

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
E DOUTORADO ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DEMANDAS SOCIAIS E
POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL**

Alexandre Brandão Rodrigues

**O USO DOS PRINCÍPIOS PARA O AFASTAMENTO DAS REGRAS JURÍDICAS:
UMA CRÍTICA À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NAS DECISÕES DO
HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP E DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE
CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 E 44 DO STF**

Santa Cruz do Sul

2018

Alexandre Brandão Rodrigues

**O USO DOS PRINCÍPIOS PARA O AFASTAMENTO DAS REGRAS JURÍDICAS:
UMA CRÍTICA À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NAS DECISÕES DO
HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP E DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE
CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 E 44 DO STF**

Dissertação apresentada à banca do Programa de Pós-graduação em Direito, Mestrado e Doutorado em Direito, com Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

Orientadora: Prof. Dra. Caroline Müller Bitencourt

Santa Cruz do Sul
2018

Alexandre Brandão Rodrigues

CIP - Catalogação na Publicação

Rodrigues, Alexandre Brandão

O USO DOS PRINCÍPIOS PARA O AFASTAMENTO DAS REGRAS JURÍDICAS :
UMA CRÍTICA À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NAS DECISÕES DO HABEAS
CORPUS Nº 126.292/SP E DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE
CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 E 44 DO STF / Alexandre Brandão
Rodrigues. – 2018.

162 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz
do Sul, 2018.

Orientação: Profa. Dra. Caroline Müller Bitencourt.

1. Poder discricionário. 2. Habeas corpus. 3. Positivismo
jurídico. I. Bitencourt, Caroline Müller . II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UNISC
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Alexandre Brandão Rodrigues

**O USO DOS PRINCÍPIOS PARA O AFASTAMENTO DAS REGRAS JURÍDICAS:
UMA CRÍTICA À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NAS DECISÕES DO
HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP E DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE
CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 E 44 DO STF**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Doutora Caroline Müller Bitencourt
Professor Orientador

Doutora Denise Bittencourt Friedrich
Professora Examinadora

Doutor Wilson Steinmetz
Professor Examinador

Toda a conquista não é, meramente, a realização de um projeto pessoal, isso porque todo o projeto humano não é propriamente individual, envolve a colaboração, às vezes passiva, às vezes ativa, de outras pessoas. E, com certeza, essa conquista não seria possível sem a compreensão, a paciência o apoio e a colaboração de minha esposa e filhos, diante da ausência e do isolamento necessários para construção desse trabalho. Bem como pelos momentos em que souberam suportar a minha angústia e irritação. Por isso, sou muito agradecido a minha esposa, Anaisi Kozuchovski Rodrigues e aos meus filhos: João Henrique Kozuchovski Rodrigues, Marcus Vinicius Kozuchovski Rodrigues e Maria Eduarda Kozuchovski Rodrigues.

AGRADECIMENTOS

Agradecer trata-se de tarefa muito difícil, isso porque, por mais que a pessoa se esforce, sempre corre o risco de esquecer alguém. Por isso, inicio agradecendo a todos que, de alguma forma, me auxiliaram nesse projeto acadêmico.

Foram dois anos e meio de muito estudo e dedicação, em que bebi do entusiasmo pelo conhecimento passado pela equipe de professores do Programa de Pós-graduação em Direito *stricto sensu* – mestrado e doutorado – da UNISC. A todos sou muito grato. Bem como sou grato à equipe de colaboradores do programa, que foram sempre incansáveis em auxiliar e proporcionar o melhor ambiente para o ensino.

Agradeço à professora doutora Caroline Müller Bitencourt, minha orientadora, pelos conhecimentos adquiridos e, principalmente, pela paciência e sabedoria, em conseguir trabalhar com os meus (pré)conceitos já formados e orientá-los para uma outra perspectiva. Nesse mundo de poucas certezas, tenho a convicção que a pretensão do saber é o maior obstáculo ao conhecimento.

Não há como também não agradecer aos meus companheiros de estudo e de angústia, meus colegas do mestrado. Visto que, durante esses dois anos e meio, foram eles que melhor compreenderam as aflições e os sacrifícios que foram realizados, conseqüentemente, sabem do valor dessa conquista.

Agradeço também à minha instituição, Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, por todo o apoio que me foi dispensado. Uma instituição que não invista em educação, em conhecimento, em discussão de ideias, de propostas, trata-se de uma instituição obtusa, fadada à extinção. Mas, certamente, não é o caso da Defensoria Pública do Estado do RS que, desde os seus primórdios, preocupou-se com a educação e com o ensino dos seus agentes.

À minha família, em especial aos meus avós que em outro plano continuam zelando por mim. À minha mãe, Maria Eliane Araújo Brandão, que me ensinou a sempre lutar e não esmorecer jamais diante dos desafios da vida, mostrou-me e ainda me mostra, o verdadeiro valor do trabalho. Ao meu pai, Ubirajara Anchieta Rodrigues, agradeço por estar sempre ao meu lado nos momentos difíceis. Às

minhas irmãs, Luciana Brandão Rodrigues e Larissa Brandão Rodrigues, pelo apoio que sempre recebi em todas as minhas empreitadas. À minha esposa, Anaisi Kozuchovski Rodrigues e aos meus filhos: João Henrique Kozuchovski Rodrigues, Marcus Vinicius Kozuchovski Rodrigues e Maria Eduarda Kozuchovski Rodrigues, pela compreensão e apoio dispensados.

Enfim, a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a concretização deste trabalho: **MUITO OBRIGADO!**

“Agradeço todas as dificuldades que enfrentei; não fosse por elas, eu não teria saído do lugar. As facilidades nos impedem de caminhar. Mesmo as críticas nos auxiliam muito”.

Chico Xavier

RESUMO

O trabalho tem como principal objetivo fazer uma análise teórica do papel dos princípios para o pós-positivismo, apontando as possíveis consequências dessa postura, em especial, se tais teorias abrem margens para a discricionariedade judicial. Dessa análise, parte-se para a crítica das decisões do Habeas Corpus (HC) nº 126.292/SP e da Ação Direita de Constitucionalidade (ADC) nº 43 e 44 do Supremo Tribunal Federal, a fim de verificar se não foram utilizados os princípios em oposição às regras jurídicas e, assim, ampliado, significativamente, a discricionariedade judicial. Pretende-se com o estudo saber se: é possível afirmar que o argumento principiológico foi utilizado de forma discricionária nas decisões judiciais do HC nº 126.292/SP e da ADC nº 43 e 44 do STF de modo a afastar a regra jurídica, inclusive de forma contrária ao que intentam as teorias pós-positivistas, em especial a de Robert Alexy? A hipótese desse estudo, portanto, é que por meio da aplicação dos princípios no pós- positivismo, o Supremo Tribunal Federal afastou uma regra jurídica e inovou o ordenamento jurídico nas decisões HC nº 126.292/SP e das ADC nº 43 e 44 do STF, de forma contrária aos ensinamentos da própria teoria de Robert Alexy, abrindo ampla margem à discricionariedade judicial. O que demonstraria uma incompreensão da relação entre regras e princípios. O método utilizado será o hipotético-dedutivo, tal como formulado por Karl Popper, pois pretende-se responder ao problema apresentado e, confirmar, ou não, a hipótese formulada. Como resultado, verificou-se que nas decisões do HC nº 126.292/SP e da ADC nº 43 e 44 o STF atuou de forma discricionária e inovou o ordenamento jurídico, afastando uma regra jurídica. Demonstrando, assim, uma incompreensão da teoria pós-positivista de Alexy, em especial no tocante a relação entre regras e princípios.

Palavras-chave: Pós-positivismo. Princípios. Discricionariedade Judicial.

RESUMEN

El trabajo tiene como principal objetivo hacer un análisis teórico del papel de los principios para el post-positivismo, apuntando las posibles consecuencias de esa postura. De este análisis, se parte para la crítica de las decisiones del Habeas Corpus (HC) nº 126.292 / SP y de la Acción Directa de Constitucionalidad (ADC) nº 43 y 44 del Supremo Tribunal Federal, a fin de comprobar si no se utilizaron los principios en oposición a las reglas jurídicas y, así, ampliando, la discrecionalidad judicial. Se pretende con el estudio saber si: ¿es posible afirmar que el argumento principiológico fue utilizado de forma discrecional en las decisiones judiciales del HC nº 126.292 / SP y de la ADC nº 43 y 44 del STF para apartar la norma jurídica, incluso de forma contraria a lo que intentan las teorías post-positivistas, en especial la de Robert Alexy? La hipótesis de este estudio, por lo tanto, es que por medio de la aplicación de los principios en el post-positivismo, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal ha alejado las reglas jurídicas e innovó el ordenamiento jurídico en las decisiones HC nº 126.292 / SP y de las ADC nº 43 y 44 del STF de forma contraria a las enseñanzas de la propia teoría de Robert Alexy, abriendo amplia margen a la discrecionalidad judicial, tan criticada por las doctrinas "post-positivistas". Lo que demostraría una incompreensión de la relación entre reglas y principios. El método utilizado será el hipotético-deductivo, tal como formulado por Karl Popper, pues se pretende responder al problema presentado y, confirmar o no, la hipótesis formulada. Como resultado, se verificó que en las decisiones del HC nº 126.292 / SP y de la ADC nº 43 y 44, el STF actuó de forma discrecional e innovó el ordenamiento jurídico, alejando una norma jurídica. Demostrando, así, una incompreensión de la teoría post-positivista de Alexy, en especial en lo referente a la relación entre reglas y principios.

Palabras clave: Post-positivismo. Principios y Discrecionalidad Judicial.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ART	Artigo
CF, CF/88	Constituição Federal Brasileira de 1988
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
HC	Habeas Corpus
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências criminais
N/D	Não Disponível
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PEN	Partido Ecológico Nacional
PJ	Poder Judiciário
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 O FUNDAMENTO HISTÓRICO-FILOSÓFICO DO JUSNATURALISMO E DO POSITIVISMO JURÍDICO: SUAS CONTRIBUIÇÕES AO PROBLEMA DA DECISÃO JUDICIAL	19
2.1 O jusnaturalismo e a suas diversas perspectivas: mítico-religiosa, metafísico-ontológica (platônica), metafísico-religiosa (escolástica) e racionalista	19
2.1.1 O jusnaturalismo na perspectiva mítico-religiosa	21
2.1.2 O jusnaturalismo na perspectiva metafísico-ontológica da Filosofia Clássica Greco-Romana	22
2.1.3 O jusnaturalismo na perspectiva metafísico-religiosa da Escolástica da Cristandade	25
2.1.4 O jusnaturalismo na perspectiva racionalista da Idade Moderna (A filosofia da consciência).....	27
2.2 O surgimento do Positivismo Jurídico – o Positivismo Jurídico normativo de Hans Kelsen e o Positivismo Jurídico analítico de Herbert Hart	33
2.2.1 As origens histórico-filosóficas e principais características do Positivismo Jurídico	34
2.2.2 O positivismo normativista de Hans Kelsen e o papel da moldura legal na decisão judicial	41
2.2.3 O papel da interpretação e da discricionariedade da decisão judicial no positivismo analítico de Herbert Hart.....	50
3 O PÓS-POSITIVISMO E A RELAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRA JURÍDICA: O ALARGAMENTO DA FUNÇÃO JUDICIAL NA “ERA” DOS PRINCÍPIOS.....	61
3.1 As principais características do pós-positivismo: um abandono do positivismo jurídico ou a evolução deste como teoria jurídica?	61
3.1.1 O deslocamento de agenda	64
3.1.2 A importância dos casos difíceis	66
3.1.3 O abrandamento da dicotomia descrição/prescrição	67

3.1.4 A busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico.....	67
3.1.5 O papel dos princípios na resolução dos casos difíceis	68
3.2 A concepção de Direito em Ronald Dworkin: qual o lugar e a função dos princípios?.....	69
3.2.1 O papel da justiça e da comunidade de princípios no conceito de Direito: o Direito como integridade na visão de Ronald Dworkin	71
3.2.2 As regras e os princípios para Ronald Dworkin: dos conceitos ao modo de solução de conflitos/colisões.....	76
3.3 O Conceito de Direito para Robert Alexy e o lugar dos princípios	82
3.3.1 A relação do Direito com a Moral (pretensão de correção)	83
3.3.2 O conflito de regras e a colisão de princípios na teoria de Robert Alexy: como reduzir a discricionariedade judicial	86
3.3.3 As contribuições da teoria da argumentação jurídica para a solução do problema da discricionariedade judicial	97

4 EM TEMPOS PRINCIPIOLÓGICOS O DESPRESTÍGIO DAS REGRAS JURÍDICAS: UMA CRÍTICA A AMPLIAÇÃO DA TEMIDA DISCRICIONARIEDADE POSITIVISTA NAS DECISÕES DO HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP E DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 e 44 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 O papel dos princípios e das regras na interpretação e decisão judicial no pós-positivismo: uma promessa não cumprida.....	108
4.2 O uso dos argumentos de princípios em nome do afastamento das regras: controle ou ampliação da discricionariedade judicial nos julgados do Habeas Corpus nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 do Supremo Tribunal Federal - uma análise crítica.....	115
4.2.1 Análise descritiva das decisões do Habeas Corpus nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 do Supremo Tribunal Federal.....	117
4.2.2 Direitos fundamentais x democracia: a face nociva do ativismo judicial.....	123
4.2.3 Uma análise crítica do uso dos princípios na decisão do Habeas Corpus nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 do Supremo Tribunal Federal	125
4.2.3.1 Análise crítica dos principais argumentos dos votos que formaram a maioria nas decisões do Habeas Corpus nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44	126

4.2.3.1.1 Diferença de prisão e culpa: fato este que não legitima, mas sim impede a execução provisória da pena após decisão condenatória de

	13
segundo grau de jurisdição.....	126
4.2.3.1.2 Execução provisória da pena equivalente a prisão preventiva para manutenção da ordem pública sem necessidade de motivação específica pelo juiz: verdadeiro atentado contra a Constituição	127
4.2.3.1.3 Efetividade penal: princípio ou política? A análise da necessidade na ponderação entre a presunção da inocência e a efetividade do Direito Penal	129
4.2.3.1.4 A ilegitimidade do argumento da função de prevenção geral positiva do Direito Penal: a credibilidade do Estado em detrimento de um direito fundamental	133
4.2.3.1.5 O Direito comparado	138
4.2.3.1.6 Presunção de desconfiança nas instâncias ordinárias	139
4.2.3.2 Análise crítica da natureza jurídica do art. 5º, LVII da Constituição Federal: regra ou princípio jurídico?	140
5 CONCLUSÃO	148
REFERÊNCIAS.....	154

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente estudo está relacionado com o pós-positivismo, princípios e discricionariedade judicial. Busca-se delimitar a investigação à discricionariedade judicial no chamado “pós-positivismo¹” por meio do uso do argumento principiológico no discurso judicial de afastamento da aplicação das regras jurídicas, em especial nas decisões do Habeas Corpus (HC) nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nº 43 e 44 do Supremo Tribunal Federal (STF). Como pano de fundo, certamente, estão presentes os limites da discricionariedade² judicial em inovar o ordenamento jurídico com base em uma análise principiológica, a qual se daria em face do pós-positivismo.

A temática centra-se em uma análise contemporânea, com a mudança de paradigma pela adoção da normatividade dos princípios, a partir de sua positivação nas Constituições ocidentais do Pós-Segunda Guerra. No Brasil, vislumbrado, especialmente, no pós-Constituição Federal de 1988 (CF) (BRASIL, 1988). Aliás, destaca-se que a adoção do termo pós-positivismo, o qual abarca na doutrina nacional e internacional múltiplos significados, para este estudo está limitada a corrente doutrinária que compreende a incorporação dos princípios e do papel central ocupado pela dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, que passam a exigir uma nova postura da jurisdição constitucional, para tal corrente, os princípios reduziram o campo da discricionariedade por

¹ A expressão pós-positivismo é polissêmica. Aqui, o sentido não é afirmar a superação do positivismo jurídico, mas tão-somente indicar o advento de uma nova Teoria do Direito que, em vários aspectos, representa uma ruptura com o modelo clássico positivista. Adota-se o sentido atribuído por Barroso, para quem “o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.” (BARROSO, 2010, p. 327).

² Entende-se por discricionariedade judicial a escolha que é procedida pelo juiz quando a norma é aberta, abstrata. Como se verificará no decorrer do trabalho, Hart entende que na “zona de penumbra” da norma jurídica é permitido que o juiz faça escolhas discricionárias, da mesma forma que o administrador regulamenta a lei que é genérica. Postura esta que se contrapõe os autores pós-positivistas, em especial Dworkin. Ressalta-se que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, pois naquela a norma é abstrata ou, inclusive, pode nem existir norma, o que obriga ao juiz fazer escolhas, já nesta existe lei e o juiz julga contra a lei (*contra legem*).

deveras criticada em relação ao positivismo jurídico³, justamente porque apregoam outra concepção de Direito⁴.

Dessa forma, pretende-se discutir se as perspectivas justeóricas pós-positivistas conseguiram resolver o problema ou se, inclusive, não abrem margem para a discricionariedade judicial e; em outro ponto, pretende-se fazer uma análise teórica do papel dos princípios para o pós-positivismo, apontando se por meio do uso da argumentação principiológica o STF atuou de forma discricionária nas decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b), a fim de verificar se não foram utilizados os princípios em oposição às regras jurídicas e, assim, ampliado, significativamente, a discricionariedade judicial.

Pretende-se com o estudo saber: se é possível afirmar que o argumento principiológico foi utilizado de forma discricionária nas decisões judiciais do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016, b) do STF de modo a afastar uma regra jurídica, inclusive de forma contrária ao que dispõe a teoria pós-positivistas de Robert Alexy?

A hipótese desse estudo, portanto, é que por meio da aplicação dos princípios no pós-positivismo o Supremo Tribunal Federal afastou uma regra jurídica nas decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b), de forma contrária aos ensinamentos, em especial, da teoria de Robert Alexy, inovando o ordenamento jurídico, abrindo ampla margem à discricionariedade judicial, tão criticada pelas doutrinas “pós-positivistas”. Isso demonstra uma incompreensão da relação entre regras e princípios.

Elegeu-se, portanto, como marco referencial teórico a teoria de Robert Alexy, que, obrigatoriamente remete a uma análise da teoria de Ronald Dworkin, haja

³ Também se reconhece a existência de muitos “positivismos”, para tanto o trabalho buscará fazer um recorte a partir dos referenciais do positivismo metodológico e analítico, contudo, sabe-se que boa parte das correntes que se intitulam “pós-positivistas” não façam a distinção técnica entre as muitas diferenças que podemos extrair a partir dos diferentes positivismos.

⁴ Adotar-se-á a distinção feita por Dworkin entre conceito e concepções, traduzida com primazia por Guest (2010, p. 39): “As pessoas podem ter concepções diferentes de alguma coisa e podem discutir umas com as outras, e muitas vezes discutem, sobre qual é a concepção é a melhor. Você observará a evidente analogia com as interpretações rivais de uma ‘coisa’. No contexto das concepções, esta ‘coisa’ é o ‘conceito’ e é constituída por um nível de abstração a respeito do qual há uma concordância quanto a um conjunto distinto de ideias, e que é empregada em todas as interpretações. Uma concepção, por outro lado, incorporará certa controvérsia que, segundo Dworkin, encontra-se ‘latente’ no conceito”.

vista a sua importância que tem na doutrina brasileira e na jurisprudência, especificamente, quando se refere à normatividade dos princípios. O primeiro devido à temática da atuação dos princípios, vistos de forma objetiva, como mandamentos de otimização no ordenamento jurídico e da adoção das teorias dos Direitos Fundamentais e da argumentação Jurídica para a resolução do conflito de regras e da colisão (ponderação) de princípios. Destaca-se ainda que foi com base na teoria de Alexy que os ministros que formaram a maioria nas decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b) ponderaram os “princípios” da presunção de inocência e de efetividade do Direito Penal. E o segundo em sua abordagem sobre o próprio conceito de Direito e a relação com a comunidade de princípios.

Em face do marco referencial adotado, outros dois interlocutores assumem relevância para o deslinde do problema: Hans Kelsen, com o seu positivismo normativo, estabelece um sistema jurídico hierarquizado de regras, que permite que dentro da moldura da norma geral abra um espaço amplo de liberdade para a decisão judicial⁵, o que, em tese, o pós-positivismo buscou “superar”; e Herbert Hart, que também propõe um sistema jurídico hierarquizado de regras (primárias e secundárias), em que permite, na “zona de penumbra” da norma jurídica, que o juiz aja discricionariamente. Esse, inclusive, foi um dos motivos da crítica de Dworkin à teoria de Hart.

Dessa forma, no primeiro capítulo, pretende-se discutir o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Quanto ao primeiro, pretende-se verificar a sua natureza dualista como direito positivado e natural e qual o papel que a moral, na forma de justiça, desempenha nessa concepção de direito. E, também, de que forma que o intérprete pode alcançar a justiça do direito natural. A importância do estudo do jusnaturalismo decorre também do fato que foi devido à crítica a essa concepção do Direito que surgiram as correntes positivistas jurídicas.

Quanto ao positivismo jurídico, pretende-se verificar quais foram as principais críticas que essa corrente jurídica fez ao jusnaturalismo, em especial quanto aos ideais de clareza e certeza e, assim, estudar as suas principais características e contribuições para a teoria do direito. Pela importância, focar-se-

⁵ Lembrando que Kelsen já na Teoria Pura do Direito, referendava que a decisão judicial era um ato de escolha e, portanto, um ato político, muito embora, sabe-se que nem de longe a preocupação central na obra de Kelsen foi tratar as questões que envolvem o problema da decisão judicial.

á nas obras de Hans Kelsen e Herbert Hart, principalmente em relação ao sistema de regras e ao papel da decisão judicial, esclarecendo-se qual é o espaço da discricionariedade judicial na interpretação do direito nestas perspectivas teóricas.

No segundo capítulo, analisar-se-á o espaço que os princípios têm no conceito de direito no pós-positivismo e o alargamento da função decisional da jurisdição constitucional a partir da normatividade dos princípios, tendo como expoente doutrinário o pensamento de Robert Alexy, com ênfase na teoria dos princípios. Utilizar-se-á, também, a teoria de Ronald Dworkin, bem como dos seus principais interlocutores, por serem estes referenciais teóricos frequentemente aludidos quando se trata da relação entre regras e princípios no pós-positivismo. Portanto, para o presente estudo, utilizar-se-á como referencial teórico a teoria de Alexy, mas, obrigatoriamente, deve-se abordar a teoria de Dworkin, diante da importância dessa para a questão da normatividade dos princípios. Pretende-se, nesse capítulo, verificar também a crítica que estes autores fizeram ao positivismo jurídico e a discricionariedade judicial, bem como se as suas teorias também não abriram margem para esta discricionariedade.

E, por fim, no terceiro capítulo, investigar-se-á se o argumento principiológico utilizado nas decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b) do STF inovou o ordenamento jurídico, em nome de um discurso que visa o afastamento das regras jurídicas, incorrendo na discricionariedade judicial que tanto o pós-positivismo criticou e alegou combater. E, com isso, investigar se foi utilizada, nessas decisões, a argumentação principiológica como forma discursiva de afastamento de regras jurídicas. Com base na teoria de Robert Alexy, proceder-se-á a uma análise crítica sobre as possíveis incompreensões da relação entre regras e princípios no pós-positivismo, abrindo margem para o que, em tese, buscou-se refutar: a discricionariedade judicial herança do positivismo jurídico.

O método utilizado será o hipotético-dedutivo, tal como formulado por Karl Popper (1975), pois com base nas análises feitas nos três capítulos, pretende-se responder ao problema apresentado e, confirmar, ou não, a hipótese formulada.

A importância desse estudo é de demonstrar que as decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b) do Supremo Tribunal Federal são um exemplo de ação ativa do Poder Judiciário

(PJ), que estão gerando muita controvérsia no meio jurídico e político, pois estão utilizando os princípios em detrimento da regra jurídica, criando inovações jurídicas que atentam contra as bases do princípio fundamental da separação dos poderes, tornando o juiz um legislador positivo.

Por isso da importância de se discutir, primeiramente, as bases teóricas do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, as suas principais categorias e contribuições para a Teoria do Direito, em especial no que toca ao espaço da discricionariedade judicial na interpretação do Direito. E, em um segundo momento, analisar qual é o papel dos princípios e a sua relação com a regra jurídica no pós-positivismo; e, também, o espaço que tem a discricionariedade judicial nesta perspectiva teórica.

Para, finalmente, investigar nas decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016, b) se os princípios foram utilizados para afastar as regras jurídicas, fomentando a criticada discricionariedade judicial.

2 O FUNDAMENTO HISTÓRICO-FILOSÓFICO DO JUSNATURALISMO E DO POSITIVISMO JURÍDICO: SUAS CONTRIBUIÇÕES AO PROBLEMA DA DECISÃO JUDICIAL

A definição dos elementos essenciais das principais concepções do Direito, no caso, do jusnaturalismo, do positivismo jurídico e do pós-positivismo, será a chave para a resposta do problema proposto por este estudo. Visto que o objetivo é analisar a argumentação principiológica utilizada de forma discricionária para o afastamento das regras jurídicas, pretende-se investigar se nas decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b) o STF agiu de forma discricionária, contrariando cânones básicos das perspectivas teóricas pós-positivistas.

Neste primeiro capítulo se discutirá a contribuição que o positivismo jurídico deu para Teoria do Direito, em especial as teorias de Kelsen e Hart, especificamente quanto à ideia de um sistema jurídico como um sistema hierarquizado de regras, bem como quanto ao espaço que a discricionariedade judicial tem nesse sistema. Contudo, não há como discutir o positivismo jurídico sem analisar o jusnaturalismo, visto que o positivismo jurídico se contrapõe a essa perspectiva e o pós-positivismo, muitas vezes, é confundido com ela.

Dessa forma, pretende-se neste capítulo, demarcar o contexto histórico e filosófico do surgimento do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, e ressaltar as principais características de cada uma dessas perspectivas teóricas. Posteriormente, se analisará a contribuição do positivismo normativista de Kelsen e do positivismo analítico de Hart para a Teoria do Direito e qual era o espaço para liberdade (discricionariedade) na decisão judicial.

2.1 O jusnaturalismo e a suas diversas perspectivas: mítico-religiosa, metafísico-ontológica (platônica), metafísico-religiosa (escolástica) e racionalista

As três principais concepções do Direito (o jusnaturalismo, o positivismo jurídico e o pós-positivismo), em termos gerais, têm como grande divergência, além de modelos distintos de racionalidade, a inclusão ou não de outros valores, pertencentes a diversos sistemas normativos (como os teológicos, morais, de justiça), que não os propriamente jurídicos, no conceito do Direito.

Observe-se, nesse sentido, que Dimoulis (2006), com a pretensão de estabelecer uma definição descritiva do positivismo jurídico, propõe uma definição e classificação das demais perspectivas teóricas (jusnaturalistas e pós-positivistas), diferenciando-as quanto à inclusão ou não da moral (justiça) no conceito do Direito. Para isso, primeiro, cria uma categoria geral, que chama de “positivismo jurídico *lato sensu*”, onde estão todas as perspectivas teóricas que entendem o Direito como uma criação exclusivamente humana (pós-metafísica); ou seja, rejeita, portanto, toda origem metafísica do ordenamento jurídico (divina ou por imperativos da razão humana), por isso trata-se de uma teoria monista do Direito, visto que não admite a existência de um direito natural ao lado do direito positivo.

Nessa categoria, Dimoulis (2006) inclui o próprio pós-positivismo (que ele denomina de moralismo jurídico), por ser também uma teoria monista, pois tais concepções não admitem uma ordem normativa metafísica. Como se verificará, o pós-positivismo, em todas as suas vertentes: primeiro, não desconsidera a regra jurídica; segundo, entende que a moral que faz parte do ordenamento jurídico não é a moral absoluta ou universal (metafísica), mas sim a moral relativizada, que está na base do próprio ordenamento jurídico, como princípios desse ordenamento. E, nesse sentido, essa moral, por ser relativa, sofre influência do tempo e do espaço, ou seja, é histórica, muda conforme muda a própria sociedade.

Já o jusnaturalismo, em termos gerais⁶, defende duas ordens jurídicas, uma natural (metafísica) e outra legal (positiva). Por isso, entende-se que a tese dualista é um traço comum a todas essas teorias, possibilitando a sua identificação. Nesse sentido, entende Ferreira da Cunha (2006, p. 315) que “os jusnaturalismos e afins são pluralismos jurídicos (considerando a existência simultânea de um direito natural e um direito positivo, por ele julgado e nele fundado)”.

Portanto, para essa concepção jusnaturalista, o direito positivo está ligado, ontologicamente, à moral (justiça), que se traduz nos conceitos aristotélicos de “vida boa” e “bem comum”. (BARZOTTO, 2006). Esses valores buscados pelo

⁶ Em termo gerais, porque diante da grande diversidade de teorias jusnaturalistas, é quase impossível apontar características gerais que englobem todas as teóricas.

jusnaturalismo têm um cunho metafísico, ou seja, transcendem ao sensível e tem caráter generalista, próprios das causas primeiras (*a priori*)⁷.

É importante ressaltar que, para o jusnaturalismo, o ser do direito (ontologia) está intimamente ligado ao seu valor (axiologia). De modo que o direito posto, se não for justo, não é direito. E isso influencia diretamente a epistemologia do jusnaturalismo, pois a forma de se conhecer o direito deve estar de acordo com as concepções morais (de justiça). Isso ficará nítido na sequência, em que se fará uma breve explanação histórico-filosófica do jusnaturalismo nas suas diversas fases.

2.1.1 O jusnaturalismo na perspectiva mítico-religiosa

Nos primórdios da civilização, o direito tinha uma ligação umbilical com a religião. E essa ligação de cunho metafísico-mítico-religioso do direito natural e a sua tensão com o direito posto pela autoridade foi retratada por volta de 440 a. C. em *Antígona*, obra de Sófocles⁸.

Por isso, que essa concepção de direito é metafísico-mítico-religiosa, nessa concepção prepondera o direito natural (mítico-religioso) sobre o direito positivo. Isso está presente na Bíblia, a título de exemplo, nas decisões de Moisés e Salomão, no Velho Testamento. O direito era interpretado pelo profeta/sacerdote/oráculo tendo por base os livros sagrados. Isso era feito de forma intuitiva, por meio de uma ligação com a divindade.

Essa visão mítico-religiosa do mundo influenciou grande parte da antiguidade e somente começou a ser superada na Grécia, depois de VI a. C., com os filósofos da natureza: Tales, Anaximandro e Anaxímenes. Foi nessa época que a filosofia e a ciência começaram a surgir, devido à busca, pelo homem, de

⁷ Esse pensamento metafísico pode ser traduzido pelo seguinte trecho da obra “Metafísica” de Aristóteles (1984a, p. 12): “Consideramos os homens de arte mais sábios do que os empíricos, visto a sabedoria acompanhar em todos, de preferências, o saber. Isto porque uns conhecem a causa, e os outros não”.

⁸ Nessa obra, a tragédia começa com a determinação de Antígona de enterrar o seu irmão, Polínicé, de acordo com os preceitos religiosos vigentes na época. Tal determinação vai de encontro com a ordem do soberano, Creonte, que determinou que aqueles que houvessem atentado contra a cidade não poderiam ser enterrados e teriam o seu corpo comido pelas aves do céu e pelos cães da terra. Tal determinação de Creonte, além de desobedecer à lei natural, ofende ao morto e aos seus familiares, pois fará com que o espírito do morto não consiga fazer a devida transição para o mundo espiritual. Por isso, Antígona, contrariando a ordem de Creonte, enterra o seu irmão (SÓFOCLES, 2001).

causas naturais para os fenômenos (RUSSELL, 2013). Isso influenciou a forma de se conhecer o mundo (epistemologia). Não mais se buscava nos deuses as explicações para o mundo e para a sociedade, essas explicações eram buscadas na natureza e na razão humana (acessada de forma ontológica-idealista). Mas o ápice da filosofia clássica, em que questionaram “o quê” o homem é (ontologia) e “como” ele pode conhecer (epistemologia) está representada no pensamento de Sócrates, Platão e Aristóteles.

2.1.2 O jusnaturalismo na perspectiva metafísico-ontológica da Filosofia Clássica Greco-Romana

A filosofia de Platão é, ao mesmo tempo, lógica e metafísica, pois remete ao “mundo das ideias”, que significa para Platão “modelos”. Entendia Platão (inspirado em Pitágoras) que há um lugar, que não está no tempo e no espaço, onde existem os modelos ideais de tudo o que existe. Acreditava na “existência de tais entidades estáveis ‘alhores’ – em um lugar separado do mundo apresentados pelos sentidos.” (FEREJOHN, 2011, p. 151). O mundo real é esse mundo das ideias (formas) e todos têm possibilidade de acessar os conceitos desse mundo ideal. E no mundo físico (dos sentidos) somente existem cópias imperfeitas desses modelos, por isso o mundo físico é ilusório. O homem somente pode acessar esse mundo ideal por meio da razão. Platão exemplifica a sua teoria com a “Alegoria da Caverna”⁹ (PLATÃO, 2007). Foi Platão que, de certa forma, deu início ao racionalismo.

⁹ Nessa alegoria de Platão (2007) existiam pessoas estavam aprisionadas em uma caverna desde o nascimento. Nessa caverna a única coisa que eles viam era uma parede iluminada por uma fogueira. Essa fogueira iluminava um palco em que eram manipuladas estátuas de homens, animais, plantas etc. As sombras dessas estátuas eram refletidas na parede iluminada da caverna. Com o tempo as pessoas de dentro da caverna acreditavam que aquelas sombras eram reais, davam, inclusive, nomes para elas, interagiam com elas. Um dia, um desses prisioneiros se soltou de suas correntes e viu que os seres que conhecia desde criança, que tinha como reais, não passavam de estátuas. E que tudo que sempre teve como verdade, como real, não passava de sombras e de ilusões. O prisioneiro se acostumou com o sol, conseguiu ver os homens de fora da caverna, os animais, a natureza que o cercava. Entendeu que aquilo é que era real e não a vida que levava dentro da caverna. Lembrou-se dos seus companheiros que estavam dentro da caverna e voltou para revelar a verdadeira realidade e que tudo o que eles entendiam como real, na verdade, era pura ilusão. Os prisioneiros não acreditaram, disseram que ele era louco. Mas, o antigo prisioneiro insistiu, disse que tiraria as suas correntes para que eles pudessem ver com os próprios olhos as maravilhas do mundo exterior. Os antigos companheiros agiram com violência e o ameaçaram de morte. Nessa alegoria, os prisioneiros representam a nossa sociedade. A caverna, o mundo físico, com os seus problemas, seus preconceitos, seus paradigmas. O prisioneiro que se liberta representa o filósofo que consegue enxergar mais do que a maioria, pois consegue romper os preconceitos, os paradigmas.

A filosofia clássica é caracterizada pela metafísica idealista. Sócrates e Platão entendiam que existia um mundo das formas (abstrato, metafísico, essencial) (PENNER, 2011). Como ressalta Habermas (1990, p. 40), essa epistemologia metafísica idealista se caracteriza pela tensão de duas formas de conhecimento: “A forma discursiva, apoiada na empiria, e o anamnésico, voltado para a contemplação intelectual; de outro lado, da oposição paradoxal entre ideia e fenômeno, entre matéria e forma”.

Outra importante contribuição da filosofia clássica para o direito é a concepção de Sócrates, Platão e Aristóteles sobre a moral (axiologia). Essa concepção é importante, pois, como visto no jusnaturalismo, a moral (justiça) faz parte integrante da ontologia do direito, ou seja, do conceito de direito. E a razão, moral universalista de Sócrates, Platão e Aristóteles influenciou, e ainda influencia, diversas correntes filosóficas e jurídicas.

O entendimento de Sócrates sobre a moral está traduzido na obra “Protágoras” de Platão (2016), em que Sócrates dialoga com Protágoras sobre a natureza da virtude, pois Protágoras entendia que a moral é relativa¹⁰. E a essa concepção relativista do mundo, mas principalmente dos valores, se opôs Sócrates¹¹. Entendia Sócrates que a virtude (*aretê*) era um valor universal e, por isso, a sua definição não poderia ficar a critério de determinado homem ou sociedade. E a forma de se alcançar a virtude é por meio do conhecimento¹² (RUSSEL, 2013).

Claro está que essa visão axiológica está ligada intimamente ao pensamento metafísico/ontológico (idealista). A tese da identidade (também da inseparabilidade) das virtudes causou controvérsia, inclusive com o principal

¹⁰ Entendia o célebre sofista que todo o argumento tem dois lados e que ambos podem ser considerados válidos, dependendo dos valores, da crença e da cultura de determinado homem ou de determinada sociedade (OSBORNE, 2011). Verifica-se, pois, que Protágoras foi um dos percussores do relativismo cultural. A sua escola, a Sofista, tinha como principal característica o uso da retórica para defesa de qualquer ideia ou pessoa. Ele propôs também uma “[...] nova medida de conhecimento ao afirmar que o ‘o homem é a medida de todas as coisas’; isso significa que, é o modo de ser humano a medida do conhecimento humano e não o modo do pensar opinativo.” (VI- DOR, 2014, p. 30).

¹¹ Essa controvérsia, como se verificará, se reproduzirá novamente no campo de direito, primeiramente, entre os jusnaturalistas e os positivistas jurídicos e, posteriormente, entre estes e os pós-positivistas.

¹² Interessante que, atualmente, Habermas (1989), em uma perspectiva pós-metafísica, entende que a elevação nos vários estágios de consciência moral (Habermas estabelece uma escala que vai do Estágio I, do castigo e da obediência, ao estágio VI, de princípios éticos universais) se dá por meio do conhecimento que é alcançado pelo agir comunicativo.

discípulo de Sócrates, Platão, que via certa contradição na tese, pois, por exemplo, em certas ocasiões ser sábio é o contrário de ser corajoso. Foi Aristóteles que lançou mais luzes para a solução da controvérsia.

Aristóteles (1984) entendia que o segredo da vida boa é a busca da *eudaimonia*, que significa “prosperidade”, “felicidade”. Essa busca se dá em sociedade, cultivando-se bons padrões de comportamentos (virtudes) e evitando-se os maus (vícios). Mas, para Aristóteles, a virtude está no meio entre dois extremos. Utilizando-se o exemplo da virtude “coragem”, essa virtude para Aristóteles está no meio termo entre a covardia e a temeridade.

Esse pensamento metafísico-ontológico e axiológico do idealismo clássico repercutiu no Direito. Tanto Platão, como Aristóteles, falam do termo “direito positivo”, mas ligado à ideia de justiça, ou seja, de justiça positiva, como as leis que regem a vida social. Esses filósofos entendiam que o direito natural está em toda parte e “[...] prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva”. (BOBBIO, 1995, p. 17). Já o direito positivo, como visto, refere-se à justiça que rege a sociedade. Trata-se de ações “[...] antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei”. (BOBBIO, 1995, p. 17).

E o método de decisão utilizado pelo julgador no jusnaturalismo clássico estava ligado à intuição. Cabia aos julgadores, que deveriam ser filósofos, acessar por meio da razão as virtudes eternas e encontrar a justiça para o caso concreto. Por isso que Platão (2007), em “A República”, estabeleceu que os governantes deveriam ser filósofos, ou seja, ser aqueles que conseguem, por meio da razão, acessar ao mundo metafísico-ontológico das ideias. Contudo, não existe controle do que é “justo” e a definição e o critério de justiça ficavam totalmente ao arbítrio de quem detinha a autoridade.

O idealismo clássico influenciou a Filosofia ocidental e o Direito por milênios. Em Roma, por exemplo, em que pese ter o Direito se desenvolvido, em especial o Direito Processual, a dualidade própria do jusnaturalismo ainda predominava,

principalmente pela influência da filosofia estoica¹³, o Estoicismo foi levado à Roma por Diógenes da Babilônia e lá floresceu com filósofos do porte de Marco Aurélio, Sênica, Epiteto e Lucano. A Escola Estoica está ligada a ideia de dever, vida regrada e virtuosa. Os Estoicos evoluíram bastante na lógica e na teoria do conhecimento (INWOOD, 2011), a influência disso pode-se sentir no desenvolvimento do Direito Romano.

Mas a evolução que a Filosofia e que o Direito poderiam ter tido foi barrada com a queda do Império Romano e o seu esfacelamento devido às invasões bárbaras. E, com elas, a ascensão da Igreja que deu uma nova perspectiva para o jusnaturalismo.

