



**UniCEUB – Centro Universitário de Brasília  
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento  
Programa de Mestrado em Direito**

**PABLO ZUNIGA DOURADO**

**OS PRECEDENTES DO STF ACERCA DAS  
INELEGIBILIDADES RELATIVAS PREVISTAS NA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (ART. 14, §§ 5º E 7º), A  
PARTIR DE ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO E NOS TERMOS  
DA INTEGRIDADE DO DIREITO**

**BRASÍLIA - DF**

**2013**

**PABLO ZUNIGA DOURADO**

**OS PRECEDENTES DO STF ACERCA DAS  
INELEGIBILIDADES RELATIVAS PREVISTAS NA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (ART. 14, §§ 5º E 7º), A  
PARTIR DE ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO E NOS TERMOS  
DA INTEGRIDADE DO DIREITO**

Dissertação apresentada como requisito  
obrigatório para a obtenção do grau de Mestre  
em Direito do Centro Universitário de Brasília  
– UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho.

**BRASÍLIA -DF**

**2013**

DOURADO, Pablo Zuniga.

Os precedentes do STF acerca das inelegibilidades relativas previstas na Constituição Federal de 1988 (art. 14, §§ 5º e 7º), a partir de argumentos de princípio e nos termos da integridade do direito. Brasília: o autor, 2013.

185 f.

Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho.

Introdução; Capítulo I: Dworkin e a Integridade do Direito; 1.1 A Integridade do Direito; 1.2 A Teoria dos Quatro Estágios de Rawls e a Coerência das Decisões Jurídicas; Capítulo III – Possível Metodologia para Análise de Decisões; 2.1 Hare e a coerência (Prescritivismo Universal); 2.2 Regras e princípios; 2.3 Contextualização teórica; 2.4 Metodologia de análise de decisões (MAD); Capítulo IV - Análise de Precedentes do STF com fundamento em argumentos de princípio; 3.1 Conceito e Objeto das Inelegibilidades Segundo a Doutrina; 3.2 Análise de Precedentes do STF; Conclusão; Referências.

**PABLO ZUNIGA DOURADO**

**OS PRECEDENTES DO STF ACERCA DAS  
INELEGIBILIDADES RELATIVAS PREVISTAS NA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (ART. 14, §§ 5º E 7º), A  
PARTIR DE ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO E NOS TERMOS  
DA INTEGRIDADE DO DIREITO**

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

Brasília-DF, 18 de março de 2013.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho  
Orientador

---

Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho  
Centro Universitário de Brasília – UniCeub

---

Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso  
Membro Externo

Dedico esse trabalho aos meus pais, em razão do apoio afetivo e financeiro durante o curso, bem como a Milena, a Letícia e a Gabriela pela compreensão das horas que lhes podia ter dedicado, mas não o fiz, durante os dois anos do mestrado, bem como pela presença essencial em tudo que faço.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Professor Doutor Roberto Freitas Filho pela orientação incansável, pela dedicação séria à Instituição, ao Curso e ao aluno, e pela altivez na condução do trabalho.

Agradeço ao primo Eduardo, à amiga Dione, e à Bruna (afilhada) pelo auxílio indispensável, bem como a todas as funcionárias da Secretaria do Mestrado pelo apoio na solução dos problemas sempre que solicitadas.

## RESUMO

DOURADO, Pablo Zuniga. **Os precedentes do STF acerca das inelegibilidades relativas previstas na Constituição Federal de 1988 (art. 14, §§ 5º e 7º), a partir de argumentos de princípio e nos termos da integridade do direito.** Mestrado em Direito e Políticas Públicas. Brasília: UniCEUB, 2013.

É imprescindível a consciência sobre as teorias da argumentação jurídica para manter a coerência dos julgamentos e evitar a discricionariedade judicial. As bases da teoria da Moral de Richard Hare – *Prescritivismo Universal* –, podem ser aplicadas às instituições jurídicas. A igualdade é a preocupação central, daí a discussão sobre o significado das palavras e a classificação lógica proposta no *Prescritivismo Universal*, assim como a possível utilização nas decisões jurídicas. No âmbito das instituições jurídicas, a concepção de Ronald Dworkin sobre o Direito, contraposta ao Positivismo Jurídico, sobretudo quanto à aproximação com o sistema da Moral, pode ser mais adequada à solução dos casos difíceis (*hard cases*). O recurso à integridade do Direito com fundamento na história da comunidade, nos princípios do sistema, nos precedentes e na Ciência do Direito parece assegurar critérios de correção para as decisões judiciais e reduzir o *decisionismo*. As posições de Dworkin são mais bem compreendidas em conexão com a teoria da justiça de John Rawls. A teoria (sequência ou esquema) dos quatro estágios pode colaborar para reduzir o arbítrio dos juízes na solução dos casos. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação da constituição de 1988, especificamente no que tange às inelegibilidades do art. 14, §§ 5º e 7º, analisados criticamente demonstram como o discurso jurídico contraditório colabora para a falta de coerência e controle das decisões judiciais; gera déficit de fundamentação, tendo em vista a omissão quanto às circunstâncias de fato e de direito que cercam os casos; além de privar a decisão judicial da argumentação racional correta como forma de prestação de contas (*accountability*) ao titular do poder, o povo. Questiona-se a legitimidade dos juízes em proceder aos juízos de valor sem a correspondente exposição das razões. O objetivo é despertar a atenção para a mudança de paradigma do Direito, bem como exigir no processo decisório que a fundamentação seja exaurida.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Prescritivismo Universal, Integridade do Direito*, discurso jurídico, argumentação racional, igualdade, inelegibilidades, precedentes do STF, discricionariedade judicial, teorias da argumentação jurídica.

## **ABSTRACT**

*It is essential awareness about the theories of legal argument to keep the consistency of judgments and avoiding judicial discretion. The foundations of the theory of Moral Richard Hare - Universal Prescriptivism - can be applied to legal institutions. Equality is the central concern, hence the discussion about the meaning of words and logical classification proposal on Universal Prescriptivism, as well as its possible use in legal decisions. In the context of legal institutions, the design of Ronald Dworkin on the Law, as opposed to Legal Positivism, especially on the approach to the system of Morals, may be better suited to solving hard cases. Recourse to the law with integrity in the history of the community foundation in the principles of the system, precedents and Science of Law seems to ensure correctness criteria for judicial decisions and reduce decisionism. Dworkin's positions are best understood in connection with the theory of justice of John Rawls. The theory (or sequence diagram) of the four stages can collaborate to reduce the discretion of judges in solving cases. The precedents of the Supreme Court on the interpretation of the constitution of 1988, specifically with respect to the ineligibility of art. 14, § § 5 and 7, critically analyzed demonstrate how the legal discourse contradictory contributes to the lack of consistency and control of judicial decisions; generates deficit of reasoning, in view of the omission of the circumstances of fact and law that surround cases, besides depriving the ruling rational argument as correct form of accountability to the holder of the power, the people. Questions the legitimacy of judges to make the value judgments without a corresponding statement of the reasons. The goal is to raise attention to the paradigm shift from the law, and require the decision-making process that the reasoning is exhausted.*

**KEYWORDS:** *Universal Prescriptivism, Integrity Law, legal discourse, rational argument, equality, ineligibility, the Supreme Court precedents, judicial discretion, theories of legal argument.*



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I: DWORKIN E A INTEGRIDADE DO DIREITO .....</b>	<b>15</b>
1.1 A integridade do Direito .....	15
1.2 A Teoria dos quatro Estágios de Rawls e a coerência das decisões jurídicas 36	
<b>CAPÍTULO II – POSSÍVEL METODOLOGIA PARA ANÁLISE DE DECISÕES.....</b>	<b>44</b>
2.1 Hare e a coerência (Prescritivismo Universal) .....	44
2.2 Regras e princípios .....	56
2.3 Contextualização teórica .....	66
2.4 Metodologia de análise de decisões (MAD).....	73
<b>CAPÍTULO III - ANÁLISE DE PRECEDENTES DO STF COM FUNDAMENTO EM ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO .....</b>	<b>76</b>
3.1 Conceito e objeto das inelegibilidades segundo a doutrina .....	76
3.2 Análise de Precedentes do STF .....	78
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>89</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>94</b>

## INTRODUÇÃO

Uma decisão jurídica sem ou com déficit de fundamentação é compatível com o sistema de princípios estabelecido pelo Ordenamento Jurídico brasileiro? A falta de argumentação racional é prática consentânea com o Estado de Direito democrático? Como controlar decisões com esses defeitos? Essas são perguntas que motivam a dissertação que iremos apresentar. Vamos tentar estabelecer ao longo do trabalho que é necessária uma teoria crítica da argumentação jurídica para manter a coerência dos julgamentos e evitar o *decisionismo*.

É necessário, todavia, esclarecer inicialmente, que a crítica que pretendemos desenvolver é direcionada ao discurso jurídico prático, ou seja, à argumentação externada pelos juízes no momento da prolação da decisão jurídica. Não será objeto direto de nossa preocupação – nada obstante o reconhecimento de que é tema relevante e de influência significativa no processo decisório –, a subjetividade existente na natureza humana, logo, nas escolhas feitas pelos juízes<sup>1</sup>. O que pretendemos é demonstrar que é imprescindível declinar as razões dessas escolhas, de modo coerente e racional, conforme exige o art. 93, IX e X, da Constituição Federal.

Sabemos que a função de julgar é extremamente complexa. As dificuldades aumentam em face da aplicação de normas com palavras “avaliatórias”. Acreditamos que é necessário ao julgador explicitar adequadamente suas opções valorativas, sob pena de ocorrer déficit de fundamentação na decisão, conseqüentemente, faltar transparência e impossibilitar a necessária crítica dos cidadãos, aspecto fundamental ao funcionamento da democracia. Tentaremos propor uma metodologia de crítica às decisões judiciais.

---

<sup>1</sup> É visão de Gadamer que a compreensão implica uma pré-compreensão, que se constitui pré-figurada pela tradição determinada em que vive o intérprete, de sorte a forjar os seus pré-juízos. Nesse sentido, a interpretação é processo complexo que envolve a pré-compreensão que o intérprete tem do mundo, inerente a qualquer evento histórico. Segundo o autor: “A interpretação, tal como hoje a entendemos, se aplica não apenas aos textos e à tradição oral, mas a tudo que nos é transmitido pela história: desse modo falamos, por exemplo, da interpretação de um evento histórico ou ainda da interpretação de expressões espirituais e gestuais, da interpretação de um comportamento, etc. Em todos esses casos, o que queremos dizer é que o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato a fim de descobrir o “verdadeiro” significado que se encontra escondido. Essa generalização da noção de interpretação remonta a Nietzsche. Segundo ele, todos os enunciados provenientes da razão são suscetíveis de interpretação, posto que o seu sentido verdadeiro ou real nos chega sempre mascarado ou deformado por ideologias” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: fundamentos de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 19).

Recorremos às bases da teoria de Dworkin – *O Direito como Integridade* –, e ao *Prescritivismo Universal* de Hare, como propostas de que é possível aplicá-las, parcialmente, às instituições jurídicas brasileiras.

A teoria de Dworkin, entre outros aspectos, porque admite como fontes do Direito não apenas as convenções e as deliberações, que fornecem elementos formais para a identificação do Direito, mas, também, a moralidade não convencional, sustentada em proposições substanciais, peculiar, pois pretende resgatar a moralidade como valor nominal e aplicável às práticas dos juristas. Parece-nos importante, especialmente para o presente trabalho, tendo em conta a concepção de moral objetiva posta, a utilização do pensamento de Dworkin como contraponto à cultura e à prática formalista dos juízes e demais praticantes do direito, ou seja, a insurgência contra parte de nossa tradição positivista legalista de matriz *kelseniana*, pois esta aparentemente impossibilita, de certa forma, a crítica e o controle das decisões judiciais.

Argumentaremos ser ponderável sustentar que a *teoria dworkiana* é útil porque se propõe a resolver problemas concretos do Direito. Não se limita a descrever os elementos envolvidos, em posição neutra sobre aquilo que extrapola ou cerca a norma jurídica. É possível postular que há decisões melhores que outras, por argumentos racionais. A teoria de Dworkin não tem apenas funções cognoscitivas, mas também funções práticas de adequação do Direito à mudança social. A ênfase em problemas concretos, assim como a análise de suas consequências são necessários em âmbito cultural de exacerbado formalismo, como o nosso.

Ronald Dworkin apresenta uma concepção de Direito distinta do convencionalismo e do pragmatismo jurídico que denomina “Direito como integridade”. Combate, sobretudo o positivismo de forma *hartiana*, a fim de contrapor-se à ideia de discricionariedade do intérprete da norma no momento da decisão, presente na retrocitada doutrina.<sup>2</sup>

Defenderemos ser dever do juiz, democraticamente, fundamentar; e esta fundamentação é submetida à publicidade (à crítica racional de todos) (art. 93, IX e X, CF). Postularemos, embasados na multicitada teoria do Direito, que existe sim, empiricamente, mais de uma decisão (reposta) correta, mas há a possibilidade de verificação da correção e coerência dos argumentos, ou seja, da justificação racional utilizada pelos juízes.

---

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 272.

A utilização do Prescritivismo Universal, também, como marco teórico, decorre de entendê-la compatível com uma teoria crítica, sobretudo nas decisões judiciais que utilizam palavras “avaliatórias”, como método para garantir, além da exposição do processo dedutivo, a descrição das opções valorativas realizadas nos julgamentos. É imprescindível, pelo menos idealmente, que a fundamentação das decisões permita ao destinatário conhecer todas as razões utilizadas no processo decisório e permitir a sua crítica, a assegurar transparência à função precípua do Poder Judiciário (*accountability*, conforme explicaremos).

Sustentaremos que a aproximação da teoria da moral de Hare ao Direito decorre da postulação de que a função prescritiva da linguagem da Moral é, também, própria da linguagem do Direito. O essencial parece ser que os dois campos da experiência humana coincidem pelo fato de aplicarem a razão em situações de escolha; permitem decidir corretamente a melhor ação. A alegação será de que a característica principal de interferir na conduta do receptor da linguagem prescritiva é mais facilmente verificável no Direito, tendo em vista a tendência de positivação (expressão) em diplomas normativos, normalmente traduzida em ordens.

A contextualização teórica, resumidamente embasada nas teorias da argumentação apresentadas, facilita o entendimento da importância da linguagem no Direito e na Moral nos últimos cinquenta anos, bem como a captação do porquê da importância da argumentação racional coerente no momento em que o juiz decide. Defenderemos que a motivação de uma sentença judicial é um discurso, regulamentado pelo ordenamento jurídico e seus princípios, de sorte que seu caminho ou função lógica não discrepa das razões que, na vida cotidiana, são utilizadas para embasar um juízo moral. A igualdade, especificamente a *universalizabilidade* dos juízos valorativos feitos nos julgamentos, é outra preocupação central.

Creemos que é essencial não perder de vista a inspiração de Dworkin no liberalismo progressista de John Rawls, autor com o qual pretendemos dialogar na crítica às decisões objeto da presente dissertação. Alegaremos que os elementos principais da teoria de Rawls, nada obstante as peculiares desigualdades da sociedade brasileira, podem constituir argumentação orientadora das decisões judiciais e garantir-lhes correção e coerência. Vamos propor que a alegação de John Rawls para aplicação dos princípios da justiça – a teoria dos quatro estágios –, pode, também, servir para reduzir o arbítrio dos juízes na solução dos casos. Utilizaremos a teoria de Rawls, no âmbito das instituições jurídicas, em conexão com a

concepção de Ronald Dworkin sobre o Direito, a possibilitar maior facilidade na aplicação da justiça como equidade.

Na seara do Direito Constitucional-Eleitoral, os problemas supracitados parecem ganhar maior intensidade, tendo em vista a provável influência direta da política nas decisões judiciais. Não se pode olvidar que no Brasil, como de resto no mundo inteiro, é crível sustentar que o poder político e o econômico exercem enorme influência no processo eleitoral – talvez essa seja a razão da dicção do art. 14, § 9º, da Constituição Federal –, de sorte a excluir na maioria dos casos, os diretamente prejudicados pelas decisões do processo democrático formal.

No âmbito das inelegibilidades relativas o problema parece ser especialmente complexo, tendo em vista se cuidar de normas de impedimento à capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado), em outras palavras: regras de restrição a direitos fundamentais. Postularemos que um dos problemas nucleares é o da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites, sobretudo nos sistemas onde cabe ao Poder Judiciário, “a última palavra” na interpretação da constituição.

A discussão torna-se ainda mais complexa no âmbito das normas constitucionais eleitorais onde a “abertura” e o conseqüente de utilização de palavras “avaliatórias”; a dialética; a democracia; e a interpretação judicial ganham conotação mais direta e evidente. A declaração de inelegibilidade pelo Poder Judiciário exclui o cidadão da disputa por cargos eletivos, de tal maneira a influenciar diretamente na vontade popular para escolha de seus representantes, razões que elevam a preocupação com a motivação coerente e transparência das decisões judiciais.

Para viabilizar a nossa hipótese, analisaremos de forma crítica à luz de argumentos de princípio e da integridade do Direito alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação da constituição de 1988, especificamente no que tange às inelegibilidades do art. 14, §§ 5º e 7º. O déficit de fundamentação – insuficiente argumentação racional –, nos precedentes discutidos neste trabalho pode estar relacionado à falta de consciência sobre os problemas da teoria (ou teorias) da argumentação jurídica, o que, de certo modo, parece levar às conseqüências inter-relacionadas de utilização equivocada e ilógica da linguagem; ausência de transparência e coerência na argumentação das sentenças; bem como a dificuldade de controle das decisões judiciais.

Nesse contexto, enfatizaremos que é importante a adoção de uma teoria da argumentação como paradigma<sup>3</sup>, a fim de embasar as decisões judiciais e promover a concretização dos preceitos constitucionais que densificam os princípios. Nosso objetivo é despertar neste texto a atenção para necessidade da mudança de paradigma do Direito para se evitar a discricionariedade judicial, e tentar garantir justiça, pelo menos assegurar que casos semelhantes tenham o mesmo tratamento e solução (*universalizabilidade*). Nossa preocupação, enfim, é com a igualdade de tratamento de todas as pessoas pelas instituições jurídicas, isto é, que haja critérios uniformes de justiça nas decisões tomadas pelos juízes.

---

<sup>3</sup> Temos consciência da dificuldade de utilização deste termo, tendo em vista seu caráter polissêmico e a força que carrega por conta do pensamento de Thomas Kuhn em seu “A Estrutura das Revoluções Científicas” (KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2011). Sabemos que este autor desenvolveu o conceito de paradigma focado nas ciências exatas e biológicas, de modo que é necessária a advertência de Freitas Filho: essas ciências “possuem um grau de verificabilidade certamente mais preciso e atingível do que as ciências humanas e sociais. Assim, é com reserva terminológica que usamos o conceito de paradigma” (FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma**, Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 30). Deixaremos mais claro esse cuidado em momento próprio (ver nota de rodapé nº 60).

## CAPÍTULO I: DWORKIN E A INTEGRIDADE DO DIREITO

### 1.1 A integridade do Direito

Uma das mais difíceis tarefas do operador jurídico e dos cientistas do Direito contemporâneos é a de interpretar e aplicar a constituição.

A doutrina refere-se ao fato de que nada obstante se configurarem norma jurídica, as constituições trazem dispositivos cujo conteúdo envolve não só comandos normativos, mas opções fundamentais de um Estado e de uma sociedade em determinada época histórica; bem como a declaração de direitos fundamentais<sup>4</sup>. São preenchidas por valores fundamentais e princípios essenciais a uma determinada nação<sup>5</sup>. É composta essencialmente por “normas abertas”, que se distinguem das “normas fechadas” porque nestas o modo de aplicação é subsuntivo direto, enquanto aquelas exigem do aplicador um esforço interpretativo adicional: “a aproximação valorativa, ou seja, uma avaliação prévia do caso concreto cotejado à previsão normativa para que, considerada a situação fática específica, se possa determinar, na *ratio decidendi*, a regra a ser aplicada”.<sup>6</sup>

A razão desta especificidade identificada pela doutrina provavelmente vem da origem do constitucionalismo. Existem dois grandes modelos de constitucionalismo que se desenvolveram no século passado. Um baseado na supremacia do parlamento (“*Westminster*” *model*), onde não existia a possibilidade de restringir o poder das legislaturas eleitas democraticamente, de sorte que havia a cultura do princípio majoritário. E outro (“*United States*” (“*U.S.*”) *model*), cujo fundamento é a possibilidade de restrição do parlamento, no qual os poderes legislativos são limitados pelo texto da constituição, interpretados e reforçados pelas cortes judiciais.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 89.

<sup>5</sup> Conforme afirma Coelho: "Segundo a maioria dos doutrinadores, a diferença específica entre Lei e Constituição – da qual resultaria, por via de consequência, também a diferença entre as respectivas interpretações – residiria na peculiar *estrutura normativo-material* das cartas políticas, mais precisamente a da sua parte dogmática, onde se compendiam os chamados *direitos fundamentais*.

Como, toda a evidência, essa estrutura normativo-material é bem distinta da que possuem os preceitos infraconstitucionais, em geral, tal particularidade exigiria do intérprete da lei fundamental situar-se em perspectiva *metodologicamente* adequada ao *objeto* do seu trabalho hermenêutico" (Ibidem, p. 89).

<sup>6</sup> FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do *leasing***. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 10.

<sup>7</sup> TUSHNET, Mark V. ***New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy-Based Worries***. HeinOnline n. 38, Wake Forest L. Rev., 2003, p. 812-813.

No modelo americano a constituição é um documento escrito, distinto de outros textos, com superior hierarquia, porém, sem enunciar declaração de direitos em seu corpo. No sistema da Filadélfia houve primordialmente a preocupação com o problema da distribuição vertical (poder central federal e o poder dos estados federados) e horizontal (distribuição de poderes entre as instituições federais) de poderes. Não havia, num primeiro momento, destaque a outras matérias, como por exemplo, a proteção a direitos individuais; o núcleo das preocupações era a distribuição do poder político. Posteriormente, tendo em vista a preocupação dos antifederalistas<sup>8</sup>, houve a adição das primeiras dez emendas, as quais constituem declaração de direitos individuais fundamentais (*the Bill of Rights*).<sup>9</sup>

Assim, nos Estados Unidos da América, naturalmente, o Poder Judiciário é estruturado ao lado dos outros dois poderes, sem supremacia do parlamento, tampouco do Executivo. Historicamente, o Judiciário está inserido no debate sobre as decisões políticas de governo; e nas decisões mais importantes sobre os direitos individuais e os limites deste mesmo poder político. A separação de poderes é distinta dos sistemas da Europa Continental, tendo em vista a integração do Judiciário na constituição política da federação americana.<sup>10</sup>

É necessário destacar, ainda, que a extensão do poder político do Judiciário parece não ter relação com a adoção do sistema de controle de constitucionalidade adotado. Seja o método difuso (*judicial review* – americano) ou concentrado (europeu). Pelo menos a partir da segunda metade do século XX, há uma tendência de interferência dos juízes nas decisões políticas fundamentais.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> A forma federativa de estado surge com a Constituição dos Estados Unidos da América de 1789. Antes da promulgação da histórica constituição houve caloroso debate entre os partidários da fundação de um novo estado (federação) dotado de descentralização política e administrativa, cujos poderes seriam distribuídos entre o ente central (União) e os locais (Estados-membros), e aqueles que defendiam a manutenção da confederação, constituída de treze territórios independentes e soberanos. O debate entre federalistas e antifederalistas ensejou uma série de artigos denominados “*Os Artigos Federalistas*”, que ilustram as questões político-jurídicas centrais existentes naquela época, e possuíam o objetivo de influenciar o povo americano quanto aos benefícios da forma de governo proposta para o País, bem como esclarecer sobre a necessidade de aprovar o novo texto constitucional, resultante da Convenção da Filadélfia. As premissas estabelecidas logo na introdução da discussão eram a necessidade de um único governo e de o povo sacrificar parte de sua independência em favor do governo (HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 17). Em outras palavras: “[...] todos concordam com o povo em pensar que a prosperidade da América depende da união: para mantê-la e eternizá-la foi que a convenção atual se convocou; para eternizá-la e mantê-la foi calculado o projeto que a convenção ofereceu” (Ibidem, p. 20).

<sup>9</sup> FABRINI, Sergio. *Transatlantic constitutionalism: Comparing the United States and the European Union*. *European Journal of Political Research*, n. 43, 2004, p. 550.

<sup>10</sup> PÉREZ-PERDOMO, Rogelio Pérez; MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition – an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3. ed. California: Stanford University Press, 2007.

<sup>11</sup> ALIVIZATOS, Nicos C. *Jugdes as Veto Players*. Disponível em: <<http://jalsacademico.blogspot.com/2011/02/teoria-da-constituicao.html>>. Acesso em 20. Mar. 2011:



Nesse contexto, desenvolve-se nos Estados Unidos da América o debate entre os “conservadores” e os “intelectuais liberais clássicos” sobre o papel do Judiciário na interpretação do Direito. Por um lado, os pensadores denominados “*judicial conservatism*”; e do outro, aqueles que defendem um comportamento de mais ativismo judicial, classificados como “*judicial pragmatism*”.<sup>12</sup>

O ponto central da divergência entre as duas posições consiste em saber o quê o juiz deve fazer ao interpretar e aplicar as leis. Em outras palavras, qual o limite do poder do juiz na sindicabilidade das decisões políticas majoritárias e qual a seu poder de se opor a elas?

Os “conservadores” entendem que os juízes devem “seguir a lei” e não “fazer a lei”. Esta corrente está inserida na tradição positivista que tende a identificar a lei como “um comando da soberania, onde o soberano é ‘o povo’ que expressa sua maioria através de seus representantes nas legislaturas estaduais e no Congresso”.<sup>13</sup>

No âmbito das constituições a questão filosófica central da declaração de direitos provavelmente é analisar se os textos enunciados nas declarações são propriamente “declarados” (“reconhecidos”); ou se, pelo contrário, são constituídos, isto é, criados originalmente. A resposta depende, segundo Guastini da “adesão uma determinada corrente filosófica do direito”:

A) Os partidários do jusnaturalismo reiteram que existem “na natureza” direitos (subjativos), antecedentes a toda a disciplina positiva e independente dela; direitos, portanto, que a Constituição se limita a reconhecer. Deste ponto de vista – se poderia dizer – o texto constitucional é um texto genuinamente prescritivo (adscrever direitos é, de fato, prescrever), senão descritivo de direitos preexistentes.

B) Pelo contrário, os partidários do positivismo jurídico reiteram que não existem direitos (subjativos) preexistentes ao direito positivo, e, portanto, os direitos em questão não são reconhecidos, senão criados e adstritos aos cidadãos originariamente pela Constituição (tradução livre do autor).<sup>14</sup>

<sup>12</sup> BARNETT, Randy E. *Foreword: Judicial Conservatism v. A Principled Judicial Activism*. HeinOnline n. 10, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 10, 1987, p. 273.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 274.

<sup>14</sup> A) *Los partidarios del iusnaturalismo reiteran que existen “ en la naturaleza” derechos (subjativos), antecedentes a toda disciplina positiva e independientes de ella; derechos, por lo tanto, que la Constitución se limita a reconocer. Desde este punto de vista —se podría decir— el texto constitucional es un texto no genuinamente prescriptivo (adscribir derechos es, de hecho, prescribir), sino descriptivo de derechos preexistentes.*

B) *Por el contrario, los partidarios del positivismo jurídico reiteran que no existen derechos (subjativos) preexistentes AL derecho positivo, y que por tanto los derechos en cuestión no son reconocidos, sino creados y adscritos a los ciudadanos originariamente por la Constitución.* (GUASTINI, Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 267-268).

Além da corrente filosófica do Direito adotada, a questão passa por vários aspectos não exclusivamente relacionados à gênese e ao conteúdo do Direito e da constituição. O clássico debate entre o jusnaturalismo e o positivismo gira em torno das conexões e relações entre Direito e Moral, porém, essa ideia “pode ter muitas variantes e nem todas elas são relevantes para a caracterização do conceito de Direito”.<sup>15</sup>

Carlos Santiago Nino expõe várias teses do jusnaturalismo contraditadas pelo positivismo para demonstrar que a polêmica não se resume ao conteúdo de que a primeira corrente argumenta haver conexão intrínseca entre o Direito e Moral, enquanto o positivismo jurídico a nega. As teses enumeradas nem sempre são compatíveis entre si e podem guardar independência, o que aumenta a seguinte perplexidade: “Qual é, então, a tese sobre a relação entre direito e moral que o *jusnaturalismo* defende e que o positivismo ataca?”.<sup>16</sup>

Para responder à pergunta, o supracitado autor apresenta uma reconstrução fictícia de uma sentença judicial retirada dos processos judiciais organizados pelos aliados após a Segunda Guerra Mundial, com o fito de julgar os crimes contra a humanidade e de guerra cometidos pelos nazistas durante o regime de Hitler, em ordem a ser possível inferir de seus argumentos a pretensão de provar que a discussão está longe de ser teórica, uma vez que a escolha por uma das teses adotadas poderia apresentar significados práticos relevantes<sup>17</sup>. Desse modo, nem mesmo uma discussão considerada exclusivamente teórica escapa da prática jurídica e suas complexidades. A adoção por uma ou outra teoria parece influenciar os resultados práticos na solução dos casos postos ao Direito.

Dworkin centra sua preocupação na prática jurídica e pretende resgatar a moralidade como um valor-nominal; mesmo o mais profundo ceticismo é uma opinião sobre o quê a moralidade exige. Não haveria argumento decisivo sobre o quê é a moralidade, a levar à seguinte perplexidade: há alguma verdade objetiva?<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 17.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 17-19.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 19-30.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. *Objectivity and truth: you'd better believe it*. *Philosophy & Public Affairs*, 25, n.º 02, 1996, p. 1.

Se não existe uma verdade objetiva sobre a interpretação ou arte ou moralidade, não pode haver sucesso no mérito do pensamento artístico, moral ou jurídico; a teoria não seria de interesse no domínio acadêmico que a protege. As proposições avaliativas não são nem verdadeiras nem falsas, devem ser internas ao domínio avaliativo. Para exemplificar seu ponto de vista, o pensador americano utiliza a tese de que não existe uma resposta certa para a questão de saber se o aborto é imoral, pois essa é uma questão, por si só, de moral substantiva, que deve ser julgada e avaliada da mesma forma que qualquer outra questão moral<sup>19</sup>. Vale dizer: a assertiva a “homossexualidade é imoral” e afirmação “a homossexualidade é *objetivamente* imoral” teriam a mesma natureza. São proposições morais e possuem o mesmo significado. Ambas, portanto, mencionam que a homossexualidade é reprovável, com a única diferença de que não há nada que qualifique ou que possa qualificar uma proposição de “verdade” como mais “objetiva” do que outra.<sup>20</sup>

Seria possível, então, apreciar se uma decisão jurídica é boa ou é ruim?

