



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

RODRIGO ROMERO DOMINQUINI

***PRINCIPLES E POLICIES COMO  
FUNDAMENTOS À «EMANCIPAÇÃO»  
DO PODER JUDICIÁRIO***  
ENTRE A COERÊNCIA E A SUBVERSÃO DA TEORIA DO  
DIREITO DE DWORKIN

Dissertação no âmbito do segundo ciclo em ciências Jurídico-Filosóficas,  
orientado pela Professora Doutora Ana Margarida Simões Gaudêncio e  
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal

Outubro de 2021



UNIVERSIDADE D  
**COIMBRA**

RODRIGO ROMERO DOMINQUINI

***PRINCIPLES E POLICIES COMO FUNDAMENTOS À  
«EMANCIPAÇÃO» DO PODER JUDICIÁRIO***

ENTRE A COERÊNCIA E A SUBVERSÃO DA TEORIA DO DIREITO DE DWORKIN

***PRINCIPLES AND POLICIES AS A FUNDAMENT TO  
THE «EMANCIPATION» OF THE JUDICIAL POWER***

BETWEEN COHERENCE AND SUBVERSION OF DWORKIN'S THEORY OF LAW

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Ciências jurídico-filosóficas.

Orientadora: Ana Margarida Simões Gaudêncio.

Coimbra – Portugal  
2021

## RESUMO

Diferentes tradições histórico-culturais proporcionam diferentes contextos para a concepção, criação e aplicação do Direito. Por um lado, fortemente influenciada pela tradição da *Common Law*, a Constituição Norte-Americana preocupou-se mais com a positivação das regras de regência dos Estados após sua Independência e menos com os direitos e garantias fundamentais (a nível constitucional), forçando os juízes de sua *Supreme Court* a tomarem decisões que pareciam exceder suas competências. Tais decisões passaram a ser consideradas *ativistas* pelos críticos e pela academia, entendidas por muitos como uma postura antagônica à doutrina originalista e ao *self-restraint*. Por outro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tida como analítica e enraizada na tradição da *Civil Law*, trouxe em seu texto inúmeras garantias que por vezes, as políticas públicas se mostraram insuficientes para sua execução e efetivação. Assim, o Poder Judiciário Brasileiro, principalmente o Supremo Tribunal Federal, quando provocado, nos moldes das competências que lhe foram atribuídas pela Carta Magna, deverá oferecer uma resposta jurídica à um problema originariamente político. Nesta senda, Dworkin nos presenteia com sua vasta e minuciosa Teoria, nos revelando que como um ramo da moralidade política, o Direito deverá se manifestar através dos *arguments of principle* e, se projetados em uma dimensão jurídica, de certos *arguments of policy*. O Direito tido como um projeto de realização civilizacional, deverá ser visto como fim e não como meio, razão pela qual, sua instrumentalização para o alcance de objetivos extrajurídicos é algo a ser combatido e rejeitado na proposta de Dworkin, bem como, a ideia de discricionariedade e *criação livre do Direito* nos casos tidos como «*difíceis*» e «*trágicos*» – assim como ocorre na proposta Jurisprudencialista. Uma má interpretação de sua Teoria e uma concepção controversa de ativismo judicial (como um texto mal traduzido em língua estrangeira) poderá unir erroneamente uma proposta objetiva a um conceito antinômico. Assim, por meio de uma metodologia pautada em uma postura crítico-reflexiva e na revisão bibliográfica de autores que tem se debruçado na tentativa de clarificação dos problemas postos em causa, buscamos reformular o conceito de ativismo judicial no contexto brasileiro, o afastando do *Direito Como Integridade* e o inserindo nas condutas dos *funcionalistas materiais*.

**Palavras Chave:** Ronald Dworkin – Jurisprudencialismo – Ativismo Judicial –  
Discrecionariade – *Arguments of Principle* – *Arguments of Policy*.

## ABSTRACT

Different historic and cultural customs bring about different context to the conception, creation, and application of the law. In one hand, strongly influenced by *common law* traditions, the contents of the United States Constitution focuses on a positivistic approach to federalism and the relations among national, state, and local governments (since the United States independency), as opposed to focusing its language on fundamental rights (at a constitutional level), which left no choice for the *United States Supreme Court* but to rule on matters that appeared to exceed their competence. Academics and critics regarded such rulings as a form of *judicial activism*, due to their being antagonistic to the classical doctrine and self-restraint principles. Nonetheless, the Constitution of the Federal Republic of Brazil of 1988, regarded as analytical and rooted in *civil law* customs, implemented in its language several legal guaranties, which eventfully resulted in rendering an inefficient execution of public policies. Consequently, the Brazilian judicial branch, especially the Supreme Federal Court, when incited, and in ruling according to its competencies, which have been bestowed by the Carta Magna, shall provide a legal remedy to an issue arisen in the political sphere. In this context, Dworkin presents us its vast and scrupulous theory, which reveals that as a set of political morality, the law shall manifest through the *arguments of principle*, and if projected into judicial scope, through certain *arguments of policy*. The law, understood as a construct of civilization, shall be seen as an “end to a means,” not the other way around, for its implementation seeking extrajudicial objectives is to be impeded and rejected, pursuant to Dworkin’s proposal, as well as the concept of discretion and having *free creation* of law in difficult and tragic cases—like it is seen in the jurisprudential doctrine. An unsuccessful interpretation of Dworkin’s theory and a rebuttable conception of judicial activism (as in a poorly translated foreign transcript), could mistakenly associate an objective proposal to an antonymous meaning. Thus, by imposing a methodology grounded in a critic-reflexive posture and in the bibliographic review of authors who have striven to try and find clarification on the issues herein brought to light, we seek to redevelop the concept of *judicial review* in the Brazilian context, keeping it apart from the *law as integrity*, and retaining it in the conducts of *functional materialists*.

**Key words:** Ronald Dworkin – Jurisprudencialism – Judicial Activism – Discretion – *Arguments of Principle* – *Arguments of Policy*.

## ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	06
1. Antessala da justeza: primeiros passos para a correta transposição teórica de Ronald Dworkin para o ordenamento jurídico brasileiro.....	08
1.1. Aspectos relevantes e digressivos entre a Constituição Norte-americana e a Constituição Brasileira.....	08
1.2. Tribunais Constitucionais como <i>guardiões</i> da Constituição.....	14
2. Do «sistema» para o «problema»: a escolha do critério e a resultante complexidade do caso.....	17
2.1. Uma possível resposta ao problema.....	28
2.2. A indeterminação e suas seções: incerteza, subdeterminação e indecidibilidade.....	40
3. Da Teoria Liberal Alternativa do Direito e sua « <i>constructive portion</i> ».....	48
3.1. Os Princípios segundo Dworkin.....	51
3.1.1. « <i>Principles and Policies</i> »: projeção jurídica da moralidade política frente ao mito da argumentação política-ideológica.....	60
3.2. O problema da complexidade do caso.....	63
3.2.1. Considerações acerca da crítica de Dworkin à Discrecionarietà de Hart.....	67
4. Judicialização (e suas espécies) .....	76
4.1. Ativismo Judicial Brasileiro.....	79
4.1.1. Principais espécies de ativismo judicial no Brasil. ....	81
4.2. Funcionalismo Jurídico.....	93
4.3. Decisionismo Político e Maleabilidade dos Ingredientes Jurídicos.....	96
5. Deslinde de um problema semântico (?)......	102
5.1. Haveria ainda um capítulo na <i>chain of law</i> reservado ao ativismo judicial?.....	105
6. Bibliografia.....	110

## INTRODUÇÃO

Desde a época da minha graduação, tive uma certa preocupação com a autonomia do Direito e sua relação (parece que) inexorável com a moral e a política. Essa preocupação tendeu a se agravar nos seminários do Segundo Ciclo de Estudos em Direito da Universidade de Coimbra, quando a moral e a política se uniram e formam um importante conceito na Teoria do Direito de Dworkin, base para a construção de sua proposta: me refiro certamente ao conceito de moralidade política.

Me deparei inúmeras vezes com artigos e exposições orais onde Dworkin foi acusado de incitar o ativismo judicial nas Cortes Supremas e conseqüentemente, pela posição privilegiada que se encontram, sobre os juízos de instâncias inferiores. Decidi então avaliar, por meio de pesquisas bibliográficas e de uma postura crítico-reflexiva, as duas teorias que alguns doutrinadores tentam unir, tanto em suas origens quanto em sua projeção na realidade jurídica brasileira.

Para tanto, sugerimos um breve retorno ao passado para verificarmos as tradições que cada sistema carrega consigo. No contexto norte-americano, fortemente influenciado pela cultura anglo-saxônica, os precedentes constituem fonte primária de Direito, vinculando os juízos aos princípios e elementos extraídos da experiência pretérita da realização do Direito. Já o Brasil, influenciado pela tradição da *Civil Law* e herdeiro direto do Direito Romano, Canônico e Germânico, vê no texto da Lei positiva a resposta para quase todos os problemas levados à apreciação do judiciário.

As Cortes Supremas possuem como função precípua a guarda de sua Constituição e devem fiscalizar o cumprimento daquilo que o texto constitucional, por meio do pacto entre o Estado e o cidadão, reduziu a termo. Uma Constituição dotada de inúmeros direitos e garantias constitucionais exigirá, por certo, um forte empenho político institucional para sua execução. Por outro lado, diante de uma Constituição concisa/sintética, o julgador deverá se utilizar de outro critério que não seja o próprio texto constitucional caso entenda estar diante de um problema juridicamente relevante e passível de apreciação.

Se o texto da Lei se revela como *prius* metodológico para a busca da resposta ao problema e o raciocínio lógico-dedutivo, operado pelo esquema silogístico-subsuntivo, se apresenta como método adequado na atividade judicativa, então a Lei positiva não pode apresentar qualquer falha tangente a omissão ou ambigüidade em seu texto. Mas as



limitações humanas impedem a previsão de todas as possibilidades de ocorrência na partilha do mundo e proporcionam aos juízos e Tribunais, neste contexto, casos que variam entre «*fáceis*» e «*trágicos*», exigindo o exercício discricionário do julgador em questão. Inicia-se a principal crítica ao positivismo e o conhecido debate entre Dworkin e Hart.

A Teoria de Dworkin e a proposta Jurisprudencialista rejeitam tais possibilidades, mas por razões diversas. Dworkin pensa em um *Direito como Integridade*, onde o julgador preservará sua responsabilidade política em sua decisão, devendo se utilizar de *arguments of principle* (fundamentados em uma certa moralidade política), mas não como regra, e sim como fundamento para a justificativa da resposta correta ao caso posto. Assim, através de uma atitude interpretativa e construtiva, onde o problema mobilizará um critério jurídico, deverá o intérprete contribuir com a *chain of law* de modo a não comprometer a *trama*, escrita pelos demais operadores ao longo da história.

A judicialização de matérias originalmente políticas, desde que revelem em seu conteúdo um problema juridicamente relevante ao Direito e tendo o judiciário competência legalmente estabelecida para sua apreciação, não configurará por si só o ativismo judicial. Sua ocorrência se dará na execução do exercício jurisdicional, mas jamais no exercício em si. Verificamos que se trata de uma postura, assumida ou disfarçada, baseada na utilização estratégica do Direito para o cumprimento de um projeto predeterminado ideologicamente, com intencionalidade extrajurídica e fundamentação legal, por meio de *arguments of policy*.

A incompatibilidade entre a Teoria de Dworkin e o Ativismo Judicial não é intuitiva. Por isso propusemos a presente pesquisa. Acreditamos que a ruptura de dogmas, como Direito, política e moral ou regras e princípios, desde que bem fundamentadas, merecem a apreciação acadêmica e um estudo bem orientado, dada a relevância dos problemas postos em causa e a importante contribuição para a atividade crítico-reflexiva da comunidade jurídica e acadêmica.

## 1. Antessala da justeza: primeiros passos para a correta transposição teórica de Ronald Dworkin para o ordenamento jurídico brasileiro

O presente estudo mobilizará duas Teorias que tiveram origem em solo norte-americano: a Teoria do Direito de Dworkin e o Ativismo Judicial. Tratando-se, contudo, de duas ordens jurídicas com estrutura e intenção diferentes entre si, compartilhando um mesmo tempo histórico, não nos parece sensato projetar tais Teorias em solo brasileiro sem levar em consideração as diferenças entre os sistemas em causa. Portanto, iniciaremos o estudo confrontando as Constituições sintética e analítica, respectivamente, bem como as tradições da *Common Law* e *Civil Law* que lhe deram arrimo. Ademais, uma breve análise acerca da função dos Tribunais constitucionais será tecida, buscando evidenciar os pontos que aproximam e afastam as realidades em questão.

### 1.1. Aspectos relevantes e digressivos entre a Constituição Norte-americana e a Constituição Brasileira

O termo Constituição, sob a ótica jurídica, remonta a ordenação estruturante e regulatória de um Estado que, segundo Hans Kelsen<sup>1</sup> (explanando sobre seu sentido material), a categoriza como a norma fundamental hipotética que rege instituições estatais e a sociedade. Neste contexto, a Constituição seria o ápice do sistema escalonado proposto em sua Teoria, de modo que, todas as demais normas devessem observar seus preceitos, sob pena de serem tidas como inconstitucionais e, portanto, invalidadas.

Sob a ótica sociológica, citamos um clássico conceito tangente a superioridade das normas constitucionais e seu consequente desenvolvimento histórico, nos ensinado por Ferdinand Lassale. Desde o século XIX, o autor já alertava que a Constituição não deveria ser tratada única e exclusivamente como a soma de princípios e aspirações positivadas por meio de procedimentos legislativos, distante do povo ao qual serve, pois assim, “*poderia*

---

<sup>1</sup> Kelsen (1998).

*sucumbir frente as verdadeiras forças vitais de um País*”<sup>2</sup>, tornando-se apenas uma “*mera folha de papel*”<sup>3</sup>.

Já no que concerne ao ponto de vista didático, corriqueiramente encontramos na doutrina, Constituições classificadas quanto ao seu conteúdo, forma, modo de elaboração, estabilidade e, por fim, quanto a sua extensão e finalidade. Tangente a esta última, as Constituições podem ser analíticas ou sintéticas, ponto que mais nos interessa no presente trabalho. Dissertando sobre o assunto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Alexandre de Moraes, nos explica que as *Constituições sintéticas somente estabelecem princípios e normas gerais de organização e limitação de poder estatal, utilizando-se de alguns direitos e garantias essenciais, ao passo que, as constituições analíticas regulam todos temas que são entendidos como relevantes para o funcionamento estatal*.<sup>4</sup>

A grande distinção existente entre estes dois modelos evidencia-se no constitucionalismo<sup>5</sup>. As Constituições sintéticas tratam de direitos tipicamente constitucionais – direitos fundantes e verdadeiras expressões axiológicas de uma nação, ao passo que as analíticas, segundo Paulo Bonavides, aportam, além daqueles primeiros, matérias alheias ao direito constitucional, visando garantias amplas a sociedade, mas que poderiam ser tratadas pela legislação ordinária.<sup>6</sup>

Vale dizer que a Constituição Norte-Americana, embora sintética em seu sentido formal, revela-se materialmente analítica, em razão da atuação do poder judiciário americano, que tendem a mantê-la atual e eficaz. Ao apontar a interpretação da Constituição dos Estados Unidos pelo Supremo Tribunal Americano, René David demonstra claramente

---

<sup>2</sup> “[...] Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.” Lassale (2007: 33).

<sup>3</sup> Segundo o Autor: “(...) De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder”. Lassale (2007: 37).

<sup>4</sup> “As Constituições sintéticas preveem somente os princípios e as normas gerais de regência do Estado, organizando-o e limitando seu poder, por meio da estipulação de direitos e garantias fundamentais (por exemplo: Constituição Norte-americana); diferentemente das constituições analíticas que examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado (por exemplo: Constituição brasileira de 1988)”. Moraes (2003: 40).

<sup>5</sup> Segundo Canotilho, “O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.” Canotilho (2003: 51-52).

<sup>6</sup> “As constituições prolixas (...) são em geral aquelas que trazem matéria por sua natureza alheia ao direito constitucional propriamente dito. Trata-se ora de minúcias de regulamentação, que melhor caberiam em leis complementares, ora regras ou preceitos até então reputados pertencentes ao campo da legislação ordinária e não do Direito Constitucional, em cuja esfera entram apenas formalmente, por arbítrio do legislador constituinte, para auferir garantias que só a Constituição proporciona em toda amplitude”. Bonavides (2004: 91).

que o texto constitucional americano não visa a resolução dos conflitos, em suas palavras trata-se de um “*texto romântico*” que somente estabelece as regras gerais de organização. De fato, a *Constituição real* é aquilo interpretado pela Corte Suprema Norte-Americana, e nessa conformidade não é possível analisar o texto constitucional e estabelecer se uma regra está ou não em acordo com os preceitos constitucionais, sem antes analisar a interpretação dada a mesma regra pelo poder judiciário americano.<sup>7</sup>

Paulo Bonavides também nos aponta como um dos motivos que sustentam a longevidade do texto constitucional norte-americano (texto criticado por inúmeros autores por estarem fundados em ideais liberais, pautados em um certo *individualismo*<sup>8</sup>) como sendo o método adotado pelos constitucionalistas daquela Corte que, através de técnicas de interpretação, solucionam os problemas de ordem constitucional do País.<sup>9</sup> Portanto, a Suprema Corte Americana é um recorte fundamental para o entendimento do Direito Constitucional Americano. O Ministro da Corte Suprema Brasileira, Luís Roberto Barroso, a considera fonte primordial para compreensão da manutenção do texto constitucional americano (quase que inalterado) e sua atualização (por técnicas interpretativas) frente a evolução da sociedade.<sup>10</sup> Por outro lado, segundo Bonavides, a Constituição Federal

---

<sup>7</sup> David (2002: 467-499).

<sup>8</sup> Entenderemos melhor tal alusão ao “*individualismo*” mais adiante, por meio do confronto entre liberalismo e utilitarismo/pragmatismo proposto por Dworkin no tópico 3 deste trabalho.

<sup>9</sup> “*A linguagem normativa sóbria e concisa daquela texto-quadro teve no decurso de quase dois séculos uma impressionante capacidade adaptativa. Permaneceu a Constituição escrita ou formal invariavelmente a mesma, salvo o acréscimo das Emendas, que mal excedem a vinte, e, no entanto, ela jamais faltou, por via da técnica interpretativa, à solução dos grandes problemas constitucionais do país. Tanto a concepção material da Constituição é familiar aos constitucionalistas americanos, que estes se repartem, desde muito, em duas escolas já perfeitamente caracterizadas no curso da história: a dos afiliados a uma técnica de interpretação formalista, abraçados a conceitos de todo jurídicos e a daquelas, mas sensíveis aos aspectos políticos e ideológicos da ordem jurídica, que souberam empregar a técnica da interpretação construtiva, de inspiração sociológica, para afiançar a continuidade e sobrevivência da Constituição. Graças ao método destes, o Direito Constitucional americano progrediu, de modo que a Constituição americana, embora formalmente rígida pôde tornar-se pelo aspecto material a mais flexível das Constituições escritas, escorada no espírito orgânico e vital da Sociedade.*” Bonavides (2004: 102).

<sup>10</sup> Segundo Barroso: “*A história do direito constitucional americano é contada pelas decisões da Suprema Corte, órgão supremo do Poder Judiciário, composto por nove membros (Justices). Desde que avocou a condição de intérprete maior da Constituição, sua trajetória é marcada por avanços e recuos, prudências e ousadias, ativismo e autocontenção. A brevidade do texto constitucional e suas cláusulas gerais e abertas deram à Suprema Corte um papel privilegiado na interpretação e definição das instituições e dos valores da sociedade americana. Ao longo de mais de dois séculos, coube-lhe, dentre outras tarefas, (i) definir as competências e prerrogativas do próprio Judiciário, do Legislativo e do Executivo; (ii) demarcar os poderes da União e dos Estados dentro do sistema federativo; (iii) estabelecer o sentido e alcance de princípios fluidos, como devido processo legal (procedimental e substantivo) e igualdade perante a lei; (iv) assegurar liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão, o direito de privacidade e o respeito aos direitos dos acusados em matéria penal; (v) traçar os limites entre a atuação do Poder Público e da iniciativa privada em matéria econômica; (vi) fixar standards para o controle de constitucionalidade, levando em conta o conteúdo das leis apreciadas. A despeito de seu prestígio e sucesso, a Suprema Corte viveu momentos de dificuldades políticas,*

Brasileira de 1988 revela-se como a Constituição do Estado Social,<sup>11</sup> carregando em seu teor o rompimento com o *individualismo* e com a *concentração de poder*, elementos estes, presentes em Constituições de Estado Liberal, tipicamente, sintéticas (com exceção da norte-americana, como tratamos acima).

Mas nessa jornada constitucional exitosa devemos levar em consideração os dois grandes sistemas legais que regem as realidades jurídicas em questão. Por um lado, a origem Anglo-Saxônica do Direito Norte-Americano, constituindo uma espécie *sui generis* da tradição da *Common Law*<sup>12</sup>, dada as grandes influências francesas e romano-germânicas na época de sua colonização.<sup>13</sup> Sabe-se inclusive, que a *Common Law* Norte-Americana reduzia a escritos um conjunto de regras jurídicas (consuetudinárias) mesmo enquanto colônia, assemelhando-se ao sistema que trataremos a seguir da *Civil Law*. Após sua independência, os Estados Unidos passaram a não mais receber influências britânicas em seu sistema jurídico e com a proclamação de sua Independência as ex-colônias se uniram com o intuito de redigir uma Constituição que unificasse seus princípios fundamentais e estruturais – algo que na Inglaterra se tornara ausente.

Em linhas gerais, impera na cultura jurídica anglo-saxônica o princípio da *stare decisis*, extraídas dos *Law Reports* (ou *United States Reports*, no caso Norte-Americano). Desses relatórios, são analisadas informações detalhadas acerca de determinado caso, que servirão como *ratio decidendi* ou *holding*<sup>14</sup> para casos futuros e dotados de relevante similaridade. Entretanto, importante mencionar que não serão todas as informações contidas nos *reports* que serão tidas como *the binding element*,<sup>15</sup> mas tão somente a *razão de direito*

---

teve algumas linhas jurisprudenciais revertidas por via de emenda constitucional e proferiu decisões que mereceram crítica severa”. Barroso (2018: 76).

<sup>11</sup> “[...] é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.” Bonavides (2004: 371).

<sup>12</sup> “A comune ley ou common law é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra. Este direito, em 1066, não existe. A assembleia dos homens livres, chamada County Court ou Hundred Court, aplica o costume local, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem nenhuma pretensão de ser racional.” David (2002: 359).

<sup>13</sup> Segundo Renè: “[...] na família da common law o direito dos Estados Unidos ocupa um lugar particular; mais do que qualquer outro direito, ele está marcado por características que lhe imprimem uma considerável originalidade; e estas características muitas vezes, aproximam-no dos direitos da família romano-germânica, pelos quais se deixou seduzir num determinado momento da sua história.” David (2002: 454).

<sup>14</sup> Ward (1988: 64).

<sup>15</sup> Vieira (2007: 124).

*aplicada ao se decidir o litígio*,<sup>16</sup> ou em outras palavras, o princípio de Direito desenvolvido no momento decisório do julgador – a força vinculante não se aplica à sentença em si, mas nos elementos extraídos dela.

Isso porque a tradição da *Common Law* teria como fonte primária de Direito os *cases law* e os *statutes law* – este último, com abrangência consideravelmente menor em relação à primeira e com necessidade de reafirmação por parte dos *officials* para sua incorporação ao sistema<sup>17</sup> (especificamente na Inglaterra). Cumpre salientar que o decorrer do tempo não invalida a autoridade de certo precedente<sup>18</sup>, na verdade, lhe gera um efeito contrário: sua consistência será observada com maior rigor pelo órgão aplicador. Decerto, as decisões tomadas por instâncias superiores vinculam as ordinárias e as tomadas por essas últimas vinculam horizontalmente as demais (observando a independência e autonomia que os Estados Norte-Americanos possuem entre si).

Por privilegiar o *case law* e por levar em conta sua força vinculativa, em caso de distinção de caso novo ou de superação ao caso posto o juiz poderá se ver desobrigado quanto a sua aplicação por mecanismos como o *distinguishing (no primeiro caso)* e o *overruling (no segundo)*. Ademais, quando a Suprema Corte se propõe a revogar determinado precedente, por meio do *overruling*, o faz atribuindo-lhe efeito *ex nunc*.<sup>19</sup> Ressaltamos que não se trata de um enunciado, dotado de descrição geral e abstrata, com o escopo de regular ou ditar comportamentos em casos futuros, que deverão ser subsumidos a este mesmo enunciado. O precedente neste contexto, vincula-se a um caso concreto, portanto, voltado ao passado e ligado intrinsecamente a história institucional, de modo a guiar os juízes com os princípios que a razão do Direito produziu em casos de relevante similaridade

Por outro lado, temos a origem Romano-Germânica do Direito Brasileiro, constituído pela *Civil Law*.<sup>20</sup> Herdeiro do Direito Romano, Canônico e Germânico, tem no

---

<sup>16</sup> Slapper; Kelly (2000: 90).

<sup>17</sup> Vieira (2007: 219).

<sup>18</sup> A terminologia que nos interessa de *precedente* – elemento norteador para o entendimento da tradição *Common Law* – pode ser ensinada pelo Professor Juraci Mourão Lopes Filho: “(...) *Precedente, portanto, é uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma applicatio, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais e constitucionais) seja mediante a obtenção de novos sentidos seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros ou ainda avançado sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais.*” Filho (2014: 282).

<sup>19</sup> Vieira (2007: 127-128).

<sup>20</sup> Sua tradição está indubitavelmente vinculada ao *Corpus Iuris Civilis*. Vide Marryman; Pérez-Perdomo (2009: 27-37) e Vieira (2007: 217-218).

topo do patamar hierárquico de sua ordem jurídica a Lei positiva<sup>21</sup>, considerada como fonte primária de Direito,<sup>22</sup> e tendo por sua vez, a jurisprudência como fonte secundária. Nesta tradição, o *prius* metodológico tende a ser a Lei (como parte de todo um «sistema»<sup>23</sup>), o que transforma seu sistema jurisprudencial em interpretações de Leis gerais e abstratas, e não de casos específicos e concretos.<sup>24</sup> De certo modo, tal tradição fomenta o formalismo jurídico, por se acreditar que a redação contida na Lei oferecerá o melhor caminho para aclarar as complexas relações decorrentes do alargamento das atribuições estatais. O enunciado – dotado de proposições gerais e abstratas – será o *prius* metodológico para a resolução do «problema» na ordem jurídica brasileira.

Há também duas dimensões normativas que regem o processo político democrático, que nos interessará mais a frente para entendermos a proposta de Dworkin em sua Teoria do Direito. Essas dimensões, presentes nos textos constitucionais, mais notadamente, nas Constituições analíticas, analisadas sob uma metodologia teórica, se identificariam como *Polity* e *Policy*.<sup>25</sup> A primeira, traduz-se na normatividade a nível constitucional, ditando as regras do jogo político e estabelecendo os elementos centrais de sua organização. Na segunda, seus elementos deverão ser dotados de relativa neutralidade e generalidade,<sup>26</sup> tendo em vista que o jogo político se desenvolve através do dinamismo e alternância, ao passo que a ordem democrática não.

No que tange a dimensão *Policy*, sua normatividade se revela ao nível governamental, onde representantes políticos irão produzir normas que possam viabilizar a implementação de suas políticas. Trata-se do produto das preferências ideológicas daqueles que, de modo democrático, conquistaram o poder de governar. Por certo, não devemos esperar generalidade, tampouco neutralidade. Diferentemente da *Polity*, por acompanhar o

---

<sup>21</sup> O que acaba por gerar críticas neste sistema, pois “Na tradição ortodoxa da civil law, o juiz é designado a um papel comparativamente menor e inglório, como se fosse um mero operador de uma máquina concebida e construída por acadêmicos e legisladores.” Marryman; Pérez-Perdomo (2009: 79).

<sup>22</sup> Vieira (2007: 63).

<sup>23</sup> Entenderemos ao longo deste trabalho o termo «sistema» nos moldes de como nos ensina o Professor Doutor Castanheira Neves: “[...] uma unidade de totalização normativa que se analisa em quatro elementos – os elementos constitutivos da sua normatividade, organizados em quatro estratos distintos e entre si relacionados num todo integrante. [...] O primeiro desses estratos formam-no os princípios [...], um segundo estrato é ocupado pelas normas prescritas numa opção político-estratégica e de um vinculante valor normativo [...], um terceiro estrato é a expressão jurisprudência [...], o quarto e último estrato é ocupado pela dogmática (ou a doutrina jurídica) [...]”. Neves (1995: 155).

<sup>24</sup> “Tal é a atitude prevalente nos países ligados à família romano-germânica. Os direitos da família romano-germânica estão longe de constituir sistemas elaborados por teóricos, em que as realidades da vida são sacrificadas na procura de uma construção perfeitamente lógica”. David (2002: 102).

<sup>25</sup> Arantes; Couto in Souza, A. P.; Couto, C. G.; Zylberstajn, H. [et. Al.] (2019: 20-21).

<sup>26</sup> Arantes; Couto in Souza, A. P.; Couto, C. G.; Zylberstajn, H. [et. Al.] (2019: 20).

dinamismo e as alternâncias no poder, as *Policies* poderão ser revistas de tempos em tempos,<sup>27</sup> não comprometendo a estrutura organizacional do Estado – desde que respeitada a estabilidade daquela. Veremos a seguir, como isso se reflete na função jurisdicional dos Tribunais.

## 1.2. Tribunais Constitucionais como *guardiões*<sup>28</sup> da Constituição

A «nova *Ágora* grega», chamada hoje de Parlamento, fez com que a democracia direta cedesse espaço à democracia representativa<sup>29</sup>, sob a herança que nos deixou Montesquieu no século XVIII. Entretanto, Política e Direito sempre estiveram intimamente ligados, de modo que este último deve condicionar a atuação do poder político fixando limites para o seu exercício<sup>30</sup>, encontrando, inclusive, limitações para sua própria atuação, única e exclusivamente por intermédio da Constituição e por seus *Sistemas de Freios e Contrapesos*.

Deste modo, como nos ensina Campilongo, os Tribunais “*estão acoplados estruturalmente, através da Constituição, ao sistema político*”<sup>31</sup>, e por conseguinte, tal regime democrático se manifesta não somente através do sistema político, mas também por sua projeção no sistema jurídico.<sup>32</sup> Muito embora as funções do Estado e de seus Poderes possuam uma clássica divisão entre Executivo, Legislativo e Judiciário, tal distinção não se limita exclusivamente em seu aspecto material. Inclui-se também uma distinção formal, somada a sua função orgânica – em outras palavras, as condições de possibilidade nas quais se exerce tal poder. Neste ponto, o Judiciário é identificado por suas próprias regras e órgãos particulares, o que o torna, conseqüentemente, diferente dos demais Poderes.<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> Arantes; Couto *in* Souza, A. P.; Couto, C. G.; Zylberstajn, H. [et. Al.] (2019: 20).

