiaridade que o órgão interpretante detém sobre o tema. Tal abordagem institucional, como visto no Capítulo 7, item 7.4, tem como premissa o fato de que os juizes não são perfeitos. A partir dessa premissa, as teorias dos diálogos e das capacidades institucionais passam a incorporar aspectos empíricos que quase nunca são considerados pelo formalismo jurídico, abstrato por natureza que é. Nesse diapasão, começa a haver uma mobilização no sentido de exortar os juizes a prestarem maior reverência às decisões dos órgãos técnicos, tais como

as agências reguladoras, atribuindo-se às suas deliberações uma presunção de legitimidade, até que haja provas substanciais em sentido contrário, em especial no que tange às manifestações da discricionariedade técnica a cargo das agências competentes. Isso vale para os entes e órgãos administrativos do Executivo, mas não apenas para eles. Até mesmo as deliberações adotadas pelo Legislativo, dentro das suas competências constitucionais, devem ser objeto de deferência pelo Judiciário, cujos membros devem evitar, por exemplo, o recurso a elementos técnicos oferecidos pela Legística para pronunciar, apenas por essa razão, a inconstitucionalidade de uma lei cuja estética redacional não seja da predileção judicial.⁷⁷⁹ Ao prestar reverência à *expertise* dos demais Poderes, o Judiciário passa a respeitar as capacidades institucionais dos demais órgãos envolvidos na controvérsia que lhe foi submetida.

O Judiciário deve ter compreensão de suas limitações em certas hipóteses e agir a partir dessa tomada de consciência, sob pena de trazer ainda mais instabilidade para os conflitos de interesses que desaguam diariamente nas barras de seus já sobrecarregados tribunais. Em suma, o Judiciário não pode agir como se detivesse o monopólio do conhecimento. Em matéria de saúde pública, por exemplo, na qual os juízes costumam ser leigos, tanto no que diz respeito ao mérito dos tratamentos/medicamentos pleiteados, quanto no que tange aos impactos sistêmicos de suas decisões nos orçamentos e na ordem administrativa dos entes públicos envolvidos, a falta de *expertise* dos agentes decisórios já gerou e segue gerando, ao longo de anos, prejuízos trilionários ao Estado brasileiro, além de inviabilizar, em diversas unidades federativas, o próprio funcionamento do Sistema Único de Saúde para quem não seja beneficiário de uma decisão judicial. Antes de o STF definir certos parâmetros em matéria de judicialização da saúde pública, inúmeros tratamentos experimentais caríssimos e sem qualquer comprovação científica, inclusive fornecidos em países estrangeiros, como Cuba, foram custeados pela União por força de decisões judiciais manifestamente ilegais, não trazendo, em contrapartida, qualquer benefício aos pacientes por elas contemplados.

Por isso, ainda tendo por frente uma abordagem institucional, outra ferramenta teórica que promete trazer bons frutos à segurança jurídica, é a metodologia interpretativa que Scott Shapiro nomeia “distribuição de confiança” (*economy of trust*), como visto no Capítulo 6, item 6.3, e no Capítulo 7, item 7.4. Segundo ela, a interpretação do Direito deve ser vista como a interpretação dos *planos institucionais* dos órgãos competentes e ostentar, em consequência, uma supremacia teórica em relação às interpretações dos *planos individuais* dos agentes julgadores, tudo dentro de uma lógica de compartilhamento do planejamento social, em que cada agente dispõe de um grau de confiança

⁷⁷⁹ No Capítulo 7 demos como exemplo uma decisão do STF que deixou de aplicar uma lei, reputando-a inconstitucional, apenas porque ela padecia de defeitos de redação.

que é lhe conferido pelo próprio sistema, segundo as atribuições a si outorgadas pelos idealizadores desse mesmo sistema. O objetivo final dessa abordagem interpretativa planejada, que Shapiro chama de *Planning Theory of Law*, é permitir que as pessoas consigam planejar as suas vidas e desenvolver em plenitude as suas autonomias, sem serem surpreendidas por eventos cujos riscos de ocorrência e modos de saneamento não estejam sequer previstos naqueles planos institucionais compartilhados.

Nenhuma ferramenta, porém, será por si só milagrosa. Um trabalho que se pretenda científico, jamais ousaria vender panaceias. Esperamos que a lição a ser haurida do trabalho que se acaba de concluir, entretanto, seja no sentido de se resgatar o garantismo processual e de se desmistificarem alguns dos modismos que assolaram o Direito brasileiro, os quais, desidratando institutos de garantia do jurisdicionado, deram causa a um expansionismo judicial sem *precedentes* (com o perdão do trocadilho), ora motivado por argumentos econômicos, ora por teses moralistas, mas sempre a serviço de determinada ideologia.

Em uma palavra final, entendemos que as normas processuais, enquanto última garantia do jurisdicionado em face de alegada ilegalidade ou suposto abuso de poder, não podem ser instrumentalizadas, seja por força das inclinações ideológicas de quem decide, seja por razões de natureza econômica (de acordo com a sua maior ou menor utilidade para o sistema capitalista, que, ao final e ao cabo, acabaria se tornando, assim, o juiz de fato dessas garantias). Concluímos, destarte, que, se o *processo* é garantia em prol do jurisdicionado e a *jurisdição* é poder, a função jurisdicional só será legitimamente exercida quando a sua prestação se der em estrita conformidade com os direitos e garantias estabelecidos tanto no plano constitucional, tais como o devido processo e seus corolários (ampla defesa, contraditório, juiz natural, inadmissibilidade de provas ilícitas, exigência de fundamentação das decisões judiciais, etc.), quanto no plano infraconstitucional da lei, sem as flexibilizações que o presente trabalho esmerou-se em condenar. Em matéria de garantias, não há espaço para negociações entre o Direito, a Moral e a Economia, sob pena de predatismo do primeiro pelas últimas. Cabe ao Estado-juiz ser ortodoxo nesse ponto e não admitir temperamentos que fragilizem o estatuto de garantias colocado pelo próprio Estado à disposição dos jurisdicionados, preservando-se, assim, a coerência, a estabilidade, a isonomia e a integridade que se esperam de qualquer sistema judicial digno de respeito e confiança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ACKERMAN, Bruce (2010). "Good-bye, Montesquieu". *In: Comparative Administrative Law*. Cheltenham (UK) / Northampton (USA): Edward Elgar, 2010, pp. 128-133.

ADELMAN, Lynn. **The Roberts Court's Assault on Democracy** (February 18, 2020). Cambridge: Harvard Law & Policy Review, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3540318>. Acesso em 17/03/2020.

ADEODATO, João Maurício. "Uma crítica retórica à retórica de Aristóteles". *In: A retórica de Aristóteles e o direito: bases clássicas para um grupo de pesquisa em retórica jurídica / João Maurício Adeodato (org.) – 1ª. ed. - Curitiba: CRV, 2014.*

ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Analisis Logico y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 619-621.