Ao usar a distinção entre regras e princípios e rejeitar a tese da inexistência da resposta certa (*no-no-right-answer*)<sup>21</sup>, Dworkin está em um embate com os céticos. Combate as posições dos pragmatistas e dos desconstrutivistas, que denomina “teorias arquimedianas” (*archimedean thesis*)<sup>22</sup>, porque entendem ser impossível a apreciação objetiva da moralidade. O ponto fundamental de contraposição é que, seja na perspectiva interna, seja na externa, não

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. Op.cit., p. 2.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>21</sup> É possível descrever o ponto de vista de Dworkin sobre a *resposta correta* (*right answer*) como sendo uma tese de *negação dupla*, pois “Dworkin mounted an attack on the view that [legal positivism], just because there is no right answer in hard cases, judges must exercise a law-creating discretion. His position may therefore be described with a double negative – the ‘no-no-right-answer’ thesis. However, he combines this offensive with indications about how right answers might actually be discovered even in hard cases. This constitutes a more substantial contribution to a theory of adjudication and I shall therefore, from now on, drop the double negative and characterise Dworkin’s position as the ‘right-answer thesis’”. (HARRIS, J.W. *Legal Philosophes*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2004, p. 205-206).

<sup>22</sup> Dworkin contrapõe-se ao que denomina “convencionalismo” (o positivismo jurídico mais complexo de Hart, conforme veremos oportunamente) e ao “pragmatismo”. Nas palavras de Calsamiglia: “Dworkin llama “convencionalismo” a esta posición. El derecho se encuentra en las convenciones del pasado. El pasado determina el presente. El valor subyacente está claro. La fidelidad a la ley supone la garantía de la seguridad jurídica. El convencionalismo estricto responde que el pasado siempre determina el presente mientras que el convencionalismo moderado responde afirmativamente a la cuestión aunque reconoce la discrecionalidad judicial para el caso en el que no existe convención[...] Frente al convencionalismo nos encontramos con el “pragmatismo”. Una variante del pragmatismo es la doctrina realista. A la cuestión “cómo determina el pasado el presente” el realismo contesta con afirmaciones “terribles”. Los jueces no deben quedar limitados por las decisiones del pasado sino que tienen que administrar, justicia. Los pragmáticos contestan que el pasado no determina el presente. Los jueces deben guiarse por el criterio de justicia” (CALSAMIGLIA, Albert. *El derecho como integridad*: Dworkin. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, Working Paper n.º 25, 1990. Disponível em: <<http://www.recarcat.net/bitstream/handle/2072/1458/ICPS25.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15. mar. 2012).

existe a possibilidade de ser totalmente cético<sup>23</sup>. Desse modo, seria insustentável a posição totalmente externa (“fora do jogo”) dos céuticos (e do positivismo jurídico); se não há regra existem outros critérios e princípios para solução dos casos; basta olhar para a história. Há princípios jurídicos históricos que regem tradicionalmente aquele caso e devem ser aplicados a quem tem o direito, sem recursos às opiniões políticas pessoais e à discricionariedade dos juízes<sup>24</sup>.

Assim, retorno à indagação que parece ser um dos pontos nevrálgicos de toda a teoria *dworkiana*: é possível produzir um argumento que nos leve à verdade e à objetividade nas decisões jurídicas? Segundo Dworkin, a verdade racional é aquela buscada em princípios e na história<sup>25</sup>. Nossas opiniões sobre questões morais não são apenas reações subjetivas, mas sobre o seu caráter moral atual, ou seja, a questão é objetiva. O exemplo e a explicação ilustram sua posição:

Essa é a visão que você e eu e mais outras pessoas tem. Nós pensamos que o genocídio na Bósnia é errado, imoral, perverso, odioso. Nós também achamos que essas opiniões são verdadeiras - que pode ser suficientemente

<sup>23</sup> Em resposta aos seus críticos céuticos, Dworkin supõe: “O argumento de que estou errado, portanto, deve ser um argumento filosófico. Deve contestar minha suposição de que em um sistema jurídico complexo e abrangente é improvável que duas teses difiram a ponto de exigir respostas diferentes em algum caso e, ainda assim, adequar-se igualmente bem ao conteúdo jurídico relevante. Deve fornecer e defender alguma idéia de ceticismo, ou de indeterminação na teoria moral, que torne plausível supor que nenhuma de tais teorias pode ser preferida em detrimento da outra com base na moralidade política. Não acho que tal argumento tenha sido fornecido, apesar de certamente não ter demonstrado que isso seja impossível” (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 215-216).

<sup>24</sup> Em outras palavras: “*The most important issue subsumed within the question ‘Do and should judges legislate?’ is political and constitutional. Members of any free society disagree about how governments should treat their citizens – about how resources should be allocated, about appropriate controls on the executive, about when the state force should be applied. Positivists suppose that, unavoidably, such matters are sometimes decided by judges according to their own (the judges’) personal political opinions. (They may insist that judges should defer, whenever possible, to specific information about the intentions of promulgators of legislation; that is, adopt (what Dworkin rejects) a ‘speaker’s meaning’ model interpretation)). The thrust of Dworkin’s theory is that, whenever the materials can be read in different ways, judges should not (and do not) simply give effect to their personal views. Instead, they a responsibility to apply their convictions about what the morality to which the community is committed should be understood to entail. So long as these convictions ‘fit’ the legal materials, they reveal what the law is. The process is law-discovery, not legislation*” (HARRIS, J.W. Op.cit., p. 209-210).

<sup>25</sup> A busca da verdade objetiva com racionalidade aparentemente encaixa-se nas ideias de Max Webber. Segundo Raymond Aron, que se vale do pensamento de Webber, a investigação científica é um tipo de ação racional com relação a um objeto – a verdade –, mas o “objetivo é determinado por um juízo de valor, isto é, por um julgamento sobre o valor da verdade demonstrada pelos fatos ou por argumentos universalmente válidos”, de modo que a ação científica tenha, também, uma espécie de racionalidade em relação a um valor. A ciência de Weber seria objetiva, mesmo diante de valores, porque ele distinguia julgamento de valor de relação aos valores. O primeiro seria pessoal e subjetivo. Nos segundos não haveria um julgamento de valor, mas o relacionamento da matéria estudada com um valor, que seria a liberdade política. Para que o cientista determine seu objeto de estudo, “está obrigado a fazer uma opção com respeito à uma realidade: uma seleção dos fatos e a elaboração de conceitos que exigem um procedimento do tipo *relação aos valores*” (ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Trad. Sérgio Bath, 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 730 e 737-738).

seguro, neste caso, pelo menos, como a dizer que nós sabemos que elas são verdadeiras - e que as pessoas que discordam estão cometendo um grande erro. Nós pensamos, além disso, que as nossas opiniões não são apenas reações subjetivas à idéia de genocídio, mas as opiniões sobre seu caráter moral real. Achamos que, em outras palavras, que é uma questão objetiva - uma questão de como as coisas realmente são - que o genocídio é errado (tradução livre do autor).<sup>26</sup>

Assim, Dworkin aparentemente assume uma postura para argumentar sobre a existência de uma moral objetiva. Os julgamentos morais seriam limitados por parâmetros, dos quais o primeiro deles é a linguagem. Este argumento é contra os neopragmatistas. O que ele propõe é que existe sim uma moralidade objetiva extraída de um contexto (equilíbrio reflexivo)<sup>27</sup>; a qual, segundo a integridade, é buscada na história. É possível na reiteração de um padrão buscar uma objetividade nas decisões (“olhar para a história”).<sup>28</sup>

Desse modo, a teoria de Dworkin é peculiar, entre outros aspectos, porque admite como fontes do Direito não apenas as convenções e as deliberações, que fornecem elementos formais para a identificação do Direito. A moralidade não convencional, sustentada em proposições substanciais, também. A completude do ordenamento jurídico é construída a partir da compreensão da citada moralidade, tão comum nas práticas cotidianas dos juristas, e da demonstração de que os direitos se originam não apenas de regras expressas, mas, também, de princípios morais substantivos. Conforme afirmamos acima, Dworkin pretende resgatar a moralidade como um valor nominal. Ele faz diversas considerações sobre a neutralidade e a austeridade do ceticismo sobre a moral. Para Dworkin mesmo o mais profundo ceticismo é uma opinião sobre o quê a moralidade exige, e não haveria argumento decisivo sobre questões

<sup>26</sup> That is the view you and I and most other people have. We think that genocide in Bosnia is wrong, immoral, wicked, odious. We also think that these opinions are true – we might be sufficiently confident, in this case at least, as to say that we know they are true – and that people who disagree are make a bad mistake. We think, moreover, that our opinions are not just subjective reactions to the idea of genocide, but opinions about its actual moral character. We think, in other words, that it is an objective matter – a matter of how things really are – that genocide is wrong (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 3).

<sup>27</sup> John Rawls explica: “Na procura da descrição mais adequada dessa situação trabalhamos em duas frentes. Começamos por descrevê-la de modo que represente condições amplamente aceitas e de preferência fracas. Verificamos, então, se essas condições têm força suficiente para produzir um conjunto significativo de princípios. Em caso negativo, procuramos outras premissas igualmente razoáveis. Em caso afirmativo, porém, e se esses princípios forem compatíveis com nossas convicções ponderadas de justiça, então até este ponto tudo vai bem. Mas é possível que haja discrepâncias. Nesse caso, temos uma escolha. Podemos modificar a caracterização da posição inicial ou reformular nossos juízos atuais, pois até os juízos que consideramos pontos fixos provisórios estão sujeitos a reformulação. Com esses avanços e recuos, às vezes alterando as condições das circunstâncias contratuais, outras vezes modificando nossos juízos para que se adaptem aos princípios, suponho que acabemos por encontrar uma descrição da situação inicial que tanto expresse condições razoáveis como gere princípios que combinem com nossos juízos ponderados devidamente apurados e ajustados. Denomino esse estado de coisas equilíbrio reflexivo” (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 24-25).

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. Op.cit., 2005, p. 16.

do que não é ou não inclui premissas e pressupostos sobre o “quê” é ou para o “quê” é a moralidade. Até porque a moralidade seria uma dimensão da nossa experiência, distinta e independente, e que exerceria a sua própria soberania.<sup>29</sup>

O que me parece importante, especialmente para o presente trabalho, entre outros aspectos, tendo em conta a concepção de moral objetiva posta, é a utilização do pensamento de Dworkin como contraponto à cultura e à prática formalista dos juízes e demais praticantes do Direito, ou seja, a insurgência contra parte de nossa tradição positivista legalista de matriz *kelseniana*<sup>30 31</sup>, pois esta, aparentemente, impossibilita a crítica e o controle das decisões judiciais.<sup>32</sup>

Herbert L.A. Hart, positivista contemporâneo<sup>33</sup> e o principal destinatário das críticas de Dworkin, preocupa-se em separar Direito e Moral. Esta preocupação é apresentada como avanço na análise do fenómeno jurídico de formação da justiça, a qual

é tradicionalmente concebida como mantendo ou restaurando um *equilíbrio* ou uma *proporção*, e o seu preceito condutor é frequentemente formulado

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. Op.cit., 1996, p. 3-4.

<sup>30</sup> No século XX, é engenho de Hans Kelsen, na Teoria Pura do Direito, a elaboração de uma estrutura de organização do direito que se caracteriza pela pureza, por isolar a norma como único objeto do direito; exclui valores, a moral, a justiça e outros aspectos que são questões de política do Direito, mas não científicas. Segundo Kelsen: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento tudo o quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”(KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 1).

<sup>31</sup> É possível postular que a Teoria Pura do Direito de Kelsen admite que não é a prática do Direito que é “pura”, porquanto “Kelsen believed that statements of positive of Law were not statements of moral or political value, nor yet statements of fact; and it was the business of theory to work out a conception of law wich would reflect this feature of discourse. Hence ethical or sociological definitions of law were to be rejected. In a sense the word ‘pure’ in ‘the pure theory of law’ has got into wrong place. Kelsen’s is a theory about pure legal-information-giving. The theory itself cannot be pure. It is sound, or it is not”. (HARRIS, J.W. Op.cit., p. 66).

<sup>32</sup> Segundo Freitas Filho são características deste “modelo paradigmático juspositivista”: “a) inspiração doutrinária no positivismo, normativismo, formalismo; b) idéia de Direito como um sistema estático, fechado, autónomo em relação ao meio social; c) racionalidade formal (interna ao sistema); d) acesso à justiça restrito, regulado pelo direito processual de maneira rigorosa por critérios basicamente formais; e) discricionariedade operada por delegação estrita, segundo determinação do direito processual; f) o método enfatizado é lógico-dedutivo exegético; g) o alcance das sentenças é retrospectivo, dada a valorização da função repressora e restitutiva das leis; h) qualificação/práxis – delegação estrita, segundo determinação do direito processual (em oposição a um conhecimento científico de caráter histórico-sociológico fundado numa teoria da justiça e funcionando como instrumento de engenharia social)” (FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 43-44).

<sup>33</sup> NINO, Carlos Santiago. Op.cit., p. 36.

como ‘tratar da mesma maneira os casos semelhantes’; ainda que devamos acrescentar a este último ‘e tratar diferentemente os casos diferentes’.<sup>34</sup>

Arremata Hart:

A justiça constitui em segmento da moral que se ocupa primariamente, não com a conduta individual, mas com os modos por que são tratadas classes de indivíduos. É isto que dá à justiça a sua especial relevância na crítica do direito e de outras instituições públicas ou sociais. Trata-se da mais jurídica das virtudes e da mais pública delas. Mas os princípios de justiça não exaurem a ideia de moral; e nem toda a crítica do direito com fundamentos morais é feita em nome da justiça.<sup>35 36</sup>

Hart considera que o Direito não pode ser entendido apenas em perspectiva externa, mas interna, também. Há centralização na perspectiva empírica da teoria, porquanto sua tese descreve a realidade. A norma de reconhecimento de Hart é um fazer (práticas sociais); não é um ponto de partida ideal (metafísico), o que a diferencia da *grundnorm* (norma hipotética fundamental) de Kelsen<sup>37</sup>. A norma de reconhecimento é realmente empírica. A estrutura do Direito proposto constitui um modelo de regras, a saber: primárias (normas de conduta); e secundárias (normas de reconhecimento, câmbio e adjudicação).<sup>38</sup>

Dworkin, por considerar esta visão a mais depurada de positivismo, critica explicitamente o posicionamento de Hart sobre a justiça formal e considera perigosa a

<sup>34</sup> HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1994, p. 173.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>36</sup> A concepção de justiça de Kelsen é distinta da sustentada por Hart, pois centrada na conduta humana, ou seja, naquilo que pode ser valorado em relação ao outro indivíduo em uma conduta específica, de modo que "A justiça é, portanto, a qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração da conduta" (KELSEN, Hans. **O problema da Justiça**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4).

No pensamento positivista do citado jurista é ponto fundamental a existência de independência entre a norma de justiça e a norma de direito positivo, de sorte que o conflito entre elas se resolve no campo da validade, pois duas normas não podem ser consideradas simultaneamente válidas. Nas suas palavras: "Seria um contra-senso presumir que o direito positivo pode ser justo mas não pode ser injusto. Se o direito positivo não pode ser injusto, também não pode ser justo. Ele apenas pode ser justo ou injusto, ou nem justo nem injusto. Abstrair da validade de toda e qualquer norma de justiça, tanto da validade daquela que está em contradição como uma norma jurídica positiva como daquela que está em harmonia com uma norma jurídica positiva, ou seja, admitir que a validade de uma norma do direito positivo é independente da validade de uma norma de justiça - o que significa que as duas normas não são consideradas como simultaneamente válidas - é justamente o princípio do *positivismo jurídico*" (*Ibidem*, p. 11).

<sup>37</sup> Acima da constituição histórica, apenas a norma hipotética fundamental (*grundnorm*), de origem metafísica, por não encontrar seu fundamento de validade em outra norma superior: "Chamamos de norma "fundamental" a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade podem ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem. Esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui o vínculo entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem" (KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 116). No mesmo sentido KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 51-52.

<sup>38</sup> HART, H.L.A. *Op.cit.*, p. 122-128.

separação absoluta, sem o reconhecimento de princípios de justiça material preestabelecidos, entre Direito e Moral. Sem perder sua proposta de resolver problemas práticos do Direito, argumenta “que na prática jurídica dos tribunais a distinção entre direito e a moral não é tão clara como sustentavam os positivistas”.<sup>39</sup>

Acreditamos que, atualmente, é necessário refletir sobre essa tradição, daí a importância do pensamento de Dworkin. Entre os questionamentos mais fortes ao positivismo está o risco de arbítrio, porquanto os juízes se limitarão a repetir a expressão da maioria, por meio da metodologia da impossibilidade de construção de normas para o caso concreto e da limitação à intenção original do texto, bem como a possibilidade da discricionariedade nos casos de lacuna para resolver casos difíceis (*hard cases*).<sup>40</sup>

Relativamente ao último problema – discricionariedade judicial e *hard cases* –, Hart entende que o Direito deve responder a todas as questões juridicamente suscitadas, mesmo nos casos difíceis (lacunas para Hart); na hipótese de não ser possível a solução, o juiz usa seu poder discricionário e “cria o Direito” aplicável ao caso. Essa criação, na visão de Hart, só pode ocorrer em casos não regulados pela norma-regra; seria oriunda de uma fonte externa e alheia ao Direito; e não pode ser arbitrária, tendo em vista a existência de limites substanciais, sobretudo o que seria admitido pelos usos e costumes, ou seja, pelo que seria socialmente aceitável<sup>41</sup>. Esse é um dos fundamentais pontos de divergência entre Hart e Dworkin e alvo das mais severas críticas do último.

Para Dworkin mesmo quando se trata de discricionariedade em sentido forte [“quando nenhuma regra regula o caso”] o juiz tem o dever legal de decidir de uma determinada forma. É a tese da resposta certa (*no-no-right-answer*). Argumenta Dworkin:

Em minha argumentação, afirmo que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, tem o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> CALSAMIGLIA, Albert. **Prefácio à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin *Derechos en Serio***. Barcelona: Ariel, 1984. [on line] Trad de Patrícia Sampaio. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/patdwork.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html)>. Acesso em: 15 mar. 2012.

<sup>40</sup> Hart difere de Dworkin quanto à denominação do problema das “lacunas”. O que Hart, e de resto o positivismo, denomina “lacunas”, Dworkin chama de *hard cases* (casos difíceis). Mas a essência é a mesma; ocorrem quando não há lei positiva a reger o caso concreto.

<sup>41</sup> IKAWA, Daniela R. Hart. Dworkin e Discricionariedade. **Lua Nova**, nº 61, 2004, p. 112-113.

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127-128.



Assim, ambos os autores partem do mesmo problema inicial da incompletude ou completude dos sistemas jurídicos; a distinção estaria na solução dada por cada um deles. Os dois admitem que a regra de reconhecimento se exaure, porém, Hart considera que no momento do exaurimento da lei há a passagem para a discricionariedade em sentido forte do juiz, enquanto Dworkin considera a lacuna “uma falha na teoria da regra social”<sup>43</sup>. A divergência ocorre porque “Um sistema pode ser dito bifásico ou monofásico de acordo com a existência ou não de um momento de discricionariedade forte do juiz”<sup>44</sup>. É possível denominar o sistema da regra social de reconhecimento de Hart de sistema bifásico, enquanto Dworkin, tendo em vista sua “análise holística das instituições e da moral de uma comunidade”, seria identificado como sistema monofásico<sup>45</sup>. O esgotamento da lei conduziria à próxima fase do sistema bifásico, cuja característica é a liberdade do juiz (discricionariedade em sentido forte), perspectiva inexistente no sistema monofásico.

Dworkin analisa a ausência de lei a regular o caso concreto – a ação judicial –, de modo a não aceitar a possibilidade de existir “o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra”<sup>46</sup>, porquanto considera que nesses casos o juiz, conforme a teoria positivista, na verdade, “legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão”.<sup>47</sup>

Nessa perspectiva, haveria apenas uma decisão (resposta) correta para cada caso, fundamento central e diferenciador do construtivismo *dworkiano*. O ataque ao positivismo, nesse ponto, deve-se à base de sua filosofia jurídica nos direitos individuais, principalmente no direito à igual consideração e respeito, que seriam “trunfos” frente à maioria (objetivos coletivos)<sup>48</sup>. Assim, a função do juiz seria acudir esses direitos, mesmo que exista lacuna legal (*hard cases*), com recurso aos princípios tradicionalmente construídos ao longo da história,

<sup>43</sup> Na visão Günther: “Dworkin argumenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga recorrer a direitos ou a argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva e, por isso, também não podem ser identificados inequivocamente por meio de uma regra de reconhecimento” (GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Cláudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 268).

<sup>44</sup> IKAWA, Daniela R. Hart. Op.cit., p. 101.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 127.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 127.

<sup>48</sup> Dworkin, assim como John Rawls, “defende que, por mais que contribua para o bem-estar geral, nenhuma política social pode ser justificada se violar direitos individuais” (SANDEL, Michael J. **O liberalismo e os limites da justiça**. Trad. Carlos E. Pacheco do Amaral. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 184). A semelhança entre os dois autores no ponto de vista dos direitos individuais como “trunfos”, pode ser apresentada de modo mais geral: “As posições de Rawls e de Dworkin são também semelhantes num sentido mais geral. Uma e outra são teorias baseadas em direitos perspectivados em oposição explícita às concepções utilitaristas, ao mesmo tempo que procuram defender certas reivindicações individuais contra o cálculo do interesse social” (Ibidem, p. 187).

entretanto, sem estabelecer novos direitos retroativos. Essa hipótese da teoria de Dworkin centraliza, de certo modo, o problema do Direito na decisão jurídica<sup>49</sup>. Para essa tarefa desenvolve, em síntese, o seguinte esquema:

A) Em todo processo judicial existe um juiz que tem a função de decidir o conflito; B) Existe um direito a vencer no conflito e o juiz deve indagar a quem cabe vencer; C) Este direito a vencer existe sempre, ainda que não exista norma exatamente aplicável; D) Nos casos difíceis o juiz deve conceder a vitória a uma parte baseando-se em princípios que lhe garantem o direito; E) Os objetivos sociais estão subordinados aos direitos e aos princípios que o fundamentam; F) O juiz – ao fundamentar sua decisão em um princípio preexistente – não inventa um direito nem aplica a legislação retroativa: se limita a garanti-lo.<sup>50</sup>

Como podemos observar pelo esquema proposto, é claro que os juízes devem seguir a lei, porém, esta é desenhada em uma perspectiva distinta; as proposições legislativas abarcam normas substantivas e *standards* valorativos da legislação. Em outras palavras: “Juízes são, por conseguinte, inevitavelmente responsáveis pelo desenvolvimento, justificação e aplicação das normas substantivas e *standards* de normatização de avaliação das condutas humanas – incluindo a conduta dos legisladores atuando coletivamente”.<sup>51</sup>

Nesse sentido, a ideia proposta por Ronald Dworkin é de que o juiz é apenas um garantidor dos direitos individuais, de modo a guardar relação com a conceituação que se atribui ao Direito e sua divergência teórica. A teoria construtivista de Dworkin<sup>52</sup> tem a pretensão de solucionar problemas práticos de forma prescritiva e não apenas descritiva (tradição da doutrina até hoje)<sup>53</sup>; de alterar a noção de Direito; contrapor-se à perspectiva da separação radical entre Direito e Moral sustentada pelo positivismo jurídico, principalmente de Hart; e intenciona “criar e defender uma teoria particular sobre os fundamentos

<sup>49</sup> É possível argumentar que o que distingue o Direito das demais ciências são seu objeto e método, de sorte que a função dos praticantes do Direito é fazer juízos sobre fatos. O problema da dogmática do Direito, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, é no fundo a decidibilidade (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 63). A práxis jurídica revelaria uma combinação entre modelos. “O jurista, ao enfrentar a questão da decidibilidade, raras vezes se fixa num só modelo, mas utiliza os modelos em conjunto, dando ora primazia a um deles e subordinando os demais, ora colocando-os em pé de igualdade”. A Ciência Jurídica se constitui como uma *arquitetônica* de modelos, ou seja, “como uma atividade que os subordina entre si tendo em vista o problema da decidibilidade (e não de uma decisão concreta)” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 105-108).

<sup>50</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Op.cit.

<sup>51</sup> Tradução livre do autor: “*Judges are therefore inescapably responsible for developing, justifying, and applying substantive rules and standards for normatively evaluating human conduct – including the conduct of legislators acting collectively*” (BARNETT, Randy E. Op.cit., p. 276).

<sup>52</sup> IKAWA, Daniela R. Hart. Op.cit., p. 97.

<sup>53</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Op.cit.

apropriados do direito”<sup>54</sup>. Uma das principais preocupações de Dworkin “é afastar a possibilidade da edição, por parte do juiz, de leis novas, *ex post facto*, desconsiderando, desse modo, direitos individuais pré-existentes”.<sup>55</sup>

Para ilustrar o objetivo das propostas teóricas de Dworkin, especificamente no prefácio do livro *O Império do Direito*, há a seguinte declaração:

O presente livro expõe, de corpo inteiro, uma resposta que venho desenvolvendo aos poucos, sem muita continuidade, ao longo de anos: a de que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa dessas práticas as melhores possíveis. Segundo esse ponto de vista, a estrutura e as restrições que caracterizam o argumento jurídico só se manifestam quando identificamos e distinguimos as diversas dimensões, freqüentemente conflitantes, do valor político, os diferentes fios entretecidos no complexo juízo segundo o qual, em termos gerais e após exame de todos os aspectos, uma interpretação torna a história do direito a melhor de todas.<sup>56</sup>

Mesmo com as premissas das distinções históricas e das formações diferentes dos ordenamentos de cada país acima destacadas, o certo é que a discussão gira em torno do conceito, natureza e extensão da lei, da constituição e do Direito. Por esta razão os problemas que se desenvolveram estão presentes nos Estados Unidos da América até hoje; é notado em todo o resto do mundo ocidental, com mais ou menos intensidade.

No Brasil não é diferente. Os pressupostos parecem ser os mesmos. A questão essencial aparentemente é a disputa entre os poderes. Para simplificar, a luta por espaços vazios de poder ou de conflito evidente, quando um dos poderes quer tomar para si as competências do outro, de modo que estão presentes os elementos da legitimidade do Judiciário em restringir decisões majoritárias; o papel dos juízes no processo de decisões políticas fundamentais; e os limites do majoritarismo em face dos direitos e garantias individuais. Ademais, compartilhamos da ideia segunda a qual “para os juristas continentais pode ser de grande utilidade o contato com a filosofia jurídica norte-americana”<sup>57</sup>, tendo em vista o “academicismo” e o “método de abstração generalizante” que caracterizam os sistemas continentais. Segundo Calsamiglia:

<sup>54</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 15.

<sup>55</sup> IKAWA, Daniela R. Hart. Op.cit., p. 100.

<sup>56</sup> DWORKIN, Ronald. Op.cit., p. XI.

<sup>57</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Op.cit.

Dworkin, seguindo uma antiga tradição americana, parte de problemas muito concretos e não aceita o postulado formalista de separação absoluta entre o aspecto descritivo de uma teoria e seu aspecto normativo. A teoria jurídica de Dworkin não apenas tem funções cognoscitivas, mas também funções práticas de adequação do direito à mudança social. A utilização das capacidades humanas para resolver problemas justifica a existência da teoria jurídica. O enfoque de problemas concretos e a análise de suas conseqüências são necessários em âmbito cultural como nosso em que o saber jurídico mais desenvolvido – a dogmática – se refugiou em um esplendoroso isolamento para evitar a debilidade de suas proposições.<sup>58</sup>

Portanto, não importa qual o lado da discussão preferimos, se “conservadores” ou “ativistas”, parece que os juízes não devem ser alijados do debate, embora a academia seja o fórum mais adequado para o aprofundamento crítico do conclave. Um dos pontos de vista centrais desenvolvido neste texto, diante de tão complexa questão, sem importar a corrente hermenêutica adotada, é que o positivismo jurídico<sup>59</sup> expõe sua deficiência nas respostas aos problemas constitucionais e de resto sobre o próprio conceito de Direito.<sup>60 61</sup>

<sup>58</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Op.cit., 1984.

<sup>59</sup> “O termo positivismo não é, sabidamente, unívoco. Ele designa tanto a doutrina de Auguste Comte, como também aquelas que se ligam à sua doutrina ou a ela se assemelham” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Op.cit., p. 31). As teses de Comte foram a base comum para o positivismo do século XIX, “Daí surgiu, finalmente, a negação de toda metafísica, a preferência dada às ciências experimentais, a confiança exclusiva no conhecimento de fatos etc.” (Ibidem, p. 31). O positivismo não foi apenas uma tendência científica, mas uma contraposição ao período anterior marcado pelo “arbítrio inconstante do poder da força”. Estava ligado à necessidade de segurança da sociedade burguesa, que clamava por uma sistematização do Direito. Surge então a Escola da Exegese, segunda a qual “A tarefa do jurista circunscreveu-se, a partir daí, cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento dos seus fundamentos, descambando, por fim, para o chamado ‘positivismo legal’ (*Gesetzpositivismus*), com a autolimitação da Ciência do Direito ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese da ‘estatalidade do direito’” (Ibidem, p. 32).

O positivismo legal era caracterizado: pela inexistência de lacunas, uma vez que se tratava de um “sistema fechado”. As lacunas eram aparentes e deviam sofrer uma correção, no ato interpretativo, não com a criação de uma lei nova, específica para o caso, mas “pela redução de determinado caso à lei superior na hierarquia lógica” (Ibidem, p. 33); e pela idéia de sistema como método, “como instrumento metódico do pensamento, ou ainda da ciência jurídica” (Ibidem, p. 34); ligando-se a ela o procedimento construtivo e o dogma da subsunção.

<sup>60</sup> Sobre o exaurimento do paradigma positivista, ver FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 38-44. Sobre a superação do paradigma positivista e a contribuição de Dworkin ver também CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. Tradução: Raíssa R. Mendes - Revisão: Menelick de Carvalho Netto **Cadernos da Escola do Legislativo**: Belo Horizonte, 3(5): 27-71, jan/jun.1997.