<sup>28</sup> Termo largamente utilizado pela doutrina brasileira, encontrado no próprio artigo 102 da Constituição Federal do Brasil. Vide também Tavares (2006: 22, 30), Veloso (1993), Lobato (2001: 46) e Medeiros (2005: 345).

<sup>29</sup> Medeiros (2005: 340).

<sup>30</sup> Lobato (2001: 45).

<sup>31</sup> Campilongo (2002: 126).

<sup>32</sup> Moraes afirmará inclusive: “*O controle exercido pelos Tribunais Constitucionais, longe de configurar um desrespeito à vontade popular emanada por órgãos eleitos, seja no Executivo seja no Legislativo, constitui um delicado sistema de complementaridade entre a Democracia e o Estado de Direito, que, para manter-se balanceado, deve possuir claras e precisas regras sobre sua composição, competências e poderes*”. Moraes (2000: 23).

<sup>33</sup> Tavares (2006: 21).



Fiscalizar e aplicar (ou defender e cumprir) a Constituição em um Estado de Direito são funções que competem, em sua dimensão material, a todos os Poderes e órgãos que a ele constituem. Entretanto, tal função tem sido melhor reconhecida pelos Tribunais Constitucionais, havendo inclusive previsão expressa na Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 102, e na Constituição Portuguesa, em seu artigo 223º. Mesmo que, em linhas gerais, os juízos ordinários tenham como função precípua a solução de conflitos de cunho social-concreto,<sup>34</sup> o controle difuso de constitucionalidade e decisões fundamentadas conforme princípios constitucionais ainda se fazem obrigatórias entre eles.

A legitimidade da jurisdição constitucional seria respaldada formalmente pela própria Constituição e materialmente pela necessidade de proteção ao Estado de Direito e aos Direitos Fundamentais<sup>35</sup> – que sofrera considerável alargamento em seus aspectos qualitativos e quantitativos no período pós-Guerra. Ora, se as Constituições ocidentais sofreram mudanças substanciais tangentes a tais Direitos e estando a Corte subordinada ao Texto Magno, evidentemente a fiscalização, defesa e sua margem de atuação acompanharão tal dinamismo.

O Professor Doutor Joaquim José Coelho de Sousa Ribeiro, antigo Presidente do Tribunal Constitucional e Professor Jubilado pela Faculdade de Direito de Coimbra, nos ensina que o Tribunal Constitucional, em determinadas competências, como no controle de constitucionalidade (principalmente no controle abstrato) por exemplo, acaba por atuar como juízes do legislador,<sup>36</sup> dada a natureza política da questão levada à apreciação da Corte. Tal função jurídico-constitucional, inevitavelmente acaba por invocar alta sensibilidade política do Tribunal, mas sempre interpretando e aplicando a Constituição, que no fundo, nada mais é do que a “*racionalização jurídica do político*”.<sup>37</sup> E nesta fronteira entre o político e o jurídico as decisões proferidas acabam por influenciar diretamente o processo e as resoluções de conflitos políticos.

Fora de contexto e passível de má interpretação, a afirmação seguinte soará como um discurso autoritário: mesmo o poder legitimado pela maioria deve sofrer constrangimentos e limitações. Mas a confirmação de tal afirmação se revela na própria história europeia, no conturbado século XX, quando da queda dos regimes ditatoriais e na

---

<sup>34</sup> Tavares (2006: 22).

<sup>35</sup> Moraes (2000: 49).

<sup>36</sup> Ribeiro (2018: 102).

<sup>37</sup> Ribeiro (2018: 103).

instauração das democracias, os direitos e liberdades individuais tiveram de ser protegidos, inclusive dos próprios legisladores, com a institucionalização de fortes mecanismos de controle, garantidos pela raiz de todo constitucionalismo moderno, graças aos Tribunais Constitucionais.<sup>38</sup>

O que se deve ter em mente é que a política é um elemento que pertence à esfera normativa onde o Tribunal exerce a sua competência, não podendo ser entendida como fator externo de *contaminação* que venha a comprometer a autonomia do Direito, desde que a intencionalidade, a racionalidade e a fundamentação das decisões se rejam exclusivamente por critérios jurídicos, internos e pertencentes à ordem jurídico-constitucional, não se deixando influenciar por fatores de natureza externa. Por isso, a já politização da justiça (que será tratada no tópico 4.2.) não encontra espaço aqui, pois se a dimensão política é inescapável em certas matérias constitucionais, jurídico-políticas serão as questões a serem decididas.<sup>39</sup> Além do Princípio da Separação dos Poderes, que exige a abstenção de iniciativas que possam por em xeque a normalidade institucional, temos ainda na realidade europeia a existência do Princípio da Cooperação Leal<sup>40</sup> entre os órgãos de soberania, o que garante que a decisão política do legislador se distinga da decisão jurisdicional de avaliação da sua conformidade com a razão jurídica da Constituição.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Ribeiro (2018: 109).

<sup>39</sup> Nesta mesma perspectiva: “*De facto, no regime português, se a competência para a fiscalização de constitucionalidade é muito ampla quanto às modalidades, pois abrange todas, é restrita quanto ao objeto, pois incide unicamente sobre normas. Os poderes de cognição do Tribunal Constitucional português estão rigorosamente submetidos ao princípio do pedido. Os processos instauram-se por impulso externo, a requerimento dos sujeitos legitimados, e nunca por iniciativa oficiosa. E, uma vez instaurados, o Tribunal só pode declarar a inconstitucionalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida e só pode julgar inconstitucional a norma que o tribunal recorrido tenha aplicado ou a que tenha recusado a aplicação. Formulado o pedido, o Tribunal fica vinculado a decidir, não dispondo de qualquer margem de apreciação discricionária, com acolhimento de razões de conveniência ou de oportunidade [...]. A prática do Tribunal Constitucional português caracteriza-se, neste domínio, por uma grande autocontenção. O Tribunal evita, em geral, as sentenças aditivas ou, mesmo, as reconfigurações manipulativas do conteúdo prescritivo das disposições objeto de fiscalização. Abstém-se também de formular recomendações ao legislador para intervir [...]*” - Ribeiro (2018: 103, 107).

<sup>40</sup> Alusão ao Princípio positivado no Tratado da União Europeia, que visa a cooperação entre a União Europeia e seus Estados-membros (artigo 4º, nº 3) e também a cooperação entre as Instituições da União Europeia (artigo 13º, nº 2 do mesmo Tratado).

<sup>41</sup> Ribeiro (2018: 107).

2. Do «sistema» para o «problema»: a escolha do critério e a resultante complexidade do caso

Uma vez realizada as distinções entre as Constituições e tradições jurídicas norte-americana e brasileira (evidenciando os contrastes existentes para a correta projeção, tanto da proposta de Dworkin quanto do *judicial activism* na realidade jurídica brasileira), buscaremos neste momento trazer à tona um problema, sensível as limitações humanas quanto a (im)possibilidade de reduzir a termo suas infindas condutas. Graves problemas surgem desta dicotomia: *a impossibilidade lógica* (utilização do raciocínio lógico dedutivo) *de uma imediata inferência do individual-real* (o fato em questão, como sendo concreto, individual e irrepitível) *ao puramente significativo conceitual* (os enunciados, gerais e abstratos).<sup>42</sup>

Retornemos a possível gênese do problema. Se por algum tempo as Escolas Hermenêuticas de estrito legalismo ou dogmatismo<sup>43</sup> resolveram o problema da interpretação do Direito (visto que, para tal, aos intérpretes desse Direito caberia agir mecanicamente, aplicando ao caso concreto uma decisão de acordo com os termos previamente estabelecidos – raciocínio lógico-dedutivo operado pelo modelo silogístico-subsumitivo) o problema da indeterminação (inerente à linguagem em um primeiro plano, e conseqüentemente, aos materiais jurídicos em um segundo<sup>44</sup>) parece que foram negligenciados frente a contingência e singularidade dos conflitos humanos, acreditando ser o legislador capaz de prever todas as situações possíveis e assim compor um sistema onisciente, unívoco e perfeito.

A práxis judicial presa àquele modelo e a crença em sua eficiência para solução dos conflitos humanos, desencadearam uma sensação (conclusão) de que a complexidade-dificuldade do caso variava em maior ou menor grau, a depender da complexidade-dificuldade de se subsumir o «problema» ao «sistema», ou, a *questão de fato* à *questão de*

---

<sup>42</sup> Neves (1967: 156-201).

<sup>43</sup> Citamos como exemplo a Escola dos Pandectistas na Alemanha, a Escola Analítica de Jurisprudência na Inglaterra e a Escola da Exegese na França. Vide Herkenhoff (1999: 34-40).

<sup>44</sup> “*In all fields of experience, not only that of rules, there is a limit, inherent in the nature of language, to the guidance which general language can provide [...]*” – Hart (1994: 126). Vide também tópico 2.2.

*direito*<sup>45</sup>. Através dessa percepção (rejeitada pela proposta Jurisprudencialista<sup>46</sup>) que se sustentava conforme a aplicação do Direito, alguns casos aparentavam ser mais fáceis em relação aos outros. Aqueles que por intermédio do raciocínio lógico dedutivo e do esquema silogístico-subsumitivo alcançasse uma única resposta não discutível<sup>47</sup> ou naqueles que frente as inúmeras possibilidades semânticas textuais de seu enunciado o intérprete pudesse extrair um único significado<sup>48</sup>, seriam tidos, em um primeiro momento, como «*casos fáceis*» (como veremos adiante). Por outro lado, o contrário também seria tido como verdadeiro: indeterminações semânticas, metodológicas ou práticas, ao prejudicarem o raciocínio lógico-dedutivo, colocando em confronto várias (ou nenhuma) possibilidades de resolução do caso concreto, evidenciariam a existência de «*casos difíceis*» (como também veremos adiante).

Trataremos a seguir, utilizando-nos de exemplos fáticos, acerca do binômio «*casos fáceis/difíceis*», sem prejuízo de outras propostas de diferenciação, invocadas por Barak<sup>49</sup> e Atienza.<sup>50</sup> Em todos os exemplos apresentados, diferentemente do que sugere a Proposta Jurisprudencialista do Professor Castanheira Neves, analisaremos o caso na perspectiva do «sistema», sendo este o *prius* metodológico para a tentativa de resolução do «problema» (mesmo que em algum momento do processo metodológico, obrigatoriamente passaremos pela “*categoria de inteligibilidade «problema»*”). Ademais, os casos serão *a priori* analisados metodologicamente segundo a tradição positivista do século XIX, priorizando o raciocínio lógico-dedutivo e pressupondo que a dificuldade/facilidade dos casos estão intimamente ligados a facilidade/dificuldade em subsumi-los aos enunciados legislativos. Nossa intenção em assim fazê-lo, seria justamente apontar para a ineficiência deste método, endossando as críticas e consequentes propostas de solução que trataremos ao longo deste trabalho – como a proposta Jurisprudencialista, por exemplo.

Suponhamos então, que neste momento o judiciário seja provocado para processar e julgar casos envolvendo trabalhadores, devidamente contratados por seus empregadores. Vejamos:

---

<sup>45</sup> Sobre este tema, indispensável o estudo realizado em Neves (1967).

<sup>46</sup> Vide nota 231.

<sup>47</sup> Atienza (1997B: 25, 219).

<sup>48</sup> Barak (2005: 205).

<sup>49</sup> Barak (1995).

<sup>50</sup> Atienza (1997B).

(i) um trabalhador, exerceu suas funções durante o período de três anos na empresa a qual foi contratado. Incumbido de receber, cadastrar e organizar as mercadorias em lotes para posterior envio aos revendedores, furtou um dos objetos, de valor elevado, sendo tal ato registrado pelo circuito interno de monitoramento do almoxarifado. Seu empregador o dispensou por justa causa e o obreiro ingressou na justiça do trabalho requerendo suas verbas rescisórias integrais;

(ii) um funcionário de uma determinada empresa, detentor de um contrato de trabalho ativo e em execução há cinco anos, portador de síndrome de dependência alcoólica (CID F.10.2), foi dispensado por justa causa pelo seu empregador. Ingressou o trabalhador com uma ação trabalhista na justiça competente requerendo sua reintegração ao trabalho ou na impossibilidade desta, indenização equivalente;

(iii) uma funcionária de uma loja de grande porte, contratada para exercer as funções de vendedora, função essa definida por contrato de trabalho formal e válido, de modo recorrente acumulava a função de caixa, dada a falta de pessoal naquela empresa. Ingressou com uma ação trabalhista requerendo a rescisão indireta do seu contrato de trabalho por acúmulo de função;

(iv) uma trabalhadora ingressa com uma ação na Justiça do Trabalho, requerendo indenização por danos morais, contra o seu empregador, alegando ser vítima de assédio sexual. Aduz em sua exordial, que o fato ocorreu em uma reunião, requerida pela própria trabalhadora, na sala do seu empregador, às portas fechadas e sem testemunhas. Tem como único meio de prova, uma gravação de áudio daquela reunião, feita pelo seu smartphone, sem a ciência do seu empregador.

No exemplo (i), teríamos a princípio, por parte do julgador, o uso da dedução lógica operada pelo esquema silogístico-subsuntivo. Mesmo que aparentemente mecânico, essa operação ainda sim exigiria um certo exercício de interpretação (mesmo que inconsciente e mínimo)<sup>51</sup>, mas jamais o uso da discricionariedade judicial<sup>52</sup>. Tomemos como proposições  $p$  e  $q$  as seguintes:

$p$ : ato de improbidade.

---

<sup>51</sup> Barak (1995: 42).

<sup>52</sup> Trataremos sobre o exercício discricionário no tópico 3.2.

*q*: constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador.

Podemos afirmar que a proposição *p* é a reprodução da alínea “a” do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. Podemos afirmar também que a proposição *q* é a reprodução do Caput do artigo 482 do mesmo Diploma Legal. Deste modo, teríamos *p* --> *q*, ou “*SE cometer ato de improbidade, ENTÃO constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador*”.

Ressaltamos que tanto a comunidade jurídica quanto a comunidade civil não discordariam que aquele que se propõe a subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, no ambiente laboral, obtendo vantagem ilícita e indevida, comete ato de improbidade. Notemos que, segundo a tradição do normativismo-positivista não haveria ambiguidade ou vagueza em nenhuma das proposições, tampouco lacuna legislativa, sendo ainda, comprovadamente verdadeiras tais premissas (de acordo com o bojo probatório do caso decidendo). Assim, teríamos uma decisão jurídica estritamente racional (com a consequente justificação dedutiva, racional e interna, como nos ensina Atienza<sup>53</sup>), com ausência de alternativas, apontando (e nos direcionando) para uma única resposta, clara e óbvia<sup>54</sup> (se assim podemos dizê-la), previamente fornecida pelo «sistema».

Por outro lado, não há no «sistema», qualquer critério que justificasse ou fundamentasse a decisão do juiz que concedesse ao empregado, comprovadamente autor do furto, suas verbas rescisórias integrais, situação em que apenas teria direito a receber suas verbas qualificadas como “*direito adquirido*” (como os dias trabalhados até a data da ocorrência – saldo salarial –, férias vencidas acrescidas do terço constitucional e o depósito do FGTS referente ao mês de sua dispensa. Por esta razão, na dinâmica de oposição entre a facilidade/dificuldade dos casos, iniciado com o positivismo crítico de Hart, e ainda, utilizando como *prius* metodológico a categoria de inteligibilidade «problema», poderíamos concluir então, nestes termos, que se trataria de um «*caso fácil*».

---

<sup>53</sup> Atienza (1997B: 25;26).

<sup>54</sup> “*The words we use communicate a clear message at least some of the time. [...] The plain case, where the general terms seem to need no interpretation and where the recognition of instances seems unproblematic or ‘automatic’, are only the familiar ones, constantly recurring in similar contexts, where there is general agreements in judgments as to the applicability of the classifying terms*”. Schauer (1985: 399;408).

Se no exemplo anterior a decisão judicial exigiria um certo exercício de interpretação inconsciente e mínimo, no exemplo (ii) tal exercício seria explícito. Isso porque o caso apresentado suscita argumentações contundentemente legítimas – em um *exercício consciente de «valoração» e «ponderação», cujos padrões deverão corresponder às exigências partilhadas da comunidade dos juristas*<sup>55</sup> – para qualquer que seja a parte (empregador ou empregado), sem sequer fazer uso da razoabilidade<sup>56</sup> para tal. Assim, em um primeiro momento, a aplicação *mecânica* da norma ao caso não seria possível – dada a concorrência entre dois critérios disponibilizados pelo «sistema». Ao mesmo tempo, presume-se que há uma *resposta correta* para a solução do caso<sup>57</sup>, exigindo-se apenas uma certa perícia jurídica por parte do julgador para encontrá-la, sendo dispensado inclusive, neste caso, seu exercício discricionário<sup>58</sup>.

Entendamos:

*p1*: embriaguez habitual ou em serviço.

*q1*: constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador.

Onde *p1* é a reprodução da alínea “f” do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro e *q1* é a reprodução do Caput do artigo 482 do mesmo Diploma Legal.

Ao mesmo tempo que:

*p2*: trabalhador diagnosticado com síndrome de dependência alcoólica (CID F.10.2).

*q2*: Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Onde *q2* é a reprodução da súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro.

Deste modo, por intermédio de um exercício consciente, verificamos que embora *p1* e *p2* possuam, para um operador desatento, certo grau de compatibilidade

---

<sup>55</sup> Barak (2005: 208-209).

<sup>56</sup> Trataremos a respeito da decisão jurídica razoável no exemplo *iii*).

<sup>57</sup> Bendor; Segal (2011: 468).

<sup>58</sup> Barak (2005: 216).

(desconsiderando as diferenças doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos termos “embriaguez habitual” e “ébrio habitual”<sup>59</sup>, pois o primeiro refere-se a uma conduta intermitente e esporádica, ao passo que na segunda proposição temos evidenciada uma patologia), a verdade é que  $p1 \cong p2$  e conseqüentemente  $q1 \cong q2$ , portanto,  $q1 \rightarrow p1$  é logicamente incompatível com  $q2 \rightarrow p2$ , de modo que o Princípio de Proteção ao Trabalhador exige que seu empregador o encaminhe para tratamento clínico e que, conseqüentemente, este venha a ser afastado de suas funções – pelo Instituto Nacional da Seguridade Social – tendo conseqüentemente o direito a receber auxílio-doença, nos termos da Lei nº 8.213/1991, artigos 59 a 63, e do Decreto nº 3.048/1999, artigo 71 a 80.

Vemos que no exemplo (ii) haverá predileção a  $q2 \rightarrow p2$ , de modo que dispensado o exercício discricionário do julgador, a resposta correta ao caso concreto pode ser encontrada pela justificação interna do «sistema»<sup>60</sup>. Entretanto, diferentemente do exemplo (i) a subsunção não se deu de forma automática, exigindo do operador uma análise aprofundada do caso, que sem dificuldades, logrou êxito em identificar a solução pelos critérios disponíveis nos extratos do «sistema», sendo em certa medida, a repetição do processo metódico em (i) com um certo grau de complicação.<sup>61</sup> Podemos concluir que o julgador, no referido exemplo (ii), se deparou com um típico «*caso intermédio*» – tipificação esta introduzida por Barak<sup>62</sup>.

Chegamos ao caso mais complexo. O exemplo (iii) tem sido alvo de debates acadêmicos, iniciados por Hart e Dworkin, influenciando toda comunidade jurídica (principalmente jurídico-filosófica) posterior, se estendendo, inclusive, aos dias atuais. Evidente que o problema que o caso nos apresenta é compatível e juridicamente relevante *com e para* o Direito. Importante salientar que, como veremos na proposta Jurisprudencialista, a definição dessa relevância jurídica não é dada pelo texto da norma, e sim pelo tipo do problema que o caso apresenta, obrigando assim o «sistema» a responder,

---

<sup>59</sup> “A embriaguez é o estado em que o indivíduo, fica sem controle de seus atos, em razão do consumo de substâncias químicas, afetando o sistema nervoso, retirando, total ou parcialmente, sua capacidade de coordenação”. Garcia (2013: 661).

Por outro lado, no que tange ao conceito de ébrio habitual, “a organização Mundial da Saúde descreve o alcoolismo como o estado psíquico e geralmente físico do indivíduo, resultante da ingestão de álcool, determinado por atitudes de comportamentos, que geralmente o impulsionam a ingerir o álcool de forma contínua e periódica”. Martins (2013: 380).

<sup>60</sup> Atienza (1997B: 25;26).

<sup>61</sup> Linhares (2017: 145).

<sup>62</sup> Barak (1995).



através de uma solução juridicamente válida. Nos casos em questão, reforçamos que a postura adotada será a inversa – do «*sistema*» para «*problema*».

O trabalhador ao se candidatar a uma vaga de emprego, deverá estar ciente do cargo e função a serem exercidos no caso de sua contratação. Ao ser admitido, ocorrerá o ajuste das vontades entre o empregador e o empregado, por intermédio de um contrato de trabalho individual, onde aquele último será submetido ao poder diretivo do primeiro.<sup>63</sup> Entende-se que, tal poder diretivo autoriza o empregador a delegar funções previamente estabelecidas no contrato de trabalho, assinado e aceito pelo empregado. Entretanto, utilizando-se do excesso desse poder diretivo e para otimizar seus lucros, algumas empresas deixam de contratar novos funcionários e delegam funções não previstas no contrato de trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho brasileiro não previu essa possibilidade de ocorrência, exceto na última parte do seu artigo 483, “a”, ensejando razão para Rescisão Indireta do Contrato de Trabalho:

Art. 483 da CLT - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou ***alheios ao contrato***;

Ocorre que se trata da “última *ratio*” daquele Código, sendo certo que o Princípio da Manutenção do Contrato de Trabalho, não raramente, sofre predileção frente à sua extinção. Certamente, existem cargos e até mesmo funções que se diferenciam demasiadamente, e em certos casos, podem ser incompatíveis entre si, inclusive. Entretanto, existem casos em que as nuances que molduram as zonas limítrofes entre cargos e funções não são tão claras, de modo que o julgador necessita muito mais do que um exercício explícito e consciente de interpretação.

Deste modo, tal “*esforço interpretativo*” com a “*intensificação consciente dos seus procedimentos*”, levando ainda em consideração as “*referências condutoras à comunidade interpretativa dos juristas*”, levará o julgador “*a diversas respostas igualmente legítimas*”<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> As definições de empregado e empregador, estão positivadas nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho brasileiro, respectivamente.

<sup>64</sup> Linhares (2017: 146).

ou na omissão do «sistema» (lacuna legislativa), devendo neste caso, fazer uso do exercício discricionário para a «escolha» ou “*criação*” da resposta adequada ao caso.

Para Hart, por exemplo, tal situação poderia derivar de um problema originado pela *interpretação* (textura aberta/indeterminação)<sup>65</sup> ou pela *integração* (lacunas/omissão).<sup>66</sup> Nestes casos, tornar-se-ia difícil a identificação de uma decisão correta por falta de clareza ou inexistência de critérios jurídicos.<sup>67</sup> Verificamos que uma decisão baseada no modelo clássico, operado pelo esquema lógico-dedutivo, encontra-se prejudicado neste momento.

Por essa razão, na dicotomia entre *razoabilidade* e *racionalidade*, esclarecida por Atienza<sup>68</sup>, verificaríamos que uma *decisão jurídica razoável em seu sentido estrito* deveria operar em caráter subsidiário com relação as *decisões jurídicas estritamente racionais*, requisito encontrado no exemplo (iii). Mas onde estaria de fato a diferença entre uma decisão considerada estritamente racional e a decisão considerada razoável? Qual seria a relação entre essa dicotomia proposta e a dificuldade/facilidade do caso?

Respondendo a primeira pergunta, a decisão jurídica estritamente racional, segundo o autor em questão, deve ser suscetível a uma justificativa racional, ou seja, uma justificativa interna, utilizando-se do silogismo. Para tal, necessitaria basicamente respeitar a lógica dedutiva, os princípios da racionalidade prática e ignorar critérios políticos, éticos e morais como elementos decisivos na fundamentação de sua decisão.<sup>69</sup>

Por outro lado, a decisão jurídica razoável ocorreria por eventuais insuficiências existentes na decisão jurídica estritamente racional. Tais insuficiências se dariam pelos próprios critérios do «sistema», onde haveriam premissas em que nenhuma decisão poderia ser tomada e em casos em que a decisão tomada não pudesse ser justificada. Poderia ocorrer também, em casos de contradições entre a opção da decisão e os objetivos e metas

---

<sup>65</sup> Ademais, “usually, a text has a single, unique semantic meaning in the context of a given event, and that meaning also serves as the text’s legal meaning. In these typical cases, there is complete identity between the text’s semantic and legal meanings. All systems of interpretation will arrive at the same meaning of the text. Because language can be vague and ambiguous, however, a text sometimes has a number of semantic meanings in the context of a given event. Only one of these semantic meanings can serve as the text’s legal meaning. The rules of interpretation become critical in these «hard» cases.” Barak (2005: 7).

<sup>66</sup> Como pudemos verificar, existe uma clara divisão entre autores quanto a identificação de um «hard case», podendo ser classificado como tal dependendo de aspectos quantitativos (o «sistema» parece fornecer várias respostas para o mesmo «problema») ou aspectos qualitativos (o «sistema» se apresenta omissivo ou dispõe de um critério – em seu aspecto semântico – vago ou ambíguo, por exemplo).

<sup>67</sup> Hart (1994: 124-147, 238-276).

<sup>68</sup> Atienza (1997B).

<sup>69</sup> Atienza (1989: 95).

estabelecidas ou não pelo ordenamento jurídico, bem como quando o «sistema» passa a incorporar valores contraditórios entre si.<sup>70</sup>

Neste segundo tipo de decisão, teríamos, via de regra, uma espécie de *contraposição entre valores e princípios*, que deveriam chegar a um equilíbrio, concedendo-lhes hierarquia. Neste processo de distribuição, pode acontecer uma discrepância entre os valores postos em causa, onde um terá maior “peso” que o outro, e não havendo discussão por parte da comunidade jurídica e da comunidade em geral quanto a essa discrepância, não se tratará de um «*caso difícil*» em seu sentido rígido.

O problema surge quando um valor ou uma exigência que deriva de determinado valor, quando postos em conflito, geram dúvidas quanto a sua hierarquia e “peso”. Chegaríamos então a dois conceitos importantes na Teoria de Atienza: o equilíbrio mínimo e o equilíbrio ótimo. No primeiro, as exigências essenciais dos valores fundamentais se mostrariam compatíveis entre si; já no segundo a decisão seria capaz de satisfazer não apenas as exigências essenciais de certos valores fundamentais, mas também outras exigências não essenciais.<sup>71</sup> Aqui estaria a resposta para a segunda pergunta. Atienza afirmará que um caso será tão mais difícil, quanto maior a dificuldade de se determinar qual seria a “*decisão/equilíbrio ótimo*” no caso que se apresenta, sem sacrificar qualquer exigência ou elemento essencial de um valor fundamental.<sup>72</sup> No exemplo proposto, estariam em contraste valores e Princípios como o da Dignidade da Pessoa Humana, Valor Social do Trabalho, proteção do trabalhador frente sua vulnerabilidade, Boa-fé Objetiva, Valor da Livre Iniciativa, vedação ao enriquecimento ilícito e poder diretivo do empregador.

Neste caso, consideremos:

*p1*: acumular os cargos de vendedora e caixa, de modo contumaz.

*q1*: indenização por acúmulo de função;

*q2*: reajuste salarial;

*q3*: rescisão indireta do contrato de trabalho;

---

<sup>70</sup> Atienza (1989: 96-97).

<sup>71</sup> Atienza (1989: 96-97).

<sup>72</sup> Atienza (1989: 101-104).

A proposição  $q1$  não encontra correspondência clara, objetiva e incontestável pela comunidade jurídica e pela comunidade em geral, em nenhum dos critérios fornecidos pelo «sistema». Assim, teríamos:

$$q1 \rightarrow p1 \vee q2 \vee q3 \quad \text{ou} \quad q1 \rightarrow \emptyset$$

Verificamos então que no exemplo (iii), dada a impossibilidade de justificação por critérios estritamente racionais, prejudicado o raciocínio lógico-dedutivo e necessária uma justificação externa (nos termos de Atienza, introduzindo critérios de racionalidade prática)<sup>73</sup>, e ainda, evidenciada a difícil identificação de uma decisão correta por falta de clareza ou inexistência de critérios jurídicos (nos termos de Hart, sendo necessário o uso do exercício discricionário para «escolha» ou “criação” da resposta adequada), o problema se apresenta como um «*caso difícil*».

Lembremos que nos «*hard cases*», teríamos o exemplo de um certo ceticismo interno generalizado, onde juristas apontariam contradições internas do ordenamento jurídico capazes de inviabilizar uma interpretação adequada de quais princípios (ou qualquer outro critério) teriam o condão de fornecer a melhor justificação moral para a decisão correta. Isso não implicaria dizer que diante das inúmeras questões morais colocadas na construção da decisão judicial estaria o julgador sempre convicto de ter alcançado a melhor resposta, pelo contrário, mesmo o mais ferrenho adepto da tese da objetividade de Dworkin poderia (e deveria) se questionar sobre a correção de sua resposta, interpretada sob à melhor luz, bem como poderia concordar com a existência de bons argumentos que pudessem eventualmente divergir de sua posição.<sup>74</sup> O juiz Hércules nos serviria de inspiração já que “*Hercules does not need one method for hard cases and another for easy cases. His method as equally at work in easy case [...]*”<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Atienza (1989: 94-95)

<sup>74</sup> Leitão (2016: 80).

<sup>75</sup> Dworkin (1986: 354). Por outro lado, “*Every legal system contains a normative system that provides a clear and known resolution of some disputes, namely the easy and medium cases. They form a static, skeletal structure to ensure security and stability. However, the legal system also has a method of resolving hard cases, a dynamic method that guarantees renewal and change. Both kinds of methods are critical to any legal system. The one could not exist without the other. Stability without change breeds sedimentation.*” (Barak: 2005: 217).

No quarto e último exemplo (*iv*), nos exatos termos do anterior, teríamos um confronto de exigências essenciais de valores fundamentais, onde:

*p1*: vítima de assédio sexual no ambiente laboral, tendo como único meio de prova uma gravação realizada em seu smartphone, produzida de modo unilateral e sem a ciência do seu empregador, em uma reunião requerida pela própria trabalhadora, na sala de seu empregador às portas fechadas.