ALEXY, Robert. "Direitos e liberdades como conceito". *In: Revista da AGU*, Brasília-DF, vol. 20, nº 01, jan./mar.2021, pp. 21-44.

_____. "Balancing, constitutional review, and representation". *In: International Journal of Constitutional Law*. V. 3, n. 4. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. "Formal principles: some replies to critics". *In: International Journal of Constitutional Law*, v. 12, l, n. 3, 2014, pp. 511-524.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. "Fundamentação de normas e aplicação de normas". *In: ALEXY, Robert. Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. “Prefácio”. *In*: ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. 4ª ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”. *In*: ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

ALVIM, Teresa Arruda. “Legislativo e Judiciário criando, juntos, pautas de conduta para a sociedade. Quais os limites do papel do juiz?”. Artigo publicado em 21.05.2021 na Revista Eletrônica **Migalhas**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/345873/legislativo-e-judiciario-criando-pautas-de-conduta-para-a-sociedade?U=04C921E0FA7A&utm_source=informativo&utm_medium=1700&utm_campaign=1700. Acesso em 20/04/2022.

AMADO, Juan Antonio García. “É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen?”. *In* Revista da **EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, maio-agosto, 2019, pp. 52-118.

_____. Palestra intitulada “O fim da ponderação e o retorno ao positivismo jurídico”, proferida no evento realizado em 18/11/2021 pelo Fórum Nacional dos Centros de Estudos e Escolas das Procuradorias-Gerais dos Estados (FONACE) e transmitido ao vivo pela plataforma YouTube (disponível em <https://m.youtube.com/watch?v=10S4VOrGSwl>).

_____. **Teorias da la topica jurídica**. Madrid: Editorial Civitas S. A., 1988.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação, crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

ANDRADE, Flávio Da Silva. “A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos”. *In* **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 5, n. 1, p. 507, 2019.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Noções Elementares de Processo Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTOTELES. **Metafísica**. São Paulo: Loyola, 2002.

ARISTOTLE. Rhetoric. I, 1, 1355b. **The works of Aristotle**. Trad. W. Rhys Roberts. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990.

ATIENZA, Manuel. **Sobre la dignidad humana**. Madrid: Trotta, 2022.

_____. “Una apología del derecho”. In **Una apología del derecho y otros ensayos**. Madrid: Trotta, 2020.

_____. **O Direito como Argumentação**. Trad. Eduardo Moreira e extraído da Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, volume 1, nº 4, maio de 2010.

AUSTIN, John L. **How to do things with words**. 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.

BAGO, Bence; DE NEYS, Wim. “The Smart System 1: evidence for the intuitive nature of correct responding on the bat-and-ball problem”. In **Thinking and Reasoning**, v. 25, n. 3, pp. 257-299, 2019.

BARBOSA, Rui. “O júri e a independência da magistratura”. In **Obras Completas**, Vol. XXIII (1896), Tomo III. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976.

BARCELLOS, Ana Paula de; SOUZA, Fábio; MELLO, Humberto Laport de; *et al.* “Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável”. In: **Revista de Direito GV**, 13 (2) – Ago/2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201718>. Acesso em 04.05.2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **Sem *data venia*: um olhar sobre o Brasil e o mundo**. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

_____. **Constitucionalismo Democrático**: a ideologia vitoriosa do século XX. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019.

_____. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, n. especial, 2015, pp. 23-50.

_____. BARROSO, Luís Roberto. (2005). “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, pp. 1–42. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. Acesso em 05.10.2022.

_____. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. In BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATEUP, Christine. “The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue”. In: **Brooklyn Law Review**, vol. 71, n. 3, 2006, pp. 1109-1180. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>. Acesso em 21/03/2023.

BENTHAM, Jeremy. “*Anarchical Fallacies*”. In **The works of Jeremy Bentham**. Edinburgh: John Bowring ed., 1843.

BETTI, Emilio. **Teoria Generale della Interpretazione**, Tomo I, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955.

_____. **Teoria Generale della Interpretazione**, Tomo II. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1990.

BICKEL, Alexander M. **Supreme Court and the idea of progress**. New Haven: Yale University Press, 1970.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BRAMAN, Eileen. "Cognition in the Courts". *In*: EPSTEIN, Lee; LINDQUIST, Stefanie A. (orgs.). **The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior**, 1ª. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 283-507.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. "Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial". *In*: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André; e PAULA, Daniel Giotti de (orgs). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, pp. 387-402.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. Palestra intitulada "Pensamento, sentimento e consciência como categorias constitucionais", proferida em 23.09.2011, no programa *Diálogos com o Supremo*, promovido pela **FGV Direito Rio**, com o apoio da Escola da Magistratura do Estado do Rio (EMERJ). Disponível em <https://portal.fgv.br/en/node/9317>. Acesso em 12.03.2022.

BRUM, Guilherme Valle. "Réquiem para o livre convencimento motivado". *In*: Revista Eletrônica **Empório do Direito** (2016). Disponível em: <https://emporiოდireito.com.br/leitura/requiem-para-o-livre-convencimento-motivado>. Acesso em 10/05/2023.

BULYGUN, Eugenio. "Sentencia judicial y creación de derecho". *In*: BULYGIN, Eugenio; ALCHOURRÓN, Carlos. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 355-369.

BUSTAMANTE, Thomas; MEYER, Emilio. "Luís Roberto Barroso's Theory of Constitutional Adjudication: A Philosophical Reply". *In*: **American Journal of Comparative Law**, vol. 22, pp. 535-558, 2022.

BUSTAMANTE, Thomas. "A Triste História do Juiz que Acreditava Ser Hércules". *In*: **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**, vol. 2, 2ª. ed. (coord. por José Emilio Medauar Ommati). Belo Horizonte: Conhecimento Editora, pp. 387-424, 2021.

_____. “Comment on Petroski – On MacCormick’s Post-Positivism”. In **German Law Journal: Review of Developments in German, European and International Jurisprudence**. Vol. 12, nº 02, 2011, pp. 693-728.

_____. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

BUZSÁKI, György. **The Brain from Inside Out**. New York: Oxford University Press, 2019.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo - Vol. II** – 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1980.

CALABRESI, Guido. **A Common Law for the Age of Statutes**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

CALHEIROS, Maria Clara. **A crítica aos Direitos do Homem. Notas à luz das Anarchical Fallacies de Jeremy Bentham**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2015.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. “Postpositivismo”. In **Doxa** 21, I, 1998, pp. 209-220. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1998-v1-n21-postpositivismo>. Acesso em 15.03.2022.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo de. “Dimensões da Autorrestrrição judicial”. In: LEITE, G. S.; STRECK, L.; NERY JR., N. **Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 239-258.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. “Os impulsos modernos para uma teoria da legislação”. In: **Cadernos de Ciência da Legislação**, n. 1, abr.- jun. 1991, pp. 7-14.

CAO, Siying. “Quantifying Economic Reasoning in Court: judge economics sophistication and pro-business orientation”. Estudo publicado em 28.11.2020. Disponível em: https://www.econ.cuhk.edu.hk/econ/images/content/news_event/seminars/2020-21_2ndTerm/JMP_CaoSiying.pdf. Acesso em 30.04.2022.