2.1.3 O jusnaturalismo na perspectiva metafísico-religiosa da Escolástica da Cristandade

As invasões dos povos bárbaros acabaram com um poder central unificado na Europa. O Ocidente foi dividido entre os diversos povos bárbaros que, constantemente, guerreavam entre si. Os grandes centros urbanos foram devastados e o Ocidente foi dividido em feudos e concedido aos nobres bárbaros. Com isso, “[...] o papado adquiriu um poderio muito maior do que jamais alcançara a Igreja do Oriente em seus próprios domínios”. (RUSSELL, 2013, p. 215). A relação entre os Estados e a Igreja nunca foi tranquila, mas, certamente, a Igreja atuou como um fator de estabilidade e de certa regularidade diante um poder secular que estava segmentado.

Assim, a filosofia clássica (em especial a de Platão e Aristóteles), junto com a doutrina religiosa da Igreja Católica, eram os únicos ensinamentos permitidos na Idade Média e, também, eram para poucos, somente os religiosos e nobres tinham acesso à cultura (GORCZEVSKI, 2009). Tratava-se da Escolástica, movimento que tentou conciliar a fé cristã com a razão grega. A dualidade do idealismo clássico ainda subsiste, mas o mundo das formas (das ideias) foi substituído pelo mundo divino, a exemplo da filosofia de Santo Agostinho em “A cidade de Deus¹⁴”, que teve forte inspiração platônica. Mas, posteriormente, a filosofia de Platão é substituída pela de Aristóteles, devido à influência de Santo

¹³ O Estoicismo surgiu na Grécia com Zenão de Cítio, que foi um grande entusiasta das obras de Sócrates.

Tomás de Aquino, de acordo Russell (2013, p. 231), funcionava de forma ortodoxa: “Seu santo patrono entre os antigos é Aristóteles¹⁵, cuja influência aos poucos substitui a de Platão. Em método tende a seguir a abordagem classificatória de Aristóteles, usando o argumento dialético com escassa referência aos fatos”.

No campo do Direito, segundo Bobbio (1995, p. 19), a “[...] distinção entre direito natural e direito positivo se encontra em todos os escritos medievais”. Distinção essa defendida por Santo Tomás de Aquino, onde o direito divino, irradiado por Deus, passou a fazer a vez do direito natural. Segundo Santo Tomás de Aquino, se a lei contrariar o direito natural “[...] já não será lei, mas corrupção da lei”. (AQUINO, 2005, p. 576). Entende Santo Tomás de Aquino que a *lex humana* “[...] deriva da natural por obra do legislador que a põe e a faz valer.” (BOBBIO, 1995, p. 20).

Nessa época, ainda, o direito era aplicado por intuição, no caso, por inspiração, ao se acessar a vontade divina. Mas, diferente da filosofia clássica, em que essa inspiração era obtida por filósofos, agora, na Idade Média, a inspiração era obtida por aqueles servos de Deus que faziam parte do clero da Igreja Católica. Só esses tinham a condição de dizer a verdade, pois eram os únicos que tinham a condição de ter acesso a Deus. E, se outros tentassem, certamente seriam condenados por heresia a pena de serem queimados na fogueira. Como na Antiguidade, o único critério de decisão era o arbítrio da autoridade.

Somente no final do século XIV que a doutrina escolástica da Igreja começou a perder a sua hegemonia. O divino começou a perder espaço para o humano, abrindo espaço para que a consciência humana ditasse os rumos da razão.

¹⁴ Nessa obra, tal como na teoria das formas de Platão, Santo Agostinho (1996) entende que existe uma Cidade de Deus onde se vive de acordo com a virtude e outra, que é a do Homem, que se vive sob o pecado. E que a única forma de felicidade é viver de acordo com a virtude, ou seja, de acordo com as regras da Cidade de Deus, que são a fonte da felicidade.

¹⁵ Quando à influência de Aristóteles nessa época, é interessante consultar a obra “O Nome da Rosa”, de Umberto Eco (2003). A trama do romance se passa em um mosteiro medieval, em que se estava à procura de uma obra inédita de Aristóteles. O autor retrata bem o pensamento medieval, a influência de Aristóteles e a angústia e crueldade de quem era submetido a um processo inquisitorial.

2.1.4 O jusnaturalismo na perspectiva racionalista da Idade Moderna (A filosofia da consciência)

No século XIV, surgiram várias forças que possibilitaram a eclosão do mundo moderno e o declínio da doutrina escolástica, pode-se citar: a instabilidade da estrutura feudal com a ascensão da burguesia; o Renascimento italiano; a Reforma Protestante; e a surgimento da Ciência Moderna com as descobertas de Copérnico (RUSSELL, 2013). A Terra deixou de ser o centro do universo, mas, em compensação, o Homem assumiu um papel central no pensamento filosófico.

Toda essa revolução fez florescer uma nova consciência na Humanidade e modificou totalmente a forma em que o Homem vê o mundo e a si próprio. O mundo se desencantou, as respostas não estavam mais em Deus, mas no interior de cada homem. Os dois principais movimentos filosóficos da Modernidade foram o racionalismo da Europa continental (que tem como principal representante René Descartes) e o empirismo inglês (que, por sua vez, tem como principal expoente David Hume). Esses dois movimentos tiveram e, ainda têm, uma influência decisiva e direta no Direito¹⁶. Ontologicamente para o Direito, não houve uma mudança tão significativa, pois o dualismo característico do jusnaturalismo ainda persistiu. Mas, epistemologicamente (quanto à forma de se conhecer o mundo e o Direito) e axiologicamente, as mudanças foram muito significativas. Analisar-se-á, brevemente, cada um desses movimentos filosóficos.

Primeiramente o racionalismo de René Descartes. Descartes é considerado o pai da filosofia moderna, pois no seu “Discurso sobre o Método” lançou as bases da Modernidade. Descartes, fortemente influenciado pela certeza da lógica matemática, compara a sabedoria a uma árvore, na qual nas suas raízes estão a metafísica, no seu tronco está a física e os demais conhecimentos ligados ao sensível e, nos seus ramos e folhas estão os conhecimentos aplicados como a medicina, psicologia, moral (DESCARTES, 2000). Diante desta relação:

O método cartesiano mostra o caminho que conduz às ideias “claras e distintas”; “clara”, pois elas estão presentes num espírito que reflete com atenção, e “distintas”, pois elas só atribuem ao objeto conhecido o que

¹⁶ A filosofia racionalista está na base da grande maioria das concepções teóricas jusnaturalistas; por sua vez, a razão prática humana está na base da maioria das concepções teóricas positivistas jurídicas; e ambas influenciam, em maior e menor escala, as perspectivas teóricas pós-positivistas.

lhe é próprio. O espírito humano considera essas ideias com certas. (SCRIBANO, 2011, p. 203).

Por mais que a filosofia de Descartes seja calcada na razão e no método, as suas bases, como visto, são sustentadas pela metafísica. O método leva a dúvida sistemática, pois entende como incerto o conhecimento por meio dos sentidos, todo o conhecimento deve ter como única fonte segura: a razão. É por meio de uma cadeia de ideias claras (e inatas), que são acessadas pela razão, independente das experiências dos sentidos, que o homem consegue chegar à sabedoria. Essa sabedoria se acessa de forma intuitiva, pois é dedutiva¹⁷ (DESCARTES, 2000).

O método cartesiano influenciou e influencia a ciência e a filosofia até hoje, mas o racionalismo sofreu oposição de outra vertente do conhecimento científico e filosófico da Modernidade, o empirismo. David Hume foi o grande crítico do racionalismo, pois entendia que todo o conhecimento provém de duas fontes principais: das percepções direitas geradas pelos sentidos e das ideias pálidas dessas impressões. Então, ele nega a ideia racionalista das conexões entre as coisas, que possibilita o conhecimento delas, pois entende que tudo o que podemos conhecer são essas pálidas impressões dos sentidos:

O máximo que podemos dizer delas [das percepções do espírito], mesmo quando atuam com seu maior vigor, é que representam seu objeto de um modo tão vivo que quase [grifo nosso] podemos dizer que o vemos ou que o sentimos. Mas, a menos que o espírito esteja perturbado por doença ou loucura, nunca chegam a tal grau de vivacidade que não seja possível discernir as percepções dos objetos. (...) O pensamento mais vivo é sempre inferior à sensação mais embaçada. (HUME, 2000, p. 35).

Para o Direito, como será visto, Hume teve grande influência para o positivismo jurídico. Mas a ponte entre o empirismo e o racionalismo foi erguida pelo pensador alemão Immanuel Kant, com a sua teoria do idealismo transcendental. Kant entendia que existem dois mundos, ou seja, duas categorias

¹⁷ Descartes (2000) chegou a essa conclusão usando a alegoria do Gênio Maligno, que cria a realidade como forma de enganar a Humanidade e, a única certeza que se pode ter não é por meio dos sentidos, mas sim por meio da razão. Assim, com essas bases racionais e ligado a um vínculo dedutivo, Descartes cria o seu método que parte de preceitos de evidência para preceitos de análise, que por sua vez, levam à síntese.

que, em conjunto, dão a possibilidade que se conheça o mundo sensível¹⁸: o mundo da experiência (empírico), que se conhece de forma *a posteriori*; e o mundo das coisas em si (racional), que independem da experiência, que se conhece de forma *a priori*. Kant não nega o conhecimento empírico (do mundo, relativo ao tempo e espaço), mas entende que ele sozinho não basta, é necessário para o conhecimento humano que seja feita a ligação com que sabemos de forma *a priori*¹⁹ (NODARI, 2009; RUSSELL, 2013).

Com Kant, o sujeito cognoscente toma assento no centro do conhecimento e, assim, se estabelece mais uma revolução da Modernidade: primeiro nas ciências com Copérnico; depois na filosofia, com Kant. Pois, para Kant:

[...] todo conhecimento inicia na experiência, mas esta é um modo de conhecimento que requer entendimento, cuja regra ser pressuposta *a priori* no sujeito cognoscente ainda antes que os objetos lhe sejam dados e é expressa em conceitos *a priori*, pelos quais, portanto, todos os objetos da experiência têm necessariamente que se regular e com eles concordar (KrV BXVII-XVIII). Por isso, nosso conhecimento surge de duas fontes principais da mente. A primeira recebe as representações e a segunda é a faculdade de conhecer um objeto por tais representações, isto é, enquanto pela primeira o objeto nos é dado, pela segunda, um objeto é pensado (KrV A50/B74). Logo, segundo Kant: “Sem sensibilidade nenhum objeto nos seria dado, e sem entendimento nenhum seria pensado. Pensamentos sem conteúdo são vazios, intuições sem conceitos são cegas.” (KrV A51/B75). (NODARI, 2009, p. 353/354).

Essa preocupação em relacionar a experiência com a racionalidade, ou seja, o conhecimento *a posteriori* com o *a priori*, sempre foi uma das suas preocupações, visto que: “Os limites dos conceitos *a priori* são os do campo da experiência. Se formos além, nos envolveremos em metafísica e ‘dialética’

¹⁸ Como salienta Russell (2013), Kant entendia a lógica de forma completa, por isso que as categorias que possibilitam o conhecimento (a razão prática e a razão pura) se referem ao fenômeno (*fenomena*). Mas todo o fenômeno necessita de uma causa (de uma origem) e essa causa Kant chama de númeno (*noumena*), que se trata da coisa em si, que é incognoscível. Não se pode conhecer a coisa em si, por isso que a filosofia de Kant não tratava do númeno, este serve, somente, para dar lógica ao seu sistema. “Por estar fora do espaço e do tempo, a coisa em si é uma peça do mobiliário metafísico que, apesar de uma certa epistemologia subjetiva, nos assegura a possibilidade de evitar o ceticismo e reconhece um campo de experiência que seja ao menos intersubjetivo. Kant é forçado a esta posição porque não admite a existência independente de espaço e tempo. Se removermos estes dois da lista de conhecimentos *a priori*, a coisa em si resulta superflua.” (RUSSELL, 2013, p. 374).

¹⁹Para saber mais: VEGAS, Juan Castillo. La intuición intelectual em Kant. In: Revista do Direito da UNISC: Santa Cruz do sul, n.38, p. 1787-201, julho/dezembro de 2012.

infrutíferas, o que, para Kant, carrega um significado depreciativo”. (RUSSELL, 2013, p. 374). Bem, se funda em Descartes, Hume e Kant a base filosófica da Modernidade, para a filosofia ocidental, até então, o conhecimento era obtido de forma subjetiva, em uma relação entre sujeito-objeto, em que a razão subjetiva é determinante. Essa marca subjetiva do racionalismo idealista é o que Habermas (1990, p. 41) chama de filosofia da consciência, visto que a procura da razão em si mesmo, trata-se de um aspecto que é quase solipsista:

A auto-consciência, a relação do sujeito cognoscente consigo mesmo, oferece, desde Descartes, a chave para a esfera interna, absolutamente consciente, das representações que temos dos objetos. No idealismo alemão, o pensamento metafísico assume a figura de teorias da subjetividade. A autoconsciência, ou é conduzida a uma posição fundamental, como fonte espontânea de realizações transcendentais, ou é elevada à categoria de absoluto, como espírito. As substâncias ideais transformam-se nas determinações categoriais de uma razão produtora, de tal modo que agora, numa peculiar guinada reflexiva, tudo é referido ao uno da subjetividade produtora.

A busca da razão se dá interior do homem. Houve um novo norte também para a axiologia, o valor não estava mais no divino, mas sim na dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva axiológica, Kant funda a sua razão moral prática em um sistema de imperativos categóricos, que são comandos “[...] sem referência a nenhum outro propósito e sem depender de nenhum outro propósito”. (SANDEL, 2011, pp. 151-152). Isso porque, para o filósofo, a atividade moral serve, exclusivamente, para o cumprimento de um dever (moral). Kant parte do pressuposto essencial que as pessoas são Seres Humanos e como tal são dotadas de dignidade. E é da capacidade do Ser Humano de fazer uso da razão que se desenvolve uma ética universalmente válida. Repele, portanto, toda e qualquer tentativa heterônoma:

[...] de fundamentar a ética a algo externo, em tradições, na vontade de Deus, em necessidades, são rejeitadas por Kant, rejeitando, assim, todas as pretensões de validade externas e de argumentando que toda autoridade tem de se justificar perante a razão. (NODARI, 2009, p. 159)

A moral para Kant é uma sucessão de imperativos categóricos (deveres absolutos) que representam uma ação válida por si mesma, sem nenhuma outra finalidade. Entendia que as regras de condutas são válidas para todos, por isso

são imperativos. Esses imperativos podem ser hipotéticos, quando uma ação é boa para outra coisa, mas não em si mesma; ou categóricos, “[...] quando impõem à vontade uma acção. Não como meio para outra coisa, mas absoluta e incondicionalmente, como objecto necessário em si mesma”. (MORUJÃO, 1991, p. 129).

Diante dessa natureza absoluta e incondicional, advém a sua natureza geral e sua condição de ser obrigatória para todo o Ser Humano racional. Kant formula então a sua lei universal: "Age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza". (KANT, 2007, p. 59). De forma simplificada é a regra de ouro: “Não faça aos outros aquilo que você não gostaria que fizessem a ti”. Esse primeiro imperativo categórico trata-se de uma noção básica de civilidade que se traduz em uma lei universal.

O segundo imperativo categórico é o de agir de modo a tratar qualquer pessoa com respeito e dignidade, nunca a tratando como um meio para os fins que não são os seus: “O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.” (KANT, 2007, p. 68).

Com certeza, axiologicamente, a filosofia da Modernidade contribuiu para um conceito de moral laica e secularizada. Mas, epistemologicamente, a filosófica da consciência teve como defeito ser excessivamente solipsista, ou seja, ser por demais subjetiva, pois o conhecimento *a priori* somente pode ser buscado no interior de cada pessoa, bem como a noção de dever e, conseqüentemente, a de moralidade.

Dessa forma, com o advento da filosofia racionalista/transcendental, o jusnaturalismo desenvolveu outra perspectiva, a razão divina foi substituída pela razão humana: “O direito natural é uma suma de normas obrigatórias, que valem para toda a humanidade, não em virtude de estatuto positivo (*positive satzung*), mas da própria natureza. O fundamento de sua validade universal está no fato dele ser uma irrecusável exigência da razão”. (FERRAZ JÚNIOR, 1970, p. 11). Estabelece-se, portanto, a relação entre direito natural e as categorias de conhecimento *a priori*, isso fica bem presente em Glück, citado por Bobbio:

Pode-se, então, assinalar com toda a evidência o limite entre direito natural e direito positivo dizendo: a esfera do direito natural limita-se aquilo que se demonstra *a priori*; aquela do direito positivo começa, ao contrário, onde a decisão se sobre uma coisa constitui, ou não, direito depende da vontade do legislador. (GLÜCK *apud* BOBBIO, 1995, p. 22).

Nessa perspectiva, para aplicar o direito, o julgador tem que procurar a justiça, de forma apriorística, acessando os ditames de sua própria razão. Dessa maneira, tal como o filósofo ou cientista que, para conhecer, deveria relacionar as categorias *a posteriori* com as *a priori*; o julgador, para decidir, deveria relacionar a lei (*a posteriori*) com o espírito - ou sentido - da lei (*a priori*). Acontece que essa relação é feita de forma solipsista pelo julgador, que tem que descobrir na sua razão o espírito da lei.

Em que pese ter sido o jusnaturalismo, por milênios, a principal teoria jurídica; e, ainda hoje, existirem teóricos que defendam essa tese dualista, não pode se negar que, atualmente, essa concepção de Direito conta com poucos adeptos. Por ser uma teoria apriorística e, nesse ponto, metafísica, visto que remete a um conhecimento suprassensível, em que as suas razões se encontram dentro da mente do julgador (solipsista), essa racionalidade não pode fundamentar uma decisão judicial em um Estado Democrático de Direito, em que é determinante uma racionalidade pós-metafísica, exigindo-se o respeito a princípios de ordem democrática, como o da separação dos poderes e o da legalidade.

Segundo Habermas (1987), a crítica que a concepção jusnaturalista peca na falta de racionalidade por ser extremamente metafísica, não é suficiente visto que os teóricos jusnaturalistas, com a instituição do contrato, foram os primeiros a dar uma fundação procedimental ao Direito. Portanto, ressalta Habermas (2003), que o problema não está somente nas colocações falsas da filosofia da consciência, mas na redução, segundo a filosofia de Kant, em que as leis jurídicas são extraídas da lei da liberdade moral:

A teoria moral fornece os conceitos superiores: vontade e arbítrio, ação e mola impulsionadora, dever e inclinação, lei e legislação, que serve inicialmente para determinação do agir e do julgar moral. Na doutrina do direito, esses conceitos fundamentais da moral são reduzidos a três dimensões. Segundo Kant, o conceito de direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao *arbítrio* dos destinatários; abrange a *relação externa* de uma pessoa com a outra; e recebe a *autorização*

para a coerção, que um está autorizado a usar contra o outro em caso de abuso. O princípio do direito limita o princípio moral sob esses três pontos de vista. A partir dessa limitação, a legislação moral *reflete-se* na jurídica, a moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos, etc. (HABERMAS, 2003. p. 140).

E, então, o idealismo platônico em que o mundo das formas se reflete no mundo sensível, idealismo esse que na Idade Média foi reproduzido por Santo Agostinho na alusão à Cidade de Deus, que reflete na imperfeita Cidade dos Homens, também, acontece na ordem jurídica, em que “[...] a comunidade ideal dos sujeitos moralmente imputáveis (...) entra no tempo histórico e no espaço social, passando pelo *medium* do direito, adquirindo uma figura concreta, localizada no espaço e tempo, enquanto comunidade de direito.” (HABERMAS, 2003. p. 140). Segundo Habermas, essa intuição de que o direito deve refletir (ou não contrariar) os princípios morais não está de todo errada, o problema é essa subordinação do direito à moral, visto que, mesmo tendo pontos em comum:

[...] a moral e o direito distinguem-se *prima facie*, porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma de saber cultural, ao que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação. (HABERMAS, 2003. p. 140).

Portanto, uma concepção de direito que é subordinada à moral, sendo que essa é acessada pelo julgador de forma apriorística (metafísica), faz com que a decisão judicial seja mais do que discricionária, ela tangencia ou, até mesmo, entra nas raias do arbítrio. Para resolver esse problema da certeza e da segurança jurídica, foi teorizada uma nova concepção de direito, o positivismo jurídico, que visou dar a certeza e neutralidade para a ciência do direito, para tanto, tentou afastar a metafísica. Mas, com se verificará no próximo subtítulo, além de não conseguir concretizar esses ideais, não conseguiu resolver o problema da discricionariedade judicial.

2.2 O surgimento do Positivismo Jurídico – o Positivismo Jurídico normativo de Hans Kelsen e o Positivismo Jurídico analítico de Herbert Hart

No subcapítulo anterior, foi feito uma digressão histórico-filosófica do jusnaturalismo e verificado que ele se caracteriza por ser uma concepção de

direito dualista onde estão presentes duas ordens normativas, uma moral e a outra jurídica, sendo essa subordinada àquela. A racionalidade dessa perspectiva é metafísica, pois o acesso que se tem a essa ordem normativa moral se dá de forma apriorística (idealista-racionalista), em que o julgador, de forma subjetiva, retira a lei moral dos ditames da própria razão (solipsista). Nesse subcapítulo, pretende-se avançar nessa digressão histórico-filosófica e discutir o positivismo jurídico, em especial a vertente normativa de Kelsen que influenciou, principalmente, o Direito Continental e a vertente analítica de Hart que, por sua vez, teve grande influência no Direito anglo-americano; e, assim, verificar qual é o espaço de discricionariedade judicial nessas teorias.

2.2.1 As origens histórico-filosóficas e principais características do Positivismo Jurídico

Após a Revolução Francesa, com o surgimento do Estado Liberal e da codificação, que trouxe consigo o princípio da legalidade, o jusnaturalismo perdeu força. Nas palavras de Barroso (2013, p. 238): “[...] o advento do Estado Liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica”. Nesse mesmo sentido, Luigi Ferrajoli entende que:

De fato tem acontecido, na formação dos modernos Estados constitucionais, que o direito positivo tem incorporado grande parte dos conteúdos ou valores de justiça elaborados pelo jusnaturalismo racionalista e iluminista: o princípio da igualdade, o do valor da pessoa humana, dos direitos civis e políticos. (FERRAJOLI, 2006, p. 327 e 328).

Assim, com a Revolução Francesa e com a queda do *ancien régime*, o poder político absoluto do rei, que era justificado pela origem divina, foi substituído por um pacto de homens livres e iguais (contrato social)²⁰. O Estado foi visto como um mal necessário, por isso não podia intervir nas relações entre os cidadãos. Surge

²⁰A história mostrou que com o desenvolvimento do Estado liberal, em especial com a Revolução Industrial, a liberdade, paradoxalmente, tornou-se fator de opressão nas mãos de quem detinha o poder da produção (capital). Isso porque a igualdade não era real (material), mas sim mera formalidade.

a oposição entre a esfera pública (de poder do Estado) e a esfera privada (particular, isenta da intervenção estatal) (LEAL, 2007). Entende Ferrajoli (2006) que essa positivação representou um grande progresso nos planos epistemológico, jurídico e político, visto que “[...] a separação do direito positivo da moral e da política, de outro comporta a separação entre a ciência do direito e o próprio direito, que pela primeira vez se torna autônomo como ‘objeto’ ou ‘universo’ empírico relativamente independente da atividade dos juristas.” (FERRAJOLI, 2006, p. 802).

O Código Civil era que, exclusivamente, regulamentava as relações privadas. A lei, como norma neutra e racional, abstrata e geral, vinculava todos os poderes do Estado, abrindo espaço para a noção de Estado de direito. A supremacia da lei (princípio da legalidade) se estabeleceu frente à Administração e à Jurisdição. Houve uma preocupação com a pacificação social feita pela norma, mas abandonou-se a preocupação com a justiça (moral). O que importa é o que é permitido ou proibido pela lei (SARMENTO, 2004).

O princípio da legalidade nesse período pós-Revolução Francesa foi influenciado fortemente pela Escola do Empirismo Exegético, que se baseia no culto da palavra da lei. O juiz estava proibido de interpretar a lei, somente lhe cabia a função de aplicar a lei ao caso concreto (subsunção): juiz “boca da lei” (MONTESQUIEU, 1973). Certamente, é devido a essa escola jurídica o entendimento vulgar que existe até hoje no senso comum e, também, de certa forma, no senso comum jurídico, de que o positivismo jurídico limita e, até proíbe, a interpretação da norma pelo Judiciário. Segundo Miguel Reale, a Escola da Exegese trata-se do movimento “[...] que, no transcurso do século XIX, sustentou que na lei positiva, e de maneira especial no Código Civil, já se encontra a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social. Tudo está em saber interpretar o direito.” (REALE, 2002, p. 278).

Na Alemanha, na mesma época, sob os influxos do Romantismo, surgiu a Escola Histórica do Direito, que tinha como principal proposta a ideia que o direito positivo deve emanar da sociedade, das forças, sentimentos e crenças que unem os membros de uma sociedade. Teve como principal expoente Savigny. Segundo Miozzo (2014, p. 89), tal escola defendia “[...] uma natureza histórica e não volitivo-racionalista do Direito. A crença na historicidade implicou a ideia de que se

deveria descobrir o direito e não criá-lo. Daí vem a noção de que todo o direito nasce consuetudinário (...) e não do arbítrio do legislador”.

Posteriormente, a Escola Histórica do Direito recebe a contribuição de Ihering que, no entanto, no futuro, cria a sua própria Escola do Direito, mais conhecida como Jurisprudência dos Conceitos. Essa escola propõe uma construção dogmática do direito, com base no direito positivo (ZANONNI, 1980). Essas escolas foram o germe do positivismo jurídico na Alemanha.

E na filosofia, no final do século XIX, foi declarado que “Deus está morto” (NIETZSCHE, 2011). Com essa sentença, Nietzsche pretendeu por fim a moralidade cristã que dominava no mundo acidental até então. Mas, conseguiu mais, conseguiu por em cheque a racionalidade metafísica que imperava na filosofia ocidental (MARTON, 1990). Nietzsche decretou a morte, ou melhor, a transvaloração dos valores dominantes até então no pensamento filosófico ocidental. A partir desse momento, a forma do Homem se conhecer e conhecer o mundo vai mudar radicalmente. Perde-se a essência, e se tem somente a existência. E os valores passaram a ser “humanos, demasiado humanos”, e não mais perenes e absolutos dispostos em um mundo ideal.

Nesse momento, a filosofia de Kant e Hegel é questionada e não se admite mais uma explicação psicológica das relações lógicas e conceituais. Surge a filosofia analítica com base no pensamento de Gottlob Frege e Bertrand Russell (entre outros), para dar um passo na guinada linguística. Em especial, Frege entende que há diferenças de pensamentos e de suas representações. As representações são sempre atribuídas a um sujeito e identificadas no espaço e tempo, já os pensamentos ficam adstritos à consciência individual e são mais complexos que as representações. Quando o pensamento é verdadeiro a sua representação constitui um fato. Assim, não é possível aprender sem a mediação de pensamentos e de suas representações, visto que os pensamentos só são acessíveis quando representados através de proposições (HABERMAS, 2003).

Essas proposições são elementos da linguagem gramatical e, para se entender a estrutura do pensamento é necessário desse *medium* da linguagem (HABERMAS, 2003). Nesse ponto, partindo da filosofia de Frege e Russell e não desconsiderando a filosofia de Kant, Ludwig Wittgenstein (1999) muda essa perspectiva e, aproveitando-se da virada linguística, estabelece que os limites da

linguagem definiram os limites de mundo de cada pessoa. Para Wittgenstein, é nos limites da linguagem que estão os limites do pensamento de cada pessoa, então, para ele, toda a discussão filosófica até o momento travada se deu com base em erros fundamentais: porque tanto a linguagem quanto o mundo são formalmente estruturados e essas estruturas podem ser decompostas. A relação entre as estruturas do mundo e da linguagem é que traz o conhecimento, de forma com que a linguagem retrata o mundo, retratando-o de forma com que concorde com a realidade.

A filosofia de Wittgenstein influenciou, decisivamente, o movimento filosófico conhecido como Círculo de Viena, que se tratou de uma escola de pensamento que teve como principal objetivo afastar da ciência qualquer aspecto valorativo, por meio, fundamentalmente, do rigor da linguagem, da objetividade do enunciado do discurso científico e pela repulsa e afastamento de todo o aspecto metafísico. Compunham o Círculo de Viena pensadores como Otto Neutath, Karl Popper, Rudolf Carnap, entre outros (LUZ, 2003; CADEMARTORI e ESTEVES, 2013).

Hans Kelsen participou de algumas reuniões do Círculo de Viena, foi influenciado por esse movimento filosófico, mas acabou se afastando devido à influência da filosofia idealista transcendental de Kant em seu pensamento. Mas a influência dessa perspectiva neopositivista do Círculo de Viena encontra-se presente na teoria de Kelsen. Tanto é que o principal objetivo de sua teoria foi criar um método puro para o estudo da Ciência do Direito. Para Kelsen, o jurista deve se limitar somente a questões jurídicas, que são as que estão postas pela lei, pela norma jurídica positiva, ou seja, deve afastar a moral, a religião, a metafísica e qualquer outra ordem normativa que não seja jurídica da análise da Ciência do Direito. O objeto da Ciência do Direito, para ele, é somente o direito. A validade que interessa para o cientista jurídico é a validade formal. Assim, para Kelsen, a principal função da Ciência do Direito é definir o direito como ele é, de forma pura, sem ideológicas. Dessa forma, segundo essa orientação metodológica, o direito fica reduzido ao sistema normativo (NOGUEIRA, 2010; LUZ, 2003; CADEMARTORI e ESTEVES, 2013).

Posteriormente, depois da metade do século XX, um teórico inglês, Herbert L. A. Hart, com forte ligação com o sistema do *commow law* e opondo-se ao positivismo jurídico de Jeremy Bentham e John Austin, constrói uma teoria

juspositivista que entende o Direito como um sistema de regras (um sistema interligado de regras primárias e secundárias).

Diante da importância da teoria de Kelsen e de Hart para a Teoria do Direito, elas serão analisadas em tópicos separados. Agora, é necessário apresentar as principais características do positivismo jurídico. Tem-se, então, uma nova concepção do Direito, em que: ontologicamente, o direito é somente o direito positivo; epistemologicamente, a análise do direito se dá por meio da análise lógica da linguagem jurídica; e axiologicamente, o valor está separado do direito, faz parte da área de estudo da Filosofia do Direito²¹.

Dessa forma, afastadas as concepções metafísicas próprias do racionalismo idealista/transcendental que estavam (ou estão) no fundamento da racionalidade do jusnaturalismo, surgiram novas concepções de racionalidade de um tipo pós-metafísico²², próprias da nova realidade histórico-filosófica que estava surgindo.

Cabe, portanto, verificar quais são as características principais dessas teorias; para, posteriormente, focar em duas perspectivas teóricas que influenciaram e ainda influenciam a teoria jurídica e a práxis jurídica, são elas: o positivismo jurídico normativo de Hans Kelsen e o positivismo jurídico analítico de Herbert Hart.

Levantar as principais características do positivismo jurídico não é tarefa fácil e, nem há unanimidade entre os teóricos do Direito. Ao contrário, há muitas divergências quanto às principais teses do positivismo jurídico e, em especial, a tese que tem tido um maior destaque nas discussões teóricas, que é a tese da separação entre o direito e a moral. Ressalta Decat que não há como sustentar que essa tese trata-se de um critério identificador e unificador das teorias do positivismo jurídico²³. Diante disso, é impossível identificar um único critério

²¹ Trata-se, nas palavras de Ferrajoli (2006), do ponto de vista externo da análise do Direito.

²² Nesse sentido, é importante trazer o pensamento de Habermas (1990, p. 37) sobre o positivismo jurídico: “Durante um longo tempo fora a clara posição do *positivismo* e seus seguidores: ele tinha desmascarado os questionamentos da metafísica como destituídos de sentido – enquanto tais, eles podiam ser postos de lado. Neste furor antimetafísico revelou-se um motivo cientificista não esclarecido, o de elevar ao absoluto o pensamento científico-experimental”.

²³ Decat afirma isso com base nas seguintes premissas: primeiro, há correntes positivistas jurídicas que não aceitam a ideia de que todo o direito é direito positivo (positivismo inclusivo); segundo, entende que, atualmente, as teorias jurídicas que se “[...] opõem atualmente ao positivismo só podem ser chamadas de concepções de direito natural assumindo-se a total desvinculação desta expressão de seu sentido histórico e das teses defendidas pelos filósofos autodenominados jusnaturalistas” (DECAT, 2015, p. 53), são correntes que tem como origem tanto a sociologia, como a filo-

comum para todas as teorias juspositivistas, por isso adotar-se-á neste estudo alguns critérios que são comuns para a grande maioria delas, entre eles a tese negativa da separação do direito e da moral. A tese da separação foi um critério que autores como Decat (2015) e Dimoulis (2006) utilizaram para diferenciar as teorias positivistas jurídicas das demais teorias jurídicas. Afirma Decat que:

Um exame mesmo superficial de todas as teses defendidas por estas versões do positivismo se mostraria, no entanto, uma tarefa hercúlia, excessivamente longa, e pouco produtiva para fins desta investigação. Por essa razão, é preferível passar diretamente à tese que parece ser comumente aceita pelos principais expoentes do positivismo jurídico do século XX e XXI, a saber, a tese de que o direito pode ser identificado sem referência a critérios normativos ou valorativos de qualquer ordem. (DECAT, 2015, p. 56).

Já Dimoulis (2006) entende que positivismo jurídico *stricto sensu* engloba todas as teorias jurídicas que adotam, como uma das suas teses principais teses, a separação do direito e da moral em que a validade assume um papel de destaque para o Direito. A grande maioria dos teóricos do positivismo jurídico não nega a ligação genética existente entre o direito e a moral, mas essa conexão não impede de afirmar que existe uma separação entre conceitual entre eles (DIMOULIS, 2006).

Nessa perspectiva, o que interessa para o positivismo jurídico não é o valor ou a justiça do Direito, mas sim a sua validade. Deve ser levado em consideração muito mais a forma do que a substância das normas. Por isso, a reflexão sobre a validade (critério positivo), ou seja, sobre os critérios de criação do Direito, para o positivismo jurídico são de caráter formal. Deve ser levado em consideração: a competência da autoridade que criou a norma; o procedimento da edição e seus limites temporais e espaciais de validade; e as regras para se resolver as antinomias jurídicas, ou seja, as incompatibilidades entre as normas (DIMOULIS, 2006). Como afirma Nino (2007, p. 37), o positivismo jurídico se caracteriza por ter como “[...] tese de que o conceito de Direito não deve caracterizar-se segundo propriedades valorativas, mas sim levando em consideração apenas propriedades descritivas”.

Para muitos positivistas jurídicos, a exemplo de Hart, o direito válido tem que ter eficácia social. Essa eficácia social é legítima quando a capacidade de coação é justificada por um consenso social sobre o direito posto (teoria unitária). Nesse sentido, Decat, com base em Raz, diferencia a normatividade justificada, da normatividade social. Para Raz, na normatividade social, as normas são eleitas como padrões vinculantes e a sociedade exerce pressão sobre as pessoas para que ajam de conformidade como esses padrões jurídicos (normas). Já, na normatividade justificada, os padrões jurídicos de comportamento somente serão normas se justificados: “Esta justificação pode variar de aceitação individual por comprometimento pessoal até a fundamentação por razões universalmente válidas.” (DECAT, 2015, p. 89). A grande maioria das teorias positivistas jurídicas, segundo Raz, utiliza-se da normatividade social, exceção da teoria de Kelsen que é obscura quanto à normatividade utilizada, isso pode ser devido à influência que Kant tem em seu pensamento; já as jusnaturalistas, utilizam-se da normatividade justificada (DECAT, 2015).

Dimitri Dimoulis (2006) utiliza-se da tese da separação entre o Direito e a Moral (tese negativa) para diferenciar o positivismo jurídico das correntes pós-positivistas (jusmoralistas). Dimoulis parte para a análise dos argumentos a favor da tese da separação do Direito e da Moral. Analisa os argumentos do relativismo moral; o lógico, baseado na “lei de Hume”; e, também, os argumentos da segurança jurídica e da crítica política; mas conclui que não são decisivos para fundamentar a tese da separação do Direito e da Moral.

O argumento decisivo em prol da tese da separação entre o Direito e a Moral, segundo Dimoulis (2006), é o conceitual; No sentido que a tese da separação oferece uma melhor definição do Direito no ponto de vista descritivo. E, dessa forma, permite uma crítica moral ao ordenamento jurídico. Em que pese que a ligação, inclusive etimológica, entre o direito e a moral seja muito forte, não há como misturar as categorias sob pena de descaracterizar a ambas²⁴. Assim, a

²⁴ Em que pese que se reconheça a força do argumento conceitual para a definição do Direito, não há como negar que os demais argumentos, em especial o do relativismo moral e o da segurança jurídica, exercem grande influência não só para o Positivismo Jurídico como também para o Pós-positivismo. Como se verificará no próximo capítulo, uma das críticas que Dworkin faz ao Positivismo Jurídico (Convencionalismo) tem como fundamento a segurança jurídica, visto que ele entende que a discricionariedade que o Positivismo Jurídico permite ao julgador, quando da decisão judicial, vai de encontro com o princípio da democracia e da separação de poderes.

moral perderia a sua relevância na validação e correção do Direito e o Direito perderia a sua fonte na autoridade (DIMOULIS, 2006). Trata-se do que Ferrajoli (2006) chama de falácia normativista, em que confunde direito e justiça, ao entender que o direito é justo, somente porque é Direito. Desse modo, impossibilita a crítica externa, feita por critérios de justiça (morais) ao ordenamento jurídico.

Portanto, são essas as características principais da maioria das perspectivas teóricas positivistas jurídicas, no caso a separação entre o Direito e a Moral (tese negativa) e a validade como único critério identificador do direito (tese positiva). Pois bem, estabelecidos os aspectos centrais do positivismo jurídico, passar-se-á à análise das teorias juspositivistas de Kelsen e de Hart, visando esclarecer qual é a relevância do papel da discricionariedade judicial em cada uma dessas perspectivas teóricas.

2.2.2 O positivismo normativista de Hans Kelsen e o papel da moldura legal na decisão judicial

Hans Kelsen, jusfilósofo austríaco, é autor de uma vasta obra, na qual se destaca a “Teoria Pura do Direito” de 1934, na qual ele tenta estabelecer os parâmetros para uma ciência pura do Direito. Para esse fim, segundo Nogueira (2010), Kelsen criou um projeto juspositivista que antecede a sua “Teoria Pura do Direito” e serviu de base para a elaboração dessa. Antes, portanto, de analisar os contornos básicos da “Teoria Pura do Direito” e, em especial, o que Kelsen entende de discricionariedade judicial²⁵, é necessário compreender as dimensões desse projeto juspositivista.

O projeto juspositivista de Kelsen pretende libertar a ciência da pobreza metodológica, propor uma ciência jurídica autônoma, coerente e consistente (como visto, segundo os princípios do neopositivismo lógico e jurídico) e tem por base quatro teses principais:

²⁵ Ressalta-se que na obra de Kelsen não há referência à expressão “discricionariedade”, essa expressão foi criada por Hart na sua obra “O Conceito do Direito”. Mas, como se verificará, quando ele defende que o juiz tem a liberdade de decidir quando não exista norma geral ou quando essa for aberta, de forma que o juiz possa criar o Direito (política judicial), permite que o juiz aja de forma discricionária. Dessa forma, discricionariedade tem o sentido de liberdade de escolha entre várias alternativas, ou seja, denota uma postura criativa da jurisdição.

A primeira tese é a que afirma que o Direito é somente direito positivo, exclusivamente positivo. Dispõe que para ciência jurídica só importa o comportamento humano que foi regulado pela norma posta (positiva). Por isso, a sua teoria trata-se de uma teoria positivista do Direito. Isso está em consonância com a epistemologia positivista que determina que toda a ciência tem que definir o seu objeto de estudo, pois, sem a definição do objeto de estudo não se pode falar em ciência. E, para a Ciência do Direito o objeto de estudo é o direito (NOGUEIRA, 2010; LUZ, 2003). Todas as demais considerações, que não essas considerações formais, são irrelevantes para o Direito. Nas palavras de Kelsen (1998, p. 50): “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas”.