*q1*: inutilizar a prova através de decisão judicial, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal Brasileiro;

*q2*: concluir pela licitude da prova, entendendo ser exceção aos Princípios Constitucionais da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem e das comunicações telefônicas, com predileção aos Princípios da primazia da realidade e do valor social do trabalho.

Ocorre que qualquer decisão que fosse tomada neste caso, diferentemente do exemplo anterior (*iii*) implicaria na violação (ou melhor dizendo, no sacrifício) de um elemento essencial de determinado valor considerado fundamental do ponto de vista legal/moral.<sup>76</sup> A razoabilidade seria tão débil, que o julgador seria constrangido a optar pelo *mal menor*<sup>77</sup> ou «*escolher*» a *resposta menos má num elenco de respostas todas elas juridicamente discutíveis*<sup>78</sup>. No caso em comento, na tentativa de uma justificação estritamente racional, não se chegaria a qualquer resposta correta.<sup>79</sup> Por intermédio de uma justificação externa e razoável, introduzindo critérios de racionalidade prática, haveria necessariamente o sacrifício de algum elemento essencial de determinado valor considerado como fundamental, presente em alguma das demandas opostas. Somada a essa consequência, não haveria qualquer solução que pudesse se situar acima do “equilíbrio mínimo”,<sup>80</sup> retratado no exemplo (*iii*).

Estariamos diante de um dilema: quando valores fundamentais (valores esses regentes de princípios) e exigências derivadas de tais valores se revelam incompatíveis com outros valores fundamentais e suas consequentes exigências essenciais, a opção por um e

---

<sup>76</sup> Atienza (1997A: 228); Atienza (1989:101); Linhares (2017: 150).

<sup>77</sup> Atienza (1997: 26).

<sup>78</sup> Linhares (2017: 150).

<sup>79</sup> Atienza (1997B: 201).

<sup>80</sup> Atienza (1989:101).

não pelo outro implicaria no sacrifício daquele que fora preterido. A esse dilema, Atienza chamou de «*caso trágico*».

## 2.1. Uma possível resposta ao problema

Iniciamos este tópico propondo uma alternativa para a solução do *problema* dos «*casos difíceis*». Certamente, este *problema* se põe sob a ótica do positivismo normativista, sendo reconhecido inclusive por Dworkin (crítico ao modelo) e por parte dos funcionalismos materiais. Na proposta Jurisprudencialista, isto não ocorre. A proposta do Professor Doutor Castanheira Neves rejeita o «*binômio casos fáceis/difíceis*», os tratando simplesmente como *casos*. Assim como Dworkin, não há um método para os casos fáceis e outro para os difíceis, há simplesmente um método para a resolução de um problema, único e irrepitível. Sendo assim, faremos uma breve introdução a proposta Jurisprudencialista e ensaiaremos uma decisão jurídica, utilizando sua metódica e utilizando o caso/exemplo *iii*) para tal. Desde já, reforçamos que este exercício revela uma apertada e humilde síntese do Jurisprudencialismo e que, por questões de metodológicas, não nos permitimos aprofundar.

Em um primeiro momento, teríamos que lidar com a Questão de Fato<sup>81</sup> (*determinação e comprovação dos dados do problema jurídico concreto*), determinaríamos o âmbito de relevância do «problema» (do caso para a norma – a definição da relevância jurídica não será o texto da norma que nos revelará, mas sim o tipo de «problema» que o caso nos apresenta, para, a partir da problematização e descoberta da intenção problemática, pressupor o sentido do Direito conservado no «sistema», verificando se o «problema» está nos moldes a exigir uma resposta jurídica, ou em outras palavras, se será juridicamente relevante, independentemente da existência de critério normativo, pelo menos em um primeiro momento, para responder a essa problematização).<sup>82</sup>

Depois, comprovaremos os elementos dessa relevância e dos seus efeitos (comprovação dos fatos/determinação dos critérios). Não se trata da compreensão científica da prova, trata-se de uma compreensão jurídica da prova, o fato deve desligar-se da referência jurídica. Prova enquanto aferição da verdade processual, não da verdade

---

<sup>81</sup> Neves (1995A: 163).

<sup>82</sup> Neves (1995A: 163).

científica-empírica, juridicamente orientada, que implica de um lado o juízo autônomo e pelo outro uma relação com o critério que pressupostamente será suscetível de ser mobilizado para a resolução do problema.<sup>83</sup> Vencida esta etapa, lidaríamos então com a Questão de Direito.<sup>84</sup> Esta, entretanto, se passaria em duas etapas: na primeira delas, teríamos a questão de direito em abstrato. Verificaríamos a hipótese de solução do caso concreto que se sujeitaria à experimentação (verificação/falsificação) para a determinação do critério (norma) jurídico a ser invocado no juízo decisório.<sup>85</sup> Para tanto, seguiríamos os seguintes passos:

- a. Seleção da norma hipoteticamente adequada;<sup>86</sup>
- b. Revelação da problemática jurídico-concreto do caso decidendo;<sup>87</sup>
- c. Interpretação de autônoma ponderação jurídico normativo do caso, para saber se a norma é materialmente adequada (que não poderá se concluir por uma análise puramente textual ou dedutiva<sup>88</sup>);<sup>89</sup>
- d. Aplicação indireta da norma mediante, podendo ocorrer por:<sup>90</sup>
- e.1. *argumentum a contrario*;
- e.2. analogia.

Feito isso, estaria decidido o sentido problemático judicativo hipotético. Na segunda etapa, teríamos a questão de direito em concreto. Neste ponto, poderia ocorrer a mediação da norma ou sua autônoma constituição normativa<sup>91</sup> Uma vez conseguida a verificação e determinação do sentido normativo da norma aplicável, por meio da analogia (e não dedução) entre o tipo de problema que o caso nos revela e o tipo de problema que a norma resolve, *passemos a considerar a metódica a partir da mediação dessa norma pressuposta e não pela autônoma mediação normativa*. A obtenção da relevância material do caso concreto, ocorreria por intermédio de um juízo de confrontação entre o âmbito de

---

<sup>83</sup> Neves (1995A: 163-164).

<sup>84</sup> Neves (1995A: 165).

<sup>85</sup> Neves (1995A: 165-166).

<sup>86</sup> Neves (1995A: 165-169).

<sup>87</sup> Neves (1995A: 169-170).

<sup>88</sup> Neves (1995A: 170, 174).

<sup>89</sup> Neves (1995A: 171-172).

<sup>90</sup> Neves (1995A: 172, 173).

<sup>91</sup> Neves (1995A: 176).

relevância da norma revelada e do caso decidendo, (por um processo de experimentação metodológica – verificação/falsificação da norma hipoteticamente adequada como hipótese de solução ao caso concreto<sup>92</sup>).<sup>93</sup> Poderia ocorrer as seguintes situações: por assimilação normativa de sua relevância ou pela não assimilação normativa de sua relevância.

No primeiro caso, a direta assimilação do caso pela norma acarretaria em sua concretização.<sup>94</sup> Prejudicada a referida direta assimilação, a solução poderia se dar pela adaptação extensiva ou restritiva. Naquela em casos onde a relevância material do caso for mais ampla que a relevância material da norma, mas com sentido intencional análogo e, portanto, assimilável.<sup>95</sup> Nesta, quando o juízo de confronto analógico verifica que a relevância material do caso será compreendida de um modo restrito à relevância material típica da norma, tendo por critério jurídico de uma problemática relevância concreta menos compreensiva, mas nuclearmente análoga. O exercício que aqui se faz necessário, é o juízo juridicamente analógico entre a relevância material hipotética e a relevância material do caso jurídico concreto.<sup>96</sup>

Poderia ocorrer também da relevância típica da norma necessitar mais do que as adaptações acima referenciadas, exigindo então uma correção do âmbito de relevância típico da norma em questão.<sup>97</sup> O Professor Doutor Castanheira Neves condiciona tal correção em duas situações (cumulativas):

a. O caso jurídico apresenta um problema que objetiva sua relevância material. Entretanto, perante a relevância prevista pela norma na sua problemática pressuposição hipotética, a relevância material do caso se mostra atípica.

b. Ao mesmo tempo, a relevância material e sua intencionalidade problemático-jurídico se mostram incoerentes, ou até mesmo, insuficientes. Esse método não poderá ser utilizado em caso de norma obsoleta (fato que corresponderá a não assimilação normativa da relevância material do caso) ou em casos de *lacuna*.<sup>98</sup>

---

<sup>92</sup> Neves (1995A: 166-167).

<sup>93</sup> Neves (1995A: 176-177).

<sup>94</sup> Neves (1995A: 177).

<sup>95</sup> Neves (1995A: 178).

<sup>96</sup> Neves (1995A: 178-179).

<sup>97</sup> Neves (1995A: 179-180).

<sup>98</sup> Neves (1995A: 180).



Isto posto, a assimilação por correção poderá ser sincrônica ou diacrônica. Será sincrônica quando aquela atipicidade for passível de se referir ao tempo da criação da norma em questão, e pudesse então ter sido assimilada pelo legislador na sua prescrição – em outras palavras, trataria de um erro de previsão do legislador quanto ao âmbito de relevância da intenção problemático-normativa da norma prescrita. Por outro lado, será diacrônica, quando a realidade ou situação relevante que foi pressuposta no tempo da norma, se revela diferente da realidade ou situação relevante do caso. Trata-se na máxima jurídica: “*cessando a motivação da legislação, cessa a própria norma em questão.*”<sup>99</sup>

Por outro lado, a não assimilação normativa da relevância material do caso poderia ocorrer, por exemplo, com determinada norma tida como *obsoleta*. Por eventuais alterações das circunstâncias histórico-sociais a que a norma vai referida, a mesma deixa de existir ou sofre uma mutação fundamental, deixando de ter *campus* na realidade social.<sup>100</sup> Na metódica sugerida pela proposta Jurisprudencialista, haveria que se levar em conta a intencionalidade problemático-teleológica da norma (*ratio legis*).

Trata-se da normatividade jurídica da norma que justifica a assimilação das relevâncias concretamente problemáticas e que permite as adaptações e correções a pouco tratadas. Trata-se de comparar o sentido teleológico normativo da norma e a intencionalidade problemática do caso. Tal normatividade, como norma aplicável e como critério do juízo decisório, não impede que o caso concreto solicite a esse juízo, oferecendo na sua autônoma problematidade jurídica um elemento para a recompreensão e reconstituição, tanto da problemática quanto da própria normatividade da norma. E essa determinação quanto a especificação da normatividade das normas possuem dois elementos que contribuem para tal exercício:<sup>101</sup> a jurisprudência (casuística) e a doutrina (dogmática).

Quanto as especificações teleológicas vimos que as adaptações *restritiva* e *extensiva* representam o confronto entre a relevância material do caso e a pressuposição hipotético-material da norma. Por outro lado, no confronto entre a referência direta ao fundamento teleológico das normas e indiretamente à coerência normativo-material do sistema, poderíamos fazer uso da redução ou extensão teleológica, o que implicaria na aplicação ou afastamento de determinada norma.<sup>102</sup> O Fundamento de Validade da Decisão

---

<sup>99</sup> Neves (1995A: 180-182).

<sup>100</sup> Neves (1995A: 182).

<sup>101</sup> Neves (1995A: 184-185).

<sup>102</sup> Neves (1995A: 186-188).

(*ratio iuris*), seria a última possibilidade no apelo a fundamentos regulativo-constitutivos do sistema, tangente aos princípios normativos. Até o momento, vimos que para determinarmos o critério jurídico aplicável, depois de realizarmos parte da metódica e passarmos pela concorrência inerente as suas determinações (jurisprudência e doutrina), encontraremos a última possibilidade de apelo a fundamentos regulativo-constitutivos do sistema, tangente aos princípios normativos.<sup>103</sup>

Neste ponto, tal como sugere a Teoria de Dworkin, na metódica Jurisprudencialista a Interpretação conforme os Princípios não reconhece espaço para indeterminação e abertura dos princípios, tendo em vista que sua determinação se dará em concreto (na aplicação do Direito) e não em abstrato (em enunciado predeterminado). Conforme o próprio Doutor Professor Castanheira Neves, “Nesta «interpretação» passa-se verdadeiramente da *especificante ratio legis* à *fundamentante ratio iuris*,”<sup>104</sup> havendo conformidade entre as duas dimensões. Entretanto, tais princípios podem revelar-se em normativa contradição com as próprias normas e critérios, suscitando de correção, preterição ou superação conforme os princípios.<sup>105</sup>

Quanto a correção do critério-norma, nos referimos aos seus fundamentos normativos e a prescrição normativa que deva justificar. Ela será diacrônica quando houver alteração nos pressupostos do sentido fundamentantes do princípio ou sincrônica se a assimilação desse princípio pela norma tiver ocorrido de modo errôneo.<sup>106</sup> A Preterição e superação ocorrerão em casos de contradição ou oposição aos fundamentos normativos da validade do sistema – em outras palavras, em caso de inconciliação entre a teleologia da norma (*ratio legis*) e princípios normativos jurídicos que seu juízo devesse estar fundamentado (*ratio iuris*).<sup>107</sup> Neste caso, via de regra, a *ratio legis* será preterida frente a *ratio iuris* se ao tempo da prescrição da norma os princípios-fundamentos já constituíam o sistema jurídico. Por outro lado, haverá superação se os princípios-fundamentos tiverem sido reconhecidos posteriormente à prescrição da norma.<sup>108</sup>

E como última possibilidade teríamos a busca pela recuperação da constitucionalidade das normas, por erro ou alteração, recuperando também o seu sentido

---

<sup>103</sup> Neves (1995A: 188).

<sup>104</sup> Neves (1995A: 189).

<sup>105</sup> Neves (1995A: 189).

<sup>106</sup> Neves (1995A: 189-190).

<sup>107</sup> Neves (1995A: 189-190).

<sup>108</sup> Neves (1995A: 194).

normativo,<sup>109</sup> buscando a interpretação conforme a Constituição. Insta relembrarmos aquilo que já foi ensinado pelo Professor Doutor Canotilho, devidamente registrado na nota nº 268 deste trabalho. Respeitada a metódica, o juízo decisório buscará encontrar sua validade nos fundamentos normativos-jurídicos, observando os critérios e fundamentos juridicamente assimilados ou interiorizados, de modo a não aplicar o Direito tendo como norte, de modo predeterminado e alheio ao universo jurídico (universo político-social, por exemplo), os efeitos de sua decisão.<sup>110</sup>

Assim sendo, iniciemos a proposta. Lembremos do caso:

*Certa funcionária de uma loja de grande porte, contratada para exercer as funções de vendedora, função essa definida por contrato de trabalho formal e válido, de modo recorrente acumulava a função de caixa, dada a falta de pessoal naquela empresa. Ingressou com uma ação trabalhista requerendo a rescisão indireta do seu contrato de trabalho por acúmulo de função.*

I. QUESTÃO DE FATO – determinação do âmbito de relevância do problema – do caso para a norma

- ***Desrespeito a cláusula contratual***

Trabalhadora contratada, por meio de documento jurídico e formal, exercendo tarefas não estabelecidas previamente, de modo contumaz, dada a ausência de mão-de-obra em sua empregadora. Afronta a força jurídica atribuída aos contratos de trabalhos em vigência.

- ***Excesso do poder diretivo do empregador***

Afronta direta as limitações do poder diretivo atribuído aos empregadores, tendo em vista que de modo pressuposto, sua autoridade terá maior peso frente a resistência do trabalhador.

---

<sup>109</sup> Neves (1995A: 195-196).

<sup>110</sup> Neves (1995A: 196-197).

- ***Enriquecimento ilícito por parte do empregador***

Afronta a proibição do enriquecimento sem justa causa, tendo em vista que o empregador deixa de contratar outros funcionários, acumula funções em outros e aumenta conseqüentemente seu lucro.

- ***Desrespeito aos direitos trabalhistas constitucionalmente estabelecidos***

Afronta ao piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho.

I.I. Comprovação dos elementos dessa relevância e dos seus efeitos

- ***Desrespeito a cláusula contratual***

Trata-se de um documento bilateral, sinalagmático e de fácil acesso. O acúmulo ilegal de função se confirma a partir do momento que de modo contumaz, a empregada realiza as vendas e ao mesmo tempo exerce as responsabilidades intrínsecas de uma operadora de caixa. Tal fato gera por si só, insegurança e instabilidade na força que os contratos de trabalho rogam para si.

- ***Excesso do poder diretivo do empregador***

A ausência de limites ou de fiscalização quanto ao exercício do poder diretivo do empregador, poderá acarretar em ações autoritárias e condições indignas de trabalho, comprometendo o ambiente sadio e equilibrado que o trabalhador faz jus.

- ***Enriquecimento ilícito por parte do empregador***

O enriquecimento ilícito pressupõe transferência de propriedade de modo indevido e injusto, sendo ainda mais gravoso, quando incide em verbas alimentares.

- ***Desrespeito aos direitos trabalhistas constitucionalmente estabelecidos***

Tendo tais direitos aporte constitucional e proteção ordinária, a violação de um deles ou de todos exige uma resposta imediata do judiciário.

## II. QUESTÃO DE DIREITO

### II.I. em abstrato

a. Aplicação indireta da norma mediante analogia.

- ***Desrespeito a cláusula contratual***

A. Normas Infraconstitucionais – de um modo geral, o sentido das normas infraconstitucionais seria o incentivo ao respeito das cláusulas contratuais, a boa-fé objetiva e a segurança jurídica dos contratos.

i) Parágrafo único do art. 456 da Consolidação das Leis do Trabalho:

*A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.*

ii) Art. 468 do mesmo Diploma:

*Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.*

- ***Excesso do poder diretivo do empregador***

A. Normas Infraconstitucionais – de um modo geral, o sentido da norma infraconstitucional seria imposição de limites ao poder diretivo do empregador, de modo que este haja somente nos termos em que a Lei o permite agir.

i) Artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho:

*Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.*

- ***Enriquecimento ilícito por parte do empregador***

A. Normas Infraconstitucionais – de um modo geral, o sentido da norma infraconstitucional seria a vedação injusta, dolosa e de má-fé de transferências de bens, de modo que o destinatário acumule patrimônio e enriqueça sem justa causa/motivo.

i) Artigo 884 do Código Civil Brasileiro:

*Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.*

- ***Desrespeito aos direitos trabalhistas constitucionalmente estabelecidos***

A. Norma Constitucional – de um modo geral, o sentido da norma constitucional seria a preservação do valor social do trabalho, ao ambiente digno e sadio, com valores reconhecidos internacionalmente através da OIT.

i) Artigo 7º, inciso V da Constituição Federal Brasileira:

*Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*

*V – piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;*

II.II. em concreto: mediação da norma

Respeitando a metódica proposta, notamos correspondência ao contrastar a índole analítica-abstrata da norma com a índole sintético-concreto do caso decidendo e pudemos concluir que através da analogia, o tipo de problema que o caso põe e o tipo de problema que a norma resolve, revela existência de critérios aplicáveis (indiretamente). Por isso, a realização do direito será por mediação da norma.

### II.III. Relevância material do caso concreto:

Como mencionado, será por concretização, pois há uma assimilação por concretização baseada na relevância material hipotética da norma que oferece um quadro de possível consideração da relevância material do caso, ou seja, há uma assimilação direta do caso pela norma.

### II.IV. determinações problemáticas da normatividade da norma

#### a. Casuística (jurisprudência)

*SALÁRIO EQUITATIVO. Princípio da isonomia, consagrado constitucionalmente, é densificado em regras específicas, as quais, no tocante às questões salariais, encontram nas figuras da equiparação salarial e dos salários equitativos alguns de seus primas. Tanto uma quanto a outra figura visam remunerar com iguais salários os empregados que executam um conjunto de tarefas e misteres inerentes a uma mesma função. TRT3 – RO: 0010175-35.2017.5.03.0071*

#### b. Dogmática (doutrina)

Trouxemos neste contexto, os ensinamentos do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Brasileiro, Dr. Mauricio José Godinho Delgado que nos ensina: “[...] a noção de

*inalterabilidade torna-se sumamente rigorosa caso contraposta a alterações desfavoráveis ao trabalhador — que tendem a ser vedadas pela normatividade jus trabalhista (arts. 444, caput, e 468, caput, CLT).” Segue o autor: “[...] a atenuação civilista da fórmula rebus sic stantibus (atenuação muito importante no Direito Civil) tende a ser genericamente rejeitada pelo Direito do Trabalho.” Concluindo que “[...] neste ramo jurídico especializado coloca sob ônus do empregador os riscos do empreendimento (art. 2º, caput, CLT), independentemente do in sucesso que possa se abater sobre este.”<sup>111</sup>*

### III. FUNDAMENTO DE VALIDADE DA DECISÃO (*ratio iuris*)

#### III.I. Interpretação conforme os Princípios

Tendo em vista que, passando-se da especificante *ratio legis* à fundamentante *ratio iuris*, encontramos conformidade direta entre as duas dimensões, podemos dizer que decisão estaria fundamentada conforme os princípios que se seguem:

- Princípios Constitucionais

- i) Artigo 1º, incisos III e IV:

- III. Princípio da dignidade da pessoa humana

- IV. Princípio do valor social do trabalho

#### III.II. Interpretação conforme a Constituição

Assumindo as possíveis significações jurídicas que as normas viessem a admitir, daríamos preferência àquela significação que fosse conforme ou compatível à Constituição, para recuperar na norma a constitucionalidade falhada por erro ou alteração circunstancial

---

<sup>111</sup> Delgado (2019: 1210-1211).



que seguia sua normativa intenção. Referimo-nos, certamente, ao parágrafo único do artigo 456 da CLT, já mencionado no item II.I.

- Princípios Constitucionais

- i) Artigo 1º, incisos III e IV:

III. Princípio da dignidade da pessoa humana

IV. Princípio do valor social do trabalho.

Quanto a decisão, nos parece que o problema trazido se revelou como juridicamente relevante ao Direito, onde a comprovação desses elementos de relevância (implicando de um lado o juízo autônomo e pelo outro a relação com o critério que pressupostamente se apresentou suscetível de ser mobilizado para a resolução do problema) se concluíram sem maiores dificuldades.

A seleção da norma hipoteticamente adequada, realizando um posterior exercício de experimentação com o sentido do caso e o sentido do critério selecionado, nos permitiu uma aplicação indireta mediante analogia (art. 2º, art. 468, § único do art. 456 todos da Consolidação do Trabalho e inciso V do art. 7º da Constituição Federal do Brasil). Depois, a mediação da norma se deu através de sua assimilação por concretização, sem qualquer adaptação ou correção.

Quanto as determinações problemáticas da normatividade da norma, a fim de comparar o seu sentido teleológico-normativo e a intencionalidade problemática do caso, trouxemos os dois elementos (casuísticas e dogmáticas) que contribuíram tal determinação e especificação teleológica, sem sofrer redução ou extensão. Quanto aos fundamentos, a interpretação conforme os princípios e a Constituição se mostraram suficientes, dispensando sua eventual correção sincrônica ou diacrônica. No mérito, entendemos ser cabível o ajuste salarial e eventual pagamento a título indenizatório tangente ao período laborado em ambas as funções.

## 2.2. A indeterminação e suas seções: incerteza, subdeterminação, indecidibilidade e indeterminação e mistificação

Uma vez reconhecidos os constrangimentos proporcionados pelo raciocínio lógico-dedutivo e a consequente dificuldade (impossibilidade) de se subsumir um fato (concreto, contingente e único em suas especificidades) à um enunciado (abstrato, geral e hipotético), verificaremos os problemas que desses enunciados emergem: primeiro no tocante as limitações linguísticas próprias da nossa comunicação, depois pela divergência interpretativa do texto a ser utilizado como critério para resolução do problema posto. Reforçamos que tais problemas não se inserem na proposta Jurisprudencialista, como há pouco vimos.

Identificamos grande parte desses problemas e suas consequentes propostas de substituição, brilhantemente elucidados pelo Professor Doutor Aroso Linhares<sup>112</sup>, que, graças a plurívoca *categoria da indeterminação*, identificou o alargamento centrífugo que emana dos «*casos fáceis/casos difíceis*» e as tentativas de substituição da referida categoria para propostas de incerteza, subdeterminação e indecidibilidade,<sup>113</sup> aos quais veremos em tópicos específicos a seguir. Mas antes, classificaremos os tipos possíveis de indeterminação em três principais grandes grupos: indeterminação semântica, representando a multiplicidade de sentidos que uma determina norma revela (importante salientar que grande parte das Teorias do Direito possuem consenso quanto a existência da indeterminação semântica, mesmo que em diferente grau); indeterminação metódica, como sendo a ausência de método de escolha (além de determinada norma possuir vários sentidos, não há qualquer método para determinar qual sentido deveria prevalecer) e indeterminação prática, entendida na autorização para «*livre escolha*» (indeterminação no momento da decisão, permitindo a discricionariedade).

### (i) A Relação Indeterminação/Incerteza

---

<sup>112</sup> Linhares (2017).

<sup>113</sup> Linhares (2017: 142-143).

Sem prejuízo de excluir outras vozes que se debruçaram sobre o tema, começaremos com a distinção que Dworkin se propôs a fazer entre a *indeterminação* e a *incerteza*. Segundo o autor, uma coisa seria, depois de um estudo cuidadoso, não encontrar argumentos persuasivos em favor de qualquer das soluções juridicamente possíveis. Isso seria apenas *incerteza*, ou seja, o intérprete não estaria *certo* de qual resposta seria a correta em determinado caso concreto. Ele veria razões em todos os lados da questão e não encontraria, mesmo após reflexão, um conjunto mais forte de argumentos do que outro que lhe permitisse definir uma resposta. Faltar-lhe-ia certeza, opinião sobre a matéria, dada a impossibilidade de estabelecer qual das argumentações se apresentariam como mais convincente.<sup>114</sup>

Uma segunda situação seria *indeterminação*, consubstanciada na afirmação positiva, conclusiva, de que nenhuma das alternativas seria a correta. Afirmar incerteza se difere de uma afirmação conclusiva de que não há resposta certa. Se a primeira é a resposta por *ausência*, a segunda depende de uma defesa em seu favor, tanto quanto as demais propostas de interpretação. Dessa maneira, a *indeterminação* pressupõe que as premissas da argumentação não podem ser consideradas nem verdadeiras nem falsas.<sup>115</sup> Agora, poderemos nos concentrar no problema da categoria da *indeterminação*.

#### (ii) Outras Categoria(s) da Indeterminação

Socorro-me neste momento ao texto de Lawrence B. Solum (onde dialoga brilhantemente com os *Critical Legal Scholars*) que ao interpretar a intensidade da categoria da *indeterminação* a classificou em um primeiro momento em «*strong*» *indeterminacy thesis* e «*weak*» *indeterminacy thesis*,<sup>116</sup> entretanto, concentrar-me-ei apenas na primeira, tendo em vista que dela podemos extrair conceitos relevantes acerca da *indeterminação* e *subdeterminação*.

---

<sup>114</sup> Dworkin (2011: 99-102).

<sup>115</sup> Dworkin (2011: 99-102).

<sup>116</sup> Cumpre ressaltar que Solum fará uma divisão conceitual e alternativa dentro da «*Weak Indeterminacy Thesis*» entre: “*The Important-Case Indeterminacy Thesis*” e “*The Modally Weakened Indeterminacy Thesis*”. – Solum (1987: 488-495).

Cumpra ressaltar que o autor reconhece que os materiais jurídicos existentes não são totalmente determinados por nenhuma teoria social unificada e consistente.<sup>117</sup> Mesmo entre os *Critical Legal Scholars* há divergência quanto a indeterminação global dos materiais jurídicos.<sup>118</sup> Como já identificamos, a indeterminação (ou incerteza) para Hart se constroem a partir de um problema específico: o da comunicação das *regras gerais* (através da legislação e dos precedentes) que suscita à decisão judicial. Mas este entendimento não é unívoco (e está longe de sê-lo) e tal classificação, como afirma o Professor Aroso Linhares, depende explicitamente das referências ao binômio «*casos fáceis/casos difíceis*».<sup>119</sup>

(ii.i) A tese da forte indeterminação e a relação Indeterminação/Subdeterminação

Primacialmente, tal versão da indeterminação aduz que todos os casos são difíceis e que, fundamentalmente, em todos esses casos seria possível extrair – levando em consideração os materiais jurídicos e a posições doutrinárias preexistentes – qualquer resultado,<sup>120</sup> o que reforça a ideia da plasticidade e maleabilidade dos materiais jurídicos<sup>121</sup> que os *Critical Legal Scholars* utilizam em sua proposta judicativa.

---

<sup>117</sup> Solum (1987: 466).

<sup>118</sup> “Although some critical scholars have explicitly rejected the strong indeterminacy thesis, contemporary critical legal scholarship still abounds in assertions that the law is radically indeterminate.” – Solum (1986: 470-471). No mesmo sentido: “Whereas CLS would later emphasize a “global” indeterminacy of a background riven with norms and principles in contradiction, the realists focused on a “local” uncertainty, the immediate ambiguity of fact and alternative rules in the context of individual cases.” – Kellogg (2013: 14). Entretanto, Duncan Kennedy rejeitou a tese da indeterminação global aceitando apenas as incertezas (as consideradas triviais) inerentes a linguagem, como Hart já havia defendido anteriormente – vide Kellogg (2013: 13): “In his comments on legal realism, Hart conceded that there was a significant amount of indeterminacy in the law, but argued that it necessarily occupied a peripheral zone. The law could be conceptualized as a system of rules, and there are some cases in which the rules do not clearly specify the correct legal outcome. This is due to the ineliminable open texture of not just legal but natural language [...]. All general terms have both a core of meaning and a “penumbra,” or a range in which it is unclear and irresolvably controversial as to whether the term applies to a specific case.” Notemos neste trecho de “A left phenomenological alternative to the Hart/Kelsen theory of legal interpretation” seu posicionamento: “In other words, critical legal studies, as I understand it, accepts fully the positivist idea that law is sometimes determinate and sometimes indeterminate. CLS rejects both the idea of global indeterminacy and the idea that there is always a correct interpretation, however obscure or difficult to arrive it. But it also rejects the idea that determinacy and indeterminacy are “qualities” or “attributes” inherent in the norm, independently of the work of the interpreter.” Kennedy (2008: 160).

<sup>119</sup> Linhares (2017: 126-127).

<sup>120</sup> “The view that won out inside CLS is what became known as the indeterminacy critique – the idea that legal principles are so abstract and indefinite that they can be used to rationalize virtually any outcome.” – Gabel (2009: 516).

<sup>121</sup> Vide o indispensável estudo feito sobre o tema em Gaudêncio (2016: especialmente páginas 132-133).

Existiriam basicamente dois posicionamentos para a defesa desta Tese, as quais Solum<sup>122</sup> reinventando as formas de ceticismos interno e externo acaba por nos fornecer uma outra proposta de substituição da categoria indeterminação, explorando assim uma distinção entre esta última, determinação e subdeterminação.