CAPPELLETTI, Mauro. “*The doctrine of stare decisis and the civil law: a fundamental difference – or no difference at all?*”. In: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen; *et al.* **Civil litigation in comparative context**. New York: New York University School of Law, 2017, pp. 215-220.

_____. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins e. “Julgamento e tomada de decisões no direito”. In **Julgamento e Tomada de Decisão**. São Paulo: Pearson, 2018.

CARDOZO, Benjamin N. **The nature of the judicial process**. New Haven: Yale University Press, 1921.

CASANOVA, Pompeu. “*El realismo jurídico norteamericano*”. In **El ámbito de lo jurídico**. Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (eds.). Barcelona: Editorial Crítica, 2000.

CASTRO Jr., Torquato. “Influência da Pandectística no Código Civil Brasileiro”. In: **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro** (RIHGB). Rio de Janeiro, v. 473, pp. 91-104, jan./mar. 2017.

CAUPERS, João; COSTA, Joana Fernandes. “40 anos do Código Penal – apontamentos sobre o princípio da legalidade penal na jurisprudência do Tribunal Constitucional” (2022). In: **De Legibus**, nº 4, Edição Especial – Estudos comemorativos dos 40 anos do Código Penal. Lisboa: Revista de Direito da Universidade Lusófona, dezembro de 2022, pp. 25-38, p. 25. Disponível em: <https://doi.org/10.24140/dlb.vi4.9024>. Acesso em 04/10/2023.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. “Legística: o que o Brasil tem a aprender com os demais países lusófonos”. Artigo publicado em 09/05/2023 na Revista Eletrônico Consultor Jurídico – **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-09/fabrica-leis-legistica-temos-aprender-demais-paises-lusofonos>. Acesso em 12/05/2023.

CHASTENET, Patrick. «Des normes et du pouvoir politique : quelques réflexions de base». In **Cahiers Jean Moulin** [En ligne], nº6, 2021. Disponível em: <http://publications-prairial.fr/cjm/index.php?id=1018>. Acesso em 11.04.2022.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Luiz Fernando. “Jurisprudência dos Valores”. In: **Polis**, vol. III. Lisboa: Verbo, 1985, pp. 897-903.

_____. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COENDET, Thomas. “*Legal Reasoning: Arguments from Comparison*”. In **Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie**, nº 102, 2016, pp. 476–507.

COHEN, Adam. **Supreme Inequality: The Supreme Court’s Fifty-year battle for a more unjust America**. New York: Penguin Press, 2020.

COLEMAN, Jules Leslie; LEITER, Brian. “Determinação, objetividade e autoridade” (cap. 7, pp. 303-419). //: **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del “giusto processo”**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

CONRADO, Paulo Cesar; GOMES, Daniel de Paiva. “Processo administrativo, judicial e de execução fiscal no século XXI: pontos de estrangulamento do sistema tributário sobre os quais pequenos reparos legislativos poderiam atuar”. Artigo publicado, em 28.01.2022, na Revista Eletrônica **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/processo-administrativo-judicial-e-de-execucao-fiscal-no-seculo-xxi-28012021>. Acesso em 20.02.2022.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese de doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2008.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: JusPodivm, 2018.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA, Rafael de Oliveira. “O papel da legística na (re)legitimação das decisões judiciais e no equilíbrio da função juspolítica pelos tribunais”. //: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 61, 2016, pp. 69-84.

COUTINHO, Francisco Pereira. “Os Juizes Portugueses e o Reenvio Prejudicial”. //: **20 Anos de Jurisprudência da União sobre Casos Portugueses: o que fica do diálogo entre os juizes**

portugueses e o Tribunal de Justiça da União Europeia / DUARTE, M. L.; FERNANDES, L.; COUTINHO, F. P. (coords.). Lisboa: Instituto Diplomático, 2011, pp. 13-52.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Trad. Mozart Víctor Russomano. Rio de Janeiro: Editor José Konfino, 1951.

CROSS, Rupert; HARRIS, Jim W. **Precedent in English Law**. 4th edition. Oxford: Clarendon Press, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. “A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro”. *In* **Revista de Processo**, v. 233, jul-2014, pp. 65-84.

CUNHA, Paulo Ferreira da. “Ter Razão por Último: breves notas sobre ter razão na justiça e a Justiça Constitucional Portuguesa”. *In* Revista **Scientia Iuridica** – ISSN 0870-8185 - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXIX, N.º 352, Janeiro/Abril de 2020, pp. 103-123.

CUKIER, Kenneth; MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; VÉRICOURT, Francis de. **Framers: Human Advantage in an Age of Turmoil**. New York: Penguin Random House LLC, 2021.

D'ALMEIDA, Luís Duarte. “On the Legal Syllogism”. *In*: D. Plunkett, S. Shapiro and K. Toh (eds). **Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence**. New York: Oxford University Press, 2019. 39p. Disponível em: https://www.academia.edu/38509295/On_the_legal_syllogism. Acesso em 11.01.2022.

DERRIDA, Jacques. **Positions**. Trans. by Alan Bass. London: Athlone, 1981.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro”. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos Estruturais**. 3^a ed. Salvador: Juspodium, 2021, pp. 423-461.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo; Método, 2006, p. 258.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. “A decisão judicial”. *In* **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, 2000, pp. 24-42.

DUSSOUY, Gérard. **Le Pragmatisme – Outil d'Analyse d'un Monde Complexe**. Paris : Avatar Éditions, 2021.

DWORKIN, Ronald. ***Justice for hedgehogs***. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Law's Empire**. Cambridge: Belknap, 1986.

_____. **A Matter of Principle**. Cambridge: Belknap, 1985.

ECO, Umberto. **Os Limites da Interpretação**. Trad. José Colaço Barreiros. Lisboa: Difel, 1992.

_____. **Kant e o Ornitorrinco**. Trad. José Colaço Barreiros. Algés: Difel, 1999.

ELY, John Hart. ***Democracy and distrust: a theory of judicial review***. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The Behavior of Federal Judges: a theoretical and empirical study of rational choice**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

ESCUADERO, José Antonio. **Historia del derecho: historiografía y problemas**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1988.

EVANS, Jonathan St B.T.; STANOVICH, Keith E. “Dual-Process Theories of Higher Cognition: Advancing the Debate”. In **Perspectives on Psychological Science**, v. 8, n. 3, pp. 223-241, 2013.

FARIA, José Eduardo. “O Supremo e o labor hermenêutico”. Artigo publicado no **Jota** em 16/01/2020. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-supremo-e-o-labor-hermeneutico-16012020>. Acesso em 19/01/2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2016.

_____. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 3ª. Edição, 1998.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **A função social da dogmática jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **A ciência do direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. “Hans Kelsen, um divisor de águas 1881-1981”. *In* **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 03, n. 04. Florianópolis: Editora da UFSC, pp. 133-138, 1982.