Verifica-se, nessa primeira tese, como observa Albuquerque (2006), a influência que Kelsen sofreu do filósofo neokantiano Hermann Cohen²⁶, basicamente da sua obra *Ética da Vontade Pura*. Kelsen dedicou-se ao estudo da obra de Kant e, como afirma Reale (1999), ele era um neokantista e utilizou-se para estruturação do seu clássico “Teoria Pura do Direito” do método que veio da Escola de Marburgo, em que tinha Cohen como um dos seus principais filósofos.

A segunda tese é a do relativismo moral, que rejeita a teoria de uma moral absoluta, por entender que a moral absoluta não pode ser conhecida cientificamente. Os valores morais só podem ser conhecidos como reflexos de concepções de mundo subjetivamente divergentes (relativos) (NOGUEIRA, 2010). Para Kelsen (1998, p. 45), “[...] um valor absoluto apenas pode ser admitido com

²⁶ Cohen foi um filósofo alemão neokantiano. A sua filosofia reformulou o método transcendental de Kant e o aplicou aos “[...] conceitos filosóficos puros com vistas ao ‘fato da ciência’, em relação ao qual os conceitos básicos têm de se comprovar ou confirmar em sua aplicação”. (WIEHL, 2006, p. 90). Cohen entendia que por meio desse método poderia descobrir a raiz ética do direito, pois entendia que todo o direito tinha uma concepção ética. Mas esse método era incompleto, pois faltou a unidade da autoconsciência para que o conhecimento teórico fosse associado com o prático e isso leva a perda da obviedade. Dessa forma, a teoria das virtudes de Cohen estabelece a unidade da autoconsciência como unidade na universalidade. Isso faz com que essa metodologia, a ser aplicada a fato da ciência jurídica “[...] leva, inicialmente, à determinação dessa unidade da autoconsciência como pessoa jurídica. Na Ciência do Direito, o conceito de pessoa jurídica se confirma a partir do direito das cooperativas, do direito público e do direito internacional”. (WIEHL, 2006, p. 91).

base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade²⁷.

A terceira tese do projeto juspositivista de Kelsen trata da diferença entre a normatividade e causalidade, entre o aspecto deontológico (normativo) e o ontológico (descritivo), ou seja, entre o *dever-ser* e o *ser*. Como foi visto, é a chamada lei de Hume, que entende que o *ser* trata-se de uma abordagem própria das ciências da natureza, refere-se à causalidade; já, o *dever ser* trata-se do ponto de vista normativo, adotado, por ciências como o Direito, a Lógica, a Gramática, entre outras. Visam identificar normas que prescrevem comportamentos.

Assim, Kelsen diferencia o *ser* e o *dever-ser* e prescreve uma total independência entre ambos. Segundo Nogueira (2010, p. 153), trata-se da “[...] irrevogável ‘*independência mútua*’ do *dever-ser* em relação ao *ser* e do *ser* em relação ao *dever-ser*”. Isso tem como consequência que “[...] uma *constatação de fato* não resulta um *comando jurídico* e inversamente, de um *preceito jurídico* não se pode deduzir um *fato da natureza*”. Como ressaltado, trata-se de mais um aspecto da racionalidade instrumental empirista da sua teoria.

A quarta tese é a da pureza, refere-se à análise metodológica da Ciência do Direito, e não do processo de criação social do Direito. Kelsen admite que valores

²⁷ Pode-se verificar nessa tese, claramente, mais um aspecto da racionalidade instrumental empirista humana. É interessante notar como é que esse embate entre o relativismo e o universalismo moral se renova e sempre volta com o passar dos tempos a compor as discussões filosóficas e jurídicas. Na Filosofia ocidental, essa controvérsia começa não tanto com um enfoque moral, mas sim quanto à questão da inamovibilidade das coisas do mundo, com Heráclito e Parmênides. A primeira vez que essa controvérsia ganha um enfoque propriamente moral, como foi visto, é com Sócrates (universalista) e Protágoras (relativista). Bem depois, na Modernidade, ela volta com força com o racionalismo universalista de Descartes, com a crítica do empirismo relativista de Hume e com a réplica a esse empirismo que foi dada pelo idealismo transcendental de Kant.

É bom esclarecer que Hume defende uma concepção moral com tendências universalistas, mesmo diante dos princípios de sua filosofia empírica, que se funda na experiência e na condição complexa do homem, em que, muitas vezes, confunde sentimentos com a razão. Mas, mesmo tendo uma tendência universalista, os princípios empiristas lançam luzes relativistas na concepção moral da filosofia de Hume: “Enquanto o coração humano for composto dos mesmos elementos que hoje contém, jamais será totalmente insensível ao bem público nem inteiramente indiferente às tendências dos caracteres e condutas. E ainda que esta afecção humanitária não seja em geral, considerada tão forte como a vaidade ou a ambição, somente ela, por ser comum a todos os seres humanos, pode constituir a fundação da moral ou de qualquer sistema geral de censura ou louvor. A ambição de uma pessoa não é a ambição de outra, e nem podem ambas ser satisfeitas por um mesmo objeto ou acontecimento; mas a humanidade de um homem é a humanidade de todos, e o mesmo objeto excita esta paixão em todas as criaturas humanas.” (HUME, 1995, p.157). Essa, por sinal, foi a grande crítica feita por Kant (2007) a teoria de Hume, de que não há uma lei moral universal enquanto existirem elementos empíricos para a sua avaliação.

morais, religiosos, ou de outra ordem axiológica podem influenciar o legislador na criação do Direito. Mas, depois de criado o Direito, a sua análise metodológica tem que ser pura. Como assevera Nogueira (2010), Kelsen não propõe um Direito puro, mas sim uma teoria pura do Direito. Dessa forma, pode existir uma conexão entre Direito e Moral, mas genética e não conceitual, ou seja, ela pode existir, visto que uma norma pode ter um conteúdo moral ou pode permitir que o aplicador utilize-se de preceitos morais, mas não é contingente (DIMOULIS, 2006). Trata-se, nas palavras de Albuquerque (2006, p. 506), “[...] diferentemente de um Direito Puro, da busca de uma Teoria Pura, no sentido abstrato que toda concepção teórica tende a desenvolver”.

Kelsen (1998) propõe a pureza metodológica do Direito, por isso evita o sincretismo do método do Direito e assevera que a Ciência do Direito deve se concentrar somente nas normas do ordenamento jurídico. Para Kelsen (1998), o sincretismo com as ciências causais, como a sociologia e a psicologia, somente obscurece e confunde o objeto da Ciência do Direito. Dessa forma, o método proposto pelo projeto juspositivista de Kelsen abstém-se de analisar o conteúdo da norma, propõe uma análise puramente descritiva do objeto (da norma), isenta de qualquer juízo de valor. Essa análise, portanto, deve ser feita de forma objetiva, exata e com ausência de valoração (NOGUEIRA, 2010; LUZ, 2003; CADEMARTORI e ESTEVES, 2013).

Como visto, para Kelsen, o Direito é somente o direito positivo. E isso tem relevância, como se verificará, na abertura (liberdade dentro da moldura) que o positivismo jurídico de Kelsen dá para a decisão judicial. Com base nesse projeto juspositivista, Hans Kelsen tenta criar uma Teoria Pura do Direito que tem, em apertada síntese, as seguintes características:

O sistema jurídico é estruturado de maneira escalonada, de forma que as normas superiores se relacionem e deem validade às normas inferiores. As normas derivam logicamente uma das outras, tal derivação vai até a decisão judicial que, como se verificará na sequência, faz parte do sistema normativo, pois trata-se de norma individual (para o caso concreto) (LUZ, 2003; BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014). Esse sistema lógico e escalonado parte da norma que está no topo do sistema jurídico, que na maioria dos casos é a Constituição,

que dá validade à norma geral (legislada) e essa, por sua vez, dá validade à norma individual (decisão judicial).

A norma hipotética fundamental dá validade ao ordenamento jurídico como um todo, trata-se de uma norma transcendental, que fundamenta o sistema jurídico. É ela que dá o fechamento ao sistema jurídico, de modo que ele se mantenha puro e neutro, por isso tal norma é fundante e pressuposta (DIMOULIS, 2006; BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014). Assevera Luz (2003) que esse foi o subterfúgio encontrado por Kelsen, com base na filosofia do idealismo transcendental de Kant, para dar sentido e fechamento a sua teoria. A norma hipotética fundamental não passaria de uma categoria transcendental²⁸ que possibilitou a Kelsen gerar cognitividade e sentido ao seu sistema, evitando que houvesse uma derivação em cadeia ao infinito. E mais, foi a saída que Kelsen encontrou para não admitir que na cadeia normativa, depois da Constituição Histórica, somente vem o poder. Visto que o poder, dentro do projeto juspositivista kelsiano, nunca poderia ser admitido como fonte de validade, pois trata-se de um fator naturalístico.

Quanto à teoria de Kelsen, foi discutido o primeiro ponto do objetivo específico desse estudo, ou seja, as principais características e contribuições da sua teoria para a Teoria do Direito. Agora cabe passar para o segundo ponto do objetivo específico, que é discutir o espaço de discricionariedade na decisão judicial na teoria de Kelsen.

Entende Kelsen (1998) que a decisão judicial não tem um caráter meramente declarativo, mas tem também um caráter constitutivo. A decisão judicial aplica a norma geral, criada por via legislativa, à situação fática. Mas ao aplicar essa regra geral, ela cria normas individuais para o caso concreto. Nesse

²⁸ Fica claro que a Norma Hipotética Fundamental de Kelsen trata-se de uma norma transcendental de matriz kantiana, mas diferente do que entende a maioria dos autores, de que se trata de um elemento apriorístico da teoria de Kelsen, entendo que ela tem a característica de ser numérica. Explico, de forma muito breve que, como foi visto, para Kant, o conhecimento que o sujeito cognoscente tem do objeto se dá por uma conjunção entre o conhecimento *a priori* e *a posteriori*. Mas esse conhecimento *a priori* e *a posteriori* estão ligados à experiência: “Mas o que dá origem à experiência também é condicionado a coisas alheias à mente. A estas fontes de experiência Kant denomina “coisas em si”, ou *noumena*, em contraste as aparências, ou *fenomena*. Segundo a teoria de Kant, é impossível experimentar uma coisa em si, pois toda a experiência ocorre com a concorrência do espaço, do tempo e das categorias.” (RUSSELL, 2013, p. 373). Por isso, que entendo que a norma hipotética fundamental não se trata de uma categoria apriorística, mas sim numérica. Tanto é assim que, para Kelsen, da mesma forma do número para Kant, a norma hipotética fundamental é incognoscível.

sentido, existe um processo dinâmico na criação do Direito, que vai do abstrato ao concreto: começa com a elaboração da Constituição, com base nessa cria-se a lei ou o costume (que têm características gerais), segue até a decisão judicial (norma individual para o caso em concreto) e se concretiza na execução do comando dessa. Nas palavras de Kelsen (1998, p. 165): “[...] começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto)”.

Nesse processo de aplicação da norma individual ao caso em concreto, é necessário que se decida, previamente, sobre a constitucionalidade da norma a ser aplicada. Para a definição do direito a ser aplicado ao caso em concreto, é necessário que se verifique se a norma geral é vigente, só assim ela pode ser aplicada ao caso em concreto e criar uma situação jurídica nova, que antes não existia. Por isso que, para Kelsen (1998), a decisão judicial tem um caráter constitutivo e tem força normativa:

Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa. (KELSEN, 1998. p.166 e 167).

Isso porque, como se verificou, a estrutura escalonada de validade da Teoria Pura do Direito se dá por uma estrutura de normas que regulamenta a conduta humana. E, no sentido objetivo, norma é um ato de vontade (BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014), trata-se de uma escolha que deve ser feita: pelo legislador por meio das normas gerais e pelo juiz por meio da decisão judicial, dentro da moldura da norma geral.

A própria verificação do fato é uma função constitutiva do tribunal, pois a ordem jurídica deve determinar o juízo e o processo competente para a decisão do fato. Somente quando definida essas questões é que o fato passa para o domínio jurídico, ou seja, quando o fato é verificado pelo juízo ou tribunal competente. Kelsen (1998) conclui, portanto, que a única decisão relevante para

ordem jurídica é a decisão do tribunal. E tal decisão somente se torna definitiva e tem um sentido objetivo, quando transita em julgado, ou seja, quando a decisão não pode ser mais objeto de recurso.

Essa verificação processual substitui, como fato jurídico, aquele fato naturalístico (não jurídico). E também essa verificação jurídica, em si mesma é um “fato”, quando se pretende descobrir se ela existe, se a verificação realmente se operou, se o órgão que a procedeu é competente, se a verificação foi correta e assim por diante. Finalmente, quando se esgotam os recursos e se obtém a decisão de última instância, se tem um fato objetivo, onde se afirma ou nega o direito. E, assim, toda e qualquer outra opinião fica juridicamente excluída (KELSEN, 1998):

Tal é o caso quando a decisão do tribunal de última instância transita em julgado. Isso significa que agora o sentido da decisão de última instância tem de ser assumido como seu sentido objetivo. [...] toda e qualquer opinião diferente fica juridicamente excluída. (KELSEN, 1998. pp.168 e 169)

A norma individual criada pela decisão judicial é quase sempre predeterminada “[...] por normas gerais tanto do direito formal como do direito material” (KELSEN, 1998, p. 169). Ressalta Kelsen (1998) que sempre quando o tribunal decide um caso fático, opera aplicando a norma jurídica vigente. Inclusive, quando entende que não há norma jurídica a ser aplicada ao caso em tela. Nesse caso, o ordenamento jurídico regulou a conduta de forma negativa: “[...] a ordem jurídica regula a conduta humana não só positivamente, prescrevendo uma certa conduta, isto é, obrigando a esta conduta, mas também negativamente, enquanto permite uma determinada conduta pelo fato de a não proibir.” (KELSEN, 1998. p.169).

Pode acontecer, também, que o tribunal receba o poder da ordem jurídica de criar uma norma jurídica individual, cujo conteúdo não foi determinado pela norma jurídica geral. Kelsen (1998) entende que nesse caso o juiz não legisla, pois recebe a competência somente de criar uma norma individual para o caso em concreto que não está previsto em nenhuma outra norma geral. E não é somente nesses casos que o juiz tem liberdade. Existe margem de liberdade também quando a norma geral positiva predetermina a função criadora do juiz, isso porque

a norma geral não tem condições de prever todas as especificidades do caso em concreto. Nesse ponto, Kelsen (1998) assevera que a norma geral serve como “moldura” dentro do qual o juiz deve produzir a norma jurídica individual. Essa moldura pode ser mais larga ou mais estreita:

A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo. (KELSEN, 1998. p. 171).

Não há dúvidas que a sua teoria da “moldura” abre um grande espaço de discricionariedade judicial. O juiz, desde que respeite a “moldura” estabelecida pela norma geral, tem amplo espaço de liberdade para a sua decisão. Para Kelsen, dentro da moldura, os juízes podem escolher “[...] várias possibilidades de aplicação. Quando o juiz aplica o Direito, pode optar por mais de um sentido autorizado pela norma.” (BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014, p. 49). Por isso que Kelsen (1998) entende que não existem lacunas no sistema jurídico, visto que a ordem jurídica pode ser sempre aplicada pelo tribunal no caso em concreto, mesmo que esse entenda que não existam normas gerais a serem aplicadas. Nesse caso, a ordem jurídica é aplicada negativamente. As normas, dispostas, forma escalonada e hierárquica, “fecham” o sistema jurídico.

E a decisão judicial, para Kelsen (1998), trata-se de um ato de vontade, de uma escolha entre as opções apresentadas pelas normas gerais do sistema jurídico. As opções de cunho material deixadas pelo legislador na norma geral é que definirão as opções do juiz quando da decisão judicial. Inclusive, no caso de não existir norma geral.

A norma geral, portanto, na perspectiva teórica de Kelsen (1998), serve como uma moldura dentro da qual cabe ao intérprete (juiz) decidir sobre as várias hipóteses viáveis para a sua aplicação. Essa interpretação pode levar a várias soluções dentro da moldura legal, não necessariamente a somente uma solução possível, ou seja, não existe somente uma solução possível para o caso. Da mesma forma, não existe critério algum que possa destacar apenas uma hipótese

como “correta” dentro da moldura legal, todas as hipóteses que se apresentam dentro da moldura são viáveis:

[...] a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. (KELSEN, 1998. p. 247).

Entende Kelsen (1998) que a questão de saber qual é a decisão correta é uma questão de política do direito e não de teoria jurídica. A escolha realizada em uma decisão judicial, dentro das possibilidades apresentadas dentro da moldura legal, trata-se de uma função voluntária, um ato de vontade do julgador. Contudo, a decisão judicial deve ficar dentro dos limites da moldura estabelecido pela norma geral (direito positivo). Dessa forma, não pode o julgador utilizar-se no processo de criação jurídica de outras normas provenientes de outros sistemas como o religioso, o moral, o social etc., salvo se a própria norma geral assim o autorize (expressamente ou implicitamente, nesse caso, por ser aberta). A decisão judicial dentro da moldura é livre e se a norma geral remete a decisão para certos valores morais, tais valores não serão mais valores morais, mas sim valores do direito positivo:

[...] a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo. (KELSEN, 1998. p. 249).

A Teoria Pura do Direito de Kelsen, como visto, permite, dentro da moldura estabelecida pela norma geral um amplo espaço de liberdade (discricionariedade) para a decisão judicial. E é a vontade do julgador que é determinante para a definição da norma jurídica individual a ser aplicada no caso em concreto. E, em consequência disso, como adverte Bitencourt, Calatayud e Reck (2014, p. 52), “[...] a cadeia de validade (o processo de validação) das normas não se verifica, como afirma Kelsen, do ápice para baixo, mas, em realidade, de baixo para cima”.

Conclui-se, quanto à teoria de Kelsen, a segunda parte do objetivo específico para esse capítulo que, como foi dito, trata-se esclarecer qual é o papel da decisão judicial e o espaço de discricionariedade. Portanto, em suma, para Kelsen, o Direito é um sistema escalonado de normas (regras) jurídicas que, para fins de se manter a pureza metodológica do sistema, não se comunica com outros sistemas normativos como a Moral, a Religião etc. Por isso, a sua teoria não abre espaço para os princípios. E, desse modo, o positivismo jurídico de Kelsen, ao invés de limitar o poder judicial, dá uma grande margem de liberdade para o julgador. Os princípios do sistema jurídico não limitam o julgador, ele é livre, dentro da moldura estabelecida pela norma geral, para escolher qualquer decisão viável, com ou sem critério. Isso porque, dentro da moldura legal, a liberdade (discricionariedade) do julgador é irrestrita, o que beira a arbitrariedade. Mas, é importante frisar, em que pese esse amplo espaço de liberdade judicial, o juiz está sempre limitado pela norma geral (pela regra) e dela não pode se afastar.

Na sequência, cabe verificar outra perspectiva teórica que é essencial para se compreender as teorias pós-positivistas e o problema da discricionariedade judicial. É o caso do positivismo analítico de Herbert Hart.

2.2.3 O papel da interpretação e da discricionariedade da decisão judicial no positivismo analítico de Herbert Hart

Herbert Hart foi outro pensador emblemático dentro da perspectiva teórica do positivismo jurídico. A importância de Hart para este trabalho se dá porque, primeiro, ele criou um sistema jurídico baseado em regras que, de forma alguma, foi desconsiderado pelas teorias pós-positivistas; e, segundo, Dworkin alicerça a sua teoria nas críticas que faz ao positivismo jurídico proposto por Hart, por ser insuficiente para conceituar o Direito.

Primeiramente, abordar-se-ão as contribuições e as principais características da sua teoria, posteriormente, verificar-se-á qual é o espaço que a teoria de Hart abre para discricionariedade judicial.

A principal obra de Hart, onde ele lança as bases do seu sistema jurídico, é “O Conceito de Direito”, publicada em 1961. Ele inicia a sua obra tentando responder a seguinte pergunta: “O que é o direito?” Hart afirma que “Poucas

questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido respostas, por parte de pensadores sérios, de forma tão numerosas, variadas estranhas e até paradoxais [...]” (HART, 1994, p. 5).

Hart foi influenciado fortemente por Ludwig Wittgenstein, em especial, no que tange ao

[...] instrumental teórico fornecido pela teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein, Hart vê o Direito como sendo construído por um universo de diferentes jogos linguísticos (os enunciados jurídicos), os quais permitem que os seus usuários os interpretem de diferentes formas. (KOZICKI, 2006, p. 410).

Esse é o diferencial da teoria positivista de Hart, pois além deter uma forte tradição lógico-linguística, preocupada com aspectos sintáticos e semânticos da linguagem, é também hermenêutica, pois se preocupa “[...] com aspectos pragmáticos da linguagem do Direito, privilegiando os usos e funções desta. O comportamento significativo é um comportamento governado por regras e a explicitação do sentido desse comportamento implica a apreensão de tais regras”. (KOZICKI, 2006. p. 409).

E, também, Hart é influenciado pela filosofia hermenêutica de Gadamer. Hart também introduz a ideia de interpretação tendo como base o ponto de vista interno do participante e não o ponto de vista interno do expectador. Dessa forma, introduz uma perspectiva hermenêutica na análise das regras:

A ideia de um “aspecto interno” na discussão das regras, introduzida por Hart, foi, a esse mesmo respeito, um avanço decisivo para a Teoria Analítica do Direito; como disse P. M. S. Hacker, ela provocou a introdução do *método hermenêutico* na Teoria Geral do Direito britânica. (MACCORMICK, 2010, p. 52).

Opõem-se Hart ao positivismo jurídico de Jeremy Bentham e John Austin, em especial à ideia desse último de que o conceito de Direito se resume a uma obrigação garantida por sanções: “Austin reduz todas as regras do sistema jurídico a ordens baseadas em ameaças coercitivas e, para ele, tais ordens devem emanar da figura de um soberano e dos seus funcionários.” (HEINEN e SANTOS NETO, 2010, p. 133). Portanto, Hart (1994) constrói a sua teoria com base nas críticas feitas a essas teorias, em especial a de Austin, principalmente

no que tange as “[...] relações do Direito com a coerção, com a moral e com as regras.” (BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014, p. 56).

Primeiro, no que se refere ao conceito de Direito como coerção, em apertada síntese, Hart (1994) afirma que nem todas as coerções representam uma obrigação. O Direito, além da sua característica coercitiva, também tem como característica sensibilizar as pessoas a cumprirem os seus comandos, ou seja, gera nas pessoas a ideia de que é importante cumprir as obrigações impostas, de forma voluntária. Segundo, quanto à moral, entende que nem todas as regras têm um conteúdo moral, as regras que dispõem sobre a validade ou sobre a competência, por exemplo, não dispõem de conteúdo moral. E, terceiro, quanto à relação do Direito com as regras, essas “[...] não são dirigidas a pessoas singulares, mas a uma classe de destinatários. E no modelo austriano, ocorre também outro equívoco: o soberano é excluído do âmbito de aplicação das regras por ele mesmo criado.” (HEINEN e SANTOS NETO, 2010, p. 133).

Ressalta Decat (2015) que a teoria da separação entre o direito e a moral é apenas uma das três teorias defendidas pelos utilitaristas ingleses. A segunda é a da coerção, da qual, como visto, Hart discorda. E a terceira tese, com a qual Hart concorda integralmente, é “[...] que o estudo analítico do significado dos termos jurídicos é fundamental para apreender a natureza do direito.” (DECAT, 2015, p. 57).

Foi visto que, para Kelsen, um dos pontos importantes do seu projeto juspositivista era a diferença entre “ser” (causalidade) e “dever-ser” (normatividade), baseado na “Lei de Hume”; e, assim, o Direito trata-se de uma ciência normativa que se refere a preceitos prescritivos, deontológicos. Hart, nesse ponto, adota novamente uma perspectiva hermenêutica e discorda de Kelsen, pois assevera Hart que: “Para entender a normatividade das regras jurídicas, morais e outras regras sociais, precisamos refletir sobre as *atitudes* humanas em relação à ação humana.” (MACCORMICK, 2010, p. 42). Ele adota uma normatividade social.

Com base nas críticas a esses modelos positivistas jurídicos precedentes, Hart parte para a criação da sua teoria, que tem por base um sistema jurídico. Hart, tal como Kelsen, propôs uma concepção de Direito como um sistema escalonado de normas, mas o fundamento do sistema jurídico para Hart (1994)

está na aceitação de duas classes de regras: regras primárias (que impõem deveres/obrigações) e regras secundárias (que são todas aquelas que servem para identificar e elucidar as regras primárias – conferem poderes) (MACCORMICK, 2010).

Maccormick (2010) esclarece que essas normas primárias de obrigação são, para Hart, os elementos básicos da ordem jurídica, mas, para que o sistema jurídico seja diferenciado de outros sistemas (como a Moral, a Religião etc.), é necessário que essas regras sejam suplementadas pelas regras secundárias. A relação entre as regras primárias e as regras secundárias, para Hart (1994), é a chave do sistema jurídico. Em suas palavras: “deve atribuir-se um lugar central à união das regras primárias e secundárias na elucidação do conceito de direito”. (HART, 1994, p.122)

Para entender o sistema jurídico do justeórico ora estudado, deve-se partir da existência de *standarts* primários (regras primárias) que prevêm, basicamente, violações de dever e violações de obrigação. Em uma sociedade, se existisse somente tais regras, haveria, inevitavelmente, três defeitos em que Hart classifica como: defeito de *incerteza* (de clareza sobre as regras, de definição sobre o seu limite); defeitos de qualidade *estática* nas regras (quanto à alteração deliberada das regras, em especial pelo decurso de tempo); e defeitos de *ineficácia* (referente ao cumprimento das regras impostas pelo ordenamento jurídico) (MACCORMICK, 2010; BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014).

A cura para esses problemas, dentro do sistema jurídico, se dá pelo estabelecimento de três tipos de regras que são consideradas secundárias: regra de reconhecimento, que resolve o problema da incerteza; a regra de alteração, que resolve o problema da qualidade estática das regras, ao prever as possibilidades de alterações dessas regras; e regras de julgamento, que resolve o problema da ineficácia, ao criar os órgãos responsáveis por dar eficácia às regras primárias (MACCORMICK, 2010; BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014).

Ressalta Hart (1994) que em um sistema jurídico complexo, onde existe uma variedade de fontes, a regra de reconhecimento é mais complexa e pode envolver uma constituição escrita, leis, precedentes judiciais, entre outras normas. Tais critérios são ordenados de forma hierárquica de subordinação e primazia relativas em que se estabelece uma noção de derivação. Essa complexa regra de

reconhecimento, baseada em uma estrutura hierárquica de vários critérios, possibilita que se identifiquem as regras válidas do sistema.

Referente à questão da eficácia social na teoria de Hart, deve-se esclarecer que não existe uma relação necessária entre validade de uma norma e a sua eficácia social, salvo quanto à regra de reconhecimento, visto que essa exige o reconhecimento social para ser admitida. Mas, ressalta Hart (1994) que seria desarrazoado aferir a validade de uma norma que nunca foi eficaz no sistema jurídico: quando se afirma que uma norma é válida se pressupõe que ela é eficaz, mas isso não quer dizer que não se possa aferir a validade de uma norma que não é eficaz ou, inclusive, que foi abandonada.

Quanto à regra de reconhecimento, em especial no seu caráter supremo, Hart (1994) entende que tal regra é diferente em cada sociedade. E, no sistema jurídico, a regra de reconhecimento difere das outras regras desse sistema, visto que serve para avaliar a validade dessas. A regra de reconhecimento para Hart (1994) é, portanto, o requisito de validade do ordenamento jurídico, ela define as razões de validade das normas que estão no topo de ordenamento (exemplo: a constituição). Segundo Maccormick, a regra de reconhecimento:

[...] não é, em si, validada por qualquer outra norma ou regra superior, nem mesmo por uma “norma fundamental” pressuposta juridicamente do tipo contemplado por Kelsen. Não é, em si, chamada significativamente de “válida” ou “inválida”. Sua existência como regra é constituída simples e unicamente pelo fato de que “a partir do ponto de vista interno” é “aceita” (*espontaneamente aceita*), pelo menos pelos juízes e por outras autoridades superiores que exercem poderes dentro do sistema. É uma regra convencional, no sentido de que um padrão existente de conformidade a ela é parte do motivo para que os indivíduos a aceitem. (MACCORMICK, 2010, pp. 148 e 149).

Tal regra trata-se de uma regra secundária que estabelece os comandos válidos do sistema jurídico e não está formulada de forma explícita. Ela deve ser identificada externamente, na estrutura do corpo social, por isso varia no tempo e espaço, de país a país (DIMOULIS, 2006), trata-se de mais uma característica hermenêutica da teoria de Hart.

A validade de uma regra tem como pressuposto de que ela passou por todos os testes (critérios) da regra de reconhecimento (HART, 1994). Nesse ponto, entende Maccormick (2010) que é significativo para a teoria de Hart o caráter

convencional da regra de reconhecimento (embora entenda duvidosa a afirmação que a regra de reconhecimento cumpra um papel diferente da norma hipotética fundamental), pois para que se estabeleça uma ordem constitucional é necessário que essa seja obedecida por todas as pessoas que detém cargos, bem como que seja amparada pelas expectativas dos cidadãos.

A norma de reconhecimento é o fundamento do sistema jurídico, por isso que é suprema e deve ser reconhecida por aquela sociedade que a estabeleceu. Eis um dos grandes traços distintivos das teorias de Kelsen e de Hart: Ambas estabelecem um sistema jurídico escalonado e hierárquico, mas a grande diferença é a norma que dá validade ao ordenamento jurídico como um todo. Para Kelsen, ela é abstrata, transcendental (Norma Hipotética Fundamental); para Hart, ela é uma questão de fato, por isso aceita pela sociedade que a estabeleceu (Regra de Reconhecimento). Aqui, mais uma vez, verificam-se os critérios de normatividade justificada e social: justificada na norma hipotética fundamental de Kelsen e social na norma de reconhecimento de Hart.

Dessa forma, Hart (1994) estabelece um sistema jurídico com base em um sistema de regras (primárias e secundárias) e seus critérios de validade. A união entre regras primárias e secundárias, como visto, é o ponto central da sua concepção de Direito. Mas, isso não basta para a existência de um sistema jurídico, é necessário ainda que haja uma descrição da relação dos funcionários do sistema com as normas secundárias. E é crucial que haja uma aceitação oficial da regra de reconhecimento que contém os critérios de validade do sistema.

Discutido as principais categorias da teoria de Hart, agora, passar-se-á para a verificação do papel da decisão judicial nessa teoria e do espaço que ela abre para a discricionariedade judicial.

Entende Hart (1994) que as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controle social. E o Direito, nesse contexto, deve reconhecer atos, coisas e circunstâncias particulares nos casos das classificações gerais estabelecidas pelo sistema jurídico. No pós-escrito do seu livro "O conceito de direito", em que ele responde as críticas feitas por Dworkin a sua teoria, ele reconhece que em sua obra não foi dado o devido destaque aos princípios, que somente os abordou de passagem.

Hart reconhece a existência de “regras de tudo-ou-nada” e “princípios geralmente não conclusivos”. Tanto que define a sua teoria como sendo um positivismo moderado, isso faz com que Maccormick (2010) o defina como sendo um pós-positivista, definição essa que Hart afastou. Mas, reconhece Hart que há casos em que o Direito é incompleto, que não fornece uma resposta certa para o caso concreto e, nesse caso, o juiz ou tribunal deve utilizar-se de seu poder discricionário:

O meu ponto de vista avançado neste livro é o de que regras e princípios jurídicos, identificados em termos gerais pelos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento, têm, muitas vezes, o que designo, com frequência, por “textura aberta”, de forma que, quando, a questão é de saber se dada regra se aplica a um caso concreto, o direito é incapaz de determinar uma resposta em qualquer dos sentidos e, assim, vem a provar-se que é parcialmente indeterminado. Tais casos não são “casos difíceis”, controvertidos no sentido de que juristas razoáveis e inteligentes podem discordar acerca de qual a resposta que é juridicamente correcta, mas o direito em tais casos é fundamentalmente, *incompleto*; não fornece qualquer resposta para as questões em causa, em tais situações. Não estão juridicamente regulados e, para se obter uma decisão nestes casos, os tribunais devem exercer a função restrita de criação de direito que eu designo como “poder discricionário”. (HART, 1994, p. 314).

Para Hart, as regras são padrões gerais de conduta que podem ter uma forma explícita de linguagem, palavras em termos verbais claros, de modo que o intérprete tem que apenas subsumir os fatos nas classificações gerais e tirar uma conclusão silogística simples (HART, 1994). Tratam-se de casos simples, como a regra do sinal de trânsito, a regra é aplicada na forma de “tudo ou nada”, pois se caracteriza por ter um “núcleo fechado” que determina a interpretação para um só sentido.

O problema está no caso complexo, onde o espaço deixado pela norma é muito aberto. Essa “textura aberta” (zona de penumbra) da norma permite um amplo poder discricionário para a decisão judicial e, para Hart (1994), a incerteza da decisão é um preço a pagar diante da impossibilidade dos legisladores humanos de poderem prever todas as circunstâncias fáticas.

Para Hart, a regra pode ter um núcleo fixo (certo) e uma zona de penumbra, que se caracteriza por ter uma textura aberta (BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014). Nessa zona de penumbra da norma, abre-se espaço para a

aplicação de princípios que, como visto, são “[...] geralmente não conclusivos, que se limitam a apontar para uma decisão, mas que podem muito frequentemente não conseguir determiná-la.” (HART, 1994, p. 325). Isso significa que, em algumas áreas, a escolha deve ficar a critério dos tribunais. Desta forma, os tribunais, tal como a autoridade administrativa que decreta um regulamento de uma determinada lei, exerce uma função criadora de regras (HART, 1994).

Assim, nessa zona de penumbra da regra, segundo Hart, é possibilitado ao juiz ou tribunal que exerçam o seu poder de criação. Mas, mesmo assim, eles continuam a compor um sistema jurídico e, por isso, devem fornecer uma decisão judicial correta. Isso significa que não podem desrespeitar livremente os padrões gerais fornecidos por esse sistema²⁹. Mesmo quando se atinge uma textura aberta, não pode o tribunal decidir com base em predileções, mas sim, com base nos padrões determinados pelo sistema jurídico, que faz com que se limite o caráter discricionário da decisão (HART, 1994). Nas palavras de Hart:

Em qualquer momento dado, os juízes, mesmo o do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão correcta. Estes padrões são considerados pelo tribunal como algo que não pode ser desrespeitado livremente por eles no exercício da autoridade para proferir essas decisões, que não podem ser contestadas no sistema. (HART, 1994, p. 159).

Hart faz questão de ressaltar, novamente, o limite do seu conceito de discricionariedade judicial no posfácio:

[...] haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qual a decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer essas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditados pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes. (HART, 1994, p. 336).

²⁹ Nesse ponto, quanto à liberdade (discricionariedade) judicial, trata-se de mais um, dos muitos pontos de divergência das teorias de Kelsen e de Hart. Como visto, Kelsen entende que no espaço aberto pela norma geral, mas dentro da moldura dessa, o juiz é livre para criar. A decisão judicial, para Kelsen, é mais do que descritiva da ordem jurídica, ela é constitutiva, ou seja, ela mesma trata-se de uma norma que cria o Direito.

A crítica apresentada para a teoria de Kelsen é que dentro da moldura estabelecida pela norma geral o juiz tem ampla liberdade para dizer o que é o Direito, inclusive existe ampla liberdade (discricionariedade) na interpretação da própria Constituição. Isso faz com que a teoria de Kelsen permita um espaço de discricionariedade judicial bem maior do que a teoria de Hart, já que ela exige que o julgador decida dentro de padrões gerais do sistema jurídico. O Normativismo de Kelsen não exige uma única resposta. A decisão judicial é política, trata-se de uma escolha dentro da moldura legal, por isso altamente discricionária.

Hart apresentou uma solução a esse problema: Ressalta Maccormick (2010) que, segundo Hart, um juiz deve decidir de acordo com *standarts* definidos previamente e os critérios de reconhecimento é que definem o que é válido para as decisões judiciais, ou seja, a regra de reconhecimento gera um dever para o juiz de decidir conforme as regras cogentes oriundas do sistema jurídico. Um critério de reconhecimento de regras cogentes a serem aplicadas pelo juiz na decisão judicial, em um Estado constitucional, é que as regras são as que foram decretadas validamente pelo Poder Legislativo. A legislação fornece um fundamento válido para a decisão judicial, que implica em um dever judicial de aplicar a disposição constitucional. Mas, como visto, esses critérios podem até limitar, mas não suprimem a discricionariedade do julgador, que pode escolher a *sua* resposta correta para um *caso difícil*, que pode ser uma decisão diferente da decisão a ser dado por um outro juiz.

Hart vincula a decisão judicial ao núcleo fixo das regras, o que torna as decisões previsíveis. Nos casos duvidosos, que estão dentro da zona de penumbra,

[...] não previstos ou não regulados completamente pelo ordenamento jurídico. Nessa área limitada, abre-se um espaço, entre várias escolhas possíveis aos tribunais e funcionários, na determinação da significação das regras jurídicas com maior textura aberta. Nessa "fronteira", que exige maior densificação, Hart concede aos juízes discricionariedade, criando até mesmo um direito não previsto no sistema jurídico. (BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014, p. 86).

Nesse ponto, Maccormick (2010) critica a teoria de Hart, entende que Hart fornece somente uma compreensão parcial do Direito, isso porque o sistema jurídico é sempre fundamentado em princípios. Dessa forma, nunca o juiz dispõe de discricionariedade no sentido “forte”. Em casos de textura abertas das normas jurídicas, o juiz dispõe de discricionariedade para procurar a resposta correta em coerência com os princípios e valores do sistema jurídico. A discricionariedade do juiz é exercida em *standards* predeterminados: quando esses *standards* são regras, a discricionariedade se entende por uma área restrita; quando as regras dão orientação ambígua ou conflitante, pode-se recorrer a outros *standards* de julgamento (MACCORMICK, 2010). Mesmo entendimento esposado por Bitencourt, Calatayud e Reck (2014), que o modelo de interpretação de Hart funciona bem no núcleo fixo das regras, mas nos casos de textura aberta, Hart remete a decisão para a discricionariedade do juiz.

No presente capítulo, buscou-se analisar bases jusfilosóficas do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. Quanto ao primeiro, o jusnaturalismo, verificou-se que trata-se de uma perspectiva justeórica em que o Direito tem característica dualista, pois subsistem duas ordens normativas: uma jurídica e outra moral (justiça). E, nesse contexto, a ordem moral prevalece sobre a jurídica. O problema é epistemológico, pois o meio que se tem de conhecer a essa ordem moral, ou seja, de se acessar a justiça do caso concreto, é por meio da subjetividade do intérprete: de forma idealista ou racionalista, no caso, de forma metafísica. Não há controle e certeza na definição do Direito.

Esse problema da certeza e do controle tentou-se resolver com o positivismo jurídico, por isso foram analisadas as suas principais características como a Teoria do Direito, em especial em relação ao sistema jurídico como um sistema de regras e o papel que tem a decisão judicial nessa ordem normativa. Focou-se nas teorias de Kelsen e de Hart e, foi verificado que o problema que o positivismo jurídico tentou resolver, a certeza e o controle da decisão judicial, não foi resolvido. Isso porque, de certa forma, até fomentou a discricionariedade judicial, visto que, na zona de penumbra da norma, quando a norma é aberta (ou quando não existe norma), o juiz pode decidir de forma livre (discricionária).

No próximo capítulo, nessa mesma perspectiva, estudar-se-á o pós-positivismo nas suas duas principais vertentes: a teoria de Dworkin (common law)

e de Alexy (direito continental), sobretudo o papel dos princípios nessa teoria. Verificar-se-á se com a normatividade dos princípios, as teorias pós-positivistas conseguiram resolver o problema da discricionariedade judicial ou se não a fomentaram.

3 O PÓS-POSITIVISMO E A RELAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRA JURÍDICA: O ALARGAMENTO DA FUNÇÃO JUDICIAL NA “ERA” DOS PRINCÍPIOS

Verificadas as bases do jusnaturalismo e do positivismo jurídico no capítulo anterior, bem como o papel da discricionariedade judicial nessas perspectivas justeóricas, neste capítulo, se tem como objetivo compreender outro ponto relevante para o problema desse estudo que são as bases jusfilosóficas das teorias pós-positivistas e como se dá o tratamento dos princípios jurídicos nessas concepções teóricas, visando discutir se tal modelo avança na proposição de controle da discricionariedade. Para, dessa forma, verificar se com a normatividade dos princípios com o pós-positivismo se conseguiu resolver o problema da discricionariedade judicial ou se, de alguma forma, o pós-positivismo não a fomentou.