Para tal distinção, imaginemos a relação entre dois conjuntos de resultados possíveis de uma determinada disputa legal [a]. No primeiro conjunto teríamos os possíveis resultados imagináveis, fruto de todas as possíveis ordens que um juiz poderia emitir no processo judicativo [b]. O segundo conjunto consistiria no acervo dos resultados conformes ao Direito, ou seja, resultados que poderiam ser comparados com os materiais jurídicos em geral [c]. Assim, Solum oferece as seguintes definições:

A. Os materiais jurídicos serão considerados *determinados* em relação ao caso concreto [a] sempre que houver apenas um resultado juridicamente plausível na confrontação de [b] e [c] — podendo então a decisão judicial dizer-se vinculada;

B. Os materiais jurídicos serão *indeterminados* em relação a um caso concreto [a] sempre que o acervo dos resultados conformes ao direito (ou os resultados que podem ser comparados com os materiais jurídicos em geral) [c] coincidirem, identicamente, com o acervo global dos resultados imagináveis (ou com os possíveis resultados imagináveis, fruto de todas as possíveis ordens que um juiz poderia emitir no processo judicativo) [b] — podendo então a decisão judicial dizer-se desvinculada;

C. Os materiais jurídicos serão *subdeterminados* em relação a um caso [a] sempre que o acervo dos resultados conforme o Direito (ou os resultados que podem ser comparados com os materiais jurídicos em geral) [c], envolvendo embora várias alternativas, constitua um subconjunto não-idêntico do acervo global dos resultados imagináveis (ou com os possíveis resultados imagináveis, fruto de todas as possíveis ordens que um juiz poderia emitir no processo judicativo) [b] — podendo então a decisão judicial dizer-se guiada pelos materiais jurídicos, uma vez que a escolha do resultado final deverá basear-se em argumentos de “*segundo plano*”,<sup>123</sup> ou seja, pelos elementos básicos (*background*)

---

<sup>122</sup> Solum (1987: 472-474).

<sup>123</sup> Kellogg (2013: 2).

constitutivos do Direito, como políticas e princípios ou mesmo por preferência subjetiva – limitados e orientados pelo corpo do próprio Direito.

(ii.ii) A tese da forte indeterminação e a relação Indeterminação/Indecidibilidade

Trata-se de uma Tese desconstrucionista – com grande influência do pós-estruturalista francês Jacques Derrida. Essa versão faz a afirmação de que a indeterminação dos materiais jurídicos é resultado de profundas contradições na sociedade liberal, onde existirão sempre duas ideologias profundamente antagônicas pertencentes aos mesmos materiais jurídicos (em uma constante guerra entre si).

Jack Balkin é o estudioso mais influenciado pela análise *desconstrutivista* de Derrida,<sup>124</sup> afirmando que a desconstrução atraiu outros estudiosos do movimento (além dele próprio) pela sua força e valência na denúncia da incoerência (sem ignorar outros “*atributos*” como a mutabilidade, flexibilidade, indeterminabilidade e significações múltiplas e conflitantes) não só dos materiais jurídicos (sejam eles pertencentes ao primeiro plano ou mesmo o *background*) e do raciocínio dos operadores do Direito, mas também das próprias estruturas sociais.<sup>125</sup>

E como possibilidade de substituição da categoria indeterminação, como aduzido pelo Professor Aroso Linhares,<sup>126</sup> sob fortes influências de Derrida e já num certo processo

---

<sup>124</sup> Gaudêncio (2012: 177).

<sup>125</sup> “Although deconstructive arguments appear in critical race theory, feminist, and postmodern legal scholarship, deconstruction first emerged most clearly in the work of the Critical Legal Studies movement. Deconstruction attracted Critical Legal Studies scholars for three reasons. First, CLS scholars emphasized the instability and indeterminacy of legal doctrines and the political ideologies that lay behind legal reasoning. Deconstruction’s discovery of mutability in meanings and conceptual boundaries seemed to support these views. If, as deconstruction suggested, all legal decisionmaking and all legal categories were flexible and mutable, this seemed to buttress the claim that something other than legal reasoning—like political judgment—lay behind legal decisionmaking. Second, the force of the deconstructive critique applied beyond legal meanings to all social meanings. Deconstruction seemed to suggest that social structures were also unstable and indeterminate. This meshed well with CLS claims that legal consciousness was based on the “false necessity” of social and legal structures that seemed reasonable in theory but were oppressive in practice. Finally, deconstruction seemed attractive to CLS scholars because it held that texts undermined their own logic and had multiple and conflicting meanings. Critical Legal Studies scholars could use deconstructive techniques to “trash” traditional legal arguments and legal distinctions by showing that they were incoherent.” – Balkin (2005: 733-734).

<sup>126</sup> Linhares (2017: 136-143).

autonomizado por Balkin,<sup>127</sup> teríamos como contraponto da acentuação indiscriminada da indeterminação relativa ao recurso linguagem uma *necessidade da contextualização* e da *abertura infinita de todos os contextos* em que os ingredientes jurídicos pudessem diferir no tempo e espaço<sup>128,129</sup>. Assim, se atribuirmos a indeterminação (ou incerteza) não mais a textura aberta do recurso linguagem (e conseqüentemente aos textos legais) ou a uma certa objetividade ético-moral, mas sim, aos contextos infinitamente possíveis onde aqueles anteriores se achem (como existência!) e se relacionem (com outras infinitas possibilidades!), encontraremos o problema a ser enfrentado por céticos como Balkin: a *indecidibilidade*.

### (ii.iii) Relação Indeterminação/Mistificação

Baseando-me novamente nos pensamentos de Lawrence B. Solum e de Jack Balkin, especificamente em seu texto “*Critical Legal Theory Today*”<sup>130</sup>, temos a clara noção de que

---

<sup>127</sup> Autonomizado porque importado para a realidade jurídica, havendo assim uma certa adaptação ou correção tanto dos conceitos de *desconstrução* quanto de *indecidibilidade*. Quanto ao primeiro, “*The term «deconstruction» is much used in legal writings these days and in this Article I propose to explain its philosophical underpinnings. Many persons who use the word «deconstruction» regard it as no more than another expression for «trashing» that is, showing why legal doctrines are self-contradictory, ideologically biased, or indeterminate. By the term «deconstruction», however, I do not have in mind merely stinging criticism, but specific techniques and philosophical ideas that Derrida and his followers have applied to various texts. These techniques often do involve teasing out the hidden antinomies in our language and thought, and that is primarily how I came to be interested in them. However, I hope to demonstrate that «deconstruction», as I use the term, is not simply a fancy way of sticking out your tongue, but a practice that raises important philosophical issues for legal thinkers*”. — Balkin (1987A: 743-744). Ademais: “*If one is to adapt deconstruction to the critical study of law, the practice of deconstruction must, in fact, be altered, changed, modified, and, I would even say, improved. Certain features of Derrida’s texts, for example, must be emphasized and others deemphasized and regarded as mistaken. Only in this way can deconstructive argument be made a useful tool of critical analysis. Only in this way can it escape the many criticisms of nihilism that have been leveled at it*”. — Balkin (1994: 1132).

<sup>128</sup> Linhares (2012: 163).

<sup>129</sup> “[...] Derrida sustenta que o signo não se remete a qualquer ponto fixo (um sistema estável ou as intenções daqueles que o utilizam), mas ele se refere, invariavelmente, a contextos anteriores (passados) e posteriores (futuros), operando uma desintegração de sua própria unidade, permanência ou estabilidade. O significado de um signo, entende o filósofo francês, nunca está presente, mas ele se encontra sempre “diferido” — nos dois sentidos do verbo latino *diferir*, qual sejam, *divergir* e de *protelar* — em um movimento denominado de “*différance*”. Com tal neologismo, Derrida procura acentuar que o processo de significação remete não ao “*encontro de uma presença anterior à linguagem*”, mas a “*um infinito processo de adiamentos e remissões*.” — Rabenhorst (2002: 5). Assim, a indecidibilidade acaba por prejudicar a produção de qualquer sentido, pois o indecível impossibilita a idéia de significado imanente — válido em si mesmo, contendo seu próprio significado e sua própria presença.

<sup>130</sup> Balkin (2008).

segundo os *Critical Legal Scholars*, o discurso jurídico clássico (herança do Estado Moderno Liberal do século XIX) ocultaria relações de dominação, afirmando, corroborando e intensificando os desequilíbrios e injustiças sociais através das práticas comumente aceitas e previsíveis dos *officials*. Assim, para a escola crítica, existem teses subjacentes que servem de arrimo para a própria tese da indeterminação.

A principal delas seria a tese da mistificação. Assumidamente, a tese da mistificação se enquadra diretamente na tradição de crítica da ideologia associada a Marx e à Escola de Frankfurt.<sup>131</sup> Basicamente, esta tese reforça a ideia de que as regras legais (de *primeira categoria* – Leis e precedentes, por exemplo) mistificam estruturas de dominação através de três métodos:

1) Através da legitimação. Neste primeiro método as instituições reforçam na comunidade uma crença aos “*sistemas de dominação*” através de sua própria legitimação, seja pela liturgia jurídica ou por seu caráter autoritário.<sup>132</sup>

2) Através da dissimulação. As “*inclinações*” das Leis em favor dos interesses das elites dominantes são ocultadas pela aparente “*neutralidade*” dos materiais jurídicos.<sup>133</sup>

3) Através da reificação. Os *Critical Legal Scholars* a definem como a representação de algo abstrato como se material fosse, onde o discurso jurídico represente um estado de coisas transitórias, históricas e contingentes como se fossem permanentes, atemporais e naturais.<sup>134</sup> Peter Gabel, em “*Reification in Legal Reasoning*” nos traz um exemplo extremamente didático, onde crianças de uma escola primária, em um determinado horário do dia cessam as suas *atividades arbitrárias* (como correr e brincar por exemplo), sofrendo uma *ruptura social* e certa *privação* dessas atividades para colocarem a mão frente ao peito e repetirem palavras, como se estivessem fazendo juramentos a um tecido erguido na extremidade de um mastro, sem ao menos saber o que aquilo represente de fato. Não há compreensão do conteúdo das palavras que repetem, ao invés, são dominados por um ritual

---

<sup>131</sup> Solum (1987: 468).

<sup>132</sup> Solum (1987: 468). Para maior compreensão acerca do «*problema da legitimação do Direito*», vide Balkin (2008).

<sup>133</sup> Solum (1987: 469).

<sup>134</sup> Solum (1987: 469).



que proíba qualquer tipo de rebelião contra ele. Esses rituais podem ser representados pelo professor que exigiu a conduta, pelo pai quando o educa ou pelo juiz quando lhe diz o Direito.<sup>135</sup>

Uma vez identificados os problemas tangentes a concepção e aplicação do Direito, na tradição positivista do século XIX, verificaremos a seguir propostas que buscaram lidar com tais deficiências, rompendo com paradigmas até então tidos como dogmas por seus adeptos.

---

<sup>135</sup> Gabel (1980: 26-27). Ademais: “*Reification reinforces the status quo by making political choices appear to be dictated by nature itself.*” – Solum (1987: 469).

### 3. Da Teoria Liberal Alternativa do Direito e sua *constructive portion*

Na segunda metade do século XX, formas de identificação e aplicação do Direito passaram a sofrer mudanças substanciais, de modo que a relação *direito/moral* – confrontando as teses da *separação* (positivismo *excludente*) e de separabilidade (positivismo *includente*), sem esquecer as diversas versões da *separabilidade* (*separabilidade* enquanto *inclusão* de condições de validade e *separabilidade* enquanto *inclusão* e *incorporação* de princípios)<sup>136</sup> – e o raciocínio lógico-dedutivo (com a consequente teoria silogística-substantiva) passaram a ser alvos das discussões jurídico-filosóficas e das mais diversas Teorias do Direito.

Em confronto com o modelo até então estudado, surge Dworkin e sua forte crítica ao positivismo jurídico. Em sua primeira fase, iniciava-se a ascensão do chamado neoconstitucionalismo<sup>137</sup>, acompanhado da universalização do ideal democrático.<sup>138</sup> Hart já havia iniciado sua crítica ao positivismo jurídico, e por sua vez, Dworkin iniciava sua crítica à Hart. O conjugado de diversos artigos de Dworkin compuseram sua grande obra, *Taking Rights Seriously*, e muito embora o autor fosse aperfeiçoando seus argumentos, deixando de lado alguns posicionamentos e acrescentando outros no decorrer de suas publicações, se faz imprescindível uma análise pormenorizada desta primeira, tendo em vista que a relação Direito/Moral, a Teses dos Princípios e o juiz Hércules nos são apresentados, mesmo que de modo embrionário.

Inserido em um contexto específico, marcado ainda pela Guerra fria, Dworkin se propôs a criticar o que descreveu ser *a atitude política chamada de liberalismo (Teoria Dominante do Direito)*, defendendo nos capítulos de sua obra uma Teoria Alternativa do Direito – também de cunho liberal.<sup>139</sup> No campo econômico, os Estados Unidos da América sofriam forte recessão pela crise do petróleo. O conflito Vietnamita chegava ao fim com a derrota norte-americana e de seus aliados. Naquele século, a humanidade havia

---

<sup>136</sup> Linhares (2017: 52).

<sup>137</sup> Sobre o neoconstitucionalismo: Barroso (2007); Souza Neto (2006).

<sup>138</sup> Ferreira (2010: 159).

<sup>139</sup> Dworkin (1977: VII).

experimentado o dissabor de confrontos que modificariam a forma de como o Homem passou a sentir, pensar e agir.

Neste contexto, os *individuals human rights* (ausente naquela Teoria criticada) se tornariam parte de um segmento dito por Dworkin como *constructive portion*<sup>140</sup>, tido ao longo de sua Teoria, ao menos nesta primeira fase, como um “*trunfo*”<sup>141</sup> frente ao utilitarismo (o *dever-ser do Direito*, ou seja, como as instituições jurídicas deveriam se comportar). Tratou-se de uma crítica expressa ao utilitarismo moral – ou parte dele – projetado no Direito, sustentado na ideia de que tais instituições deveriam estar a serviço do bem-estar em geral, e apenas isso.<sup>142</sup> Em outras palavras, a satisfação do interesse do maior número de indivíduos seria condição e critério daquilo que seria moral e justo.

Tanto é assim, que ao reforçar sua crítica ao utilitarismo naquela Teoria Dominante, afirmou que um Governo reconhecedor dos direitos individuais deveria abrir mão das ideias de que a Lei jamais pudesse ser violada por contradizer a moralidade subjetiva do cidadão e da superação de tais direitos em detrimento do bem-estar geral,<sup>143</sup> pois, segundo Dworkin, existem Direitos inegociáveis, prevalecendo inclusive frente a interesses majoritários e ao bem-estar geral.<sup>144</sup>

A Tese dos Direitos proposta por Dworkin, pedra basilar para o rompimento com a Teoria Dominante (de cunho liberal), excluiria necessariamente a adesão parcial ao positivismo jurídico (tangente ao que o Direito é – reconhecimento das regras por intermédio de instituições sociais específicas) e ao utilitarismo moral (tangente ao que o Direito deveria ser – maximização do bem-estar geral), incluindo o *individuals human rights* (natural e inegociável, respectivamente).

Assim, as críticas ao utilitarismo e ao positivismo deram lugar, em *Law's Empire* (1986), a uma outra discussão, no que desrespeito ao convencionalismo e ao pragmatismo. Dworkin os tratou como *concepções antagônicas do (no) Direito*<sup>145</sup>, ao lado de *Law as Integrity* (fruto de um artigo publicado em 1982, iniciando um de seus maiores embates com

---

<sup>140</sup> Dworkin (1977: VII).

<sup>141</sup> Dworkin (1977: VI).

<sup>142</sup> Dworkin (1977: VII).

<sup>143</sup> Dworkin (1977: 204).

<sup>144</sup> Dworkin (1977: XI - XIII).

<sup>145</sup> Dworkin (1986: 94).

Stanley Fish<sup>146</sup> – o que o inspirou a publicar *Law's Empire*). As críticas direcionadas ao convencionalismo simplesmente reforçaram as críticas já relacionadas ao positivismo jurídico, em *Taking Rights Seriously*. O Direito seria aquilo estipulado por convenção, e nada mais que isso. Seria basicamente a visão que o cidadão teria do Direito, estando ao mesmo tempo “dentro” de seus domínios (como sujeito passivo) e “fora” (como operador). Por um lado, haveria extremo respeito ao *Direito posto* (tanto respeito, que se em uma eventual demanda não houvesse correspondência mecânica com convenções políticas passadas, não haveria direito algum a ser declarado). Por outro, incitaria o exercício discricionário (em seu sentido forte, conforme discutiremos no tópico 3.2.) do operador em questão.<sup>147</sup>

Já o pragmatismo (onde Dworkin também dirigiu fortes críticas a Posner<sup>148</sup>) é considerado neste ponto a concepção mais poderosa. Dworkin afirma que a filosofia política deveria ser inserida no debate jus filosófico, exaltando a concepção do *Direito*, por ser a melhor interpretação daquilo que fazem os operadores.<sup>149</sup> O aspecto funcional do pragmatismo, onde o valor de algo ou de algum significado será determinado pelas suas consequências práticas (para não dizer positivas), por vezes etiquetam prazos de validade em verdades, conceitos ou critérios, a depender de sua utilidade contextual.<sup>150</sup>

Com vimos, uma pretensão juridicamente assegurada por certa convenção jurídica, extraída anteriormente por uma decisão política tomada no passado, estaria fundamentada pela Teoria Convencionalista. Por outro lado, uma pretensão patrocinada por princípios – princípios esses proporcionadores da melhor justificativa da prática jurídica, também estaria juridicamente protegida pelo *direito como integridade*<sup>151</sup>. Com o pragmatismo isso não ocorreria. Nenhum cidadão teria qualquer direito, independente da jurisprudência constituída ao longo da história ou de qualquer convenção jurídica, extraída anteriormente por uma decisão política tomada no passado, se o efeito prático dessa concessão ferisse a comunidade. Isso nos remete aquela máxima utilitarista sobre a maximização do bem-estar

---

<sup>146</sup> Vide Robertson (2014: 251-286).

<sup>147</sup> Dworkin (1986: 115;117).

<sup>148</sup> Vide Posner (2007) e Dworkin (2006: 75-104).

<sup>149</sup> Dworkin (1986: 94).

<sup>150</sup> Leite in Godinho, M. A.; Filho, A. A. e Maia, A. [et. Al.] (2018: 249).

<sup>151</sup> Para maior compressão, vide Neves (2003: 442-444).

geral, porque um juiz pragmático rejeitaria que um cidadão pudesse ter direitos que prevalecessem, em certo caso, *ao melhor futuro à sociedade*<sup>152</sup>.

### 3.1. Os Princípios segundo Dworkin

Para entendermos o conceito de *princípio*<sup>153</sup>, voltemos a crítica dirigida à Hart, em *Taking Rights Seriously*, tangente a *rule of recognition*. Pensemos por ora em uma comunidade “*primitiva*”, em um estado *pré-jurídico*, com uma estrutura integrada por regras primárias de obrigação, ou em outros termos, regulada apenas por “*costumes*” que tenham o condão de impor deveres aos indivíduos dessa comunidade. Tais regras jamais formariam um sistema, seriam simplesmente um conjunto de padrões separados, desconexos e a única coisa que teriam em comum seria a sua aceitação pela comunidade ou por parte dela. Assim sendo, a *incerteza* oriunda desse sistema desconexo, dada a ausência de um remédio que fizesse cessar as dúvidas acerca de quais seriam as regras que de fato regulam a comunidade ou acerca do preciso âmbito de certa regra dada, reivindicaria aquilo que Hart chamou em sua Teoria de “*regra de reconhecimento*”.

Tal remédio faria uma indicação afirmativa e concludente de que uma dada regra estaria reconhecida e aceita por aquele grupo e deveria então ser apoiada pela pressão social que ele exerce<sup>154</sup> – compondo assim, uma segunda categoria de regras<sup>155</sup>. Ademais, na

---

<sup>152</sup> Dworkin (1986: 160).

<sup>153</sup> Imprescindível a lição de Canotilho em (2003: 1160-1167;1173-1175).

<sup>154</sup> Aqui podemos identificar a noção de obrigação para Hart. Obrigação seria um termo aplicado apenas para regras de um determinado tipo, regras que tenham a pressão social especial em torno da sua relevância, particularmente duas: as regras morais e as regras jurídicas. Isso porque apenas essas duas se referem a condutas que são essencialmente relevantes para a convivência, existindo por isso uma forte pressão social para que os indivíduos se ajustem a elas. Essa obrigação decorria então de uma regra (dotada de prática e normatividade), mas necessariamente precisaria conter um terceiro elemento, uma *especial relevância* do ponto de vista social, para haver uma forte pressão do grupo em torno dela. – Hart (1994: 82-91).

<sup>155</sup> Hart nos apresenta outras duas regras secundárias (ou remédios) que fariam parte dessa categoria: a primeira seria um remédio para o que ele chamou de caráter estático das regras, graças ao processo extremamente lento nas alterações das mesmas, devendo primeiramente determinada conduta deixar de ser facultativa à comunidade, para passar a ser habitual e posteriormente obrigatória. O processo inverso, ou seja, o desuso daquela regra, passaria pelo mesmo problema de lentidão. Para este problema, o remédio seriam as «*rules of change*». Deste modo, indivíduos teriam poder pra introduzir novas regras primárias ao grupo ou para eliminar regras antigas.

Já o segundo tipo de regra que comporia as regras secundárias seriam as «*rule of adjudication*». Elas serviriam para suprir a ineficácia da pressão social na contenção das violações das regras primárias. Assim, certos indivíduos teriam poder para proferir determinações, dotadas de autoridade caso houvesse violação a qualquer daquelas regras - (Hart: *idem*).

simples operação da identificação de uma dada regra, como detentora do aspecto exigido de pertencimento de uma lista de regras dotada de autoridade (não se confundindo com os preceitos de Austin), Hart identificaria no exemplo da comunidade primitiva o *germe da ideia de validade jurídica*.<sup>156</sup> Por conseguinte, considerando a estrutura resultante da combinação das regras primárias de obrigação com as regras secundárias, estaríamos então diante de uma condição não mais *pré-jurídica*, e sim frente ao coração de um sistema já jurídico.

Tal regra de reconhecimento (fato social empiricamente verificável – como legislação, decisões judiciais, costumes sociais, por exemplo) para vincular e dar validade a um determinado sistema jurídico, apenas logrará êxito nesta função *se e quando* os critérios de validade das normas jurídicas contidos nas normas secundárias forem efetivamente reconhecidos e aplicados pelos *officials* e quando os cidadãos da comunidade política reconhecerem de fato sua existência e seguirem assim as regras primárias, cuja validade, em uma unidade circular, tenham sido verificadas pela própria regra de reconhecimento.<sup>157</sup>

Assim, naquela Teoria criticada por Dworkin (entendida como dominante), se na identificação do Direito – aquilo que o *Direito é* (crítica expressa ao positivismo jurídico – ou parte dele), fossem observadas apenas as regras (produzidas por fontes formais e devidamente reconhecidas), os princípios seriam considerados inválidos juridicamente e não passariam pelo teste de *pedigree* (regra de reconhecimento Hartiana), propiciando assim um sistema fechado de regras, possibilitando a discricionariedade quando exauridas as possibilidades oferecidas por esse sistema composto apenas por regras.

Isso porque a Teoria do Direito de Dworkin faz menção a um certo direito natural (distante do jusnaturalismo e da metafísica), onde todo indivíduo estaria protegido por um cinturão de direitos inegociáveis. Tais direitos existiriam independentemente de normas explícitas, produzidas por fontes formais. Eles seriam fundamentados em aspectos morais e antecedentes a sua formulação institucional. Dworkin os chamam de *background rights*.<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup> Hart (1994: 95).

<sup>157</sup> Muito embora, em *The Concept of Law (postscript)*, nos restasse evidente que um comportamento, um padrão ou uma exigência, para serem considerados como regras de um «sistema», deveriam possuir dois competentes: a prática (aplicação de determinada conduta de modo uniforme) e a atitude normativa (reconhecimento como conduta obrigatória). Assim, uma determinada regra não estaria condicionada a sua positivação (entenda-se escrita) – como os princípios, por exemplo.

<sup>158</sup> Dworkin (1977: XI - XIII).

Para o filósofo norte-americano, o Direito enquanto modelo de *regras e princípios* não abriria possibilidade para um juízo discricionário, pois ampliaria aquele *espaço livre dentro do cinturão de restrições*, não sendo necessário a busca de padrões externos, não jurídicos.<sup>159</sup> Para reforçar seus argumentos, Dworkin cita os casos *Riggs e Henningsen*. Em ambos os casos, haviam regras estabelecidas para a solução do conflito e ainda sim, as decisões foram no sentido oposto, concluindo que os fundamentos utilizados naqueles casos não foram regras, mas sim princípios.<sup>160</sup> Trazemos um segundo exemplo, proposto por Atienza e Manero,<sup>161</sup> para verificarmos uma importante diferença entre *principles e policies* (conceitos que serão exaustivamente tratados adiante):

*Norma (i) – Artigo 14 da Constituição Espanhola:*

“Artículo 28.

*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”<sup>162</sup>*

*Norma (ii) – Artigo 28 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha:*

“Artículo 28. *Igualdad de remuneración por razón de sexo.*

*1. El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en*

---

<sup>159</sup> Dworkin (1977: 31-45).

<sup>160</sup> Dworkin (1977: 23-31).

<sup>161</sup> Atienza,; Ruiz (1991: 104-110).

<sup>162</sup> Disponível em: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/index.php?tipo=C](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/index.php?tipo=C). Acessado em 14 de julho de 2021.

*ninguno de los elementos o condiciones de aquella.*”<sup>163</sup>

Podemos identificar que a proibição da discriminação é o núcleo duro de ambas as normas. Entretanto, em (i) temos a positivação de um *polical right* (uma proposição descritiva de objetivos políticos, capaz de sofrer individualização em uma eventual demanda), ao passo que em (ii) temos evidenciada uma regra, refletindo a concretização daquele princípio político, projetado ao nível jurídico – o que possibilita que determinado cidadão se coloque adequadamente como destinatário daquela norma. Os princípios implicariam então na observância de um padrão baseado na *exigência de justiça, equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade*<sup>164</sup>.

Um ponto que merece destaque na proposta de Dworkin, seria o seu conceito de *igualdade*, pois isso se revelaria importante na distinção entre *principles* e *policies* em sua Teoria. Este conceito assumiria dois corpos: *equal respect* e *equal concern*.<sup>165</sup> O primeiro refere-se basicamente a direitos e obrigações, representada pela igualdade formal. Baseia-se na ideia de que todos tem o mesmo valor como seres humanos e cidadãos, de modo que todos, formalmente, teriam os mesmos direitos e obrigações perante à Lei. Ninguém nasceria com maior ou menor valor ou vantagem em relação a direitos e obrigações (o Liberalismo, em sua gênese, deteria a soberania através desta face).

O segundo por sua vez, refere-se a recursos e oportunidades, representada assim, pela igualdade material. Fundamenta-se na ideia de que todos tem direito a iguais chances para alcançar a felicidade, onde a distribuição de oportunidades e recursos poderão inclusive, serem desiguais, fazendo valer a máxima *“treatment as an equal”* e o não *“equal treatment”*<sup>166</sup>. Ressalta-se a importância de uma breve diferenciação entre essas as duas proposições: *equal treatment* corroboraria e permitiria, em certos casos, a manutenção de injustiças, pois a distribuição de determinados recursos e oportunidades ocorreriam de modo uniforme, desconsiderando os pontos iniciais de partida entre cada cidadão. Isso melhoraria

---

<sup>163</sup> Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf>. Acessado em 14 de julho de 2021.

<sup>164</sup> Dworkin (1977: 22). Como veremos adiante, as *policies* por sua vez observariam um padrão estabelecido de determinado objetivo a ser alcançado (*collective goals*)

<sup>165</sup> Dworkin (1977: 177-183; 272-278).

<sup>166</sup> Dworkin (1977: 273).



a condição de quem estaria em uma posição vantajosa e agravaria as desigualdades já existentes.<sup>167</sup>

Por sua ferrenha crítica ao positivismo normativista (com o conseqüente formalismo em questão) chegou-se ao entendimento de que tal modelo colocaria em xeque, de certo modo, o conceito de *igualdade* recém traduzido. Tal ameaça ao conceito dworkiniano de *igualdade* podemos encontrar no Modelo de Regras I<sup>168</sup>. Por ser o Direito formado apenas por *regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual o comportamento será punido ou coagido pelo poder público*<sup>169</sup>, não haveria qualquer espaço para o *treatment as an equal*, visto que o *Direito posto* (explícito) seria abstrato, geral e uniforme, podendo gerar resultados moralmente inaceitáveis (com nos casos já citados neste trabalho, *Riggs e Henningsen*). Neste ponto podemos entender a projeção jurídica do *political right* através dos princípios, como estabelecedor (e porque não garantidor) de direitos individuais. Ademais, para compensar a rigidez (em seu sentido estático e uniforme) das regras, Dworkin reconhece o uso de tais princípios implícitos, incitando o primeiro critério de diferenciação entre regras e princípios: *all-or-nothing* ou *dimension of wight or importance*<sup>170</sup>.<sup>171</sup> As regras estariam baseadas em padrões de “*tudo ou nada*” em sua aplicação ao caso concreto, ao passo que os princípios seriam padrões com “*dimensão de peso ou importância*”.

Ninguém discutiria que uma proibição expressa contida em um letreiro na porta de um centro comercial pudesse ser mais ou menos aplicada. Suponhamos que tal letreiro proíba a entrada de pessoas acompanhadas com seu cão. A informação (pelos menos *a prima facie*) nos parece clara, e aquele que estiver acompanhado de seu cão, não poderá adentrar no local em questão. Por outro lado, aquele que estiver desacompanhado de seu cão, por não violar o comando expresso no letreiro, não sofrerá vedação de ingresso. Em outras palavras, ou a regra se aplica ao caso concreto, ou não. Entretanto, suponhamos que no interior do centro comercial, todos os estabelecimentos possuam um letreiro com a seguinte prescrição: “*proibida a entrada de pessoas acompanhadas de seu cão sem o uso de focinheira*”.

---

<sup>167</sup> Dworkin (1977: 272-278).

<sup>168</sup> Dworkin (1977: 14).

<sup>169</sup> Dworkin (1977: 17).

<sup>170</sup> Dworkin (1977: 24, 26).

<sup>171</sup> Sem prejuízo, obviamente, como já retratado neste mesmo tópico, da falha no teste de *pedigree* apontada por Dworkin, quanto ao reconhecimento/identificação dos princípios. A validade de um princípio não dependeria de sua fonte, mas sim do seu conteúdo moral e da sua aceitação pela comunidade.

Notemos que agora temos um conflito entre duas regras, e que conforme sua aplicação *all-or-nothing* uma delas se tornará necessariamente exceção da outra, ou então, uma delas será objeto de preterição. Com os Princípios isso não sucede.