_____. Palestra proferida no evento *on line* intitulado “Olhares da Filosofia e Sociologia do Direito sobre o Ativismo Judicial”, organizado pelo FONACE e ocorrido em 12/11/2020 Disponível em: <https://m.youtube.com/watch?fbclid=IwAR07Dirzl-OffO-3sOCiVGNhdvJu38tCqDFyShFASZYVA7stBz7gClikFal&feature=youtu.be&v=AY8GuMWOgww>. Acesso em 20/05/2022.

FERRIERE, Hervé; HAKIM, Nader; MATHIS, Charles-François. « *Introduction : Quelles natures pour quelles normes ?* ». *In*: **La nature comme norme**. Clio@Themis, vol. 20, 2021, pp. 3-4. Disponível em: <https://publications-prairial.fr/cliothemis/index.php?id=1234>. Acesso em 11/05/2023.

FIGUEROA, Alfonso García. Uma Primeira Aproximação da Teoria da Argumentação Jurídica. *In* “**Argumentación en el Derecho**”. 2ª ed. Peru: Palestra, 2005, pp. 49-101.

FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FISS, Owen M. “Death of the Law”, 72. Ithaca: **Cornell Law Review**, 1986. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol72/iss1/1> Acesso em 05.03.2020.

FRATE, Paolo Alvazzi del. « Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789 ». *In*: **Revue historique de droit français et étranger**. Vol. 86, n. 2 (avril-juin 2008), pp. 253-262.

FREI, Charlotte. **Tradução e recepção literárias: o projecto do tradutor**. Braga: Universidade do Minho - Centro de Estudos Humanísticos, 2002.

FREITAS Filho, Roberto. “O juiz ‘herói’ não é um bom juiz”. Artigo publicado na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico** em 07.01.2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-07/roberto-freitas-filho-juiz-heroi-nao-bom-juiz>. Acesso em 17.01.2022.

FREUD, Sigmund. **Introdução ao narcisismo**: ensaios de metapsicologia e outros textos (1914-1916). Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

FULLER, Lon L. “The Forms and Limits of Adjudication”. *In*: **Harvard Law Review**, vol. 92, 1978, pp. 353-409.

_____. **The Morality of Law**. New Haven: Yale University Press, 2ª ed., 1969.

_____. “*Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*”. *In*: **Harvard Law Review**, vol. 71, n.º 4, 1958, pp. 630-672.

FURGESON, Joshua R.; BABCOCK, Linda; SHANE, Peter M. “*Behind the mask of method: Political orientation and constitutional interpretive preferences*”. *In* **Law and Human Behavior**, v. 32, n. 6, pp. 499-516, 2008.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. “Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito”. *In*: **Revista de Processo**. Vol. 269, ano 42. São Paulo: RT, julho/2017, pp. 421-432.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC”. *In*: Revista Eletrônica **GenJurídico** (2015). Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/04/06/livre-convencimento-motivado-cpc/>. Acesso em 10/05/2023.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen”. *In*: **Revista da EMERJ** (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), v. 21, n. 2, Maio-Agosto, 2019, pp. 52-118.

_____. **Teorias da la topica jurídica**. Madrid: Editorial Civitas S. A., 1988.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas**. Madrid: Civitas, 1999.

_____. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Tecnos, 1982.

GÉNY, François. **Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique**. Tome 2. Paris: LGDJ Lextenso éditions, 2016.

GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Oxford University Press, 2008.

GIORGI, Raffaele de. Palestra proferida no evento *on line* intitulado “Olhares da Filosofia e Sociologia do Direito sobre o Ativismo Judicial”, organizado pelo FONACE e ocorrido em 12/11/2020 Disponível em: <https://m.youtube.com/watch?fbclid=IwAR07DIrzi-OffO-3sOCiVGNhdvJu38tCqDFyShFASZYVA7stBz7gClikFal&feature=youtu.be&v=AY8GuMWOgww>. Acesso em 20/14/2022.

GIUDICELLI, Julien. “A ilusão representativa”. Trad. Murilo Strätz. *In Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ* (ISSN 2595-0630), v. 5, n. 1, jan./abr. 2022, pp. 1-24. Disponível em: <https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/286/210>. Acesso em 05.05.2022.

GLANERT, Simone. “*Method?*”. In Pier Giuseppe Monateri (Org.), **Methods of Comparative Law**, Elgar, Cheltenham, Northampton, 2012, pp. 61-81.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “O Positivismo Jurídico”, de Norberto Bobbio”. Artigo publicado em 14.11.2021 na Revista Eletrônica Consultor Jurídico – **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-14/embargos-culturais-notas-positivismo-juridico-norberto-bobbio>. Acesso em 15.03.2022.

_____. “Quem diz a lei? *Juízes, legisladores e professores*, de R. C. van Caenegem”. Artigo publicado em 25.04.2021 na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-25/embargos-culturais-juizes-legisladores-professores-van-caenegem>. Acesso em 04.02.2022).

_____. “O realismo jurídico norte-americano é intrigante”. Artigo publicado 15.07.2012 na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-jul-15/embargos-culturais-realismo-juridico-norte-americano-intrigante> Acesso em 18/01/2021.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese de doutoramento: Curitiba, 2015, pp. 108-112. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>. Acesso em 20/03/2023.

GRAU, Eros Roberto. “Interpretação do Direito”. //: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**, vol. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GREENE, Joshua David. **Tribos morais: a tragédia da moralidade do senso comum**. Trad. Alessandra Bonruquer. Rio de Janeiro: Record, 2018.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

_____. “Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica”. Trad. Leonel Cesarino Pessoa. //: **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, n. 6, 2000, pp. 85-102.

_____. “Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas”. //: **European Journal of Philosophy**. Essex: Blackwell Publishers. v. 3. n. 1. abr./1995.

_____. « Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale ». Trad. Hervé Pourtois. //: **Archives de Philosophie du Droit**. Vol. 37. Paris : Sirey, 1992, pp. 269-302.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Haidt, J.; Bjorklund, F. “*Social Intuitionists Answer Six Questions about Moral Psychology*”. //: SINNOTT-ARMSTRONG, W. (Ed.). **Moral psychology**. Cambridge: The MIT Press, 2008, pp. 181-217.

HARRIS, Allison P.; SEN, Maya. “Bias and Judging”. //: **Annual Review of Political Science**, v. 22, 2019, pp. 241-259.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____. “American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream”. //: HART, Herbert L. A., **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Clarendon, 1983, pp. 123-144.

_____. “Positivism and the Separation of Law and Morals”. //: **Harvard Law Review**, vol. 71, n.º 4, 1958, pp. 593-629.

HEALY, Thomas. “Stare Decisis as a constitutional requirement”. //: **West Virginia Law Review**, vol. 104, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006.

_____. “O que é Metafísica?” //: **Conferências e escritos filosóficos**. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979, pp. 35-44.

HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina, 2012.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press. 2007.