<sup>61</sup> É possível sustentar, forte nos argumentos de Tomas S. Kuhn, que essa – o positivismo jurídico –, seria a prática da ciência normal, isto é, “a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas” (KUHN, Thomas S. op.cit., p. 29), e que o positivismo jurídico se constitui em um paradigma (ibidem, p. 30), entretanto, seria um paradigma em crise, tendo em vista seu fracasso em solucionar os problemas atualmente postos à ciência e à prática do direito. Segundo Kuhn a crise da ciência normal é: “A emergência de novas teorias é geralmente precedida por um período de insegurança profissional pronunciada, pois exige a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas e técnicas da ciência normal. Como seria de esperar, essa insegurança é gerada pelo fracasso constante dos quebra-cabeças da ciência normal em produzir resultados esperados. O fracasso das regras existentes é prelúdio para uma busca de novas regras” (Ibidem, p. 95). Em outras palavras: as crises além de debilitarem o modelo teórico anterior fornecem “os dados adicionais necessários para uma alteração fundamental de paradigma” (Ibidem, p. 121). É certo que Kuhn fala às ciências naturais (hard; não-contingentes), contudo, parece ser possível falar

Este trabalho não tem o objetivo de defender a existência de uma “nova hermenêutica” constitucional, de um “pós-positivismo”<sup>62</sup>, ou “neo-constitucionalismo”<sup>63</sup>. Não é esse o ponto, tendo em vista compartilharmos o pensamento que essas expressões não passam de um “modismo”, seja porque repetem em outros termos lições clássicas do direito brasileiro, seja pela total ausência de uma base teórica forte a sustentar a existência de uma nova vertente filosófica do Direito. Parece que se trata de um movimento ideológico, cujo objetivo é subverter os arranjos institucionais duramente construídos pela comunidade brasileira e justificar os excessos cometidos indevidamente pelas funções jurídico-políticas, principalmente aquelas com incumbência de interpretar a lei e a constituição, que ficam livres para dar às normas o sentido que bem entenderem.<sup>64</sup>

O risco da aceitação sem reflexão desses “novos” movimentos e teorias acrescenta importância à outra noção de constituição. É possível afirmar que a constituição seja alicerce de uma comunidade de princípios, cujo processo decisório é embasado em valores morais ali estabelecidos. Segundo Dworkin comunidades políticas têm uma vida comunitária que é parte do que determina se a vida de seus membros é boa ou ruim<sup>65</sup>. Em outras palavras: “Cidadãos se identificam com sua comunidade política quando eles reconhecem que a comunidade tem uma vida comum, e que o sucesso ou o fracasso de suas próprias vidas é eticamente dependente do sucesso ou do fracasso da vida comunitária”.<sup>66</sup>

A visão de constituição de Dworkin é coerente com sua proposta de integridade, pois ele entende que “As leis conciliatórias [acordos constitucionais, por exemplo] são as mais glamorosas violações do ideal de integridade, e não são desconhecidas em nossa história

---

em crise do paradigma positivista jurídico com a cautela de considerar o conceito de paradigma “como o conjunto de crenças dos operadores do Direito, independentemente de sua atividade profissional ou até científica, que possui uma certa unidade e uma aceitação pela comunidade dos próprios operadores” (FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 30). Haveria, nesse sentido, uma crise do direito (Ibidem, 2003, p. 47-48).

<sup>62</sup> A referida “nova” teoria ou corrente não se dá ao trabalho sequer de discutir a ambiguidade existente por traz da palavra “positivismo”. A que “positivismo” jurídico o termo “pós-positivismo” remete? Sobre as inúmeras vertentes do positivismo jurídico consultar, também: NINO, Carlos Santiago. Op.cit., p. 35-50.

<sup>63</sup> As expressões são utilizadas e conhecidas nas seguintes referências bibliográficas: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em 15. nov. 2005.

<sup>64</sup> HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, ano 96, vol. 859, maio de 2007, p. 87-88.

<sup>65</sup> DWORKIN, Ronald. “*Liberal Community*”. In *Liberalism and Its Critics*, edited by Michael J. Sandel, 205-23. New York: New York University Press, 1984, p. 207.

<sup>66</sup> Tradução livre do autor: “*Citizens identify with their political community when they recognize that the community has a communal life, and that the success or failure of their own lives is ethically dependent on the success or failure of that communal life*” (ibidem, p. 217).

política”; a Dworkin importa mais “que a comunidade como um todo, e não apenas as autoridades individualmente consideradas, deva atuar de acordo com princípios”<sup>67</sup>, ou seja, a constituição pode violar a integridade do direito, princípio que não pode ser desprezado nem diante de normas constitucionais.

É importante uma explicação, neste ponto. A integridade idealizada por Dworkin é uma virtude política; um princípio que se subdivide em outros dois, a saber: um legislativo, “que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente”; e outro judicial, “que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido”<sup>68</sup>. Essa virtude apresenta-se juntamente com a justiça e a equidade. Na medida em que é comum haver conflito entre justiça e equidade, tendo em vista a necessidade constante de escolha entre uma delas para decidir que programas políticos apoiar, a integridade “é um terceiro e independente ideal”, que às vezes deve prevalecer sobre as outras duas virtudes.<sup>69</sup>

No âmbito do princípio da integridade legislativa, Dworkin argumenta que “considera a própria comunidade como um agente moral, distinto, porque as práticas sociais e intelectuais que tratam a comunidade dessa maneira [com fundamento na integridade] devem ser protegidas”<sup>70</sup>, de sorte a se constituir em uma “forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva”<sup>71</sup>. Para o autor, a integridade complementa os contratos sociais – especialmente os propostos por Kant e Rousseau –, no ideal de autolegislação, porquanto ela alicerça a coerência da legislação em princípio, a permitir ao cidadão que se considere autor do conjunto de leis<sup>72</sup>. Vale dizer: “Um Estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendem impor-lhes deveres”<sup>73</sup>. Segundo Günther:

O ideal de tomar decisões a respeito de normas jurídicas em concordância com uma teoria política completamente coerente foi ampliado por Dworkin, sob conceito de *integrity*. Ainda que surja como princípio independente, ele obtém a sua importância apenas ao lidar com outros princípios fundamentais de uma comunidade política, como lealdade, justiça e devido processo legal

<sup>67</sup> DWORKIN, Ronald. Op.cit., p. 223-224.

<sup>68</sup> Idem, 2007, p. 211.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 215.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 227.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 228.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 229.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 232.

(*due process*); e isso, com a virtude de lidar coerentemente com estes princípios, expressa-se na máxima de tratar casos iguais de modo igual.<sup>74</sup>

A integridade parece ter a função de alterar a clássica ideia de distinção do Direito e do próprio Estado por meio da força coercitiva, porquanto “nenhuma política geral que tenha por fim manter o direito com mão de ferro poderia justificar-se se o direito não fosse, em termos gerais, uma fonte de obrigações genuínas”<sup>75</sup>. A “força coercitiva” é aceita como legítima pela comunidade, quando coerente com os princípios, a caracterizar “uma concepção atraente do direito”. A adoção da integridade como parte fundamental da política da comunidade de princípios, apresenta uma melhor defesa da legitimidade política de que outros modelos. Parece que a proposta de Dworkin é aplicar a virtude política da integridade ao Direito, de modo a torná-lo legítimo e mais consentâneo com as escolhas morais que os Tribunais são obrigados a fazer cotidianamente<sup>76</sup>. Pedimos licença para transcrever longo excerto do pensamento de Dworkin, em livro já várias vezes citado neste trabalho, mas que se faz necessário por resumir o ideal político da integridade:

Está aqui, portanto, nossa defesa da integridade, a razão para nos empenharmos em ver, até onde seja possível, seus princípios acerca da legislação e da jurisdição nitidamente presentes em nossa vida política. Uma comunidade de princípios aceita a integridade. Condena as leis conciliatórias e as violações menos clamorosas desse ideal como uma violação da natureza associativa de sua profunda organização. Leis resultantes de um compromisso interno não podem ser vistas como decorrentes de um sistema coerente de princípios; pelo contrário, servem ao objetivo incompatível de uma comunidade baseada em regras, que é o de encontrar um meio-termo entre as convicções ao longo das linhas de poder. Contradizem, em vez de confirmar, o engajamento necessário para transformar uma sociedade política ampla e diversa em uma verdadeira, e não em uma simples comunidade: a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios. Uma comunidade de princípios, fiel a essa promessa, pode reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade associativa, podendo, portanto,

<sup>74</sup> GÜNTHER, Klaus. Op.cit., p. 269-270.

<sup>75</sup> DWORKIN, Ronald. Op.cit., p. 232.

<sup>76</sup> Explica Günther: “Assim como no caso da legislação, um princípio ou um objetivo político não poderá impor-se deixando de lado outros direitos, também o *principle of integrity in adjudication* [princípio da integridade em adjudicação] exige que casos iguais sejam tratados de modo igual não em vista de uma norma isolada ou de um determinado caso precedente, mas conforme uma quantidade coerente de princípios que, em última análise, deverá ser compatibilizada com a moral política da comunidade. Também nesse ponto ele funciona em si como um princípio de relacionamento que, apontando para além da aplicação de uma determinada regra isolada, realiza-o em um contexto coerente que examina virtualmente todos os direitos relevantes e princípios. Uma comunidade política trata dos seus membros de modo desleal quando aplica as regras e os princípios estabelecidos de um modo que, mesmo consistente, seja de fato arbitrário. O pleito por tratamento igual se estende a todos os direitos e princípios, cujos bordos forem abertos para princípios políticos e morais fundamentais de uma comunidade” (DWORKIN, Ronald. Op.cit., p. 271).

reivindicar a autoridade moral – suas decisões coletivas são questões de obrigação, não apenas de poder – em nome da fraternidade.<sup>77</sup>

Diante da “comunidade de princípios” a busca, aparentemente, é por razões que justifiquem a permissão às decisões judiciais de usar a força contra o indivíduo ou de recusar esse mesmo uso quando necessário; “nós procuramos um tipo de conhecimento: a subespécie do conhecimento moral que concerne à natureza e escopo dos direitos individuais”<sup>78</sup>. Para configuração deste tipo de conhecimento é relevante o valor da opinião pública, seja quando há consenso sobre a violação dos direitos individuais (*easy cases*) – são fáceis exatamente porque há consenso –, ou nas hipóteses em que a opinião pública é contra as reivindicações de direitos individuais (*hard cases*), por isso mesmo situações de difícil solução. Isto é, a opinião pública é circular e distingue quais são os casos de fácil decisão judicial daqueles difíceis.<sup>79</sup>

Outros dois tipos de conhecimento moral para justificação são a força histórica da tradição legal, veiculada pela doutrina e pela jurisprudência; e a força da razão. Juízes e professores partilham suas experiências e pensamentos sobre o que é o Direito. De suas penas saem os consensos para definição apropriada das fronteiras da argumentação. É desta injeção de conhecimento que se forma a tradição, a qual contém e transmite os limites da informação moral<sup>80</sup>. Já a força da razão possibilita que as decisões sejam exaradas com racionalidade.<sup>81</sup>

Provavelmente a vantagem da teoria é a explicação da ideia de uma consideração imparcial de todos os sinais característicos relevantes de uma situação, ou seja, ele não se restringe à interpretação da lei. Freitas Filho afirma:

Pensador importante na teoria jurídica do século XX, Dworkin colocou em pauta a discussão sobre os limites do direito e sobre o problema da teoria das fontes. Em sua teoria, o direito não é somente norma posta nem somente normas na forma de regras. Defende que os princípios são partes integrantes do direito e pretende dar suporte a tal afirmação analisando o que fazem os tribunais. Suas idéias tiveram o mérito de suscitar uma intensa discussão sobre a natureza dos princípios e sobre seu método de aplicação.

Em síntese, a construção de Dworkin tem fundamento na teoria da justiça de John Rawls, é crítica da concepção positivista e, ao sustentar que o direito é

<sup>77</sup> DWORKIN, Ronald. Op.cit., p. 257-258.

<sup>78</sup> Tradução livre do autor: “we seek a kind of knowledge: the subset of moral knowledge that concerns the nature and scope of individual rights” (BARNETT, Randy E. Op.cit., p. 281).

<sup>79</sup> Idem, 1987, p. 281.

<sup>80</sup> Ibidem, p. 281.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 284.



composto não somente de regras, mas também de princípios, traz para o âmbito jurídico elementos da moral.<sup>82</sup>

Creio essencial não perder de vista a inspiração de Dworkin no liberalismo progressista de John Rawls, conforme destacado na citação acima<sup>83</sup>, autor com o qual pretendo dialogar na crítica às decisões objeto da presente dissertação<sup>84 85</sup>. Rawls estabelece os dois princípios da justiça como o (I) princípio de iguais liberdades fundamentais, ou seja, “cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas”; e (II) o princípio de diferença, segundo o qual “as desigualdades sociais e econômicas devem ser dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que

<sup>82</sup> FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 224.

<sup>83</sup> A obra de John Rawls intitulada *Uma Teoria da Justiça* causou uma verdadeira revolução nas teorias e práticas políticas e filosóficas a partir de sua publicação em 1977. Na década de 80 e nas seguintes desenvolveu-se um debate presente até os dias atuais, concebido por críticas e ataques à obra de Rawls e seus seguidores, feitas pelos *comunitaristas*, o que desencadeou grandes perplexidades. Ocorreram ataques à obra de Rawls na década de 80, por meio das críticas engendradas por “*comunitaristas*”, tais como Alasdair MacIntyre, Michael Sandel, Charles Taylor, Robert Bellah, Benjamin Barber etc., tanto à teoria política liberal, como às práticas políticas das sociedades liberais. Tais críticas, nada obstante apresentarem muitas diferenças, compartilham alguns temas básicos, a saber: o excessivo individualismo da teoria política liberal, de modo a produzir uma peculiar visão do “eu”, divorciado das relações sociais, ao mesmo tempo em que considera neutras as concepções de bem, falhando em compreender a ideia de comunidade; o fato das sociedades liberais promoverem certas virtudes e ignorarem outras; e finalmente, a proposição de princípios transcendentais desconsiderando a história e os fatores contingentes das comunidades liberais (NEAL Patrick, PARIS David. *Liberalism and the communitarian critique: a guide for the perplexed*. *Canadian Journal of Political Science*, vol. 23, nº. 03, Sep. 1990, p. 419-420).

<sup>84</sup> Parece ser correta a assertiva segunda a qual *a construção de Dworkin tem fundamento na teoria da justiça de John Rawls*, porém, ao recorrer a elementos como a história e a tradição do indivíduo para fundamentar a integridade como virtude o pensador provavelmente flexibiliza seus ideais liberais com elementos *comunitaristas*. Para ilustrar esse viés *comunitarista*, por assim dizer, de Dworkin recorro a MacIntyre, talvez um dos maiores críticos do liberalismo de Rawls, ao afirmar que adota uma perspectiva narrativista de indivíduo, segundo a qual o tipo de ente que uma pessoa é tem de ser expresso integralmente pelas narrativas que ela mesma e sua comunidade moral e cultural constroem. Não existiria nada além dessas narrativas que permanecesse oculto, e não haveria nenhum impedimento *a priori* para que as narrativas descrevessem a “verdadeira natureza” das pessoas. Essa perspectiva integral de narrativa leva a algumas características, a saber: uma história com começo, meio e fim; existência de personagens; intrigas etc. A ação não equivale a qualquer coisa que se diga, deve ser uma ação inteligível. MacIntyre enfatiza a integralidade, que dá sentido ao que acontece. Faz crítica a Locke e aos seus seguidores contemporâneos, apontada para a intenção de promover a separação entre o *self* e seus papéis sociais, dispensando qualquer papel relevante que a inserção do indivíduo em uma comunidade moral específica teria na constituição da identidade pessoal, isto é, para o fato de não levarem em conta o papel das narrativas transmitidas por uma tradição. Para MacIntyre, as pessoas são histórias de vida incorporadas, ou melhor, são personagens reais de narrativas reais. Uma história de vida não deve ser descrita como uma sucessão de ações; uma ação só tem sentido se for compreendida como “um episódio em uma história possível”. Assim, ele critica as generalizações fáceis e a descontextualização, que na sua visão, encontram-se no fundamento teórico dos liberais, bem como destaca que a nossa linguagem tem limites (MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude. Um estudo em teoria moral**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Universidade do Sagrado Coração, 2001, p. 343-378).

<sup>85</sup> Para acessar outras críticas centradas no atomismo do indivíduo, consistentes ao liberalismo progressista de John Rawls e Ronald Dworkin, consultar: SANDEL, Michael J. **O liberalismo e os limites da justiça**. Trad. Carlos E. Pacheco do Amaral. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 e WALZER, Michael. **Esferas da justiça – uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos”.<sup>86 87</sup>

Os princípios são organizados em uma ordem de prioridade, de modo que o primeiro deve ser prioritário em relação ao segundo. A preocupação com o princípio de diferença pressupõe iguais liberdades fundamentais a todos. Os princípios de justiça dizem respeito às instituições<sup>88</sup> e não aos indivíduos separadamente<sup>89</sup>. Portanto, vale a advertência que “Os princípios de justiça das instituições não devem ser confundidos com os princípios que se aplicam aos indivíduos e às suas ações em determinadas circunstâncias”<sup>90</sup>. Eles ficam dispostos na posição original<sup>91</sup>, e resultam do equilíbrio reflexivo, porquanto nossas instituições são estabilizadas por meio deles.

Para a concepção dos princípios, Rawls afirma que “A inevitável vagueza das leis em geral e a grande discricão concedida à sua interpretação incentivam uma arbitrariedade ao tomar decisões que só a fidelidade à justiça pode atenuar”<sup>92</sup>. Seu objetivo com a propositura dos princípios acima descritos é realizar justiça substantiva. As ponderações para o encontro dos princípios de justiça ocorrem no âmbito da justiça procedimental pura de fundo, ou seja,

<sup>86</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 73.

<sup>87</sup> Rawls, sensível às críticas proferidas à sua tese e no afã de esclarecer suas postulações, reformula os dois princípios da justiça para deixá-los mais claros. Eles passam a ser enunciados da seguinte forma: "(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível como o mesmo esquema de liberdades para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer as duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio de diferença)" (RAWLS, John. **Justiça como equidade - uma reformulação**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60).

<sup>88</sup> Por instituições Rawls entende “um sistema público de normas que define cargos e funções com seus direitos e deveres, poderes e imunidades etc.” (RAWLS, John. Op.cit., p. 66).

<sup>89</sup> Nagel relaciona justiça e igualdade, a partir de Rawls, para quem a concepção liberal de justiça requer a estipulação de uma forte concepção de igualdade entre os cidadãos. Dita igualdade constitui uma demanda política inteiramente aplicável às instituições básicas de um estado-nação. Para o citado autor, o pensamento de Rawls constitui-se numa concepção política (“*political conception*”) de justiça, segunda a qual a justiça deve ser compreendida como um valor político e não como algo derivado de determinado sistema moral. Nesse sentido, a própria existência de estados soberanos é que torna possível cogitar-se de justiça no plano internacional, a qual deve ser tida como um dever *sui generis*, uma obrigação comum que somente é observada entre estados (soberanias) que mantêm uma específica relação entre si (NAGEL, Thomas. **The problem of global justice**. In: *Philosophy and Public Affairs* 33, nº 2. Blackwell Publishing, 2005, pp. 113-147).

<sup>90</sup> RAWLS, John. Op.cit., p. 66.

<sup>91</sup> Os indivíduos na posição original estão sob o véu de ignorância, porquanto “desconhecem as conseqüências que as diversas alternativas podem ter sobre a situação de cada qual e são obrigados a avaliar os princípios apenas com base em ponderações gerais” (Ibidem, p. 166). Rawls estabelece algumas presunções necessárias para o sentido da justiça como equidade. Na posição original por trás do véu de ignorância os indivíduos são racionais e conhecedores das discussões políticas e dos princípios e teorias econômicas, bem como dos fatos genéricos acerca da sociedade humana. Possuem esclarecimento sobre as bases da organização social.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 72.

um “sistema social de modo que o resultado seja justo, qualquer que seja, pelo menos enquanto estiver dentro de certos limites”, que se diferencia dos sistemas de justiça procedimental perfeita, cujas características são a existência de “um critério independente para definir o que é divisão justa, um critério definido em separado antes do processo que deverá seguir” e onde “é possível elaborar um método que com certeza produzirá o resultado desejado”<sup>93</sup>; e de justiça procedimental imperfeita, segunda a qual “embora exista um critério independente para definir o resultado correto, não há um procedimento exequível que leve a ele infalivelmente”.<sup>94</sup>

Por conseguinte, para aplicar a idéia de justiça procedimental pura às parcelas distributivas, é necessário estabelecer e administrar de maneira imparcial um sistema justo de instituições. É só contra o pano de fundo de uma estrutura básica justa, que conta com uma constituição política justa e uma organização justa das instituições sociais e econômicas, que podemos afirmar que existe o necessário procedimento justo.<sup>95</sup>

Rawls ainda distingue justiça formal e justiça substantiva e oferece a seguinte hipótese:

Assim, afirma-se que onde encontramos a justiça formal, o Estado de Direito e o respeito às expectativas legítimas, é provável que também encontremos a justiça substantiva. O desejo de obedecer às leis de maneira imparcial e constante, de tratar casos semelhantes de maneira semelhante e de aceitar as consequências da aplicação de normas públicas tem uma ligação íntima com o desejo, ou pelo menos com a disposição, de reconhecer os direitos e as liberdades de outros e de repetir com equidade os benefícios e os encargos da cooperação social. Um desejo costuma-se associar-se ao outro.<sup>96</sup>

O ponto é que ao formular princípios de justiça substantiva, Rawls está, também, preocupado com a coerência das decisões dos juízes e outras autoridades em relação à igualdade e à justiça. A hipótese da correspondência entre justiça formal e substantiva parece adequada ao funcionamento das instituições jurídicas, sobretudo por considerar que “Um tipo de injustiça ocorre quando juízes e outras autoridades deixam de aderir às leis e às suas interpretações apropriadas ao tomar decisões”.<sup>97 98</sup>

<sup>93</sup> RAWLS, John. Op.cit., p. 103.

<sup>94</sup> Ibidem, p. 104.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 105.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 72.

<sup>97</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>98</sup> É razoável sustentar que há sempre uma teoria política por trás das normas, ou seja, todas elas têm um objetivo e consequência, motivo pelo qual os legisladores dissimulam esses aspectos para que as pessoas as cumpram (ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *The deceptive nature of rules*. University of Pennsylvania Law Review, 142, n.º 04, 1994). Podemos propor que o intérprete não pode escapar da análise do que está “por trás das normas”, sob pena de tomar decisões incorretas e injustas.

Para Rawls a formulação dos princípios mais razoáveis de justiça substantiva; as condições em que se chega a afirmá-los; bem como a descoberta de viver de acordo com eles, pode tornar plausível a argumentação segundo a qual onde há justiça formal, também, encontraremos justiça substantiva<sup>99</sup>. Deve haver certa subjetividade na interpretação das normas e leis gerais da sociedade, todavia, ela não se consubstancia em “carta branca” aos intérpretes. Não é um “vale tudo”. A argumentação das decisões de acordo com os princípios de justiça pode ser a chave para evitar as naturais arbitrariedades das instituições jurídicas. Enfim, compartilhamos com a ideia que há necessidade de critérios públicos e compartilhados dos princípios de justiça para as decisões judiciais.

## **1.2 A Teoria dos quatro Estágios de Rawls e a coerência das decisões jurídicas**

Rawls propõe um sistema para a execução dos dois princípios da justiça que tentaremos resumir de modo menos complexo possível, até por não ser o cerne desta dissertação. Ele argumenta que é necessário uma sequência de quatro estágios para simplificar a aplicação dos dois princípios.<sup>100</sup>

O esquema proposto apresenta-se de forma que o primeiro passo é a definição dos princípios da posição original; o “segundo estágio” é a elaboração de “um sistema para os poderes constitucionais do governo e para os direitos fundamentais dos cidadãos”<sup>101</sup> (consenso constitucional). Supõe que nesse estágio o véu de ignorância já começa a se descortinar, de sorte que uma constituição justa é aquela estruturada com base nos dois princípios da justiça já escolhidos, porquanto no sistema de justiça procedimental pura de fundo eles definem um padrão independentemente do resultado desejado. O próximo passo na sequência é o estágio legislativo, que se caracteriza pela análise da justiça das leis e das políticas<sup>102</sup>. E, finalmente, o quarto estágio “é o da aplicação das normas aos casos específicos por juízes e administradores, e a observância das normas pelos cidadãos em geral”.<sup>103</sup>

Acreditamos na hipótese, relativamente à sequência dos quatro estágios e a coerência das decisões, tendo em vista que o sistema é “uma divisão de trabalho, na qual cada um trata de tipos diferentes de questões de justiça social” e que “Essa divisão corresponde, grosso

---

<sup>99</sup> RAWLS, John. Op.cit., p. 73.

<sup>100</sup> Idem, 2008, p. 239-240.

<sup>101</sup> Ibidem, p. 241.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 243.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 245.

modo, às duas partes da estrutura básica”<sup>104</sup> dos dois princípios da justiça, de que o juiz e o administrador colocados no quarto estágio, devem considerar a ponderação já feita pelos agentes racionais da posição original. Com o véu de ignorância afastado não haveria como proceder à pesagem dos princípios políticos, pois os pressupostos (sobretudo os desinteresses mútuos) não estariam mais presentes, na medida em que as situações concretas (talentos individuais, poder, fortuna, propriedade etc.) já seriam conhecidos.

Esses agentes não poderiam modificar ou subverter os princípios da justiça, tampouco sua representação em um texto constitucional justo, de modo que o esquema garantiria a coerência das decisões judiciais e reduziria a discricionariedade natural na interpretação das instituições jurídicas. É claro que não é possível eliminar certo subjetivismo nos julgamentos, mas a justiça procedimental pura, sem importar o resultado último das decisões judiciais – se procedente ou improcedente o julgamento –, pode assegurar que a argumentação consignada pelos juízes seja coerente com os princípios da justiça e sua representação na constituição. Esse pode ser o sentido teórico para a “resposta correta” proposta por Dworkin. Aparentemente é impossível a sua concretização empiricamente, porém, é fundamental não se afastar a hipótese – da decisão (resposta) correta –, no campo da argumentação e fundamentação das decisões judiciais.

Nesse sentido, postulamos que a preocupação de Dworkin não é referente ao provimento ou desprovimento do direito ou pretensão “X” ou “Y” trazida aos juízes, mas com a coerência dos fundamentos utilizados nas decisões. A “resposta certa”, pelo menos empiricamente, seria aquela que respeita os princípios concebidos na história, com recurso à doutrina, jurisprudência e normas (regras e princípios), sem desconfigurar os arranjos estabelecidos pela comunidade representados na constituição.

Quer nos parecer que o recurso à discricionariedade, para decidir de acordo com as contingências de momento não é coerente com os princípios da justiça em julgamentos de casos difíceis. A ponderação dos princípios institucionais da justiça, sem ter legitimidade para exercer esse papel, viola o procedimento, de modo que não se coaduna à justiça procedimental pura. Esse é um dos pontos essenciais: os juízes, segundo a teoria dos quatro estágios, não podem pesar os princípios institucionais da justiça. Igualdade e princípio republicano, por exemplo, não cuidam de interesses individuais ou de grupos, mas de distribuição de bens escassos na sociedade; princípios estabelecidos na posição original por

---

<sup>104</sup> RAWLS, John. Op.cit., 2008, p. 244.

toda a comunidade, logo, a definição de seu significado não é livre aos juízes, porquanto estes não estão autorizados a decidir com base em políticas partidárias e com desprezo ao princípio da integridade.

Nossa proposta é que, na aplicação dos princípios da justiça, segundo a teoria dos quatro estágios, os juízes não possam fazer “ponderação”<sup>105</sup>, pois devem manter-se fiéis aos princípios da justiça já escolhidos na posição original. Apenas com a definição da teoria que melhor representa o pensamento da comunidade, conforme definido teoricamente por Rawls, sem esquecer a história política dessa mesma comunidade é possível a edição de decisões judiciais mais corretas e coerentes.

Assim, cabe ao juiz recorrer à tradição da doutrina, da jurisprudência e das normas para interpretar o Direito; não possui liberdade para escolher o significado dos princípios, construídos lentamente pelas instituições e aceitos pela comunidade. Parece-nos ser este o sentido da tese da “resposta correta” proposta por Dworkin.

Rawls propõe princípios institucionais: “Os princípios de justiça das instituições não devem ser confundidos com os princípios que se aplicam aos indivíduos e às suas ações em determinadas circunstâncias”<sup>106</sup>. Dworkin distingue em termos semelhantes:

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> Utilizamos o termo ponderação de acordo com as ideias de Alexy, segundo o qual, na prática, a ponderação equivale ao princípio da proporcionalidade: “*The practical significance of principle theory in the form of the optimization thesis is found above all in its equivalence to the principle of proportionality (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz). Principle theory implies the principle of proportionality and the principle of proportionality implies principle theory (Alexy 1996, 100ff.). The fact that principle theory implies the principle of proportionality means that the three sub-principles it contains, the principle of appropriateness, of necessity, and of proportionality in a narrow sense follow logically from it; hence, they are deducible from it in a strict sense. The same is true if we proceed from the other side of the equivalence relation, namely, that the principle of proportionality implies principle theory. Thus, one who rejects principle theory must reject the principle of proportionality, too. The dispute over principle theory can therefore be seen as a reflection of the dispute over the proportionality principle*” (ALEXY, Robert. *On the Structure of Legal Principles*. **Ratio Juris**. vol. 13, nº. 3, September 2000, p. 297).

<sup>106</sup> RAWLS, John. Op.cit., p. 66.

<sup>107</sup> DWORKIN, Ronald. Op.cit., p. 36.

Creemos que esses princípios – os institucionais –, não são passíveis de ponderação, porquanto dizem respeito à distribuição dos bens na sociedade; tarefa não reservada aos juízes, haja vista seu caráter político. Os juízes devem tomar suas decisões sobre o Direito embasados em princípios, não em posições políticas pessoais; “devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais ‘novos’ que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado”<sup>108</sup>. A ponderação possível ao juiz ocorreria quanto aos princípios individuais, pois estes têm como base o respeito ou a garantia de algum direito individual ou de grupo; e as políticas têm por base a implementação ou a proteção de algum bem coletivo.<sup>109</sup>

Evidentemente o que se postula, fundados nas teorias de Rawls e Dworkin, não é o afastamento do caráter político do Direito, pois ele o é profunda e inteiramente, de modo que “Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda”<sup>110</sup>. O que se deseja evitar é a tomada de decisão com fundamento em opiniões político-partidárias ou pessoais, decorrentes da vontade dos juízes, fenômeno que aumenta a discricionariedade na função judicante.