Depois de analisar as características gerais das teorias pós-positivistas, analisar-se-á as teorias de Dworkin e Alexy, bem como as principais vertentes na doutrina brasileira. Elegeu-se essas duas teorias devido a sua grande influência na Teoria do Direito e além de serem amplamente utilizadas quando as temáticas são direitos fundamentais e controle da constitucionalidade.

3.1 As principais características do pós-positivismo: um abandono do positivismo jurídico ou a evolução deste como teoria jurídica?

Verificou-se que houve uma mudança de paradigma, ou seja, o positivismo, tanto o lógico, quanto o jurídico, tentou afastar a metafísica própria das perspectivas teóricas jusnaturalistas e apegou-se no rigor da linguagem, e afastou, os valores morais do conceito do Direito. Contudo, para isso, valeu-se de categorias transcendentais num apelo metafísico, a exemplo da Norma Hipotética Fundamental. O Direito foi visto somente como um sistema escalonado de regras jurídicas e, quando não existisse norma para resolver o caso ou quando a norma fosse aberta demais, caberia ao juiz decidir de forma discricionária.

A perspectiva teórica juspositivista, nas suas diversas vertentes, dominou o cenário jurídico do ocidente, em especial, no período histórico que vai do século XIX ao início do século XX. Nisso, eclode a Segunda Guerra Mundial, que

proporcionou um espetáculo de atrocidades que resultou na morte de milhões de pessoas: o holocausto nazi-fascista, a maior crise humanitária do século XX. E, por não conseguir evitá-la, o Positivismo Jurídico foi questionado³⁰. Com isso, como ressalta Leal (2007), houve a necessidade de resgatar e fortalecer a noção de democracia e de direitos humanos. Tais direitos, junto com o princípio de dignidade humana, ocuparam lugar de destaque nas Constituições e, por serem universais e invioláveis, ultrapassaram o simples critério da maioria, protegendo a todos.

Assim, surgiu o neoconstitucionalismo. Buscou-se novos fundamentos para a República, houve um retorno à teoria material, associado aos direitos fundamentais e a aspectos valorativos que deram à Constituição uma natureza aberta. Rompeu-se com a ideia de neutralidade (concepção liberal-individualista) e passou-se a ter a compreensão da necessária vinculação entre moral e política. E o indivíduo passou a ser visto em uma perspectiva solidária, condicionado aos aspectos substanciais e materiais da sociedade em que vive. Isso exigiu uma atividade criativa dos tribunais para definir a extensão desses direitos, ainda mais quando em conflito (LEAL, 2007). A Constituição passou a ser entendida como a expressão máxima dos valores eleitos pela comunidade, os Estados “[...] adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade – manejados por um órgão jurisdicional especializado, normalmente o Tribunal Constitucional”. (VALE, 2009. p. 23).

Nesse ponto, quanto à natureza valorativa e aberta do Direito, presente em muitas concepções neoconstitucionalistas, em especial na teoria pós-positivista da Alexy, é importante ressaltar a crítica feita por Lenio Streck (2012). Streck afirma que sob a denominação *neoconstitucionalismo* existe uma gama de teorias que “[...] leva à jurisprudência da valoração e suas derivações axiológicas” (STRECK, 2012, p. 60), que proporcionou várias incompreensões ou mal-entendidos teóricos. E isso teve várias consequências negativas no Brasil, pois houve a institucionalização “[...] acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria de argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação com

³⁰Claro que, certamente, o jusnaturalismo não conseguiria impedir o holocausto, pois tratou-se de uma questão de fato, de exercício arbitrário de poder. Mas essa crítica foi feita ao positivismo por ser a perspectiva justeórica que imperava na época.

instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano.” (STRECK, 2012, p. 61).

Esclarece Streck (2012) que, na Europa, o neoconstitucionalismo surgiu como um movimento que visou dar normatividade à Constituição, pois nesse continente, até a metade do século XX, não se conhecia a concepção de Constituição normativa. Acontece que, no Brasil, ele chegou tardiamente, somente na segunda metade do século XX, e provocou “[...] condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabaram por contribuir para a corrupção do próprio texto da constituição.” (STRECK, 2012, p. 61 e 62). E, assim, defende-se sob a bandeira neoconstitucionalista uma gama de teorias:

[...] um direito constitucional de efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição; e uma pretensa constitucionalização do ordenamento, a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais como: *neoprocessualismo* (sic) e *neopositivismo* (sic). Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo. (STRECK, 2012, p. 62).

Entende Streck (2012) que *neoconstitucionalismo* representa, somente, a superação interpretativa do positivismo dogmático, a que Ferrajoli (2006) chama de *pallio-positivismo*. Ressalta ainda, que a fixação de alguns teóricos aos valores, representa um retorno a perspectivas jusnaturalistas de índole kantiana e neokantiana: “[...] continuamos reféns de um culturalismo defasado que pretendia fundar o elemento transcendental do conhecimento na ideia sintética de valores, que representariam, por sua vez, o complexo desses valores que comporia o mundo cultural.” (STRECK, 2012, p.63).

Portanto, entende Streck (2012) que é necessário não se utilizar mais da expressão *neoconstitucionalismo* para denominar esse novo constitucionalismo que surgiu depois do pós-Segunda Guerra e denominá-lo de Constitucionalismo Contemporâneo. Isso para “[...] evitar os mal-entendidos que permeiam o termo *neoconstitucionalismo*.” (STRECK, 2012, p. 63).

Acontece que foi necessário alicerçar esse novo constitucionalismo com uma série de teorias jusfilosóficas, uma delas é o pós-positivismo. Observa Fernandes e Bicalho (2011) que a expressão pós-positivismo foi introduzida no

país pela primeira vez por Paulo Benevides em 1995, na quinta edição do Curso de Direito Constitucional. Trata-se de um novo pensamento jusfilosófico, uma nova concepção teórica, em que se reformulou a teoria das normas, das fontes e da interpretação do Direito (FERNANDES e BICALHO, 2011). “O pós-positivismo pode ser descrito, em grandes linhas, como um novo paradigma concebido no âmbito da teoria jurídica de contestação as insubsistências, aporias e limitações do juspositivismo formalista tradicional.” (DINIZ e MAIA, 2006, p. 650).

Observa Diniz e Maia que o pós-positivismo é descrito de três formas: primeiro, como uma terceira via diante das teorias jusnaturalistas e positivistas jurídicas; segundo, “[...] uma nova geração do positivismo jurídico mitigado pelo peso da principiologia jurídica; e ainda para terceiros, o pós-positivismo não passaria de uma variante fraca do jusnaturalismo.” (DINIZ e MAIA, 2006, p. 650). Mas, a grande diferença entre o jusnaturalismo e o pós-positivismo está nos modelos de racionalidade adotados por essas concepções teóricas, aquela adota uma racionalidade prática metafísica, essa uma racionalidade prática pós-metafísica que se baseia em métodos de aplicação.

Tal como o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, é quase impossível pretender apresentar características gerais que englobem todas as perspectivas teóricas pós-positivistas, até porque não há unanimidade entre os teóricos de quais teorias são ou não pós-positivistas. Por isso, diante das diversas características do pós-positivismo, elegeu-se a apresentada por Diniz e Maia (2006), por entender que conseguiu congrega a grande maioria dessas teorias.

Diniz e Maia (2006) entendem que as teorias jusfilosóficas pós-positivistas se caracterizam por cinco aspectos essenciais: o deslocamento de agenda; a importância dos casos difíceis; o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição; a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico; e o papel dos princípios para a resolução dos casos difíceis. Na sequência, será abordado cada uma dessas características:

3.1.1 O deslocamento de agenda

No positivismo jurídico, a preocupação do jurista estava centrada na lógica e na sistematicidade do ordenamento; já com o pós-positivismo, não houve um abandono da preocupação com a lógica e com o sistema, mas sim do formalismo

exagerado. Nessa nova concepção jurídica, o papel dos princípios gerais do Direito, da argumentação jurídica e da hermenêutica ganharam destaque para fins de conhecimento do Direito (DINIZ e MAIA, 2006).

Como ressalta Leal (2007), com essa concepção teórica, a ideia comunitária, impregnada de aspectos valorativos e éticos, destacando uma visão humanística, torna a Constituição aberta para a diferenciação social e para o pluralismo, não podendo mais ser tomada como um sistema normativo completo e fechado. E, nesse contexto, desenvolveu-se uma série de recursos teóricos para interpretação concreta do conjunto de valores e princípios constitucionais.

Com a garantia dos direitos fundamentais, se aperfeiçoa a legislação e a própria ordem jurídica como um todo. Na dimensão objetiva, se incorpora valores objetivos fundamentais da coletividade. O paradigma da ordem subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais vincula todos os poderes do Estado; esses valores não correspondem a um direito suprapositivo (direito natural), mas se tratam de uma operação de racionalização do próprio sistema positivo, resultado de uma combinação de fatores como: legalidade, eficácia social e direito material. E esse caráter principiológico dos direitos fundamentais proporciona uma abertura de interpretação e, conseqüentemente, proporciona uma atividade criativa dos tribunais, o que pode gerar uma crítica legalista de um conflito entre valor e norma (LEAL, 2007; SARMENTO, 2004; SARLET, 2012).

Após a guinada linguística, houve, após os anos setenta no século passado, a chamada guinada interpretativa, que proporciona:

[...] uma modificação da agenda por parte da teoria jurídica contemporânea, que com sua insistência nos problemas colocados pela interpretação transfere o centro de suas atenções da legislação para a decisão e a aplicação, passando então o intérprete e o juiz a ocuparem o lugar antes reservado ao legislador como objeto de análise. (JUST, 2006, p. 395).

A preocupação não está somente com o passado, ou seja, com a lei e a com as decisões, mas também com a interpretação dessas diante da realidade atual para “[...] as soluções futuras para os inúmeros e crescentes problemas enfrentados pela ordem jurídica.” (DINIZ e MAIA, 2006, p. 651).

3.1.2 A importância dos casos difíceis

Nos *casos difíceis* é que se verifica a *mudança de agenda* vista no tópico anterior. Os *casos difíceis* são aqueles em que a norma não é clara ou até que não há norma para resolução do caso. São casos que, nas palavras de Diniz e Maia (2006, p. 652), são “[...] controversos, insólitos, não rotineiros se apresentam quando as práticas legais existentes não fornecem uma resposta definitiva”, diante da incerteza entre várias normas, da antinomia entre normas ou de uma lacuna legal. Como ressalta Calsamiglia:

[...] podríamos señalar que las doctrinas postpositivistas están más interesadas en los problemas que origina la indeterminación del derecho que en describir las convenciones del pasado. No ignoran la institucionalización del derecho pero lo que interesa es lo que está más allá de los límites estrictamente institucionalizados. El centro de atención se ha desplazado a la indeterminación y a la solución de los casos indeterminados. Los casos difíciles ya no serían vistos como casos excepcionales para el estudio del derecho sino que ocupa el centro de la agenda de la teoría del derecho. (CASALMIGLIA, 1998, p. 212).

Diante desses casos difíceis, surge a necessidade de se salientar a importância da interpretação do Direito, não visto mais como um sistema de regras (conforme a perspectiva positivista), mas sim como um sistema de regras e princípios, em que esses também têm força normativa. O juiz, nos casos difíceis, pode e deve buscar o Direito além da regra jurídica, até porque em muitos casos nem regras há. Mas nunca deve abusar de seu poder, desconsiderando a regra quando essa está prevista expressamente. Nas palavras de Barroso:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o deficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. (BARROSO, 2005, p. 41).

Fica claro, portanto, que o pós-positivismo não é um abandono de todos os cânones do positivismo jurídico, até porque nenhuma teoria pós-positivista defende a desconsideração da lei ou da regra jurídica, e sim uma evolução, que implica outra concepção de Direito, na tentativa da superação da

discricionarieidade judicial, com a resolução dos casos difíceis com a decisão com base na normatividade dos princípios.

3.1.3 O abrandamento da dicotomia descrição/prescrição

Em especial nos *casos difíceis*, a doutrina e a jurisprudência não somente descrevem o Direito, mas, também, ao interpretá-lo, criam o Direito. A interpretação trata-se de um processo criativo, em que verifica as regras e princípios existentes (o passado), analisa o caso concreto (o presente) e prescreve, com a interpretação, o Direito (para o futuro). Trata-se de um processo dinâmico, em que

[...] se diluye la rígida distinción entre la descripción y la prescripción. Las teorías del derecho tienden a ofrecer no sólo aspectos cognoscitivos referidos a hechos sociales del pasado sino que tienen también pretensiones prescriptivas, en el sentido de ofrecer criterios adecuados para resolver problemas prácticos. (CASALMIGLIA, 1998, p. 212).

Pode-se afirmar que Kelsen também salientou o papel criativo da jurisprudência, contudo, limitado à moldura legal. E a sua teoria exigia do intérprete um apego à forma, ou seja, a norma se confundia com o texto da lei. Quando o texto fosse aberto ou lacunoso, o juiz poderia decidir de forma livre, não existiam critérios para a liberdade judicial.

Não é assim nas concepções justeóricas pós-positivistas, visto que a norma deve ser interpretada não somente no seu aspecto formal, mas também no material. E a atividade criativa da jurisdição está limitada nas regras, nos princípios e no procedimento. E, assim, visam tentar reduzir a incerteza do Direito e limitar o papel da discricionarieidade judicial.

3.1.4 A busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico

Verificou-se que o jusnaturalismo exige uma racionalidade idealista-racionalista, de ordem metafísica. A racionalidade do jusnaturalismo é buscada em um mundo metafísico-ontológico (modelo platônico) ou na razão subjetiva do próprio agente (idealista-transcendental – modelo kantiano). O positivismo jurídico

repeliu esse modelo de racionalidade, adotou um modelo lógico e instrumental, em que tentou repelir toda a metafísica da ciência jurídica, com a pretensão de tornar o Direito puro.

O pós-positivismo, sem dúvida, foi uma evolução da Teoria do Direito, pois adota uma racionalidade pós-metafísica, que busca compatibilizar uma moralidade universalista assentada no chão do mundo (pós-metafísica). Dessa forma, as correntes pós-positivistas, ao mesmo tempo em que reconhecem uma moral objetiva, materializada como direitos fundamentais nas constituições ocidentais, principalmente no pós-Segunda Guerra, repudiam uma moral de natureza metafísica, como aquela admitida pelas correntes jusnaturalistas.

3.1.5 O papel dos princípios na resolução dos casos difíceis

Em algumas perspectivas pós-positivistas, por exemplo a de Alexy, há uma abertura valorativa do sistema jurídico, ou seja, os valores, que foram expulsos pelo positivismo jurídico³¹, são reinseridos novamente com o pós-positivismo, mas na forma de princípios. A questão é que o valor para o pós-positivismo não se trata de uma ordem normativa metafísica, nem puramente moral, trata-se da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que os torna juridicamente vinculantes.

Segundo Alexy (2011), há uma eficácia objetiva dos direitos fundamentais na forma de princípios, entendidos como mandamentos de otimização. Eles estão associados e vinculados às noções de incerteza, mobilidade, dinâmica do Direito e da Constituição. Observa Larenz (1997, p. 410) que o jurista, diferente do filósofo da Moral, tem as suas pautas de valoração “[...] previamente dadas no ordenamento jurídico, na Constituição e nos princípios jurídicos por ela aceites, mesmo quando necessitem para a sua «aplicação» de outros actos, como uma concretização”.

E a aplicação dos princípios se dá com maior destaque nos casos difíceis, pois, como visto, esses casos se caracterizam por não ter regras claras para a

³¹Como foi visto no capítulo anterior, a maioria das teorias positivistas jurídicas admitem a contribuição dos valores morais na formação do Direito, ou seja, pode haver uma ligação genética entre Direito e Moral. Mas, depois disso, os preceitos morais se tornam preceitos jurídicos, não há uma ligação conceitual entre Direito e Moral, ou seja, há uma separação.

sua resolução ou por ter normas abstratas, imprecisas, abertas. Nesses casos, a solução do positivismo jurídico era que caberia ao juiz dar a resposta de forma livre (discricionária), ou seja, ele deveria criar o Direito; e, ainda, visto que a relatividade era uma das características do positivismo, não havia uma resposta para o caso, o juiz escolheria entre as várias respostas disponíveis.

As teorias pós-positivistas pretenderam colocar um limite nessa discricionariedade, pois entendem que o sistema jurídico não é um sistema somente de regras, mas também de princípios que, “[...] por sua confrontação estruturalmente mais elástica e aberta, atingem aspectos mais amplos de incidência fática e cobrem hipóteses desafiadoras não alcançadas de ordinário por um sistema baseado somente em regras.” (DINIZ e MAIA, 2006, p. 653).

Foram analisadas as principais características do pós-positivismo. Na sequência, serão analisadas as teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, a começar pelo primeiro. Ronald Dworkin, como será verificado, foi o grande responsável pela guinada interpretativa na Teoria do Direito e um marco referencial quando se trata de princípios.

3.2 A concepção de Direito em Ronald Dworkin: qual o lugar e a função dos princípios?

Dworkin constrói a sua teoria por meio de uma crítica ao positivismo jurídico, em especial ao positivismo analítico de Herbert Hart. A principal crítica que Dworkin (2014; 2007) faz à obra de Hart é quanto à interpretação e integração das normas jurídicas quando da decisão judicial. Quanto à discricionariedade na “textura aberta” da norma. Entende Dworkin que a discricionariedade que o positivismo jurídico deixa em aberto, na zona de penumbra das normas jurídicas, trata-se de um tipo de arbitrariedade, pois viola não só o princípio da não retroatividade da lei, como permite que o juiz faça o papel de legislador. Papel esse que não é seu dentro da conjuntura institucional do Estado (RODRIGUES, 2005).

Diante da análise de vários casos práticos, Dworkin (2014), em o “Império do Direito”, propõem um novo conceito de Direito, pois entende que as divergências

nesses casos são teóricas (sobre os fundamentos do Direito) e não empíricas (sobre questões fáticas), ou seja, sobre o conceito de Direito.

O Direito perde o excessivo formalismo, não é mais a mera interpretação lógico-semântica do texto da lei, mas sim a interpretação da lei junto com os princípios norteadores do sistema jurídico feita pelos juízes e operadores do direito. Ele não desconsidera o conceito de regra, a reformula, como diz Ávila (2005, p. 22): “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”.

Essa foi a grande guinada dada por Dworkin, a guinada interpretativa. Chueiri (2006) resume as principais teses defendidas por Dworkin em: a *tese dos direitos*, em que há uma distinção entre princípios e políticas, em que os argumentos jurídicos devem se basear nos primeiros e não nos segundos; seguida pela tese da única resposta certa; que por sua vez conduz a concepção do Direito como uma cadeia (romance em cadeia):

Assim concebido, o Direito experimenta o que se pode chamar de *guinada interpretativa*. Na esteira das teses anteriores Dworkin parte da compreensão do Direito como um conceito interpretativo da prática jurídica. Somente a partir de uma atitude interpretativa (crítico-hermenêutica) em relação à prática jurídica é possível compreender o direito para além de sua descrição, normativamente. (CHUEIRI, 2006, p. 260).

Outra característica essencial da teoria de Dworkin é a visão da necessidade da legitimação moral para o conceito de Direito. Essa característica de sua teoria levou com que vários outros autores o qualificassem como jusnaturalista³². Dimoulis (2006), inclusive, o qualifica com um jusmoralista radical, por entender que existe uma união conceitual entre Direito e Moral, ou seja, que o Direito não pode ser interpretado senão de acordo com as concepções morais da sociedade. Guest (2010) entende que, para Dworkin, a descrição e a objetividade do argumento jurídico não dão conta da justificação moral da coerção do Estado. E que essa avaliação moral deve ser feita de forma objetiva: “Se não houve objetividade e as questões de moralidade fossem apenas uma questão de gosto,

³² A exemplo de Ferrajoli (2012).

não de julgamento, não haveria nenhum sentido em participar de debates sobre tais questões.” (GUEST, 2010, p. 2).

Na sequência, será analisado mais detidamente a teoria de Dworkin, basicamente o que ele entende por interpretação e integridade, questões essenciais da sua teoria, e, portanto, essenciais para esse estudo.

3.2.1 O papel da justiça e da comunidade de princípios no conceito de Direito: o Direito como integridade na visão de Ronald Dworkin

Para Guest (2010), existem duas áreas em que Dworkin tem grande interesse: a interpretação e a ideia de integridade. Ressalta Guest que, em termos de interpretação, a teoria de Dworkin é puramente moral, mas ele confere um status especial à moralidade, que não decorre de sua visão subjetiva, mas sim que está sujeita à revisão, à correção e, em resumo, à razão. Para a teoria de Dworkin, são os princípios de igualdade e liberdade “[...] que justificam as instituições da democracia e do Direito. Ele também afirma que o direito é uma parte integral da democracia, particularmente interessada no papel dos ramos característicos da democracia: a legislatura e o judiciário.” (GUEST, 2010, p. 2).

A sua teoria da interpretação jurídica tem dois pontos fundamentais: primeiro que há sempre uma resposta correta para o Direito e no seu conceito de integridade está englobado o devido processo legal; segundo que essa resposta correta está no contexto de coerência do sistema normativo. Mas, deve ser ressaltado, que Dworkin, ao responder o que é o Direito, não desconsidera o sistema legal, ao contrário, parte dele (RODRIGUES, 2005). Dworkin, não é contrário à descrição e à normatividade do Direito, somente entende que existem conceitos que necessitam ser melhores interpretados e que a mera descrição não consegue fornecer esses significados. Já quanto à normatividade, “[...] como podem se referir apenas a estados de coisas inexistentes, não investem de sentido coisas existentes. Cruamente, a coisa a ser interpretada é, não obstante, uma *coisa*.” (GUEST, 2010, p. 28).

Dworkin toma como base para a sua análise o ponto de vista interno do participante, em especial o do juiz e, assim, critica o convencionalismo (positivismo jurídico) e o pragmatismo jurídico. A principal divergência com o

positivismo é quanto à interpretação das regras, o positivismo utiliza-se de critérios factuais para decisão da veracidade ou falsidade de uma proposição jurídica. Ele se contrapõem a esse recurso, pois entende que o Direito deve ser interpretado de forma conceitual (RODRIGUES, 2005). Ele dispensa a suposta objetividade e clareza prometidas pelo Positivismo Jurídico e “[...] oferece uma descrição interpretativa. Além disso, em sua visão, o melhor sentido moral que se pode extrair do direito exige que não pensemos que o direito se esgota em regras claras.” (GUEST, 2010, p. 131).

Para Dworkin, o Pragmatismo Jurídico é melhor que o Positivismo, pois possibilita uma resposta mais criativa (flexível), “[...] mas o pragmatismo só reconhece decisões conformes a ‘direitos’ individuais como instrumentais para melhorar a sociedade, e esse relato, nos termos de Dworkin, não leva os direitos à sério.” (GUEST, 2010, p. 202). A alternativa apresentada por Dworkin ao Convencionalismo e ao Pragmatismo é o “Direito como integridade” (*law as integrity*). A integridade para Dworkin se coaduna com a ideia de virtude política, de ideal político, ligada à ideia de comunidade de princípios. Trata-se, portanto, da melhor interpretação constitutiva para as práticas legais, em especial, se utilizada nos casos difíceis. Conforme essa perspectiva teórica, as opiniões interpretativas combinam dois tipos de elementos: um voltado ao passado (próprio do convencionalismo) e outro para o futuro (como programas instrumentais pragmáticos) (CAMPOS e ARDISSON, 2013).

Dworkin defende que não existe uma interpretação geral, a interpretação tem que ser feita de forma holística, de modo a congrega uma variedade de valores. Entende que a interpretação jurídica aproxima-se da artística, pois em ambas o intérprete analisa o trabalho iniciado por outra pessoa. Por isso, não deve ser confundido interpretação com criação³³. O intérprete deve respeitar o trabalho que foi iniciado, sem, contudo, prescindir de proceder a uma interpretação criativa, pois deve se preocupar com as intenções e com os propósitos (do intérprete e não do autor) e menos com as causas.

Dessa forma, a interpretação construtiva não transforma o objeto diante do mero desejo do intérprete, mas tenta torná-lo o melhor possível (DWORKIN, 2007, 2014). Ressalta Guest que a teoria de Dworkin não é uma teoria

³³ Ou com criação discricionária do Direito, como entendem algumas correntes positivistas jurídicas.

meramente idealista, pois é sensível a argumentos reais, utilizados pelos juízes na decisão, por isso pode e deve ser testada. “Além disso, o pano de fundo deve ser o melhor sentido moral que se possa tirar dos materiais jurídicos, pois sua teoria é uma teoria do *direito*, não de como as coisas deveriam ser moralmente em um mundo ideal.” (GUEST, 2010, p. 44).

Esse melhor sentido moral a que se refere Dworkin, não é nem a justiça, nem a igualdade, nem a imparcialidade, mas a integridade, que exige coerência com ideais de justiça, igualdade e imparcialidade. Guest afirma que a fusão da teoria jurídica com a teoria moral de Dworkin se dá com a ideia de integridade, que como foi dito, são distintas, mas coerentes com a “[...] justiça, segundo a qual o estado correto de coisas existe na sociedade, e distinta da imparcialidade, uma concepção de igualdade segundo a qual ‘se deve conceder voz a cada ponto de vista no processo de deliberação’.” (GUEST, 2010, p. 44 e 45).

Portanto, a interpretação jurídica deve ser coerente com esse pressuposto de integridade, que tenha por base uma comunidade de princípios como concepção única de justiça e de equidade. Por essa concepção, as proposições jurídicas somente são verdadeiras se decorrem desses princípios, o Direito é visto como um todo, a compartimentação é condenada, mas não pode ser ignorada, pois faz parte da prática jurídica (RODRIGUES, 2005). Como ressaltam Bitencourt, Calatayud e Reck (2014, p. 105): “[...] ao se fundamentarem os princípios em sentimentos de justiça, Dworkin não reconhece os direitos vinculados pelos princípios como oriundos genuinamente da legislação ou da jurisprudência e, sim, como preexistente à sua positivação”.

A coerência é um conceito chave no pensamento de Dworkin, pois fornece racionalidade à argumentação legal. É um critério de legitimidade das decisões judiciais, pois está relacionado com os princípios gerais e com a capacidade das normas do sistema jurídico de fazerem sentido com esses princípios. Ressalta Guest que a coerência não é somente consistência, ou seja, ausência de contradição lógica, mas “deve expressar uma única e abrangente visão de justiça”, para descrever “[...] uma situação em um nível altamente abstrato, onde somos reduzidos a dizer que as coisas devem fazer sentido, ou ‘se sustentar’, sem sermos muito específicos. A coerência só é plenamente compreensível em um contexto específico.” (GUEST, 2010, p. 46 e 47).

A coerência é convocada no “Direito como integridade”, pois as normas devem ser interpretadas e as decisões judiciais prolatadas em conformidade com a história legal e com os princípios ético-políticos da comunidade. A coerência é a chave do sistema legal porque conduz o Direito para uma resposta correta. (RODRIGUES, 2005). Assim, para que um ato normativo seja coerente, deve estar de acordo com a história da comunidade, com os precedentes, e com as normas existentes, buscando sempre um melhor sentido de tudo.

Nestes termos, segundo Dworkin (2014), a atitude interpretativa se dá em três etapas:

Na primeira, “pré-interpretativa”, se identifica as regras que regulam o caso em concreto, exige-se certo consenso quanto a essas regras. Afirma-se a existência da regra, mas sem referência ao seu conteúdo (DWORKIN, 2014).

Na segunda, “interpretativa”, se apresenta a justificação geral dos elementos elencados na primeira fase - o intérprete apenas interpreta, não inventa (RODRIGUES, 2005; GUEST, 2010), “[...] as pessoas entendem suas compreensões do significado das regras a caso não evidentes.” (GUEST, 2010, p. 36). Busca-se o sentido, trata-se da fase significativa para a Filosofia do Direito. Ressalta Guest (2010) que a teoria de Hart é um bom exemplo da fase pré-interpretativa, mas com elementos interpretativos. É pré-interpretativa “[...] porque é um bom relato que as pessoas aceitariam (e aceitam) como descrição razoavelmente precisa do direito” (GUEST, 2010, p. 35); e interpretativa porque “[...] valeu-se da identificação empírica factual de razões para considerar certos critérios como determinando o que era direito.” (GUEST, 2010, p. 35).

Na terceira, “pós-interpretativa ou reformuladora”, o intérprete molda a sua ideia a cerca do que a prática requer, de modo a servir como justificação, sempre buscando o melhor sentido da norma, conforme os critérios de integridade e coerência. Adverte Guest (2015) que, para Dworkin, o argumento moral está na essência do argumento jurídico e, por isso, afirma que o Direito é uma justificação moral para coerção estatal, portanto, o conceito de Direito “[...] é um conceito por meio do qual entendemos que o sentido do direito é limitar e autorizar a coerção estatal.” (GUEST, 2010, p. 38). Isso ficará mais claro no próximo tópico quando se tratará dos princípios. Assim, resume Dworkin:

Finalmente, essa pessoa vai precisar de convicções mais substantivas sobre os tipos de justificativa que, de fato, mostrariam a prática sob uma melhor luz, e de juízos se a hierarquia social é desejável ou deplorável, por exemplo. Essas convicções substantivas devem ser independentes das convicções sobre adequação que descrevemos há pouco; do contrário, estas últimas não poderiam exercer coerção sobre as primeiras, e, ao final, a pessoa não poderia distinguir interpretação e invenção. (DWORKIN, 2014, pp. 83 e 84).

Para demonstrar essa metodologia, devido à associação de Dworkin ao movimento *Law and Literature*, ele utiliza-se da metáfora “romance em cadeia” (*chain novel*) para explicar e identificar a prática legal como um exercício interpretativo. Dworkin (2014) atribui um papel ativo às disposições legais, pois combina elementos descritivos e avaliativos e estabelece um elo entre a Literatura e o Direito (RODRIGUES, 2005). Compara o trabalho do juiz como um autor de um romance em cadeia, que pegou a obra já iniciada, mas não terminada. O romancista, no caso do romance em cadeia, tem que ser intérprete e criador do romance ao mesmo tempo, pois deve interpretar e considerar o que já foi escrito, para criar a sua parte de forma coerente com o todo (DWORKIN, 2014). Esse método reforma a tese não intencionista de Dworkin, visto que o que importa não é a intenção dos autores anteriores, mas a interpretação do contexto da obra coletiva (RODRIGUES, 2005).

O prius metodológico é o caso jurídico. A norma é o produto da interpretação do texto da lei e não o texto da lei. O objeto é orientado como critério normativo jurídico para a solução do problema. A norma deve ser encarada na perspectiva do caso em concreto e no quadro do sistema. O texto é o ponto de partida para interpretação jurídica e se estabelece uma dialética entre norma e o caso. A interpretação jurídica se consuma na continuidade entre a interpretação, aplicação e integração (RODRIGUES, 2005). Trata-se de um excelente exemplo de aplicação de coerência no Direito como integridade, pois: “Como no romancista em cadeia, as conclusões pós-interpretativas do juiz, consubstanciadas na decisão judicial, devem ser derivadas de interpretação que se adapte aos fatos anteriores e, na medida do possível, os justifique.” (DECAT, 2015, p. 225).

Portanto, o Direito como integridade não abandona o Convencionalismo (e, conseqüentemente, o Positivismo), mas parte dele. Ressalta Habermas (2003)

que Dworkin pretendeu criar uma Teoria do Direito e não uma Teoria da Justiça, por isso, os princípios para ele não são princípios de justiça, mas determinações de objetivos válidos, de modo que se possa justificar uma ordem jurídica concreta, em que as decisões tomadas sejam encaixadas de forma coerente.

Verifica-se que, ao contrário que muitos pensam, a teoria de Dworkin não é jusnaturalista, em que pese que, na busca da resposta certa, e nas decisões que o intérprete tem que fazer em cada uma das fases da interpretação, ele tenha que se utilizar da intuição. Reconhece Guest (2010, p. 18) que a abordagem de Dworkin é “intuitiva e prática”. Por ser intuitiva, traz consigo muito do subjetivismo do intérprete e isso faz com que ela possa ser solipsista e deixe alguma margem para discricionariedade. Embora, como adverte Guest (2010, p. 18), “Dworkin nos oferece muitos de seus discernimentos intuitivos, misturados com tentativas de explicá-los em um relato estruturado”.

Visto o que Dworkin entende por interpretação e integridade, é necessário avançar para verificar o que Dworkin entende por regras e princípios (e como devem ser aplicadas: método do Juiz Hércules); bem como, qual é a sua crítica à discricionariedade judicial.

3.2.2 As regras e princípios para Ronald Dworkin: dos conceitos ao modo de solução de conflitos/colisões

A ausência de normatividade dos princípios e, até a ausência dos princípios no conceito do Direito, bem como a discricionariedade da decisão judicial na zona de penumbra da norma são as maiores críticas que foram feitas por Dworkin ao Positivismo Jurídico. Mas, como visto, não foram as únicas, pois o seu conceito substancialista de regra jurídica, difere do conceito formalista do Positivismo Jurídico.

Dworkin rejeita as bases do Positivismo Jurídico, pois entende que a postura meramente descritiva (pré-interpretativa) é somente uma fase do argumento jurídico. Pois o argumento jurídico exige justificação (fase interpretativa) e que lhe seja dado o melhor sentido moral (fase pós-interpretativa), trata-se do Direito como integridade. Por isso, entende que o Positivismo trata-se de uma perspectiva teórica superada e é “inevitavelmente contraditório, pois, apesar de

apenas reconhecer como direito o que for previamente convencionado como direito, ele admite que o juiz possa, discricionariamente, 'criar' a norma.” (CAMPOS e ARDISSON, 2013, p. 255).

Para Dworkin, toda norma é composta por princípios e tais princípios não podem ser explicados pela regra de reconhecimento (BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014; RODRIGUES, 2005). Segundo Lois, para Dworkin, as regras são normas que:

se aplicam na forma do tudo ou nada; princípios aplicam-se numa dimensão de peso e importância; e políticas são aquelas que fixam objetivos a serem alcançados, visando melhorias políticas e sociais. Diferenciam-se dos princípios, pois estes devem promover às exigências de justiça ou de equidade. Assim, ele vai defender a co-existência de direitos morais ao lado de direitos legais, sendo que estes não têm necessariamente primazia sobre os primeiros. A moralidade, por seu turno, encontra-se albergada nos princípios, porém ele alerta que a relação entre direito e moral é bastante problemática e necessita de critérios claros para seu uso. (LOIS, 2006, p. 274).

Isso porque os princípios têm como característica serem gerais e indeterminados e a colisão de princípios deve ser analisada no caso em concreto, ponderando de acordo com o peso e a importância de cada um. O princípio que tiver maior peso preponderará sobre o outro, mas o princípio preterido manterá a validade. Dessa forma, o sistema jurídico para Dworkin não é um sistema de regras, mas sim um sistema de regras e princípios (BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014).

Mas, segundo Guest (2010), com o “Império do direito”, Dworkin refinou a sua teoria, a base da sua teoria está na integridade, que exige coerência entre ideais de justiça, imparcialidade e igualdade, ou seja, um ajuste. Esse ajuste nos casos em que a norma for uma regra se dá de maneira mais simples, mas nos casos difíceis, quando não existir regra (ou regra clara), precisará de um processo argumentativo mais elaborado, com base em princípios.

Ressalta Habermas que, para Dworkin, os princípios têm um caráter deontológico, por isso que não são arbitrários, pois, tendo fundamentação deontológica, eles terão “[...] um valor posicional na lógica da argumentação, o qual explica por que as fontes de fundamentação disponíveis no discurso são suficientes para ir além de justificativas e fundamentar as próprias premissas” (HABERMAS, 2003, p. 262). Por isso, é necessário que haja a integração dos

princípios na decisão judicial dos casos difíceis. O Direito, portanto, é mais do que a lei para Dworkin, não se esgota no conteúdo das regras legais e, muito menos, na interpretação semântica dessas regras. Assim, com base nos princípios, Dworkin constrói uma teoria que visa desautorizar a discricionariedade judicial, sustenta um modelo jurídico que tem bases muito mais materiais do que formais (RODRIGUES, 2005).

Para Dworkin, é dever do juiz eliminar a arbitrariedade da decisão, descobrindo o direito específico das partes em um conjunto coerente de princípios que provêm da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade. Mas, para identificar esses princípios, primeiro deve diferenciá-los de políticas. A diferença do conceito de princípios para o de políticas, para Dworkin, é que: Os argumentos políticos são utilizados pela prática legislativa com o fim de apresentar uma solução para um grupo, ou seja, visa um fim coletivo, que pode ter um caráter econômico, político ou social; já os princípios visam proteger ou garantir um direito individual ou coletivo, mas dizem respeito a questões de justiça, equidade, ou seja, tem uma dimensão moral. São os princípios, não a política, que informam a prática judicial (BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014; RODRIGUES, 2005).

Segundo Guest (2010, p. 64), “[...] em linhas gerais, princípios descrevem direitos, e políticas descrevem metas”. Os princípios nunca podem ser reduzidos a políticas, ou seja, o juiz não pode afastar um princípio que visa garantir um direito em prol de uma meta utilitarista (política), mesmo que essa meta vise beneficiar grande parte da comunidade: “Isso é confirmado pela conhecida afirmação de Dworkin de que direitos são ‘trunfos’ que vencem metas utilitaristas.” (GUEST, 2010, p. 67).

Para materializar a sua perspectiva ideal do processo interpretativo (que leva em consideração a integridade e coerência), Dworkin (2014) cria a figura idealizada do juiz Hércules que, como a figura mitológica, é capaz de realizar façanhas impossíveis, pois é dotado de uma imensa capacidade e de uma paciência infinita. Com o procedimento utilizado pelo juiz Hércules para julgar, Dworkin pretende demonstrar que os juízes devem se valer dos princípios de justiça e, também, ter atenção com os objetivos e estratégias políticas da sociedade na qual se está inserido.

Ressalta Dworkin (2014) que o juiz não é um legislador, por isso suas decisões não podem ter por base questões políticas, mas sim basear-se em princípios. Deve questionar se a sua decisão estava de acordo com o precedente e verificar se ela é coerente com uma rede de estruturas e decisões da comunidade, excluindo as decisões que não forem coerentes com a prática jurídica. Segundo Habermas, o juiz Hércules faz a sua análise:

Partindo da moldura constitucional e passando pelas normas particulares do direito constitucional, simples leis e direitos consuetudinários, até decisões de princípios, comentários e outras fontes de direito, cresce a contingência dos contextos de surgimento e, com isso, o espaço para uma avaliação retrospectiva modificada. Dworkin discute, de maneira convincente, os pontos de vista sob os quais, por exemplo, precedentes têm pesos diferentes para decisões atuais, de tal modo que Hércules “pode deixar fora de consideração uma determinada parte da história institucional”. Uma teoria reconstrutiva do direito deve ser suficientemente seletiva, a fim de permitir precisamente uma decisão correta, a qual define quais as pretensões que um partido pode fazer valer no quadro da ordem jurídica existente, o que equivale a dizer quais os direitos que lhe competem objetivamente. A teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional do presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça. (HABERMAS, 2003, p. 264).

Seguindo tal procedimento, o juiz Hércules conseguirá criar um esquema de princípios concretos e abstratos que propicie uma justificação coerente da decisão com todo o sistema na qual ela está inserida (RODRIGUES, 2005). “Assim, para Dworkin, a atitude “hercúlea” do guardião da Constituição – a busca do melhor argumento derivado dos princípios – sintetiza o papel da Corte Constitucional numa democracia.” (BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014, p. 119).