HORBACH, Carlos Bastide. “A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos”. //: **Revista dos Tribunais**, vol. 859, maio-2007, pp. 81-91.

HORTA, Denise Alves. “Obra de arte e sentença: a expressão do *sentire* do artista e do juiz”. //: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 45, n. 75, jan./jun.2007, pp. 163-172.

HORTA, Ricardo Lins; COSTA, Alexandre Araújo. “Desafios da Agenda de Pesquisa Empírica em Psicologia da Tomada de Decisão Judicial no Brasil”. //: **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 7, n. 3, p. 76-110, 2020.

HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. 2ª ed. Trad. Débora Danowski. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

IRTI, Natalino. « *Natura e 'artificialità' del diritto* ». *In: L'uso giuridico della natura*. Laterza, 2013, pp. 1-27. Trad. de Roma-Bari. Clio@Themis. Disponível em: <https://publications-prairial.fr/cliothemis/index.php?id=1302#tocfrom1n2>. Acesso em 11/05/2023.

ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. **O conceito de Direito em Pontes de Miranda**. Florianópolis: UFSC, 1994.

JESTAEDT, Matthias. "The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses". *In: KLATT, Matthias. (Ed.). Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

JHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. Fernando Luso Soares. Lisboa: Cosmos, 1992.

JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. "Ativismo judicial e suas múltiplas definições". *In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 15, Vol. 22, nº 3, set./dez.2021, pp. 710-731. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2021.62269>. Acesso em 11/05/2023.

JUSTO, António dos Santos. **Nótulas de história do pensamento jurídico (história do direito)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Noise: a flaw in human judgement**. London: William Collins, 2021.

KALINOWSKI, Georges. L'interprétation du droit : ses règles juridiques et logiques. *In: APD*, nº 30, Paris. 1985, pp. 171-180.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Manuel Pires Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KAY, John; KING, Mervyn. **Radical Uncertainty: Decision-Making Beyond the Numbers**. New York: W. W. Norton & Company, 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. ¿Por qué obedecer al Derecho?. *In: KELSEN, Hans. ¿Qué es justicia?*. Barcelona: Ariel, 1991, pp. 183-193.

_____. “*Los juicios de valor en la ciencia del Derecho*”. In: KELSEN, Hans. **¿Qué es justicia?**. Barcelona: Ariel, 1991.

_____. “A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)”. In **Direito Público**, nº 1, julho-setembro/2003 - Doutrina estrangeira, pp. 90-130, p. 119. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/233835928.pdf>. Acesso em 30/03/2021. Acesso em 15.02.2022.

_____. “Why should the Law be obeyed?”. In **What is justice: Justice, law, and politics in the mirror of science**. Collected Essays. Los Angeles: University of California Press, 1960, pp. 257–265.

KMIEC, Keenan D. “The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’ ”. In: **California Law Review**, Vol. 92, nº. 5 (Oct./2004), pp. 1441-1477.

KRIELE, Martin. “*Il precedente nell’ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano*”. Trad. G. Zaccaria. In: **La sentenza in Europa : metodo, tecnica e stile**. Padova: Cedam, 1988.

KUNDA, Ziva. “*The Case for Motivated Reasoning*”. In **Psychological Bulletin**, v. 108, n. 3. New Jersey: Princeton University, pp. 480-498, 1990. Disponível em: <https://fbaum.unc.edu/teaching/articles/Psych-Bulletin-1990-Kunda.pdf>.

LAMEGO, José. **O Essencial sobre a Filosofia do Direito do Idealismo Alemão**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

_____. **Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma “recepção”**. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARA CHAGOYÁN, Roberto. “*Argumentación jurídica e investigación em derecho*”. In: **Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEANDRO, Andreu Wilson Pereira; PELE, Antonio. “Austeridade fiscal e efetividade dos direitos humanos no Brasil”. In: **Direitos humanos: entre captura e emancipação** / Bethania Assy, Márcia Nina Bernardes e Antonio Pele (orgs.). Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2021, pp. 287-309.

LEGRAND, Pierre. “The same and the different”. In: **Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions** (Ed. by Pierre Legrand, Roderick Munday). Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 240-311.

LEITER, Brian. “Legal realisms, old and new”. In: **Valparaiso University Law Review**, v. 47, n. 4, 2013, pp. 949-963. Disponível em: <https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2304&context=vulr>. Acesso em 12.05.2023.

_____. “American Legal realism”. In: GOLDING, M.; EDMUNDSON, W. (Eds.). **The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory**. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2005, pp. 50-66.

LIMA, João Alberto de Oliveira. **A gênese do texto da Constituição de 1988**, vol. 1 / João Alberto de Oliveira Lima, Edilenice Passos, João Rafael Nicola (orgs.). Brasília: Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal, 2013.

LOBO, Jorge. “Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito”. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n° 72, abr./jun. 2019, pp. 125-153. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1344914/Jorge_Lobo.pdf. Acesso em 20/03/2021.

LOCKE, John. **Second Treatise of Government**, Book II, XVIII, § 202. Edição de C. B. Macpherson. Hackett, 1980.

LOURENÇO, Luísa. “O Reenvio Prejudicial para o TJUE e os Pareceres Consultivos do Tribunal EFTA”. In: **JULGAR**, n.º 35, 2018, pp. 187-205, pp. 203-204. Disponível em: <http://julgar.pt/o-reenvio-prejudicial-para-o-tjue-e-os-pareceres-consultivos-do-tribunal-efta/>. Acesso em 09.05.2022.

LUCIANO, Pablo Bezerra. “Por mais Chiovenda e menos Carnelutti nos recursos especiais”. Artigo publicado em 10.07.2021 na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-10/opiniao-chiovenda-carnelutti-recursos-especiais2>. Acesso em 07.04.2022.

MACCORMICK, Donald Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____; SUMMERS, Robert S.. *Appendix: Final Version of the Common Questions, Comparative Legal Precedent Study, September 1994*. In: MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, pp. 551-562.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Precedente, decisão majoritária e pluralidade de fundamentos: um sério problema no Direito estadunidense”. *In: Revista de processo comparado*, v. 5, 2017, pp. 83-106.

MARMOR, Andrei. “Três conceitos de objetividade”. *In: Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 267-302.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “Os dilemas do Poder Judiciário brasileiro”. Artigo publicado em 29/12/2021 na Revista Eletrônica Consultor Jurídico – **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-29/ives-gandra-filho-dilemas-poder-judiciario-brasileiro>. Acesso em 11/05/2023.

MASSIMO, Carlos I. “*La interpretación jurídica como interpretación práctica*”. *In: Persona y Derecho*, 52, 2005, pp. 413-443, p. 428. HeinOnline.

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. “As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos”. *In: Epistemologias Críticas do Direito* (ed. José Ricardo Cunha). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 222 a 233.

MAUS, Ingeborg. “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’ ”. *In: Revista Novos Estudos CEBRAP*, n.º 58. São Paulo: 2002, pp. 183-202.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAZZARESE, Tecla. “Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente”. *In: Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 23, pp. 597-631, 2000.