Não parece possível afastar a argumentação com fulcro nas políticas públicas estabelecidas na constituição e especificadas pelos atos dos Poderes, especialmente Executivo e Legislativo. No ponto, entendemos políticas públicas conforme a concepção de Enrique Saravia, segundo o qual a política pública é um processo. “Trata-se de um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade”<sup>111</sup>. A política pública não tem conteúdo apenas normativo. Saravia não toca na questão da soberania do Estado. Para ele, é apenas um conjunto organizado de instituições. Os objetivos são muito claros. O autor tem uma visão avaliativa de políticas públicas e afasta a ideia burocratizada e exclusivamente normativa de política pública.

O Direito sozinho não resolve os problemas. A previsão constitucional não garante a definição, muito menos a implementação como política pública. Devem ter elementos

<sup>108</sup> DWORKIN, Ronald. Op.cit., p. 292-293.

<sup>109</sup> Idem, 2010, p. 129-130.

<sup>110</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 217.

<sup>111</sup> SARAVIA, Enrique Ferrarezi. **Introdução à análise de políticas públicas**. v. 1, Brasília: ENAP, 2006, p. 28.

essenciais, entre eles, a finalidade, ou seja, um objetivo definido. Devem existir metas<sup>112</sup>. Entendida nesse sentido, salutar que o processo decisório seja preenchido pela consciência dos juízes quanto às políticas públicas.

O papel dos juízes no quarto estágio não seria realizar ponderação com os princípios da justiça já definidos, mas tentar aplicá-los de acordo com a densificação estabelecida na constituição e nas leis; podem pesar os princípios aplicados aos indivíduos, sem alterar o arranjo institucional estabelecido por acordo político pela sociedade quanto aos princípios da justiça.

A fundamentação formal, com recursos às fórmulas jurídicas prontas, separada dos princípios “blinda” a decisão do controle social e permite que se decida de acordo com as contingências de momento. A interpretação somente se mostra legítima quando alicerçada em argumentos de princípio e nos termos da integridade do direito; um sistema que deve primar pela coerência e harmonia<sup>113</sup>. É imprescindível que a utilização da interpretação não recorra à discricionariedade judicial<sup>114</sup>, a fim de atingir a melhor decisão para os casos postos, ou seja, embasada em pressupostos aplicáveis a situações similares, de sorte que se evitaria a influências arbitrárias dos juízes na solução dos casos sob julgamento<sup>115</sup>. Afirma Dworkin:

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que se apresenta aos juízes que decidem casos difíceis [*hard cases*] é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.<sup>116</sup>

Segundo o pensador americano, a interpretação jurídica é antes de tudo um processo criativo, no qual a norma jurídica, ou melhor, seu enunciado é apenas o ponto de partida para a construção de uma decisão para o caso concreto. Ele compara metaforicamente o trabalho do juiz ao de um, ao mesmo tempo, autor e crítico literário de um gênero fictício (“fantástico, mas não irreconhecível”); denomina esse juiz de “*Hércules*”. A interpretação seria um *romance em cadeia* que se pode desenhar na medida em que os interpretes têm como

<sup>112</sup> SARAVIA, Enrique Ferrarezi. Op.cit., p. 28.

<sup>113</sup> Idem. Op.cit., 2007, p. 213 e ss.

<sup>114</sup> Necessário destacar a doutrina pátria parece se equivocar quanto à razão de ser da teoria de Dworkin, porquanto “os princípios não ampliam a discricionariedade de julgar, mas a limitam” (FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 225-226).

<sup>115</sup> DWORKIN, Ronald. *The Forum of Principle*. In *New York University Law Review*, New York, n. 56, 1981, p. 517.

<sup>116</sup> Ibidem, p.273.



pressuposto para suas decisões um entendimento histórico do Direito. Assim, Dworkin defende o direito como integridade, fundado nos princípios da justiça, equidade<sup>117 118</sup> e devido processo legal:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.<sup>119</sup>

Dworkin admite o papel do juiz na construção das normas constitucionais. Para ele os princípios constitucionais contêm conceitos e não concepções. Estas são controvertidas aqueles não. Os interpretes, entre eles os juízes, aceitam os conceitos como incontroversos, porém, têm a liberdade de escolher a concepção entre as possíveis, haja vista que o desacordo é de caráter teórico e não conceitual. Destaca Dworkin:

A distinção entre conceito e concepção, assim compreendida e criada com esses propósitos, é muito diferente da conhecida distinção entre o significado de uma palavra e sua extensão. Nosso filósofo teve êxito, supomos, ao impor à prática de sua comunidade uma estrutura tal que certas teorias independentes podem ser identificadas e entendidas como subinterpretações de uma idéia mais abstrata. Em certo sentido sua análise bem-sucedida, deve

<sup>117</sup> A palavra “equidade” não deve ser compreendida no sentido conferido pela língua portuguesa, tampouco no dado pelo Direito brasileiro, porquanto decorre do inglês “fainess” e está inserida no contexto da teoria de Rawls com outros elementos. Segundo Abreu: “A idéia de justiça como equidade então poderia ser traduzida da seguinte maneira para um leitor brasileiro: é o procedimento que garante a possibilidade igual para todos de escolherem os princípios da justiça que melhor representem aquilo que é razoável para cada um, sem influências que possam, de alguma maneira, distorcer a igualdade fundamental entre todos; em outras palavras, a posição original e do véu da ignorância etc. são instrumentos que permitem, pelo menos no plano do pensamento, a emergência da igualdade substantiva dos cidadãos como o parâmetro de construção do político” (ABREU, Luiz Eduardo Lacerda Abreu. **Qual o sentido de Rawls para nós?** Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006, p. 160). Haja vista a fundamentação de Dworkin na teoria da justiça de John Rawls, parece ser este o sentido de equidade (“fainess”) aplicado ao direito como integridade.

<sup>118</sup> Calsamiglia trata da diferença entre justiça e equidade na teoria *dworkiana* com um exemplo esclarecedor: “*Vayamos a ver la diferencia entre equidad y justicia. “Prima facie” podríamos afirmar que un procedimiento equitativo tiende a producir resultados justos. Una primera intuición nos muestra que si garantizamos la equidad de los procedimientos se alcanzan resultados justos. Sin embargo, eso no es siempre cierto porque es posible que un procedimiento no equitativo produzca resultados justos y un procedimiento equitativo produzca resultados injustos. Pongamos ejemplos para aclarar la distinción. Supongamos que cuatro personas – tres chicos y una chica – deciden constituir una sociedad para hacer deporte. Cada una de ellas es propietaria de un 25% del capital y por unanimidad diseñan unos estatutos en los cuales cada uno tiene un voto y las decisiones se toman por mayoría. La primera decisión importante es comprar un campo y construir una pista de tenis. Se adopta la decisión por unanimidad. Una vez realizada la operación, los socios se reúnen para redactar un reglamento de uso de la pista. Los tres chicos deciden por mayoría que la chica no puede jugar nunca. El procedimiento es equitativo, e, sin embargo, el resultado que produce es manifestamente injusto. Este es un contraejemplo a la tesis procedimental de la justicia.*

*Pero – al mismo tiempo – sería posible un procedimiento no equitativo que produjera resultados justos como por ejemplo que decidiera una solo y que el contenido de la decisión fuera que todos tienen las mismas oportunidades de jugar y que por tanto la chica tiene los mismos derechos que los otros. En este caso tenemos un procedimiento no equitativo que produce un resultado justo”.* (CALSAMIGLIA, Albert. Op.cit.).

<sup>119</sup> DWORKIN, Ronald. Op.cit., p. 291.

também ser incontestável, porque sua alegação – de que o respeito estabelece o conceito de cortesia – não produz efeito, a menos que as pessoas estejam totalmente de acordo que a cortesia é uma questão de respeito. Contudo, apesar de incontestável nesse aspecto, sua afirmação é interpretativa, e não semântica; não se trata de uma afirmação sobre regras básicas de linguística que todos devam observar para se fazerem entender. Sua afirmação também não é atemporal: ela se mantém graças a um padrão de acordo e desacordo que poderia, como na história que contei há pouco, desaparecer amanhã.<sup>120</sup>

O direito como integridade indica uma forma de adotar um comportamento hermenêutico multidisciplinar. Apenas com a definição da teoria jurídica que melhor representa o pensamento da comunidade, conforme definido na constituição e na história política dessa mesma comunidade é possível a edição de decisões judiciais com a interpretação correta (ideal interpretativo da integridade).

O objetivo é diminuir ou até mesmo impedir o decisionismo<sup>121</sup> e garantir decisões judiciais uniformes. A coerência parece ser elemento básico da integridade. Vale dizer:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.

Qualquer teoria plausível desqualificaria uma interpretação de nosso próprio direito que negasse abertamente a competência ou a supremacia legislativa, ou que proclamasse um princípio geral de direito privado que exigisse os ricos compartilhassem sua riqueza com os pobres. Esse limiar eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questão de justiça. Diferentes juízes vão estabelecer esse limiar de maneira diversa. Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer – se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável –, não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica. Como o romancista em cadeia, cujos juízos sobre a adequação se ajustavam automaticamente a suas

<sup>120</sup> DWORKIN, Ronald. Op.cit., p. 87-88.

<sup>121</sup> O sentido de “decisionismo” aplicado neste texto é idêntico ao seguinte: “O termo ‘decisionismo’ é aqui aplicado à decisão jurídica e não à decisão política. Não se trata aqui da idéia de uma decisão que fundamenta um ordenamento jurídico base no ato de um soberano, como é o caso de Carl Schmitt. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001. Penso na idéia de decisionismo no sentido de uma concepção metodológica cética, segunda a qual não há qualquer controle possível sobre ato decisório” (FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 12).

opiniões literárias mais profundas, estará agindo de má-fé ou enganando a si próprio.<sup>122</sup>

É ponderável sustentar que a teoria *dworkiana* é útil porque se propõe a resolver problemas concretos do Direito. Não se limita a descrever os elementos envolvidos, em posição neutra sobre aquilo que extrapola ou cerca a norma jurídica. É possível postular que há decisões melhores que outras, por argumentos racionais.

O que o juiz faz democraticamente é fundamentar; e esta fundamentação é submetida ao crivo racional de todos (publicidade). O ponto para Dworkin parece ser que existe empiricamente mais de uma decisão (reposta) correta, mas há a possibilidade de verificação da correção dos argumentos, ou seja, da justificação utilizada pelos juízes. As pessoas fazem juízos morais, logo, abrir mão da moralidade é impossível, assim, é possível predicar, por argumentos racionais, se uma decisão é correta ou não. A meta deve ser o consenso e a coerência. O indivíduo é inserido em um contexto ou tradição que não pode ser descartada racionalmente.

Reconhecemos a fragilidade objetiva que a obra de Dworkin aparentemente contém: não apresentar uma metodologia de aplicação das normas que dê conta daquilo que, em larga medida, ele mesmo critica: o descontrole ou a irracionalidade da aplicação das normas.

A filosofia de Dworkin cobra o compromisso histórico ou a integridade, entretanto, não chega ao ponto de dizer como executar essa difícil tarefa, daí o recurso à metafórica figura do juiz “Hércules”. Nesse ponto o pensamento *dworkiano* reduz sua pretensão a fórmulas genéricas como “o direito é um esforço coletivo de busca da justiça...” ou “fazer a escolha racional perguntando-se qual delas é a mais adequada do ponto de vista da moral política, da estrutura das instituições e decisões aceitáveis pela comunidade”. A utilidade de sua teoria, parece, é firmar a posição não cética, afastar a possibilidade de o juiz decidir como quiser nas lacunas (ou *hard cases*), isto é, que recorra à discricionariedade (opiniões ou preferências políticas pessoais ou partidárias), e conectar o Direito à Moral.

Queremos demonstrar no próximo tópico como aproveitar as virtudes da teoria *dworkiana* e ao mesmo tempo tentar propor um método para garantir a coerência e crítica ou análise de decisões judiciais.

---

<sup>122</sup> DWORKIN, Ronald. Op.cit., p. 305.

## CAPÍTULO II – POSSÍVEL METODOLOGIA PARA ANÁLISE DE DECISÕES

Para tentar cumprir a tarefa de análise e de crítica às decisões judiciais, além de Dworkin, utilizaremos o Prescritivismo Universal de Richard Hare, pois parece não haver grandes distinções entre a linguagem moral e a jurídica. Pensamos que os conceitos de *universalizabilidade* e prescritividade podem ser úteis na apreciação lógica dos juízos, mesmo que se tenha a consciência da diversidade de conteúdo dos juízos morais e jurídicos, porque “a lógica não permite que se adotem padrões inconsistentes e se realizem juízos discrepantes para situações semelhantes”.<sup>123</sup>

Acreditamos ser possível a crítica racional sobre os argumentos utilizados nas decisões judiciais, a fim de garantir previsibilidade aos julgamentos, desde que seja respeitado o dever de fundamentação pública, única forma de averiguar quais os princípios e regras em que se basearam os julgados, para, então, proceder à sua crítica. Recorremos às teorias da linguagem e da argumentação jurídica, porquanto têm como objeto evidente de reflexão, “as argumentações produzidas em contextos jurídicos”<sup>124</sup>, logo, podem ser decisivas a cumprir o papel de crítica racional às decisões judiciais.

### 2.1 Hare e a coerência (Prescritivismo Universal)

Hare<sup>125</sup>, com o objetivo de demonstrar a função de *universalizabilidade* das palavras e a regência dos juízos morais por regras lógicas, parte da premissa de que “a linguagem da moral é uma espécie de linguagem prescritiva”<sup>126</sup>. Em uma realidade social cotidiana complexa na qual os “problemas de conduta” atormentam cada vez mais as pessoas, há grande necessidade da compreensão da linguagem, porquanto as questões reais precisam ser colocadas e respondidas.

<sup>123</sup> FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 183.

<sup>124</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, p. 18.

<sup>125</sup> Freitas Filho descreve: “Richard Mervyn Hare foi um filósofo da moral que influenciou, com sua metaética, a teoria da linguagem na segunda metade do século XX[...] foi declaradamente influenciado pela filosofia da linguagem de John Austin e pelo segundo Wittgenstein, bem como pela filosofia utilitarista e, ainda, pelas idéias de Kant. A influência do utilitarismo não conduziu Hare a aceitar o princípio da utilidade como fundamento das regras éticas, mas sim a reconhecer que o indivíduo faz considerações de ordem utilitarista ao produzir julgamentos éticos. Assim, uma de suas crenças centrais é a de que o indivíduo deve se imaginar na posição do outro” (FREITAS FILHO, Roberto. *Decisões jurídicas e teoria linguística. O prescritivismo universal de Richard Hare. Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008, p. 20).

<sup>126</sup> HARE, R.M. **A linguagem da moral**. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 3.

O problema da linguagem tem, assim, importância prática<sup>127</sup>. Vale dizer: “a confusão quanto a nossa linguagem moral leva não meramente a confusões teóricas, mas a perplexidades práticas desnecessárias”.<sup>128</sup>

A crença é que existem sentenças universais em nossa linguagem, de sorte que nenhum juízo moral, na hipótese de admitirmos que ele tem função prescritiva<sup>129</sup> ou de escolha – “isto é, implicar uma resposta a alguma questão da forma ‘Que devo fazer?’” –, pode ser uma afirmação de fato<sup>130</sup> ou embasado em princípios puramente factuais. Há obedecer certas regras lógicas antes de dizer as palavras ou proceder aos juízos morais, que decorrem das premissas adotadas para a solução do problema, sob pena do sistema moral descumprir sua função principal de regular nossa conduta<sup>131</sup>. Segundo Hare:

Demonstrou-se que isso decorre da própria natureza da linguagem, pois para dizer qualquer coisa temos de, como já observamos, obedecer a determinadas regras, e essas regras – especialmente, mas não apenas, as regras para o emprego das chamadas palavras lógicas – significam, primeiramente, que dizer o que está nas premissas de uma interferência válida é dizer, pelo menos, o que está na conclusão, e, em segundo lugar, que se algo é dito na conclusão que não foi dito, implícita ou explicitamente, nas premissas, a interferência é inválida.

[...]

<sup>127</sup> Segundo Derrida, ao falar sobre a questão da justiça e a linguagem, e como na prática a linguagem pode ser uma barreira à concretização da justiça: “Por um lado, e por razões fundamentais, parece-nos justo *rendre la justice* [fazer justiça], como se diz em francês, em determinado idioma, numa língua para a qual todos os “sujeitos” concernidos são supostos competentes, isto é, capazes de entender e de interpretar; todos os “sujeitos”, isto é, aqueles que estabelecem as leis, os que julgam e os que são julgados, as testemunhas no sentido largo e no sentido estrito, todos os que são garantes do exercício da justiça, ou melhor do direito. É injusto julgar alguém que não compreende seus direitos nem a língua em que a lei está inscrita, ou o julgamento pronunciado etc.” (DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 32-33).

<sup>128</sup> HARE, R.M. Op. cit., p. 4.

<sup>129</sup> No campo da lógica da linguagem podemos classificar de modo simplificado os usos da linguagem da seguinte forma: “O *uso informativo* é aquele segundo o qual a linguagem é utilizada para descrever certos estados de coisas. O *uso expressivo* se dá quando a linguagem é utilizada para expressar ou provocar emoções. O *uso operativo* consiste em pronunciar certas palavras em dadas condições nas quais se realiza a ação a que as palavras se referem. São exemplos: ‘Esteja preso!’ ou ‘Prometo pagar o que devo’. Por último, o *uso prescritivo* ocorre quando o emissor intenciona dirigir o comportamento do receptor ou induzi-lo a adotar um determinado curso de ação” (FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 29). No mesmo sentido: NINO, Carlos Santiago. Op.cit., p. 73 e ss.

<sup>130</sup> HARE, R.M. Op.cit., p. 30.

<sup>131</sup> Compartilhamos da ideia de que as normas, morais ou jurídicas, existem para resolver casos concretos – as normas ostentam sinais descritivos das situações –, conforme Günther: “O reconhecimento de que não há norma que não contenha referência situacional alguma, por mais tênue que seja, é indiscutível. Qualquer norma moral se caracteriza por ser ‘impregnada de caso’”. (GÜNTHER, Klaus. Op.cit., p. 11).

Portanto, se insistimos que os juízos morais são apenas afirmações de fato imprecisas, impedimos que cumpram sua função principal, pois sua função principal é regular a conduta, e eles podem fazer isso somente se forem interpretados de forma a terem força imperativa ou prescritiva.<sup>132</sup>

As duas características – *universalizabilidade* (“aquela segunda a qual um julgamento moral deverá ser expresso de forma que contenha um rol finito de termos universais”<sup>133</sup>) e prescritividade (utilização da condição “deveria”) –, são propriedades das palavras morais, logo, elementos essenciais da teoria moral que o próprio Hare denomina “Prescritivismo Universal”<sup>134</sup>. A preocupação central de Hare é com o chamado modo imperativo da linguagem. É certo que nem toda prescrição tem um sentido moral, mas a ideia nuclear é conferir universalização às ações humanas, a fim de que todas as pessoas que estejam em situação idêntica ou semelhante ajam de modo igual, pelo menos quando estejam diante de juízos morais. Hare distingue os juízos morais dos descritivos, pois a prescritividade seria um aspecto próprio daqueles:

Em comparação com juízos descritivos, a característica dos juízos morais consiste, para Hare, em sua “prescritividade”. A obrigação de aplicar um enunciado universal a todas as situações semelhantes não resulta apenas do fato de que as propriedades semânticas de termos universais nos comprometem, pelo uso incorreto da língua, a esse tratamento igual, mas também porque, ao utilizarmos a condição “deveria”, fixamo-nos em uma recomendação ou em um princípio moral que seguimos não só na situação dada, mas, da mesma forma, em todas as outras situações que pertencerem à extensão semântica dessa norma.<sup>135</sup>

Desse modo, a norma moral fundada nos termos universais nela contidos somente possui uma força da obrigatoriedade lógica, quando o seu destinatário decide considerá-la motivacionalmente obrigatória (digna de ser recomendada) para a sua e qualquer outra ação. Portanto, a teoria metaética de Hare “não prescreve as normas que deveríamos seguir, mas apenas explicita que nos submeteremos a determinadas regras semânticas, *caso*

<sup>132</sup> HARE, R.M. Op.cit., p. 34 e 47.

<sup>133</sup> Idem, 1996, p. 143.

<sup>134</sup> “No ‘Prescritivismo Universal’, a lógica que governa os enunciados morais é a lógica das prescrições morais. A teoria se enquadra no marco de uma teoria não-descritivista, na medida em que não busca o estudo da verdade de uma sentença com base na convergência de sentido da palavra com um objeto qualquer. A preocupação recai sobre a possibilidade de controle do discurso pela via da coerência na utilização dos significantes e a teoria é, portanto, não-descritivista racionalista.

Para que se possa proceder a uma investigação sobre a moral é necessário, como requisito prévio, a identificação das regras que governam a argumentação, ou seja, uma gramática que permita algum tipo de apreciação do discurso. Sua teoria ética é, portanto, uma teoria sobre o significado e propriedades lógicas das palavras morais” (FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 145).

É importante destacar, ainda, que a teoria “Não inclui nenhum conceito moral substantivo e, portanto, não propõe um conteúdo moral universal. É uma teoria que se contrapõe ao intuicionismo. Afirma, assim, que os significados das palavras morais são explicados em suas propriedades lógico-formais” (ibidem, p. 21).

<sup>135</sup> GÜNTHER, Klaus. Op.cit., p. 13.

recomendemos uma proposta de ação, combinando-a com a expressão ‘deveria’<sup>136</sup>. A decisão sobre qual a regra, máxima ou princípio a seguir dependerá do tipo de pessoa que eu seja, isto é, “o significado da expressão ‘deveria’ e de outras expressões morais é tal que, ao utilizá-las, vinculo-me a uma regra universal”<sup>137</sup>. Em virtude destas distinções lógicas, a escolha da norma moral depende de um procedimento de teste que as pessoas fazem, consistente no exame de aceitação dessa mesma norma, também, em outras situações.<sup>138 139</sup>

A aproximação do direito decorre da postulação de que a função prescritiva da linguagem da Moral é, também, própria da linguagem do Direito<sup>140</sup>, porquanto “os dois campos da experiência humana têm em comum o fato de serem aplicações da razão, de modo a permitir decidir corretamente a melhor ação em situações de possibilidade de escolha”<sup>141</sup>.

A característica principal de interferir na conduta do receptor da linguagem prescritiva é mais facilmente verificável no direito, tendo em vista a tendência de positivação (expressão) em diplomas normativos, normalmente traduzida em ordens. Nossa postulação é que a consequência originada da teoria – “utilitarismo de preferências” –, preste-se a conferir coerência ao discurso jurídico também.

O ponto provavelmente é que a linguagem, tanto a moral quanto a jurídica, utiliza palavras que possuem um sentido, ou seja, as expressões preconizadas significam alguma coisa universalmente<sup>142</sup>. “Moralidade”, “probidade” etc. conferem sentido às sentenças, frases

<sup>136</sup> GÜNTHER, Klaus. Op.cit., 2011, p. 13.

<sup>137</sup> Ibidem, *apud* HARE, R.M. p. 13.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>139</sup> Alexy critica esse ponto da teoria de Hare, sob o argumento de que a aplicação dos critérios expostos na teoria não pode prescindir de pressupor premissas normativas, embora isso não retire o valor da tese. Segundo ele: “Diante disso, fica claro que a aplicação do argumento de Hare pressupõe critérios normativos para conciliar interesses diferentes. A pessoa que julga e se coloca no lugar de todas as pessoas afetadas pela decisão tem de perguntar, em cada caso, qual limitação de interesses poderia aceitar como racional ou moralmente justificada. Uma vantagem decisiva do procedimento de Hare se perde num tal processo. Afinal, não é possível fazer isso sem premissas normativas, cuja fundamentação não pode ser feita em tal procedimento” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hautchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 81). Todavia, pensamos que Hare não tem a pretensão de resolver o problema da combinação de interesses de muitos indivíduos, pois os argumentos alinhavados por ele, tem como cerne a estipulação de que “todos tem direito a uma igual consideração”, ou seja, não parece que este seja um problema central para Hare.

<sup>140</sup> “Na linguagem prescritiva, há imperativos singulares e universais, bem como juízos de valor não-morais e morais. O *modo imperativo* é expresso na forma de comandos e tal característica aproxima, portanto, a linguagem moral à linguagem jurídica” (FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 22).

<sup>141</sup> Idem, 2009, p. 29.

<sup>142</sup> Para Nagel: “É importante, sem dúvida, o fato de que a linguagem seja um fenômeno social. Não é algo que cada pessoa inventa para si mesma. Quando, na infância, aprendemos uma linguagem, ingressamos num sistema já existente, no qual milhões de pessoas vêm, há séculos, usando as mesmas palavras para conversar entre si” (NAGEL, Thomas. **Um breve introdução à filosofia**. Trad. Silvana Vieira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 46).

e afirmações onde são escritas ou faladas, com certa estabilidade no passado, presente e futuro. Este significado possui caráter universal, porquanto contém algum conceito, ideia ou pensamento que, de algum modo, deve se estender universalmente a qualquer “probidade” do universo. Na visão de Nagel:

Com ou sem o conceito ou a ideia, o problema parece ser o seguinte: o uso que cada pessoa faz de uma palavra envolve sons, marcas e exemplos muito particulares, mas a palavra se aplica a algo universal, que outros falantes particulares também podem expressar por meio dessa palavra ou de outras palavras em outras línguas. Como algo tão particular quanto o ruído que faço ao dizer “tabaco” pode significar algo tão geral que eu possa usá-lo para dizer: “Aposto que daqui a duzentos anos haverá pessoas em Marte fumando tabaco.”<sup>143</sup>

Hare classifica a linguagem prescritiva em imperativos, que podem ser singulares ou universais e juízos de valor, estes não-morais e morais<sup>144</sup>. Distingue afirmações e comandos, mas reconhece a dificuldade de estabelecer a diferença, embora conclua expressamente que a dicotomia não seja meramente de forma gramatical, porquanto se começássemos a estudar uma nova língua descoberta, certamente, conseguiríamos identificar as formas gramaticais para exprimir afirmações e comandos “e denominaríamos essas formas ‘indicativo’ e ‘imperativo’ (se a língua fosse construída de tal forma que essa distinção fosse útil)”. Significa que “Uma sentença indicativa é utilizada para contar a alguém que algo acontece; um imperativo não – é usado para dizer a alguém que faça algo acontecer”<sup>145</sup>. Assim, não há confundir o significado dos imperativos a ponto de tratá-los como indicativos; dizer “Feche a porta” é diferente de expressar “Você vai fechar a porta”, embora o resultado da ação humana seja o mesmo ao final. A sentença prescritiva, tendo em vista constituir uma relação entre os sujeitos, possui, portanto, uma diferença lógica em relação à indicativa.

O que nos interessa, nesta dissertação, da classificação que se desenvolve por toda a teoria de Hare, é que o modo imperativo é expresso por meio de comandos, o que aproxima a linguagem moral à jurídica e torna possível a aplicação da teoria lógica de Hare ao Direito.

Outro aspecto fundamental do Prescritivismo Universal é o pensamento segundo o qual a decisão é um fator que é da própria essência da moral. A realidade é que fazemos

---

<sup>143</sup> NAGEL, Thomas. Op.cit., 2011, p. 43.

<sup>144</sup> HARE, R.M. Op.cit., p. 5.

<sup>145</sup> Idem, 1996, p. 7.



escolhas morais embasados em princípios gerais, “formulados com palavras de valor as quais, se forem tratadas como autoevidentes, podem gerar problemas lógicos”<sup>146</sup>. Para Hare:

Todas as decisões, exceto as que são completamente arbitrárias, se é que existem, são, em certa medida, decisões de princípio. Estamos sempre estabelecendo precedentes para nós mesmos. Não é o caso de o princípio resolver tudo até determinado ponto e a decisão lidar com tudo que esteja abaixo daquele ponto. Em vez disso, decisão e princípios interagem em toda a extensão do campo.<sup>147</sup>

No ponto, parece haver conexão com o pensamento de Dworkin já exposto anteriormente, segundo o qual a verdade racional é aquela buscada em princípios e na história. Nossas opiniões sobre questões morais não são apenas reações subjetivas, mas sobre o seu caráter moral atual, ou seja, a questão é objetiva. Porém, adverte-se:

Richard Hare esclarece justamente esse ponto quando diz que os princípios que podem ser ensinados têm caráter provisório (e geral, digo eu) que vai se estabelecendo na medida em que se vão aplicando (Hare 1996, 62-66) a aplicação dos princípios gera sua especificação. Richard Hare usa a palavra princípio para abranger as regras e os princípios de Dworkin, ou seja, os comandos, preceitos ou máximas práticas.<sup>148</sup>

Assim, a preocupação é com a imprecisão dos princípios (ou mais especificamente das palavras de valor que os compõem), pois as condutas morais não podem ser definidas por regras válidas em geral, mas não universalmente<sup>149</sup>. Hare ilustra o problema da falta de auto-evidência com a análise da regra de conduta “Nunca diga o que é falso”, “pois realmente achamos certo observá-la na maioria dos casos, mas também achamos certo violá-las em casos excepcionais, no interesse, por exemplo, do tato, da vitória em guerras ou da proteção de inocentes contra maníacos homicidas”<sup>150</sup>.

<sup>146</sup> FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 146.

<sup>147</sup> HARE, R.M. Op.cit., p. 68.

<sup>148</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Juízo jurídico e a falsa solução das regras e princípios**. Disponível na internet em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15639-15640-1-PB.pdf>>. Acesso em: 17. ago. 2012, p. 11.

<sup>149</sup> Apenas entre normas universais e singulares existe uma contradição no sentido excludente. Essa distinção depende das propriedades lógicas das expressões que utilizamos na formulação de uma norma. Enquanto termos singulares designam uma constante de indivíduos, termos universais consistem de variáveis de indivíduos que podem ser compostos por mais de uma constante. “Sucintamente, generalidade é o oposto de especificidade, enquanto universalidade é compatível com especificidade, significando meramente a propriedade lógica de ser governada por um quantificador universal e de não conter constantes individuais”. Consequentemente, mesmo uma norma altamente específica a uma situação ainda pode ser universal, conquanto os termos referentes às características da situação possam ser aplicados a mais de um referente (GÜNTHER, Klaus. Op.cit., p. 12-13).

<sup>150</sup> HARE, R.M. Op.cit., p. 52.