A questão que surge seria a seguinte: este conflito entre Princípios e esta dimensão de peso/importância não seriam também definidos por uma «escolha» do julgador? Certamente não. Por um lado, a dimensão de peso ou importância (*dimension of wight or importance*) serão sempre relativas, dinâmicas e dependentes das especificidades do caso *sub judice*. Assim, além de certo princípio incidir ou não em determinado argumento de decisão, seu peso deverá ser sempre maior do que suas considerações em contrário (fato não raro em disputas de direitos fundamentais em demandas opostas). No conflito entre dois princípios, haverá *prevalência* do princípio com maior peso.<sup>172</sup>

E as indeterminações/incertezas quanto ao conteúdo desses Princípios? Cumprenos refutar tal questionamento. Primeiro, Dworkin rejeita (renuncia) a predeterminação universal, geral e abstrata dos Princípios – como ocorre com um enunciado legislativo, por exemplo. Depois, por considerar os princípios aspirações/projetos de realização de uma certa comunidade, seu sentido será dado no momento de sua projeção à realidade, ou seja, no momento decisório. Em suma, os sentidos dos Princípios não são determináveis em abstrato, mas em concreto, revelando-se como *jus*.

Por outro, dispensando por ora a temática tangente ao (suposto) exercício discricionário – tendo em vista que que tal abordagem ocorrerá no tópico 3.2., Dworkin inseriu no capítulo 5 de *Taking Rights Seriously* (não à toa no capítulo onde trata os «*hard cases*») a figura mitológica do juiz Hércules. Dotado de capacidade, sagacidade, sabedoria e paciência sobre-humanas,<sup>173</sup> Hércules seria capaz de interpretar as Leis de um modo que tal exercício decorresse da melhor interpretação do processo legislativo como um todo<sup>174</sup>, respeitando o *Law as Integrity*<sup>175</sup> e alcançado a *One Right Legal Answer*.

Isso não quer dizer que, no âmbito semântico, juízes diferentes chegariam a uma mesma resposta. Para que essa “integridade” fosse respeitada, uma postura baseada na argumentação e na interpretação deveria ser assumida por toda comunidade jurídica. Para ser mais exato, de um modo ou de outro, a atitude interpretativa sempre se fará necessária

---

<sup>172</sup> Vide exemplo (ii) do tópico 2.

<sup>173</sup> Dworkin (1977: 105).

<sup>174</sup> Dworkin (1986: 337-340).

<sup>175</sup> Dworkin (1986: 176-275).

para se evitar resultados, que *a priori*, pareçam estranhos frente ao caso concreto. E como garantir que a interpretação seguirá as regras de “integridade”? Como manter fidelidade ao Direito como Hércules e colocar a justiça e a igualdade acima do instrumentalismo?

Primacialmente, nos termos de Dworkin, a moralidade política depende de uma atitude interpretativa e a interpretação depende do *valor*. Para tanto, para não incorrer no gravíssimo problema compreendido como relativismo, não nos seria lícito crer nos valores como meras criações sociais contingentes ou projeções subjetivas. Pelo contrário: deve-se adotar uma posição baseada na crença em valores objetivos. Isso não significa dizer que o observador não estará autorizado a defender, eventualmente, a real existência de conflitos insolúveis entre valores verdadeiros e objetivos. A partir deste raciocínio, podemos encontrar respostas em “*Objectivity and Truth: You’d Better Believe It*”, onde o jusfilósofo norte-americano se posiciona de forma contundente em defesa de uma objetividade moral, discorrendo de modo pormenorizado acerca do ceticismo.<sup>176</sup>

Ademais, segundo a Hipótese Estética de Dworkin, interpretar é “*mostrar um objeto sob sua melhor luz*”<sup>177</sup>. A leitura de uma norma jurídica, por exemplo, exigiria dois níveis de interpretação: um primeiro, exigiria uma interpretação sobre que tipo de prática é o Direito; no segundo, exigiria uma interpretação do critério particular levando em consideração o resultado obtido no primeiro nível. A interpretação criativa (e construtiva), impõe um propósito ao que se está interpretando. O juiz ao interpretar da melhor forma possível determinado critério ou dado de um «sistema», também precisa levar em consideração seu propósito e o papel que ele desempenha ao longo da história, encontrando a resposta correta para o «problema» e acrescentando neste «sistema» um novo critério que será alvo de futuras interpretações, assumindo o papel de autor e crítico, ao mesmo tempo, como em uma obra literária escrita por diversos autores ao longo do tempo. A edição de um novo capítulo deverá ter coerência e estrito nexos com o capítulo anterior, de modo a não comprometer o enredo da *trama*, compondo assim a *cadeia do direito* em consonância a um *romance em cadeia*.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> Dworkin: (1996).

<sup>177</sup> “*To make the object or practice being interpreted the best it can be.*” Dworkin (1986: 77).

<sup>178</sup> Dworkin (1986: 228). Ademais, “*In law as in literature these must be sufficiently related yet disjoint to allow an overall judgment that trade off an interpretation’s success on one type of standard against its failure on another.*” Dworkin (1986: 239).

A justificação normativa de determinada decisão, ou em outras palavras, a justificação que une as práticas jurídicas aos critérios do «sistema», dependerá de uma prática interpretativa pautada na já apontada colaboração (*the chain of law*) exigindo duas dimensões estruturantes (*the dimension of fit /the dimension of political morality*)<sup>179</sup>, alcançando finalmente a *right answer*. A primeira dimensão refere-se a um “ajuste” entre interpretações – tangente a um determinado critério jurídico – que podem gerar dúvidas quanto a melhor justificativa de aplicação (hipótese rara, segundo Dworkin<sup>180</sup>). A segunda dimensão, seria assumida quando frustrada a primeira (ou para garanti-la), devendo-se encontrar num autêntico juízo de integridade e na hipótese política que o sustenta e que lhe confere uma identidade material plena.<sup>181</sup>

Apenas reforçando a ideia de *Law as Integrity*, tangente a noção de consistência e coerência, imaginemos um intérprete, diante de um «sistema» composto por um conjunto de princípios que juntos, justificam o conteúdo de um conjunto de regras. Neste ponto, ele estaria diante de dois grupos de normas: o segundo, composto por instituições específicas e socialmente consagradas (regras); o primeiro, composto de aspirações morais (princípios). A *responsabilidade política* do juiz está na consistência da *chain of law*. Para cumpri-la, deverá prover um ajuste (*fit*) do segundo grupo à luz do primeiro. A interpretação tida como correta, segundo Dworkin, deve se ajustar e justificar seu critério, assegurando que a interpretação escolhida entre tantas outras seja de fato a interpretação de algum critério, em vez de uma invenção. Tomemos como exemplo o antecedente *p1* e duas possíveis conseqüentes *q1* e *q2*, onde:

*p1*: Testamento com beneficiário principal indicado. O beneficiário principal assassina o testador para antecipar sua herança.

*q1*: Força dos testamentos sob a égide *Pacta Sunt Servanda*.

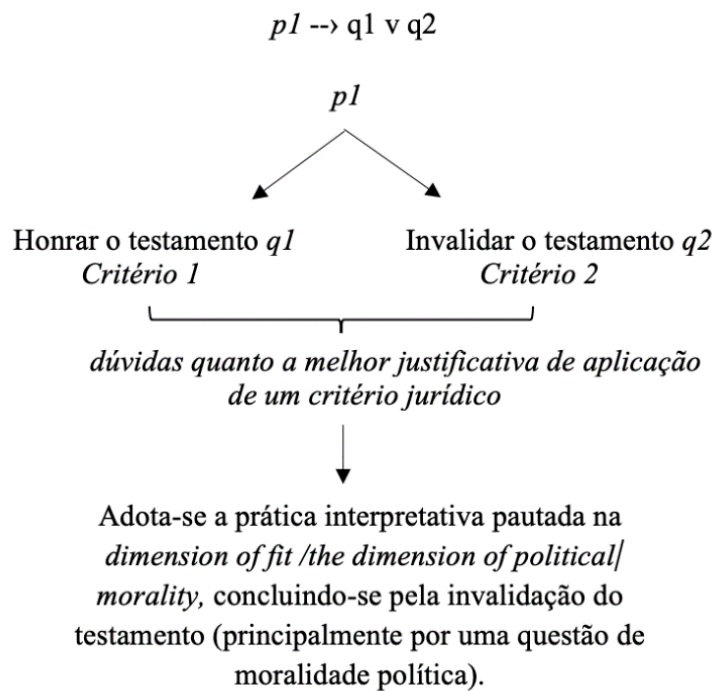
*q2*: Princípio *Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans*.

---

<sup>179</sup> Linhares (2017: 163); Dworkin (1985: 143-145) e Dworkin (1986: 228-238).

<sup>180</sup> Dworkin (1985: 143).

<sup>181</sup> Linhares (2017: 164).



Para entendermos a dimensão proposta por Dworkin tangente a *dimension of political morality*, avancemos à sua última obra. Em “*Justice for Hedgehogs*”, verificamos uma obra integradora, com uma tese unitária e que conseguiu ligar todos os elementos que o autor havia até então desenvolvido, desde sua teoria do Direito à sua teoria da Política. Concluiu que as decisões contingentes e certas práticas humanas criam o Direito. A moral por sua vez não é criada e tampouco contingente em qualquer decisão ou prática humana<sup>182</sup>. A ideia de que o direito e moral como sistemas distintos e com apenas certos pontos de interconexão, seja por meio dos princípios de moralidade política, seja por meio da natureza interpretativa da argumentação jurídica, foi deixada de lado, ou melhor dizendo, foi melhor desenvolvida.

Agora, Dworkin nos apresenta o “*mundo do valor*”<sup>183</sup>, compreendido metaforicamente como uma grande árvore dotada de diversos galhos, todos eles coexistindo

<sup>182</sup> Dworkin (2011: 400).

<sup>183</sup> Edificado pela Tese da Unidade do Valor, proposta por Dworkin em *Justice for Hedgehogs*. Em linhas gerais, Dworkin traduz a unidade do valor no engajamento de concepções capazes de unificar valores políticos tidos como importantes, de um modo a preservar aquilo que cada um deles teria de melhor. Como exemplo, teríamos a concepção de igualdade/liberdade, democracia/justiça. Não raro, as definições se revelam contraditórios entre si, tendo em vista que a Democracia, na maioria dos regimes contemporâneos, promoveria certas distorções, por se tratar de um sistema majoritarista e seletivo. Ao afirmarmos que todo voto possui o

de forma integrada, interagindo e influenciando-se reciprocamente. Nesta dimensão, o Direito seria representado como um ramo da moralidade política e os princípios forneceriam a melhor justificação moral para as regras promulgadas de uma sociedade.<sup>184</sup> Encontraríamos neste sistema integrado, em seu plano mais amplo para o mais específico, o ramo da ética geral, o ramo da moralidade pessoal, depois o ramo da moralidade política e por fim o ramo do Direito.<sup>185</sup>

### 3.1.1. *Principles and Policies*: projeção jurídica da moralidade política frente ao mito da argumentação política-ideológica

No tópico anterior identificamos a visão de Dworkin acerca do positivismo (*legal positivism*) e interpretativismo, em uma clara alusão a duas abordagens influentes das relações entre Direito e Moral. O primeiro dependeria da aceitação de certa comunidade de determinadas práticas e costumes. Neste campo, se determinada regra (oriunda dessas práticas) fosse positivada por um procedimento legislativo (ou qualquer outra fonte legal reconhecida por essa mesma comunidade), sua valoração moral passaria a não importar, ou em outras palavras, sendo justa ou não, comporia o *corpus juris* daquela comunidade. Seria ao final, considerada como parte integrante do Direito. O segundo, por outro lado, se fundamenta na inclusão de princípios fornecedores da melhor justificativa moral de uma determinada regra positivada, possibilitando que determinada regra que, mesmo que não tenha sido alvo do mesmo procedimento legislativo (ou qualquer outro reconhecido pela comunidade), por ter como fundamento princípios (reveladores das aspirações morais dessa comunidade) serão igualmente vinculantes, tal qual o primeiro. Aqui, há uma ruptura do

---

mesmo peso, e que, a vontade da maioria deve prevalecer, devemos nos render ao fato de que grupos minoritários perderão representatividade e carecerão de pressão política o suficiente para contemplação de seus interesses. Assim, neste contexto, entraria em confronto com a noção de Justiça. Mas não é isso que Dworkin propõe. Na Tese da Unidade do Valor, poderíamos pensar da seguinte forma: “*a Constituição compensará as distorções do processo democrático, providenciando garantias fundamentais que protejam especialmente as minorias, e por outro lado, o judiciário providenciará mecanismos de fiscalização das Leis criadas pelas maiorias (através do parlamento) para que não haja agressão as garantias fundamentais desses grupos minoritários*”. Deste modo, forneceríamos a melhor interpretação possível da concepção de Democracia, de modo que este não conflitasse com a concepção de Justiça.

<sup>184</sup> Sem, contudo, ressaltar a preocupação de Renè: “(...) *no plano dos princípios parece-nos importante que o juiz não se transforme em legislador.*” David (2002: 151).

<sup>185</sup> Dworkin (2011: 405).

*continuum* regra/princípio, onde este último seria fundamento (*jus*), enquanto aquele seria critério (*ratio*). Assim, o Direito segundo Dworkin, seria um conceito interpretativo.<sup>186</sup>

Por conseguinte, Dworkin nos deixa claro que uma Teoria Geral do Direito transcende aos problemas que a filosofia jurídica se ocupa, de modo que teorias voltadas a moral, política, linguagem, lógica e metafísica, além de outras formas de manifestação social como arte e literatura (como ocorre em *Law's Empire*), devem ser constantemente adotadas em certos problemas filosóficos que não sejam especificamente jurídicos. Desde o início, Dworkin defendia que uma Teoria Geral do Direito deveria ser ao mesmo tempo normativa e conceitual. Deveria conter uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância/respeito da Lei (se assentando eventualmente em uma teoria moral e política; por isso normativa); deveria também fazer uso da filosofia da linguagem, da lógica e da metafísica (por isso conceitual).<sup>187</sup>

Graças a essa transcendência ao “*modelo dominante*” criticado, parece-me que um dos maiores problemas metodológicos, oriundos (muito provavelmente) de uma má interpretação da Teoria Dworkiniana, iniciou-se com formulação dos *arguments of principles* e *arguments of policy*. Devemos ter extrema cautela com a projeção jurídica da moralidade política na Teoria de Dworkin. Decerto, não há referências à *policy* como política ideológica, partidarizada, estratégica e como forma de controle social em constante disputa do poder administrativo. A referência adequada, no entanto, dirige-se à *polis*, como forma de organização social e *coisa pública*.

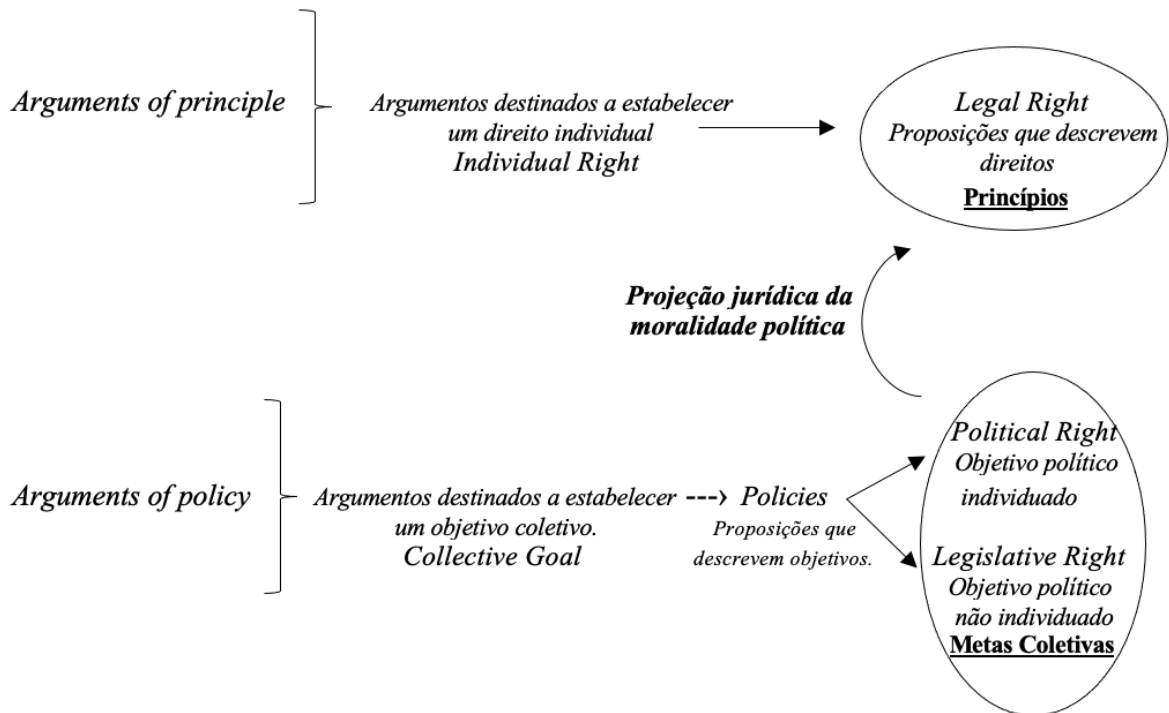
Assim, uma decisão fundamentada em *principle* pressupõe (ou confirma) que o judiciário reconheceu a existência de certo direito, escrito em um determinado contexto no âmbito da moralidade política. Os *Legal Rights*, ligados aos Princípios jurídicos (projeção jurídica da moralidade política) descrevem a garantem direitos individuais. Entretanto, uma decisão fundamentada em *policy*, pressupõe (ou confirma) que o judiciário reconheceu a existência de um certo argumento assente em um objetivo coletivo, a fim de maximizar o

---

<sup>186</sup> Dworkin (2011: 401-402). Ademais, verificamos tal ideia nos três modelos de comunidade proposto por Dworkin em (1986: 208-215).

<sup>187</sup> Dworkin (1977: VII-VIII).

bem-estar social. Os *Polical Rights*, feitos pelo legislativo, ligados às *policies* (ramo da filosofia política), via de regra, são opções de caráter político.<sup>188</sup>



Mas neste novo sistema, capaz de integrar Direito e Moral, quais as condições de possibilidade que nos são dadas, para identificarmos nossos direitos políticos e nossos direitos morais pessoais, tendo em vista que ele se encontra em um *limbo*? Dworkin remete sua resposta as regras secundárias de Hart e a tese proposta em *The Spirit of the Laws* por Montesquieu, tangente a Separação dos Poderes. Uma sociedade que experimentasse parte dessas duas teorias, teria condições suficientes para distinguir tais direitos. Sendo ele um objetivo político individuado, como a liberdade de expressão por exemplo, mesmo configurando um objetivo coletivo (*policy*), possui extremo peso e importância frente as metas coletivas (diretrizes) e qualquer indivíduo poderia demandá-lo em juízo caso tal direito fosse ceifado, seja por outro cidadão ou instituição. Ao fazê-lo, a resposta jurídica – por meio de uma decisão judicial – estaria reconhecendo um direito individual alcançado pela moralidade política (*principles*).

<sup>188</sup> Com a ressalva em “we might, for simplicity, stipulate not to call any political aim a right unless it has a certain threshold weight against collective goals in general [...]”. Dworkin (1977: 92). Vide também nota 322.



Entretanto, existe uma questão subjacente, tangente aos *Political Rights*. Este divide-se em *Legal Rights* e *Legislative Rights*, e sendo assim, quando e como poderíamos exigir tais direitos neste mesmo sistema? O primeiro, poderia ser exigido a qualquer tempo, tendo em vista que todo e qualquer cidadão tem direito a uma decisão judicial quando direitos daquela espécie estiverem sendo demandados. Membros individuais de uma comunidade podem demandá-los por intermédio de meios disponíveis. Por outro lado, os direitos legislativos não possuem força imediata, devem aguardar disposições estritamente políticas para determinação de quando serão exercidos.<sup>189</sup> Ocorre que por vezes, programas de fins e/ou finalidades coletivas, direitos e deveres plenamente determináveis usarão argumentos de *policies* para demandá-lo.<sup>190</sup>

### 3.2. O problema da complexidade do caso

Já discorremos, no tópico 2. deste trabalho, a respeito da proposta modernoiniluminista e a herança positivista do século XIX, especialmente sob as influências da Europa Continental, em um período de transição onde a Lei deveria conquistar sua certeza e determinação, reservando-se a um novo soberano – mais turbulento e coletivo: o cidadão. Nesta proposta, os abusos judiciais e as distorções causadas pela «arbitrariedade» de autoridades iniciaram um processo de enfraquecimento e iniciava-se um novo sistema legal proclamado como o triunfo do Estado de Direito, onde a Lei seria consagrada pela vontade geral dos cidadãos.<sup>191</sup>

Para tanto, este sistema (com extrema vinculação às Leis) deveria ser íntegro, pleno e ausente de incertezas ou brechas a serem preenchidas por interpretações do operador, seja qual fosse o critério utilizado para tal. Se preenchidos esses critérios, o juiz seria então apenas um reprodutor da vontade legislativa e uma mera máquina reprodutora de sentenças em uma espécie de dedução lógica operada pelo esquema silogístico-subsuntivo.

---

<sup>189</sup> Dworkin (2011: 405, 406, 300-326).

<sup>190</sup> Conduta revelada nos funcionalismos materiais, onde trataremos a respeito no tópico 4.2. Ademais, Atienza e Ruiz se propuseram a classificar os princípios em grupos e a diferenciá-los das regras, em um interessante artigo encontrado em Atienza; Ruiz (1991: 101-120).

<sup>191</sup> La Torre (2015: 6) in Coutinho; La Torre; Smith (eds.).

Todavia, o universo jurídico – pertencente ao sistema cultural global, que por sua vez constitui-se por inúmeros subsistemas, e dentre eles, o próprio universo jurídico<sup>192</sup> – deve encontrar sua razão no pensamento jurídico, ou em outras palavras, *o pensamento jurídico não é senão a ratio desse sistema jurídico*.<sup>193</sup> Por outro lado, como já bem vimos, a complexidade do caso, com a exceção de Hércules, exigia um método diferente do intérprete (jugador) vinculado ao modelo vigente para o alcance do critério adequado nos «*casos difíceis*» e «*trágicos*». Ora, se as falhas do raciocínio lógico-dedutivo ditavam o grau de dificuldade do caso – de modo que na impossibilidade de subsumir o «problema» ao «sistema», seja pela vagueza, ambiguidade ou omissão do critério, ou ainda porque aparentemente não haveria qualquer padrão que ditasse qual seria o método capaz de fornecer a melhor interpretação possível, pois várias estariam em conflito – uma alternativa deveria ser adotada.

Essa carência, somado o surgimento das Escolas Hermenêuticas que aceitavam interpretações mais livres e o próprio apelo legislativo para uma mais ampla atuação dos juízes na concreta realização do Direito ofereceram àquele positivismo duas soluções possíveis: abandonar inteiramente o esquema subsuntivo ou encontrar uma solução para sanar as brechas que desta ilusão metodológica se abriam.<sup>194</sup> Assim, nos casos onde haviam a sua inteira inadequação ao esquema subsuntivo, não podendo o juiz deduzir a sua decisão de uma norma geral, poderia ele então constituir “livremente” sua decisão em função das circunstâncias do caso em concreto, sendo tratados como casos excepcionais de discricionariedade.<sup>195</sup>

Neste ponto, o positivismo legalista reinante à época precisaria aceitar que o decidir jurídico não se identificava com o deduzir da Lei e que os sentidos jurídicos não se esgotariam nela, deixando de lado assim o sentido tradicional da discricionariedade como um decidir não-jurídico para uma espécie diversa de também aplicação de Direito.<sup>196</sup> A discussão ganhou forma bem definida em “*Discretion*” – artigo póstumo de Hart – onde a discricionariedade foi definida como uma «*escolha*», orientada por uma certa virtude

---

<sup>192</sup> Neves (2010A: 289).

<sup>193</sup> Neves (2010A: 289).

<sup>194</sup> Neves (1995B: 566-567).

<sup>195</sup> Neves (1995B: 566-567).

<sup>196</sup> Neves (1995B: 568-569).

intelectual dotada de *prudência*.<sup>197</sup> Ocorreria em situações onde o julgador estivesse diante de um «*caso difícil*», suscitando (segundo sua própria teoria) a discricionariedade em seu sentido forte. Entretanto Hart se afasta da Tese da Indeterminação Radical, pois mesmo em caso de discricionariedade em seu sentido forte estaria o *legal oficial* constrangido por racionalidades que estreitariam a sua «*escolha*».

Especificamente para os *officials*, um tipo de «*escolha*» orientadora de sua deliberação, uma «*escolha*» (dentre as várias opções) responsável e inversa ao da satisfação de seus meros caprichos.<sup>198</sup> Ademais, ainda segundo o autor, a discricionariedade se encontra em um espaço intermediário entre «*escolhas*» que visam esses caprichos pessoais momentâneos e as que são feitas visando o alcance de objetivos claros ou para a conformação às regras cuja aplicação ao caso particular seja óbvia.<sup>199</sup>

Haveria ainda situações, seja na vida cotidiana ou na vivência jurídica, onde teremos que decidir o que fazer em uma determinada situação e sendo ainda constrangidos por duas desvantagens, que poderiam ocorrer isoladamente ou em conjunto. A primeira delas, muito relacionada ao problema do formalismo radical, refere-se na impossibilidade de se determinar (esgotar) as características do mundo e da vida (que em um processo dialético se renovam e se alteram) bem como os infinitos modos de como essas características poderiam se combinar.

Ora, sendo assim, se não podemos conhecer antecipadamente todas essas circunstâncias, não podemos também estruturar regras gerais e abstratas, previamente constituídas, para resolver um problema novo, inédito por suas singularidades constitutivas. É o exemplo da regra de conduta ou do “*No vehicles are to be taken into the park*”<sup>200</sup>. Neste caso, tanto as circunstâncias quanto a regra em si parecem claras e autoevidentes, mas

---

<sup>197</sup> Para Barak, “*Judicial discretion exists because there are legal problems that do not have a single legal solution; because law contains uncertainty; because there are situations with more than one legal resolution [...]; Discretion operates when the purpose of the text does not point to a single, unique legal meaning.*” Barak (2005: 208-207).

<sup>198</sup> Hart (2013: 656-657).

<sup>199</sup> Hart (2013: 658). Não obstante, existem duas categorias de discricionariedade, a depender das limitações impostas ao sujeito, ponderando ser anterior ou durante a tomada de uma decisão: “[...]Sometimes the limitation imposed by the factors is so patent at the outset that we do not attempt to lay down specific rules but ab initio confer a discretionary jurisdiction on some official or authority: these are cases of *Avowed Discretion*. In other spheres where these limitations are not so patent, we do attempt to lay down rules, and though we may proceed happily with them over a wide area, cases arise where in offense the rules break down and supply no unique answer in a given case: this is the case of *Tacit or Disguised Discretion*.” – Hart (2013: 661, 663).

<sup>200</sup> Hart (2013: 662).

quando nos propomos a questionar o que pode ser considerado veículo para que assim possamos proibir ou autorizar sua permanência no parque, ou quando questionamos se os patins, bicicletas e outros meios de transporte também se incluem naquela proibição, teremos então a ciência de que essa simples regra não pode prever todos os fatos que por si serão subsumidos. Hart chamará este fator de “*ignorância relativa dos fatos*”.<sup>201</sup>

Entretanto, poderíamos nos socorrer à teleologia da norma. Se não pudermos identificar o fato em si, ou seja, se no exemplo apresentando acima não pudermos determinar o que viria a ser veículo, devemos então nos concentrar no objetivo da proibição do uso de um determinado objeto ou de uma determinada conduta. Se pensarmos que o objetivo da proibição do uso de veículos no parque fosse garantir a paz e a diversão, onde as pessoas pudessem caminhar tranquilamente, não se preocupando por exemplo com as medidas de segurança ao atravessar a via, o que poderíamos dizer então sobre outros meios de transporte como patinetes elétricos, por exemplo? As pessoas que utilizam este meio de transporte terão então sua paz e diversão cassadas pela regra? Sendo assim, não se trata de qual, mas em que grau a paz e a diversão no parque deverá ser sacrificada. Já este fator, Hart chamará de “*indeterminação relativa do objetivo*”.<sup>202</sup>

Em outras palavras, a discricionariedade poderia ser entendida como uma margem de atuação dentro de uma certa estrutura com uma forçosa aplicação (aplicação que se faz necessária enquanto não houver a devida correção-evolução das regras), sendo importante apenas identificar as condições ideais para o seu uso adequado.<sup>203</sup> Para o filósofo britânico, as regras possuem um núcleo de significado estabelecido e uma penumbra de imprecisão de textura aberta – nesta última o juiz poderia se referir a “padrões extralegais” (como por exemplo valores morais).<sup>204</sup> Em “*Concept of Law*” o filósofo britânico faz referência aos traços indentitários do Direito denunciando o uso de palavras classificatórias gerais para se considerar um fato, sendo as regras o *prius* metodológico no momento decisório. E há uma diferença qualitativa no plano metodológico entre a legislação e o precedente, uma vez que aquela faz uso máximo de padrões e esta faz uso mínimo. Em vista disso, no uso máximo de

---

<sup>201</sup> Hart (2013: 661-662).

<sup>202</sup> Hart (2013: 662-663).

<sup>203</sup> Hart (2013: 664).

<sup>204</sup> Hart (1994: 124-147).

padrões correr-se-ia maiores riscos de indeterminação e penumbra, por tornar o critério mais geral e abstrato.<sup>205</sup>

Contudo, defendemos uma certa função *normativo-concretizadora* do intérprete, que leva sempre em consideração a conformidade ao dever jurídico, o postulado da justiça e a ideia de Direito.<sup>206</sup> O exemplo trazido pelo Professor Doutor Castanheira Neves foi o momento judicativo na aplicação de uma pena. O Professor afirma ser um erro pensar que o juiz decide livremente a pena concreta nos limites formais da moldura penal, pois além de haver um limite interno na própria discricionariedade e uma inteira vinculação a uma intencionalidade jurídica, exige-se sempre um fundamento ético-jurídico, haveria de se levar em conta o Princípio da Pena justa, entre outros critérios e pontos de vista metódicos. Nota-se que não há decisão pessoal e desvinculada de critérios, *há uma construção sistematizada de inúmeros fatores jurídicos para a tomada de tal decisão.*<sup>207</sup> Entretanto, como já bem mencionamos, essa não é a posição adotada pela tradição do positivismo normativista do século XIX, e além do Professor Doutor Castanheira Neves, iremos expor a oposição de Dworkin quanto ao processo criativo do juiz frente a um problema tido como difícil segundo aquela doutrina.