Com base nessa distinção, Dworkin tem mais dois argumentos contra a discricionariedade judicial admitida pelo Positivismo Jurídico: primeiro que se contrapõe ao princípio da separação dos poderes, visto que, ao estabelecer metas utilitaristas (políticas) o juiz legislaria e usurparia um poder que não é seu; e, segundo (e, pior), que essa política aplicada de forma discricionária pelo juiz trata-se de um caso concreto de norma superveniente que retroage no tempo, o que contraria um dos princípios da legalidade: “Se os juízes inventam o direito em casos difíceis, segue-se que as partes são sujeitas à lei que, por hipótese, não

estava em vigor quando dos acontecimentos ocorreram.” (GUEST, 2010, p. 168). E, com base nessa distinção de políticas e princípios, é que Dworkin afasta o Pragmatismo Jurídico, pois entende que os direitos não podem ser vistos como meros instrumentos para melhorar a sociedade. (DWORKIN, 2014)

Para finalizar, é importante para este estudo, verificar o que Dworkin entende sobre as regras de Direito Penal, até porque, o caso a ser analisado no terceiro capítulo trata-se de uma garantia penal (presunção da inocência). A obra de Dworkin não trata de Direito Penal, trata de Teoria do Direito, mas pode-se verificar pelo que já foi visto e, pela análise de algumas passagens, o que Dworkin entende sobre esta matéria.

Primeiramente, tem que ser feita uma importante constatação, em que pese Dworkin ser um crítico do convencionalismo, ele admite o convencionalismo, inclusive o convencionalismo unilateral, o exemplo é a área do Direito Penal. Isso porque nessa área o Direito gera expectativas razoáveis para as pessoas que não podem ser frustradas. Por isso, o Estado não pode responsabilizar criminalmente uma pessoa, ou agravar a sua pena, ou impor qualquer medida coativa que atente contra o seu *status libertatis*, senão por meio de lei. Nesse sentido, Dworkin:

Em uma área, a do direito penal, a prática anglo-americana é muito próxima do unilateralismo. Acreditamos que uma pessoa não deve ser culpada de um crime, a menos que a lei (ou outro tipo de legislação) que estabelece esse crime seja tão clara que a pessoa em questão tivesse conhecimento da natureza criminosa de seu ato, ou pudesse tê-lo, se houvesse feito uma tentativa séria de descobrir isso. Nos Estados Unidos, esse princípio tem o *status* de princípio constitucional, e em várias ocasiões a Suprema Corte já reverteu condenações criminais porque o suposto crime era definido de maneira demasiado vaga para ser conhecido. (DWORKIN, 2014, p. 174).

Nesse ponto, a respeito da tese da força gravitacional em casos difíceis, observa Guest (2010), que Dworkin entende não ser possível impor uma pena com base em um precedente. Ele distingue a “imparcialidade” (questão da estrutura correta) de “devido processo procedimental” (questão dos procedimentos corretos de aplicação regras e regulamentos). E afirma que a

imparcialidade como questão de estrutura correta do sistema, sustenta o direito da legislatura legislar. Nesse sentido:

A distinção entre concepção de imparcialidade do “devido processo” e a concepção de “vontade da maioria” coloca em relevo a virtude da codificação do direito criminal. Não é apenas a clareza do código que é importante, embora isso seja de valor indubitável, mas o tipo de imparcialidade que está envolvida na aplicação no direito criminal. (GUEST, 2010, p. 64).

Dworkin em “Levando os Direitos à Sério” reconhece que há uma geometria diferente entre os casos criminais e civis e, como vimos, no “Império do Direito”, ele entende ser o Direito Penal um caso de convencionalismo unilateral, de modo, “[...] que ele protege as pessoas de todas as maneiras possíveis.” (DWORKIN, 2014, p. 173). E diante da diferença que Dworkin faz de princípios (garantia de direitos) e política (metas utilitaristas), não há possibilidade de se impor ou agravar uma pena (ou qualquer outro gravame criminal) com base em princípios, somente poderá ser feito isso com base na lei.

Dessa forma, não há casos difíceis em se tratando de Direito Penal, pois ele exige regras jurídicas claras e precisas. Os princípios estão na base dessas regras e exercem uma força gravitacional em prol do direito de liberdade (*in dubio pro reo* e o da presunção de inocência).

Analisou-se a teoria de Dworkin, o que ele entende por interpretação e integridade, bem como o espaço dos princípios e a sua normatividade. Verificou-se, também, em que pese Dworkin seja um crítico da discricionariedade judicial, a sua teoria por incentivar que o intérprete utilize-se muito da intuição na busca da resposta correta, também abre certo espaço para a subjetividade desse intérprete, o que permite certa discricionariedade na decisão. É o que Dworkin (2014) chama de discricionariedade em sentido fraco (em oposição à discricionariedade em sentido forte do Positivismo Jurídico).

Resta agora, analisar a teoria pós-positivista de Robert Alexy. Para Alexy, os direitos fundamentais não constituem uma ordem neutra, mas fornecem princípios objetivos para pautar a vida em comum. Essa eficácia de irradiação determina a sua condição objetiva e fornece diretrizes para a aplicação do direito infraconstitucional. No próximo tópico, será visto no que consiste a teoria de pós-

positivista de Alexy, no caso, como se dá a inclusão dos valores no sistema jurídico; posteriormente, será analisado o conceito de regras e princípios na sua Teoria dos Direitos Fundamentais, e a forma de resolução dos conflitos e colisões; por fim, a metodologia de aplicação da sua Teoria da Argumentação Jurídica. E, assim, se atingirá o objetivo específico do capítulo.

3.3 O Conceito de Direito para Robert Alexy e o lugar dos princípios

Dimoulis (2006) classifica a teoria de Alexy³⁴ como um pós-positivismo (jusmoralismo) moderado na dimensão da interpretação, pois entende que o Direito é composto de regras e princípios, sendo que esses, devido a sua abstração, permitem a abertura para interpretação com base nos valores morais.

Alexy, contudo, qualifica a sua teoria como “não positivista”, isso porque a proposta pós-positivista pretende ser uma superação do Positivismo Jurídico (caso da teoria de Dworkin), não é o que pretende Alexy com a sua teoria, ele pretende fazer uma complementação ao Positivismo Jurídico (GEREMBERG, 2006). A teoria de Alexy não seria, portanto, uma superação, mas uma evolução da perspectiva positivista jurídica. Nesse sentido, nas palavras de Alexy:

Eu sempre fui profundamente influenciado especialmente por Hans Kelsen, Herbert Hart e Alf Ross, que são todos positivistas. Eu nunca desistiria do que aprendi com eles. Neste aspecto penso que estamos todos sustentados nos ombros dos grandes positivistas do século vinte. Mas não é suficiente ser um positivista, porque a lei positiva, que é o primeiro passo, suscita uma “pretensão de correção”. E não é a partir de um ponto de vista metafísico externo que trago a “pretensão de correção” para o campo jurídico. A “pretensão de correção” já se encontra na lei positiva, está sempre implícita na lei positiva e alcançou enorme importância devido ao que Hart intitula “textura aberta”, ou seja, a textura aberta de cada e toda lei positiva. (WOLF, 2003, p. 319).

Alexy entende que sua teoria se aproxima da teoria de Kelsen, com o diferencial de que a complementa com a pretensão de correção. Para ele, o Direito tem uma relação com a razão prática, pois existe uma relação entre as

³⁴ Robert Alexy trata-se de um jusfilósofo alemão que teve como principais obras: a Teoria da Argumentação Jurídica, foi a sua primeira obra de destaque na área do Direito, tratou-se de sua tese de doutorado, apresentada em 1976; posteriormente, em 1985, como tese de livre docência, publicou a Teoria dos Direitos Fundamentais; e, por fim, em 2002, O Conceito e a Validade do Direito. (ALBUQUERQUE, 2006,b; GEREMBERG, 2006).

normas e uma pretensão de correção, para isso, estabelece critérios para um sistema de regras de discurso. As normas somente serão consideradas corretas com a fundamentação da razão prática (discurso prático), “[...] pelo que Alexy dá unidade a tradição kantiana ao endossar a ideia de que normas morais e juízos são dotados de pretensão da validade, capazes de serem compreendidos cognitivamente.” (ALBUQUERQUE, 2006, b, p. 33).

Portanto, Alexy defende a reabilitação da razão prática e, ressalta Geremberg (2006), que a sua teoria pode ser sistematizada respeitando o “trialismo”, que significa observar três passos: 1º) Estabelecer uma relação entre direito e moral; 2º) Criar uma teoria de “direitos fundamentais”; 3º) Estabelecer uma teoria da “argumentação jurídica” (GEREMBERG, 2006). Nos próximos tópicos, serão analisados cada uma desses passos, a começar pela ideia de Alexy da relação do Direito com a Moral.

3.3.1 A relação do Direito com a Moral (pretensão de correção)

Como visto, a teoria de Alexy pretende reabilitar a razão prática no Direito por meio da racionalização da Moral e sua reintrodução no conceito de Direito. Essa reabilitação se dá pela correlação analítica entre Direito e Moral, que ocorre em dois sentidos: pela fundamentalidade das prescrições morais e pela pretensão de correção. Assim, a concepção de Direito de Alexy tem uma parte institucional, composta pela lei e procedimentos de formação (juspositivista de eficácia social) e outra ideal ou discursiva, composta por essa pretensão de correção (jusnaturalista). Então, as normas têm que ser formalmente válidas, mas agregadas com o conteúdo de correção (ALBUQUERQUE, 2006,b; GEREMBERG, 2006).

No entendimento de Geremberg (2006), o conceito de razão prática para Alexy tem a ver com o “trialismo” da sua teoria, em que a pretensão de correção compõe a sua primeira parte, no caso, faz parte do conceito de Direito. Essa concepção de correção, por estar atrelada à Moral, dá a necessária legitimidade ao Direito. Trata-se de uma pretensão de justiça que se alcança por meio de um procedimento discursivo, baseado em um “[...] ‘código da razão prática’, extremamente democrático e equânime, sendo requisito para a juridicidade do

ordenamento jurídico, condicionando a legitimidade da norma à sua satisfação. Através da 'pretensão de correção', a moral e o Direito se inter-relacionam." (GEREMBERG, 2006, p. 21 e 22).

Portanto, para Alexy, o Direito está vinculado à Moral e essa vinculação se dá de forma com que os participantes do ordenamento afirmam a legitimidade da norma e a legalidade do seu procedimento.

Alexy (2009) entende que o conceito do Direito parte: Primeiro, de um sistema de normas com pretensão de correção. Segundo, esse sistema tem uma estrutura hierárquica, em que se pode aferir a validade formal, a eficácia social e a correção das normas. Nessa estrutura, a Constituição tem validade social ampla e, logo, valida o sistema como um todo. Terceiro, fazem parte dessa estrutura os princípios e os argumentos normativos, que são a base do procedimento de aplicação do Direito e o legitimam com a pretensão de correção.

Ressalta Geremberg (2006) que esse sistema tem duas premissas: inclui uma definição de validez, ou seja, tem um contexto institucional (promulgação, aplicação e imposição do Direito) e é entendido a partir do ponto de vista interno do participante, em especial, do juiz.

O significado do Direito para Alexy (2009) corresponde a três argumentos: 1º)

O **argumento da correção**, que dá base aos demais. Quando a pretensão de correção não for formulada de forma explícita ou implícita nos sistemas jurídicos, "[...] possui um aspecto classificante, acarretando na perda da qualidade jurídica. Terá um aspecto qualificante, no sentido de denotar uma deficiência, uma falha, sem, contudo, perder a juridicidade, quando for formulada mas não for satisfeita." (GEREMBERG, 2006, p. 31 e 32). É o argumento que dá legitimidade à norma, deve ser observada em todas as fases de criação dessa, tanto na criação (ato legislativo), quanto na aplicação (ato judicial). E também tem uma relação com a democracia, pois o procedimento da 'pretensão de correção' (código da razão prática), é discursivo e inclusivo, e "[...] se fundamenta na capacidade comunicacional do participante, impedindo qualquer tipo de exclusão que não a argumentativa." (GEREMBERG, 2006, p. 32).

2º) O **argumento da injustiça**, que se baseia da fórmula de Radbruch:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el Derecho Positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insuportable que a ley, en tanto 'Derecho injusto', tenga que ceder ante la justicia. (RADBRUCH, 1980, p. 37).

De acordo com Trivisonno (2015), Alexy assevera que o argumento da injustiça vale tanto para as normas jurídicas isoladas, como para todo o sistema jurídico. Isso porque um grande número de normas injustas afeta a validade de todo o sistema jurídico. Alexy entende que o sistema jurídico somente entra em colapso “[...] se a perda do caráter jurídico por parte das normas extremamente injustas afetasse a norma (geral) de competência do sistema.” (TRIVISONNO, 2015, p. 99). E a consequência disso não é o estabelecimento de uma ordem provisória, baseada no costume ou no direito natural, visto “[...] que a aplicação do argumento da injustiça a ordens jurídicas não traz consequências além daquelas que se obtém quando ele é aplicado a normas isoladas.” (TRIVISONNO, 2015, p. 100).

3º) O **argumento dos princípios**, é o argumento que faz a conexão entre o Direito e a Moral. Os princípios são aplicados nos casos difíceis, quando existe uma “textura aberta” da norma (nas palavras de Hart). Nesses casos, deve o juiz utilizar-se da ponderação de princípios (ALEXY, 2009). Segundo Geremberg (2006), esse argumento se desdobra em três teses: da incorporação, que sustenta que todo o ordenamento jurídico possui princípios; da moral, que os princípios têm cunho moral; e da correção, que é a aplicação da correção no argumento de princípios, de modo que se deve sempre aplicar a moral correta que, no caso, “[...] obedece a um procedimento discursivo universal baseado na fundamentação e que irá aferir o maior grau possível de racionalidade à razão prática. Este procedimento Alexy desenvolveu e nomeou 'código da razão prática'.” (GEREMBERG, 2006, p. 34).

Para Alexy somente a ponderação de princípios não consegue evitar a arbitrariedade, por isso é necessário a complementação com um procedimento de argumentação jurídica, que se dá com a observância do referido código. E assim define o Direito de forma tríplice, como um conjunto de regras, princípios (parte

passiva do sistema jurídico) e procedimentos de aplicação dessas regras e princípios (parte ativa do sistema jurídico) (ALEXY, 2009).

Visto o conceito de Direito vinculado à Moral de Alexy, fundado nos três argumentos (correção, injustiça e princípios), é necessário verificar a segunda ponta do triângulo da sua teoria, em especial como se dá o conflito de regras e a colisão de princípios.

3.3.2 O conflito e regras e a colisão de princípios na teoria de Robert Alexy: como reduzir a discricionariedade judicial

Alexy desenvolve uma Teoria de Direitos Fundamentais que tem como objeto e natureza: em primeiro lugar, a Constituição alemã, ou seja, Alexy desenvolveu “[...] uma teoria dos *direitos fundamentais da Constituição alemã*; em segundo lugar, uma teoria *jurídica*; e, por fim, uma teoria *geral*.” (ALEXY, 2011, p. 33). Tal teoria pretende fazer uma análise dogmática da Constituição (e não filosófica ou sociológica, por exemplo) e essa análise dogmática se dá em três perspectivas ou dimensões: analítica, empírica e normativa. A dimensão *analítica* visa analisar conceitos elementares da dogmática jurídica, construções jurídicas, a estrutura do sistema jurídico e a fundamentação dos direitos fundamentais. Na dimensão *empírica*, Alexy se interessa com a cognição do direito positivo válido (ALEXY, 2011).

E, por fim, na dimensão *normativa* “[...] avança para além do simples estabelecimento daquilo que, na dimensão empírica, pode ser elevado à condição de direito positivo válido, e diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial.” (ALEXY, 2011, p. 35). Na dimensão normativa, surge o problema da complementação, quando o direito positivo precisa ser preenchido, em suas lacunas, com a fundamentação racional por meio de juízos de valores (ALEXY, 2011).

Para Alexy, a combinação dessas três dimensões é uma condição básica de racionalidade da Ciência do Direito:

Em face das três dimensões, o caráter prático da Ciência do Direito revela-se com princípio unificador. Se a ciência jurídica quiser cumprir sua tarefa prática de forma racional, deve ela combinar essas três dimensões. Ela deve ser uma disciplina integradora e multidimensional:

combinar as três dimensões é uma condição necessária da racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática. (ALEXY, 2011, p. 37).

Por isso que, como já foi dito antes, Alexy considera que a sua teoria é uma evolução do Positivismo Jurídico e não uma superação, pois considera a dimensão analítica (sistema de normas) e empírica (validade) como indispensáveis para a racionalidade da Ciência Jurídica.

Depois de delimitar o objeto da sua teoria, Alexy estabelece o conceito de norma. Para isso, primeiramente, ele diferencia norma de enunciado normativo. Enunciado normativo trata-se do texto, já a norma é o significado desse texto. O texto pode ser expresso de várias formas e ter um único significado. Alexy dá o exemplo da norma de proíbe a extradição de alemães. Ela pode ter os seguintes enunciados normativos: “É proibido extraditar alemães” ou “Alemães não podem ser extraditados”, mas o significado dos dois enunciados, no caso a norma, é o mesmo (ALEXY, 2011, p. 54).

Assim, deve-se buscar critérios para identificação das normas com auxílio de modalidades básicas deônticas, que são: as do dever, as da proibição e as da permissão. Acontece que algumas normas podem ser semanticamente abertas, ou seja, ter o seu conteúdo indeterminado. Isso pode ser resolvido pelo estabelecimento de regras semânticas que esclareçam o significado da norma, feita pelo legislador ou pelo Tribunal Constitucional. É o que Alexy chama de “relação de refinamento”:

Elas são necessárias quando a norma expressa pelo texto constitucional tem que ser aplicada a casos concretos. Se normas desse tipo não fossem aceitas, não ficaria claro o que é obrigado, proibido ou permitido de acordo com o texto constitucional (isto é, de acordo com a norma por ele diretamente expressa). Esse tipo de relação entre normas mencionadas e texto constitucional deve ser denominado de “relação de refinamento”. (ALEXY, 2011, p. 72).

Assim, Alexy divide as normas de direitos fundamentais em dois grupos: “[...] as normas de direitos fundamentais estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direitos fundamentais atribuídas” (ALEXY, 2011, p. 73). Mas isso pode trazer várias dificuldades para a definição dessas normas, que só podem ser superadas pela argumentação.

É aí que entra a distinção teórico-estrutural entre regras e princípios, que é um dos pilares da sua teoria dos direitos fundamentais. “Essa distinção é a base da teoria dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.” (ALEXY, 2011, p. 85). Entende Alexy que regras e princípios são espécies do gênero norma, porque ambos podem expressar fórmulas de obrigação, permissão e proibição, e a diferença entre elas é qualitativa. A diferença entre regras e princípios é que esses são mandamentos de otimização, no sentido de que ordenam que algo seja realizado na medida possível, em graus variados, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. A sua aplicação se dá por meio da ponderação (ALEXY, 2011, 1999 b).

Já as regras tratam-se normas que são satisfeitas ou não: válida, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige (nem mais, nem menos), pois contêm determinações daquilo que é fática e juridicamente possível. “Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não de grau.” (ALEXY, 2011, p. 91).

Segundo Alexy, a distinção qualitativa de regra e princípio fica mais clara no conflito de regras e nas colisões de princípios. O conflito de regras pode ser resolvido com a introdução de uma cláusula de exceção ou com a declaração de invalidade de uma das regras. A regra é válida e aplicável ao caso concreto, ou é inválida. Nas palavras de Alexy (2011, p. 92): “Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si válidos”.

A solução é diversa para o caso de colisão de princípios. Se dois princípios colidem, um terá que ceder. Mas, o princípio cedente não deve ser declarado inválido, pois um princípio pode ter precedência sobre o outro em determinadas condições. O conflito entre regras ocorre na dimensão de validade e as colisões entre princípios na dimensão do peso (ALEXY, 2011).

A lei da colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base na solução do caso concreto. Condicionada porque nenhum princípio goza de precedência absoluta sobre outro

princípio. O sopesamento consiste na alusão às condições de precedência e na fundamentação da tese segundo a qual, sob essas condições, um princípio prevalece sobre o outro. A lei da colisão é um dos fundamentos da teoria dos princípios, pois reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: primeiro, na inexistência absoluta de precedência e, segundo, na sua referência a ações e situações que não são quantificáveis (ALEXY, 2011).

Quanto à ponderação de princípios, Geremberg faz uma interessante observação, no sentido de que a teoria de Alexy aproxima conceitos de justa medida aristotélica, com uma leitura discursiva e procedimental próprias do modelo de moralidade de Kant:

Ainda que a filiação maior de Alexy seja a Kant, aprimorada por uma versão procedimental de moral, isto não invalida a absorção de elementos da 'ética eudaimônica' de Aristóteles já que muitas são as aproximações possíveis entre ambas as propostas. Pelo contrário, ao que nos parece Alexy consegue fazer uma leitura discursiva e procedimental da justa medida aristotélica, aproveitando os elementos em Aristóteles, e relacionando-a a uma visão de moral universal kantiana revista discursivamente por Habermas. (GEREMBERG, 2006, p. 38).

Dessa forma, pretende Alexy introduzir os princípios no ordenamento jurídico, mas evitar que eles se tornem um tipo de coringa desse ordenamento, sufocando-o, de modo que toda lesão fosse considerada uma lesão a um direito fundamental. Para isso, uma Constituição deve ser equilibrada normativamente, de modo a não ter respostas para tudo, mas, também não deixando todas as questões em aberto. O equilíbrio se consegue identificando o “espaço para o jogo” e ponderando os princípios de maneira racional dentro desse espaço (GEREMBERG, 2006).

Com “espaço do jogo”, Alexy entende que a ponderação somente poderá ser usada em determinados momentos, sendo inadequada em outros em que a Constituição dispensa a ponderação. Os espaços de ponderação são de dois tipos: estruturais, trata-se de uma possibilidade legislativa, visto que nesses espaços não há nenhuma espécie de proibição ou de obrigação constitucional; e sistêmicos, em que “[...] há um desconhecimento, uma ignorância quanto ao que está ordenado, proibido ou deixado ao arbítrio do legislador. Paira a dúvida se existe uma proibição ou ordem, ou se há a discricionariedade.” (GEREMBERG,

2006, p. 46). Esses espaços estruturais são organizados em: espaços para fixação de fins, espaços para eleição de meios e espaços para o “jogo da ponderação”, no caso para aplicação dos princípios (GEREMBERG, 2006).

Essa questão é importante para esse estudo, o procedimento de ponderação se realiza para aplicação de princípios, isso porque, segundo Alexy, existe um distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas somente *prima facie*, pois determinam que algo seja realizado dentro da medida do possível, observadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Assim, podem ser afastados por outros princípios antagônicos (ALEXY, 2011).

Agora, a regra, caso não haja alguma causa (ou regra) de exceção, é aplicada por meio de um procedimento de subsunção, de forma binária, de tudo ou nada. No caso de regra, a norma estabelece algumas condições/requisitos que foram ou não implementados no caso concreto. Se foram, aplica-se a regra, se não foram, não aplica-se. Portanto, se forem implementadas as condições jurídicas e fáticas para aplicação da regra, “[...] vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.” (ALEXY, 2011, p. 104). Não há ponderação para regras jurídicas.

Pode-se dizer que os princípios têm um caráter *prima facie* e as regras têm um caráter definitivo. Isso, por exemplo, é o que entende Dworkin (2002). Para Alexy (2011), esse modelo é muito simples, é necessário um modelo diferenciado. Então, quando às regras, há possibilidade de se estabelecer regras de exceção, nesse caso, as regras perdem a sua condição definitiva. Alexy também admite a possibilidade de que pode haver ponderação entre uma regra e um princípio, mas a ponderação se dá não com a regra propriamente dita, mas sim com o princípio que está na base da regra. Nesse caso, a regra não cede ao princípio que se opõe ao princípio que está na base da regra, isso porque:

Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados “princípios formais”. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais

forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de se atribuir algum peso a esse tipo de princípios – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que as regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*. (ALEXY, 2011, p. 105).

Por isso que, esclarece Alexy (2011), o enfraquecimento da regra devido à regra de exceção, não faz com que ela tenha a mesma *prima facie* dos princípios. Pode ocorrer até que, diante de uma carga argumentativa, haja o fortalecimento do caráter *prima facie* dos princípios, mas:

Ainda assim, o caráter *prima facie* das regras, que se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada, continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte. (ALEXY, 2011, p. 106).

Para Alexy os “Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma regra de exceção, razões *definitivas*.” (ALEXY, 2011, p. 106). As regras podem ser tanto razões concretas de juízos de dever-ser, como razões para outras normas. Já os princípios são sempre razões *prima facie*, que estabelecem *diretos prima facie*. Esclarece Alexy que sempre que um princípio for uma razão decisiva de um juízo concreto de dever-ser “[...] então, este princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas.” (ALEXY, 2011, p. 108).

Portanto, os princípios têm como característica serem gerais, segundo Alexy: “A partir do momento em que passam a se relacionar com os limites do mundo fático e normativo, chega-se, então, a um sistema diferenciado de regras.” (ALEXY, 2011, p. 108). Por essa característica é muito mais fácil identificar a natureza axiológica dos princípios e, estão eles, na base das regras jurídicas. Daí a importância dos princípios para o sistema jurídico (ALEXY, 2011).

Além da generalidade, existem outras características dos princípios: A primeira é que um princípio pode ser considerado inválido, e, dessa forma, excluído do ordenamento jurídico, como é o exemplo, dado por Alexy (2011), do princípio da segregação racial. Nesse caso, não há possibilidade de ser realizado uma ponderação. Segundo, entre os princípios válidos, não existem princípios

absolutos, a existência de caráter absoluto de um princípio vai de encontro com a fórmula da ponderação. Deve-se, no caso concreto, verificar-se qual é o princípio que prepondera diante do procedimento estabelecido de ponderação e de argumentação jurídica (ALEXY, 2011 e 2005). Uma outra característica dos princípios, na visão de Alexy, é que eles “[...] podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos³⁵.” (ALEXY, 2011, p. 114).

Acontece que mesmo feitas essas considerações, a diferença entre regras e princípios não fica tão clara na teoria de Alexy. Em algumas passagens, ele trata regras como se fossem princípios e, em outras, princípios como se fossem regras. Por exemplo:

No item 3.2.1 da “Teoria dos Direitos Fundamentais”, “A lei de colisão”, para exemplificar a lei de colisão, Alexy traz dois casos do Tribunal Constitucional alemão. O primeiro caso trata-se de um réu que não poderia comparecer em uma audiência judicial, sem que colocasse em risco a sua vida ou integridade física. Dessa forma, estariam em jogo dois princípios: o direito à vida e à integridade física do acusado e o dever estatal de garantir a aplicação do Direito Penal. Decidiu o Tribunal Constitucional alemão que, no caso, se estabeleceu uma relação de precedência condicionada aonde o direito à vida e à integridade física prevaleceu sobre o dever estatal de aplicação da lei penal. Isso porque a ação de levar o réu na audiência seria uma violação a um direito fundamental, assim: “Se uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida.” (ALEXY, 2011, p. 98). O segundo exemplo foi o caso “Lebach”, em que houve a colisão entre o direito individual à ressocialização da pessoa (direito ao esquecimento) e o direito social à informação.

Pois bem, para este estudo, interessa analisar o primeiro caso. O direito fundamental à vida, tanto na Constituição brasileira, como na Constituição alemã³⁶ (ALEMANHA, 2016) não se trata de somente de um princípio, mas também é uma

³⁵ Aqui está outra divergência entre as teorias de Alexy e de Dworkin. Pois, como foi visto, para Dworkin os princípios são direitos, que representam trunfos contra metas utilitaristas. Dworkin diferencia regras, princípios e políticas (metas). E, no caso, as políticas nunca podem se sobrepor aos princípios.

³⁶ O artigo 2º, primeira parte, da Constituição Alemã, dispõe: “Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrt”. Em uma tradução livre: “Todos têm direito à vida e à integridade física.” (ALEMANHA, 2016).

regra constitucional. Trata-se de uma regra deôntica que pode ser traduzida pelo preceito: “É proibido matar”. Regra essa que está limitada por algumas cláusulas de exceção, por exemplo, no caso do Brasil, não é permitida pena de morte, mas existe uma ressalva para determinados crimes em caso de guerra declarada - art. 5º, XLVII, a, da CF (BRASIL, 1988). Também existem exceções a essa regra no caso das excludentes tipicidades - erro de tipo, por exemplo, art. 20, *caput*, do CP (BRASIL, 1940) -, de ilicitude - como legítima defesa, estado de necessidade, etc., previstas no art. 23 do CP (BRASIL, 1940) -, e de culpabilidade - por exemplo, erro sobre a ilicitude do fato, art. 20, §1º do CP (BRASIL, 1940).

Essa conclusão de que o direito à vida e à integridade física também é uma regra e não somente um princípio, tanto na Constituição alemã quanto na brasileira, tem suporte, inclusive, nas próprias conclusões de Alexy. Pois quanto ele analisa o direito à dignidade da pessoa humana no item 7.2 da “Teoria dos Direitos Fundamentais” que trata dos “princípios absolutos” como uma das três objeções ao conceito de princípio, assevera que a dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto, mesmo que considerado pela Constituição alemã como inviolável. A confusão ocorre, segundo Alexy, porque a dignidade da pessoa humana em algumas hipóteses é uma regra e não um princípio, por isso que tem uma força maior frente a outras normas:

A norma da dignidade da pessoa humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade da pessoa humana prevalecerá contra os princípios colidentes. Um âmbito definido por tais condições, isto é, protegido pelas regras a que correspondem essas condições, é aquele que o Tribunal Constitucional Federal classifica como “esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta”. (ALEXY, 2011, p. 111 e 112).

Ressalta Alexy (2011) que se percebe o caráter de regra da dignidade da pessoa humana pelo fato que não se questiona se ela prevalece sobre outras regras, mas sim se ela foi violada ou não. Depois de citar vários exemplos em que a dignidade da pessoa humana ora é tratada como regra, ora como princípio, inclusive como argumento de defesa social (no caso da prisão perpétua), Alexy conclui que a norma da dignidade da pessoa humana tem uma ampla margem de

apreciação, ou seja, permite uma abertura interpretativa muito grande, e assim entende que existem:

[...] duas normas de dignidade da pessoa humana: uma regra da dignidade da pessoa humana e um princípio da dignidade da pessoa humana. A relação de precedência do princípio da dignidade da pessoa humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade da pessoa humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma relação de preferência. O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser realizado em diferentes medidas. (ALEXY, 2011, p. 111 e 112).

Diante desses dois exemplos, pode-se concluir que os mesmos argumentos utilizados por Alexy para considerar a norma de dignidade da pessoa humana, em determinadas situações como regra e em outras como um princípio, os mesmos argumentos podem ser utilizados para o direito à vida. A regra em Estados como a Alemanha e o Brasil é a manutenção da vida ou a proibição de matar - inclusive, no Brasil, a vida é inviolável, art. 5º, *caput*, da CF (BRASIL, 1988) -, mas, tal regra comporta algumas exceções previstas em outras regras. Mas, essas exceções confirmam a regra. Além disso, a vida e a integridade física são bens jurídicos muito mais concretos do que a dignidade da pessoa humana, ou seja, são mais fechados, menos abstratos, o que justifica o seu tratamento como princípios somente em remotíssimas situações³⁷.

A ideia de que o direito à vida é um princípio, que pode ser ponderado, é uma ideia perigosíssima, que pode dar azo a decisões arbitrárias. Pode-se dar um exemplo: Na hipótese de uma grave crise de segurança pública, pode o STF ponderar entre o direito à vida e o direito à segurança pública e permitir a pena de morte, mesmo em tempos de paz, para alguns crimes (como, por exemplo, para os crimes hediondos), sob o argumento de que a crise de segurança pública equivale a uma guerra declarada. Esse exemplo que acaba de ser dado, por mais absurdo que possa parecer, trata-se de uma decisão judicial que afasta uma regra constitucional por meio de uma ponderação de princípios, pouco difere da decisão tomada pelo STF no HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADC nº 43 e 44 (BRASIL, 2016, b), objeto desse estudo e que será analisada no próximo capítulo.

³⁷ Por exemplo, quando o princípio à vida está na base de outras regras jurídicas, como aquela que veda a pena de morte.

Por isso, o direito à vida, somente em remotíssimas hipóteses pode ser ponderado com outros princípios. E, no exemplo dado por Alexy, que teve por base um caso concreto do Tribunal Constitucional alemão, o direito à vida não pode ser ponderado com o dever estatal de aplicar o Direito Penal, pois, nesse caso, trata-se de uma regra de manutenção da vida, o que afasta a aplicação do Direito Penal. Conclui-se, portanto, que um dos exemplos apresentados por Alexy de ponderação de princípios é equivocado, pois, na verdade, trata-se de um exemplo de aplicação de uma regra e não de ponderação de princípios.

Contudo, essa afirmação que o exemplo dado por Alexy trata-se de um conflito de regras pode ser validamente refutada por muitos e, no caso, concordarem com Alexy e afirmarem que o exemplo trata-se de ponderação de princípios e não de conflito de regras. Isso porque se verifica que há uma indeterminação na aplicação da norma da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, elas poderão ser aplicadas na forma de regra ou princípio, conforme o caso concreto. Não existe um critério definido de quando as normas da dignidade da pessoa humana e do direito à vida são regras e quando elas são princípios, essa definição fica a critério da discricionariedade do julgador.

Disso, conclui-se que não existe um critério claro na teoria de Alexy para se definir se uma norma é regra ou princípio. Invariavelmente, essa decisão ficará a critério da discricionariedade do julgador. Salvo em hipóteses claríssimas, como por exemplo, na norma penal incriminatória que, necessariamente, tem que ser uma regra jurídica; ou outra norma que, pela sua concretude, não deixa margem para dúvidas (pena de morte e presunção de inocência, por exemplo).

Feitas essas considerações deve-se avançar para a análise da ponderação de princípios na teoria de Alexy, que implica a aplicação da máxima da proporcionalidade. Essa máxima possibilita que se chegue a uma decisão em caso de colisões de princípios, para que se aplique, ao caso concreto, o princípio válido. A máxima da proporcionalidade implica três máximas parciais: adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) (ALEXY, 2011).

As máximas necessidade e adequação “[...] decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*.” (ALEXY, 2011, p. 118). Já a máxima proporcionalidade em sentido estrito, em face

das possibilidades *jurídicas*. A máxima da adequação consiste em garantir que o princípio, objetivo ou medida alcancem o fim desejado, que, em última análise é o interesse público. A adequação exige pertinência (idoneidade, conformidade) à finalidade pretendida pela norma, nesse sentido, ensina Fábio de Oliveira que:

Sob seu comando, a medida (meio) deve ser adequada aos motivos que a impulsionem e às finalidades que persegue. Na aludida relação tríplice, o meio é a ponte capaz de propiciar que se atinja a finalidade pública em consonância com a causa fundamentadora. Exige-se que a medida seja apta para a consecução do desiderato social eleito. Averigua-se a utilidade, a idoneidade do meio para atingir o resultado. (OLIVEIRA, 2007, p. 106).

Conforme Barroso, trata-se de uma primeira etapa, em que o intérprete detecta “[...] no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas.” (BARROSO, 2013b, p. 155). Ressalta Geremberg (2006, p. 52) que se trata de “[...] um critério positivo e não negativo, como no caso da idoneidade, pois não se trata de um procedimento de exclusão, mas efetivamente se apontará o meio menos gravoso que otimize a aplicação dos princípios em ‘colisão’.”

Quanto à máxima da necessidade, também denominada exigibilidade: existindo mais de um princípio, a medida a ser escolhida deve ser a menos gravosa (BARROSO, 2013b). Canotilho (1998, p. 264 e 265) a subdivide em quatro modalidades diversas: (a) exigibilidade material, em que “[...] o meio deve ser o mais ‘poupado’ possível quanto à limitação dos direitos fundamentais[...]”; (b) exigibilidade espacial, “[...] aponta para a necessidade de limitar o âmbito das intervenções[...]”; (c) exigibilidade temporal, delimita rigorosamente no tempo a “[...] medida coactiva do poder público[...]”; (d) exigibilidade pessoal, “[...] a medida deve se limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados[...]”. Ainda, segundo Barroso, é uma segunda etapa em que “[...] cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos.” (BARROSO, 2013b, p. 155).

A terceira (e última) etapa é da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na ponderação ou sopesamento entre os princípios em colisão, em que se faz uma análise qualitativa entre os princípios fundamentais para que seja verificado qual, no caso concreto, deve preponderar. Tal análise “[...] consiste em

um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.” (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 40).

Verifica-se a estrutura do princípio e, por meio da ponderação, relaciona-se a estrutura jurídica desse princípio com a estrutura de outro princípio colisivo. O peso que é atribuído a um princípio não é absoluto, mas sim relativo. A limitação jurídica de um princípio se dá com a análise da importância de um em relação à inferência do outro (GEREMBERG, 2006). A solução, então se dá, “[...] por meio da qual o princípio precedente seja realizado no maior grau possível, em um patamar no qual afete/restringa em um menor grau possível o princípio precedido. Trata-se de otimizar e de buscar um equilíbrio, uma ‘mediania’ no sentido aristotélico do termo.” (GEREMBERG, 2006, p. 57).

A ponderação ou o sopesamento de princípios se dá, segundo Alexy (1999, b, p. 78): “Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio”. Deve-se dosar o quanto o grau de intensidade que este princípio escolhido deve preponderar sobre os demais princípios. Observa Geremberg (2006) que nessa terceira fase há uma comparação entre as grandezas da importância e inferência, o que demonstra o caráter relativo dos princípios.

Verifica-se que ainda há um espaço de discricionariedade para o julgador, visto que ele deverá fazer uma escolha: primeiro, se a norma trata-se de regra ou princípio e, posteriormente, concluindo que trata-se de princípio, quais deles entraram em colisão e qual o peso que deve ser atribuído a cada um. Claro que essa discricionariedade é reduzida com a aplicação da Teoria de Argumentação Jurídica, que será objeto do próximo tópico.

3.3.3 As contribuições da teoria da argumentação jurídica para a solução do problema da discricionariedade judicial

Não é somente devido aos princípios serem categorias axiológicas para Alexy que eles dão margem para discricionariedade judicial, visto que essas categorias axiológicas não são acientíficas ou relativas, pois como observa Toledo

(2005, p. 50): “Os juízos de valor (axiologia) e os juízos de dever (deontologia) têm sua verdade atingida argumentativamente, com a observância de regras do discurso. Sua verdade é chamada correção”. Assim, para reduzir ainda mais essa margem de discricionariedade, Alexy entende que o sistema jurídico ideal tem que ser composto por regras, princípios e procedimentos. Dessa forma, Alexy “[...] filia-se à concepção kantiana de razão prática revista discursivamente por Habermas, constrói uma teoria discursiva, procedimental e universalista, através da elaboração de um sistema de regras do discurso denominado ‘código da razão prática’.” (GEREMBERG, 2006, p. 17).

Esse Código de Razão Prática baseia-se, mas não se trata da razão prática prescritiva de Kant, que é *a priori*, mas sim ela é *a posteriori*, tem por base, portanto, a virada linguística e equivale-se ao conceito de razão comunicativa de Habermas, “[...] representa a *racionalidade para o agir*, racionalidade desenvolvida *procedimentalmente no discurso*, abrangendo, desse modo, tanto a esfera das relações *intersubjetivas* quanto do *sujeito* e só assim formada. Portanto, (...) a razão é discursiva.” (TOLEDO, 2005, p. 60). O Código de Razão Prática divide-se em: *regras relacionadas a estrutura do argumento*, de característica monológica, trata-se das regras de clareza, coerência e inequivocidade do argumento, são indispensáveis para o êxito da prática argumentativa; e *regras relacionadas ao procedimento discursivo*, são regras que determinam a imparcialidade do discurso, garantem a participação de todos, mas, ao mesmo tempo, limitam essa participação de forma não excludente. Essa limitação se dá de duas formas: pela carga de argumentação, que determina que todos que participarem do discurso têm que justificarem por meio de razões o seu ingresso; e de fundamentação, que os argumentos utilizáveis devem ser passíveis de aprovação universal, princípio de universalização (GEREMBERG, 2006).

Deve ficar claro que, para Alexy, a argumentação jurídica faz parte do discurso moral racional, que tem em sua base a forte tradição filosófica kantiana, por isso que a sua validade está na pretensão de correção diante da universalização desse discurso. Ressalta Toledo que, para se analisar as regras do discurso jurídico, deve-se ter consciência que o discurso é prático somente porque é voltado para o agir humano, pois se buscar orientação será normativo. A dificuldade é que para que ele seja racional e não meramente opinativo, não

basta determinar os meios para se atingir os fins desejados (normas técnicas), mas o “[...] ponto de vista procedimental, a sua construção argumentativa de modo que se encontre o resultado correto.” (TOLEDO, 2005, p. 50).