Há distinção na aplicação do referido princípio geral de conduta a depender da situação concreta colocada à decisão. A comparação de aplicação do princípio “Nunca diga o que é falso” é entre a situação de “estudantes que não devem tirar uma semana de folga no período letivo”, nas quais as exceções são resolvidas apenas em forma numérica, por exemplo, um estudante exemplar que tira uma semana de folga. Nesse caso, não haverá problema, desde que ele não folgue todas as semanas. “Portanto, podemos dizer que o princípio é, *vis-à-vis* suas exceções, estático”.<sup>151</sup>

Outra interpretação é feita nas relações dinâmicas entre as exceções e o princípio. Segundo Hare:

Não dizemos “Fale a verdade em geral, mas não tem importância se você disser o que é falso ocasionalmente”; dizemos antes “Fale a verdade em geral, mas há determinadas classes de casos a que este princípio não se aplica; por exemplo, você pode dizer o que é falso para salvar a vida, e há outras exceções que deve aprender a reconhecer.”<sup>152</sup>

Hare conclui que há distinções essenciais nos dois casos supracitados e que as decisões sobre as exceções são, também, decisões de princípios, “porque, ao fazê-las, estamos na verdade modificando o princípio”, porquanto, em verdade, estamos a admitir classes de exceções. É que o princípio é composto por verbos imperativos ou palavras de valor, imprescindíveis na constituição de um princípio de ação; ou mesmo temos as situações em que palavras de valor tomam o lugar que, normalmente, seria ocupado por termos puramente descritivos. Logo:

Em todos esses casos, a modificação do princípio assume a forma de uma alteração, não de sua forma efetiva, mas de condições sob as quais se sustenta que o princípio é válido, isto é, uma alteração do âmbito da palavra crucial ou, como vamos denominá-la mais adiante, de seu significado descritivo, com a retenção de seu significado avaliatório. É assim, como salientou o professor H.L.A.Hart, que os princípios jurídicos são muitas vezes modificados por meio de decisões judiciais, como, por exemplo, pela decisão de determinar se a queda ocasional de uma bola de críquete numa rua pública deve ou não ser adequadamente denominada uma “infração.”<sup>153</sup>

Como podemos observar na citação, há casos no Direito em que a fundamentação adequada pode não passar de uma inversão lógica de tratamento, ou seja, a palavra de valor expressa na norma transmuda-se em conceito analítico. Vale dizer:

---

<sup>151</sup> HARE, R.M. Op.cit., p. 52.

<sup>152</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>153</sup> Ibidem, p. 55.

A universalizabilidade é, portanto, uma condição do pensamento racional e é o que confere o seu sentido de justiça enquanto isonomia. O significado das palavras de valor é, em uma importante medida, prescritivo, e de acordo com esse significado não é aceitável do ponto de vista lógico que um mesmo sujeito profira juízos diferentes para situações idênticas sem que se perca a idéia de isonomia e, portanto, a coerência moral ou jurídica do juízo.<sup>154</sup>

Importante advertir que a teoria de Hare não tem como problema a possibilidade de verificação de correção de uma opinião moral. É uma teoria lógica, como já deixamos claro nas linhas anteriores. A *universalizabilidade* não se presta à finalidade de controle de conteúdo substantivo das decisões; “é um princípio lógico, não moral, já que não propõe nenhum conteúdo prescritivo relativo a uma ação moral”<sup>155</sup>. O cerne desse princípio é a garantia de utilização de argumentos lógicos sobre o significado das palavras, de sorte que “não se pode fazer um juízo moral diferente para duas ações que se desenvolvam em contextos de similaridade em seus aspectos relevantes”<sup>156</sup>. Em outras palavras: “A decisão moral (assim também a jurídica) deve, portanto, ser tomada com base na lógica e nos fatos”. No contexto do Direito o raciocínio é idêntico, pois “isso implica dizer que aspectos relevantes relativos a fatos considerados importantes para o julgamento não podem ser desconsiderados ou distorcidos”<sup>157</sup>.

O essencial é a preocupação com a igualdade, e de resto com a justiça, pois os casos que tenham pressupostos iguais ou semelhantes devem ter o mesmo desfecho. As decisões necessitam de coerência lógica na interpretação das palavras, sob pena de violarem a igualdade. O aspecto formal da teoria permite analisar incongruências lógicas no âmbito do discurso jurídico. Afirma Freitas Filho:

O princípio da universalizabilidade desempenha um importante papel doador de sentido de justiça à teoria. Hare define a universalizabilidade e a prescritividade e ambas se relacionam com a idéia de isonomia. Assim, um juízo proferido em um determinado caso deve ser aplicado em relação aos demais casos em que haja identidade de circunstâncias situacionais.<sup>158</sup>

De modo mais claro:

Princípio do Prescritivismo Universal, a universalizabilidade garante que o argumento seja coerente logicamente, independentemente do que quer que

<sup>154</sup> FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 183.

<sup>155</sup> Idem, 2009, p. 148.

<sup>156</sup> Ibidem, p. 148.

<sup>157</sup> FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 23.

<sup>158</sup> Idem, 2009, p. 149.

seja seu conteúdo substancial. É um erro lógico o emissor contradizer algo que acaba de ser anunciado por ele como um princípio.<sup>159</sup>

Por razões lógicas, nesse sentido, Hare classifica as palavras em funcionais, descritivas e avaliatórias. Embora problemática a conceituação de palavras funcionais, eis que a definição pode variar conforme o contexto da fala, podemos afirmar que a palavra é funcional “se, para explicar o seu significado de forma completa, temos de dizer *para que* serve o objeto a que se refere, ou o que se espera que ele faça”<sup>160</sup>, por exemplo, um “relógio” é definido como objeto para marcar as horas. Porém, não é com essa classe de palavras que se preocupa o Prescritivismo Universal, “mas aquelas cujo significado é dado pela função de avaliação, ainda que seu uso pressuponha aquilo que é o objeto descrito possa o ser por meio de uma palavra funcional”, isto é, “se digo que um automóvel é bom, há uma pressuposição de que se saiba a finalidade do objeto descrito para que se faça uma afirmação de valor como essa”.<sup>161</sup>

O ponto central quanto à classificação se refere à função avaliatória das palavras, tendo em vista possível confusão na utilização com o sentido descritivo da linguagem, pois é comum o emprego de palavras de valor em sentido descritivo. Argumenta Hare:

De todos os problemas levantados pela argumentação precedente, o problema-chave é o seguinte: há dois tipos de coisas que podemos dizer, por exemplo, sobre morangos; o primeiro tipo é geralmente chamado descritivo, o segundo tipo avaliatório. Exemplos do primeiro tipo de comentário são “Este morango é doce” e “Este morango é grande, vermelho e suculento”. Exemplos do segundo tipo de comentário são “Este é um bom morango” e “Este morango é justamente como os morangos devem ser.”<sup>162</sup>

Podemos observar dos exemplos que a distinção entre as funções descritiva e avaliatória das palavras não está na polissemia ou na imprecisão das palavras de valor, tendo em vista que há situações concretas de imprecisão e rigidez em ambas as funções. O importante é saber diferenciar a função lógica de cada palavra aplicada na linguagem, sobretudo quando diante de casos de escolha, porquanto as palavras de valor podem ter significado descritivo variável, haja vista que “os critérios ou padrões de julgamento das situações podem variar, mas sua *característica avaliatória* não”<sup>163</sup>. Vale dizer:

Só temos padrões para uma classe de objetos, só falamos das virtudes de um espécime em oposição a outro, só usamos palavras de valor a seu respeito, quando são conhecidas ou concebíveis ocasiões em que nós, ou outras

<sup>159</sup> FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 23.

<sup>160</sup> HARE, R.M. Op.cit., p. 107.

<sup>161</sup> FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 151.

<sup>162</sup> Idem, 1996, p. 119.

<sup>163</sup> FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 159.

peçoas, teríamos que escolher entre espécimes. Não denominaríamos quadros bons ou ruins se ninguém tivesse a escolha de vê-los ou não vê-los (ou de estudá-los ou não estudá-los, como estudantes de arte estudam quadros, ou de comprá-los ou não comprá-los).<sup>164</sup>

Podemos reivindicar que a relevância da diferenciação lógica é aplicável às normas jurídicas (normas fechadas ou abertas), pois já afirmamos a provável correspondência entre a linguagem da Moral e do Direito. Nesse sentido, Freitas Filho aduz:

A polissemia (assim como a vagueza ou a imprecisão) não é uma característica que diferencie as palavras descritivas das palavras de valor. O padrão para se determinar o que é a cor vermelha ou o que é um bom automóvel é normalmente impreciso. Tal fato é importante na medida em que uma das diferenças entre as normas casuísticas e as cláusulas gerais (normas fechadas e abertas, respectivamente, digo eu) apontada pela doutrina jurídica de forma recorrente é a vagueza ou imprecisão semântica dos textos normativos que as compõem. Tal afirmação não descreve adequadamente o aspecto mais importante para a diferenciação dos tipos normativos, já que em ambos a linguagem é polissêmica, vaga e imprecisa. O que diferenciará as normas casuísticas das cláusulas gerais (ou, as normas fechadas das normas abertas), é a função lógica das palavras que as compõem.<sup>165</sup>

A teoria lógica proposta por Hare tem como objetivo demonstrar que os juízos de valor possuem caráter universal, ou seja, que se referem a dada situação “X” e exprimem a aceitação de um padrão aplicável a outras ocasiões similares a “X”<sup>166</sup>. O filósofo disserta longamente sobre as funções lógicas das palavras “bom” e “dever”, para demonstrar que elas possuem em comum a mesma lógica de argumentação, pois podem ter sentido descritivo e avaliatório (ou prescritivo), a depender do contexto do discurso. Em outras palavras: “‘Dever’ também compartilha, como poderíamos esperar, as características de ‘bom’ que dizem respeito às relações entre suas forças descritiva e avaliatória ou prescritiva”.<sup>167</sup>

Importante, também, é a conclusão de que o pensamento construído pela teoria sobre as escolhas formuladas por juízos de valor servem à terminologia dos princípios. Segundo Hare:

Ensinar uma pessoa – ou eleger para si mesmo – um padrão para julgar os méritos de objetos de uma determinada classe é ensinar ou eleger princípios para escolher entre objetos dessa classe. Conhecer os princípios para

<sup>164</sup> HARE, R.M. Op.cit., p. 136.

<sup>165</sup> FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 152.

<sup>166</sup> Segundo Alexy: “A teoria de Hare consiste em duas partes intimamente ligadas: uma análise dos imperativos e uma análise dos termos valorativos (*value-words*). As duas partes são ligadas pela tese de que juízos morais implicam imperativos. Esta é a tese-chave de Hare, a tese do prescritivismo” (ALEXY, Robert. Op.cit., p. 68).

<sup>167</sup> HARE, R.M. Op.cit., p. 169.

escolher automóveis é ser capaz de decidir entre automóveis ou discernir um bom automóvel de um ruim. Se digo “Aquele não é um bom automóvel” e perguntam-me qual é a virtude cuja falta me faz dizer isso, e respondo em seguida “Ele não é estável na estrada”, estou recorrendo a um princípio.<sup>168</sup>

Na medida em que “as leis de um Estado, que são de aplicação bastante geral e, portanto, de cujo âmbito é muito difícil escapar, deixam a “impressão” muito mais próxima à dos juízos morais do que os regulamentos do diretor da ferrovia”<sup>169</sup>, é crível sustentar que os princípios, também, possuem a função de universalização das palavras de valor utilizadas nas normas, seja na linguagem moral ou na jurídica, logo, a conclusão possivelmente serviria para a função de universalização dos princípios jurídicos em relação às normas jurídicas.

Nossa intenção é aplicar a teoria moral de Hare, sobretudo o conceito de coerência na linguagem, à preocupação central desta dissertação, a saber: a forma com que as decisões são produzidas; vale dizer: “O uso informativo da linguagem pressupõe um mínimo de racionalidade, e a coerência serve como um critério de aferição de sentido racional de um discurso”<sup>170</sup>. Sustentamos que há necessidade de que as decisões judiciais sejam coerentes e exista possibilidade de verificação crítica dessa qualidade, realizada por meio da transparência. Compartilhamos da ideia de que é imprescindível ao Poder Judiciário prestar contas (*accountability*)<sup>171</sup>, pois a publicidade (transparência) pode garantir o controle social do poder decisório. Segundo Freitas Filho a coerência aplicada à racionalidade das decisões jurídicas teria três possibilidades:

Penso haver três possíveis respostas para a pergunta sobre a existência de racionalidade nas decisões jurídicas: 1) As decisões são totalmente controláveis e racionalmente fundamentadas; 2) As decisões são absolutamente irracionais e são os produtos da mera preferência pessoal dos juízes; 3) As decisões são produzidas com algumas restrições à total irracionalidade na medida em que as normas permitem alguma previsibilidade e são fundamentadas com argumentos racionais.<sup>172</sup>

Sustentamos que a complexa tarefa de julgar aumenta em face da aplicação de normas com palavras avaliatórias, porquanto é necessário ao julgador explicitar adequadamente suas

<sup>168</sup> HARE, R.M. Op.cit., 1996, p. 142-143.

<sup>169</sup> Ibidem, p. 190.

<sup>170</sup> FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 44, nº 175, jul./set. 2007, p. 43.

<sup>171</sup> De modo simplificado podemos traduzir a expressão inglesa como “prestação de contas”, porém, o sentido é mais elástico, porquanto *accountability* “é um dos requisitos do Estado de Direito segundo o qual ocupantes de cargos públicos devem responder pelas suas ações segundo regras jurídicas preestabelecidas e segundo as previsões legais que determinam o limite do exercício do poder pelos órgãos do Estado”, logo, “A noção de *accountability* é, portanto, um antídoto em relação ao arbítrio e tem como pressuposto o fato de que o judiciário possui um enorme poder e deve ser publicamente responsável” (Ibidem, p. 42).

<sup>172</sup> Ibidem, p. 49.

opções valorativas, sob pena de ocorrer um déficit de fundamentação na decisão<sup>173</sup>. Em outras palavras: faltar transparência (*accountability*), logo, “as decisões jurídicas devem necessariamente ser fundamentadas de forma que os critérios para a utilização de palavras avaliatórias sejam publicamente explicitados, na *ratio decidendi*, de forma descritiva”<sup>174</sup>, porquanto “A discricionariedade nas decisões jurídicas é absolutamente residual e não lhe caracteriza como um tipo de discurso”<sup>175</sup>.

Portanto, a utilização do Prescritivismo Universal parece ser compatível com a crítica às decisões judiciais, sobretudo as que interpretam palavras avaliatórias, como método para garantir, além da exposição do processo dedutivo, a descrição das opções valorativas realizadas nos julgamentos<sup>176</sup>. Acreditamos que o ideal seja a permissão ao cidadão de conhecer todas as razões utilizadas no processo decisório e possibilitar a sua crítica racional, a assegurar transparência (*accountability*) ou democratização à função precípua do Poder Judiciário.

<sup>173</sup> É possível alegar que o Judiciário exerce o papel de controle, em defesa das minorias, ou seja, sirva à salvaguarda de direitos individuais e contra eventuais opressões das majorias (*ditadura parlamentar da maioria*). No Brasil, podemos afirmar que o Poder Judiciário exerce importante “função democratizadora da sociedade, na medida em que não está obrigada a julgar conforme determinadas ‘tendências políticas’”. Em outras palavras: “O Poder Judiciário difere do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Estes se pautam por outros valores, que felizmente são estranhos ao exercício da magistratura. O juiz, ao contrário do político, exerce uma função eminentemente técnica, e não deve se preocupar em agradar as majorias (busca de votos); sua principal função consiste em aplicar a lei ao caso concreto, não devendo levar em consideração se tal aplicação satisfaz ou não a vontade de uma certa parcela da sociedade. Para o juiz importa a decisão que obedeça a determinados parâmetros já previstos anteriormente em lei” (NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 57). No mesmo sentido, porém, com diferente enfoque e por outras palavras: “O pensamento jurídico de nossos dias propugna concepção mais ampla de *controlabilidade* das decisões judiciais, que não se adstringe ao quadro das impugnações previstas nas leis do processo. Não é apenas o controle *endoprocessual* que se precisa assegurar: visa-se ainda, e sobretudo, ‘a tornar possível um controle ‘generalizado’ e ‘difuso’ sobre o modo como o juiz administra justiça’; e ‘isso implica, que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados e o ‘juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida seja no seu complexo, seja como opinião do *quisquis de populo*’. A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir como um ‘privilegio’ dos diretamente interessados, mas estender-se em geral aos membros da comunidade: é fora de dúvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formar juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo securatório. Ora, a via adequada não pode consistir senão no conhecimento das razões que o órgão judicial levou em conta para emitir seu pronunciamento; daí decorre a necessidade da motivação *obrigatória e pública*.”

O controle *extraprocessual* deve ser exercitável, antes de mais nada, pelos jurisdicionados *in genere*, como tais. A sua viabilidade é condição essencial para que, no seio da comunidade, se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional — fator inestimável, no Estado de Direito, da coesão social e da solidez das instituições” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. Temas de Direito Processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 90).

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>175</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Op.cit.*, p. 30.

<sup>176</sup> Freitas Filho pensa na aplicação da teoria ao Direito de modo incisivo: “Embora trate das regras lógicas da linguagem da moral, o Prescritivismo Universal é aplicável ao Direito”. Resume vários argumentos para defender seu ponto de vista (*Idem*, 2008, p. 38-40).

## 2.2 Regras e princípios

A distinção estabelecida por Dworkin entre regras e princípios<sup>177</sup>, com o objetivo de contraposição ao positivismo de Hart, refere-se aos princípios como “outros padrões” para a definição de direitos e obrigações jurídicas, que não são regras, particularmente nos casos difíceis (*hard cases*). A preocupação de Dworkin é demonstrar que a diferença lógica e de aplicação entre essas espécies influencia a compreensão sobre o processo decisório dos juízes, sobretudo no que toca à fundamentação externada.

Dworkin utiliza como exemplos dois precedentes judiciais para demonstrar a diferença entre regras e princípios: *Riggs vs. Palmer*<sup>178</sup> e *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*<sup>179</sup> Em ambos os casos a decisão judicial recorreu a “padrões” classificados como princípios. Nos dois julgados, segundo Dworkin, os “padrões” especificados pelas cortes não podem ser considerados regras; as partes da causa sequer conseguiram indicar lei ou regra de Direito estabelecida a regular o caso. Podemos observar que os casos ilustram lacunas do Direito ou, na visão do citado filósofo, casos difíceis (*hard cases*), pois não possuem regras específicas a disciplinar as situações.

Como afirmamos alhures (ver capítulo 2), é nesse problema que reside uma das principais críticas ao positivismo de Hart, a saber: nas hipóteses de lacunas (*hard cases*) não é correto admitir o poder discricionário dos juízes, como sustentam os positivistas. Conforme dissertamos linhas atrás, ambos os autores partem do mesmo problema inicial da incompletude ou completude dos sistemas jurídicos; a distinção estaria na solução dada por cada um deles. Os dois admitem que a regra de reconhecimento se exaure, porém, Hart considera que no momento do exaurimento da lei há a passagem para a discricionariedade em

---

<sup>177</sup> É importante destacar que os argumentos de Dworkin referentes aos princípios devem ser analisados com grande cuidado, porquanto o termo pode ser utilizado de maneira genérica pelo autor, ou seja, “para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras”, sendo certo que haverá momentos que o significado do termo “princípio” será mais preciso e indicará a diferença entre princípios e políticas, conforme já demonstramos linhas atrás: “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, Ronald. Op.cit., p. 36).

<sup>178</sup> 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889). Trata-se do caso julgado por tribunal de Nova Iorque que “teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo” (Idem, 2010, p. 37).

<sup>179</sup> 32 N.J. 358, 161 A. 2d 69 (1960). Neste caso a controvérsia é sobre “a importante questão de saber se (ou até que ponto) um fabricante de automóveis pode limitar sua responsabilidade no caso de automóvel ser defeituoso” (Ibidem, p. 38).



sentido forte do juiz, enquanto Dworkin considera a lacuna “uma falha na teoria da regra social”.

Outro ponto controvertido é a submissão dos princípios ao teste definitivo (teste de *pedigree*), ou seja, a verificação de compatibilidade com a regra de reconhecimento para definir se o padrão pertence ou não ao Direito; em cada sistema legal existe um teste definitivo para identificar leis obrigatórias. Hart entende que o Direito deve responder a todas as questões juridicamente suscitadas, mesmo nos casos difíceis (lacunas para Hart); na hipótese de não ser possível a solução, o juiz usa seu poder discricionário e “cria o Direito” aplicável ao caso. Essa criação, na visão de Hart, só pode ocorrer em casos não regulados pela norma-regra; seria oriunda de uma fonte externa e alheia ao Direito; e não pode ser arbitrária, tendo em vista a existência de limites substanciais, sobretudo o que seria admitido pelos usos e costumes, ou seja, pelo que seria socialmente aceitável.

Em face desses argumentos Dworkin alega que, os princípios não podem ser submetidos a um teste de *pedigree*<sup>180</sup>, embora possam desempenhar um papel nos argumentos sobre a obrigação jurídica, de modo que a teoria positivista deve apresentar outra razão para sustentar que eles não podem contar como parte do Direito.<sup>181</sup> A conclusão sobre esse aspecto da teoria de Hart – do teste de *pedigree* –, é que se tratamos os princípios como Direito não é possível distinguir com base na norma de reconhecimento (norma suprema) o Direito – obrigações jurídicas –, de outros padrões sociais (obrigações não jurídicas), como por exemplo, o padrão dos princípios morais. Vale dizer:

Essa teoria sustenta que uma obrigação jurídica existe quando (e apenas quando) uma regra de direito estabelecida impõe tal obrigação. Segue-se daí que, em um caso difícil – quando é impossível encontrar tal regra estabelecida – não existe obrigação jurídica enquanto o juiz não criar uma nova regra para o futuro. O juiz pode aplicar essa nova regra às partes da

---

<sup>180</sup> Dworkin comenta os princípios que fundamentaram as decisões dos precedentes judiciais já citados para postular a falha do teste definitivo, e, por conseguinte, da tese da regra de reconhecimento: “Mas esse teste de *pedigree* não funciona para os princípios dos casos *Riggs e Henningsen*. A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado. Se deixar de parecer injusto permitir que as pessoas se beneficiem de seus próprios delitos ou se deixar de parecer justo impor encargos especiais sobre monopólios que fabricam máquinas potencialmente perigosas, esses princípios não mais desempenharão um papel em novos casos, mesmo se eles forem anulados ou revogados. (Na verdade, não tem sentido falar de “anulação” ou “revogação” de princípios como estes. Quando entram em declínio, eles sofrem erosão, eles não são torpedeados)” (DWORKIN, Ronald. Op.cit., 2010, p. 64).

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 58-59.

questão judicial, mas isso é legislar *ex post facto* e não tornar efetiva uma obrigação já existente.<sup>182</sup>

É com essas premissas críticas que Dworkin postula ser a distinção entre regras e princípios de natureza lógica e de aplicação. Nas palavras de Dworkin:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da obrigação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.<sup>183</sup>

No caso dos princípios há a dimensão do peso ou importância, inexistente nas regras, de sorte que nas situações de colisão entre princípios o intérprete-aplicador deve ter em conta “a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia”<sup>184</sup>. Ao contrário, no caso de regras em conflito, uma delas não pode ser válida. Em outras palavras:

Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior.<sup>185</sup>

O ponto parece ser que os princípios – padrões considerados extrajurídicos pelos positivistas –, tem função de criação de obrigações jurídicas, logo, devem estabelecer deveres de obediência aos juízes. É crível sustentar que não há liberdade de escolha desses padrões (discricionariedade em sentido forte), mas sim dever de aplicar os princípios concebidos pelos praticantes do Direito e aceitos pela comunidade, isto é, devemos tratar os princípios ou o conjunto deles como Direito, haja vista que eles podem impor uma obrigação jurídica, da mesma forma com que são estabelecidas por uma regra jurídica. Vale dizer: os princípios, para Dworkin, pertencem ao Direito e funcionam como normas jurídicas, motivo pelo qual a tarefa do juiz será a justificação racional do princípio eleito – nos casos de intercruzamento –,

<sup>182</sup> DWORKIN, Ronald. Op.cit., 2010, p. 71.

<sup>183</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 43.

a garantir o máximo de adesão possível e editar a decisão correta; existem direitos morais, originários de regras morais, ao lado de direitos legais.<sup>186</sup>

Todavia, a sofisticação, a nobreza e a sensatez que tanto atraem no projeto teórico de Dworkin não podem esconder os seus limites.

Os juristas de tradição romano-germânica, embora não sejam fonte de fundamentação de Dworkin – parecem ser até mesmo ignorados –, estão acostumados com muitas das discussões levantadas, de modo que a sedução do construtivismo *dworkiano* não está exatamente na novidade dos problemas suscitados, salvo o mérito de provocar outra vez o debate filosófico.<sup>187</sup>

É possível, ainda, criticar o ponto da existência de distinção de natureza lógica e nos critérios de aplicação entre regras e princípios; o centro do problema seria o entendimento sobre “juízos”<sup>188</sup>, mais especificamente os jurídicos.

Segundo Lopes – cujo pensamento sobre o tema parte da tese de que a distinção entre regras e princípios é que estes são as “regras superiores, das quais outras dependem”, pontos

<sup>186</sup> Podemos sustentar que essa ideia apresenta relação com a doutrina kantiana do Direito, logo, nesse ponto não parece apresentar total originalidade (LOPES, José Reinaldo de Lima. **Juízo jurídico e a falsa solução das regras e princípios**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15639-15640-1-PB.pdf>>. Acesso em: 17. ago. 2012, p. 4). Com idêntico argumento: LOPES, José Reinaldo de Lima. **Princípios e regras**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos.pdf>>. Acesso em: 17. ago. 2012.

<sup>187</sup> Nesse sentido, Lopes tece severas críticas à tese de Dworkin, especificamente na postulação sobre a distinção de natureza entre regras e princípios, alinhavada na obra *Levando os direitos a sério*: “Uma consulta rápida aos clássicos do pensamento jurídico europeu mostra que várias das dúvidas e dos problemas que assaltam Dworkin já foram enfrentadas. Assim, por exemplo, sua idéia de que o juiz, ao decidir os casos, deve proceder com certo respeito a “princípios” que dão forma a toda o sistema jurídico é uma expressão da boa e velha fórmula, tradicional desde os medievais, da interpretação sistemática [...] Olhada ainda com mais atenção, a proposta de Dworkin ignora toda a tradição da hermenêutica, jurídica e não jurídica, produzida fora do âmbito norte-americano. Assim, problemas de interpretação, também tradicionais para os juristas não americanos, parecem ser absoluta novidade na exposição de Dworkin” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op.cit.*, p. 12-13). Com argumentos idênticos consultar: LOPES, José Reinaldo de Lima. **Juízo jurídico e a falsa solução das regras e princípios**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15639-15640-1-PB.pdf>>. Acesso em: 17. ago. 2012.

<sup>188</sup> “O juízo consiste em uma predicação e se expressa em uma proposição. Isso é o básico. Há, porém, juízos normativos (predicações normativas, proposições normativas, preceitos, máximas) e há juízos descritivos. Para ambos os casos, porém, é preciso que haja sujeitos. Não há juízos sem sujeitos. Uma língua não produz juízos por si, como não produz discursos por si mesma. A língua é apenas o instrumento dos juízos” (LOPES, *ob. cit.*, p. 6). No mesmo sentido: LOPES, José Reinaldo de Lima. **Princípios e regras**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos.pdf>>. Acesso em: 17. ago. 2012).

de partida evidentes, ou seja, indemonstráveis<sup>189</sup> -, a discussão deve girar em torno dos fatos, porquanto o juízo jurídico trata “sempre de qualificar uma situação de fato”.

A decisão judicial deve converter o fato passado em um tipo, tendo em vista que é da natureza da regra que ela se refira a tipos, de sorte que a dificuldade “não está em saber a regra, mas saber se o fato sujeita-se a uma regra e não a outra”, isto é: “É da essência da regra que ela se refira a tipos: a aplicação de uma regra concreta é reconhecimento que o fato específico é um fato dentro de uma classe, classe esta descrita por alguma regra”<sup>190</sup>. Desse modo, na visão de Lopes, não há a diferença de critérios de aplicação ou de natureza lógica, reivindicada por Dworkin, sobre regras e princípios, haja vista que o juízo jurídico de tipificação das situações de fato ocorre de modo semelhante na aplicação de regras e princípios. Em outras palavras: “Dizer que um fato se submete a um princípio significa dizer que se subsume a uma espécie de norma e para submeter-se a uma espécie de norma é preciso tipificá-lo”<sup>191</sup>.

Outro enfoque dado pela doutrina é a distinção entre regras e princípios porque estes são fundamentos da ordem jurídica relativos a valores, ou seja, “as regras estabelecem deveres ou condutas específicas e não são referentes, de forma direta, a valores que dêem sentido de unidade ao direito”<sup>192</sup>, razão pela qual é crível reivindicar que “A despeito do caráter fundante e valorativo dos princípios sua distinção em relação às regras ocorre fundamentalmente pela

---

<sup>189</sup> Lopes postula que “Princípios são pontos de partida não demonstráveis e não demonstráveis porque evidentes. Não se trata de serem indemonstráveis porque requeiram fé, uma crença irracional em alguma coisa, ou a submissão à autoridade alheia, ou a submissão à “dogmática” porque não há outro jeito. Os princípios são indemonstráveis porque são os pontos de partida para além dos quais não há o que demonstrar. Os princípios são *inteligíveis*, mas não demonstráveis. Nos pontos de partida encontramos sempre *definições* ou *hipóteses*, isto é, a afirmação do que é uma coisa, ou a presunção de existência de alguma coisa. Quando se define não se demonstra: estipula-se, exceto se a definição for de caráter léxico. Definição léxica é uma resenha da forma de usar uma palavra. Se uma palavra tem vários sentidos, seu uso deverá ser definido (determinado, definido) pelo sujeito que a vai usar. Também é possível formular uma hipótese e a partir dela continuar o raciocínio: enquanto a hipótese for mantida, as consequências da hipótese devem ser admitidas. Estas coisas não se demonstram, apenas se entendem, já que a demonstração exige sempre um ponto de partida dado para se chegar a outro ponto (raciocínio). Uma definição não se demonstra, explica-se. Se alguém não entende a definição, o bom professor converte, reelabora, mas não a demonstra, não pode proceder de outro ponto para chegar a ela” (LOPES, José Reinaldo de Lima. Op.cit., p. 13-14. No mesmo sentido: LOPES, José Reinaldo de Lima. **Princípios e regras**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos.pdf>>. Acesso em: 17. ago. 2012 e LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito civil e direito do consumidor: princípios**. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). **Código de defesa do consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 26).

<sup>190</sup> Ibidem.

<sup>191</sup> Ibidem.