### 3.2.1. Considerações acerca da crítica de Dworkin à Discricionariedade de Hart e um breve apontamento a Castanheira Neves

Para Dworkin “*a discricionariedade não existe, exceto como uma área deixada livre por um cinturão de restrição ao redor*”.<sup>208</sup> Percebe-se que o conceito adotado é relativo e sua aplicação é limitada. Imperiosa se faz, no entanto, a necessidade de diferenciarmos a discricionariedade em seus dois sentidos do termo, segundo os dois autores. Cumpre salientar que o filósofo norte-americano rechaça a ideia da inevitabilidade do poder discricionário proposto por Hart e que há concordância entre ambos no que diz respeito ao

---

<sup>205</sup> Hart (1994: 124-147).

<sup>206</sup> Hart (2013: 572-573, 586).

<sup>207</sup> Neves (1995B: 587-590).

<sup>208</sup> Dworkin (1977: 31).

primeiro sentido de discricionariedade (fraca), sendo este primeiro sentido dividido em duas categorias. O ponto de divergência surge apenas em seu segundo sentido (forte).<sup>209</sup>

Assim sendo, a discricionariedade em sua primeira categoria de sentido fraco seria aquela por julgamento, ou em outros termos, a aplicação de padrões por parte de uma autoridade pública de modo não mecânico, havendo a necessidade da capacidade de se julgar. Já a segunda categoria do sentido fraco seria aquela por finalidade, ou seja, existência de uma certa autoridade final para tomar uma determinada decisão em última instância e esta não sofrer qualquer revisão.<sup>210</sup> Contudo, Dworkin considera trivial esse primeiro sentido (fraco) e se concentra apenas no segundo, pois seria neste (forte) que ele encontraria importantes argumentos para reforçar a *One Right Legal Answer Thesis* (inteiramente vinculada ao *Direito como Integridade*, como já bem vimos). Com relação a importância dos princípios na teoria dworkiniana para refutação da discricionariedade em seu sentido forte, notamos o reconhecimento de que juízes, inclusive quando diante de «*hard cases*», estariam vinculados por *standards* jurídicos, que lhes exigiriam um julgamento fundado em princípios para se chegar à decisão correta.<sup>211</sup>

Isto posto, no que concerne a este último sentido de discricionariedade, o filósofo norte-americano entende por ser a decisão que surge na ausência de padrões legais preestabelecidos. O exemplo que Dworkin nos traz é o caso de um sargento que teria o poder discricionário, graças à ordem dada por seu tenente, para escolher quaisquer cinco homens para compor uma patrulha.<sup>212</sup> Notemos neste exemplo que o sargento possui uma larga margem de decisão e não estaria vinculado a nenhum critério para guiar a sua escolha. Seria diferente, por exemplo, se a ordem dada fosse para escolher os cinco homens mais experientes da tropa, pois haveria um padrão estabelecido para orientar sua decisão, recaindo assim no sentido fraco do termo.

---

<sup>209</sup> Dworkin (1977: 31-354).

<sup>210</sup> Dworkin (1977: 32).

<sup>211</sup> Como bem sintetizado por Shapiro: “Dworkin is careful to point out that there are several «weak» senses in which judges must exercise discretion even in hard cases. Judges must exercise discretion in the sense that they are required to use their judgment in reasoning from legal principles to legal conclusions. [...] Dworkin denies, however, that judges must exercise what he calls «strong» discretion, namely, the idea that they must look beyond the law and apply extralegal standards to resolve the case at hand. Once one recognizes the existence of legal principles, Dworkin claims, it becomes clear that judges are bound by legal standards even in hard cases.” – Shapiro (2007: 27).

<sup>212</sup> Dworkin (2002: 32-33).

Sintetizando tal posição, podemos concluir que segundo Dworkin, quando certas decisões não são prescritas e nem proibidas ou quando a decisão não é controlada por um padrão legalmente formulado para orientá-las (não isentando o agente de se recorrer a *padrões de bom senso e equidade*),<sup>213</sup> estaríamos então diante do sentido forte do termo. Portanto, diferentemente de Hart, que entende que o sentido forte do termo seria o uso de padrões extrajurídicos para se obter uma decisão nos «*hard cases*» (como a moral, por exemplo), Dworkin discorda e nega sua existência, pois como já mencionado anteriormente, em seu modelo de regras a existência dos Princípios evitaria o apelo à padrões extrajurídicos, tendo em vista a expansão dos critérios disponíveis, que podem e devem ser encontrados dentro do próprio ordenamento.

Ademais, ao criticar a Teoria Positivista de Hart, Dworkin argumenta que nela os juízes deveriam decidir casos em conformidade com as regras válidas (aquelas que passaram pelo crivo da regra de reconhecimento). Assim, se um caso estivesse no âmbito dessas regras a aplicação seria mais ou menos direta, mecânica, dedutiva, como já tratamos nos primeiros tópicos deste trabalho. Contudo, se o caso não caísse no âmbito de uma regra específica ou ultrapassasse esse mesmo âmbito (segundo aquela tradição positivista, um exemplo de «*hard case*») tornando-se assim indeterminado juridicamente, o juiz poderia decidir discricionariamente<sup>214</sup>.

Percebemos então que Hart defende a ideia de que nos «*hard cases*» os *legal officials* lidam com uma *escolha* (como manifestação de vontade baseada na *discrição*) e que embora venha a se tratar de uma solução não resultante dos materiais jurídicos disponíveis (tendo em vista que destes materiais não foi possível extrair qualquer resposta), a racionalização dessas escolhas são necessariamente razões jurídicas e orientadas pelo próprio Direito. O uso da racionalidade jurídica ocorre pela sua consciência institucional com vinculação à regra de reconhecimento. Assim, não faz uso de razões morais ou políticas de modo estrito, mas reconhece que poderão perder o caráter vinculante por não terem sido extraídos de uma regra “perfeita”.

Com Dworkin, isso não sucede. Sua Teoria dispensa a discricionariedade política concedida aos juízes para a descoberta de novos direitos, tendo em vista a obrigatoriedade

---

<sup>213</sup> Dworkin (1977: 33).

<sup>214</sup> Dworkin (1977: 33-34).

de vinculação a parâmetros tangíveis de decisão, como por exemplo, os precedentes e a própria tradição do Poder Legislativo, criadores de uma lógica e uma ordenada rede de princípios no decurso do tempo, constituindo a já citada *Chain of Law*, bastando que o intérprete observe esta rede e mantenha a coerência.

Um contraponto a negativa de Dworkin, seria o ex-Presidente da Corte Suprema de Israel, Aharon Barak. Se por um lado, a Teoria Dworkiniana rejeita a existência da discricionariedade, por outro Barak a reconhece abertamente, defendendo a ideia de que sem o exercício discricionário, o Direito seria uma forma sem substância, não existindo qualquer sistema legal de interpretação sem esse componente crítico.<sup>215</sup> Como condição necessária, mas não suficiente de qualquer atitude interpretativa, a discricionariedade seria resultado direto da ineficiência semântica, tornando tal exercício algo natural ao Direito.<sup>216</sup>

Entretanto, mesmo para Barak, essa liberdade (que não é absoluta) inerente a prática interpretativa encontra limitações processuais e substantivas: a primeira, exige justiça em seu exercício. A segunda, exige uma postura racional, consistente e coerente.<sup>217</sup> Não há indícios de Realismo Jurídico na postura de Barak. Primeiro, porque em suas próprias palavras “*an alternative is not legal because the judge chooses it; the judge may choose it only because it is legal*”.<sup>218</sup> Segundo porque afasta as predileções pessoais do intérprete na tomada de decisão.

Em contrapartida, o Professor Doutor Castanheira Neves nos apresenta em sua obra “*O Problema da Discricionariedade*” inúmeras posições doutrinárias acerca deste termo e os problemas que dele se resultam, manifestando-se quando necessário para criticar o atual modelo silogístico-subsuntivo. Sabemos que sua crítica não se limita apenas na teoria subsuntiva da aplicação do Direito, baseia-se sobretudo no equívoco metodológico que abarca esta aplicação. Notamos que sua posição quanto ao problema da discricionariedade é

---

<sup>215</sup> Barak (2005: 210).

<sup>216</sup> Barak (2005: 210). Ademais, “*Every legal system contains a normative system that provides a clear and known resolution of some disputes, namely the easy and medium cases. They form a static, skeletal structure to ensure security and stability. However, the legal system also has a method of resolving hard cases, a dynamic method that guarantees renewal and change. Both kinds of methods are critical to any legal system. The one could not exist without the other. Stability without change breeds sedimentation*”. *Ibidem* (2005: 217).

<sup>217</sup> Barak (2005: 210-211).

<sup>218</sup> Barak (2005: 208).



um convite para o entendimento e a porta de entrada para sua proposta Jurisprudencialista em contraste com as teorias dominantes, sejam elas normativistas ou funcionalistas.

Consequentemente não seria possível falar de discricionariedade sem invocar outros tópicos que inexoravelmente lhe estão atrelados, como por exemplo, a distinção entre «*casos fáceis*» e «*casos difíceis*», o problema do raciocínio lógico-dedutivo e a teoria silogística-subsumtiva. São reflexões acerca do atual problema da aplicação do Direito que quando sintetizadas, se torna possível compreender (mesmo que uma parte ínfima de um todo) a sua real intenção como pensador do Direito. São reflexões que constroem um todo e esse todo compõe a proposta Jurisprudencialista.

Levando em consideração e sintetizando determinadas posições doutrinárias à sua época, o Professor nos traz à tona uma problemática baseada no seguinte raciocínio: se existe uma distinção entre questão de fato e a questão de direito e se a possível vinculação dessas dimensões for deduzida silogística-subsumtivamente, e ainda, se a essência da decisão discricionária residir na liberdade quanto à vinculação jurídica, estaríamos então diante de uma terceira dimensão metodológica ao pensamento jurídico. Isso ocorreria por uma simples razão: a decisão juridicamente vinculada segue o tradicional esquema lógico-formal (sendo esta a convencional concepção normativista da aplicação do Direito) ao passo que a decisão juridicamente desvinculada não foi subsumtivamente deduzida de uma norma jurídica (embora tal decisão seja também considerada válida). Assim, subsumção e discricionariedade seriam conceitos antagônicos entre si.<sup>219</sup>

Isso porque na aplicação conceitual-subsumtiva e geral-abstrata deveria somar-se uma aplicação do Direito normativo-material e individual-concreta, cumprindo-se nesse sentido a teleologia legislativa e a ordem jurídica em geral, implicando em uma total revisão de sua própria tradicional concepção legalista de juridicidade (respaldada no conteúdo da Lei e do Direito). Deste modo, a teoria da discricionariedade maquiaria o total fracasso da concepção subsumtiva para pensar e dar solução ao problema da concreta aplicação do Direito.<sup>220</sup>

Importa salientar que embora as decisões ditas discricionárias não serem subsumtivamente deduzíveis de uma norma legal, não poderiam ser exercidas senão com

---

<sup>219</sup> Neves (1995B: 532-533).

<sup>220</sup> Neves (1995B: 534,542).

fundamento na Lei e no próprio Direito, autorizadas e limitadas por esta<sup>221</sup> (pois um passo adiante estaríamos à beira da arbitrariedade). Isso ocorre principalmente na função administrativa, quando chamada a realizar em concreto o *sentido teleológico da Lei*,<sup>222</sup> realizando deste modo, o órgão ou o agente administrativo, a devida adequação para a decisão mais apropriada ao caso.

Certamente, a proposta do novo Estado-de-Direito (aquele com influências iluministas e com os postulados jurídicos da separação dos poderes), pelo menos em sua primeira fase insistiu em recusar a ideia de discricionariedade na Jurisdição (diferentemente do Governo - administração - onde este tipo de poder era reconhecido e aceito), graças à sua estrita aderência ao Princípio da Vinculação à Lei,<sup>223</sup> para manter assim afastada a possibilidade de qualquer absolutismo ou arbitrariedade.<sup>224</sup>

Lembrando que no caso da administração, os requisitos ou elementos para o ato que vise criar, modificar ou extinguir direitos são: *i*) competência: atribuição legal para praticar o ato; *ii*) finalidade: o interesse público que será definido por Lei; *iii*) forma: como se manifestará o ato; *iv*) motivo: razões fáticas e jurídicas que levaram a prática do ato e *v*) objeto: resultado a ser alcançado pelo ato. A regra geral se baseia na total vinculação do ato à Lei expressa (o chamado ato vinculado<sup>225</sup>) o que sempre ocorrerá de modo obrigatório nos três primeiros elementos ou requisitos e de modo eventual nos últimos dois, havendo então para estes últimos, seguindo critérios de conveniência e oportunidade, e segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (muito semelhante ao entendimento de Hart) quando a Lei

---

<sup>221</sup> Neves (1995B: 536).

<sup>222</sup> Neves (1995B: 563).

<sup>223</sup> Neves (1995B: 566).

<sup>224</sup> Sob outra perspectiva: *“This hope enduringly inspired the history of legal thought and jurisprudence, from its beginnings until its great climax, the liberal codified State after the French revolution. This actually was - as we learn from Michelet's and Tocqueville's grand narratives-a revolution against judges, not only against the aristocracy and the King. The law should recover its certainty and determinacy by being once again reserved to the sovereign, albeit this time a collective and turbulent entity, the people. Judicial abuses and strong powers were no longer to be tolerated in a legal system proclaimed as the triumph of the rule of law-of a law consecrated by the general will of citizens, not to be twisted by the particular discretion of a few lords in robe. In order to achieve this great aim the law had to be simplified, rationalised, made clear, so clear that interpretation had no special role to play. It also had to be complete, so complete that no gap remained to be filled in by doctrine or adjudication. Once these conditions were fulfilled, one could believe that the judge was nothing but an additional, operative "voice" given to statutes or just a "machine" for legal rulings” - La Torre (2015: 5-5) in Coutinho; La Torre; Smith (eds.).*

<sup>225</sup> *“Haverá previsão objetiva e legal, dando a Administração a possibilidade de se realizar um único ato possível frente a uma situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta [...]” - Mello (2015: 438). Não há margem de manobra, não há liberdade de «escolha» e também não há um espaço vazio cercado por um cinturão de restrições como outrora defendera Dworkin.*

explicitamente conceder a faculdade da discricção, quando não houver na Lei a descrição antecipada da situação em vista da qual será suscitado o comportamento administrativo ou quando a Lei fizer uso de conceitos indeterminados, haverá possibilidade de o agente fazer uso da discricionariiedade.<sup>226</sup>

Sinteticamente, o agente público estará sempre vinculado à Lei quanto a *competência, finalidade e forma* do ato. Haverá valoração por parte do agente apenas no que tange ao *motivo* e uma «*escolha*» no que tange ao *objeto* segundo a conveniência e a oportunidade. A doutrina administrativista brasileira, majoritariamente, entende que o ato administrativo quando discricionário, é um ato híbrido, ou seja, ao mesmo tempo vinculado e discricionário, pois discricionária seria a apreciação a ser feita pela autoridade em determinados aspectos e situações, mas seria também vinculada em relação a tudo aquilo que se possa considerar já dirimido pela Lei, tendo em vista que tal vinculação estaria relacionada, no mínimo, à finalidade, à competência e forma.<sup>227</sup> Esse conceito híbrido na doutrina administrativista surge pela simples razão de que a discricionariiedade não resulta da ausência de Lei (diferentemente dos casos lacunosos para Hart), posto que contrariamente, ela procede da própria disciplina normativa, a dizer, da maneira pela qual se regula dada situação.<sup>228</sup> Por esta razão, deverá observar os limites postos pela própria Lei e os Princípios da Administração Pública (razoabilidade, proporcionalidade e moralidade), evitando assim o desvio de poder. Uma vez que esses limites forem desrespeitados, tornar-se-ão ilegais e deverão ser anulados pela administração pública ou pelo judiciário, por se tratar de um ato arbitrário.<sup>229</sup>

Os momentos emocionais-subjetivos e volitivo-pessoais que são atribuídos a uma decisão discricionária são de fato irredutíveis, fazendo cair por terra a definição de *vinculação jurídica* (objetividade-normativa) apenas aquelas decisões baseadas na estrita

---

<sup>226</sup> Mello (2015: 438-445, 989-1005). O professor e jurista brasileiro Celso Antônio Bandeira de Mello tem evitado usar o termo «*poder discricionário*», levando em consideração a submissão da administração à Lei, constrangida a atingir inúmeras finalidades legais, tendo como função a concretização desse objetivo. Assim sendo, o eixo metodológico do Direito Administrativo gira em torno da ideia de *dever*, e não de *poder*; um dever de alcançar aquela finalidade legal, sendo então, segundo esta perspectiva, mais adequado se pensar em um «*dever discricionário*». O poder é mero instrumento impostergável para que o dever seja cumprido. Ressalta ainda que «*ato discricionário*» é outro termo gerador de equívocos, tendo em vista que discricionária seria a competência do agente, o ato por sua vez seria mero produto desta competência. Mello (2003: 13-15, 18).

<sup>227</sup> Mello (2015: 1012).

<sup>228</sup> Mello (2015: 990).

<sup>229</sup> Mello (2015: 13).

objetividade lógico-teorética, pois se mantivéssemos essa definição, a consequência lógica seria um entendimento equivocado de que discricionária seriam todas as decisões que daquele modo não se deduzissem, acarretando assim em uma certa vulgarização do termo e um conseqüente desinteresse pelo mesmo, tendo em vista que discricionariedade seria afinal toda a aplicação do Direito.<sup>230</sup> Isso porque, segundo o Professor Doutor Castanheira Neves, todos os conceitos jurídicos *são em sua essência uma indeterminação normativa*<sup>231</sup> (grifo nosso), onde apenas o julgador naquele momento em que assume uma intenção de juridicidade pode vir a determiná-la.<sup>232</sup> O juiz jurisprudencialista nunca decide segundo a sua moral nem segundo sua consciência, se trata daquilo que possa ser decidido além do direito positivado, jurisprudencial ou dogmático, no sentido e encontro de todos esses elementos com os princípios normativos, como extrato de fundamentação.

Dessarte, sob outra perspectiva, o Professor acaba que também por rejeitar a discricionariedade, pois o problema se encontraria no plano metodológico (na carência de uma revisão metodológica do problema geral da aplicação do Direito),<sup>233</sup> onde sua proposta Jurisprudencialista entende não ser cabível a teoria subsuntiva da aplicação do Direito, por conceber como uma verdadeira aplicação aquela que for concreta e unitário-constitutiva<sup>234</sup>, *não fazendo sentido* pensar em discricionariedade uma vez que não haveria espaço em seu esquema metódico (como exercitamos no tópico 2.1.) para sua ocorrência e por considerar inclusive, estar fadada ao fracasso a realização do Direito enquanto a ilusão do raciocínio lógico-dedutivo e a conseqüente aplicação daquela teoria silogística-subsuntiva estiverem em curso. Ademais, como vimos, a metódica proposta pelo Professor em sua obra *Metodologia Jurídica*<sup>235</sup>, permite que, caso não haja previsão no texto legal ou que o problema suscite tratamento oposto daquele previsto em Lei, o caso decidendo seja objeto de decisão *praeter legem* e até *contra legem*, desde que satisfaça o sentido fundamental do

---

<sup>230</sup> Mello (2015: 590-591).

<sup>231</sup> O clássico exemplo do semáforo em *“Pensar o Direito num tempo de perplexidade”* (Neves, 2009: 22-25) retrata a impossibilidade de se fazer uma distinção entre «casos fáceis» e «casos difíceis», levando em conta essa indeterminação normativa contida até mesmo no mais “simples” texto legal.

<sup>232</sup> Neves (1995B: 594).

<sup>233</sup> Neves (1995B: 576, 596).

<sup>234</sup> Neves (1995B: 596).

<sup>235</sup> Neves (1995A).

Direito<sup>236</sup> e cumpra sua validade, em que o Homem se reconheça com uma irreduzível dimensão ética em caráter de reciprocidade.

---

<sup>236</sup> Nos ensina o Professor Castanheira Neves que tal sentido se revela como sendo o projeto axiológico-normativo que se constitui em certa comunidade no decurso do tempo, perspectivada e constituída pelas dimensões mundano-social, antropológico-existencial comunitária e na dimensão ética, capaz de alimentar a consciência jurídica geral desta comunidade em uma determinada época. – Neves (1995B: 161).

#### 4. Judicialização (e sua espécie)

Uma vez trazidas à luz os problemas que do atual modelo metodológico emergem, bem como a proposta pós-positivista de Dworkin na concepção e aplicação do Direito, iniciaremos a projeção de sua Teoria na realidade jurídica brasileira, a confrontando com práticas do judiciário pátrio. Nossa intenção seria demonstrar a inadequação de sua Teoria às práticas tidas como ativistas por juízes singulares e Tribunais. Para tanto, nos propomos a elucidar termos que frequentemente se confundem e induzem em erro juristas, acadêmicos e a comunidade civil em geral. Por certo, a judicialização da vida tem se tornado cada vez mais frequente, graças a redemocratização brasileira e a promulgação de sua Constituição Federal em 1998.<sup>237</sup> O alargamento da complexidade social e a característica analítica e ambiciosa<sup>238</sup> da Carta Magna brasileira, trazendo em seu conteúdo inúmeros *political rights* e *legislative rights*, também potencializaram as buscas pelo judiciário (não somente os ordinários, mas principalmente o Supremo Tribunal Federal) para a resolução dos conflitos de interesses. Daí o conceito tido pela doutrina como Judicialização.

O referido termo representa um fenômeno importante em nosso contexto e merece apreciação neste trabalho. Judicializar significa submeter à apreciação judicial, provocar o judiciário para que se posicione, através de sentença ou acórdão, em determinada lide não resolvida extrajudicialmente. Trata-se de um fenômeno que deve ser analisado sob duas óticas: tanto em seu aspecto quantitativo, levando em consideração o número de demandas levadas ao judiciário, quanto em seu aspecto qualitativo, associado às diversas matérias, muitas vezes controversas e de grande repercussão midiática. Tenho defendido que a partilha do mundo, as relações sociais e a inércia estatal, ao interagirem no campo correspondente ao espaço do Direito, exigindo sua apreciação em caso de dissenso e controvérsia, faz com que a judicialização seja algo contingencial e inexorável, dadas as características da Constituição Federal do Brasil, do ordenamento e da complexidade social brasileira.<sup>239</sup>

Contudo, o aspecto qualitativo merece atenção. O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, positivado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal do Brasil<sup>240</sup>,

---

<sup>237</sup> Barroso (2009: 3).

<sup>238</sup> Vieira (2008: 443, 444, 446).

<sup>239</sup> Streck (2013: 190).

<sup>240</sup> Constituição Federal do Brasil, artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

garante ao cidadão a possibilidade de provocar a prestação jurisdicional para garantir a tutela de direitos. Segundo Canotilho, trata-se de “*um direito fundamental formal que carece de densificação através de outros direitos fundamentais materiais*”<sup>241</sup>. É certo que tal princípio não garante êxito na demanda, apenas viabiliza o acesso ao judiciário para se demandar.

Neste ponto encontramos o primeiro entrave: (i) a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, (ii) exige-se a existência de direitos fundamentais materiais para que o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição se perfaça e (iii) a exigência anterior encontra respaldo no artigo 6º da Constituição Federal do Brasil. Refiro-me a entrave, pois seguindo este raciocínio identificamos o nascedouro das espécies de judicialização que frequentemente são entendidas como ativismo judicial: a judicialização da política<sup>242</sup>, e conseqüentemente a judicialização da saúde, da educação, etc.

Ora, a competência material do Tribunal Constitucional já foi devidamente descrita no tópico 1 deste trabalho, e sendo a Corte Suprema guardiã da Constituição, conforme estabelece o artigo 102 da Constituição Federal do Brasil, não nos parece lógico equiparar

---

<sup>241</sup> Canotilho (2003: 496).

<sup>242</sup> Não se confunde com politização da justiça, tema que será tratado no tópico 4.2. A judicialização da política, por sua vez, foi bem tratada em um estudo realizado por dois cientistas políticos, Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder em 1995, publicado em um livro intitulado como “*The global expansion of judicial power*”. Basicamente, os autores entendem ser a judicialização da política uma fórmula constituída e abreviada capaz de designar a crescente expansão global do poder judicial, graças ao aperfeiçoamento de sistemas democráticos presentes nos Estados de Direito. Nesta obra, Vallinder atribui a esse processo expansivo da atuação judiciária o fato de que o Poder Judiciário passou a decidir matérias até então reservadas à esfera dos Poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, Tate é avesso ao entendimento tradicionalista da judicialização da política como exercício da discricionariedade política por juízes. Vide Tate; Vallinder (1995).

Ademais, tenho defendido que o fenômeno da politização da justiça pode se originar da judicialização da política, mas sem vinculação necessária. O motivo seria um tanto quanto simples: as atividades políticas, competentes ao Legislativo em sua criação e ao Executivo em sua execução, quando deixam de ser regularmente cumpridas e passam a ser qualificadas como questões jurídicas, provocam uma resposta do Poder Judiciário, resultando na então judicialização da política. Entretanto, “[...] o Direito lida com conflitos e temas em disputa para formar e reproduzir padrões e expectativas comportamentais definidas, formatadas e generalizadas, a política, por outro lado, explora conflitos para forma e reproduzir decisões vinculantes. Nessa senda, quando se fala em «politização da Justiça», quer-se aquilatar que o judiciário está tentando agir como fazem os outros Poderes, ou seja, explorando conflitos e temas em disputa para reproduzir e formatar decisões vinculantes” - Filho (2019: 45-46). Nesta mesma senda, “a função política do magistrado resulta desse paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político. Nesse sentido, sem romper com a clausura operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Politização da magistratura, nesses precisos termos, é algo inevitável” - Campilongo (2002: 61). Por outro lado, há quem entenda que a autonomia do Direito não estaria comprometida pelo fenômeno ora discutido: “a politização do juiz é o resultado de sua alta independência e criatividade. Juiz politizado, porém, não significa juiz parcial, apartado da lei e substituto da política. O juiz-político continua imparcial e não cede às pressões de grupos e partidos; continua limitado e vinculado à Constituição, de modo que sua politização é tão-somente expressão, numa sociedade complexa, de um aumento das possibilidades de escolha e decisão, e não de um processo de negação ou recusa da legalidade constitucional; continua, enfim, a cumprir a sua precisa função constitucional” - Junior (2016: 156-157).

(ou confundir) ativismo judicial com judicialização da política, pois a ausência de políticas públicas para a efetivação de direitos sociais positivados não pode ser utilizada como escusa para o afastamento do judiciário em lides que versem sobre tais questões. Mas há um problema fulcral neste posicionamento: ele não pode ignorar os argumentos daqueles que apontam para a existência de um suposto *protagonismo judicial*<sup>243</sup>.

Assim, inúmeras correntes desenvolveram (e vem desenvolvendo) teorias e métodos que de certo modo, “reprimem” certas atividades do Poder Judiciário, principalmente em seu órgão de cúpula, a fim de evitar o tal protagonismo. Todas elas apontam para uma espécie de autocontenção que serviria primeiro, como tratamento homeopático ao que consideram ser o problema do ativismo judicial e depois, “corrigir” o potencial lesivo que este ativismo representaria para o Estado Democrático de Direito.

Sem prejuízo de calar outras vozes, citamos o principal expoente da corrente originalista norte-americana, o ex-juiz federal e jurista Robert Bork<sup>244</sup>, como primeiro exemplo de repressão e correção. Essa corrente entende descabida a necessidade interpretativa dos princípios e Leis (sobretudo constitucionais) nos casos considerados difíceis (*hard cases*), negando aos magistrados, segundo a própria corrente, o caráter criativo do Direito através da discricionariedade.

Especialmente para Bork, as normas devem (deveriam) ser lidas textualmente, de modo literal, na sua intenção e conteúdo original, cabendo apenas a eventual declaração de inconstitucionalidade. Neste interim, direitos não amparados de modo expresso e literal pela Constituição não poderiam ser garantidos aos cidadãos, cabendo ao Legislativo agir em sua função criadora.<sup>245</sup> Assim, a ausência de cânones interpretativos por parte de alguns juízes ou colegiados, graças à dissonância de parâmetros acadêmicos interpretativos (forte subjetividade) que cada julgador traz consigo no momento judicativo,<sup>246</sup> corroboraria para uma postura considerada ativista caso a conduta adotada pelo julgador fosse contrária a

---

<sup>243</sup> O professor Lênio Streck costuma utilizar o termo, basicamente, para descrever a liberdade exacerbada e a concessão acentuada de poderes aos magistrados na tomada de decisão, extrapolando os limites impostos pelas técnicas hermenêutica, colocando-se a frente dos demais Poderes de um Estado Democrático. O jurista coloca em pé de igualdade o ativismo judicial, o *protagonismo solipsista* (subjetivista) e a discricionariedade como inimigos atroztes da hermenêutica. Vide Streck (2013); Streck (2014).

<sup>244</sup> Filho (2019: 30, nota 49).

<sup>245</sup> Filho (2019: 30-31).

<sup>246</sup> Filho (2019: 30).



corrente originalista, que tende a ser conservadora, prezando pela neutralidade e parcialidade, ao ressaltar o momento constituinte.<sup>247</sup>

Como segundo exemplo, citamos outros dois eixos temáticos que são tratados pela doutrina brasileira e identificados pelo Professor Lênio Streck. Nestes eixos, encontramos a hermenêutica jurídica e sua atual discussão tangente ao enfrentamento dos problemas da atuação dos Tribunais nos Estados Contemporâneos. Chamamos atenção para o “alargamento da dimensão hermenêutica no Direito”, pois, sendo um elemento decisivo para o enfrentamento dos dilemas atuais da hermenêutica jurídica, vem sendo estudado sob as perspectivas procedimentalista e substancialista.<sup>248</sup>

A primeira perspectiva muito se assemelha ao originalismo. Na interpretação de certas disposições constitucionais guarnecidas de direitos fundamentais, as posturas procedimentalistas não reconhecem um papel concretizador à jurisdição constitucional, ao passo que as posturas substancialistas acabam por reconhecê-lo, enxergando o judiciário não somente competente para a devida concretização, mas também dotado de *locus* privilegiado para a garantia do fortalecimento institucional das democracias contemporâneas.<sup>249</sup>

Deste modo, diante de tudo que foi afirmado, defendemos que a mera judicialização, seja qual for o seu aspecto, não poderá (deverá) ser tratada como sinônimo de ativismo judicial. Entretanto, tenhamos em mente que o ativismo judicial só existe em decorrência da judicialização.

#### 4.1. Ativismo Judicial Brasileiro

Uma vez esclarecido o que entendemos ser o conceito de judicialização e definida a ideia de que a judicialização não representa, por si só, ativismo judicial (podendo ser aquela *causa*, este *feito*), poderemos neste momento, introduzir o conceito mais geral e abstrato do ativismo, em sua gênese e em sua projeção em solo brasileiro, para depois expormos o nosso posicionamento e por fim, confrontá-lo com a Tese de Dworkin.