O procedimento que, para Alexy, compõe uma das partes do sistema jurídico, não busca a verdade como correspondência à realidade (aristotélica), ou seja, idealizada e, portanto, dogmática (inquestionável), mas sim subordinada à refutabilidade. Dessa forma, a verdade do procedimento, por ser uma construção humana e refutável, é construída sob uma perspectiva histórico temporal, por meio de um consenso sobre os critérios de “[...] justificação e comprovação da premissa de que se parte. É isso que lhe confere racionalidade, objetividade e, portanto, universalidade, predicando-lhe o status de verdade e cercando-a de grande margem de segurança.” (TOLEDO, 2005, p. 51). Diante dessas premissas, Alexy utiliza-se desse discurso prático geral para dar base à sua teoria de argumentação jurídica. Preliminarmente, Alexy analisa várias teorias³⁸ e extrai pontos de concordância³⁹.

Com essa base, Alexy (2005) formula as regras fundamentais de um discurso prático moral geral, que se compõe de regras: **básicas**, de **racionalidade**, de **argumentação**, de **justificação** e de **transição**. Essas regras buscam, discursivamente, a correção racional dos argumentos: “A elaboração e cumprimento dessas regras proporcionam a racionalidade do discurso e é

³⁸ Alexy analisa, entre outras teorias, as seguintes: -Ética analítica representada pelas teorias de Moore (intuicionismo), de Stevenson (emotivismo); -Regras do discurso, representada pela filosofia linguística baseada em regras de Wittgenstein e Austin, da teoria de Hare sobre linguagem e argumentação moral, da teoria geral de Toulmin sobre a argumentação moral, e da teoria de Baier sobre a argumentação moral; -Teoria da Argumentação formulada por Chaim Perelman; -Teoria do Consenso da Verdade de Habermas; e -Teoria da Deliberação Prática de Erlangen (ALEXY, 2005).

³⁹ Alexy extrai os seguintes pontos de concordância:

1. O parentesco próximo entre o conceito de situação de discurso ideal de Habermas e o conceito de audiência universal de Perelman estão aparentes. Segundo ambos os conceitos, uma normas (regras, etc.) é capaz de generalização quando todos podem concordar com ela.

2. Além dos mais, é de grande relevância que Perelman, por um lado, oriente a argumentação racional pela ideia da universalidade, no entanto, por outro lado, a ligue a estâncias histórica e socialmente dadas em questões de convicção e atitude. A argumentação nem pode começar do nada, nem começar de alguma origem definitiva. Ela tenta chegar a resultados geralmente aceitos do que é de fato dado quanto a convicções e atitudes, por meio de um processo de elaboração racional.

3. Nesse processo muitas vezes não é possível definir o resultado como único e correto e duradouro. Isso dá origem a obrigações de abertura ao criticismo e à tolerância.” (ALEXY, 2005, p. 141).

precisamente a racionalidade o que confere universalidade às conclusões obtidas consensualmente.” (TOLEDO, 2005, p. 50).

As regras básicas estabelecem condições prévias para que se possa estabelecer uma comunicação com um mínimo de verdade e de correção, são elas: 1ª) “Nenhum orador pode se contradizer” (ALEXY, 2005, p. 187): trata-se de uma regra básica de lógica clássica e deontica; 2ª) “Todo orador apenas pode afirmar aquilo que crê” (ALEXY, 2005, pp. 187 e 188): trata-se de uma regra de sinceridade do discurso; 3ª) “Todo orador que aplique um predicado F a um objeto tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a *a* em todos os aspectos importantes” (ALEXY, 2005, p. 187): trata-se de uma regra de autoconsistência do discurso; 4ª) “Diferentes oradores podem não usar a mesma expressão com diferentes significados” (ALEXY, 2005, pp. 187): Visa estabelecer uma linguagem comum e assegurar que o discurso seja claro e significativo.

O segundo grupo de regras, que seguem as regras básicas, são as regras da racionalidade do discurso exigem a justificação daquilo que se expressa. Para Alexy, a seguinte afirmação trata-se de uma regra geral de justificação: “Todo orador tem de dar razões para o que afirma quando lhe pedem para fazê-lo, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa em dar uma justificação.” (ALEXY, 2005, p. 190). Essa regra determina que aquele quem apresenta justificativas pretende aceitar a outra parte como igual e que não deseja praticar nenhum tipo de coação. Exige ainda, que a pessoa seja capaz de defender os seus argumentos. Mas, para isso, Alexy adota as três regras das condições ideais de fala de Habermas, que devem ser observadas sob pena de invalidarem os argumentos apresentados, são elas: 1ª) que qualquer pessoa possa participar do discurso; 2ª) que qualquer pessoa tenha liberdade de transformar uma afirmação em um problema, introduzir afirmação no discurso, de expressar atitudes, desejos e necessidades; 3ª) que nenhum orador seja coagido de forma alguma (ALEXY, 2005).

O terceiro grupo trata das regras de argumentação, que visa distribuir as cargas argumentativas de modo a manter a coerência e racionalidade do discurso, são em número de quatro: 1ª) “Quem se propõe a tratar uma pessoa A diferente da pessoa B é obrigado a dar justificação por fazer isso” (ALEXY, 2005,

p. 192); 2ª) “Quem ataca uma afirmação ou norma que não é sujeito da discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso” (ALEXY, 2005, p. 193); 3ª) “Quem apresentou um argumento só é obrigado a apresentar outros no caso de surgirem argumentos contrários” (ALEXY, 2005, p. 193); 4ª) “Quem introduz uma afirmação ou faz uma manifestação sobre suas atitudes, desejos e necessidades num discurso, que não vale como argumento em relação a uma manifestação anterior, precisa justificar a interjeição quando lhe pedirem para fazê-lo.” (ALEXY, 2005, p. 194).

Essas regras têm por base o princípio da inércia de Perelman que evita que haja argumentação *ad infinitum*. Por esse princípio se o argumento dado for aceito, não precisa ser justificado, a justificação somente é necessária em caso de contra-argumentação (TOLEDO, 2005). Ressalta Alexy que: “A demanda por racionalidade não significa que todas as regras devam ser simultaneamente justificadas, mas apenas que qualquer regra pode ser submetida ao processo de justificação.” (ALEXY, 2005, pp. 196 e 197).

As regras de justificação, que compõe o quarto grupo, fundam-se no princípio da generalizabilidade nas versões de Hare, Habermas e Baier. A primeira versão, deduzida por Alexy, com base em Hare, é que “[...] todos têm que ser capazes de concordar com as consequências das regras que pressupõem ou afirmam para todos os demais.” (ALEXY, 2005, p. 197). A segunda versão, que tem por base Habermas, determina que “[...] todos têm que ser capazes de concordar com cada regra.” (ALEXY, 2005, p. 198). Por fim, a versão de Baier, atende as exigências de abertura e sinceridade do discurso e exclui uma gama de regras injustificáveis: “Toda regra tem de ser aberta e deve poder ser universalmente ensinada.” (ALEXY, 2005, p. 198).

Na sequência, ensina Alexy (2005), que as regras morais devem suportar um teste crítico de sua gênese histórica, para isso deve: manter a sua justificação racional original ou se não tiver justificação racional, que sejam descobertos novos motivos para a justificação.

Por fim, trata-se de uma questão empírica, que “[...] resulta do fato de os discursos práticos serem conduzidos para os propósitos de resolver questões práticas quando de fato ocorrerem”, ou seja, “os limites realmente dados de possibilidade de realização devem ser levados em conta.” (ALEXY, 2005, p. 199).

O quinto e último grupo de regras trata-se das regras de transição, que são estabelecidas para problemas que podem surgir e não podem ser resolvidos pelo discurso prático (problemas fáticos - empíricos, linguísticos, ou próprios da discussão prática), desta forma é garantida a transição mediante as seguintes regras: 1ª) “É possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para o discurso teórico (empírico)”; 2ª) “É possível para cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para um discurso lingüístico analítico”; 3ª) “É possível para cada orador a qualquer tempo faças uma transição para um discurso-teórico-discurso.” (ALEXY, 2005, p. 200). Ressalta Alexy (2005) que nos casos de não ser possível se ter certeza quanto ao conhecimento empírico, há necessidade de regras de presunção prática, é o caso da primeira regra.

Adverte Alexy (2005) que o discurso prático geral tem limites e devido a esses limites justifica-se a existência de regras jurídicas. E com regras jurídicas realiza-se a transição do discurso prático geral para o discurso jurídico que se trata de um caso especial daquele, isso porque este está vinculado ao direito vigente. Salienta Toledo que:

O discurso jurídico é prático, por se constituir de enunciados normativos. É racional, por se submeter à pretensão de correção discursivamente obtida. É especial, por se subordinar a condições limitadoras ausentes no discurso prático racional geral, a saber – a lei, a dogmática e os precedentes. Essas condições, que institucionalizam o discurso jurídico, reduzem consideravelmente seu campo do discursivamente possível, na medida em que delimitam mais precisamente de quais premissas devem partir os participantes do discurso, fixando ainda as etapas da argumentação jurídica, mediante as formas e regras dos argumentos jurídicos. (TOLEDO, 2005, p. 54).

Mas por ser o discurso jurídico uma forma de discurso prático geral, as regras de racionalidade desse aplicam-se àquele. “Em verdade, o discurso prático racional geral constitui o fundamento do discurso jurídico, na medida em que este se vincula àquele, possuindo sua mesma estrutura.” (TOLEDO, 2005, p. 54). Contudo, antes de se ingressar nas etapas da argumentação jurídica, é necessário que se faça uma observação. Observa Geremberg (2006) que a primeira teoria a ser desenvolvida por Alexy foi a da “argumentação jurídica”, portanto, a teoria dos “direitos fundamentais” foi desenvolvida por ele posteriormente. Dessa forma, foi necessário que Alexy fizesse um adendo à teoria

da “argumentação jurídica”, de modo que fosse incluída a “fórmula do peso”. “Esta fórmula consubstancia a estrutura formal para aplicação dos princípios, situando-a ao lado da “fórmula da subsunção”, que é a estrutura formal para aplicação das regras, já existente na versão da ‘teoria da argumentação jurídica’.” (GEREMBERG, 2006, p. 85).

O discurso jurídico é específico devido a sua institucionalização gerada por um ordenamento jurídico que delimita a “[...] discussão em seu objeto, participantes e situação espaço-temporal.” (TOLEDO, 2005, p. 55). Assim, Alexy (2005) formulou regras próprias para o discurso jurídico que ele denominou de regras de: justificação interna, “[...] fase de descoberta das premissas, quando a estrutura argumentativa é organizada segundo as estruturas formais das regras ou dos princípios” (GEREMBERG, 2006, p. 85); e de justificação externa, que trata da fase de justificação das premissas.

Quanto à justificação interna, ela divide-se em: fórmula de subsunção, para regras e fórmula de peso, para princípios. Cada uma dessas fórmulas, por sua vez, divide-se também em duas, em simples e geral. Mas, observa Leal (2014, p. 146), “[...] que nenhuma delas cumpre, sozinha, à função absoluta e satisfativa de atender a complexidade dos temas que enfrentam, e tampouco representam idéias opostas entre si sobre todas as soluções oriundas da doutrina constitucional”. Isso porque as questões constitucionais não pertencem a uma área do Direito, visto que as suas consequências influenciam todo o sistema jurídico e a sociedade.

Primeiramente, quanto às regras jurídicas, a justificação interna trata-se da aplicação da subsunção. Mas, essa subsunção não se trata de simples aplicação da lógica formal e nem de aplicação pura das regras semânticas da lei escrita, adverte Leal (2014, p. 147): “[...] não raro a atribuição de sentido que se dá às normas em face do caso concreto pode gerar situações de não adequação ou pertinência, impossibilitando sua aplicação – por isto todos os casos são de complexa solução”. Isso porque “[...] soma-se à tradicional lógica deontica, a lógica do discurso, que, embora formal, adentra o aspecto pragmático do enunciado jurídico apresentado como argumento na discussão.” (TOLEDO, 2005, p. 56). O que exige uma ponderação valorativa do conteúdo das proposições que deve ser feita por alguns recursos de lógica do discurso.

É o que é feito na justificação externa, em que se verifica a correção das premissas, que tem as seguintes fases: argumentação prática geral, argumentação empírica, interpretação, argumentação dogmática (dogmática), uso dos precedentes (precedente) e formas especiais de argumentos jurídicos (razão) (ALEXY, 2005). As primeiras (argumentação prática geral) já foram analisadas detidamente, cabe, agora, verificar as demais:

A argumentação empírica trata-se das afirmações de fato. A “[...] sua importância consiste no fato de que quase todas as formas de argumento jurídico – assim como quase todas da prática geral o incluem afirmações empíricas.” (ALEXY, 2005, p. 226). Verificou-se, anteriormente, a sua importância nas regras de transição do discurso prático geral. Essas afirmações de fato podem ser feitas em diversos campos do conhecimento, cita Alexy (2005): a Economia, a Sociologia, a Psicologia, a Medicina, a Linguística etc.

A interpretação, trata-se dos cânones hermenêuticos ou de interpretação, são diversos argumentos que proporcionam interpretações do tipo: “[...] gramatical (semântica), autêntica (genética), teleológica, histórica, comparada e sistemática. Assim, a hermenêutica jurídica contribui sensivelmente para a justificação do discurso jurídico.”(TOLEDO, 2005, p. 56).

A função da dogmática é sistematizar, interpretar e conservar o direito posto de modo que o sistema jurídico seja mantido (FERRAZ JÚNIOR, 1996). Segundo Alexy (2005), a dogmática jurídica desenvolve três atividades básicas: descritiva-empírica (descrição do Direito), lógico-analítica (análise sistemática e conceitual do Direito) e sistemática-prática (propostas para solução de problemas). E a conceitua da seguinte forma:

A dogmática jurídica é uma classe de proposições que se relacionam com normas atuadas e lei causal, mas não são idênticas a descrição das mesmas, e estão em algum inter-relacionamento mútuo coerente, são compostas e dispostas no contexto da ciência jurídica institucionalmente organizada e tem conteúdo normativo. (ALEXY, 2005, p. 245).

Afirma Toledo que: “A dogmática jurídica, seguindo sua função de controle, permite a organização de uma série de modelos de solução e distinções que geram o efeito de descarga na argumentação, cumprindo o princípio de inércia.” (TOLEDO, 2005, p. 57).

O precedente é usado tendo por base o princípio da universalização. Alexy formula as seguintes regras para o uso do precedente: 1ª) “Se um precedente pode ser citado a favor ou contra uma decisão ele deve ser usado”; 2ª) “Quem desejar partir de um precedente fica com o encargo do argumento”. Eles têm relevância fática e teórica, são requeridos por motivos práticos gerais e racionais (ALEXY, 2005, p. 261 e 262).

Por fim, são três as formas de argumentos jurídicos especiais: analogia, argumento *a contrario sensu* e argumento *ad absurdum*. A analogia é quando se estende a uma situação fática não prevista, uma norma que é prevista para outra situação fática semelhante. O argumento *a contrario sensu* permite que se conclua uma proposição, por uma outra proposição que lhe é oposta. E o argumento *ad absurdum* é quando “[...] interpretação de uma regra conduzir a um fim inaceitável, a mesma deverá ser afastada.” (GEREMBERG, 2006, p. 105). Segundo Alexy (2005), tais argumentos têm um forma de saturação especial, eles têm que ser utilizados ao máximo.

Não há dúvidas que a teoria de Alexy, na sua visão tríplice (pretensão de correção, teoria de direitos fundamentais e teoria da argumentação jurídica), trouxe grandes avanços para a Teoria do Direito e, em especial, para resolver o problema da discricionariedade judicial, visto que, se a regra tiver uma textura aberta, além dos princípios, há um procedimento em que:

[...] os consensos têm conteúdo substancial em que se adentra a esfera semântica das assertivas, mas seus critérios são formais, donde a relevância da teoria da argumentação jurídica como ideia reguladora do discurso real, em que não há sempre consensos. (TOLEDO, 2005, p. 58).

E isso é importante para a consolidação do Estado Democrático de Direito, que tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e a separação dos poderes.

Analisou-se que foi dado aos princípios no Pós-positivismo, em especial no pensamento de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. E, verificou-se que essas perspectivas justeóricas, por mais que tentem evitar, também abrem margem para a discricionariedade judicial.

Ainda é importante ressaltar, quanto ao procedimento da argumentação jurídica, por mais que estabeleça regras e passos para uma decisão racional, portanto imparcial e igualitária, não há como afastar a subjetividade na atribuição de um juízo de valor. Por isso, pergunta Geremberg:

Será que a teoria argumentativa alexiana contribui efetivamente para a inclusão da justiça no Direito ou será que pode vir a camuflar interesses pessoais e decisões parciais e, com isto, doutrinas de cunho positivista, ao defenderem a impossibilidade de lidar com a justiça, seriam opções mais adequadas? (GEREMBERG, 2006, p. 109).

E ela mesma responde com a seguinte conclusão:

Pudemos observar que, infelizmente, ainda que apliquemos a teoria de Alexy a um caso difícil ou complexo, haverá a possibilidade de não alcançar uma decisão justa. Existem meios de se ocultar interesses parciais segundo a fôrma de transparência propiciada pelo modelo alexiano. Com isto, todo o trabalho teórico feito, funcionava como uma ilusão de racionalidade e justiça, e ao invés de conduzirem a uma decisão justa e imparcial, alicerçavam decisões parciais e em interesses não passíveis de serem universalizáveis. (GEREMBERG, 2006, p. 109).

E isso tem se agravado, consideravelmente, visto que grande parte da doutrina e da jurisprudência, ou não conhecem, ou conhecem parcialmente, ou interpretam equivocadamente as teorias pós-positivistas, em especial as de Dworkin e Alexy. Tema este que será abordado no próximo capítulo em que se analisará as decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e da ADC nº 43 e 44 (BRASIL, 2016, b) do STF.

4 EM TEMPOS PRINCIPIOLÓGICOS O DESPRESTÍGIO DAS REGRAS JURÍDICAS: UMA CRÍTICA A AMPLIAÇÃO DA TEMIDA DISCRICIONARIEDADE POSITIVISTA NAS DECISÕES DO HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP E DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 e 44 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nos dois capítulos anteriores, foram discutidas as concepções teóricas jusnaturalistas, positivistas e pós-positivistas, o que possibilitou entender qual é o papel da discricionariedade judicial em cada uma delas. Verificou-se que no positivismo jurídico, em que pese ter defendido um ideal de certeza e segurança para o Direito, não foi resolvido o problema da discricionariedade judicial, em especial nas duas principais concepções teóricas positivistas, no caso: no positivismo normativo de Kelsen e no positivismo analítico de Hart. Para Kelsen, observada a moldura da norma geral, é lícito ao juiz criar o direito para o caso concreto, por isso, para ele, não existe lacunas no sistema jurídico; e, Hart, de maneira não tão radical como Kelsen, entendeu que na zona de penumbra, onde há dúvidas quanto ao que a norma regula, cabe ao juiz, de acordo com os princípios do ordenamento jurídico, atuar de forma discricionária para decidir o caso concreto.

Com o Constitucionalismo contemporâneo pós-Segunda Guerra, em que valores foram incorporados às Constituições dos Estados ocidentais, surgiu o Pós-positivismo jurídico na Teoria do Direito. Para as correntes pós-positivistas, o Direito não é somente um sistema de regras, mas um sistema de regras, princípios, políticas e procedimentos. Houve o que se convencionou chamar de guinada interpretativa, em que a simples análise lógico-semântica do texto da lei foi considerada uma postura ingênua, pois o Direito não está no texto da lei, mas sim na sua análise argumentativa.

E, assim, abriu-se espaço para os princípios como categorias normativas (deontológicas para uns - Dworkin; e axiológicas para outros – Alexy) e também, criou-se métodos para análise do Direito. Com isso, se visou eliminar ou, ao menos, reduzir, a discricionariedade judicial. Foi verificado que esse ideal não foi alcançado na sua totalidade, pois as teorias pós-positivistas também possibilitam uma margem para a discricionariedade judicial.

Diante da complexidade do Direito, as ilusões de certeza e a segurança jurídicas caem por terra, mas as concepções teóricas pós-positivistas estabelecem critérios para que a decisão judicial não se torna arbitrária. E esses critérios estão assentados no respeito ao processo democrático (e ao princípio da separação dos poderes) e à Constituição, garantindo-se os direitos fundamentais. Por isso do método que, por meio de um procedimento, considera-se a relação entre as regras e os princípios no sistema jurídico. E, como foi visto, ainda existem problemas para se estabelecer esses critérios, para que não aja uma condução discricionária pelo intérprete.

Essa análise feita nos capítulos precedentes possibilitará que se investigue, neste capítulo, se argumento principiológico utilizado nas decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b) do STF inovou o ordenamento jurídico, afastando uma regra jurídica, que se trata do objetivo específico do capítulo; mas, que também, conduz ao objetivo geral desse estudo, que é verificar se nessas decisões o STF agiu de forma discricionária. Na sequência, se verificará como o argumento principiológico tem sido conduzido por parte da doutrina e da jurisprudência, de modo a descaracterizar as regras jurídicas.

Posteriormente, finalizando o capítulo, far-se-á a análise das decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016, b) do STF e, dessa forma, se confirmará ou refutará a hipótese deste estudo, no caso: se o Supremo Tribunal Federal afastou uma regra jurídica e inovou o ordenamento jurídico nas referidas decisões, de forma contrária aos ensinamentos da própria teoria de Robert Alexy, abrindo ampla margem à discricionariedade judicial, tão criticada pelas doutrinas “pós-positivistas”, o que demonstra uma incompreensão da relação entre regras e princípios.

4.1 O papel dos princípios e das regras na interpretação e decisão judicial no pós-positivismo: uma promessa não cumprida

Quanto à natureza jurídica dos princípios, no capítulo anterior, ficou claro o entendimento de Dworkin e de Alexy, inclusive, quanto à divergência entre os dois: Para ambos as regras se aplicam da forma de “tudo ou nada” e os princípios

devem ser ponderados, contudo Dworkin entende que princípios são categorias deonticas, que se aplicam no caso concreto (em especial nos casos difíceis) e auxiliam na interpretação conduzindo para uma única resposta certa. Já Alexy entende que os princípios são categorias axiológicas (mandamentos de otimização) e, como categorias axiológicas, ou seja, valores⁴⁰, não existe uma única resposta certa e, para o caso concreto, essa a resposta deve ser encontrada por meio do procedimento de ponderação e argumentação jurídica.

A ponderação de princípios e o entendimento de Alexy da natureza axiológica destes tem gerado críticas de jusfilósofos renomados, a título exemplificativo, pode-se citar as críticas Ferrajoli e, no Brasil, de Lenio Streck. É importante analisar, brevemente, cada uma dessas críticas.

Ferrajoli vem da tradição analítica da escola de Bobbio e Hart, mas condiciona a validade das normas aos conteúdos materiais incorporados na Constituição, trata-se de um “juspositivismo crítico”, visto que se além de critérios substanciais de validade que foram trazidos da experiência pós-Segunda Guerra, que são garantidos pela rigidez constitucional. Isso porque, segundo Ferrajoli (2006), os Estados constitucionais incorporaram ao sistema jurídico (positivaram) parte dos conteúdos de justiça elaborados pela tradição jusnaturalista racionalista. Assim, a análise desse conteúdo valorativo (que se trata dos direitos fundamentais) não se trata mais de uma questão de justiça, mas sim de uma questão de direito. Verifica-se, portanto, que a sua abordagem, em que pese não ser pós-positivista, é Constitucionalista Contemporânea. Então, a validade das normas não está somente condicionada com a sua conformidade em relação ao procedimento legislativo, mas também com a sua coerência com os princípios fundamentais.

Para Ferrajoli (2012. p. 39), princípios são categorias reguladoras, que definem o que é materialmente possível, “[...] mas deonticamente proibida a sua inobservância”. Tem a mesma natureza da regra jurídica e, dessa forma a sua aplicação “[...] não consiste com certeza numa ponderação, mas sim numa subsunção”. A diferença não é estrutural, mas de estilo. Entende, assim, que a

⁴⁰Explicar em que pese Alexy diferenciar valores e princípios no seu Livro teoria dos direitos fundamentais, ele entende que os princípios em si não conduzem a uma resposta correta, que podem levar à várias respostas, por isso a conclusão de que, de fato, Alexy entende que os princípios têm natureza axiológica.

ponderação de princípios, faz com que haja um “enfraquecimento do valor vinculante de todos os princípios, sobretudo se de nível constitucional”. (FERRAJOLI, 2012, p. 41) E isso tem um preço, que é considerar que as normas constitucionais não são rigidamente vinculantes, o que permite uma jurisprudência inventiva (discricionária) que não se submete à Constituição:

É a posição, a meu ver, daqueles que assumem a Constituição não como um conjunto de normas vinculantes, mas como princípios morais, cujo respeito, quando estão em conflito entre eles, é remetido à discricionariedade argumentativa do intérprete.

(...)

Estamos, aqui, diante de verdadeiras invenções normativas, em contraste com a submissão dos juízes à lei. Os princípios constitucionais – em especial aqueles que enunciam direitos – são normas prescritivas, que não podem ser neutralizadas por princípios éticos-políticos de criação legislativa e, muito menos, jurisprudencial, mas vinculantes de todos os poderes públicos. (FERRAJOLI, 2012, p. 44 e 45).

E isso leva, segundo Ferrajoli (2012), a “invenções” de princípios por parte da jurisprudência de modo a tentar justificar decisões puramente discricionárias. Nessa mesma linha, mas com uma abordagem hermenêutica, é a crítica de Lenio Streck.

Streck (2012) concorda com Ferrajoli na crítica das teorias pós-positivistas (neoconstitucionalistas): primeiro, por serem substancialistas (valorativas), nesse sentido: “Portanto, Ferrajoli tem razão, porque, nos moldes como é apresentado, o neoconstitucionalismo depende de posturas axiológicas e voluntaristas, que proporcionam atitudes incompatíveis com a democracia, como o ativismo e a discricionariedade judicial” (STRECK, p. 64); segundo, que a distinção qualitativa de regras e princípios propostos por estas teorias, tem criado o que ele chama de “fábrica de princípios”, em outros termos, o fenômeno do “pan-principiologismo”.

Ressalta Streck (2012) que há um abuso por parte da jurisprudência na “criação” de princípios como verdadeiros “álibis teóricos” o que tem comprometido a própria Constituição enquanto “programa normativo-vinculante”. Streck (2012) reconhece a importância prática dos princípios e o ganho qualitativo do Direito com a sua normatização, mas adverte que o fenômeno da multiplicação dos princípios tem se dado devido a “errônea compreensão da tese –

lamentavelmente dominante – de que os princípios proporcionam uma abertura interpretativa.” (STRECK, 2012, p. 68).

Nesse sentido, Streck (2012) critica a teoria de Alexy em que normas são mandamentos definitivos e princípios são mandamentos de otimização, isso devido ao caráter axiológico que Alexy dá aos princípios, que institui essa “abertura” interpretativa. Por isso, concorda com Dworkin que deve-se buscar uma resposta correta e essa resposta é a que está correlata com a Constituição. Mas, por ser a norma um conceito interpretativo, ela emerge da relação factual entre regras e princípios: “[...] não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática”. (STRECK, 2012, p. 68)

Entende, portanto, Streck (2012), em consonância com o pensamento de Ferrajoli, que os princípios por darem suporte às normas, são a base normativa do Direito, e, por isso, são determinantes para a concretização do Direito, pois conduzem para uma resposta correta. E assim sustenta, tal como Dworkin e Ferrajoli (mas por razões diversas), “[...] que a normatividade assumida pelos princípios possibilita um ‘fechamento interpretativo’ próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais”.

Em suma, para Dworkin, Ferrajoli e Streck os princípios têm um caráter deontológico e conduzem para o “fechamento” do sistema ao conduzirem para uma resposta correta; já para Alexy, por serem os princípios mandamentos de otimização de natureza axiológica (valorativa), os princípios proporcionam uma “abertura” do sistema. Assim sendo, “[...] há duas leituras possíveis da Constituição: uma que encara os princípios como ‘capas de sentido’ ou como ‘reserva hermenêutica para resolver casos difíceis’ e a outra que sustenta – acertadamente – *que os princípios são dotados de um conteúdo deontológico.*” (STRECK, 2012, p. 70).

Existe sim uma diferença conceitual entre Direito e Justiça (Moral) que deve ser observada, tanto que a ideia interpretativa da teoria de Dworkin não se baseia na justiça, mas sim na integridade. Essa diferença foi salientada pelas teorias juspositivistas, com a falha de não entender a natureza normativa dos princípios e de abrir espaço para a discricionariedade judicial. Com a guinada interpretativa, a relação entre regras e princípios ficou clara, pois se reconheceu a influência da

Moral no Direito (que nunca foi negado pelos positivistas), mas uma moral objetiva é a que está na base do ordenamento jurídico na forma de princípios. E isso possibilitou o enfrentamento da discricionariedade judicial que é nefasta para as bases democráticas da República⁴¹.

Por isso, que a teoria de Alexy falha ao possibilitar uma abertura do sistema jurídico para a Moral, e isso, como foi visto no capítulo anterior, possibilita decisões subjetivistas (solipsistas) e carentes de controle. Esse foi o equívoco da teoria. Contudo, como foi visto no também no capítulo anterior, Alexy tenta dar legitimidade ao Direito por meio da instituição de um procedimento. Procedimento esse que estabelece um regulamento para os conflitos (de regras) e as ponderações (de princípios), criando, inclusive, um código de argumentação jurídica. Com isso, pretende Alexy, minimizar o problema da discricionariedade judicial que poderia ser causada pela abertura do sistema pelo caráter axiológico dos princípios.

Como observa Geremberg (2006), esses avanços procedimentais na teoria de Alexy se deram devido a dois tipos de críticas que ele sofreu: a crítica da subracionalidade e a crítica da super-racionalidade. A primeira é proveniente principalmente de Habermas e é no sentido de que se os direitos fundamentais fossem vistos somente como princípios perderiam a força normativa. A segunda é, ao contrário, no sentido de que se os princípios possuíssem efeitos de irradiação para todo o sistema jurídico, “[...] o seu caráter de ‘otimização’ faria com que os mesmos fossem aplicáveis potencialmente a todas as situações, bastando concretizá-los através do ‘procedimento de ponderação’.” Desse modo, “os princípios constitucionais já conteriam em si a resposta para todas as questões jurídicas em todos os níveis e áreas específicas.” (GEREMBERG, 2006, p. 39).

Acontece que a complexidade da teoria de Alexy não foi compreendida por parte da doutrina (e, em especial, pela jurisprudência), o que gerou o citado fenômeno, denunciado por Streck, do “pan-princípioalismo”. Que, na verdade, nada mais uma decisão jurídica discricionária, sem critério. Humberto Ávila, inclusive, já na introdução da sua obra *“Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios”*, chama a atenção para essa problemática, referindo-se que é

⁴¹ Claro que, não se pode desconsiderar, como foi visto no capítulo passado, que essa busca à “resposta correta” utiliza-se muito da intuição do intérprete e, isso, também abre um certo espaço para a discricionariedade judicial.

necessário construir sentido e delimitar a função dos princípios jurídicos, isto por que:

É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principiológico*. Importa ressaltar, no entanto, que notáveis exceções conformam a regra de que a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico. (ÁVILA, 2004, p. 15).

Para Ávila (2004), os principais problemas estão na falta de compreensão da distinção de regras e princípios, o que tem exaltado a importância dos princípios e determina:

[...] por apequenar a função das regras. De outro lado, tais distinções têm atribuído aos princípios a condição de normas que, por serem relacionadas a valores que demandam apreciações subjetivas do aplicador, não são capazes de investigação intersubjetivamente controlável. Como resultado disso, a imprescindível descoberta dos comportamentos a serem adotados para a concretização dos princípios cede lugar a uma investigação circunscrita à mera proclamação, por vezes desesperada e inconsequente, de sua importância. (ÁVILA, 2004, p. 16).

Outro problema levantado por Ávila (2004) é da falta de clareza conceitual na denominação das categorias jurídicas, que são usados como sinônimos, ou seja, confundem as espécies normativas, chamando-as uma hora de princípios, outra hora de regras, posteriormente de valores e assim por diante.

Aconteceu (e acontece) um fenômeno de super-constitucionalização, em que há uma tendência de setores da doutrina e da jurisprudência de aplicar a Constituição somente sob um aspecto principiológico. E, assim, desconsideram as demais categorias ou espécies normativas, o que acarreta, como observado por Ávila, na redução da importância e da função das regras jurídicas. E, de outro lado, a supervalorização dos princípios não permite o controle da decisão judicial, pois tais decisões se tornam totalmente discricionárias.

O fenômeno é muito grave porque ele mina um dos princípios fundamentais da República, previsto no art. 2º da Constituição Federal, que se trata do princípio da separação dos poderes. E, essa discricionariedade judicial que tem sido fomentada pela aplicação equivocada dos princípios no pós-positivismo é mais

grave e nociva do que a discricionariedade permitida pelo positivismo jurídico. Visto que com o positivismo é necessário observar a moldura regra geral (nas palavras de Kelsen) ou a núcleo fixo das regras (nas palavras de Hart), a discricionariedade somente é permitida na zona de penumbra. Agora, devido a essa ideia equivocada das teorias pós-positivistas, defendidas por setores da doutrina e da jurisprudência, desconsidera-se a moldura, não há mais regra, instaurou-se o arbítrio sob o fundamento em uma ponderação equivocada de princípios.

Deve-se ressaltar que o próprio Barroso, na época Procurador do Estado do RJ, alertava para a necessidade de aplicação correta das categorias jurídicas, regras (mandados definitivos) e princípios (mandados de otimização), alertando que não cabe ao intérprete (juiz) se sobrepor as determinações feitas pelo órgão de representação popular (legislador):

[...] em muitas situações, o legislador realiza ponderações em abstrato, definindo parâmetros que devem ser seguidos nos casos de colisão. Quando isso ocorrer, não deve o intérprete judicial sobrepor a sua própria valoração à que foi feita pelo órgão de representação popular, a menos que esteja convencido – e seja capaz de racionalmente demonstrar – que a norma em que se consubstanciou a ponderação não é compatível com a Constituição. (Barroso, 2008, p. 325).

Trata-se do princípio da legalidade, que exige a submissão do juiz à lei, respeitando assim o princípio fundamental da separação dos poderes da República. É um dos pilares de toda e qualquer sociedade democrática. Salienta Barroso, no mesmo artigo, que: “Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático.” (BARROSO, 2008, p. 327).

Em suma, há setores da doutrina e da jurisprudência que não compreenderam a relação existente entre regras e princípios, bem como a necessidade de um procedimento de argumentação jurídica para aplicá-los. E essa incompreensão tem gerado decisões discricionárias, visto que são totalmente subjetivas (sem controle intersubjetivo), o que compromete as próprias bases do regime republicano, que está na democracia, na legalidade e na separação dos poderes.

Feito essa análise da incompreensão da relação entre os princípios e regras, se adentrará, no próximo tópico, na parte final deste estudo, ou seja, na análise das decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016, b) do STF, para que se possa verificar se essas decisões foram discricionárias, pois, sob uma argumentação principiológica, afastaram as regras jurídicas, o que demonstra uma incompreensão das teorias pós-positivistas.

4.2 O uso dos argumentos de princípios em nome do afastamento das regras: controle ou ampliação da discricionariedade judicial nos julgados do Habeas Corpus nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 do Supremo Tribunal Federal - uma análise crítica

Visto que a decisão a ser analisada neste capítulo refere-se à uma garantia penal, é necessário fazer algumas considerações quanto a relação entre as categorias normativas (regras e princípios) e o Direito Penal. As normas penais podem ser distinguidas em dois tipos de normas: Primeiro as *normas penais incriminatórias*, que preveem as condutas que são passíveis de pena. A sua principal característica é a taxatividade, ou seja, elas devem ser claras e precisas para fins de possibilitar que todas as pessoas tenham certeza sobre os seus comandos. Tratam-se, por isso, de regras jurídicas, pois não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito a imposição de pena por meio de princípios, ou seja, por meio de prescrições abertas e abstratas.

E, segundo, as *normas que prescrevem direitos e garantias penais e processuais penais*. Essas podem estar na forma de regras ou de princípios. As *normas processuais penais* por si só são uma garantia, o processo é uma garantia contra a responsabilização penal arbitrária.

Ainda quanto às normas que preveem direitos e garantias, um fato que já tinha sido levantado por Bobbio (1992) no seu clássico “*A Era dos Direitos*” e que foi trazido, novamente, por Sarlet (2012), é que os direitos fundamentais, ao longo do tempo, encontram-se “[...] em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento.” (SARLET, 2012, p. 31). Eles não se excluem, mas se complementam. Esse processo, segundo Bobbio, ocorreu devido a vários fatores:

a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. (BOBBIO, 1992, p. 83).

Voltando-se para o sistema jurídico brasileiro, verifica-se que a Constituição de 1988 deu um destaque especial aos direitos fundamentais, não só os negativos, de índole liberal, mas também aos de segunda e de terceira dimensões. Sarlet (2012) reconhece o avanço que teve o Estado brasileiro, por meio da Constituição de 1988, ao elencar uma série de princípios e regras como fundamentais. Nesse sentido, Sarmiento (2004) afirma que esse destaque aos direitos fundamentais foi a mais positiva e valiosa inovação da Constituição de 1988. Essa importância se dá, inclusive, em termos estrutura interna da Constituição, que “[...] pôs os direitos fundamentais na parte inicial do texto magno, antes das normas de organização do Estado, revela bem a importância sem precedentes conferida a tais direitos, que passam a desfrutar de indisputável primazia axiológica no novo regime.” (SARMENTO, 2004, p. 109).

E, entre os direitos fundamentais foi dado uma primazia maior ainda aos direitos e garantias individuais, art. 5º da CF (BRASIL, 1988), alçados a categoria de cláusula pétrea, conforme inciso IV do § 4º, do artigo 60 da CF (BRASIL, 1988), ou seja, são dispositivos constitucionais que não podem ser suprimidos por emenda constitucional. A sua supressão somente pode ser feita pelo constituinte originário, no caso, só podem ser suprimidos por uma nova ordem constitucional.

Em suma, as garantias penais e processuais penais previstas no art. 5º da CF (BRASIL, 1988) tratam-se de direitos fundamentais de primeira geração, que são os direitos que visam proteger a liberdade individual contra os poderes do Estado. E a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) deu uma primazia especial a esse tipo de normas, alçando-as a categoria de cláusulas *pétreas*.

Feitas essas observações, é importante agora, verificar em que termos e quais foram os fundamentos das decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016, b) do STF.

4.2.1 Análise descritiva das decisões do Habeas Corpus nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 do Supremo Tribunal Federal

A análise descritiva das decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016, b) do STF será feita em conjunto, isto porque uma ação foi em decorrência da outra. Ambas trataram da possibilidade da execução provisória da pena após a decisão de segundo grau.

O Habeas Corpus 126.292/ SP foi julgado pelo STF em 17 de fevereiro de 2016 e teve como relator o ministro Teori Zavascki. O objeto do *writ* foi, em suma, atacar a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que indeferiu o pedido do paciente, condenado a pena de 5 (cinco) anos de 4 (quatro) meses de reclusão, de recorrer em liberdade aos tribunais superiores. Entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo e, posteriormente, o STJ que é admissível o cumprimento provisório da pena, depois da decisão de segundo grau de jurisdição, pendentes ainda recursos especiais e extraordinários, ou seja, quando ainda não houve trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 2016).

Alegou o impetrante que a execução antecipada da pena afronta ao direito fundamental da presunção de inocência, positivado no art. 5º, LVII, da Constituição da República, que dispõe: “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O STF, por maioria, denegou a ordem, foram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2016), reproduzo a ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.
2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2016, p. 1).

Devido a esse julgamento, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e a Ordem dos Advogados do Brasil impetraram as ADCs 43 e 44 (BRASIL, 2016 b), respectivamente, tendo como objeto o artigo 283 do CPP (BRASIL, 1941),

visando harmonizá-lo com o art. 5º, LVII da CF (BRASIL, 1988), dispõe o referido artigo:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação **ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva**. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Grifos nossos) (BRASIL, 1941).