<sup>192</sup> FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 211.

forma lógico-textual como se apresentam”<sup>193</sup>. Assim, nada obstante a presença constante dos princípios na experiência jurídica, a novidade aparentemente decorre da necessidade de compreender, no âmbito da realidade de sociedades complexas, a natureza e o processo de aplicação dessas espécies de normas. Freitas Filho sustenta:

Os princípios sempre estiveram presentes na experiência jurídica. O que há, hoje, de diferente em relação aos mesmos é que a teoria jurídica se preocupa com a questão de entender a natureza e o processo de aplicação de normas que tenham um grau de generalidade suficientemente alto para poder abarcar a multiplicidade de fenômenos que têm de ser regulados em uma sociedade altamente complexa como a atual. Nesse sentido há uma novidade no tocante aos princípios: é opinião corrente em parte significativa da doutrina que o tipo de norma apta a regular uma sociedade complexa tenha de ser um modelo de norma semanticamente aberto e de caráter avaliatório.<sup>194</sup>

Ademais, o problema pode não ser exclusivamente no campo da ausência de regras a regular o caso (lacunas ou *hard cases*) ou da diferente natureza e critérios de aplicação entre regras e princípios. A própria atividade subsuntiva é extremamente complexa, de sorte que nem sempre a dificuldade se localiza na premissa maior (normativa), mas na premissa menor (fática)<sup>195</sup>, a tornar complicada a prática comumente sustentada da tomada inicial de decisão para após se buscar a fundamentação legal. Assim:

Qualquer que seja a função que possa desempenhar as fontes irracionais da descoberta do juízo ou sentença judicial, o juiz perante o seu cargo (função) e a sua consciência, tão-só poderá sentir-se justificado quando a sua decisão também possa ser fundada na lei, o que significa, ser dela deduzida. Neste ponto de vista, a descoberta e a fundamentação da decisão não são procedimentos opostos. A tarefa que o juiz tem perante si é esta: descoberta duma decisão (solução) fundamentada através da lei.<sup>196</sup>

English, embasado na idéia de que a ciência do Direito é prática, aprofunda a questão da verificação dos fatos e da produção probatória, abordagens do pensamento jurídico praticamente esquecidas pelo positivismo jurídico.

A premissa menor seria constituída por uma etapa de verificação histórica dos fatos, bem como pela produção probatória operada por intermédio de conclusões dos indícios “para os factos directamente relevantes cuja verificação está em causa”.<sup>197</sup>

---

<sup>193</sup> FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., 2009, p. 211.

<sup>194</sup> Ibidem, p. 211-212.

<sup>195</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulenian, 2001, p. 85.

<sup>196</sup> Ibidem, p. 85.

<sup>197</sup> Ibidem, p. 87.

Quanto ao procedimento judicial probatório, English ainda aborda as questões das *regras de experiência*, visto que a conclusão “se trata sempre duma conclusão apenas válida com certo grau de probabilidade, maior ou menor, baseada nas *regras de experiência*”<sup>198</sup>. Não se pode reduzir, como faz o positivismo jurídico, as complexas conexões do Direito com a vida real aos aspectos exclusivamente normativos, tampouco é possível afastar o processo de construção da premissa menor na aplicação de regras daquela realizada com os princípios, como faz crer Dworkin, porquanto é para isso que serve o processo judicial.

A regra (geral) ou os princípios (premissa maior) nunca são suficientes para uma decisão concreta. O Direito é uma ciência no campo da razão prática, de modo que é imprescindível estabelecer o juízo contido na premissa menor para chegar à decisão judicial, pois a própria práxis subsuntiva exige racionalidade. A explicação de Lopes é esclarecedora:

Na verdade, tanto regras quanto princípios para serem aplicados dependem de algo mais: trata-se daquilo que muito acertadamente Karl English chamava de “construção da premissa menor”. Esta premissa menor é aparentemente apenas a descrição de um fato. O raciocínio jurídico seria esquematicamente o seguinte: Premissa maior = norma (matar alguém - pena de 20 anos de reclusão); premissa menor = fato (*A matou B*); conclusão (subsunção) = *A* sofrerá a pena. English destaca com relevo que a premissa menor nunca é dada pura e simplesmente para o jurista. Ela deve ser construída e para isto serve, por exemplo, o processo judicial, para estabelecer o juízo contido na menor (*A matou B*). Ora, neste juízo aparentemente simples o que está em jogo verdadeiramente é um juízo (predicar que *A matou B*) e este juízo tem um caráter constitutivo e não meramente descritivo. Quando se diz que *A matou B*, em termos jurídicos, diz-se que *A matou B* no sentido que interessa para a lei. Assim, pode ser que de fato um ato de *A* tenha causado imediatamente a morte de *B*, mas este ato pode ter sido praticado em legítima defesa, ou *B* pode ser tido como incapaz, ou qualquer outra circunstância pode ter ocorrido. Nestes casos, a afirmação fática *A matou B* não significa que *A matou B* no sentido da lei penal. Logo, apesar de um ato de *A* ter provocado a morte de *B*, a conclusão final do juízo será que *A não matou B* no sentido legal, logo *A não sofrerá pena alguma*.<sup>199</sup>

Portanto, o intérprete-aplicador (o juiz) constrói um processo de determinação das circunstâncias que compõem o caso em análise, seja na aplicação de regras, seja na de princípios.

Em outras palavras, o recurso aos princípios não elimina o trabalho mental exigido para a aplicação das regras. E as regras não se aplicam tão claramente da forma tudo-ou-nada. Uma regra pode perfeitamente ser válida, ser levada em consideração pelo julgador e ser afastada em um caso concreto porque os fatos - as circunstâncias - que são transformados em premissa

<sup>198</sup> ENGISCH, Karl. Op.cit., p. 89.

<sup>199</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Op.cit., p. 8.

menor não se consideram do tipo ou da classe prevista na regra. Isto mesmo pode acontecer quando se tratar de princípios: são os fatos e suas circunstâncias que vão determinar se um princípio é o adequado para a solução do caso.<sup>200</sup>

Ciente das críticas e dos limites da teoria *dworkiana*, sustentamos que a questão central do pensamento de Dworkin não é a distinção lógica entre regras e princípios. Aparentemente, é demonstrar o equívoco de desconsiderar as controvérsias existentes nas decisões judiciais sobre casos difíceis acerca dos princípios morais, que são na visão de Dworkin, subjacentes a um problema aparentemente linguístico, pois se cuida de fato de questões práticas.

O problema ganha maior destaque nas hipóteses em que os juízes e Tribunais apresentam razões, entretanto, não se embasam em leis escritas, mas em princípios de justiça e políticas públicas para decidir; a indagação é se o juiz está aplicando regra preexistente a caso novo. Segundo Dworkin os juristas “não vêem com clareza o que realmente significa o conceito de seguir regras”<sup>201</sup>; as diversas correntes da abordagem profissional da teoria do Direito fracassaram porque ignoram que “os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos”.<sup>202</sup>

Assim, o deslocamento do problema para a questão dos juízos, ou ainda, a consciência de que os princípios podem ser um modelo de norma semanticamente aberto e de caráter avaliatório, provavelmente reforça a tese sustentada nesta dissertação sobre a identidade entre a linguagem moral e a jurídica, logo, viabiliza a aplicação do Prescritivismo Universal de Hare ao Direito e, especialmente, ao controle de decisões judiciais, bem como tem o mérito de situar os pontos suscitados por Dworkin no que realmente interessa discutir: a provável relação entre princípios e Direito<sup>203</sup>. No ponto, reivindicamos premissa necessária, embasada no princípio da *universalizabilidade*, a de que existe unicidade da razão prática, a fim de melhor aproveitar o projeto teórico de Dworkin. Isto é:

---

<sup>200</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Op.cit., p. 11.

<sup>201</sup> Idem, 2007, p. 8.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>203</sup> Já afirmamos linhas atrás posição de Dworkin no sentido de não existir discricionariedade no processo decisório nos casos difíceis. É importante, neste ponto, destacar que, diferentemente da repercussão da teoria *dworkiana* na doutrina pátria, “os princípios não ampliam a discricionariedade de julgar, mas a limitam. Mais do que isso, os princípios não facilitam o trabalho de julgar, mas demandam um esforço hermenêutico adicional em relação às regras, na medida em que se espera que o julgador, ao aplicá-los, demonstre o sentido descritivo de uma regra que se extrai do princípio, ou que a ele se adequa” (FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 226).

Talvez o que realmente importe para Dworkin é tentar demonstrar (aí sim, contra certas versões positivistas mais simples), que os pontos de partida de um sistema jurídico são os mesmos pontos de partida de outros sistemas normativos e, pois, da razão prática em geral. É justamente isto, creio, que pode ser salvo de sua abordagem. Isto, porém, não é sempre o que se discute. Para discutir, nestes termos, a tese de Dworkin, seria preciso postular uma forma qualquer de unicidade da razão prática, ou pelo menos da razão jurídica e da ética.<sup>204</sup>

Faceta de certo modo diferente do entendimento do problema da distinção de regras e princípios<sup>205</sup> é abordada por Robert Alexy, segundo o qual os princípios são “comandos de otimização”, ou seja, “são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas”<sup>206</sup>. Por sua vez as regras, segundo Alexy, são “comandos definitivos”, de modo que a diferença entre as espécies de normas não é apenas de grau, mas de qualidade.<sup>207</sup>

A distinção, nessa perspectiva, fica mais clara quando se comparam as soluções dadas nos conflitos entre regras e nas colisões entre princípios, embora compartilhem o aspecto de que duas normas, quando aplicadas separadamente, conduzem a incompatíveis resultados, ou seja, dois julgamentos (obrigações jurídicas) concretos ou específicos contraditórios.<sup>208</sup>

Segundo Alexy: “Um conflito entre duas regras só pode ser resolvido pela introdução de uma cláusula de exceção para uma das duas regras ou declarar pelo menos uma delas inválida”<sup>209</sup>, enquanto a colisão de princípios é resolvida por balanceamento (*The Balancing Law*), que “é uma parte do que é requerido por um princípio mais abrangente (*comprehensive*). Esse princípio mais abrangente é o princípio da proporcionalidade

<sup>204</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Op.cit., p. 15-16. No mesmo sentido: LOPES, José Reinaldo de Lima. **Princípios e regras**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos.pdf>>. Acesso em: 17. ago. 2012 e LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito civil e direito do consumidor: princípios**. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). **Código de defesa do consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 26).

<sup>205</sup> Alexy afirma ser Dworkin o iniciador da discussão sobre as diferenças entre regras e princípios: “*Still, it was Ronald Dworkin’s major challenge to H.L. Hart’s version of legal positivism, initially in “The Model of Rules”, that marked the beginnings of a broad discussion* (DWORKIN, Ronald. 1967)” (ALEXY, Robert. Op.cit., p. 294).

<sup>206</sup> ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. Trad. Menelick de Carvalho Netto. **Ratio Juris**. vol. 16, nº. 2, June 2003, p.131–140.

<sup>207</sup> *Rules therefore comprise a decision in the fields of factual and legal possibilities. They are definitive commands. This means that the difference between rules and principles is a difference in quality and not only one of degree. Every norm is either a rule or a principle* (ALEXY, Robert. 1996, 77ff.; 1995, p. 203)” (ALEXY, Robert. Op.cit., p. 295).

<sup>208</sup> Idem, 2000, p. 295.

<sup>209</sup> *A conflict between two rules can only be solved by either introducing an exception clause into one of the two rules or declaring at least one of them invalid* (Ibidem, p. 295).



(*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*)”<sup>210</sup>. Em outras palavras: na prática o balanceamento é o princípio da proporcionalidade, ou um de seus aspectos essenciais.

Assim: “Comandos de otimização são os objetos do balanceamento ou ponderação. Eles podem ser chamados de ‘*the ideal ought*’ ou ideais” (Alexy 1995, 203ff.). Um ‘*ought*’ ideal é algo que deve ser otimizado e, assim, transformado em um ‘*ought*’ real (Alexy 1995, 204)”<sup>211</sup>. Há, portanto, no âmbito do balanceamento, uma implicação lógica entre os princípios (comandos de otimização) e o “ideal ‘*ought*’”, ou seja, existem dois lados da mesma moeda<sup>212</sup>. Parece que os princípios são “ideais” aceitos pela comunidade que devem ser convertidos em obrigação jurídica no caso concreto, por meio dos julgamentos feitos pelos juízes e Tribunais.<sup>213</sup>

Podemos observar que existem variadas visões sobre o problema das diferenças entre regras e princípios. É possível sustentar, conforme nosso objetivo neste trabalho, a necessidade de aproveitarmos os aspectos que cada uma das posições traz para o problema do discurso jurídico. Sem perder de vista a ideia de que os pontos de partida de um sistema jurídico são os mesmos pontos de partida de outros sistemas normativos, compartilhamos a reivindicação de Alexy:

De importância central para isso é a ideia de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. O que os discursos jurídicos têm em comum com o discurso prático geral consiste em que, em ambas as formas

<sup>210</sup> ALEXY, Robert. Op.cit., p. 131–140.

<sup>211</sup> *Commands to be optimized are the objects of balancing or weighing. They can be termed "the ideal 'ought'" or "ideals"* (ALEXY, Robert. 1995, 203ff.). *An ideal "ought" is something that is to be optimized and thereby transformed into a real "ought"* (ALEXY, Robert. 1995, p. 204) (ALEXY, Robert. Op.cit., p. 300).

<sup>212</sup> *These are two sides of the same coin* (Idem, 2000, p. 301).

<sup>213</sup> Alexy parece ter aceitado as críticas de Sieckmann de que mandados de otimização não são aptos à ponderação, porquanto passa a diferenciar “mandados de otimização” da visão dos princípios como “normas a serem otimizadas”, ou ainda, convertidas em obrigação jurídica no caso concreto: “*This in no way says that principle theory in the guise of the optimization thesis collapses; it simply gives it a sharper focus. A distinction is to be made between commands to be optimized and commands to optimize. Commands to be optimized are the objects of balancing or weighing. They can be termed "the ideal 'ought'" or "ideals"* (ALEXY, Robert. 1995, 203ff.). *An ideal "ought" is something that is to be optimized and thereby transformed into a real "ought"* (ALEXY, Robert. 1995, p. 204). *As the object of optimization, it is placed on the object level. Contrariwise, the commands to optimize, that is, the optimization commands, are placed on a meta-level. On this level they prescribe what is to be done with that which is found on the object level. They impose the obligation that their subject matter, the commands to be optimized, be realized to the greatest extent possible. As optimization commands they are not to be optimized but to be fulfilled by optimization.*

*Principles, therefore, as the subject matter of balancing are not optimization commands but rather commands to be optimized. As such they comprehend an ideal "ought" that is not yet relativized to the actual and legal possibilities. In spite of this, it is useful to talk about principles as optimization commands or obligations. It expresses in an altogether straightforward way the nature of principles. In saying what is to be done with principles, one says all that matters from the point of view of legal practice. This practical aspect is lent support by a theoretical consideration”* (Ibidem, p. 300).

de discurso, trata-se da correção de enunciados normativos. Fundamentar-se-á que tanto com a afirmação de um enunciado prático geral, como com a afirmação ou pronunciamento de um enunciado jurídico, levanta-se uma pretensão de correção. No discurso jurídico, trata-se de um caso especial, porque a argumentação jurídica ocorre sob uma série de condições limitadoras. Entre essas, devem-se mencionar especialmente a sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes, seu enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito organizada institucionalmente, assim como – o que não concerne, todavia, ao discurso científico-jurídico – as limitações das regras do ordenamento processual.<sup>214</sup>

É embasado nesse pensamento central, que pretendemos nos próximos tópicos propor a análise das decisões judiciais selecionadas e demonstrar como é importante a coerência lógica do discurso jurídico, bem como postular que a falta de fundamentação colabora para a falta de transparência das decisões judiciais.

### 2.3 Contextualização teórica

Acreditamos que as teorias da argumentação jurídica se configuram relevantes porque compartilhamos a ideia de que a prática do Direito consiste, fundamentalmente, em argumentar<sup>215</sup>. Provavelmente, um dos fatores que geram o déficit de fundamentação nas decisões judiciais é a negligência da maioria dos juristas com os temas da teoria da argumentação jurídica<sup>216</sup>, embora o interesse tenha crescido, consoante os fatores afirmados por Atienza.<sup>217</sup>

Esclarecemos, embasados no quarto e quinto fator alinhavados por Atienza – a ascensão da democracia como forma de governo e a consolidação do Estado Democrático de Direito –, que a expressão “coerência das decisões judiciais”, utilizada inúmeras vezes neste trabalho, tem relação com a necessidade de exposição pública de argumentos racionais, pois acreditamos que a força persuasiva das razões por meio do debate estabelecido com ideias contrárias é elemento constitutivo da democracia e legitimador da função do juiz.<sup>218</sup>

A preocupação com a teoria da argumentação parece importante porque suas bases possibilitam a prestação de contas (*accountability*) pelos juízes, na medida em que possibilita a demonstração pública das razões que fundamentam as decisões jurídicas. Vale dizer: a

<sup>214</sup> ALEXY, Robert. Op.cit., p. 31.

<sup>215</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

<sup>216</sup> Segundo Atienza: “A teoria (ou teorias) da argumentação jurídica tem como objeto de reflexão, obviamente, as argumentações produzidas em contextos jurídicos” (ibidem, p. 18), o que não significa a impossibilidade de utilização da teoria da linguagem de Hare, pois, conforme já sustentamos em linhas anteriores, não há diferenças significativas entre o discurso do Direito e o da Moral.

<sup>217</sup> Ibidem, p. 15-19.

<sup>218</sup> Ibidem, p. 15-19.

coerência das decisões por meio de argumentos racionais transparentes é exigência do Estado Democrático de Direito.<sup>219</sup>

A preocupação central, conforme fica evidente durante todo o texto que desenvolvemos nesta dissertação, é com o ideal de que haja certa previsibilidade nas condutas dos juízes, haja vista que o ordenamento jurídico (regras e princípios) é concebido de modo compartilhado, bem como que as decisões judiciais guardem certa sistematicidade<sup>220</sup> na aplicação dos princípios do Direito.

Atienza, atento a esses problemas, parece acreditar que, principalmente, a teoria da argumentação jurídica cumpriria muito bem o papel de aproximar, ou mesmo chamar, os estudiosos de outras disciplinas à reflexão sobre o Direito. Tenta, ainda que de modo incompleto – como ele próprio reconhece –, expor o significado de argumentar juridicamente; apresenta sua concepção sobre a teoria da argumentação jurídica.<sup>221</sup>

Propõe, ainda, divisão da ocorrência de argumentações em três diferentes campos: o primeiro: “da *produção ou estabelecimento de normas jurídicas*”, subdividido em fase “pré-legislativa”, cujos argumentos seriam mais políticos e morais do que jurídicos; e a fase “legislativa”, onde essa equação se inverte, pois a ênfase acontece nos argumentos técnico-jurídicos. Mas, assevera “Em todo caso, as teorias da argumentação jurídica de que dispomos não se ocupam praticamente de nenhum desses dois contextos de argumentação”<sup>222</sup>. O segundo: é o “da *aplicação de normas jurídicas e soluções de casos*”, centrado nas questões relativas à interpretação do Direito e que são propostas nos órgãos superiores da

<sup>219</sup> Nesse sentido, Maccormick afirma em trecho ilustrativo: “Assim, surgem as disputas acerca da interpretação correta dos materiais jurídicos, sobre a correta interpretação das provas, sobre a correta avaliação dos elementos de prova em conflito, sobre a caracterização adequada dos fatos provados ou confessados, ou sobre sua relevância com relação aos materiais jurídicos apresentados. Essas disputas não são um tipo de excrescência patológica em um sistema que deveria de outra forma funcionar tranquilamente. Elas são um elemento integrante de uma ordem jurídica que esteja funcionando de acordo com os ideais do Estado de Direito. Isso porque esse princípio insiste na apresentação pelo governo de base jurídica adequada a qualquer ação, completada pelo direito de todos os indivíduos de questionar as bases jurídicas apresentadas pelo governo para suas ações”. E conclui: “A ideia de Estado de Direito sugerida aqui insiste no direito de defesa de questionar e rebater a causa que lhe é apresentada. Não há segurança contra os governos arbitrários a não ser que esse questionamento seja livremente permitido, e sujeito a apreciação por agentes do Estado separados e distanciados daqueles que conduzem as acusações penais” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Tradução Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 36-37).

<sup>220</sup> Para Larenz, no âmbito da ciência do Direito, a única espécie de sistema ainda possível é o sistema aberto e, até um certo grau móvel em si, pois nunca está completo e pode ser continuamente posto em questão, a evidenciar os valores diretivos e os princípios do Direito (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 230-241). Nesse sentido, podemos sustentar que se o sistema é aberto, a argumentação jurídica tem, ainda, a função de construção do Direito.

<sup>221</sup> ATIENZA, Manuel. Op.cit., p. 211-226.

<sup>222</sup> Ibidem, p. 18.

administração da Justiça (os casos difíceis). O terceiro: é o da “*dogmática jurídica*”, cujas funções complexas Atienza enumera: “1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico”.<sup>223</sup>

Nesse contexto, particularmente importante para esta dissertação é a distinção entre “explicação” e “justificação”, com fundamento na distinção entre o “contexto de descoberta” e o “contexto de justificação” das teorias científicas, tendo em vista a alegação de que a diferença é aplicável tanto ao campo da argumentação em geral como ao da argumentação jurídica em particular, a corroborar a tese da identidade entre a linguagem do Direito e a linguagem da Moral<sup>224</sup>. Em outras palavras: “uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão, e outra coisa é o procedimento que consiste em justificar essa premissa ou conclusão”<sup>225</sup>, de sorte que o juiz não é obrigado a externar as razões explicativas, mas as justificadoras de suas opções valorativas nas decisões judiciais.

Com a mesma idéia supracitada, parece ser relevante a distinção entre “justificação formal dos argumentos (quando um argumento é formalmente correto)” e uma “justificação material (quando se pode considerar que um argumento, num campo determinado, é aceitável)”.<sup>226</sup>

Atienza denomina “teoria padrão da argumentação jurídica” a proposta objeto de autores como Alexy e MacCormick, e o faz com a reivindicação de apresentar uma perspectiva mais evoluída, ainda que de forma incompleta. Reconhece que a “teoria padrão da argumentação jurídica” tem como objeto de reflexão o contexto da justificação dos argumentos, com pretensões, em geral, tanto descritivas quanto prescritivas:

Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas, e nesse sentido se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (as decisões jurídicas não

<sup>223</sup> ATIENZA, Manuel. Op.cit., p. 19.

<sup>224</sup> Necessária a advertência: “A distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação Não coincide com aquele existente entre discurso descritivo e discurso prescritivo, a não ser pelo fato de que em relação tanto a um quanto ao outro contexto se pode adotar uma atitude descritiva ou prescritiva” (ibidem, p. 20).

<sup>225</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>226</sup> Ibidem, p. 22.

podem ser justificadas porque são puros atos de vontade) (cf. Neumann, 1986, págs. 2 e 3).<sup>227</sup>

Alexy e Maccormick compartilham o pensamento segundo o qual a argumentação jurídica é um ramo da argumentação prática.

Para Alexy o discurso jurídico é um “caso especial do discurso prático geral”, pois apresenta como características a referência a questões práticas; há pretensão de correção na discussão das questões; e ocorre com as limitações do Direito vigente.<sup>228</sup>

Já MacCormick, embasado no mesmo entendimento, sustenta ser possível ao Direito utilizar a lógica e o raciocínio dedutivo na justificação das decisões jurídicas, porquanto o raciocínio dedutivo não pode ser esquecido, haja vista a função de correção das decisões; ele estabelece limites formais sob os quais o juiz tem o dever de decidir. Além disso, relevante é a concepção da ideia de *universalizabilidade* por ele reivindicada, em termos semelhantes ao dissertado neste trabalho, isto é, a exigência de que um argumento seja igualmente aplicado a todos os casos idênticos, a fim de tentar assegurar o ideal de igualdade<sup>229</sup>, bem como a preocupação com a coerência das decisões judiciais e sua legitimidade:

O contexto jurídico é um contexto em que a ideia de coerência tem uma importância peculiar e óbvia. Em uma discussão jurídica ninguém começa a partir de uma folha em branco e tenta alcançar uma conclusão razoável a priori. A solução oferecida precisa fundar-se ela mesma em alguma proposição que possa ser apresentada ao menos com alguma credibilidade como uma proposição jurídica, e essa proposição deve mostrar coerência de alguma forma em relação a outras proposições que possamos tirar das leis estabelecidas pelo Estado. Aqueles que produzem argumentos e decisões jurídicas não abordam os problemas da decisão e da justificação no vácuo, mas, em vez disso, o fazem no contexto de uma pletera de materiais que servem para guiar e justificar decisões, e para restringir o espectro dentro do qual as decisões dos agentes públicos podem ser feitas legitimamente.<sup>230</sup>

<sup>227</sup> ATIENZA, Manuel. Op.cit., p. 22.

<sup>228</sup> Segundo Alexy: “As semelhanças e conexões são tão variadas como as diferenças. O aspecto comum mais importante consiste em que, em todas as formas (ao menos em parte), argumenta-se *juridicamente*. A questão de como se distingue a argumentação jurídica da argumentação prática geral é uma das questões centrais da teoria do discurso jurídico. Aqui se pode estabelecer um ponto: a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente. Com isso, menciona-se uma das principais diferenças entre argumentação jurídica e a argumentação prática geral. As disputas jurídicas não submetem todas as questões à discussão. Ditas disputas são feitas com algumas limitações” (ALEXY, Robert. Op.cit., p. 210). A pretensão é responder à pergunta: o que é uma fundamentação racional no ordenamento jurídico vigente? Alexy explica: “O núcleo da tese do caso especial consiste por isso em sustentar que a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico; mas esta pretensão, diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, não se refere à racionalidade das proposições normativas em questão, mas somente a que, no ordenamento jurídico vigente, possam ser racionalmente fundamentadas” (ALEXY, Robert. Op.cit., 2011, p. 217).

<sup>229</sup> MACCORMICK, Neil. Op.cit., p. 30.

<sup>230</sup> Ibidem, p. 31.

Para Atienza a crítica destinada aos autores que se socorrem dessas ideias – determinismo metodológico e decisionismo metodológico –, é que eles incorrem em erro porquanto confundem o “contexto de descoberta” e o “contexto de justificação”. Essa confusão subverteria e simplificaria, na visão exposta no texto, o silogismo judicial, de sorte a reduzir a solução dos casos difíceis a deduções formais. Transcrevo a inquietação de Atienza com essas correntes:

É possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível; do contrário seria preciso negar também que possa ocorrer a passagem das intuições às teorias científicas ou que, por exemplo, cientistas que ocultam certos dados que se ajustam mal às suas teorias estejam por isso mesmo privando-as de justificação.<sup>231</sup>

Atienza articula o conceito de validade dedutiva por meio de fórmulas lógicas com o silogismo das premissas maior, menor e conclusão, a fim de sustentar que o argumento dedutivo é insatisfatório no campo do Direito ou da vida comum, porque a lógica dedutiva apenas fornece critérios formais de correção das decisões jurídicas, pois “não se ocupa das questões materiais ou de conteúdo que, claramente, são relevantes quando se argumenta em contextos que não sejam os das ciências formais (lógica e matemática)”<sup>232</sup>. Assim, haveria diferença entre critérios de correção formal e correção material dos argumentos.

A preocupação aparentemente é a distinção entre argumentos corretos e incorretos, e os válidos dos inválidos, pois é possível “distinguir entre argumentos manifestamente inválidos e argumentos que parecem válidos, mas não são, denominados *falácias*”<sup>233</sup>, de modo que o problema seria a diferenciação entre os argumentos válidos e as “falácias”.

Na visão de Atienza a lógica formal só consegue fazer essa diferenciação – entre os argumentos válidos e as *falácias* –, necessária, “pela metade”. É que existem os argumentos indutivos ou não-dedutivos, que se caracterizam por serem infensos à argumentação dedutiva, ou seja, “a passagem das premissas à conclusão não é necessariamente feita”<sup>234</sup>. Esse tipo de argumento é (ou pode ser) bom argumento e é utilizado com frequência na vida comum e no Direito. Além disso, no silogismo judicial o estabelecimento das premissas menor (premissa fática) e maior (premissa normativa), pode ser resultado de um raciocínio tipo não dedutivo,

<sup>231</sup> ATIENZA, Manuel. Op.cit., p. 23.

<sup>232</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>233</sup> Ibidem, p. 28-29.

<sup>234</sup> Ibidem, p. 29.

como por exemplo, no raciocínio por analogia e na redução ao absurdo. Em outras palavras: nos “casos simples” pode-se considerar que o trabalho argumentativo do juiz se reduza aos métodos definidos pela lógica formal, ou seja, recorra a argumentos dedutivos, embora nem sempre isso seja verdadeiro, pois os casos podem discrepar dos esquemas lógicos propostos; mas, nos “casos difíceis (de que se ocupa em especial a teoria da argumentação jurídica), a tarefa de estabelecer a premissa fática e/ou premissa normativa exige [do juiz] novas argumentações que não podem ser dedutivas”.<sup>235</sup>

Alinhamos uma das premissas desta dissertação ao pensamento de Atienza, ou seja, criticar, por meio da teoria da argumentação por ele proposta, a postura formalista tradicionalmente praticada pelos juristas de nosso tempo, tendo em vista que “os argumentos jurídicos podem ser estudados sob uma perspectiva que não é a da lógica”<sup>236</sup>. Ele denomina as teorias da argumentação tradicionais de “teorias padrão da argumentação jurídica” e propõe uma “alternativa”, no afã de superar as deficiências da “teoria padrão” com a necessidade de avaliação do problema a partir de três perspectivas: o seu objeto, seu método e sua função.

Relativamente ao objeto, Atienza destaca que “a argumentação efetuada na vida jurídica é, em grande parte, uma argumentação sobre fatos, ao passo que a teoria padrão se ocupa, quase com exclusividade, de questões de tipo normativo”<sup>237</sup>. Salienta a necessidade de o objeto alcançar, também, o âmbito de produção do Direito, ou seja, não poder se limitar à análise dos raciocínios produzidos na dogmática e na interpretação e aplicação do Direito.

Todas as instâncias do processo de produção das normas jurídicas estariam subordinadas à ética, de modo a possibilitar a verificação de enquadramento da promulgação de uma lei a um “caso especial de discurso prático racional”, de sorte que no contexto de aplicação do Direito:

a teoria padrão da argumentação jurídica só considera o processo a que se costuma denominar ‘adjudicação’, esquecendo-se, quase por completo, de que a resolução de problemas jurídicos é, com muita frequência, resultado de uma mediação ou de uma negociação, o que significa um processo que não consiste apenas em aplicar normas jurídicas, embora, naturalmente, as normas jurídicas continuem tendo nele um papel importante”. Por fim, nessa perspectiva, defende a impossibilidade de a teoria da argumentação jurídica

---

<sup>235</sup> ATIENZA, Manuel. Op.cit., p. 39-40.