---

<sup>247</sup> Continentino (2006: 79-81).

<sup>248</sup> Vide Streck (2014).

<sup>249</sup> Segundo Lênio Streck: “Evidentemente, essa posição adotada pelas posturas substancialistas não autoriza a defesa de ativismos judiciais ou protagonismos *ad hoc*, a pretexto de estar-se concretizando direitos. A concretização só se apresenta como concretização na medida em que se “encontra adequada à Constituição, não podendo estar fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais.” Streck (2014: 100).

Sendo assim, a abundância de trabalhos dedicados ao estudo do ativismo judicial, tanto em sua gênese norte-americana quanto em sua versão encontrada no Brasil, nos permite elaborar um pano de fundo adequado para o correto aproveitamento do termo em nosso cenário político-jurídico, que pelo menos *a priori*, traz em seu bojo um significado (até mesmo um sentido) diverso daquele originalmente proposto por Arthur Schlesinger Jr.<sup>250</sup> Por conseguinte, a Teoria de Ronald Dworkin e o próprio Ativismo Judicial tendem a oscilar em um jogo de aproximação e afastamento entre realidades descoincidentes. Não nos parece adequado tratar de um mesmo fenômeno ou Teoria, que possam ser explicados e justificados em sistemas de *commom law* e *civil law*, graus de jurisdições e em Constituições sintéticas e analíticas, sob os mesmos fundamentos.

Por esta razão, no tópico 1 deste trabalho fizemos um “ajuste” na transposição teórica de Ronald Dworkin para o ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração dois aspectos fundamentais: no primeiro deles, a expressa delimitação (ou balizamento) política na esfera constitucional, por intermédio das Cartas Magnas Norte-Americana e Brasileira. Já no segundo, verificamos o papel dos Tribunais Constitucionais e sua responsabilidade quanto a proteção do Texto Magno.

Neste tópico, propomos o mesmo. Um novo “ajuste” se faz necessário porque originalmente, como já exposto, o termo ativismo judicial foi cunhado para denunciar comportamentos de uma Corte Constitucional que, através da intervenção judicial, passou a ordenar aos demais poderes a efetiva implementação de direitos sociais, mesmo que, segundo interpretação da própria *U.S. Supreme Court*, não houvesse previsão expressa desses direitos naquela Constituição.<sup>251</sup>

Nestes termos, o ativismo judicial não encontraria suporte na realidade brasileira. Isso porque a partir de 1988, após a “ruptura” com o sistema ditatorial e com a redemocratização do Estado Brasileiro, a promulgação do texto constitucional simbolizou o momento de uma profunda modificação na forma como era concebido o exercício da

---

<sup>250</sup> Historiador e crítico social norte-americano. Em 1947, publicou uma matéria na revista *Fortune* intitulada *The Supreme Court*, descrevendo à época, pejorativamente, uma tendência da Suprema Corte dos E.U.A. tendente a viabilizar de modo acentuado (através de suas decisões) práticas políticas que efetivassem materialmente a implementação de direitos fundamentais (mesmo que não garantidos expressamente pela Constituição) sem a participação direta dos outros Poderes. O termo foi cunhado para advertir que tais implementações com base nas concepções políticas dos juízes (dada a ausência de critérios formais) poderiam colocar em xeque a democracia, tendo em vista que somente instituições eleitas teriam tal legitimidade para a concretização e proteção dos direitos fundamentais e políticas sociais. Vide: Barroso (2012: 386) e Coutinho, La Torre, Smith (2015: V).

<sup>251</sup> Appio (2018: 196) in Godinho; Filho e Maia [*et al*].

jurisdição constitucional no Brasil.<sup>252</sup> O já citado artigo 6º da Constituição Federal do Brasil é um exemplo: nele encontramos um rol de direitos fundamentais de segunda dimensão, ligados ao valor da igualdade material. Nestes moldes, a participação ampla e intensa do Supremo Tribunal Federal, nos limites impostos pela própria Constituição Federal do Brasil, na busca pela concretização dos preceitos e propósitos constitucionais, devem (ou pelo menos deveriam) ser atividades inerentes a qualquer juiz no exercício de suas atribuições. Portanto, a partir desse raciocínio, poderemos clarificar e rediscutir o significado e sentido do ativismo judicial na realidade jurídica brasileira, bem como suas espécies. Ademais, iremos expor nosso posicionamento a partir do exemplo v) do tópico que segue.

#### 4.1.1. Principais espécies de ativismo judicial no Brasil

Tento em mãos um vasto material, não nos resta dificuldade em sintetizar, segundo os trabalhos de pesquisadores que se debruçaram sobre o tema, as espécies de “*ativismo judicial à brasileira*”.<sup>253</sup> Via de regra, o ativismo judicial é representado por determinado comportamento ordinariamente não esperado por parte dos magistrados, corroborando para a massificação da ingerência do judiciário frente aos demais Poderes.<sup>254</sup> Nesta senda, o

---

<sup>252</sup> Tassinari (2012: 16).

<sup>253</sup> Existem de fato inúmeros fatores que ensejaram a corporificação e consolidação do ativismo judicial em grande parte do Ocidente, tais como: a hiperconstitucionalização das questões sociais como resultado pós-Segunda Guerra Mundial; o aumento da complexidade social impulsionado pela globalização; a ampliação da possibilidade de acesso à justiça para garantir os direitos assegurados pelas novas Constituições; inércia do Executivo e Legislativo na implementação desses direitos por carência financeira ou por incapacidade política; a adoção cada vez maior de cláusulas gerais e normas de conteúdo indeterminado para a garantia de uma maior abstração, além da característica principiológica e mutabilidade dos direitos fundamentais, intensificando a atividade interpretativa (e criativa) das Cortes Supremas. Vide por exemplo Almeida (2018: 203).

<sup>254</sup> Filho (2019: 24-25). Temos ainda na doutrina brasileira, em um texto organizado por Lênio Streck, entendimento muito semelhante: “*Do outro lado, em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de posicionamentos puros. Na verdade, o que se pretende referir é que, na maioria das vezes, estes enfoques acabam se misturando e se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seja o ativismo. [...] Desse modo, tem-se uma concepção de ativismo que pode ser sintetizada como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente*” – Lepper; Tassinari; Streck (2015: 56-57), grifo nosso.

Professor e jurista brasileiro Anderson Vichinkeski Teixeira<sup>255</sup>, ao organizar brilhantemente o rol apresentado por Kmiec<sup>256</sup>, identificou as modalidades de ativismo judicial que passarei a expor. Ademais, selecionamos casos jurídicos relativamente recentes à título exemplificativo.<sup>257</sup>

*i) Invalidar ou afastar a aplicabilidade de atos oriundos de outros Poderes;*

Caso exemplificativo: Mandado de Segurança número 37.097 do Distrito Federal –  
O caso de Alexandre Ramagem Rodrigues

Tratou-se de Mandado de Segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pelo Partido Democrata Trabalhista (PDT), objetivando a suspensão da eficácia do Decreto de 28/04/2020, tangente a nomeação do Delegado da Polícia Federal Alexandre Ramagem Rodrigues no cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, tendo como autoridade coatora o atual Presidente da República Federativa do Brasil, Exmo. Senhor Jair Messias Bolsonaro. O impetrante alegou que a autoridade coatora houvera abusado de seu poder, por desvio de finalidade, almejando o emparelhamento da Polícia Federal para o alcance e realização de objetivos pessoais ou de terceiros a ela vinculada direta ou indiretamente, imiscuindo-se em sua atuação como polícia judiciária da União.

Como elemento probatório para concessão da medida, afirmou que o até então Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, por meio de entrevista coletiva em meios de comunicação aberta, havia denunciado que a autoridade apontada como coatora teria confessado o objetivo de interferir diretamente na Polícia Federal, por meio da supracitada nomeação. Afirmou também que Alexandre Ramagem Rodrigues possuiria ligação com os filhos da autoridade apontada como coatora, conforme amplamente veiculado pela imprensa.

---

<sup>255</sup> Teixeira (2012: 46-47).

<sup>256</sup> Kmiec (2004: 1463-1466, 1466-1469, 1471-1473, 1473-1475, 1475-1476).

<sup>257</sup> Tendo a considerar o referido rol praticamente isento de erros quando levado em consideração outros sistemas jurídicos diversos do encontrado no Brasil, tendo em vista que, conforme exporei 5 deste trabalho, a ideia de ativismo judicial que venho defendendo é incompatível com o entendimento de que grande parte da doutrina brasileira.

O processo foi distribuído ao Ministro Alexandre de Moraes, que, satisfeito com os elementos probatórios, considerando estarem presentes fundamentos relevantes e entendendo que do ato impugnado pudesse resultar a ineficácia da medida, deferiu a medida liminar e suspendeu o ato. Vejamos o que diz o artigo 1º da *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009* (disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências):

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança **para proteger direito líquido e certo**, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Identificamos dois problemas na decisão do Ministro. O primeiro seriam os elementos probatórios acarreados pelo impetrante. Eram depoimentos e especulações, veiculados de modo unilateral pela grande mídia, com pouca ou ausente de força persuasiva (processualmente), admitindo que tais declarações refletem fatos incontroversos. O segundo problema estaria vinculado ao contraditório e a ampla defesa. O Mandado de Segurança não comporta a dilação probatória e tampouco a apuração dos fatos. Assim, o segundo problema surge por consequência do primeiro: onde estaria o direito líquido e certo a ser protegido? Notamos a ausência tanto de sua certeza – pela fraqueza persuasiva das provas e pela imprevisibilidade dos efeitos da nomeação em questão (presunção da inocência) – quanto de sua liquidez, nos moldes do artigo 2º-C, da Lei nº 9.266/1996 o único requisito sujeito ao controle da legalidade consiste na obediência legal de que o nomeado deva ser "*delegado de Polícia Federal integrante da classe especial*" (requisito que já havia sido cumprido por Ramagem, pois integrava a Polícia Federal desde o ano de 2005).

Ademais, no que tange ao ato de tornar nulo ou inaplicável atos do Executivo ou do Legislativo, teríamos que considerar a autorização constitucional para a realização da

*judicial review*<sup>258</sup> ou controle de constitucionalidade<sup>259</sup>, seja ele difuso ou concentrado, em caso de incompatibilidade ou desrespeito aos ditames constitucionais, com o escopo de garantir a ordem e a coerência do sistema normativo vigente, de modo que, partindo da supremacia e rigidez constitucional, haja conformidade entre as leis e seu fundamento de validade.<sup>260</sup>

Por outro lado, poderiam o Executivo e Legislativo agirem em extrema consonância às exigências legais e ainda sim terem seus atos cassados e tornados nulos pelo do Poder Judiciário. No primeiro caso (incompatibilidade ou desrespeito aos ditames constitucionais), estaríamos diante de uma função autorizada constitucionalmente, ou melhor dizendo, estaríamos diante de um controle de legitimidade constitucional de atos normativos ou com força de Lei. Já no segundo (Executivo e Legislativo agindo em extrema consonância às exigências legais), não haveria fundamento legal para a invalidação de tais atos, a racionalidade e a argumentação seriam extrajurídicas (política, religiosa, econômica) e o ato se caracterizaria arbitrário e não ativista.

No caso (i), *data máxima vênia* ao Ministro, não vislumbramos qualquer fundamentação baseada nos critérios disponíveis pelo «sistema» que compõe o Direito brasileiro. A interpretação conforme a Constituição também não faria sentido, porque mesmo que tentássemos fundamentar em dois níveis (*fit e justification*), a concessão da medida liminar no referido Mandado de Segurança encontraria barreiras em ambos: tanto na própria norma que regulamente o remédio constitucional (garantia de direito líquido e certo) quanto nos princípios que fundamentam a Constituição (não-culpabilidade ou inocência, devido processo legal, contraditório e ampla defesa...), tornando a decisão, ao menos em nosso entendimento, arbitrária.

Assim, entenderíamos, preliminarmente, pela não concessão da medida liminar e pelo não conhecimento do *mandamus*, dada a ausência de direito líquido e certo. Quanto ao

---

<sup>258</sup> Gênese da moderna instituição hoje conhecida como controle de constitucionalidade. Ademais, “[...] caracteriza-se pela atribuição a todos os órgãos jurisdicionais da competência decisória sobre a constitucionalidade de uma norma quando da aplicação da mesma a um caso concreto. Daí que se fale em controlo difuso, pois este não está concentrado apenas num órgão, mas atribuído aos órgãos judiciais em geral. Também pode ser designado como modelo unitário, na medida em que a justiça constitucional não surge concentrada numa organização autônoma, não se procedendo, assim, à distinção entre jurisdição ordinária ou constitucional [...]” – Botelho (2010: 27).

<sup>259</sup> Tal autorização está prevista no artigo 102 da Constituição Federal do Brasil.

<sup>260</sup> Melo (2011: 104).

mérito, concluiríamos pela denegação da segurança pelas fundamentações do parágrafo anterior.

ii) *Afastar a aplicação de precedentes;*

Caso exemplificativo: Desrespeito à súmula 461 do Tribunal Superior do Trabalho

**SÚMULA Nº 461 DO TST  
FGTS. DIFERENÇAS.  
RECOLHIMENTO. ÔNUS DA  
PROVA.**

*É do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015).*

O próximo caso não se refere a uma decisão da Corte Suprema brasileira. Desrespeito a sentenças e despachos de juízos de primeiro grau que frequentemente nos deparamos no exercício advocatício, particularmente no Estado de São Paulo. Vejamos:

PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
1ª VARA DO TRABALHO DE COTIA  
Processo nº 1001053-41.2021.5.02.0241  
SENTENÇA

*[...] 3- DAS DIFERENÇAS DO FGTS – não obstante a redação da Súmula 461 do C. TST, tenho que é ônus da reclamante definir a época da ausência de recolhimentos de FGTS ou de sua insuficiência [...]*

PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
20ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO  
Processo nº 1000200-16.2021.5.02.0020  
DESPACHO

[...] Noto ainda que a parte autora, dentre outros pleitos manejados na peça de ingresso, postula o pagamento de depósitos fundiários, como parcela principal, durante o período do vínculo. Porém, para tanto, não trouxe o correspondente extrato da conta vinculada, ao qual tem pleno acesso [...]. Determino que a parte autora emende a petição inicial, que deverá vir meio de nova petição inicial substitutiva à primeira, bem como **juntar a documentação referente aos depósitos fundiários.**

Como bem vimos, a noção de precedentes, tratado no tópico 1.1. possui significados (tanto formal quanto material) diferentes nas tradições da *Civil Law* e da *Common Law*. Entretanto, tal fato não é impeditivo para a análise do caso (ii), pelas razões que passaremos a expor. Podemos verificar que na cultura jurídica anglo-saxônica o princípio da *stare decisis* fundamenta o uso de precedentes, desobrigando o órgão julgador a aplicá-lo apenas em casos de sua superação (*overruling*) ou em caso de distinção do caso novo (*distinguishing*).<sup>261</sup> No Brasil, de raiz romano-germânica, a incidência do texto legal escrito prevalece em detrimento de outros extratos jurídicos, que possuirão papel secundário nas tomadas decisões (embora as Teorias de Dworkin e Alexy tenham sido frequentemente citadas nas decisões da Corte brasileira nas últimas décadas). Contudo, após a edição do Novo Código de Processo Civil brasileiro, que entrou em vigor em 18 de março de 2015, e utilizando como fundamento a uniformização de decisões e preservação da segurança jurídica, o sistema jurídico brasileiro recepcionou um sistema de precedentes (embora diferente do encontrado em sistemas da *common law*)<sup>262</sup>, encontrados nos artigos 926 e seguintes, por exemplo.

Ocorre que as técnicas de *distinguishing* e *overruling* também encontraram correspondência no Novo Código de Processo Civil, especificamente no artigo 489, §1º, VI. O mesmo se pode dizer do artigo 927, §4º, ao estabelecer que “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos

---

<sup>261</sup> Dworkin afirmará inclusive “*The gravitational force of precedent cannot be captured by any theory that takes the full force of precedent to be its enactment force as a piece of legislator. [...] A precedent is the report of an earlier political decisions, provides some reason for deciding other cases in a similar way in the future*”. Dworkin (1977: 112-113).

<sup>262</sup> Chamado inclusive de “jurisprudência dotada de efeito vinculante” pelos professores Georges Abboud e Lenio Streck. Vide Streck; Abboud (2013).



*repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia*”. Sendo assim, a exigência legal de fundamentação jurídica (e por conseguinte racionalidade jurídica) para o afastamento de precedentes e a extrema vinculação ao sistema inibem a possibilidade de qualquer ativismo judicial, sob pena de revisão/reforma da decisão por parte da instância superiora.<sup>263</sup>

Nos casos apresentados, verificamos ausência de fundamentação de atos judicatórios, evidenciando não somente desrespeito ao entendimento já consolidado pelos Tribunais – fato que poderia ocorrer, se quando confrontado com o caso concreto, tal entendimento se revelasse de tal modo inadequado, que necessitaria ser afastado (*distinguishing*) – mas principalmente pelo artigo 489, §1º, VI do Novo Código de Processo Civil, mostrando-se também, *data máxima vênia*, arbitrários.

iii) *Atuação como legislador positivo;*

iv) *Utilização de técnicas hermenêuticas reconhecidas pela doutrina;*

Caso exemplificativo: Aplicação da Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero

A atuação do magistrado como legislador positivo (*iii*) suscita maiores considerações. Como bem vimos, o Princípio da Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional possui valor constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, uma vez provocado e sendo o caso dotado de problema juridicamente relevante para o Direito, a resposta (entenda-se solução) se faz necessária, mesmo que, aparentemente, haja carência normativa para balizar a sentença do julgador. O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro reforça este entendimento ao estipular que “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”. Ademais, o Novo Código de Processo Civil reforça o princípio constitucional

---

<sup>263</sup> Vide Streck (2018).

aludido, ao determinar em seu artigo 140 que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”

Ora, se por um lado teríamos a cognição da Lei obrigatória (especialmente nos «*easy cases*») – nos termos de Atienza e Barak, como já bem vimos), pelo outro encontraríamos o poder discricionário (nos termos em que Hart o trata nos «*hard cases*»). Ocorre que naquele primeiro caminho, o formalismo radical demonstra-se insuficiente, tendo em vista que a mera aplicação lógica dedutiva da norma nada resolve, devendo também intervir ao menos uma certa *faculdade de juízo*<sup>264</sup>. Muitos autores, como originalistas e procedimentalistas por exemplo, atribuem carga negativa a essa *faculdade de juízo*, ao afirmarem que sendo o ser humano dotado de preferências subjetivas (nos mais diversos campos que essa subjetividade possa atingir, como política, religiosa, moral) e sendo o juiz humano, logo, essas preferências subjetivas *contaminariam* sua racionalidade jurídica e o Direito ficaria a mercê de sus preferências éticas.<sup>265</sup>

De nada adiantaria, segundo este entendimento, a vedação expressa que a Constituição Federal do Brasil faz em seu artigo 95, § único, III, à participação e dedicação de juízes em atividade político-partidária, na tentativa de incompatibilizar e desassociar os dois exercícios. Nenhum esquema metodológico que se preze excluiria a subjetividade inerente a qualquer atividade compreensiva/interpretativa, pelo contrário, a vincularia em um sistema (ou sentido) que exige um discurso de fundamentação/justificação neste próprio sistema (ou sentido).

Assim, desconsiderando o papel de legislador negativo, ou seja, a função de remover do ordenamento jurídico normas inconstitucionais através do controle de constitucionalidade (que neste trabalho dispensa maiores considerações), verificamos que a criação de direito por intermédio de decisão judicial em nada se assemelha a função legiferante do Congresso (como Hart havia sugerido). Neste, por intermédio de argumentações políticas, teríamos a tipificação da vontade majoritária em um texto legal,

---

<sup>264</sup> Neves (1995B: 169).

<sup>265</sup> Vide Pozzolo (1998) e Luño (1996: 11-52). Por outro lado, “*qual seria a validade (ou o sentido) de uma hermenêutica jurídica que admitisse «qualquer resposta», enfim, de uma hermenêutica que admitisse [...] que a interpretação judicial é um ato de vontade? Qual seria a utilidade de uma hermenêutica que admitisse até mesmo múltiplas respostas para um mesmo caso “concreto”? Qual seria a razão de ser de uma teoria hermenêutica que admitisse que o direito é aquilo que o “intérprete autorizado” diz que é?*”. É o questionamento realizado pelo Professor Lénio Streck, em Streck (2014).

dotado de caráter geral, abstrato e anterior a qualquer situação fática que passará a gozar de tal dispositivo. Naquele, consideramos uma decisão proferida em um caso fático, frente a um problema específico, concreto e posterior ao fato, por intermédio de argumentações jurídicas. A jurisprudência, as orientações jurisprudências e as súmulas (vinculantes ou não) possuem também natureza jurídica diversa aos textos legais formalmente escritos.

No caso em questão (*iii*), tratou-se do Mandado de Injunção 4.733-STF. Em seu polo passivo estava Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) e em seu polo ativo o Congresso Nacional, que estaria em mora por não “*criminalizar formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima*”. Ao invocar precedentes do Supremo Tribunal Federal e entendendo, em linhas gerais, que a criminalização de condutas dependeria de Lei, o ministro Ricardo Lewandowski acolheu o parecer da Procuradoria-Geral da República e não conheceu do mandado de injunção. A impetrante interpôs agravo regimental, onde um parecer foi solicitado à Procuradoria-Geral da República que desta vez, opinou pelo provimento do agravo.

Pois bem. Que critérios tínhamos à mesa? Primeiramente, pensemos nos Princípios Constitucionais da Legalidade e da Reserva Legal, dispostos no artigo 5º, incisos II e XXXIX. Depois, da competência privativa da União para legislar sobre direito penal em seu artigo 22, inciso I. Ora, sendo competência privativa da União legislar sobre direito penal e sendo o artigo 5º, incisos XLI e XLII mandados expressos de punição de toda e qualquer tipo de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (especialmente este último, que toca especialmente à prática do racismo), o legislador infraconstitucional assim o fez, culminando na Lei que tipificou e puniu as práticas resultantes de preconceito de raça ou de cor, descrita no caput deste tópico.

Ora, de acordo com o próprio texto constitucional (artigo 5º, inciso LXXI), conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos assegurados pela Constituição Federal. Ocorre que a Carta Magna Brasileira não estabeleceu qualquer mandado expresso de punição como houvera feito no caso do racismo (ou na ação de grupos armados contra a ordem constitucional, por exemplo). Não há qualquer comando expresso exigindo a tipificação específica das condutas exigidas pela impetrante, devendo o legislador infraconstitucional optar ou não em fazê-la,

sendo certo que o deferimento do Mandado de Injunção além de desrespeitar Princípios elementares do Direito Penal, como da *ultima ratio*, intervenção mínima e subsidiariedade, configurou acima de tudo, ao nosso ver, um exemplo claro de uma decisão fundamentada em *arguments of policy*, dotada de juízos políticos, morais e éticos, próprios do legislador, e principalmente, carente de fundamentação em critérios jurídicos. Mais uma vez, *data máxima vênia*, consideramos arbitrária tal decisão. Neste caso, negaríamos o seguimento do Mandado de Injunção, por ausência dos pressupostos de cabimento da ação.

Já a utilização de técnicas hermenêuticas reconhecidas pela doutrina (*iv*) muito se assemelha ao problema trazido pelo item anterior (razão pela qual compartilham o mesmo exemplo). Quanto maior a liberdade de criação (neste caso, interpretativa) e o espaço de atuação conferido ao magistrado, maior o risco em obter como resultado raciocínios relativistas em sua atuação (é como tem ocorrido no atual modelo metodológico brasileiro, pelo menos). Cada magistrado, sem desprezo às diversidades de técnicas interpretativas e decisórias, apresentaria um juízo axiológico, como se todos os cidadãos comungassem da mesma concepção de vida, ou que os valores ali expostos em sua sentença tivessem o condão de vincular normativamente todos os demais sujeitos do processo.<sup>266</sup>

A hermenêutica jurídica, quando considerada disciplina acessória e arrimo para interpretação dos textos jurídicos<sup>267</sup>, não garante ao intérprete liberdade ilimitada, pois se assim fosse, este item por si só refutaria toda uma tese pautada no interpretativismo – sintetizada no tópico 3 deste trabalho. Ao contrário, as técnicas hermenêuticas não se sujeitam as Leis, mas se submetem ao Direito – tomando como base que Direito não se resume a textos normativos. Deste modo, se o intérprete cometer excessos em sua atividade interpretativa, inevitavelmente, acabará se enquadrando nas modalidades anteriores.

A interpretação conforme a Constituição não pode ocorrer de modo desmedido, imprudente, criativo, como nos ensina Canotilho. A revisão do conteúdo de determinada regra através da interpretação, é vedada ao julgador em seu momento decisório, correndo-se o grave risco “*de uma usurpação de suas funções, transformando os juizes em legisladores activos.*”<sup>268</sup> Deste modo, a atuação do judiciário como legislador positivo não encontraria fundamento legal, extrapolando as atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição Federal do Brasil em seus artigos 92 a 126, caracterizando novamente, um ato arbitrário e

---

<sup>266</sup> Barros (2008: 145).

<sup>267</sup> Maximiliano (2002: 123).

<sup>268</sup> Canotilho (2003: 1226-1227).

não ativista. Como já exposto no exemplo compartilhado, negaríamos o seguimento do Mandado de Injunção, por ausência dos pressupostos de cabimento da ação e entenderíamos pelo exercício da autocontenção judicial (*self-restraint*), preservando a harmonia e independência das instituições.<sup>269</sup>

O caso anterior e o presente (*ii, iii e iv*), unem uma discussão tangente ao afastamento do julgador aos precedentes e a atuação do mesmo como legislador positivo. Cumpre ressaltar que não defendemos a adesão integral e indiscutível aos precedentes e súmulas, tampouco a criação do Direito pelo julgador como agente político. Isso feriria não somente o Princípio do Livre Convencimento do Juiz, mas também a especificidade do caso, que é sempre único e irrepetível em sua essência. Trata-se de um certo consenso diagnosticado em inúmeros trabalhos acadêmicos e próprios membros da Corte Brasileira<sup>270</sup> que consideram a aprovação de súmulas vinculantes uma (sub)espécie de ativismo judicial.<sup>271</sup>

As súmulas brasileiras são descendentes diretas dos assentos portugueses<sup>272</sup>. Os assentos tinham a função de uniformizar a jurisprudência, com força vinculativa geral (como as leis editadas pelo poder legislativo), de competência originalmente conhecida ao soberano, depois delegado à Casa da Suplicação e posteriormente aos Tribunais portugueses.<sup>273</sup> Entretanto, se entre os juízes da Casa de Suplicação não se chegasse a um consenso quanto a resposta para o problema posto em questão, em razão da extensão

---

<sup>269</sup> “*Judicial activism cannot work as well as government by the more-or-less democratic institutions [...]. We must therefore turn to the other continuation of the argument from democracy, which holds that democratic institutions, like legislatures, are likely to teach sounder results about the moral rights of individuals than courts.*” Dworkin (1977: 144-145).

<sup>270</sup> Em uma palestra sobre Súmulas Vinculantes e Ativismo Judicial no Fórum João Mendes Júnior, em São Paulo, o então consultor jurídico (e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal) Alexandre de Moraes, fez a seguinte afirmação: “[...] o Supremo Tribunal Federal adotou as súmulas como consolidação de jurisprudência, que não há impedimento para o exercício do ativismo judicial, que sempre existiu e sempre existirá, e que cada magistrado ao analisar um caso complexo levará consigo a sua criação, suas opções filosóficas de suas experiências, explicou. De acordo com ele, o juiz tem o direito de fazer valoração ao julgar.” Disponível em <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100216701/sumulas-vinculantes-e-ativismo-judicial-e-tema-de-aula-magna>>. Acessado em 22 de outubro de 2021.

<sup>271</sup> Um estudo aprofundado acerca dos precedentes e súmulas vinculantes pode ser encontrados em Streck; Abboud (2014).

<sup>272</sup> Declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional Português, por meio dos acórdãos AC TC 810/93, AC TC 407/94, AC TC 410/94 e AC TC 743/96, apreciando e declarando, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 2º do antigo Código Civil Português, na parte em que atribuía aos Tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral (assentos). A revogação do referido artigo se deu por intermédio do DL 329-A/95, de 12/12.

<sup>273</sup> Vide Neves (1983), Hespanha (2011), Almeida (1996) e Marques (2002).

dificuldade do objeto, a matéria seria encaminhada para a decisão do Rei, mediante lei, alvará ou decreto.<sup>274</sup>

No Brasil, após a Declaração da Independência e por meio do Decreto Imperial nº 2.684, de 23 de outubro de 1875, os assentos da Casa de Suplicação de Lisboa (no Brasil havia a Casa da Suplicação para o Brasil, que gozava da mesma competência daquela em matéria de interpretação por meio de assentos<sup>275</sup>) tomaram força de Lei e o Tribunal Superior de Justiça brasileiro tornou-se competente para tomar novos assentos<sup>276</sup> “*para a inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvida manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância*”.<sup>277</sup> Com a República proclamada no Brasil, os assentos foram extintos visando privilegiar o novo sistema de Governo e acentuar a separação dos Poderes. Entretanto, tal como tentou-se reintroduzir no sistema jurídico português os assentos (pela reforma de José Alberto dos Reis), no Brasil o anteprojeto do Código Buzaid (1964) previa a reinserção dos assentos com força de Lei no ordenamento jurídico, o que não foi inteiramente recepcionado pela versão final que originou o antigo Código de Processo Civil de 1973. Tivemos, no entanto, apenas uma alteração semântica do termo *assento* por *súmula*<sup>278</sup> (esta última sem efeito vinculante e, portanto, obrigatório).

Como já bem vimos, o Novo Código de Processo Civil (2015) trouxe consigo inúmeros instrumentos de vinculação. A emenda Constitucional 45/2004 introduziu o artigo 103-A na Constituição Federal Brasileira, possibilitando a criação de uma forma ainda mais rebuscada e idêntica do que outrora chamara assento: as súmulas vinculantes. Tais mecanismos são instrumentos de estabilização, uniformização e pacificação quanto a validade, interpretação e eficácia de normas geradoras de controvérsia entre os órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, possuindo caráter de aplicação obrigatório. A competência para criação das súmulas vinculantes é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Não discutiremos as súmulas vinculantes em seu aspecto formal e político, no tocante ao excesso da função atípica do Poder Judiciário na produção de “*texto normativo de*

---

<sup>274</sup> Rocha (1997: 53).

<sup>275</sup> Da Cruz (1981: 399).

<sup>276</sup> Streck, Santos, Morbach (2019: 24-25).

<sup>277</sup> Azevedo (1971: 121).