MAZZUOLI, Valério. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2ª ed. vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 22, n. 2, p. 723-753, dez. 2017. ISSN 2175-0491. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10993>. Acesso em: 10.03.2021.

MELLO, Marcos Bernardes de. “Ao mestre com carinho: breves notas sobre Pontes de Miranda e sua contribuição à ciência do Direito”. Artigo publicado em 17.12.2021, no Consultor Jurídico – **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-17/opiniao-pontes-miranda-contribuicao-ciencia-direito>. Acesso em 02/01/2022.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. “Na prática, ministros do STF agriem a democracia”. Artigo publicado em 28/01/2018 no jornal **Folha de São Paulo**. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml?loggedpaywall>. Acesso em 02/02/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. “Abuso de Autoridade e o reencontro com o Estado de Direito”. Artigo publicado em 03/01/2020 na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniao-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade> Acesso em 17/01/2020.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Trad. Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.

MIRAUT MARTÍN, Laura. “*Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos*”. In **Anuario de Filosofía del derecho**. Madrid: Nueva Época, 2002, pp. 377-399.

MITIDIERO, Daniel. “Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro”. In **Revista de Processo - RePro**. Volume 245/2015, julho/2015, pp. 333-349.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat de. **De l'esprit des lois** (1758). Édition établie par Laurent Versini. Paris : Éditions Gallimard, 1995.

MOORE, George Edward. (1903) **Principia Ethica**. Cambridge: Prometheus Books (ISBN 0879754982), § 67, § 2. Disponível em: <http://fair-use.org/g-e-moore/principia-ethica/chapter-iv>. Acesso em 19.03.2022.

MORAES, José Diniz de; TABAK, Benjamin Miranda. “As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito”. **Revista Direito GV**, v. 14, n. 2, pp. 618-653, 2018.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social**. Tomo II, Vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos”. In: **Temas de direito processual** (9ª série). São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 299-313.

_____. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”. In: **Temas de direito processual – 2ª série**. São Paulo: Saraiva, 1988.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2ª ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NASCIMENTO, Roberta Simões. **Estudos de Direito Constitucional Parlamentar**. São Paulo: JusPodivm, 2023.

_____. “A validade legisprudencial, o erro legístico e o juiz de garantias”. Artigo publicado em 27/06/2023 no Consultor Jurídico – **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-27/fabrica-leis-validade-legisprudencial-erro-legistico-juiz-garantias>. Acesso em 03/07/2023.

_____. “A solução da nova Constituição chilena para o ativismo judicial”. Artigo publicado em 31/08/2022 no **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/defensor-legis/a-solucao-da-nova-constituicao-chilena-para-o-ativismo-judicial-31082022>. Acesso em 04/05/2023.

NERY JR., Nelson; ABBOUD, Georges. “*Stare decisis* vs direito jurisprudencial”. *In*: **Novas tendências do processo civil**. Alexandre Freire / Bruno Dantas / Dierle Nunes / Freddie Didier Jr. / José Miguel Garcia Medina / Luiz Fux / Luiz Henrique Volpe Camargo / Pedro Miranda de Oliveira (orgs.). Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 483-512.

NEUVILLE, Sébastien. **Philosophie du Droit**. Paris: LGDJ Lextenso éditions, 2019.

NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica** – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. **Metodologia jurídica. Problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. **Questão-de-facto - questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica**. Coimbra: Almedina, 1967.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**: volume único. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. **Novo Código de Processo Civil**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

NEVES, Marcelo. “A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito”. *In*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Derecho, moral y política**: una revisión de la teoría general del Derecho. Barcelona: Ariel, 1994.

NOJIRI, Sérgio. **Emoção e Intuição: Como (de fato) se dá o processo de tomada da decisão judicial**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes de Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2019.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da Imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. 2ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

OLIVEIRA, Maria Teresa Vieira da Silva. “Inteligência artificial e o Poder Judiciário”. Publicado no **Consultor Jurídico** em 20/04/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/maria-teresa-oliveira-inteligencia-artificial-poder-judiciario>. Acesso em 25/04/2021. Acesso em 12.02.2022.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. “Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?”. *In*: **Revista de Ciências Sociais**. Vol. 48, n. 3. Rio de Janeiro: Scielo Brasil. 2005, pp. 559-686. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000300004>>. Epub 07 Mar 2008. ISSN 1678-4588. <https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000300004>. Acesso em 04.10.2022.

OST, François. **Si le droit m'était conté**. Paris : Dalloz, 2019.

_____. *Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez*. Edición digital a partir de Doxa: **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 14, 1993. Disponível em: <https://doi.org/10.14198/DOXA1993.14.10> Acesso em 28/03/2020.

OTERO, Paulo. A **Democracia Totalitária**. Lisboa: Principia, 2000.

PARDO, José Esteve. **El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud. “A impossibilidade de afirmar um livre convencimento motivado para os juízes: as críticas hermenêuticas de Dworkin”. *In* **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), vol. 10, n. 2. São Leopoldo: Editora da Unisinos, maio-agosto 2018, pp. 197-206.

PEDRON, Flávio Quinaud; NUNES, Rafael Alves. “Princípio da legalidade limita poder estatal e protege os cidadãos”. Artigo publicado no **Consultor Jurídico** em 21.02.2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-21/opiniao-principio-legalidade-limita-poder-estatal-protege-cidadaos>. Acesso em 19.08.2022.

PEDRON, Flávio Quinaud; COSTA, Rafael. “A fundamentação dos provimentos jurisdicionais no novo Código de Processo Civil: avanços e retrocessos”. *In*. **Scientia Iuridica**. Braga: Universidade do Minho, setembro/dezembro/2017, pp. 317-340.

PERELMAN, Chaïm. Olbrechts-Tyteca, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Lógica Jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do Direito. Investigação científica e Política Jurídica**. T. III, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

_____. **Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the Common Law Tradition**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. “*The Rationality of Balancing*”. *In*. **Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, vol. 92, n.º. 2 (2006), pp. 195-208.

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

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RAZ, Joseph. "The Law's Own Virtue". *In*: **Oxford Legal Studies Research**, Paper n°. 10/2019, 17p, pp. 13-14. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2277. Acesso em 12/05/2023.

_____. **Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason**. New York: Oxford University Press, 2009.

_____. **Engaging Reason: On the Theory of Value and Action**. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. **Practical Reason and Norms**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. **Ethics in the public domain: essays in the morality of Law and politics**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

_____. "Kelsen's Theory of the Basic Norm". *In*: **Normativity and Norms: critical perspectives on Kelsenian themes**. Stanley L. Paulson; Bonnie Litschewski Paulson (orgs.). Oxford: Clarendon Press, 1988, pp. 47-67.

_____. "*The Obligation to Obey the Law*", Chapter 12. *In*: **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. Oxford: Clarendon Press, 1979.

REIS, J. Alberto dos. **Breve estudo sôbre a Reforma do Processo Civil e Comercial**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1929.