<sup>236</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>237</sup> Ibidem, p. 212.

ser puramente prescritiva, mas, também descritiva, a fim de alcançar os argumentos que ocorrem de fato na vida jurídica.<sup>238</sup>

No âmbito do método<sup>239</sup>, Atienza aparentemente compartilha as preocupações desta dissertação, no que tange à necessidade de exposição de argumentos racionais pelo juiz, a fim de possibilitar a crítica e averiguar a coerência e correção lógica das decisões judiciais, conforme expressa:

Para ser plenamente desenvolvida, uma teoria da argumentação jurídica tem que dispor – como acabei de dizer – de um método que permita representar adequadamente o processo real de argumentação – pelo menos a fundamentação de uma decisão, tal como aparece plasmada nas sentenças e em outros documentos jurídicos –, assim como de critérios, tão precisos quanto possível, para julgar a correção – ou maior ou menor correção – dessas argumentações e de seus resultados, as decisões jurídicas.<sup>240</sup>

A crítica sugerida parece estar alinhada à teoria construtivista de Dworkin e à integridade do Direito, porquanto considera possível a possibilidade de verificação da racionalidade e correção dos argumentos utilizados pelo julgador nas decisões jurídicas, a fim de garantir coerência com o sistema (com o princípio democrático, por exemplo), mesmo que algumas vezes a ligação com os precedentes e interpretações do passado deva ceder diante da necessidade de mudança<sup>241</sup>. Insistimos que empiricamente é, de fato, impossível ao Direito fornecer a “resposta correta”, exatamente como entende Atienza; o problema reside na argumentação racional, esta sim, deve ser coerente com o sistema como um todo, logo, “correta”, a fim de se enquadrar na igualdade, de modo a decidir casos iguais de forma igual, assim como sujeitar-se à análise crítica dos destinatários das decisões judiciais. A transparência e prestação de contas são corolários do Estado democrático, como já afirmamos alhures. A conclusão de Atienza sobre a proposta de uma teoria “alternativa” da argumentação jurídica parece confirmar o alinhamento de ideias, e, sobretudo, a utilidade no sentido de reforçar a pretensão do presente trabalho, bem como define aquilo que ele entende como função da teoria da argumentação:

<sup>238</sup> ATIENZA, Manuel. Op.cit., p. 214.

<sup>239</sup> Tentaremos, no tópico seguinte, explicar a Metodologia de Análise de Decisões (MAD) por considerá-la, também, uma alternativa metodológica para a argumentação jurídica coerente, bem como por parecer possibilitar, mais organizadamente, a crítica à justificação das decisões jurídicas.

<sup>240</sup> ATIENZA, Manuel. Op.cit., p. 215.

<sup>241</sup> Esse parece ser o sentido da integridade traduzida pela metáfora do romance em cadeia: “Ao decidir um novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em uma nova direção” (DWORKIN, Ronald. Op.cit., p. 238).



Mas, na minha opinião, a teoria da argumentação jurídica teria de se comprometer como um concepção – uma ideologia política e moral – mais crítica com relação ao Direito dos Estados democráticos, o que, por outro lado, poderia supor também adotar uma perspectiva mais realista. Quem tem que resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da idéia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – política e moralmente correta – desse problema. Pode muito bem ocorrer o caso de que o jurista – o juiz – tenha de resolver a questão e argumentar a favor de uma decisão que é a que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o Direito positivo leva. O Direito dos Estados democráticos não configura necessariamente o melhor dos mundos imagináveis (embora seja o melhor dos mundos jurídicos existentes).<sup>242</sup>

## 2.4 Metodologia de análise de decisões (MAD)

A análise dos precedentes do Supremo Tribunal Federal a que procederemos no próximo tópico desta dissertação procura seguir a Metodologia de Análise de Decisões (MAD).

Esta metodologia<sup>243</sup> é diferente dos métodos do estudo de casos e da análise de jurisprudência, pois o “estudo de caso é um enfoque de pesquisa que compreende a obtenção indutiva de conclusões a partir da observação e seleção de dados ocorrentes em um determinado problema”, já a análise de jurisprudência “consiste em coletar as decisões de um ou diversos decisores sobre um determinado problema jurídico com o objetivo de identificar um momento decisório, realizar um retrato do ‘estado da arte’ sobre o assunto”<sup>244</sup>. É certo que as duas metodologias retromencionadas possuem características comuns à Metodologia de Análise de Decisões, porém, o que distingue a última são os procedimentos, os objetivos e o instrumento teórico utilizado em um de seus passos. A pretensão é, no âmbito do repertório conceitual da metodologia, “definir um critério razoavelmente comensurável de análise decisória”<sup>245</sup>. Freitas Filho e Lima descrevem a concepção da Metodologia de Análise de Decisões:

<sup>242</sup> ATIENZA, Manuel. Op.cit., p. 224-225.

<sup>243</sup> O termo metodologia é polissêmico. Larenz, por exemplo, trata o termo como metodologia de uma ciência, ou seja, como “sua reflexão sobre a própria actividade. Ela não pretende somente, porém, descrever os métodos aplicados na ciência, mas também compreendê-los, a sua justificação e os seus limites. A necessidade e a justificação de um método decorre do significado, da especificidade estrutural do objecto que por meio dele deve ser elucidado” (LARENZ, Karl. Op.cit., p. XXI-XXII). Na MAD o termo quer significar situação “no campo do pensamento instrumental de como se proceder, de forma controlada, no âmbito da pesquisa em direito” (FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita M. Metodologia de Análise de Decisões. *In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2010, p. 5239).

<sup>244</sup> FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita M. Op.cit., p. 5238-5239.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 5239.

A Metodologia de Análise de Decisões está inserida em um outro campo de possibilidades metodológicas, pouco explorada no Direito, mas extremamente potente instrumentalmente, o da formulação de um protocolo com o qual o pesquisador poderá trabalhar para chegar a resultados apreciáveis e, se possível, comparáveis. Temos, portanto, uma proposta metodológica que poderia ser qualificada como uma quinta acepção da palavra metodologia, a dos protocolos. Um protocolo é reproduzível sempre em certa medida, especialmente nas ciências sociais aplicadas, como é o caso do Direito, mas sua utilização permite um grau de precisão e de controle sobre o que é feito maior do que nos trabalhos especulativos ou conceituais. Essa é a pretensão da MAD.<sup>246</sup>

A escolha desta metodologia ocorre em razão de três preocupações centrais: a cientificidade deste estudo<sup>247</sup>; a coincidência do instrumento teórico, isto é, definição de parâmetros do “sentido linguísticos das palavras, por meio dos instrumentos da teoria da linguagem com viés lógico-formal”<sup>248</sup>, como é o Prescritivismo Universal de Hare; e a consciência, conforme já afirmamos alhures, de que o marco teórico adotado – sobretudo o construtivismo de Dworkin –, nesta dissertação não possui essa preocupação.

Desse modo, fixamos como premissa metodológica a Metodologia de Análise de Decisões a fim de demonstrar como a solução equivocada de conflitos de princípios constitucionais nos casos difíceis – praticada com base em formalismo jurídico; sem consciência do significado das palavras e da distinção entre palavras descritivas e de valor –, pode colaborar para incoerência das decisões judiciais e gerar a injustiça de tratamento diferente a casos iguais.

Fizemos um corte na seleção de julgamentos, a fim de analisar poucos precedentes com resultados aparentemente contraditórios. As decisões se inserem no restrito campo das inelegibilidades constitucionais, especificamente a do art. 14, § 7º, da Constituição Federal, pois é princípio fundamental na elaboração de um estudo científico que “quanto mais se restringe o campo, melhor e com mais segurança se trabalha”, porquanto “Uma tese monográfica é preferível a uma tese panorâmica. É melhor que a tese se assemelhe a um ensaio do que a uma história ou uma enciclopédia”.<sup>249</sup>

<sup>246</sup> FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita M. Op.cit., p. 5240.

<sup>247</sup> Segundo Eco um estudo será científico quando preencher os seguintes requisitos: 1) “O estudo debruça-se sobre um *objeto reconhecível e definido de tal maneira que seja reconhecível igualmente pelos outros*”; 2) “O estudo deve dizer do objeto *algo que ainda não foi dito ou rever sob uma óptica diferente o que já se disse*”; 3) “O estudo *deve ser útil aos demais*”; 4) “O estudo *deve fornecer elementos para a verificação e a contestação das hipóteses apresentadas* e, portando, para a continuidade pública” (ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2002, p. 21-23).

<sup>248</sup> FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita M. Op.cit., p. 5244.

<sup>249</sup> ECO, Umberto. Op.cit., p. 10.

Passamos agora a análise das decisões onde ficará clara a utilização do protocolo e procedimento estabelecido pela Metodologia de Análise de Decisões e todas as suas fases.

## CAPÍTULO III - ANÁLISE DE PRECEDENTES DO STF COM FUNDAMENTO EM ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO

### 3.1 Conceito e objeto das inelegibilidades segundo a doutrina

Para um cidadão poder concorrer a qualquer cargo eletivo não basta que possua as condições de elegibilidade (condições impostas aos candidatos para que possam participar dos pleitos eleitorais).

É necessário, também, que não incida nenhuma causa de inelegibilidade. Estas estão elencadas na Constituição ou em lei complementar, conforme exigido pelo próprio texto constitucional em seu art. 14, § 9º. Mas já fazem parte de nosso ordenamento jurídico desde a primeira Carta Política da República<sup>250 251</sup>, onde constava regra única de inelegibilidade.

Assim, presente uma das causas de inelegibilidade o cidadão fica impedido de ser votado.

Segundo Silva:

Inelegibilidade revela impedimento à capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado). Obsta, pois, à elegibilidade. Não se confunde com a inalistabilidade, que é impedimento à capacidade eleitoral ativa (direito de ser eleitor), nem com a incompatibilidade, impedimento ao exercício do mandato depois de eleito.<sup>252</sup>

Em razão do local superior ocupado pelas causas de inelegibilidade – constituição e lei complementar –, classificam-se, segundo Pedro Henrique Távora Niess, em constitucionais e legais (estabelecidas por meio de lei complementar).<sup>253</sup>

<sup>250</sup> BRASIL. Constituição de 1891, art. 47, § 4º. O Presidente e o Vice-Presidente da República serão eleitos por sufrágio direto da Nação e maioria absoluta de votos.

§ 4º - São inelegíveis, para os cargos de Presidente e Vice-Presidente os parentes consangüíneos e afins, nos 1º e 2º graus, do Presidente ou Vice-Presidente, que se achar em exercício no momento da eleição ou que o tenha deixado até seis meses antes.

<sup>251</sup> O problema da eletividade está presente em âmbito municipal desde o período colonial. Segundo as Ordenações Filipinas, título 67, livro I, “eram de investidura eletiva os dois juizes ordinários, os três vereadores, o procurador, o tesoureiro (onde houvesse) e o escrivão. Outros funcionários – juizes de vintena, almotacés, quadrilheiros etc – eram nomeados pela câmara.” (LEAL, Victor Nunes. **Corenelismo, enxada e voto – O município e o regime representativo no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 113)

<sup>252</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 391.

<sup>253</sup> NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos: elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000, p. 102.

O texto constitucional enuncia em seu art. 14, § 9.º o objeto das inelegibilidades que são a vida pregressa do candidato, e a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício da função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. O estabelecimento de causas de inelegibilidades visa a resguardar a lisura dos pleitos eleitorais. Protege a manifestação do voto das influências do poder econômico ou mesmo o abuso do exercício da função pública, além dos valores da moralidade e probidade administrativa. A doutrina define o objeto das inelegibilidades ao interpretar expressões da norma do art. 14, § 9.º da Constituição Federal:

Entenda-se que a cláusula “contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício da função [...]” só se refere à normalidade e a legitimidade das eleições. Isso quer dizer que “a probidade administrativa” e “a moralidade para o exercício do mandato” são valores autônomos em relação àquela cláusula; não são protegidos contra a influência do poder econômico ou abuso de função etc., mas como valores em si mesmos dignos de proteção, porque a improbidade e a imoralidade, aí, conspurcam só por si a lisura do processo eleitoral.<sup>254</sup>

Não é necessário muito esforço para verificar a utilização de palavras avaliatórias na norma constitucional de suporte das inelegibilidades (influência do poder econômico ou o abuso do exercício da função; normalidade e a legitimidade das eleições; probidade administrativa; a moralidade para o exercício do mandato), a exigir esforço do julgador na fundamentação racional dessas expressões. Essa é exigência do princípio da isonomia – *universalizabilidade* como estabelece Hare –, a fim de garantir uniformidade de sentidos ao discurso jurídico na aplicação dos conceitos em casos semelhantes, conforme deixaremos claro no próximo tópico.

Importante distinguir os conceitos afins à inelegibilidade, a saber: desincompatibilização e as condições de elegibilidade.

Desincompatibilização é o ato pelo qual o pretense candidato afasta a causa de inelegibilidade a fim de concorrer à eleição almejada. Em outras palavras é o modo pelo qual o candidato afasta inelegibilidades relativas, de tal sorte que tempestivamente possa concorrer ao pleito eleitoral. Por meio da desincompatibilização o cidadão afasta a circunstância que o deixava inelegível para o cargo cogitado<sup>255</sup>. As condições de elegibilidade diferenciam-se das inelegibilidades, segundo:

<sup>254</sup> SILVA, José Afonso da. Op.cit., p. 391.

<sup>255</sup> NIESS, Pedro Henrique Távora. Op.cit., p. 26.

A distinção entre as condições de elegibilidade e a inelegibilidade é feita na órbita constitucional sob o prisma positivo ou negativo do mesmo instituto. A ausência de elementos que deveriam estar presentes caracteriza a falta de condições de elegibilidade; a presença de elementos que deveriam estar ausentes cria a inelegibilidade.<sup>256</sup>

O art. 14, § 7.º, da Constituição Federal estabelece a denominada inelegibilidade reflexa, pois externa circunstâncias relacionadas ao detentor do mandato eletivo que refletem em seu cônjuge ou parentes. Tais causas tornam, caso não ocorra a desincompatibilização do detentor do mandato eletivo (Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito), a inelegibilidade no território de jurisdição do titular, do cônjuge e dos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.<sup>257</sup>

O conceito e objeto da inelegibilidade reflexa não diferem das expostas acima, pois o art. 14, § 9º é cláusula que se aplica a quaisquer das espécies de inelegibilidades. Não há divergência em que a inelegibilidade reflexa tem como finalidade evitar o continuísmo das oligarquias no poder, conclusão que decorre dos valores republicanos.<sup>258</sup>

### 3.2 Análise de Precedentes do STF

Vamos analisar casos na jurisprudência do STF<sup>259</sup>, julgados pelo órgão Plenário, que tratam das inelegibilidades dos parentes dos Chefes do Poder Executivo para o mesmo cargo do titular, na mesma circunscrição territorial,<sup>260</sup> ou seja, mesma jurisdição do titular, conforme estabelece o art. 14, § 7º, da Constituição Federal<sup>261</sup>, a fim de exemplificar na prática jurídica o entendimento já externado nos demais tópicos do trabalho.

<sup>256</sup> NIESS, Pedro Henrique Távora. Op.cit., p. 26.

<sup>257</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal interpretada**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 251. No mesmo sentido: NIESS, Pedro Henrique Távora. Op.cit.

<sup>258</sup> MORAES, Alexandre de. Op.cit., p. 251.

<sup>259</sup> Embora a jurisprudência do TSE tenha grande impacto sobre a discussão no campo jurídico no assunto tratado, a palavra final sobre as inelegibilidades definidas na constituição são, obviamente, do STF (art. 102, CF). O recorte institucional é necessário porque nessas espécies a palavra da Corte Suprema pode causar maiores influências no meio jurídico.

<sup>260</sup> Podemos relacionar circunscrição eleitoral com o local onde ocorrem as eleições. Assim, a circunscrição é municipal se o pleito é municipal; regional se estadual; e nacional nas eleições presidenciais.

<sup>261</sup> Esclarecemos que os casos representam, de certo modo, o histórico da jurisprudência do STF sobre o tema, pois utilizaremos dois precedentes que expressam o entendimento consolidado durante anos no Tribunal, como base de comparação em relação ao outro, aparentemente contraditório, conforme tentaremos demonstrar.

O Supremo Tribunal Federal, fundamentado na tradição de nossos tribunais e na doutrina, sempre afirmou que a finalidade última dessa norma seria garantir a legitimidade das eleições e evitar a formação de oligarquias, bem como o nepotismo (RE 247416), práticas arraigadas em nossa história política, traduzidas em uma de suas consequências pelo termo “coronelismo”<sup>262</sup>. A história de decisões do Tribunal pode ser traduzida no seguinte excerto de decisão:

Disso resulta a plena validade da exegese que, norteadas por parâmetros axiológicos consagrados pela própria constituição, visa a impedir que se formem grupos hegemônicos nas instâncias políticas locais. O primado da idéia republicana - cujo fundamento ético-político repousa no exercício do regime democrático e no postulado da igualdade - rejeita qualquer prática que possa monopolizar o acesso aos mandatos eletivos e patrimonializar o poder governamental, comprometendo, desse modo, a legitimidade do processo eleitoral.<sup>263</sup>

O Supremo Tribunal Federal, mesmo depois da possibilidade do titular de mandato eletivo de chefe do Executivo se reeleger (art. 14, § 5º, da Constituição Federal), sempre interpretou que os parentes continuariam inelegíveis, nada obstante a desincompatibilização, por qualquer motivo, do titular do cargo, conforme se percebe do precedente jurisprudencial RE 247416.<sup>264</sup> Nesse julgado os magistrados não aprofundaram motivos para declarar a inelegibilidade de parente do chefe do executivo local, ancorados em argumentos supostamente já consolidados. Não discutiram com atenção necessária o problema da aparente colisão entre a plenitude dos direitos políticos, logo, do direito de participar como candidato

<sup>262</sup> Leal explica, em estudo sobre o problema, o significado histórico-político da palavra: “Como indicação introdutória, devemos notar, desde logo, que concebemos o “coronelismo” como resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada. Não é, pois, mera sobrevivência do poder privado, cuja hipertrofia constituiu fenômeno típico de nossa história colonial. É antes uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa.

Por isso mesmo, o “coronelismo” é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras. Não é possível, pois, compreender o fenômeno sem referência à nossa estrutura agrária, que fornece a base de sustentação das manifestações de poder privado ainda tão visíveis no interior do Brasil. Paradoxalmente, entretanto, esses remanescentes de privatismo são alimentados pelo poder público, e isso se explica justamente em função do regime representativo, com sufrágio amplo, pois o governo não pode prescindir do eleitorado rural, cuja situação de dependência ainda é incontestável.

Desse compromisso fundamental resultam as características secundárias do sistema “coronelista”, como sejam, entre outras, o mandonismo, o filhotismo, o falseamento do voto, a desorganização dos serviços locais” (LEAL, Victor Nunes. Op.cit., p. 43-44).

<sup>263</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 158.314-2 – PR – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 12.02.1993.

<sup>264</sup> Transcrevemos a ementa do julgado citado: “É inelegível o filho do Prefeito titular que haja exercido por qualquer tempo o mandato no período imediatamente anterior – Constituição art. 14, § 7º – sem que se possa considerar modificado esse preceito ante a redação dada ao § 5º do mesmo art. 14, pela Emenda 16, de 1997.” (RE 247.416, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 29-2-2000, Primeira Turma, DJ de 31-3-2000).

dos pleitos eleitorais, e os princípios republicano, democrático e da igualdade – todos ilustrados pelas palavras avaliatórias do art. 14, § 9º, da CF –, possivelmente surgido depois da emenda constitucional.

No RE 344882<sup>265</sup> houve radical mudança no posicionamento do Supremo Tribunal Federal. O referido julgamento ocorreu em um contexto semelhante: novamente o Tribunal se deparou com a possibilidade de influência sistemática do § 5º, art. 14, da Constituição Federal que autoriza reeleição para um único período subsequente, no § 7º, do mesmo dispositivo constitucional, que impede a candidatura de parentes e cônjuges do titular do mandato de Chefe do Poder Executivo na mesma circunscrição territorial (problema da colisão de princípios). A alteração de entendimento ocorreu de uma eleição municipal para a outra, ou seja, num intervalo de quatro anos apenas; sem mudança da constituição ou grandes alterações dos fatos nos julgamentos, tampouco de modificação nas bases institucionais ou sociais brasileiras; em momento de aparente estabilidade. Nada de novo na realidade histórica<sup>266</sup>. As razões invocadas pelo Ministro no voto condutor do acórdão foram as seguintes, no que interessa:

---

<sup>265</sup> EMENTA: Elegibilidade: cônjuge e parentes do chefe do Poder Executivo: elegibilidade para candidatar-se à sucessão dele, quando o titular, causador da inelegibilidade, pudesse, ele mesmo, candidatar-se à reeleição, mas se tenha afastado do cargo até seis meses antes do pleito. 1. A evolução do Direito Eleitoral brasileiro, no campo das inelegibilidades, girou durante décadas em torno do princípio basilar da vedação de reeleição para o período imediato dos titulares do Poder Executivo: regra introduzida, como única previsão constitucional de inelegibilidade, na primeira Carta Política da República (Const. 1891, art. 47, § 4º), a proibição se manteve incólume ao advento dos textos posteriores, incluídos os que regeram as fases de mais acendrado autoritarismo (assim, na Carta de 1937, os arts. 75 a 84, embora equívocos, não chegaram à admissão explícita da reeleição; e a de 1969 (art. 151, § 1º, a) manteve-lhe o veto absoluto). 2. As inspirações da irreelegibilidade dos titulares serviram de explicação legitimadora da inelegibilidade de seus familiares próximos, de modo a obviar que, por meio da eleição deles, se pudesse conduzir ao continuísmo familiar. 3. Com essa tradição uniforme do constitucionalismo republicano, rompeu, entretanto, a EC 16/97, que, com a norma permissiva do § 5º do art. 14 CF, explicitou a viabilidade de uma reeleição imediata para os Chefes do Executivo. 4. Subsistiu, no entanto, a letra do § 7º, atinente a inelegibilidade dos cônjuges e parentes, consanguíneos ou afins, dos titulares tornados reelegíveis, que, interpretado no absolutismo da sua literalidade, conduz a disparidade ilógica de tratamento e gera perplexidades invencíveis. 5. Mas, é lugar comum que o ordenamento jurídico e a Constituição, sobretudo, não são aglomerados caóticos de normas; presumem-se um conjunto harmônico de regras e de princípios: por isso, é impossível negar o impacto da Emenda Constitucional nº 16 sobre o § 7º do art. 14 da Constituição, sob pena de consagrar-se o paradoxo de impor-se ao cônjuge ou parente do causante da inelegibilidade o que a este não se negou: permanecer todo o tempo do mandato, se candidato à reeleição, ou afastar-se seis meses, para concorrer a qualquer outro mandato eletivo. 6. Nesse sentido, a evolução da jurisprudência do TSE, que o STF endossa, abandonando o seu entendimento anterior (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 344882 – BA – Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 06.08.2004).

<sup>266</sup> Leal destaca problema que parece se repetir no Brasil urbanizado: “O aspecto que logo salta aos olhos é o da liderança, com a figura do “coronel” ocupando o lugar de maior destaque. Os chefes políticos municipais nem sempre são autênticos “coronéis”. A maior difusão do ensino superior no Brasil espalhou por toda parte médicos e advogados, cuja ilustração relativa, se reunida a qualidades de comando e dedicação, os habilita à chefia. Mas, esses mesmos doutores, ou são parentes, ou afins, ou aliados políticos dos “coronéis” (LEAL, Victor Nunes. Op.cit., p. 44-45).



A evolução do Direito Eleitoral brasileiro, no campo das inelegibilidades, girou durante décadas em torno do princípio basilar da vedação de reeleição para o período imediato do titulares do Poder Executivo: regra introduzida, como única previsão constitucional de inelegibilidade, na primeira Carta Política da República (Const. 1891, art. 47, § 4º), a proibição se manteve incólume ao advento dos textos posteriores, incluídos os que regeram as fases de mais acendrado autoritarismo (assim, na Carta de 1937, os arts. 75 a 84, embora equívocos, não chegaram à admissão explícita da reeleição; e a de 1969 (art. 151, § 1º, a) manteve-lhe o veto absoluto).

As inspirações da irreelegibilidade dos titulares serviram de explicação legitimadora da inelegibilidade de seus familiares próximos, de modo a obviar que, por meio da eleição deles, se pudesse conduzir ao continuísmo familiar.

Com essa tradição uniforme do constitucionalismo republicano, rompeu, entretanto, a EC 16/97, que, com a norma permissiva do § 5º do art. 14 CF, explicitou a viabilidade de uma reeleição imediata para os Chefes do Executivo.

Subsistiu, no entanto, a letra do § 7º, atinente a inelegibilidade dos cônjuges e parentes, consanguíneos ou afins, dos titulares tornados reelegíveis.

De minha parte, sigo convencido que a leitura isolada do § 7º é dissonante do sistema que se insere, no qual tinha a função de reforço da eficácia da vedação radical da reeleição dos titulares do Poder Executivo, objeto do § 5º - a qual, no entanto, dela se tornou expressamente permissiva, por força da EC 16/97: a inversão da regra matricial, somada à persistência do § 6º - impõe, a meu ver, uma nova leitura do § 7º, de modo a salvar a consistência sistêmica do conjunto normativo da questão.<sup>267</sup>

Preconiza o art. 14, § 9º, da CF:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Interessa-nos ao presente trabalho, mais especificamente, a expressão “normalidade e legitimidade das eleições”, porquanto utilizadas, mesmo sem a citação literal do dispositivo, em todos os julgados analisados. A forma imperativa da linguagem, comum nas normas

<sup>267</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 344882 – BA – Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 06.08.2004.

jurídicas, traduz-se em comandos que exigem um comportamento ou ação das pessoas<sup>268</sup>; a norma constitucional em destaque não descreve a conduta, mas a exige de todos os indivíduos que estejam nas mesmas circunstâncias<sup>269</sup>. Podemos desdobrá-la em sentença imperativa do seguinte modo: **Se**, em uma eleição para chefe de poder executivo [municipal em nosso exemplo] houver fato que viole a normalidade e legitimidade do pleito; Então, incidirá hipótese de inelegibilidade para restaurar a normalidade e legitimidade das eleições [municipais]<sup>270</sup>. A dificuldade nesse caso é que “existe uma expressão problemática do ponto de vista hermenêutico justamente porque não possui a natureza de uma palavra descritiva”<sup>271</sup>: “normalidade e legitimidade das eleições”<sup>272</sup>.

Podemos observar na comparação dos argumentos utilizados nos julgados o primeiro problema: nos dois primeiros precedentes destacados o discurso jurídico sobre expressão “normalidade e legitimidade” das eleições foi em uma direção, enquanto no último supracitado a argumentação foi diametralmente oposta. O conceito e objeto das

<sup>268</sup> Para Hare comandos e juízos morais podem ser regidos por regras lógicas, daí a necessidade de fundamentação exaustiva das opções valorativas feitas pelos juízes. O controle da coerência das decisões jurídicas depende essencialmente dessa postura. Nas palavras de Hare: “Mas se percebermos que os comandos, por mais que possam diferir das afirmações, são semelhantes a eles no seguinte, no fato que consistem em dizer algo a alguém, não em buscar influenciá-lo, não há problema em chamar a atenção para as similaridades entre os comandos e os juízos morais. Pois, como demonstrarei, os comandos, porque se destinam, assim como as afirmações, essencialmente a responder questões colocadas por agentes racionais, são regidos por regras lógicas, como as afirmações. E isso significa que os juízos morais também podem ser regidos dessa forma” (HARE, R.M. Op.cit., p. 17).

<sup>269</sup> Austin prefere o termo “*performative sentence*” na espécie, em razão de a palavra *perform* denotar a ideia de ação na língua inglesa. Ele explica por meio de exemplos: “(E.a) ‘I do (*sc. Take this woman to be my lawful wedded wife*)’ – as uttered in the course of the marriage ceremony. (E.b) ‘I name this ship the *Queen Elizabeth*’ – as uttered when smashing the bottle against the stem. (E.c) ‘I give and bequeath my watch to my brother’ – as occurring in a will. (E.d) ‘I bet you sixpence it will rain tomorrow’. In these examples it seems clear that the utterance (in, of course, the appropriate circumstances) is not to describe my doing of what I should be said in so uttering to be doing or to state that I am doing it: it is to do it. None of the utterances cited is either true or false: I assert this as obvious and do not argue it. It needs argument no more than that ‘damn’ is not true or false: it may be that the utterance ‘serves to inform you’ – but that is quite different. To name the ship is to say (in appropriate circumstances) the words ‘I name, &c.’. When I say, before the registrar or altar, &c., ‘I do’, I am not reporting on a marriage: I am indulging in it. What are we to call a sentence or an utterance of this type? I propose to call it a performative sentence or a performative utterance, or, for short, ‘a performative’. The term ‘performative’ will be used in a variety of cognate cases and constructions, much as the term ‘imperative’ is. The name is derived, of course, from ‘perform’, the usual verb with noun ‘action’: it indicates that issuing of the utterance is the performing of an action – it is not normally thought of as just saying something” (AUSTIN, J.L. *How to do things with words*. 2. ed. Massachusetts: Harvard University Press, 1975, p. 6-7).

<sup>270</sup> Exemplo de silogismo adaptado de FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 40.

<sup>271</sup> Idem, 2008, p. 40.

<sup>272</sup> “No caso de normas expressas dessa forma, a ideia de que conduta possa ser orientada por um mero procedimento de interferência não é correta e não é possível excluir a ideia de “decisão” do raciocínio sobre a conduta correta, sendo que ela é da própria essência da razão prática. Decidir o que significa onerosidade excessiva [normalidade e legitimidade das eleições] é que uma dada diferença justifica a exceção à regra é um processo outro que não o de meramente infringir algo” (Ibidem, p. 41).

inelegibilidades<sup>273</sup> tiveram sentidos diferentes, embora utilizados por um mesmo emissor da decisão, o STF.