Nesse ponto, interessante a análise feita pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em memorial de *amicus curiae* nas ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b), de que a redação do atual art. 283 do CPP (BRASIL, 1941), que foi alterada em 2011 pela Lei 12.403, se deu devido a um diálogo entre judiciário e legislativo. Esse diálogo se originou com a decisão do STF do HC 84.078-7/MG em 2010 (BRASIL, 2010), que não permitiu a execução da pena antes do trânsito em julgado, somente admitida a prisão a título cautelar. Por esse motivo que se deu a alteração legislativa em 2011.

Dessa forma, entendem os autores que com o julgamento do HC 126.292 do STF (BRASIL, 2016) quebra essa harmonia, pois está dissociada da evolução legislativa e, em suma, com isso, vai de encontro com o princípio de submissão do judiciário à lei e da separação dos poderes. Além desse argumento, os Impetrantes, bem como os *amicus curiae*, trouxeram vários outros (BRASIL, 2016, b), como, por exemplo:

- a superlotação carcerário, fenômeno que atenta contra a dignidade da pessoa humana e irá se agravar com a decisão do HC 126.292 do STF (BRASIL, 2016);

- o alto índice de provimento dos recursos especiais e extraordinários, em especial os das Defensorias Públicas de São Paulo e Rio de Janeiro, que chegam a ter uma taxa de 41% de provimento nos recursos especiais;

- a retroatividade da decisão, devido à mudança de entendimento, que é flagrantemente mais prejudicial à defesa;

- a necessidade do Brasil resolver os seus graves problemas estruturais na área criminal e penitenciária, antes de basear-se na legislação de outros países do STF (BRASIL, 2016 b).

O ministro Marco Aurélio, relator das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b), deferiu as medidas liminares e determinou a suspensão dos efeitos provisórios das execuções após decisão condenatória de segundo grau que, por ventura, estivessem em curso com fundamento na decisão do HC 126.292 (BRASIL, 2016). Decisão essa que, posteriormente, foi revista, por maioria de votos, pelo plenário do STF (BRASIL, 2016 b).

O julgamento das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b) foi mais apertado do que o julgamento HC 126.292, pois por seis votos a cinco, os Ministros entenderam de interpretar conforme a Constituição o art. 283 do CPP, para fins de excluir a possibilidade de o texto do dispositivo legal seja interpretado no sentido de obstruir a execução provisória da pena depois da decisão de segundo grau.

O ministro Dias Toffoli, no julgamento das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b), mudou o seu posicionamento, pois entendeu que a execução da pena deve iniciar com o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, visto que esse órgão, em que pese não analisar matérias fáticos-probatórias, atua na área penal como instância de definição de questões sobre a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, pois tem a múnus constitucional de uniformizar o entendimento das questões relativas à lei federal. Esse pedido foi formulado pelos autores e suscitado no voto do ministro relator.

A seguir, será feito um resumo dos fundamentos dos votos que formaram a maioria. Em suma, os argumentos apresentados pelos votos vencedores são os seguintes:

Asseveraram que não admitir a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória trouxe, segundo o ministro Barroso, como consequência: a proliferação de recursos protelatórios; um reforço da seletividade do sistema penal, visto que os pobres não têm condições de ter acesso aos tribunais superiores e sequer a Defensoria Pública teria estrutura para tanto; e, por fim, que esse “novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.” (BRASIL, 2016, p. 34).

Diante disso, a compreensão da realidade social deve alterar o significado do direito, mutação constitucional, e, essa mudança deve ser no sentido de que a execução da pena após a decisão em grau de apelação não ofende o princípio da presunção da inocência. (BRASIL, 2016)

O primeiro argumento apresentado trata-se da diferença entre prisão e culpabilidade. Afirma-se que o art. 5º, LVII da CF (BRASIL, 1988) não impede que a prisão antes do trânsito em julgado, mas sim condiciona ao trânsito em julgado a culpabilidade. Há diferença, portanto, entre prisão e culpabilidade. Por isso, em decorrência lógica do art. 5º, LXI da CF (BRASIL, 1988), que permite a prisão por decisão fundamentada da autoridade judiciária competente, “[...] deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente” (BRASIL, 2016, p. 37).

Além disso, o esgotamento das instâncias ordinárias faz com que a execução provisória da pena tenha o condão de exigência de “ordem pública”, que é um dos fundamentos da prisão preventiva, previsto no art. 312 do CPP (BRASIL, 1941). Isso para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal, dispensando-se a motivação específica do magistrado para decretar a prisão (BRASIL, 2016 b).

Um segundo argumento, utilizado por todos os ministros que proferiram os votos vencedores, é que a presunção de inocência, prescrita no art. 5º, LVII da CF (BRASIL, 1988) é um princípio e não de uma regra jurídica, por isso deve ser ponderado, utilizando-se o princípio da proporcionalidade. E, no caso específico, esse princípio entra em colisão com o princípio da efetividade da lei penal com o fim de preservar os objetivos (prevenção geral e especial) e bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. “Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança).” (BRASIL, 2016, p. 40) (BRASIL, 2016; 2016 b).

Nessa ponderação, quando da decisão condenatória de segundo grau de jurisdição, há uma diminuição da incidência do princípio da presunção de inocência e uma exigência de maior efetividade da lei penal, visto que há demonstração segura da responsabilidade penal diante da impossibilidade de se discutir a questão fático-probatória (BRASIL, 2016; 2016 b).

No caso, o princípio da presunção da inocência, salvo as prisões cautelares eventualmente decretadas, se exaure no exame fático da causa, ou seja, das provas do processo, em que se fixa a responsabilidade penal. Por isso, como

ressalta o ministro Teori, “parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção da inocência até então observado”. (BRASIL, 2016, p. 10)

O terceiro argumento é quanto à função do Direito Penal. O sacrifício do princípio da presunção de inocência é superado pelo ganho que se tem em efetividade e credibilidade da justiça. Nesse caso, a efetividade ganha força na ponderação visto que o princípio da proporcionalidade é tomado na sua dimensão positiva, de “*vedação à proteção estatal deficiente*” de direitos constitucionais: “Na presente hipótese, não há dúvida de que a interpretação que interdita a prisão anterior ao trânsito em julgado tem representado uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas.” (BRASIL, 2016, p. 42).

Essa proteção deficiente compromete a função de prevenção geral do Direito Penal, que tem como pressuposto que as pessoas planejam as suas decisões com base em riscos e incentivos. Por isso da necessidade de apresentar soluções para a morosidade judicial (BRASIL, 2016; 2016 b).

Um quarto argumento, que visa reforçar o argumento de que a execução após a decisão de segundo grau constitui-se uma exigência de ordem pública que visa assegurar a credibilidade do Poder Judiciário, é de que o índice de provimento dos recursos extraordinários é baixíssimo (inferior a 1,5% e, 0,1%, considerando as decisões absolutórias). Dessa forma, a maioria dos recursos são protelatórios, o que faz com que o acusado e a sociedade percam a confiança na justiça, o que frustra a prevenção especial do Direito Penal; e, para a sociedade a frustração se dá quanto à prevenção geral, pois é levada a pensar que não há punição para o crime e que o Estado não protege os bens jurídicos fundamentais tutelados. (BRASIL, 2016; 2016 b)

Ressalta o ministro Fachin que os mecanismos destinados a impedir os recursos protelatórios são incipientes e, por isso, se fosse dado caráter absoluto à regra do art. 5º, LVII da CF seria o mesmo que condicionar a execução da pena à concordância do apenado. (BRASIL, 2016 b)

Outro argumento, quinto, trazido pelo ministro Teori Zavascki, com base no direito comparado, é que na legislação de países, como Inglaterra, Estados

Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, a pena não fica suspensa depois da decisão de segundo grau de jurisdição. (BRASIL, 2016)

Um sexto argumento, que se trata de uma espécie de presunção de desconfiança nas instâncias ordinárias, que tem origem, segundo os ministros que formaram a maioria, nas equivocadas as interpretações da Lei de Execução Penal, no sentido de se exigir o pronunciamento derradeiro dos tribunais superiores para iniciar a execução da pena. Ao aceitar esse caráter absoluto da presunção de inocência, “reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias” (BRASIL, 2016, p. 25). E finaliza afirmando que mesmo que reconheça a existência de decisões judiciais teratológicas, isso não é justificativa para paralisar a eficácia da totalidade das condenações criminais de segundo grau. Esse argumento também foi utilizado pelo ministro Barroso no seu voto nas ADCs 43 e 44 do STF (BRASIL, 2016 b).

Nisso o ministro Barroso apresenta três argumentos pragmáticos, que são decorrentes dos jurídicos. Entende o ministro que a execução da pena depois da decisão condenatória de segundo grau de jurisdição permite: tornar o sistema mais funcional e equilibrado; diminuir a seletividade do sistema penal; e evita a impunidade, no sentido de impedir a prescrição penal. (BRASIL, 2016) No seu voto nas ADCs 43 e 44 (BRASIL, 2016 b), o ministro Barroso apresentou vários exemplos de casos em que, segundo ele, o sistema penal não funcionou de forma adequada devido ao abuso de recursos, o que levou, em alguns casos, à prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Um outro argumento apresentado pelos ministros que formaram a maioria nas ADCs 43 e 44 (BRASIL, 2016 b), de modo a afastar a tese de que a decisão do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016), violou o princípio da legalidade ao estabelecer uma nova modalidade de prisão não prevista na legislação. O ministro Barroso afirmou que tal modalidade tem um fundamento diretamente constitucional e é extraída do art. 637 do CPP (BRASIL, 1941), que prevê que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo. Tal preceito vigorou antes da nova redação do art. 283 do CPP (BRASIL, 1941), desde a promulgação da CF (BRASIL, 1988) até 2009. Para o ministro Barroso (BRASIL, 2016 b) não pode se alegar que o art. 283 do CPP (BRASIL, 1941) é norma posterior e especial em

relação ao art. 637 do CPP (BRASIL, 1941), pois entende que ao conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP (BRASIL, 1941), se resolve o conflito entre eles.

Também afastaram o argumento da irretroatividade de lei e decisões que prejudiquem a situação penal do acusado, preceito básico de segurança jurídica. Entendem os ministros que não há infringência contra este princípio. Isso porque a decisão não trata da existência e da intensidade do direito de punir, mas sim do momento de punir. E também o da surperlotação carcerária. Reconhecem os ministros o caos do sistema prisional, bem como as constantes inconstitucionalidades devido à desumanidade do sistema, mas entendem que esse argumento não pode ser utilizado como fundamento para interpretação das leis penais e processuais. (BRASIL, 2016 b)

Em suma, estes são os fundamentos dos votos que formaram a maioria no HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e nas ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b) do STF. Antes da análise crítica de tais votos, é importante fazer algumas breves considerações sobre o fenômeno do ativismo judicial.

4.2.2 Direitos fundamentais x democracia: a face nociva do ativismo judicial

Acontece que, como adverte Alexy (1999), o conflito entre direitos fundamentais e democracia resolve-se no caso concreto com a supremacia de tais direitos. Eles são democráticos, pois são a garantia dos direitos de liberdade e igualdade e são capazes de manter o processo democrático. E, desta forma, asseguram o desenvolvimento e a existência das pessoas em geral. Mas, são também ademocráticos, porque desconfiam do processo democrático e vinculam, inclusive, o legislador. Alexy (1999) entende que nenhuma das duas posições pode ser seguida exclusivamente, o caminho a ser trilhado está no meio destas duas posições extremadas.

A solução está na distinção entre representação política (que é feita pelo parlamento) e a argumentativa (que é feita pelo tribunal constitucional). Isso porque no funcionamento parlamentar existe o perigo da ditadura das majorias, e também da corrupção, das emoções, que podem atentar contra os direitos fundamentais. Já o tribunal constitucional, em nome do povo, pode se dirigir

contra os seus representantes, com critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais. Essa representação argumentativa se dá quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político, no sentido de suas decisões repercutirem na coletividade e nas instituições políticas, conduzindo a reflexões e discussões que resultam em convencimentos. Os direitos fundamentais e a democracia somente estão reconciliados se o processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza. (ALEXY, 1999)

O problema está quando o tribunal constitucional não cumpre a sua função de guardião da constituição e assume uma postura ativista na defesa do clamor popular em detrimento de direitos fundamentais constitucionais.

Como ressalta Streck, no Brasil, os tribunais transformaram a regra da ponderação em um princípio, utilizando descriteriosamente a teoria de Robert Alexy, pelo qual a ponderação conduz à formação de uma regra que é aplicada ao caso concreto. (STRECK, 2012, p. 74) Isso tem gerado o fenômeno conhecido como “ativismo judicial”. Para Leal o ativismo judicial, que está associado a uma postura ativa e intervencionista das cortes constitucionais na concretização a Constituição, é um dos aspectos mais controvertidos da atual Teoria Constitucional contemporânea. A grande crítica está na falta de legitimidade do Poder Judiciário para invadir as competências dos outros poderes (LEAL, 2012).

O ativismo judicial pode se manifestar de duas formas: na forma de *supremacia judicial* ou *revisão judicial*. A última trata-se da atividade pela qual os juízes revisam a validade das normas legais e administrativas e a primeira trata-se da concepção de que os juízes têm a última palavra acerca da interpretação constitucional, ou seja, do significado da Constituição. Certamente, a supremacia judicial é incompatível com o processo democrático, pois permite que uma minoria de juízes imponha sua interpretação/opinião; mas não a *revisão judicial*, que se mostra adequada e em consonância com os ideais de um Estado Democrático de Direito (LOIS e MARQUES, 2013).

Ferrajoli defende que a revisão judicial é necessária para fins de aferir a validade da norma ou do ato produzido pelo poder público frente aos valores instituídos constitucionalmente; mas se contrapõe firmemente à supremacia judicial, pois entende ser este um fator de deslegitimação da atividade judicial.

(FERRAJOLI, 2012) Ainda mais quando o tribunal constitucional desconsidera os direitos fundamentais, no caso, expressos em uma regra constitucional, em prol dos anseios e do clamor público por uma maior efetividade penal. Como observa Hachem:

Se estamos vivendo atualmente no Brasil um período de exceção à moralidade, diante de tantos casos de corrupção e de impunidade, isso não justifica que ingressemos então em um período de exceção aos direitos e garantias fundamentais. A sanha condenatória de alguns não pode achincalhar com os direitos fundamentais dos outros. E é ao Supremo Tribunal Federal que incumbe proteger esses direitos albergados na ordem constitucional, ainda que contra a vontade da maioria. O STF deve ser o guardião da Constituição, não o seu cozeiro. (HACHEM, 2016, s/p)

Feitas essas considerações quanto ao ativismo judicial, no próximo tópico, tópico final deste trabalho, se enfrentará a hipótese central desse estudo, se nas decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e da ADC nº 43 e 44 (BRASIL, 2016, b) o STF atuou de forma discricionária e, assim, inovou o ordenamento jurídico, afastando uma regra jurídica.

4.2.3 Uma análise crítica do uso dos princípios na decisão do Habeas Corpus nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 do Supremo Tribunal Federal

Já foi realizada uma análise descritiva dos fundamentos das decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b) do STF. Agora, resta analisar a decisão de forma crítica, enfrentando todos os seus fundamentos.

A primeira questão que deve ser posta, que advém da análise descritiva dos votos vencedores, é que os ministros fizeram uma ponderação de princípios. Fica claro que aderiram a proposta não-positivista de Alexy, por isso, utilizar-se-á a teoria desse jusfilósofo para analisar os argumentos apresentados pelos ministros que formaram a maioria.

Posteriormente, se analisará a natureza jurídica do dispositivo constitucional expresso no art. 5º, LVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988), no caso, à qual categoria jurídica pertence, se se trata de regra ou princípio jurídico. Esse é um

problema central para o estudo⁴², pois se for uma regra jurídica ela deve ser aplicada de forma subsunativa, ou seja, na forma de “tudo ou nada”: se reconhece a validade da regra e impositividade de sua aplicação ou entende-se que ela não é válida e é afastada; no caso de ser princípio, a sua aplicação deve ser ponderada com os demais princípios do ordenamento jurídico (isso segundo a tese de Alexy (2011), que considera a natureza axiológica dos princípios).

4.2.3.1 Análise crítica dos principais argumentos dos votos que formaram a maioria nas decisões do Habeas Corpus nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44

A seguir serão enfrentados os argumentos apresentados pelos ministros que formaram a maioria nas decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b).

4.2.3.1.1 Diferença de prisão e culpa: fato este que não legitima, mas sim impede a execução provisória da pena após decisão condenatória de segundo grau de jurisdição

Também demonstrou-se ser inconsistente o argumento, apresentado em especial pelo ministro Barroso, de que o art. 5º, LVII da CF (BRASIL, 1988) não impede que a prisão antes do trânsito em julgado, mas sim condiciona ao trânsito em julgado a culpabilidade. Disso não há divergência, pode-se prender, em qualquer fase processual (ou indiciária, no inquérito policial) se houver necessidade, de forma cautelar. (BRASIL, 2016; 2016 b)

O que a ordem jurídica constitucional não permite é a execução provisória da pena sem haver o trânsito em julgado, ou seja, sem ter sido ainda formada a culpa. Então este argumento do ministro Barroso reforça a tese da impossibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É ilógico e falacioso pretender sustentar a

⁴² Tem-se conhecimento que de acordo com a “Teoria da Argumentação Jurídica” de Alexy, a definição da categoria jurídica, ou seja, se é regra ou princípio, que se trata de um procedimento de justificação interna, é a primeira que tem que ser feita. Isso porque, sabendo se é regra ou princípio, aplica-se, na segunda fase, na justificação externa, a fórmula da subsunção ou do peso. Mas visto que a definição da categoria jurídica a que pertence o art. 5º, LVII da CF, está no centro do problema do estudo, será analisado por último. Primeiro analisar-se-á o referido dispositivo na ótica dos ministros que formaram a maioria, ou seja, como se ele fosse um princípio, para que se possa fazer uma crítica aos argumentos apresentados.

possibilidade dessa execução com o fato de ser permitida a prisão cautelar, nas palavras de Hachem:

Portanto, para que seja executada a pena de prisão, é preciso ter crime; para que haja crime, é preciso que tenha sido declarada a culpa; e para a Constituição da República, só se pode considerar o acusado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ou seja, essa tentativa de diferenciar “ninguém será considerado culpado” de “ninguém poderá ser preso” é falaciosa, porque ignora o fato de que, para o Direito, ser preso no sentido de “cumprir pena” pressupõe necessariamente que o condenado já seja considerado culpado. A tentativa de distinção, por consequência, não procede. (HACHEM, 2016, s/p).

Ressalta-se, ainda, que a pena criminal não se limita à prisão (pena privativa de liberdade). Pode o réu ser condenado à pena de multa ou a penas restritivas de direitos, como: prestação pecuniária, prestação de serviço à comunidade etc. Fato este que torna ainda mais falaciosa a argumentação.

4.2.3.1.2 Execução provisória da pena equivalente a prisão preventiva para manutenção da ordem pública sem necessidade de motivação específica pelo juiz: verdadeiro atentado contra a Constituição

Agora, muito mais complicado é o argumento, também esposado pelo ministro Barroso no seu voto nas ADCs 43 e 44 (BRASIL, 2016 b), de que o esgotamento das instâncias ordinárias faz com que a execução provisória da pena tenha o condão de exigência de “ordem pública”, é um dos fundamentos da prisão preventiva, previsto no art. 312 do CPP (BRASIL, 1941), isso para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal, com o destaque que dispensa a motivação específica do magistrado para decretar a prisão.

Primeiramente, se cria mais uma modalidade de prisão preventiva sem previsão legal, o que contraria o princípio da legalidade previsto no art. 5º, XXXIX da CF (BRASIL, 1988). Como ressalta Barros, as medidas cautelares, em especial a prisão, se revestem de tipicidade equivalente à tipicidade do direito substancial:

A possibilidade jurídica da ação cautelar consiste em se verificar “prima facie”, se a medida cautelar pleiteada é admissível no estatuto processual ou em qualquer lei dessa natureza. Existe uma tipicidade processual não diferente da tipicidade de direito substancial. Portanto, importa verificar se o pedido do autor pode subsumir-se num dos

modelos descritos nos preceitos normativos do direito vigente. Inexistindo no ordenamento jurídico a medida cautelar pleiteada, não há possibilidade jurídica para o pedido do autor. (BARROS, 1992, p 75).

Segundo, a dispensa de motivação específica do magistrado para submeter uma pessoa a prisão, contraria também a regra constitucional do art. 93, IX da CF (BRASIL, 1988), que dispõe: “[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

Afirmam também que a execução após a decisão de segundo grau se constitui uma exigência de ordem pública também porque visa assegurar a credibilidade do Poder Judiciário, diante do fato de que o índice de provimento dos recursos extraordinários são baixíssimos (inferior a 1,5% e, 0,1%, considerando as decisões absolutórias). Conclui, portanto, que a maioria dos recursos são protelatórios e visam a prescrição da pretensão punitiva ou executória, o que faz com que o acusado e a sociedade percam a confiança na justiça. (BRASIL, 2016; 2016 b)

Quanto ao argumento da credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal, será analisado na sequência, quanto se tratar da ilegitimidade do argumento da função de prevenção geral positiva do Direito Penal.

Quanto ao argumento do baixo índice de provimentos dos recursos especiais e extraordinários, o IBCCRIM, nos seus memoriais trouxe uma pesquisa do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) de dados empíricos que comprovam: primeiro, que há um percentual de sucesso nos recursos de 8,27% no STF e de 27,86% no STJ (mais de ¼ dos recursos); segundo, que entre os recursos especiais, uma pequena parcela é afeta à matéria penal (9,65%); e terceiro, que grande parte dos recursos especiais são de iniciativa do Ministério Público. As Defensorias Públicas de São Paulo e Rio de Janeiro trouxeram informações à ADC 43 e 44 de que o índice de provimentos chega a ter uma taxa de 41% nos recursos especiais. (BRASIL, 2016 b)

Mas, a questão não pode resumir-se à percentuais, que seja um por cento das pessoas absolvidas ou apenas uma pessoa absolvida, impor o cumprimento de uma pena a um inocente trata-se de algo extremamente perverso, injusto e ilegítimo. Como observa do ministro Marco Aurélio em seu voto no HC nº

126.292/SP (BRASIL, 2016), as consequências nefastas da decisão é que um cidadão absolvido terá perdido a sua liberdade. E o único significado do princípio da presunção da inocência é evitar que se execute uma pena que ainda não é definitiva e que pessoas que supostamente inocentes corram o risco de perder a sua liberdade de forma ilegítima.

O Estado ao agir da forma como foi decidido nas ações em tela, não ganha credibilidade, ao contrário, perde credibilidade porque além de admitir que não consegue cumprir a sua função de decidir em um prazo adequado, ou seja, que é moroso e ineficiente, também, efetivamente, atenta contra direitos fundamentais de seus cidadãos que estão garantidos constitucionalmente.

Essa decisão, também, atenta contra os princípios democráticos da República nas suas duas perspectivas: formal e material. Atenta contra a democracia formal ou *política* ao negar vigência ao direito fundamental esculpido no art. 5º, LVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Essa perspectiva formal de democracia se dá por meio de um Estado representativo, esse princípio representativo (da maioria) é a fonte da legalidade. E contra a *democracia substancial*, que refere-se às efetivas garantias fundamentais, sejam liberais ou sociais e que determina que:

Nenhuma maioria, se tem dito, pode decidir a condenação de um inocente ou a privação dos direitos fundamentais de um sujeito ou de um grupo minoritário; nem mesmo pode não decidir pelas medidas necessárias para que um cidadão sejam asseguradas a subsistência e a sobrevivência. O princípio da democracia política, relativo a quem decide, é, em suma, subordinado aos princípios da democracia social relativos ao que não é lícito decidir e ao que não é lícito não decidir. (FERRAJOLI, 2006, p. 798).

Portanto, a credibilidade do Estado e do Poder Judiciário está relacionada ao respeito à ordem jurídica.

4.2.3.1.3 Efetividade penal: princípio ou política? A análise da necessidade na ponderação entre a presunção da inocência e a efetividade do Direito Penal

Esse é o principal argumento utilizado pelos ministros que formaram a maioria (BRASIL, 2016; 2016 b). Como base em uma ponderação que, no caso,

não era cabível, como foi visto no tópico anterior, entenderam que a presunção de inocência não é um valor absoluto, que deve ceder quando da decisão de segundo grau de jurisdição para a efetividade da lei penal. Isso frente aos objetivos (prevenção geral e especial) e bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal previstos nos arts. 5º, caput e inciso LXXVIII e 144, todos da CF (BRASIL, 1988).

Entenderam que depois da decisão condenatória de segundo grau de jurisdição há uma diminuição da incidência do princípio da presunção de inocência e uma exigência de maior efetividade da lei penal, visto que há demonstração segura da responsabilidade penal diante da impossibilidade de se discutir a questão fático-probatória (BRASIL, 2016; 2016 b). Argumento equivocado, pois a responsabilidade penal não tem a ver somente com a questão fática, mas também com a resolução das questões jurídicas (tipicidade, ilicitude e culpabilidade).

A questão que tem que ser posta é: a que categoria jurídica a efetividade do Direito Penal pertence? Não se trata de uma regra constitucional, muito menos de um princípio, mas sim de uma política, ou seja, de uma meta política que cabe ao Estado efetivar.

Foi visto que para Dworkin (2014) há necessidade de diferenciarem-se as categorias jurídicas: regras, princípios e políticas. As políticas são utilizadas pelo legislador visando a solução de um problema, tem sempre um fim coletivo; já os princípios visam proteger um direito individual ou coletivo, ou seja, descrevem direitos. Por isso que um juiz não pode afastar um princípio em prol de uma meta utilitarista (política), pois segundo Dworkin princípios são “trunfos” contra metas utilitaristas. E, por não ser o juiz um legislador, suas decisões não podem ter por base políticas, mas sim princípios.

No caso concreto, foi isso que aconteceu. Os ministros que formaram a maioria, com base em uma meta utilitarista de uma maior efetividade ao Direito Penal, com o fim declarado de manter o prestígio das instituições do Estado (Judiciário e sistema penal), afastaram a incidência de um direito fundamental previsto em uma regra constitucional (presunção da inocência).

Claro, que segundo a teoria de Dworkin, a questão já estaria resolvida, visto que uma meta utilitarista nunca teria força de se sobrepor a um princípio, que se

trata de um direito. Mas, não é assim que pensa Alexy (2011), assevera o teórico alemão que esse entendimento de Dworkin é muito simplista, pois princípios podem ser tanto direitos individuais, como sociais e, esses, podem ter uma natureza positiva, de metas que o Estado tem o dever de cumprir.

Pergunta-se: teria outra forma de se garantir a efetividade penal e manter incólume a regra constitucional art. 5º, LVII da CF (BRASIL, 1988)? Sim, com uma reforma processual a ser feita por via legislativa, por exemplo, nos critérios de admissibilidade dos recursos, nos prazos e marcos interruptivos da prescrição penal etc. É importante observar que os ministros que formaram a maioria afastaram a tese de que a decisão agravaria a crise do sistema prisional, pois entendem que esse argumento não pode ser utilizado como fundamento para interpretação das leis penais e processuais.

Nesse ponto, eles têm razão, com base em problemas do sistema penitenciário e judicial, não se podem interpretar preceitos normativos, muito menos afastar direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Ora, fica claro que ambos são argumentos utilitaristas: problema estrutural da superlotação do sistema carcerário e inefetividade da justiça criminal. E ambos devem ser enfrentados por meio de políticas públicas, que demandam reformas substanciais nos dois sistemas: penitenciário e judicial. E não por meio da interpretação de lei penais e processuais. A diferença é que a interpretação proposta pelos autores das ADCs 43 e 44 (BRASIL, 2016 b) tinha por finalidade garantir direitos fundamentais (evitar o agravamento da crise prisional que atenta contra os direitos fundamentais dos presos), já a interpretação feita pelos ministros que formaram a maioria nas referidas decisões teve como escopo preservar a credibilidade do judiciário e do sistema penal.

Verifica-se, portanto, por mais inadequada que seja a ponderação no caso concreto, se ela fosse realizada, sequer passaria pela segunda fase da teoria dos direitos fundamentais de Alexy: a necessidade. Ela não é necessária porque há outras formas de se garantir a efetividade penal sem se comprometer o direito fundamental de presunção de inocência. Portanto, sequer se ingressaria na fase da proporcionalidade em sentido estrito.

Como afirma o ministro Celso de Mello em seu voto no HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016), a cláusula de bloqueio da presunção de inocência representa

uma proteção para quem responde um processo penal, bem como um requisito de legitimação da execução das penas por parte do Estado. E, assim, “**A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) **no desempenho** da atividade de persecução penal.” (BRASIL, 2016, p. 88).**

Outro erro argumentativo crasso é afirmar que a efetividade penal está garantida pelo art. 5º, inciso LXXVIII (BRASIL, 1988), que dispõe: “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. O dispositivo constitucional não é uma garantia relativa à efetividade penal, mas sim à duração razoável do processo. Não se trata de um direito coletivo ou social, mas sim de um direito individual. Uma forma de se garantir a duração razoável do processo é, por exemplo, pelas regras que regulam a prescrição da pretensão punitiva do Estado. Se o Estado não conseguir emitir um pronunciamento judicial em um prazo razoável, é extinta a punibilidade do acusado, pois ele não pode ser submetido a um processo perpétuo.

Mas, além disso, com a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau o processo termina, chega ao seu fim? A resposta é não, resta ainda o julgamento dos recursos especiais e extraordinário. Então, o processo pode perdurar por um prazo muito além do razoável, desta forma a decisão de executar a pena prematuramente não garantiu a efetividade do dispositivo constitucional do art. 5º, inciso LXXVIII da CF (BRASIL, 1988). Demonstra-se a fragilidade do argumento apresentado.

Por essas razões, os argumentos pragmáticos apresentados pelo ministro Barroso, que são metas utilitaristas, não têm força para afastar um direito fundamental. Além de serem falaciosos, porque não tornam o sistema o sistema mais funcional e equilibrado, somente possibilitam injustiças de modo a permitir que um inocente tenha a sua liberdade cerceada e, de outra ponta, agrava a situação caótica do sistema penitenciário. Nesse sentido Hachem:

Se os argumentos fáticos passaram a valer mais do que os fundamentos jurídicos – como parece ser a tônica da decisão acerca da presunção de inocência, enraizada na alegação de excesso de recursos e impunidade no país – então a realidade fática das prisões brasileiras deveria ser

levada em conta no momento de interpretação do art. 5º, LVII da Constituição Federal: a melhor interpretação para o dispositivo deveria ser aquela que menos prejudicasse a situação atual do cárcere no país e que menos contribuísse para o agravamento da sua crise. (HACHEM, 2016, s/p).

Também não diminuem a seletividade do sistema penal porque, nesse ponto, como comprovam os altos índices de provimentos das Defensorias Públicas dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro nos recursos especiais e extraordinários (BRASIL, 2016 b), o sistema não é seletivo, as pessoas hipossuficientes estão tendo acesso aos tribunais superiores. Certamente, impede a prescrição penal, mas em detrimento disso gera injustiça e incentiva um punitivismo⁴³ penal severo e irracional.

4.2.3.1.4 A ilegitimidade do argumento da função de prevenção geral positiva do Direito Penal: a credibilidade do Estado em detrimento de um direito fundamental

Mas o argumento mais surpreendente é o de que a execução provisória da pena após a decisão de segundo grau de jurisdição atende a dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, de “*vedação à proteção estatal deficiente*”, pois protege os bens jurídicos a que a lei penal se comprometeu de garantir e, assim, proporciona uma maior efetividade e credibilidade da justiça, atendendo aos reclames da função de prevenção geral e específica do Direito Penal. (BRASIL, 2016; 2016 b) Surpreende por serem falaciosos e por trazer no seu cerne uma ideologia autoritária do Direito Penal, incompatível com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que é próprio de todo o Estado Democrático de Direito.

Primeiramente, a vedação da proteção deficiente no âmbito penal, certamente, trata-se de uma meta de interesse da sociedade, mas que só pode ser suprida por via legislativa, somente por lei é que se pode criminalizar uma

⁴³ Entende-se por punitivismo aquele modelo autoritário descrito por Ferrajoli (2006) em que o juízo degenera-se em juízos éticos e valorativos (sem verdade), visto que as decisões não podem ser verificadas e refutadas, pois arbitrarias, furtos de conceitos subjetivos do próprio julgador. Trata-se, pois, não de uma jurisdição técnica, cognitiva, vinculada à lei e ao direito, mas sim de um juízo caracterizado por um incontrolável subjetivismo, que revertem em abuso. Isso torna o juízo penal arbitrário, pois não é baseado em juízo de fatos, em procedimentos cognitivos (controlados de forma objetiva e racional), mas em decisões potestativas confiadas à sabedoria dos juizes e à “verdade substancial” que eles possuem.

conduta para tentar prevenir o atentado ou lesão a determinado bem jurídico. Não pode o judiciário tentar proteger por meio de criminalização de uma conduta um bem que ele entenda que não está adequadamente protegido pela imposição de pena. Ou seja, no âmbito penal só possibilidade de se proteger bens jurídicos por meio da criminalização de condutas que, por sua vez, somente pode ser feita por meio de lei.

A pergunta que fica é: pode-se proteger bens jurídicos (como a vida, a propriedade, liberdade, que estão no caput do art. 5º da CF), com uma maior efetividade do processo penal? Claro que não, porque quando o fato está sendo processado já houve, em tese, o atentado ou a lesão a esses bens jurídicos que a lei penal tentou, mas não conseguiu proteger. O que se visa então com o processo? Visa garantir a justiça, que pode ser a condenação ou a absolvição do acusado. O processo em si é uma garantia, garantia que o Estado somente poderá exercer o seu poder de punir com a observância de um procedimento constitucional e legal que garanta todos os direitos fundamentais do acusado.

A função de prevenção geral do Direito Penal não se consegue com o processo, o processo não garante ou protege bens jurídicos como a vida ou o patrimônio, mas sim é garantia de justiça e de liberdade. De liberdade, no sentido de que a liberdade do réu somente será privada depois de um devido processo legal em que são observados todos os direitos e garantias.

Então, é falacioso o argumento de que devido a função do Direito Penal na tutela de direitos fundamentais existe a necessidade de retirar os embaraços à efetividade do Direito Penal, com fundamento no princípio da proteção eficiente. Em suma, essa maior efetividade do Direito Penal que pretenderam os ministros não previne nada, somente garante um processo penal e uma execução penal que tem o seu curso sem a observância de garantias constitucionais. Nesse sentido, adverte Cacicedo, que essa doutrina de Direito Penal defendida pelo STF nas referidas decisões:

Reconhece como legítima a imposição do sofrimento humano como símbolo para a garantia de fidelidade ao direito, de maneira a corroborar o conteúdo da pena com a degradação humana e imposição de dor aos vulneráveis. (CACICEDO, 2017, p. 235).

Ainda quanto à função de prevenção geral positiva, é importante observar que Ferrajoli (2006), em seu clássico “Direito e Razão”, faz um importante estudo tanto das doutrinas abolicionistas, como das justificacionistas do Direito Penal, entre estas a doutrina da prevenção geral positiva. São doutrinas, tais como a espalhada pelos votos que formaram a maioria nos julgamentos em tela, em que confundem o Direito com a Moral, na forma do legalismo e do estatismo ético, “conferem às penas funções de interação social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado e promovem o conformismo das condutas.” (FERRAJOLI, 2006, p. 256).

Concebem o Direito Penal como instrumento de 'orientação moral', em que a pena é justificada como “[...] fator de coesão do sistema político-social em razão da sua capacidade de reestabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões, a estabilidade do ordenamento e, portanto, de renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições.” (FERRAJOLI, 2006, p. 256). Ela funda uma espécie de utilitarismo penal baseado em perversões ético-formalistas, oriundas do positivismo jurídico alemão da primeira metade do século XX, em que propõe um “utilitarismo penal exatamente com base na valorização social dos fatores irracionais da indignação e do ódio provocados pelo delito e satisfeitos por intermédio da pena” (FERRAJOLI, 2006, p. 256).

Tal doutrina tem como características “[...] reduzir o indivíduo à condição de 'subsistema físico-psíquico', funcionalmente subordinado às exigências do sistema social geral.” (FERRAJOLI, 2006, p. 256), propõe um modelo de Direito Penal máximo, que é indiferente a tutela dos direitos das pessoas. Como ela, também, a justificação externa (ponto de vista externo) desaparece, pois os costumes do Estado e a moralidade do direito, “[...] transformou-se em simples instância funcional de autoconservação do sistema político.” (FERRAJOLI, 2006, p. 257).

Essa ideologia entende que a pena tem a função de manutenção do sistema social e, assim, impõe a fidelidade ao Direito,

Sem que se possibilite o questionamento dos interesses políticos que subjazem o sistema normativo para o qual se requer a fidelidade. Com isso, resta construído um discurso penal que perfilha o normativismo e supera os limites da teoria sistêmica para se apresentar como uma

técnica penal que não permite restrições ao poder punitivo. (CACICEDO, 2017, p. 233).

Não há dúvida que foi esta concepção de funções do Direito Penal que foi defendida pelos ministros que formaram a maioria, e, assim, não observam uma garantia constitucional em prol de uma meta utilitarista que visa tentar reverter, nas palavras do ministro Barroso, “[...] o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.” (BRASIL, 2016, p. 34) Trata-se de uma doutrina autoritária de concepção ético-legalista. Doutrina esta que em prol de uma maior credibilidade do Estado e das instituições (Judiciário e sistema penal), não observa os direitos fundamentais do cidadão.

São diferentes de doutrinas como a da prevenção geral *negativa* (da intimidação), que possuem o mérito de não visarem o delinquente, mas, sim, todas as pessoas em geral e não valorizam a obediência política às leis. São exercidas por meio da intimidação através da *ameaça* da pena contida na lei (FERRAJOLI, 2006). Esse tipo de doutrina (prevenção geral negativa) está em consonância com a nossa ordem jurídica constitucional. Já a primeira (prevenção geral positiva), que fundamentou os votos que compuseram a maioria nos referidos julgamentos, não se coaduna com a ordem jurídica constitucional, pois propõem um Direito Penal autoritário (ético-legalista) em que a credibilidade do Estado e das instituições é mais importante que os direitos e garantias das pessoas e, assim, atenta contra um dos princípios fundamentais da República, que é a dignidade da pessoa humana.

Deve ser observado que a função de prevenção especial, observada no voto do ministro Barroso (BRASIL, 2016; 2016 b), que trata-se da eficácia dissuasiva do Direito Penal pelo *exemplo*, trata-se de uma função exemplar da execução da pena que dá margem “à objeção kantiana segundo a qual nenhuma pessoa pode ser utilizada como meio para fins a ela estranhos, ainda que sociais e elogiáveis” (FERRAJOLI, 2006, p. 257). O que torna tal justificção do Direito Penal extremamente imoral. Além de legitimar intervenções punitivas severas e incertas, privadas de garantia, o que dá margem a pena “exemplar” e a “[...]punição do inocente”, “desvinculada da culpabilidade e da própria verificação da existência do crime, exatamente como acontece no extermínio e na represália.” (FERRAJOLI, 2006, p.

257) Trata-se de um sistema maquiavélico, inspirado na máxima que “os fins justificam os meios”.

Outra questão, que trata-se de um vício metodológico dos argumentos espostos pelos ministros que compuseram a maioria, está na confusão feita entre a função com a finalidade, ou seja, do ser (de fato) com o dever ser (axiológico) da pena. Falam sobre os objetivos da pena:

Sugerindo a ideia de que a pena possui um efeito (em vez de uma finalidade) retributivo ou reparador, ou que essa previne (em vez de dever prevenir) os delitos, ou que reeduca (em vez de dever reeducar) os réus, ou que dissuade (em vez de dever dissuadir) a generalidade dos associados do cometimento de delitos ou similares. (FERRAJOLI, 2006, p. 300).

Ferrajoli chama de '*ideologias*' as doutrinas que incorrem na confusão entre modelos de justificação e esquemas de explicação, ou seja, qualquer tese que confunda “dever ser” e “ser” (ou melhor, proposições normativas e proposições assertivas). Isso violada princípio “conhecido como “Lei de Hume”, segundo o qual não podem ser extraídas conclusões prescritivas ou morais de premissas descritivas ou fáticas, nem vice-versa.” (FERRAJOLI, 2006, p. 300)

No caso específico, os argumentos das decisões concorreram com *ideologias normativistas* ou *idealistas* as que assumem as justificações axiológicas como explicações empíricas, incorrendo em *falácia normativista* da derivação do ser do dever ser. Verifica-se nos votos a nítida confusão entre a finalidade normativa do Direito Penal de proteger bens jurídicos, como se, de fato, ele efetivamente conseguisse proteger. E, assim, a efetividade da pena se justificaria porque conseguiria proteger, de fato, os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. É flagrante o vício argumentativo, pois ter como finalidade de proteção a bens jurídicos, não é garantia que de fato o Direito Penal vai conseguir protegê-los. Tanto que existe um alto índice de criminalidade que as leis penais, por si só, não conseguem evitar.