RENAN, Ernest. **Histoire des origines du christianisme. Livre premier: Vie de Jésus**. 9e édition. Paris : Michel Lévy Frères, 1863.

RICOEUR, Paul. **Soi-même comme un autre**. Paris: Gallimard, 1990.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. **Para qué sirve el derecho?**. Salamanca: Ibañez, 2019.

ROBLES, Gregorio. **El derecho como texto (Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)**. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

ROCHA, Joaquim Freitas da. **Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos: esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa**. Versão policopiada. Coimbra, 2006.

_____ . “Direito pós-moderno, patologias normativas e protecção da confiança”. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Ano VII, 2010 (especial), pp. 383 e ss.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. “A Ânsia por tudo conhecer: a epistemologia de Pontes de Miranda”. *In*: FARIAS, José Fernando de Castro; SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa; OLIVEIRA JR., José Alcebiades. **Filosofia do Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 6. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?idevento=39>=92>. Acesso em 08.01.2022.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro; STRÄTZ, Murilo. “Contraditório em julgamentos representativos de controvérsias”. **Revista Jurídica Luso-Brasileira** - RJLB (ISSN 2183-539X - <http://cidp.pt/>), Ano 5, n° 6, 2019, pp. 1567-1604.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. “Jurisprudência do Direito do Consumidor evolui na França”. Artigo publicado em 20.11.2013 na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-20/direito-comparado-direito-consumidor-nacional-evolui-frances>. Acesso em 06/05/2022.

RORTY, Richard. “*Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo*”. *In* Richard Rorty *et al* (org.), **Batallas éticas**, Buenos Aires: Nueva Visión, 1996, pp. 65-89.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 5ª. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

ROSENFELD, Michel. “*The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*”. *In*: **Southern California Law Review**. V. 74. Los Angeles: Southern California University Press, 2001, pp. 1307-1352.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Émile. *In* **Œuvres complètes**, vol. IV (coords. Bernard Gagnebin e Marcel Raymond). Paris: Gallimard, 1995.

SANCHÍS, Luis Prieto. “*Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*”. *In*: **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008), pp. 325-354.

_____ . **Apuntes de teoría del Derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

SANDEL, Michael J. **What Money Can't Buy: the moral limits of markets**. London: Penguin Books, 2013.

_____. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 57. Ano 14. Outubro-Dezembro de 2006.

SCHAUER, Frederick. “The path-dependence of legal positivism”. //: **Schauer Book**. Vol. 101, nº 957. Virginia: Virginia Law Review, 2015, pp. 957-976.

_____. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

_____. **Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. New York: Oxford University Press, 1991.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. “Confirmar a sentença por seus ‘próprios fundamentos’ não é motivar: a influência normativa do art. 489, § 1º do CPC/15 sobre o art. 46 da Lei 9.099/95”. //: REDONDO, Bruno Garcia et al. **Juizados Especiais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, pp. 513-525.

SEIGLER, Timothy John. “Understanding Original Intent and Stare Decisis: Two Methods of Interpreting the Establishment Clause”. //: **Educational Administration Quarterly** 2003; 39; 208. Disponível em: <http://eaq.sagepub.com>.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SHAKESPEARE, Willian. **Medida por medida**. Trad. Beatriz Viegas-Faria. Versão para Kindle. L&M Pocket.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: Belknap Press, 2013.

_____. “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: a short guide for the perplexed”. //: **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n.º 77. Michigan: University of Michigan Law School, 2007, p. 6. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em 31/03/2023.

SHECAIRA, F.; STRUCHINER, N. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Puc-Rio e Contraponto, 2016.

_____. “Realismo Jurídico” *In*. Travessoni, A. (Org.). **Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora LTr, 2011, v. 01, pp. 348-351.

SHERRY, Suzanna; FARBER, Daniel A. ***Desperately seeking certainty: the misguided quest for constitutional foundations***. The University of Chicago Press, Ltd, 2002.

SILVA, Almiro do Couto e. “Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo”. *In* **Revista da PGE/RS**. Cadernos de Direito Público, v. 27, n. 57, 2003, pp. 13-31.

SILVA, Joana Maria Madeira Aguiar e. “Desafios hermenêuticos da juridicidade pós-moderna: entre texto, norma e método / para lá da interpretação negativa”. *In* Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade - **FIDES**, Natal, V. 8, n. 2, jul./dez. 2017.

_____. **Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça - Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas**. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. **A Prática Judiciária entre Direito e Literatura**. Coimbra: Almedina, 2001.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. “Teoria da Justiça de John Rawls”. *In*: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 35, n. 138, abr./jun. 1998, pp. 193-212.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 116-143.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; SOUZA, Fafina Vilela de. “O mito da pirâmide de Hans Kelsen”. Artigo publicado em 02/10/2021 na Revista Eletrônica Consultor Jurídico – **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-02/simioni-souza-mito-piramide-hans-kelsen>. Acesso em 04/05/2022.

SKIDELSKI, Robert. ***What's wrong with economics? A primer for the perplexed***. New Haven: Yale University Press, 2020.

SOARES, Luiz Eduardo. **Justiça: pensando alto sobre violência, crime e castigo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SOLUM, Lawrence B. “*The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights*”. *In* **Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series**. Research Paper n° 06-12, november 30, 2006.

SPAMANN, Holger et al. “Judges in the lab: No precedent effects, no common/civil Law Differences”. *In: Journal of Legal Analysis*, v. 13, n. 1, p. 110-126, 2021.

STRÄTZ, Murilo. “Argumentos. Descubrem ou apenas justificam?”. *In Revista de Direito Lusíada*, v. 25, série II, n.º. 26. Lisboa: Universidade Lusíada Editora (ISSN: 2182-4118), 2021, pp. 143-175.

_____. **Teoria dos pronunciamentos judiciais vinculantes**: dos fundamentos jusfilosóficos ao utilitarismo consequencialista no regime instituído pelo Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

_____. “Precedentes Vinculantes à Brasileira?”. *In Revista Teoria Jurídica Contemporânea* - periódico da Faculdade Nacional de Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Volume 1, n. 2, 2017, pp. 272-305. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/issue/view/618>. Acesso em 15.03.2022.

_____. **Reclamação na jurisdição constitucional**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

_____. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. “Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença (Artigo 489)”. *In: FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio L. (Coords). Comentários ao Código de Processo Civil*. Edição Kindle. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. “O *backlash* hermenêutico à brasileira e *à la carte!*”. Artigo publicado na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico** em 06.01.2022. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-06/senso-incomum-backlash-hermeneutico-brasileira-la-carte>. Acesso em 15.02.2022.

_____. “O juiz das garantias, o muro de contenção e as vacinas”. Artigo publicado na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico** em 28.10.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/senso-incomum-juiz-garantias-muro-contencao-vacinas>. Acesso em 02/01/2022.

_____. “Como defender a jurisdição (constitucional) do realismo predatório?”. Artigo publicado na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico** em 17.04.2021. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-abr-17/observatorio-constitucional-defender-jurisdicao-constitucional-realismo-predatorio>. Acesso em 10.04.2022.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. “Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito”. *In*: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 49, n. 194, abr./jun. 2012, pp. 7-21.