Nos acórdãos que declararam os parentes dos prefeitos inelegíveis a colisão foi resolvida a favor do princípio republicano –

O primado da idéia republicana - cujo fundamento ético-político repousa no exercício do regime democrático e no postulado da igualdade - rejeita qualquer prática que possa monopolizar o acesso aos mandatos eletivos e patrimonializar o poder governamental, comprometendo, desse modo, a legitimidade do processo eleitoral

No último o argumento foi no sentido de que houve um “rompimento da tradição do constitucionalismo republicano”, sem enfrentar diretamente a questão da expressão “normalidade e legitimidade” das eleições. Mas, afinal de contas, qual o significado da expressão “normalidade e legitimidade das eleições”?

Assumimos a premissa nesta dissertação de que a linguagem jurídica utiliza palavras que significam alguma coisa universalmente, isto é, conferem sentido às sentenças, frases e afirmações, estáveis, de certo modo, no passado, presente e futuro. Nos casos em análise, a palavra de valor “normalidade e legitimidade” utilizada em cláusula aberta constitucional (art. 14, § 9º, CF) e como matriz de fundamentação das decisões criticadas, não pode ser tratada como autoevidente, sob pena de incorrerem problemas lógicos na argumentação<sup>274</sup>. A referida expressão é atrelada à finalidade<sup>275</sup> constituída pela norma constitucional interpretada pela doutrina e jurisprudência ao longo da história (palavra funcional), ou seja, para proceder a juízos valorativos temos que pressupor o conhecimento do fim da norma em referência: evitar o continuísmo familiar, bem como garantir que a vontade popular não seja modificada por outros aspectos que não o convencimento consciente do eleitor.

A mudança abrupta de jurisprudência deveria ser exaustivamente fundamentada com base na descrição minuciosa de todos os fatos e circunstâncias que cercam o caso, principalmente a realidade político-econômica<sup>276</sup> local e a quantidade de mandatos outorgados

<sup>273</sup> Consultar item 1 deste capítulo.

<sup>274</sup> FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 146.

<sup>275</sup> HARE, R.M. Op.cit., p. 107.

<sup>276</sup> A decisão que se propôs a modificar o entendimento do STF é proveniente do Estado da Bahia, cujo IDH é 0,742, ocupando a 19ª colocação entre os Estados brasileiros, conforme dados do PNUD de 2003 disponíveis em: <<http://www.pnud.org.br/atlas>>.

ao mesmo grupo ou família vencedora no recurso e postulante à disputa eleitoral<sup>277</sup>, fatos absolutamente ignorados nos julgados; é que “As palavras de valor, por terem função de qualificar um determinado objeto, não são estáveis semanticamente de forma apriorística, o que torna necessária a indicação, na motivação da decisão, das circunstâncias descritivas que estão presentes no caso”<sup>278</sup>. Não houve, no julgamento do RE 344882, qualquer consideração sobre o abuso do poder político naquelas eleições municipais. A omissão do emissor do discurso (juiz-ministro) em tentar esgotar as possibilidades leva ao defeito da confusão lógica entre a função descritiva e a avaliatória da expressão “normalidade e legitimidade” das eleições.

O Supremo Tribunal alterou o significado de palavras de valor, aparentemente com a mesma espécie de discurso formal tradicional na prática jurídica pátria, sem expor qualquer razão lógica para proceder desse modo, em flagrante violação ao princípio da isonomia<sup>279</sup>, pois adotou sentido contraditório em relação a inúmeros precedentes anteriores do Tribunal que envolviam o mesmo conjunto de fatos e circunstâncias. É nesse tipo de ocorrência que o Prescritivismo Universal<sup>280</sup> se aplica à prática dos Tribunais, a fim de assegurar coerência lógica e controle das decisões. Segundo Freitas Filho:

A teoria do Prescritivismo Universal pode ser aplicada ao discurso dos tribunais. Se o julgador não aplica ao texto legal uma interpretação que leve em conta os fatos de forma adequada, não permite a universalização semântica do mesmo. Desse modo, não se opera o prescritivismo, pois ele,

<sup>277</sup> Apenas para exemplificar, a dissertação de Leal ilustra fato histórico das eleições no Brasil que sequer é tratado em qualquer das decisões, muito menos naquele que se propõe superar a jurisprudência consolidada do STF. O trecho refere-se à realidade do Brasil rural, mas serve por refletir, de certo modo, a realidade atual, sobretudo em pequenos municípios brasileiros em Estado pobre como é a Bahia em que a prática do “coronelismo” parece ter se sustentado mesmo depois do declínio na maior parte dos municípios brasileiros (conforme informam inúmeros veículos de comunicação, periódicos e blogs, como por exemplo, <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/500br/coronelismo7.htm>>): “Completamente analfabeto, ou quase, sem assistência médica, não lendo jornais nem revistas, nas quais se limita a ver figuras, o trabalhador rural, a não ser em casos esporádicos, tem o patrão na conta de benfeitor. E é dele, na verdade, que recebe os únicos favores que sua obscura existência conhece. E sua situação, seria ilusório pretender que esse novo pária tivesse consciência do seu direito a uma vida melhor e lutasse por ele com independência cívica. O lógico é o que presenciamos: no plano político, ele luta com o “coronel” e pelo “coronel”. Ai estão os *votos de cabresto*, que resultam, em grande parte, de nossa organização econômica rural” (LEAL, Victor Nunes. Op.cit. p. 47).

<sup>278</sup> FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita M. Op.cit., p. 5244.

<sup>279</sup> “O princípio da isonomia é um princípio jurídico em sentido próprio, porquanto ele constitui validamente o campo do saber e da experiência jurídica. HARE fornece justificativa para a adoção do princípio da isonomia, chamado de *universalizabilidade*, em sua perspectiva lógica, já que esse é uma condição de racionalidade do discurso. Não é possível aceitar validamente, no âmbito do direito, um discurso no qual se utilizem sentidos diferentes para o mesmo conceito, por um mesmo emissor. Não é procedimento passível de controle racional, também, que as soluções sejam proferidas sem consideração de todas as circunstâncias que em determinado caso importam para a determinação de uma regra” (FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 130.).

<sup>280</sup> Consultar capítulo 3.

jugador, está livre para, em não declinando suficientemente os fatos e as circunstâncias situacionais a partir dos quais tomou a decisão, dar outras decisões sem romper aparentemente com o dever de coerência. Outra forma de atuação é o simples julgamento conflitante. O julgador diz algo e, posteriormente, diz algo diferente, incorrendo em uma contradição<sup>281</sup>

Pensamos que por recurso à retórica e à tradição legalista formalista houve tratamento distinto para casos semelhantes. Não parece adequada a postura cética adotada no julgamento diante de caso de difícil solução (*hard case* ou lacuna) com apelo à discricionariedade. A modificação de jurisprudência construída pelo STF no caso criticado, não poderia ocorrer com base em qualquer princípio – rompimento de uma tradição, conforme declara o voto vencedor do RE 344882 –, sob pena de ruir a segurança embasada nas regras (Estado Democrático de Direito). Nas palavras de Dworkin:

É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionados em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada.<sup>282</sup>

A deficiente fundamentação leva ao desconhecimento dos argumentos utilizados pelo julgador e torna o sistema incompatível com a integridade e coerência, e ainda, impossibilita a crítica e controle das decisões jurídicas. O destinatário direto da decisão – e de resto todo cidadão –, ante o déficit de argumentação racional, pode ficar a mercê das opiniões pessoais dos juízes. Segundo Dworkin, a coerência com o sistema é essencial à integridade, sobretudo quando existe a necessidade de superação dos precedentes históricos:

Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal, às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.<sup>283</sup>

<sup>281</sup> FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 41.

<sup>282</sup> DWORKIN, Ronald. Op.cit., p. 60.

<sup>283</sup> Ibidem, p. 263-264.

Na verdade, postulamos, o que estava por trás da norma constitucional e do caso posto à decisão não era a engenharia formal do relacionamento entre normas constitucionais<sup>284</sup>, mas princípios institucionais de acesso com igualdade de oportunidades a cargos (bem fundamental) e a equidade no tratamento do processo eleitoral, para evitar o continuísmo familiar (perpetuação de oligarquias), além do funcionamento mais isento possível do processo democrático. Desse modo, não existe como sustentar como fez o Ministro que “com a tradição uniforme do constitucionalismo republicano, rompeu, entretanto, a EC 16/97”. Quer nos parecer que ocorreu, de verdade, recurso à discricionariedade, sob o rótulo de “consistência sistêmica do conjunto normativo” para decidir de acordo com as contingências de momento.

Na perspectiva da Teoria da Justiça de Rawls, nossa reivindicação é que faltou coerência ao Supremo Tribunal Federal com os princípios da justiça em julgamento de caso tão difícil. Nossa hipótese é que os problemas concretos colocados à decisão do Supremo Tribunal Federal, no que tange à inelegibilidade do art. 14, § 7º, da Constituição Federal, também, envolvem o princípio de diferença, especificamente na segunda parte: a da igualdade equitativa de oportunidades. As posições devem estar abertas a todos, de modo a proibir a restrição de acesso aos cargos. Segundo Rawls:

Esse princípio expressa a convicção de que, se alguns cargos não estão abertos a todos em condições equitativas, os excluídos estariam certos de se sentirem injustiçados, mesmo que se beneficiassem dos esforços maiores daqueles autorizados a ocupá-los. Sua queixa seria justificada não só porque foram excluídos de certas recompensas externas dos cargos, mas também porque foram impedidos de vivenciar a realização pessoal resultante do exercício competente e dedicado de deveres sociais. Seriam privados de uma das principais formas de bem humano.<sup>285</sup>

Propomos que no primeiro estágio – posição original –, seja este (igualdade equitativa de oportunidades) o princípio escolhido, sem olvidar a presunção de iguais liberdades fundamentais já definidas anteriormente. No passo seguinte da sequência, supomos que a Constituição de 1988, mesmo depois da redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 04 de junho de 1997, tenha densificado o citado princípio por meio dos princípios republicano

<sup>284</sup> Podemos notar o recurso ao formalismo legalista no seguinte trecho da decisão: “...sigo convencido que a leitura isolada do § 7º é dissonante do sistema que se insere, no qual tinha a função de reforço da eficácia da vedação radical da reeleição dos titulares do Poder Executivo, objeto do § 5º - a qual, no entanto, dela se tornou expressamente permissiva, por força da EC 16/97: a inversão da regra matricial, somada à persistência do § 6º - impõe, a meu ver, uma nova leitura do § 7º, de modo a salvar a consistência sistêmica do conjunto normativo da questão”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 344882 – BA – Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 06.08.2004).

<sup>285</sup> RAWLS, John. Op.cit., p. 102.

e democrático, vazados no art. 1º, da Constituição Federal de 1988, como fundamentos do Estado brasileiro. No âmbito dos direitos políticos, são corolários destes princípios a soberania popular e o sufrágio universal (art. 14, *caput*, da Constituição Federal). O terceiro estágio, da legislação, é apenas a regulamentação da cláusula constitucional, que para os objetivos deste trabalho não tem grande importância, sobretudo por não influenciar na decisão judicial esgrimida. A lei somente disciplina questões de procedimento, porquanto a norma constitucional já encerra todos os elementos para gerar efeitos práticos. E a última posição, qual seja, a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 344882 (julgado que alterou a posição histórica do Tribunal).

O Tribunal ponderou os princípios institucionais da justiça, sem ter legitimidade para exercer esse papel. Violou o procedimento, de modo que não se adequou à justiça procedimental pura. Esse é um dos pontos essenciais: os juízes, segundo a teoria dos quatro estágios, não podem pesar os princípios institucionais da justiça. Igualdade e princípio republicano não cuidam de interesses individuais ou de grupos, mas de distribuição de bens escassos na sociedade; princípios estabelecidos na posição original por toda a comunidade. Acreditamos que uma argumentação com fulcro na teoria crítica de Rawls – justiça como equidade –, pode reduzir este tipo de postura (procedimento) das instituições jurídicas. Nossa proposta é que, na aplicação dos princípios da justiça, segundo a teoria dos quatro estágios, os juízes não possam fazer esse tipo de “ponderação” com a “tradição do constitucionalismo republicano”. Devem manter-se fiéis aos princípios da justiça já escolhidos na posição original. Apenas por meio do equilíbrio reflexivo haveria possibilidade de modificação.

No âmbito das instituições jurídicas *o direito como integridade* de Dworkin parece ser consentâneo com a teoria da justiça de Rawls, porquanto é uma forma de adotar um comportamento hermenêutico que recorre sempre aos princípios, que podem ser os da justiça apresentados por Rawls em *Uma Teoria da Justiça*, além de ser de inspiração nitidamente liberal. Apenas com a definição da teoria que melhor representa o pensamento da comunidade, conforme definido teoricamente por Rawls, sem esquecer a história política dessa mesma comunidade é possível a edição de decisões judiciais mais corretas e coerentes.

Reconhecemos o subjetivismo natural no processo decisório, porém, é possível o controle do discurso e a crítica quando as decisões escapam dos princípios da comunidade, codificados hodiernamente nos textos constitucionais. A utilização ilógica das palavras, especialmente as de valor afasta o juiz da prestação de contas (*accountability*) e viola

flagrantemente o princípio da isonomia. O juiz deve buscar e aceitar a concepção de integridade do direito e externar essa opção em sua argumentação, por meio da especificação minuciosa dos juízos de valor.

Acreditamos que a visão holística do Direito na interpretação das instituições jurídicas pode garantir que diferentes juízes estabelecerão decisões coerentes com a verdadeira história política de sua comunidade e restringirá suas convicções políticas pessoais em seu juízo interpretativo geral aos princípios da justiça e valores ético-constitucionais. As normas constitucionais pautadas pelos direitos políticos só podem ser concretizadas com fundamento em elementos que cercam o texto, entre outros, os princípios da justiça e valores morais neles delineados. Qualquer decisão judicial incompatível com esta estrutura não é correta; é injusta, pois pautada pelo arbítrio.



## CONCLUSÃO

O pensamento de Dworkin sobre a existência de uma verdade (ou moral) objetiva sobre a interpretação – embasada em princípios jurídicos históricos extraídos de um contexto –, bem como seu ideal de integridade do Direito reforçam sua contraposição aos céticos. A tese da resposta correta para cada caso, fundamento central e diferenciador do construtivismo *dworkiano*, deve ser entendido como argumento ideal, quase que como um princípio regulador da atividade decisória, tendo em vista a impossibilidade empírica da decisão correta.

Nesse contexto ideal, a adoção da integridade é parte fundamental da política da comunidade de princípios. A proposta de Dworkin é aplicar a virtude política da integridade ao Direito, de modo a torná-lo legítimo e mais consentâneo com as escolhas morais que os Tribunais são obrigados a fazer cotidianamente. O ponto central, portanto, é a utilização da teoria *dworkiana* contra parte de nossa tradição positivista legalista de matriz *kelseniana*, a fim de possibilitar a crítica e o controle das decisões jurídicas e evitar a discricionariedade no momento do julgamento, ou seja, evitar que o povo fique à mercê de preferências pessoais ou políticas dos juízes ao decidir sobre seus direitos.

A base filosófica em Rawls não pode ser desprezada na análise das teses de Dworkin. A formulação de princípios de justiça substantiva por Rawls denota, também, a preocupação com a coerência das decisões dos juízes e outras autoridades em relação à igualdade e à justiça.

A sequência dos quatro estágios reforça essa preocupação. Acreditamos que com o véu de ignorância afastado não há como os juízes procederem à pesagem dos princípios políticos. Esses agentes não poderiam modificar ou subverter os princípios da justiça, tampouco sua representação em um texto constitucional justo, de modo que o esquema garantiria a coerência das decisões judiciais e reduziria a discricionariedade natural na interpretação das instituições jurídicas. Na realidade é difícil eliminar certo subjetivismo nos julgamentos, mas o recurso correto aos princípios históricos (integridade), sem importar o resultado último das decisões judiciais – se precedente ou improcedente o julgamento –, pode assegurar que a argumentação consignada pelos juízes seja coerente com os princípios da justiça e sua representação na constituição. Parece ser esse o sentido da proibição de

ponderação no quarto estágio; não é autorizado aos juízes desconfigurar os arranjos estabelecidos pela comunidade representados na constituição.

Assim, cabe ao juiz democraticamente fundamentar suas decisões. O discurso externado deve ser submetido ao crivo racional de todos (publicidade), exatamente nos moldes do que determina a Constituição (CF, art. 93, IX e X). Em outras palavras, deve ser possível verificar a correção dos argumentos utilizados pelos juízes. É nesse aspecto que a teoria de Hare – o Prescritivismo Universal aplicado ao Direito –, é essencial.

As características da *universalizabilidade* e prescritividade, como propriedades das palavras morais no modo imperativo da linguagem, podem conferir universalização às ações humanas. É possível sustentar que a função prescritiva da linguagem da Moral proposta por Hare é, também, própria da linguagem do Direito, tendo em vista a característica principal de interferir na conduta do receptor da linguagem, porquanto o Direito tende à positivação em diplomas normativos, normalmente traduzida em ordens. Com efeito, a linguagem, tanto a moral quanto a jurídica, utiliza palavras que possuem um sentido; expressam alguma coisa universalmente.

Todavia, a teoria de Hare não tem como problema a possibilidade de verificação de correção de uma opinião moral. Consiste em uma teoria lógica. A *universalizabilidade* não tem como alvo o controle do conteúdo substantivo das decisões. O elemento central desse princípio é assegurar a utilização de argumentos lógicos sobre o significado das palavras. As decisões necessitam de coerência lógica na interpretação das palavras. O essencial é a preocupação com a isonomia, isto é, que casos que tenham pressupostos iguais ou semelhantes tenham a mesma solução. Portanto, o aspecto formal da teoria permite analisar incongruências lógicas no âmbito do discurso jurídico.

Nesse sentido, sobleva a distinção entre as funções descritiva e avaliatória das palavras. É imprescindível saber diferenciar a função lógica de cada palavra aplicada na linguagem, sobretudo quando diante de casos de escolha, porquanto as palavras de valor podem ter significado descritivo variável. A relevância da diferenciação lógica retromencionada é aplicável às normas jurídicas (normas fechadas ou abertas).

A ideia de que a decisão é um fator que é da própria essência da moral é central no Prescritivismo Universal, isto é, as pessoas fazem escolhas morais embasados em princípios gerais, buscados na história como reivindicada Dworkin e sua integridade do Direito.

A preocupação no âmbito das instituições jurídicas é com a decisão na ausência de regras a disciplinar o caso; afastar a discricionariedade como quer o construtivismo *dworkiano*, daí a proposta de distinção lógica entre regras e princípios. Analisamos algumas das posições sobre o relacionamento de regras e princípios que consideramos importantes às nossas preocupações, além de atentar para o fato de que muitas vezes o problema se localiza na aplicação do próprio silogismo das regras aos casos; da premissa menor, por exemplo. A posição de Dworkin está longe de estar isenta de críticas, embora tenha o mérito de reforçar suas críticas ao positivismo *hartiano*.

Concluimos que, de fato, esse é tema constantemente presente na experiência jurídica, porém, a novidade – também, em boa parte, devida a Dworkin –, parece decorrer da necessidade de compreender, no âmbito da realidade de sociedades complexas, a natureza e o processo de aplicação das normas-princípio.

A complexa tarefa de julgar aumenta em face da aplicação de normas-princípio e normas-regra com palavras avaliatórias. Ocorre déficit de fundamentação quando o julgador não explicita adequadamente suas opções valorativas; falta transparência (*accountability*) na conduta do juiz, haja vista o caráter absolutamente residual da discricionariedade judicial.

Portanto, a utilização do Prescritivismo Universal parece ser compatível com a crítica a decisões judiciais – compartilhamos a ideia de que a prática do Direito consiste, fundamentalmente, em argumentar –, sobretudo as que interpretam palavras avaliatórias, como método para garantir, além da exposição do processo dedutivo, a descrição das opções valorativas realizadas nos julgamentos. Deve ser permitido ao cidadão conhecer todas as razões utilizadas no processo decisório, a fim de possibilitar a sua crítica racional; assegurar transparência (*accountability*); e democratizar a função precípua do Poder Judiciário.

Nesse contexto, são de fundamental importância as teorias da argumentação jurídica. A coerência das decisões por meio de argumentos racionais transparentes é exigência do Estado Democrático de Direito. É essencial que haja certa previsibilidade nas condutas dos juízes, haja vista que o ordenamento jurídico (regras e princípios) é concebido de modo compartilhado, bem como que as decisões judiciais guardem certa sistematicidade na aplicação dos princípios do Direito.

Para ilustrar na prática jurídica nossa argumentação, selecionamos precedentes do Supremo Tribunal Federal embasados na Metodologia de Análise de Decisões (MAD). Não

significa que há um roteiro para “melhores” decisões judiciais, porém, a proposição de um método facilita a crítica, um de nossos problemas nucleares. A escolha do referido método deveu-se a três fatores: a cientificidade deste estudo; a coincidência do instrumento teórico; e a consciência de que o marco teórico adotado nesta dissertação não possui essa preocupação.

Constatamos flagrante contradição no discurso jurídico sobre expressão “normalidade e legitimidade” das eleições nos julgados analisados. O conceito e objeto das inelegibilidades tiveram sentidos diferentes, embora utilizados por um mesmo emissor da decisão. A linguagem jurídica utiliza palavras que significam alguma coisa universal, de modo que a palavra de valor “normalidade e legitimidade” utilizada em cláusula aberta constitucional (art. 14, § 9º, CF) e como matriz de fundamentação das decisões criticadas, não pode ser tratada como autoevidente, sob pena de incorrerem problemas lógicos na argumentação, como de fato aconteceu nos precedentes citados.

A mudança abrupta de jurisprudência deve ser acompanhada de exaustivamente fundamentação, sobretudo com descrição minuciosa de todos os fatos e circunstâncias que cercam o caso. Não houve, principalmente no julgamento do RE 344882, qualquer consideração sobre o abuso do poder político naquelas eleições municipais; fatos como a realidade político-econômica local e a quantidade de mandatos outorgados ao mesmo grupo ou família vencedora no recurso e postulante à disputa eleitoral, foram absolutamente ignorados. A omissão do emissor do discurso em tentar esgotar as possibilidades leva ao defeito da confusão lógica entre a função descritiva e a avaliatória da expressão “normalidade e legitimidade” das eleições.

A alteração do significado de palavras de valor, aparentemente com a mesma espécie de discurso formal tradicional na prática jurídica pátria, sem expor qualquer razão lógica para proceder desse modo, em flagrante violação ao princípio da isonomia, torna mais relevante a aplicação do Prescritivismo Universal na prática dos Tribunais, porquanto essa teoria pode assegurar coerência lógica e controle das decisões jurídicas.

A modificação de jurisprudência construída pelo STF no caso criticado, não poderia ocorrer com base em qualquer princípio – rompimento de uma tradição, conforme declara o voto vencedor do RE 344882 –, sob pena de ruir a segurança embasada nas regras (Estado Democrático de Direito). Aparentemente, o que estava por trás da norma constitucional e do caso posto à decisão não era a engenharia formal do relacionamento entre normas

constitucionais, mas princípios institucionais de acesso com igualdade de oportunidades a cargos (bem fundamental) e a equidade no tratamento do processo eleitoral, para evitar o continuísmo familiar (perpetuação de oligarquias), além do funcionamento mais isento possível do processo democrático. Quer nos parecer que ocorreu, de verdade, recurso à discricionariedade.

Reconhecemos o subjetivismo natural no processo decisório, porém, é na perspectiva acima exposta que parece possível o controle do discurso e a crítica quando as decisões escapam dos princípios da comunidade. A utilização ilógica das palavras, especialmente as de valor afasta o juiz da prestação de contas (*accountability*) e viola o princípio da isonomia. O juiz deve buscar e aceitar a concepção de integridade do direito e externar essa opção em sua argumentação, por meio da especificação minuciosa dos juízos de valor.

Portanto, nenhum dos precedentes criticados deu a melhor solução para o problema. O déficit de argumentação, ilustrado pela utilização ilógica das palavras de valor nas decisões, torna-as indiscutível pela sociedade.

A fundamentação formal, com recursos a fórmula jurídicas prontas, separada dos princípios institucionais “blinda” a decisão do controle social e permite que se decida de acordo com as contingências de momento. A interpretação sobre o art. 14, §§ 5º, 7º e § 9º da Constituição de 1988 somente se mostra legítima quando alicerçada em argumentos de princípio e nos termos da integridade do direito; um sistema que deve primar pela coerência e harmonia. É imprescindível que a utilização da interpretação não recorra à discricionariedade judicial, a fim de atingir a melhor decisão para os casos postos, ou seja, embasada em pressupostos aplicáveis a situações similares, de sorte que se reduziriam as influências arbitrárias dos juízes no processo de escolha dos representantes do povo.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Luiz Eduardo Lacerda Abreu. **Qual o sentido de Rawls para nós?** Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006.
- ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *The deceptive nature of rules.* **University of Pennsylvania Law Review**, 142, n.º 04, 1994.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. Trad. Menelick de Carvalho Netto. **Ratio Juris**. vol. 16, n.º. 2, June 2003.
- \_\_\_\_\_. *On the Structure of Legal Principles.* **Ratio Juris**. vol. 13, n.º. 3, September 2000.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hautchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ALIVIZATOS, Nicos C. *Jugdes as Veto Players.* Disponível em: <<http://jalsacademico.blogspot.com/2011/02/teoria-da-constituicao.html>>. Acesso em 20. mar. 2011.
- ARON, Raymund. **As etapas do pensamento sociológico.** Trad. Sérgio Bath, 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.
- AUSTIN, J.L. *How to do things with words.* 2. ed. Massachusetts: Harvard University Press, 1975.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito.** Temas de Direito Processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BARNETT, Randy E. *Foreword: Judicial Conservatism v. A Principled Judicial Activism.* HeinOnline n. 10, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, vol. 10, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <[www.jus.com.br](http://www.jus.com.br)>. Acesso em 15. nov. 2005.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 158.314-2 – PR – Rel. Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da República Federativa do Brasil, 12.02.1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10. ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 247.416 - SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, Diário de Justiça da República Federativa do Brasil, 31.3.2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10. ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 344882 – BA – Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Diário de Justiça da República Federativa do Brasil, 06.08.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10. ago. 2011.

CALSAMIGLIA, Albert. *El derecho como integridad: Dworkin*. Universitat Pompeu Fabra. Working Paper n.25. Barcelona 1990. Disponível em: <<http://www.recercat.net/bitstream/handle/2072/1458/ICPS25.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 mar.2012.

\_\_\_\_\_. **Prefácio à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin *Derechos en Serio***. Barcelona: Ariel, 1984. [on line] Trad de Patrícia Sampaio. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/patdwork.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html)>. Acesso em: 15 mar. 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin**. Tradução: Raíssa R. Mendes - Revisão: Menelick de Carvalho Netto Cadernos da Escola do Legislativo: Belo Horizonte, 3(5): 27-71, jan/jun.1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. “*Liberal Community*”. In *Liberalism and Its Critics*, edited by Michael J. Sandel, 205-23. New York: New York University Press, 1984.

\_\_\_\_\_. “*Liberalism*”. In *Liberalism and Its Critics*, edited by Michael J. Sandel, 60-79. New York: New York University Press, 1984.

\_\_\_\_\_. **A virtude soberana**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Objectivity and truth: you’d better believe it*. **Philosophy & Public Affairs**, 25, n.º 02, 1996.

\_\_\_\_\_. The Forum of Principle. In *New York University Law Review*, New York, n. 56, 1981.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulenian, 2001.

FABRINI, Sergio. *Transatlantic constitutionalism: Comparing the United States and the European Union*. **European Journal of Political Research**, n. 43, 2004, p. 547-569.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Justiça distributiva para formigas e cigarras**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000100013&script=sci\\_arttext&tIng=en](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000100013&script=sci_arttext&tIng=en)>. Acesso em: 03. out. 2012.



FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma**, Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

\_\_\_\_\_. Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 44, nº 175, jul./set. 2007.

\_\_\_\_\_. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do *leasing***. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

\_\_\_\_\_; LIMA, Thalita M. Metodologia de Análise de Decisões. *In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2010, Fortaleza. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: fundamentos de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2001.

GUASTINI, Ricardo. **Estúdios de teoría constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Cláudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUTMANN, Amy. *Communitarian Critics of Liberalism*. **Philosophy and Public Affairs** 14, 1985.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HARE, R.M. **A linguagem da moral**. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HARRIS, J.W. *Legal Philosophes*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2004.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1994.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, ano 96, vol. 859, maio de 2007.

IKAWA, Daniela R. Hart. Dworkin e discricionariedade. **Revista Lua Nova**, nº 61, 2004.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2011.

KYMLICKA, Will. “*Liberal Individualism and Liberal Neutrality*”. In *Communitarianism and Individualism*, edited by Shlomo Avineri and Avner De-Shalit, 165-85. Oxford [England]. New York: Oxford University Press, 1992.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto – O município e o regime representativo no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito civil e direito do consumidor: princípios**. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). *Código de defesa do consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 26).

\_\_\_\_\_. **Juízo jurídico e a falsa solução das regras e princípios**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15639-15640-1-PB.pdf>>. Acesso em: 17. ago. 2012.

\_\_\_\_\_. **Princípios e regras**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos.pdf>>. Acesso em: 17. ago. 2012.

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

\_\_\_\_\_. **Retórica e estado de direito**. Tradução Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude. um estudo em teoria moral**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Universidade do Sagrado Coração, 2001.

- MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal interpretada**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NAGEL, Thomas. *The problem of global justice*. In: Philosophy and Public Affairs 33, nº 2. Blackwell Publishing, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Um breve introdução à filosofia**. Trad. Silvana Vieira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- NEAL Patrick, PARIS David. *Liberalism and the communitarian critique: a guide for the perplexed*. *Canadian Journal of Political Science*, vol. 23, nº. 03, Sep. 1990.
- NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos: elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000.
- NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- PÉREZ-PERDOMO, Rogelio Pérez; MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition – an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3. ed. California: Stanford University Press, 2007.
- RAWLS, John. **Justiça como equidade - uma reformulação**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- SANDEL, Michael J. “*The Procedural Republic and the Unencumbered Self*”. In *Comunitarianism and Individualism*, edited by Michael J. Sandel. New York: New York University Press, 1992.
- \_\_\_\_\_. **O liberalismo e os limites da justiça**. Trad. Carlos E. Pacheco do Amaral. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- SARAVIA, Enrique Ferrarezi. **Introdução à análise de políticas públicas**. Brasília: ENAP, 2006, v. 1.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAYLOR, Charles. “*Atomism*”. In *Communitarianism and Individualism*, edited by Shlomo Avineri and Avner De-Shalit, 29-50. Oxford [England]. New York: Oxford University Press, 1992.

TUSHNET, Mark V. *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy-Based Worries*. HeinOnline n. 38, Wake Forest L. Rev., 2003.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça – uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.