São de dois tipos os requisitos para evitar os vários tipos de falácias. O primeiro é que o objetivo seja reconhecido como um *bem extrajurídico*, externo ao Direito e “[...] que o meio jurídico seja reconhecido como um *mal*, isto é, como um custo humano e social” (FERRAJOLI, 2006, p. 304), por isso, deve ser justificado. No caso das decisões, ficou claro que a pena é vista não como um mal necessá-

rio, mas sim como um bem, um bem que visa reforçar a segurança do sistema e a credibilidade das instituições, não importando o custo humano e nem observando as garantias constitucionais.

A justificação da pena trata-se de uma “[...]legitimação apriorística e incondicionada, reduz-se a uma petição de princípios.” (FERRAJOLI, 2006, p. 306) Diferente das doutrinas utilitaristas da prevenção geral negativa, que leva em conta essa complexidade, pois “[...] tais doutrinas têm o mérito de dissociar os meios penais, concebidos como males, dos objetivos extra-penais idôneos a justificá-los.” (FERRAJOLI, 2006, p. 307). Por isso, que o ministro Celso de Mello, em seu voto no HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016), entendeu ser incompreensível a repulsa a presunção da inocência e que esta repulsa traz graves consequências, visto que “[...] **mergulha** suas raízes em uma visão absolutamente **incompatível** com os padrões do regime democrático.” (BRASIL, 2016, p. 89).

4.2.3.1.5 O direito comparado

O ministro Teori Zavascki, no seu voto do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016), asseverou que em países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina a pena não fica suspensa depois da decisão de segundo grau de jurisdição.

Acontece que não foi feito um estudo aprofundado em seu voto de como a presunção de inocência é tratada na ordem jurídico constitucional daqueles países. Ademais, verifica-se que, como ressalta o próprio ministro, em todos esses países essa possibilidade é facultada pela lei, ou seja, pelo código processual respectivo e não por meio de posição ativista do judiciário. E no caso de Portugal, foi reconhecido pelo Tribunal constitucional daquele país o princípio da presunção de inocência, mas não de forma absoluta, pois admite medidas cautelares, tal como a ordem jurídica brasileira.

Como bem ressalta Hachem, o argumento é fraco, pois:

Agora, os sistemas constitucionais de outros países jamais podem ser utilizados como argumentos para interpretar restritivamente um enunciado normativo brasileiro que tutela um direito fundamental. Se os textos constitucionais de Portugal ou da Itália utilizam terminologias distintas do dispositivo brasileiro para tratar da presunção de inocência, o

azar é deles! No Brasil, deve ser aplicada a norma brasileira, exatamente da forma como está prevista. Podemos discordar do conteúdo da Constituição, considerando-o ruim ou inadequado a determinados fins; não, porém, ignorá-lo ou negar-lhe vigência com base em uma concepção pessoal do que seria melhor para o sistema penal. (HACHEM, 2016, s/p)

Enfim, o estudo do direito comparado é útil para fins de política normativa, ou seja, na comparação da legislação brasileira com a legislação de outros estados o legislador pode colher ideias para propor reformas, de modo de resolver problemas práticos ou possibilitar a evolução do sistema normativo. Mas, nunca poderá ser utilizado de argumento para afastar uma regra jurídica que garante um direito fundamental.

4.2.3.1.6 Presunção de desconfiança nas instâncias ordinárias

Complicado foi o argumento no sentido de que ao se exigir o pronunciamento derradeiro dos tribunais superiores para iniciar a execução da pena, “[...] reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.” (BRASIL, 2016, p. 25). É o mesmo que dizer que um recurso provido pelo tribunal desmoraliza ou gera desconfiança na capacidade e idoneidade do juiz de primeiro grau.

Um Estado Democrático de Direito possibilita o recurso para as instâncias superiores não devido ao descrédito das instâncias inferiores, mas sim como um mecanismo de controle da decisão. Como ressalta Habermas (2003), os recursos são uma garantia de controle e de legitimidade da decisão judicial. Em uma República ninguém é melhor que ninguém, por isso que decisões que influenciam decisivamente na vida de seus cidadãos, como as decisões judiciais, e em especial os provimentos penais, que tratam da liberdade da pessoa, precisam ser revisados por várias instâncias. E isso não tem nada a ver com o crédito ou descrédito, confiança ou desconfiança nas instâncias ordinárias.

Verifica-se, portanto, que os argumentos apresentados pelos ministros que formaram a maioria não se sustentam e, ainda, sequer tem a força para ultrapassar a segunda fase da ponderação de princípios postulada pela teoria de Alexy, no caso a necessidade. Isso porque, como foi visto, há outras formas de se

garantir a efetividade do Direito Penal sem comprometer o direito fundamental de presunção de inocência. Resta agora, analisar a questão de justificação interna, no caso verificar a que categoria jurídica pertence o art. 5º, LVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

4.2.3.2 Análise crítica da natureza jurídica do art. 5º, LVII da Constituição Federal: regra ou princípio jurídico?

No capítulo anterior, verificou-se que a teoria de Alexy trata-se de um conjunto de três teorias (trialismo), que são: a pretensão de correção, a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da argumentação jurídica. O grande erro cometido tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, é analisá-la isoladamente. Na grande maioria das vezes, como é o caso destas decisões em estudo, utiliza-se somente a teoria dos direitos fundamentais, em especial, a ponderação de princípios, para analisar todo e qualquer problema jurídico, independentemente da categoria jurídica da norma.

Acontece que não se pode ponderar o imponderável. Na área penal e processual penal, área esta que exige uma maior segurança jurídica para que as pessoas possam ter certeza de seus direitos e deveres e, assim, não coloquem em risco a sua liberdade, as normas jurídicas são preponderantemente regras e não princípios. Como adverte Hachem, existe uma confusão, criada especialmente pela doutrina brasileira, em que denomina toda e qualquer norma como princípio, não pelo grau de abstração da norma, mas sim pela sua fundamentalidade:

A doutrina do Direito Penal no Brasil tem a tradição de chamar de princípios normas que reputa importantes. Princípio da legalidade penal, princípio da presunção de inocência, princípio da irretroatividade da lei penal. O critério utilizado por essa parte da doutrina para classificar tais normas de princípios é o grau de fundamentalidade (ou importância) da norma dentro do sistema: se é fundamental, é um princípio. Não utilizam esses autores o critério do caráter definitivo ou relativo da norma, empregado por Alexy (se a norma é relativa e sujeita-se à ponderação, é princípio; se é definitiva e imponderável, é regra). Assim, é preciso deixar claro que não podemos ponderar tudo aquilo que no Direito brasileiro a doutrina chama de “princípio”, pois do contrário poderíamos ponderar o princípio da legalidade penal (admitindo a existência de crime sem lei) e o princípio da irretroatividade da lei penal (aceitando que a lei penal menos benéfica retroaja para prejudicar o acusado). Se adotássemos aqui a definição de Alexy, essas normas seriam regras (e não princípios) e não se sujeitariam à ponderação. (HACHEM, 2016, s/p).

Mas, como foi dito, mesmo no caso de as garantias penais ou processuais penais estarem na forma de princípios, o princípio básico que informa essa classe de direitos fundamentais (negativos, de 1º dimensão) é a liberdade. E isso faz com que esse princípio atue como um fator direcionador da própria interpretação, de modo que, existindo dúvida, sempre se interpreta a favor da liberdade. Assim, a questão que tem que ser enfrentada, trata-se de uma questão teórico- normativa, mas que é essencial para o deslinde do problema: O art. 5º, LVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988) trata-se de uma regra ou um princípio?

Como foi visto, a teoria de Alexy tem como pré-requisito de toda a atividade interpretativa a definição da categoria das normas, tanto é assim que estabelece que toda a argumentação jurídica, tem duas fases: a justificação interna e a justificação externa. Na justificação interna deve-se definir se a norma é regra ou princípio, para regra aplica-se a fórmula da subsunção, para os princípios, a regra do peso. Na segunda fase, justificação externa, as premissas são justificadas. Definido que a norma é uma regra, a operação é menos complexa. Mesmo assim pode-se ter uma fórmula de subsunção mais simples, quando a regra for inequívoca ou complexa, quando a regra precisar ser mais detalhada.

A fórmula do peso se utiliza quando a categoria jurídica se tratar de princípios e, assim, deve-se utilizar, primeiramente, o procedimento previsto pela teoria dos direitos fundamentais: analisar a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, nessa ordem. Na proporcionalidade em sentido estrito devem-se utilizar todas as regras previstas pela teoria da argumentação jurídica. Tudo isso já foi detalhado no segundo capítulo.

Agora vamos analisar a questão fática objeto do Habeas Corpus nº 126.292/SP (BRASIL, 1988). Uma pessoa foi condenada em segundo grau de jurisdição a cumprir uma determinada pena. A condenação não transitou em julgado, pois houve recurso para os tribunais superiores. Não houve decretação da prisão preventiva, pois não estavam presentes os pressupostos do art. 312 do CPP (BRASIL, 1941). Assim, pode ser executada, de forma provisória, a pena?

Pois bem, dispõe o art. 5º, LVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Deve-se esclarecer que a culpa é um pressuposto da pena.

Ferrajoli (2006) formulou uma tabela com base em princípios fundamentais para que se possa punir de forma legítima. Utilizaram-se de dez princípios ou axiomas: *delito, lei necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa*. Cada um destes princípios corresponde a uma condição necessária para a imposição da pena. Assim, “[...] se definirmos a *responsabilidade penal* como o conjunto das condições normativamente exigidas para que uma pessoa seja submetida à pena – cada um deles designa, ademais, uma condição da responsabilidade penal.” (FERRAJOLI, 2006, p. 90). Esses princípios estão dispostos na tabela que segue:

Sistema Garantista SG – Dez Axiomas Principais	
A1- princípio da <i>retributividade</i>	“ <i>Nulla poena sine crimine</i> ”
A2 - princípio da <i>legalidade</i>	“ <i>Nullum crimen sine lege</i> ”
A3 - princípio da <i>necessidade</i>	“ <i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate</i> ”
A4 - princípio da <i>lesividade</i>	“ <i>Nulla necessitas sine injuria</i> ”
A5 - princípio da <i>materialidade</i>	“ <i>Nulla injuria sine actione</i> ”
A6 - princípio da <i>culpabilidade</i>	“ <i>Nulla acione sine culpa</i> ”
A7 - princípio da <i>jurisdicionariedade</i>	“ <i>Nulla culpa sine iudicio</i> ”
A8 - princípio <i>acusatório</i>	“ <i>Nulla iudicium sine accusatione</i> ”
A9 - princípio do <i>ônus da prova</i>	“ <i>Nulla acusatio sine probatione</i> ”
A10 - princípio do <i>contraditório</i>	“ <i>Nulla probatio sine defensione</i> ”

A culpabilidade está prevista no princípio A6, de modo que não pode haver pena sem ter sido definido a culpabilidade do agente. E a culpabilidade não se trata que uma categoria fática (autoria e materialidade), mas sim jurídica. E, assim, ela pode ser objeto de análise dos tribunais superiores.

Nesse ponto é interessante ressaltar que segundo a teoria analítica do crime (WELSEL, 1993), o crime é um fato típico, ilícito e culpável. Desta forma, o único desdobramento do conceito de crime que os tribunais superiores não vão poder discutir é a questão fática (fato: materialidade e autoria), os demais (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) podem ser analisado por eles. São questões relevantíssimas que dizem respeito à própria responsabilidade penal, trata-se, por exemplo, de erro de tipo, atipicidade material (por exemplo, insignificância),

legítima defesa, estado de necessidade, inexigibilidade de conduta diversa, etc. Dito isso, verifica-se que se equivocou o ministro Teori ao afirmar que nas esferas ordinárias (juiz monocrático e tribunal) já se define a responsabilidade penal, pois já não há dúvida da questão fática. (BRASIL, 2016; 2016 b) Somente se terá certeza da responsabilidade penal quando definidas as questões fáticas (autoria e materialidade) e jurídicas (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), ou seja, somente com o trânsito em julgado da sentença condenatória. E o conceito de trânsito em julgado já está definido há séculos na Teoria do Direito, tanto que Kelsen (1998) assente que somente não se admite mais discussão quando esgotados todos os recursos, dessa forma toda a opinião sobre o fato está juridicamente excluída pela decisão do caso.

Voltando ao caso concreto, pode-se estabelecer o seguinte silogismo:

- Considerando que o art. 5º, LVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988) dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”;

- E que, no caso concreto, a sentença condenatória não transitou em julgado;

- Nesse caso, com base no art. 5º, LVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o réu não pode ainda ser considerado culpado;

- Portanto, sendo a culpa um pressuposto da pena, não pode ser imposta pelo Estado ao acusado uma execução provisória (antecipada) da pena.

Ora, trata-se de um silogismo simples, de pura subsunção da regra ao fato. Razão assiste ao ministro Marco Aurélio, que nos seus votos, entendeu que independentemente da concepção de direito adotada, a interpretação é ato vinculado ao direito positivo. E ressalta que tal dispositivo “[...] não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.” (BRASIL, 2016, p. 77 e 78). No momento em que foi desprovida a apelação, e o Tribunal de São Paulo não aplica uma medida cautelar, mas sim executa a pena de forma provisória, comete ato inconstitucional, pois vai de encontro com o que dispõe o art. 5º, LVII da CF (BRASIL, 1988).

Não há princípio a ponderar. Trata-se de uma regra constitucional inequívoca. Nesse caso, com base na teoria de Alexy (de Dworkin, de Hart e de Kelsen, também) a situação já está resolvida. Não é permitido mais se avançar sem correr o risco de desconsiderar a regra constitucional posta. Como foi dito, não se pode ponderar o imponderável. A moldura constitucional já definiu todos os parâmetros do caso, resta ao julgador somente aplicar a regra. Esclarece Hachem (2016, s/p) que a norma que prevê a presunção de inocência “fixa uma regra – imponderável – de que enquanto não houver sentença penal condenatória irrecorrível, ninguém poderá ser considerado culpado e sofrer execução da pena”.

Mas deve-se avançar. Se não bastasse a clareza da regra jurídica disposta no art. 5º, LVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988), como bem observa o Instituto Brasileiro de Ciências criminais (IBCCRIM) nos seus memoriais à ADC 43 e 44 (BRASIL, 2016 b), houve um diálogo institucional entre Legislativo e Judiciário que culminou na alteração do art. 283 do CPP (BRASIL, 1941). Em 2010, na decisão do HC 84.078 (BRASIL, 2010), o STF decidiu que somente pode ser admitida prisão cautelar antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Diante dessa decisão, a Lei 12.403/2011 deu a seguinte redação para o art. 283 do CPP (BRASIL, 1941):

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Caso houvesse ainda alguma dúvida quando à categoria jurídica do dispositivo constitucional do art. 5º, LVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988) (presunção de inocência), o legislador ordinário a resolveu com a regra do art. 283 do CPP (BRASIL, 1941). Esse dispositivo legal esclarece quais são as hipóteses de prisão e está em consonância tanto com o inciso LVII, como o inciso LXI, ambos do art. 5 da CF (BRASIL, 1988), este último dispõe: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Como adverte o Conselho Federal da OAB na petição inicial da ADC 44 (BRASIL, 2016 b) houve um espelhamento dos dispositivos constitucionais

previstos nos incisos LVII e LXI do art. 5º da CF (BRASIL, 1988) no art. 283 do CPP (BRASIL, 1941). Não há margem para dúvidas quanto a regra jurídica constitucional e legal e nem quanto ao alcance da garantia penal da presunção de inocência. Somente pode-se ser considerado culpado com o trânsito em julgado da sentença condenatória e, portanto, somente é admitida a prisão, salvo cautelar, com a culpa formada.

Interpretar tais regras constitucionais e legais de forma diversa não se trata de interpretação, mas sim de criação de outra norma. O que subverte princípios fundamentais da República, como o da separação de poderes, da legalidade e o da segurança jurídica. E, no caso, o julgador, com tal interpretação arbitrária (pois, vai além da discricionariedade) se coloca na condição de um legislador constituinte, pois segundo o art. 60, § 4º, IV da CF (BRASIL, 1988) tal regra constitucional é cláusula pétreia, que não pode ser suprimida por emenda constitucional. Como ressalta Lenio Streck (2016) a interpretação conforme a Constituição que foi dada ao art. 283 do CPP (BRASIL, 1941) não o declarou inconstitucional no todo ou em parte. Cita o jurista que a interpretação não foi conforme, mas contrária a Constituição:

[...] nenhum ministro dos que formaram a maioria disse que o artigo 283 feria a Constituição em algum ponto. Não há uma palavra no sentido de que o artigo 283 era, minimamente, inconstitucional. Ora, isso tem consequência: Se em nenhum ponto ele fere a CF, então ele é constitucional. Ou o STF deve confessar que agiu como Poder Constituinte. Simples assim. Tertius non datur. Dar-lhe uma interpretação conforme sem dizer em que ponto ele é inconstitucional é fazer um julgamento citra e extra petita. (STRECK, 2016, s/p).

Por essas razões, ou seja, pelo diálogo que houve entre o judiciário e o legislativo que culminou na nova redação do art. 283 do CPP (BRASIL, 1941), não tem fundamento pretender-se extrair sentido do art. 637 do CPP (BRASIL, 1941). Tal regra, com a nova redação do art. 283 do CPP (BRASIL, 1941), foi tacitamente revogada, como dispõe o § 1º do art. 2º da Lei 4.657/1942 (BRASIL, 1942): “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Atingiu-se o objetivo específico desse capítulo, no caso investigar se as decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL,

2016 b) do STF incorreram em discricionariedade tão criticadas pelo pós-positivismo. E, permitiu comprovar a hipótese de que tais decisões contrariam os preceitos básicos estabelecidos na teoria de Robert Alexy, e abriu ampla margem para discricionariedade judicial, o que demonstra que houve uma incompreensão da relação entre regras e princípios. Na verdade, a decisão proferida nestas ações foi mais do que discricionária, foi arbitrária, pois foi contrariou a Constituição e a lei ordinária. Baseou-se em critérios de justiça, mas não critérios que estão na base do ordenamento jurídico, mas sim um critério de justiça próprio dos julgadores, retirados dos anseios e do clamor da opinião pública por um maior punitivismo penal, que consiste no agravamento das penas e na flexibilização das garantias penais e processuais penais, de modo a possibilitar uma pretensa maior efetividade penal.

E, julgando com base nesses anseios populares por uma justiça mais severa, o STF negou vigência a uma regra constitucional que se trata de cláusula pétrea, subvertendo todos os princípios democráticos da República. Fica a pergunta do ministro Celso de Mello no seu voto nas ADCs 43 e 44 (BRASIL, 2016 b): “Quantos valores essenciais consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescondível pragmatismo de ordem penal?” E o questionamento do ministro Marco Aurélio no seu voto no Habeas Corpus nº 126.292/SP: “Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã”. (BRASIL, 2016, p. 76)

Foram atingidos os objetivos e confirmada a hipótese deste estudo, as decisões proferidas do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e da ADC nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b) foram arbitrárias, pois desconsideraram tanto a regra constitucional do art. 5º, LVII da Constituição Federal (presunção de inocência), como a regra legal do art. 283 do CPP. E, ao decidir desta forma, os ministros que formaram a maioria contrariaram os preceitos da teoria de Robert Alexy.

O mais grave é que a argumentação trazida se baseia em um clamor da sociedade de efetividade do Direito Penal. Clamor esse que não pode ser controlado intersubjetivamente, depende da sensibilidade de cada ministro para captá-lo no meio social. Desta forma, a racionalidade desta decisão é própria da

racionalidade metafísica das teorias jusnaturalistas, pois é solipsista. E defende um modelo ético-legalista de Direito Penal, modelo autoritário que dá primazia a credibilidade e fidelidade do Estado e suas instituições em detrimento dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

Em suma, o STF, com o objetivo de atender o clamor público por um maior punitivismo penal, subverteu a ordem jurídica constitucional. A racionalidade da decisão em nada tem a ver com as teorias pós-positivistas, muito menos com as teorias positivistas jurídicas, pois foi arbitrária, não foi observado na decisão a “moldura” constitucional e legal. Na verdade, a postura adotada pelo STF tem muito mais a ver com as posturas jusnaturalistas anteriores ao século XX, mas em vez de buscar a justiça em um mundo ideal racionalista do tipo platônico, a buscaram no clamor popular, que é líquido, instável.

5 CONCLUSÃO

Investigou-se a discricionariedade judicial por meio do uso do argumento principiológico no afastamento da aplicação das regras jurídicas nas decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016, b).

Objetivou-se fazer uma análise teórica do papel dos princípios para o pós-positivismo e, assim, diante de uma crítica das referidas decisões, verificar se não foram utilizados os princípios em oposição às regras jurídicas e, conseqüentemente, ampliado, significativamente, a discricionariedade judicial.

Verificou-se que as decisões nas referidas ações foram de encontro aos preceitos propostos pelas teorias pós-positivistas, em especial a de Robert Alexy. Confirmou-se a hipótese que o STF, nas referidas decisões, afastou as regras jurídicas e inovou o ordenamento jurídico, contrariando os preceitos da teoria de Robert Alexy, atuando, assim, de forma discricionária. O que demonstra uma incompreensão relação entre regras e princípios.

Para tanto, no primeiro capítulo, foram analisadas as perspectivas teóricas jusnaturalistas e juspositivistas. Quanto às primeiras, no caso as jusnaturalistas, foi verificado que se caracterizam por serem concepções de direito dualistas, ou seja, que se caracterizam pela coexistência de duas ordens normativas: uma positiva e outra natural. Sendo que a ordem normativa natural (direito natural) se sobrepõe à positiva. Na grande maioria das teorias jusnaturalistas, o direito natural trata-se de uma ordem moral, mais especificamente por um seguimento dessa ordem moral representado pela justiça. A problemática está na forma de se alcançar a “justiça” no caso concreto, pois essa justiça somente pode ser alcançada pelo intérprete (seja doutrinador ou juiz) de forma subjetiva, metafísica (idealizada ou racionalizada), ou seja, de forma solipsista. Dessa forma, essas concepções de direito pecam em clareza e segurança jurídica.

Fazendo uma crítica quanto à falta de segurança jurídica e de clareza das concepções jusnaturalistas, surgiram as concepções justeóricas positivistas jurídicas. Tais teorias são menos racionalistas e muito mais empiristas, portanto, têm como pretensão afastar toda e qualquer postura metafísica da concepção de direito e se caracterizam, na sua maioria, duas características principais: uma

negativa, representada pela teoria da separação do direito e da moral; e outra positiva, que tem a validade como o único critério de identificação do direito.

Dentre as teorias positivistas, em especial, estudou-se as teorias de Hans Kelsen e Herbert Hart, principalmente em relação ao sistema de regras e ao papel da decisão judicial, esclarecendo-se qual é o espaço da discricionariedade judicial na interpretação do Direito nessas perspectivas teóricas.

Verificou-se que para Kelsen, influenciado fortemente pelo Círculo de Viena, o Direito somente é o direito positivo e se caracteriza por ser um sistema normativo em que a norma superior valida a norma inferior. E a validade desse sistema é dada por uma categoria transcendental que ele denominou de norma hipotética fundamental (o que comprova a influência de Kant na sua teoria). Para Kelsen, a decisão judicial faz parte desse sistema jurídico e trata-se de uma norma individual para o caso concreto. E o juiz, dentro da moldura legal prevista pelas normas gerais, tem ampla liberdade para decidir, a decisão trata-se, portanto, de um ato político e não jurídico. Essa liberdade judicial vai depender do grau de abstração deixado pela norma geral, quando maior for a abstração, maior será a liberdade judicial; se a norma geral for mais concreta, menor será a liberdade.

Para Hart, o sistema jurídico é o conjunto de regras primárias e secundárias. As regras primárias são as regras que dispõem sobre obrigações, já as secundárias referem-se às regras primárias e resolvem problemas de incerteza, modificação e julgamento envolvendo tais regras, são assim, respectivamente: regras de reconhecimento, alteração e julgamento. E a validade desse sistema jurídico se dá pela regra de reconhecimento que tem natureza suprema, por isso não é explícita, mas sim identificada no corpo social.

Quanto às regras jurídicas, entende Hart que existe um núcleo fixo (fechado) nas regras jurídicas em que a interpretação dos seus comandos trata-se de tarefa simples, basta uma operação lógico-semântica; agora, algumas regras têm uma zona de penumbra, em que os seus comandos não são tão claros (são abertos), o que permite que o intérprete (jugador) utilize-se de certa discricionariedade para interpretar a regra.

No segundo capítulo, coube analisar o espaço dos princípios no conceito de direito no pós-positivismo e a abertura que essa normatividade dos princípios

trouxe para a jurisdição constitucional. Foi dada ênfase para a análise do pensamento de Ronald Dworkin e para a teoria de Robert Alexy e seus interlocutores, por serem esses referenciais teóricos frequentemente aludidos quando se trata da relação entre regras e princípios no pós-positivismo. Ademais, tais autores influenciaram o cenário jurídico anglo-americano (Common Law), bem como o do direito continental, trata-se de perspectivas teóricas que tiveram e ainda tem grande influência na Teoria do Direito.

Essas correntes pós-positivistas surgiram com o Constitucionalismo Contemporâneo do pós-Segunda Guerra, em que valores foram incorporados às Constituições dos Estados ocidentais. Dessa forma, modificou-se a própria concepção de Direito, pois esse foi visto não somente como um sistema de regras, mas como um sistema de regras, princípios, políticas e procedimentos.

Deu-se, com o pós-positivismo, a chamada “guinada interpretativa”, entendeu-se que a norma não é o texto da lei, mas sim a interpretação desse texto. Essa análise não é feita sem critérios, mas de forma metodológica, por meio de um procedimento, considera-se a relação entre as regras e os princípios no sistema jurídico. Isso com a finalidade de respeitar o processo democrático (e o princípio da separação dos poderes), a Constituição e garantir os direitos fundamentais.

Nessa linha, Dworkin estrutura a sua teoria de forma coerente, dando ênfase à interpretação e a integridade. Propõe um procedimento (método do Juiz Hércules) em que visa se afastar da discricionariedade judicial, seguindo um esquema que tem por base toda uma comunidade de princípios. Dworkin critica a discricionariedade judicial por dois motivos: primeiro porque se contrapõe ao princípio da separação dos poderes, visto que ao estabelecer metas utilitaristas (políticas) o juiz legislaria e assim, usurparia um poder que não é seu; e, segundo (e, pior), que essa política aplicada de forma discricionária pelo juiz trata-se de um caso concreto de norma superveniente que retroage no tempo, o que contraria um dos princípios da legalidade.

Dworkin propõe um método (método do juiz Hércules), que tem três fases: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa. Nessa última fase, para encontrar a resposta correta na comunidade de princípios do sistema jurídico, o intérprete utiliza-se também da sua intuição. Portanto, existe uma gama de

subjetividade nessa análise que pode levar a decisões discricionárias. Então, Dworkin não conseguiu, com a sua teoria, resolver o problema da discricionariedade judicial.

A teoria de Alexy, por sua vez, tem um tríplice sentido (pretensão de correção, teoria de direitos fundamentais e teoria da argumentação jurídica) e trouxe grandes avanços para a Teoria do Direito e para a resolução do problema da discricionariedade judicial. Entende Alexy que existem duas espécies de normas jurídicas, que são as regras e os princípios. O conflito de regras se resolve aplicando-se a fórmula da subsunção e a colisão de princípios, com a fórmula do peso (ponderação). Contudo, tanto para as regras, como para os princípios, deve ser observado o procedimento da argumentação jurídica, que são passos para uma decisão racional, imparcial e igualitária.

Por mais que, com base em um procedimento, Alexy tente resolver o problema da discricionariedade, a sua teoria, devido ao caráter axiológico que dá aos princípios, proporciona uma abertura do sistema jurídico. Tanto que, nos casos de normas abertas, Alexy não admite a existência de uma resposta correta, mas sim que podem haver várias respostas e a escolha da melhor resposta se dá por meio do procedimento.

Acontece que o procedimento que ele propõe abre margem a várias escolhas a serem feitas pelo intérprete, ou seja, possibilita uma margem de discricionariedade. Essa discricionariedade é possível, inclusive, na fase de justificação interna, ou seja, na definição se a norma trata-se de regra ou princípio, pois os critérios de diferenciação não são claros, em situações limítrofes (como no exemplo da norma de dignidade da pessoa humana) em sua teoria.

Dessa forma, verificou-se que o espaço aos princípios no pós-positivismo, em especial nas teorias de Dworkin e Alexy, também abrem margem para a discricionariedade judicial.

Por fim, no terceiro capítulo, investigou-se se o argumento principiológico utilizado nas decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016, b) do STF inovou o ordenamento jurídico, em nome de um discurso que visa o afastamento das regras jurídicas, incorrendo na discricionariedade judicial que tanto o pós-positivismo criticou e alegou combater.

Verificou-se que a complexidade da teoria de Alexy não foi compreendida pelo STF nas decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b). Não houve uma exata compreensão da relação existente entre regras e princípios e essa incompreensão gerou uma decisão discricionária, pois foi subjetiva, indo de encontro às próprias bases do regime republicano, que está na democracia, na legalidade e na separação dos poderes.

Ainda mais, considerando que as garantias penais e processuais penais previstas no art. 5º da CF (BRASIL, 1988) tratam-se de direitos fundamentais de primeira geração, que são os direitos que visam proteger a liberdade individual contra os poderes do Estado. E a Constituição de 1988 deu uma primazia especial a esse tipo de normas, alçando-as a categoria de *cláusulas pétreas*.

Os ministros que formaram a maioria nas decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b) ponderaram uma regra constitucional (presunção de inocência) com uma política – meta utilitarista (efetividade do sistema penal), assim utilizaram-se descriteriosamente a teoria de Robert Alexy. As referidas decisões foram decisões ativistas, ou seja, intervencionistas, que fazem com que se perca a legitimidade ao invadir a seara de outros poderes da República. Portanto, foram decisões incompatíveis com o processo democrático.

Essas incompreensões da relação entre regras e princípios no pós-positivismo abrem margem para o que, em tese, buscou-se refutar com as teorias pós-positivistas: a discricionariedade judicial herança do positivismo jurídico. Mas ressalta-se que as decisões proferidas no HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e nas ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016 b) foram mais que discricionárias, foram arbitrárias (*contra legem*), pois desconsideraram tanto a regra constitucional do art. 5º, LVII da Constituição Federal (presunção de inocência) (BRASIL, 1988), como a regra legal do art. 283 do CPP (BRASIL, 1941). Desta forma superou a discricionariedade permitida pelas teorias juspositivistas, pois sequer foi observado a “moldura” constitucional e legal.

Portanto, a hipótese desse estudo foi comprovada: nas decisões do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016) e das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016, b), o STF atuou de forma arbitrária e, assim, inovou o ordenamento jurídico, afastando uma regra jurídica. Demonstrando uma incompreensão da teoria pós-positivista (ou

não positivista) de Alexy, em especial no tocante a relação entre regras e princípios.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, abril de 2002.

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. KELSEN, Hans, 1881-1973. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. ALEXY, Robert, 1945. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

ALEMANHA. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Berlim: German Bundestag, 2016. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/10060000.pdf>. Acessado em 13/11/2017.

ALEXY, Robert. Os direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, julho-dezembro de 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>. Acessado em: 12/09/2017

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar - Fundação Getúlio Vargas, n. 217, julho-dezembro de 1999b. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acessado em 16/09/2017.

_____. *Teoria da Argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Cláudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2005, v. 4.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

_____. Livro I e Livro II. In: _____. *Metafísica*. Tradução de Vizenzo Cocco. São Paulo: Abril Cultural, 1984a.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Atualizações de Maria Elizabeth Qieijo; Coordenação de Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, 1-42, p. 20-49. abr/jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acessado em: 02/09/2017.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista do Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 63, p. 320-343. 2008.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e A Construção do Novo Modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2013b.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITENCOURT, Caroline Müller; CALATAYUD, Eduardo Dante; RECK, Janriê Rodrigues. *Teoria do direito e discricionariedade: fundamentos teóricos e crítica ao positivismo*. Santo Cruz do sul: Essere nel Mondo, 2014.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução e notas de Mácio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *A era dos direitos*. Tradução de Regina Lyra. São Paulo: Campus, 1992.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acessado em: 05/12/2017.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em: 05/12/2017.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução à normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acessado em: 05/12/2017.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078-7 Minas Gerais. Paciente: Coelho Vitor. Impetrante: Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticia/Stf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292- São Paulo. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 18 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 05 de outubro de 2016, b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 21 out. 2016.

CACICEDO, Patrick. *Pena e funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; ESTEVES, João Luiz Martins. A ideologia da neutralidade: uma abordagem sobre o juspositivismo normativista e seus limites frente à democracia social. *Scientia Iuris*, v.17, p. 193-210, 2013.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *DOXA*, 21, n 1, p. 209-220, 1998. Disponível em: <file:///D:/Users/dell/Downloads/postpositivismo-0.pdf>. Acessado em: 1º/09/2017.

CAMPOS, Adriana; ARDISSON, Daniel Piovanelli. O Direito como Integridade na Jurisdição Constitucional: análise sobre o aborto segundo a proposta de Ronald Dworkin. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 67, p. 251-276, dez. 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CHUEIRI, Vera Karam de. DWORKIN, Ronald, 1931-. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DECAT, Thiago Lopes. *Racionalidade, valor e teorias do direito*. Belo Horizonte: Editora D'Plácito, 2015.

DESCARTES, René. *Discurso do método; As paixões da alma; Meditações*. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000, Coleção Os Pensadores.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Editora Método, 2006, Coleção Gilmar Mendes, Série 2.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O império do direito*. 3. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ECO, Humberto. *O nome da rosa*. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: o Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.

FEREJOHN, Michael. O conhecimento e as formas em Platão. BENSON, Hugh H.. *Platão*. Tradução: Marco Antônio de Ávila Zingano. Porto Alegre: Artmed, 2011.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n 189, p. 105-131, jan/mar 2011. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Acessado em: 31/08/2017

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli / Alexandre Morais da Rosa ... [et al.]*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Pressupostos Filosóficos para a Concepção de Sistema no Direito Segundo Emil Lask*. Tese (Doutorado do Direito), Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1970.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas. 1996.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

GEREMBERG, Alice Leal Wolf. *A teoria compreensiva de Robert Alexy: a proposta do 'trialismo'*. Tese (Doutorado em Teoria do Estado e Direito Constitucional, Departamento de Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RJ, Rio de Janeiro, 2006.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos, educação e cidadania: Conhecer, Educar, Praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc. 2009.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madri: Taurus, 1987, Tomo I.

_____. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. *Direito e Democracia: Entre a faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1.

HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Revista Colunistas do Direito do Estado*, n 86, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-504presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acessado em 15/10/2017.

HART, L. A. Herbert. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEINEN, Luana Renostro; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. Positivismo e Obediência em Herbert Hart. In: *Seqüência*, n. 61, p.127 -145, 2010.

HUME, David. *Investigação acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 2000, Coleção Os Pensadores.

_____. *Uma Investigação sobre os princípios da moral*. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. Campinas: Editora da UNICAMP, 1995.

INWOOD, Brad. O Estoicismo. In: PRADEU, Jean-François. *História da Filosofia*. Tradução de James Bastos Arêas e Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Vozes; Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2011.

JUST, Gustavo. Guinada interpretativa. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOZICKI, Katya. Uma abordagem do Direito em Hart. *Seqüência*, n. 23, p. 79 -84, 1991.

_____, HART, Herbert Lionel Adolphus, 1907-1972. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência jurídica*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente “un” o “el” activismo. In: *Estudios Constitucionales*, año 10, n. 2, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, n. 2, v. 1, p. 131-166, maio/ago. 2014. Disponível www.ninc.com.br. Acesso em 18/09/2017.

LOIS, Celília Caballero. Direito, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 52, jul. 2006.

_____; MARQUES, Gabriel Lima. A desconstrução semântica da supremacia judicial e a necessária afirmação do judicial review: uma análise a partir da democracia deliberativa de Habermas e Nino. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 66, jul. 2013.

LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito. *Seqüência*, n. 47, p. 11-31, dez. 2003.

MACCORMICK, Neil. *H.L.A. HART*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARTON, Scarlet. *Nietzsche: Das forças cósmicas aos valores humanos*. Brasília: Editora brasiliense, 1990.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, Coleção Os Pensadores.

MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação judicial do direito: de Savigny a Friedrich Müller*. Curitiba: Juruá, 2014.

MORUJÃO, Alexandre Fradique. Kant. In: ENCICLOPÉDIA Luso-Brasileira de Filosofia. Lisboa: Logos; São Paulo: Verbo, 1991.

NIETZSCHE, F. *Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

NODARI, Paulo César. *A teoria dos dois mundos e o conceito de liberdade em Kant*. Caxias do Sul: Educs, 2009.

NOGUEIRA, Gabriel. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OSBORNE, Catherine. O nascimento da filosofia. In: PRADEAU, Jean-François. *História da Filosofia*. Petrópolis: Vozes; Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2011.

OLIVEIRA, Fábio de. *Teoria dos princípios: O princípio constitucional da razoabilidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PENNER, Terry. As formas e a ciência em Sócrates e Platão. In: BENSON, Hugh H.. *Platão*. Tradução de Marco Antônio de Ávila Zingano. Porto Alegre: Artmed, 2011.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Ingrid Cruz de Souza Neto. Brasília: Editora Kiron, 2012.

_____. *Protágoras*. Tradução de Eleazar Magalhães Teixeira. Fortaleza: Edições UFC, 2016.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

RADBRUCH, Gustav. *El hombre em el derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1980.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin*. Coimbra: Almedina, 2005.

RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus*. Tradução de J. Dias Pereira. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCRIBANO, Emanuela. René Descartes. In: PRADEU, Jean-François. *História da Filosofia*. Tradução de James Bastos Arêas e Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Vozes; Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2011.

SÓFOCLES. Antígona 510 a 515. In: *Sófocles: A Trilogia Tebana*. Tradução de Mário da Gama Kury. 9 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli / Alexandre Morais da Rosa ... [et al.]*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TOLEDO, Cláudia. *Teoria da argumentação jurídica*. In: Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara: Veredas do Direito, Belo Horizonte, n.3, v.2, p. 47-65, jan.- dez. de 2005. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/4_28.pdf. Acessado em: 18/09/2017.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O que significa "a injustiça extrema não é direito"? Crítica e reconstrução dos argumentos do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy. *Espaço Jurídico: Journal of Law*, Joaçaba, n. 3, v. 16, p. 97-122, Edição Especial de 2015. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/9676/pdf> Acessado: 14/09/2017.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VEGAS, Juan Castillo. *La intuición intelectual em Kant*. IRevista do Direito da UNISC: Santa Cruz do Sul, n.38, p. 1787-201, julho/dezembro de 2012. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3272/2272>. Acessado em: 12/01/218.

VIDOR, A. *Opinião ou Ciência: tecnologia x vida*. Restinga Seca - Recanto Maestro - RS : Ontopsicologica Editora Universitária, 2014.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemã*. Tradução de Juan Bustos Ramirez; Sergio Yáñez Pérez. 4 ed. Santiago – Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

WIEHL, Reiner. A multiplicidade das virtudes e o problema da unidade na ética e filosofia da religião de Hermann Cohen. Tradução de Luís M. Sander. *Filosofia Unisinos*, São Leopoldo, p.87-100, jan.-abr. de 2006. Disponível em: [file:///D:/Users/dell/Downloads/6088-18640-1-SM%20\(2\).pdf](file:///D:/Users/dell/Downloads/6088-18640-1-SM%20(2).pdf). Acessado em 28/11/2017.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, Coleção Os Pensadores.

WOLF, Alice. Entrevista com Robert Alexy. *Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC*, Rio de Janeiro, Editora Padma, ano 4, v. 16, p.319-320, out. – dez. de 2003.

ZANONNI, E. A. *Crisis de la Razón Jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1980.