_____. “Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?”. *In*: **Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 15, nº 1, 2010, pp. 158-173. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v15n1.p158-173>. Acesso em 13/06/2023.

STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. “Como os juízes decidem os casos difíceis do direito?” *In*: Noel Struchiner; Rodrigo de Souza Tavares. (Org.). **Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2014, p. 171-220.

STRUCHINER, Noel; DE ALMEIDA, Guilherme da F.C.F.; HANNIKAINEN, Ivar R. “*Legal decision-making and the abstract/concrete paradox*”. *In*: **Cognition**, v. 205, September 2019, p. 104-121, 2020.

STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio. 2012. “A Distinção entre Direito e Moral e a Distinção Moral do Direito”. *In*: **Revista de Direito do Estado (RDE)**, número 22, 2012, pp. 131-145.

STRUCHINER, Noel. “Indeterminação e Objetividade: Quando o Direito diz o que não queremos ouvir” *In*: Macedo Jr, R. e Barbieri, H. (eds.) **Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUMMERS, Robert S. “*Two types of substantive reasons: the core of a theory of common law justification*”. *In* **The Jurisprudence of Law’s Form and Substance (Collected Essays in Law)**. Alderhot: Ashgate, 2000, pp. 155-236.

_____. **Instrumentalism and American Legal Theory**. Ithaca: Cornell University Press, 1982.

SUNSTEIN, Cass R. “Incompletely theorized agreements commentary”. *In*: **Harvard Law Review**. Cambridge, n. 108, 1994, pp. 1733-1772.

_____. “*Rules and Rulelessness*”. In: **Program in Law and Economics Working Paper N. 27, 1994**, 1994, 72p. Disponível em <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12795546/Rules%20and%20Rulelessness.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 04.04.2020.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. “*The Very Structure of Modern Government Is Under Legal Assault*”. In: **The New York Times**, 15 set 2020. Disponível em <<https://www.nytimes.com/2020/09/15/opinion/us-government-constitution.html>>. Acesso em 11/05/2023.

_____. “Interpretation and Institutions”. In: **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, nº 156, 2º Series, 2002, 55p. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245. Acesso em 11/04/2023.

TARUFFO, Michele. “*Las funciones de las cortes supremas – aspectos generales*”. In: TARUFFO, M. et al. **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 231-251.

_____. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

_____. “Precedente e Jurisprudência”. In: **Revista de Processo**, n. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2011, pp. 139-155.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TCHING, Maria Rosa Oliveira. “**O papel dos tribunais na construção do padrão de jusfundamentalidade da União Europeia e do estatuto de Cidadania Europeia**”. Dissertação de mestrado defendida em 2012 perante a Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM). Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/20568>. Acesso em 09.05.2022.

THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. **Curso de Justiça Constitucional. Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2012.

VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo Jurídico e Nazismo: formação, refutação e superação da lenda do positivismo**. São Paulo: Contracorrente, 2021.

_____. “A luta contra a teoria pura do direito na República de Weimar e o caminho para o nacional-socialismo”. In **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, vol. 3, n.º 3. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral do Estado, set./dez. 2020, p. 20. Disponível em <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/177>. Acesso em 16.03.2022.

VAN HOECKE, Mark. “*Methodology of comparative legal research*”. In: **Law and Method**. London: Queen Mary University Press, 2015.

VASQUEZ SOTELO, José Luiz. A jurisprudência vinculante na “common law” e na “civil law”. In: **Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano: compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual**. Organizado por Petrônio Calmon Filho e Adriana Beltrame. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1998, pp. 323-382.

VERMEULE, Adrian. **Law and e Limits of Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. **Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VICENTE, Flávio Miguel Gonçalves. **Direito e Justiça no pensamento de João Maria Ferreira Sarmiento Pimentel**. Tese de doutoramento. Braga: Universidade do Minho, 2018.

WALDRON, Jeremy. “*The Rule of Law as a Theatre of Debate*”. In: **Dworkin and his Critics: With Replies by Ronald Dworkin**, ed. Justine Burley. Maldem: Blackwell, 2004, pp. 319-336.

_____. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALT, Lirieka Meintjes-Van Der. “*Decision-makers' Dilemma: Evaluating Expert Evidence*”. In: **HeinOnline - 13 S. Afr. J. Crim. Just. 315**, 2000, pp. 319-343.

WALUCHOW, Wilfrid J. “O encontro da filosofia analítica com a metáfora: a ‘Árvore Viva’ da interpretação judicial”. In: **Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental** / Noel Struchiner; Rodrigo de Souza Tavares (orgs.) – 1ª ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2014.

WARAT, Luis Alberto. “A partir de Kelsen”. *In*: **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, vol. 3, n° 4. Florianópolis: Editora da UFSC, pp. 107-115, 1982.

_____. “Saber crítico e senso comum teórico dos juristas”. *In*: **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, vol. 3, n° 5. Florianópolis: UFSC, pp. 48-57, 1982.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**, v. 2. Brasília: Editora UnB, 2004.

WECHSLER, Herbert. “*Toward Neutral Principles of Constitutional Law*”. *In* **Principles, politics, and fundamental law: selected essays**. Cambridge: Harvard University Press. 1961. pp. 3-48.

WERNECK, Diego; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. “Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira”. *In*: **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n° 40. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito, jan./jun.2012, pp. 34-64.

WEST, Robin. “Toward Humanistic Theories of Legal Justice”. *In*: **Cardozo Stud. L. & Literature**, v. 10, n. 147. Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper n° 11-86, 1998, pp. 147-150.

WHITE, James Boyd. **Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism**. Chicago: University Of Chicago Press, 1990.

WINTGENS, Luc J. “*Legisprudence as a New Theory of Legislation*”. *In*: **Ratio Juris**, Vol. 19 n°. 1, March 2006, pp. 1–25, disponível em https://www.researchgate.net/publication/227685130_Legisprudence_as_a_New_Theory_of_Legislation. Acesso em 05.10.2022.

WOLKART, Erik Navarro. **Precedentes no Brasil e Cultura: um caminho tortuoso mas, ainda assim, um caminho**. Publicado em 2015 e disponível em https://www.academia.edu/29310805/Precedentes_no_Brasil_e_Cultura. Acesso em 20/10/2018.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Judicial application of law**. Dordrecht: Kluwer, 1992.

ZACCARIA, Giuseppe. **A Compreensão do Direito**. Trad. de Arno Dal Ri Jr. São Paulo: Singular, 2017.

ZANETI JR., Hermes. “Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da ‘jurisprudência persuasiva’ como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil”. *In*: **Revista de Processo**. Vol. 235, pp. 293-349. São Paulo: Ed. RT, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 5ª. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid: Trotta, 2003.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. ***An Introduction to Comparative Law***. 3ª ed. Translated by Tony Weir. Oxford: Oxford University Press, 1996.