<sup>278</sup> Streck, Santos, Morbach (2019: 03).

*vinculação geral e abstrata para casos futuros tal qual a lei, possuindo dimensão atemporal, logo, duração indefinida*".<sup>279</sup> O fato é que se trata de função constitucionalmente estabelecida, sendo, portanto, em um primeiro momento pelo menos, legal. Não podemos considerar como ativismo judicial o mero exercício regular de um órgão; podemos, no entanto, avaliar a execução de tal exercício. A aprovação de súmulas vinculantes não se trata de um ato arbitrário ou ativista do Poder Judiciário, não foi o mesmo que tomou para si tal competência. Trata-se de um exercício concedido pelo Poder Legislativo. Por um lado, a discussão quanto a constitucionalidade de tal concessão e a possível afronta à separação dos Poderes e suas prerrogativas consideremos pertinente (a nível legislativo). Por outro, questionar o mero exercício que já fora constitucionalmente estabelecido, sem levar em consideração o seu conteúdo (a nível material e substancial), entendemos ser um equívoco tal qual o questionamento do mero exercício do Congresso em uma Comissão Parlamentar de Inquérito – o acusando de *ativismo parlamentar*.

#### v) Julgamentos predeterminados a fins específicos

Finalmente chegamos ao tópico mais delicado: julgamentos predeterminados a fins específicos (v). Entretanto, um desmembramento se faz necessário para explicarmos essa modalidade. Consideraremos apenas o magistrado que, embora construa decisões judiciais predeterminadas, orientadas à fins específicos e viciadas por decisionismo (via de regra político), fundamente tal decisão com os materiais jurídicos disponíveis ao seu tempo. Na ausência dessa fundamentação, consideraremos arbitrária sua conduta. Falaremos especificamente desse tipo de decisão no tópico 5. No momento, necessitamos entender a Teoria do Direito baseada no Funcionalismo Jurídico. O mal intérprete de Dworkin, necessariamente, passaria por ele sem se dar conta.

#### 4.2. Funcionalismo Jurídico

Encontramos na discussão acadêmica brasileira, termos já tratados no tópico 4, tangentes as espécies de judicialização. Vimos que judicializar envolve uma *transferência de poder do cidadão para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na*

---

<sup>279</sup> Streck, Abboud (2015: 70).

*argumentação e no modo de participação na sociedade*<sup>280</sup> e que se trata de algo inexorável às complexificações sociais. Fizemos um alerta: judicialização da política, de modo algum, se assemelha a politização da justiça.

Para entendermos este último, invocaremos primeiramente o diagnóstico-*mapping*<sup>281</sup> proposto pelo Professor Aroso Linhares, onde poderemos compreender (explorar) os pensamentos jurídicos contemporâneos de modo a categorizar as intenções de realização e os tipos de racionalidade adotadas por cada *grelha*. Neste diagnóstico, composto por três *critérios grelhas*, teríamos na base (i) três propostas de diferenciação das perspectivas de compreensão da juridicidade, baseadas no (i.i) normativismo, no (i.ii) funcionalismo, podendo ser (i.ii.i.) sistêmico ou (i.ii.ii.) material e no (i.iii) jurisprudencialismo.<sup>282</sup>

O (i.i) normativismo jurídico já o conhecemos. Através dele pudemos contrapor a Tese de Dworkin neste presente Trabalho, e tivemos a noção da discricionariedade. O (i.iii) jurisprudencialismo parte de uma proposta pós-positivista, e pudemos entender como ela nega a lógica-dedutiva e o esquema silogístico-subsuntivo, pautado em uma filosofia e metodologia jurídica que transcendem o *Direito apenas como regras*. Nos resta o (i.ii) funcionalismo jurídico. Destarte, aqui há uma cisão, com consequências diretas no que desrespeito a autonomia do Direito.<sup>283</sup>

Nesta compreensão de juridicidade (ou Teoria do Direito) o Funcionalismo divide-se em duas modalidades principais, como sendo o Funcionalismo material (i.ii.ii.) e o Funcionalismo Sistêmico (i.ii.i.). Este último opera em um *sentido autopoietico estrito*<sup>284</sup>, alcançando sua autonomia à medida que sustenta um sistema normativamente fechado e cognitivamente aberto, havendo preocupação com as fontes e com a própria manifestação do Direito.<sup>285</sup> Graças à sua autorreferenciabilidade, possui condições de consagrar todos os

---

<sup>280</sup> Barroso (2009: 3).

<sup>281</sup> Linhares (2016: 227-228).

<sup>282</sup> Para maior compreensão de tal diagnóstico, vide Linhares (2016: 227-235).

<sup>283</sup> “[...] autonomia que um sistema lógico-conceitualmente dogmático de normas constituiria e desenvolveria numa sua específica racionalidade.” Neves (1998A: 70).

<sup>284</sup> Neves (2010B: 223).

<sup>285</sup> O conceito de sistema, segundo Luhmann, seria “[...] uma série de eventos relacionados um ao outro, ou de operações. No caso de seres vivos, por exemplo, esses são processos fisiológicos; no caso de sistemas psíquicos, os processos são ideias; e em termos de relações sociais, são comunicações. Os sistemas se formam ao se distinguirem do ambiente, no qual esses eventos e operações ocorrem, e que não pode ser integrado a suas estruturas internas”. Bechmann; Stehr (2001: 190).



modos que entende relevante para sua constituição (entenda-se critérios – doutrina, jurisprudência, etc.), levando em consideração os já constituídos.

Aqui há um movimento circular entre os critérios. Embora o sistema seja aberto cognitivamente, deve ele contar com uma clausura normativa (o sistema fará um filtro normativo), porque diferentemente do funcionalismo material, o funcionalismo sistêmico deverá ser livre de fins, privilegiando o programa condicional. Deste modo, certas comunicações interessarão ao sistema, outras não. Quando uma legislação possui fins, ela é política e não jurídica (como vimos em Dworkin). A função do sistema jurídico então seria assimilar o problema que se manifesta por meio de comunicações entre subsistemas do ambiente (podendo ser não necessariamente jurídico – cognitivamente aberto) e simplificá-los em um raciocínio estritamente jurídico (normativamente fechado).

Entretanto, o que de fato nos interessa neste trabalho seria a modalidade do Funcionalismo Material – mais especificamente o Funcionalismo Material Político<sup>286</sup>. Como no pragmatismo (criticado por Dworkin), o Funcionalismo Material assume uma “*determinação/razão*<sup>287</sup> *instrumental e se recusa explícita ou implicitamente a possibilidade de uma experiência autônoma*”<sup>288</sup>. Fazendo uso de uma racionalidade que originalmente não lhe pertence (razão instrumental<sup>289</sup>) e sendo orientado por efeitos, o Funcionalismo Material privilegia a contingência dos elementos para que objetivos predeterminados sejam alcançados. O Direito se torna meio, e não fim. Veremos o aspecto metodológico-operacional no próximo tópico.

As *exigências práticas*<sup>290</sup> são condições essenciais e contam como critério de possibilidade e existência do Funcionalismo Material, especialmente o Político. A racionalidade política produz o decisionismo político. O Direito perde sua autonomia neste caso, pois serve programas e fins que não são os seus.<sup>291</sup> Recepcionar demandas econômicas ou políticas não significa utilizar-se de um raciocínio econômico ou político para findá-las.

---

<sup>286</sup> Segundo o Professor Castanheira Neves, seu objetivo seria “*afirmar que ao direito compete imediatamente e no seu específico sentido objectivo político – o seu objectivo constitutivo seria a realização normativa de um particular projecto e de uma teleologia políticos*”. Neves (1998A: 106).

<sup>287</sup> Neves (1998A: 77).

<sup>288</sup> Linhares (2012: 17).

<sup>289</sup> Neves (1998A: 72).

<sup>290</sup> Neves (1998A: 70).

<sup>291</sup> Nas palavras do Professor Castanheira Neves: “*A política enquanto a intenção e a acção específicas do imediato finalismo estratégico ou de oportunidade ideológico-social e actuado por um poder organizado de governo [...]*”. Por outro lado, “*o direito é a modalidade Axiológico-normativa fundamental de o político ou a expressão da validade axiológica-normativa da própria comunidade – e a radicar, em último termo, em valores humanos que conformam o próprio politicum comunitário.*” Neves (1999: 32).

O problema é assumido pelo Direito (desde que seja juridicamente relevante, obviamente) e racionalizado juridicamente, satisfazendo as necessidades do próprio Direito (vivo e imanente à certa comunidade). Este modelo de funcionalismo politiza a justiça, e essa politização se concretiza com *arguments of policy*. É exatamente isso que entendemos ser o ativismo judicial, como fundamentaremos mais detalhadamente nos próximos tópicos.

Dada a composição do quadro acima, no final da década de 60, juristas da Universidade de Harvard iniciaram um debate acerca da (im)possibilidade da desvinculação entre Direito e Política, surgindo então o movimento *Critical Legal Studies*,<sup>292</sup> tendo como núcleo duro desta primeira geração Roberto Mangabeira Unger e Duncan Kennedy. Reforçamos que a maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento de sua cientificidade já havia sido diagnosticada como o principal aspecto detectado por Schlesinger à sua época.<sup>293</sup> Neste próximo tópico, veremos como parte do Funcionalismo Material (os *Critical Legal Scholars*) entendem o Direito e operam os materiais jurídicos para a efetivação de seus objetivos.

#### 4.3. Decisionismo Político e Maleabilidade dos Ingredientes Jurídicos

O conceito invocado neste tópico nos leva às propostas introduzidas no campo acadêmico pelos *Critical Legal Scholars*, particularmente em sua primeira geração, nos estudos de Duncan Kennedy<sup>294</sup>, para apontar o então problema do estrito raciocínio lógico-dedutivo, através de uma crítica ao pensamento jurídico liberal em seu núcleo formalista.<sup>295</sup> Os *Critical Legal Scholars* são herdeiros direto do Realismo Jurídico: possuem extrema preocupação com as consequências sociais de suas decisões.

---

<sup>292</sup> Filho (2019: 35).

<sup>293</sup> Teixeira (2012: 39). Vide também nota 250.

<sup>294</sup> Nos interessa trazer Kennedy ao debate justamente porque embora ele houvesse identificado o mesmo problema que Dworkin (de modo completamente diferente) na lógica operacional do formalismo, ambos tomarão posturas opostas em suas Teorias. A postura de Kennedy pode ser melhor entendida quando identificamos em sua teoria um *Direito que é sempre política e em uma jurisdição que é sempre ideologicamente comprometida* (Linhares, 2016: 236-237), pois o “sonho nobre” da Teoria Dominante é autodestrutiva pelo próprio modo como os juízes raciocinam – posto que tal raciocínio estaria longe de se resumir lógico-dedutivamente. Vide La Torre (2015) – “*Between Nightmare and noble dream: judicial activism and legal theory*”, in Coutinho; La Torre; Smith (eds.) “*Judicial activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*”, *ius gentium: comparative perspectives on law and justice*, vol. 44, Cham, Springer, 6.

<sup>295</sup> Gaudêncio (2016: 120).

Em sua segunda geração, sob argumentação de um dos principais representantes da escola, Jack Balkin, retratando a ambivalência do Direito, baseado na existência de aspectos *i)* benéficos e *ii)* prejudiciais (simultaneamente) na sua busca por justiça através da sua legitimação; naquele primeiro aspecto preservando e promovendo seus objetivos na construção de uma ordem social justa, já no segundo, oposto e avesso àquele, na sua capacidade de se afastar desses objetivos, oferecendo um sistema injusto e capaz de destruir seres humanos, através desta mesma legitimação.<sup>296</sup>

A espinha dorsal da crítica dirigida ao pensamento jurídico liberal e seu núcleo formalista, está no fato de que o Direito usualmente tenderia a refletir os interesses das classes dominantes e dos “mais poderosos” à custa de interesses das classes oprimidas e dos “mais fracos”. As injustiças que emanariam deste contraste seriam reforçadas e disfarçadas pelas instituições e pelos argumentos jurídicos na justificação pela Lei, pelo raciocínio jurídico exigido pelo modelo que o rege, pela imparcialidade jurídica, pela regularidade processual e pelos valores inerentes ao Estado de Direito.<sup>297</sup> Assumir então uma atividade interpretativa tradicional seria ao mesmo tempo coadunar com este desequilíbrio.

Por isso, na proposta de Kennedy encontraremos um conflito entre “*The Law*” e “*How I Want to Come Out*”, sendo este último uma expressão que, dentre outros sentidos, expressaria uma certa intenção judicativa, resposta da comunidade (jurídica ou local) à certa decisão e/ou determinada expectativa que preveja o eventual resultado de um recurso, que utilizando-se da *maleabilidade* e *plasticidade* dos critérios jurídicos se possa alcançar soluções diferentes daquelas já previstas legalmente,<sup>298</sup> através de um sentido moldado (adaptado) desses critérios a fim de prosseguir efeitos ideologicamente orientados, com repercussões objetiváveis em efetivos resultados.<sup>299</sup>

Neste ínterim, na tentativa do juiz em (re)estabelecer o equilíbrio social e ao mesmo tempo estando ele em uma posição que se encontra entre a liberdade e o constrangimento (este último vinculado à letra da Lei) e ainda, estando submetido à neutralidade que é tradicionalmente atribuída a função judicativa, Kennedy diferenciou três posturas adotadas por juízes, dando preferência ao *constrained activist judge*, reconhecendo ainda as posições

---

<sup>296</sup> Balkin (2008: 1-2).

<sup>297</sup> Balkin (2008: 3).

<sup>298</sup> Gaudêncio (2016: 126-127).

<sup>299</sup> Gaudêncio (2016: 120).

de *difference splitting judge* e *bipolar judge*.<sup>300</sup> Em um primeiro momento, o *constrained activist judge*, orientado pelas “*legal rules*” aceitaria a fidelidade interpretativa e teria a clara percepção de qual critério seria aplicável ao caso concreto. Entretanto, se estivesse diante de várias possibilidades interpretativas possíveis ou se aquela fidelidade interpretativa ou critério autoevidente implicasse um resultado materialmente injusto, ele agiria para mudar o significado dos materiais no sentido de sua opção ideológica, fazendo parecer como resultado de sua decisão aquele que em um primeiro momento fora previamente determinado pelo critério utilizado.<sup>301</sup>

Como bem já vimos, em *Concept Of Law*, Hart propôs que as normas possuem um “núcleo de certeza e “uma penumbra de dúvida” (ou área de textura aberta). Naquela primeira, a interpretação seria plenamente determinada, ao passo que nesta segunda, dada a indeterminação normativa inerente ao problema da limitação linguística (muitos signos para poucos significados) e conseqüentemente normativa-textual,<sup>302</sup> a discricionariedade acabaria por ocorrer como que de modo inevitável. Ainda nesta concepção, poderíamos dizer então que quando a cognição de um sentido dado como correto para aquele núcleo de certeza ocorrer quase que de modo automático ou quando a escolha de uma interpretação for altamente previsível (não exigindo assim grandes esforços) estaríamos diante da determinação.<sup>303</sup>

Mas para Kennedy a determinação e a indeterminação normativa ganham outro significado. Tais atributos não são qualidades inerentes à norma. Deste modo, a determinação ou indeterminação dependerão do *trabalho jurídico* a ser realizado pelo operador e a «resposta correta»<sup>304</sup> para o caso concreto seria resultado da *mobilização*

---

<sup>300</sup> A postura de *difference splitting judge* ocultaria a estratégia ideológica do juiz dando-lhe a aparência neutral quando este assumisse uma posição centrista, mobilizando critérios e elaborando uma solução que venha a satisfazer as necessidades de ambos os lados. Já o *bipolar judge* seria neutro ideologicamente porque alternaria entre as posições definidas pelas ideologias em conflito podendo assumir uma delas e agir como ativista. Filho (2019: 36-37); Gaudêncio (2016: 135-137); Kennedy (2008: 162-163).

<sup>301</sup> Gaudêncio (2016: 135-136); Kennedy (1996: 793, 807).

<sup>302</sup> A respeito da indeterminabilidade global: “*In all fields of experience, not only that of rules, there is a limit, inherent in the nature of language, to the guidance which general language can provide [...]*” – Hart (1994: 126). Ainda neste mesmo sentido: “[...] *relative ignorance of fact e relative indeterminacy of aim.*” – *Ibidem* (128). O próprio Kennedy reafirma esta tese: “*For positivists, it seems to me, it should be important that for both Hart and Kelsen, the existence of an area of indeterminacy is inevitable for every single norm [...]*” – Kennedy (2008: 154-155).

<sup>303</sup> Kennedy (2008: 155).

<sup>304</sup> De modos distintos e em sentido diverso ao desenvolvido por Dworkin, Hart e os *Critical Legal Scholars* rejeitam a ideia da única resposta ou interpretação correta como imanentes. Vide Hart (1994: 131,132,135,136, 151,257); Gaudêncio (2016: 123); e ainda Kennedy (2008: 160, 170). Ademais, “*Discretion should be confined*

*estratégica* dos materiais jurídicos, correspondendo as preferências ideológicas do agente em seu trabalho interpretativo, transformando a apreensão inicial de que esses materiais exigiriam (no modelo padrão positivista de interpretação) em um resultado orientado por predileções extrajurídicas.<sup>305</sup> Ao adotar uma estratégia interpretativa, o juiz poderia se comportar de três modos: *i*) surpreender a comunidade (jurídica ou local) com um resultado diverso daquele que se apresentou inicialmente como auto evidente utilizando-se, evidentemente, de argumentos jurídicos; *ii*) transformar uma decisão que se mostre como discricionária em uma decisão que se enquadre no núcleo (com resultado específico) e por fim um comportamento oposto a este último, *3*) movendo a interpretação do núcleo para a penumbra, fazendo com que o resultado inicialmente tido como auto evidente se desloque para a situação onde se permita a discricionariedade judicial.<sup>306</sup>

Este *trabalho jurídico* ocuparia uma posição intermediária entre a cognição da Lei obrigatória e o poder discricionário que discerne o Direito de acordo com a preferência legislativa.<sup>307</sup> A mera cognição da Lei não cria o Direito, apenas o aplica. A discricionariedade de Hart por sua vez teria o condão de *criar* Direito – criação objeto de profusos constrangimentos impostos pelo próprio Direito e que estreitam a escolha do juiz, limitada a um efeito microscópico, ou seja, ao caso *sub judice*, não estando autorizado o juiz a realizar reformas em grande escala, papel exclusivo do poder legislativo eleito democraticamente.<sup>308</sup> Dworkin sustentou um tratamento diferenciado as normas, selecionadas a partir da experiência do caso, em uma espécie de função normativo-concretizadora. As diferenças entre as teorias de Hart e Dworkin, já as sabemos.

Mas e quanto aos *Critical Legal Scholars*? A crítica de Dworkin também se expandiu às visões desconstrutivistas, geradoras de indeterminações em seu sentido mais radical. Isso porque, de fato, são perspectivas que se recusam a dialogar com sua Tese. O

---

*to special situations. Interpretive discretion is a necessary condition for any system of interpretation, but it is not a sufficient condition. Various systems of interpretation, primarily subjective and textualist, justify their approaches by claiming to avoid the use of judicial discretion. [...] I maintain that two judges may reach two opposing, reasonable results. From a systemic point of view—and this is the proper point of view—there is no single, unique solution. Even from the point of view of the individual judge, until ruling on a matter, he or she retains choice. [...] Only upon adjudication does a single legal possibility exist. Judicial discretion exists.”* Barak (2005: 207; 209).

<sup>305</sup> A essa mobilização estratégica Duncan Kennedy atribuiu o nome de “*legal work*”. Vide Kennedy (2008: 158).

<sup>306</sup> Kennedy (2008: 159).

<sup>307</sup> Kennedy (2008: 161).

<sup>308</sup> Hart (1994: 253, 254, 273).

ceticismo interno<sup>309</sup> se caracteriza por seu interesse na substância das afirmações que contesta, ou seja, ele se baseia em uma atitude igualmente interpretativa (embora geral) para se contrapor as outras possíveis interpretações de determinado objeto.<sup>310</sup> Se um cético interno estiver debatendo sobre o sentido correto de determinada regra, ele não afirmará que nenhum argumento poderia ser objetivamente correto, mas que no caso debatido, sua concepção cética seria a melhor resposta, levando em consideração que neste caso em específico nenhuma interpretação poderia oferecer uma resposta adequada, graças a um forte dissenso estabelecido naquela comunidade, por exemplo. Assim sendo, os céticos internos não podem ser céticos sobre toda a moralidade, há uma certa limitação. Isso porque terá de se reconhecer a verdade de alguma asserção geral, para que assim possam estabelecer o seu ceticismo sobre outras asserções morais, posicionando-se dentro da moralidade substantiva de primeira ordem. De modo sintético: baseiam-se na moralidade para atacarem a moralidade.<sup>311</sup>

Nos resta cristalina a conclusão de que, pelas vozes que estudamos até o momento, quer seja na mera cognição da Lei obrigatória (ou no exercício discricionário), quer seja no *trabalho jurídico* ou na atividade interpretativa, a realização do Direito estará sempre sujeita a limitações, seja pela *ratio, intentio, jus, standards*, pela moral ou pelo seu próprio sentido. Essas limitações servem como uma fronteira que separam dois caminhos com destinos opostos: o caminho da *legalidade* e o da *arbitrariedade*. Estando ausente a aludida divisa, estará também extinto o Direito. E por isso, acreditamos que mesmo no *trabalho jurídico* (e seu conseqüente ativismo), ao manusear os critérios legalmente constituídos de acordo com as preferências subjetivas e ideológicas do julgador, estando ele simultaneamente constrangido a esses mesmos critérios – como no caso do *constrained judge* –, não haveria de se pensar em arbitrariedade. Primeiro porque a decisão se fundamenta no Direito. Segundo porque uma vez prejudicado o *trabalho jurídico* (seja pela clareza normativa que

---

<sup>309</sup> A ideia de ceticismo em Dworkin surge vigorosamente em “*Law’s Empire*” e em “*Objectivity and Truth: You’d Better Believe It*”, quando confrontada sua «*One Right Legal Answer Thesis*»<sup>309</sup>. A negação de sua Teoria da Única Resposta Correta tornou-se o núcleo duro do ceticismo que será veementemente criticado pelo autor, e a partir desta crítica, passou a elaborar sua distinção entre o ceticismo interno e externo. Vide Dworkin (1986: 76-85).

Ora, ao sustentar uma tese de que de fato, não há uma única resposta correta no plano do ceticismo interno, inevitavelmente o cético teria que desenvolver argumentos tal como Dworkin desenvolveu em favor de sua Tese da Única Resposta Correta; ambos estariam movimentando argumentos em um mesmo plano: interno, ético e discursivo.

<sup>310</sup> Dworkin (1986: 78-79).

<sup>311</sup> Dworkin (2011: 30-32).

impeça ou dificulte o trabalho, seja pela incompetência do intérprete) o juiz abrirá mão da mobilização dos ingredientes jurídicos. Expus, no tópico anterior, o que entendo ser ativismo judicial. Neste ressaltado que não estou convencido que uma postura ativista (no sentido que defendo) seja sinônimo de uma postura arbitrária. Portanto, a conclusão se faz necessária. Para tanto, a dividimos em duas partes que se seguem.

## 5. Deslinde de um problema semântico (?)

Aproveitando o espaço este tópico nos reserva, dividirei as conclusões em duas partes. Iniciarei, portanto, expondo meu entendimento acerca de certos conceitos – no sentido que este trabalho me exigiu. Deste modo, nos moldes de minha particular compreensão, darei sentido aos conceitos de «*arbitrio*», «*escolha*», «*discricionariedade*», «*arbitrariedade*», e «*ativismo judicial*».

Para tanto, pensemos em duas dimensões que tenham como referencial o mesmo sujeito e que tais dimensões quando invocadas pudessem produzir efeitos que exigiriam uma resposta diferente do Direito (mesmo que essa resposta seja de que tal efeito não se revele juridicamente relevante), chamá-lo-íamos então de uma dimensão subjetiva (interna ao sujeito) e a outra de dimensão intersubjetiva (externa e correlacionada a outros sujeitos). A primeira, autônoma e independente, possuiria *relevância relativa* para o Direito e existiria mesmo na ausência deste, ao passo que a segunda além de lhe provocar uma resposta, sobrevive graças à própria existência do Direito.

Entendemos o «*arbitrio*» como sendo o conceito mais geral (e fundamental) dentre os demais e aquele que embora esteja associado à *voluntas* anteceda a própria noção de *escolha* (condição que é somente atribuída ao Homem – como ser racional)<sup>312</sup>. O conceito de arbitrio em Kant, traduz o exercício da *vontade* em condições reais e com toda sua contingência, ou seja, como *possibilidade* de *escolha* vinculada a *dimensão subjetiva do sujeito*.<sup>313</sup> Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin o confrontou com princípios que regem a responsabilidade do livre-arbitrio, chegando a afirmar “*que todos temos responsabilidade judicatória pelas nossas decisões,*<sup>314</sup> [...] *a responsabilidade ética geral de viver bem.*<sup>315</sup>

Mas o arbitrio implica em «*escolha*». E esta se revelaria como sendo a *preferência subjetiva*, manifestação de *vontade*, justificada na própria *dimensão interna*, vinculada apenas ao *inteligível* (embora possa gerar efeitos na *dimensão externa* do sujeito, no *mundo sensível jurídico e eventualmente não-jurídico*). Até aqui, as justificações se limitam à

---

<sup>312</sup> Kant (2007: 93).

<sup>313</sup> Kant (2007: 13-117).

<sup>314</sup> Dworkin (2011: 254).

<sup>315</sup> Dworkin (2011: 255).



imanência do sujeito, não havendo qualquer subordinação ou vinculação às regras, padrões ou critérios externos a ele.

Por conseguinte, entendemos a «*discricionariedade*» como sendo uma *escolha dotada de prudência*,<sup>316</sup> orientada e autorizada pelo *Direito*, motivada e condicionada a uma *justificação-fundamentação* pela *dimensão externa* (*seja por alguma autoridade ou pelo próprio Direito*). Vincula-se e submete-se ao *mundo sensível*, embora seja *constituída na dimensão interna do sujeito*. Está associada ao substantivo *discrissão*, como capacidade de discernimento, prudência e desinteresse a tudo que lhe é alheio.

Por fim, temos a «*arbitrariedade*» como algo *constituído e fundamentado na dimensão interna do sujeito*, por *preferência subjetiva*, mera manifestação de *vontade*, vinculada apenas ao *inteligível* (embora *gere efeitos na dimensão externa, no mundo sensível jurídico*). O que temos que ter em conta, é que neste caso, a ação *não é orientada e nem autorizada pelo Direito*; não se motiva e não se condiciona a uma *justificação-fundamentação jurídica* (*seja legem ou ius*). Tal ato no espaço do Direito será sempre *ilegal*, independentemente da “*boa vontade*” Kantiana.<sup>317</sup>

E por ser o Direito um fenômeno social e por sofrer contingências histórico-culturais, capazes de alterar suas funções prático-históricas e gerar variações em seu sentido de validade, formas distintas de identificação e realização deste fenômeno permitem um debate técnico-acadêmico que parece não findar. O formalismo radical demonstrou-se insuficiente, tendo em vista que a mera aplicação lógica dedutiva da norma nada resolveria, devendo também intervir ao menos uma certa *faculdade de juízo*<sup>318</sup>.

Assim, na dicotomia entre o «*ser*» e o «*dever ser*», entendemos que o juiz no processo judicativo jamais resolveria o problema de determinado caso concreto através de sua «*escolha*», pois estará ele sempre comprometido, constrangido e limitado pelo Direito. Na verdade, sua escolha de nada deveria importar ao Direito. Como vimos, a escolha é um processo interno e subjetivo do julgador, desvinculada de qualquer orientação externa ao sujeito. Assim sendo, na decisão judicial, o critério será movimentado por subsunção, por um processo interpretativo ou pela analogia – não dependendo assim da escolha subjetiva do julgador, porque naquela o processo se dará de modo automático e nestas o próprio

---

<sup>316</sup> Hart (2013: 656-657).

<sup>317</sup> Kant (2007: 21-38).

<sup>318</sup> Neves (1995B: 169).

problema que o caso traz invoca o problema que a norma resolve. Na ausência/indeterminação do critério, ainda orientado e limitado por um certo *sentido*, o juiz criaria Direito através da «*discricionariedade*» (segundo Hart e Barak) – não através da escolha, e sim da discricção. Teremos sempre em mente que o juiz não escolhe, ele *decide*<sup>319</sup>.

Portanto, se durante o processo de exteriorização da *discricção* do julgador no processo decisório (instante em que estará na mesma dimensão do Direito e passará a ter relevância), houver justificação e fundamentação no Direito, transformar-se-á automaticamente em «*discricionariedade*»; por outro lado, se durante o processo de exteriorização estivermos diante de uma «*escolha*» subjetiva do julgador (ainda que dotada de discricção) – traduzida na *preferência subjetiva*, manifestação de *vontade*, justificada na própria *dimensão interna* – e havendo posteriormente a preservação dessas mesmas características, ou seja, não houver correção por meio da orientação, justificação e fundamentação no Direito (situação evidentemente não autorizada por ele) transformar-se-á em «*arbitrariedade*».

No que tange ao *legal work*, não sendo ele arbitrário, nem discricionário (porque o trabalho não depende da determinação ou indeterminação *à la* Hart) e tampouco um processo subsuntivo, o que seria então? Pois bem, me parece que a preferência subjetiva que produza uma sentença ideologicamente orientada, corresponde a uma (*pre*)determinada «*escolha*» do julgador. Entretanto, no caso do *trabalho jurídico* e segundo os próprios *Critical Legal Scholars*, haverá correção por meio da orientação, justificação e fundamentação no Direito (pois caso não haja, como já bem vimos, será arbitrária). O Direito como estratégia política (ou a *politização da justiça*) representa indubitavelmente: 1) «*escolha*» (*preferência subjetiva e manifestação de vontade*), 2) utilização de *arguments of policy* a nível político e 3) fundamentação no Direito. Temos então, como exemplo do *trabalho jurídico* e fruto dessa associação o único resultado possível ao meu ver: ativismo judicial.<sup>320</sup>

---

<sup>319</sup> Lênio Streck nos faz uma distinção, segundo seu entendimento, entre *decisão* e *escolha*: “[...] A decisão não se dá a partir de uma escolha, mas a partir do comprometimento de algo que se antecipa, ou seja: aquilo que a comunidade política como um todo constrói como Direito. A escolha por sua vez, é sempre parcial, ou seja, um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância.” – Streck (2010: 97-98).

<sup>320</sup> Lênio Streck se aproxima da posição defendida neste trabalho, tendo em vista que de um modo geral, relaciona o ativismo judicial à vontade do julgador, ou em outras palavras, as decisões judiciais estariam fundamentadas em um critério de vontade daquele que julga. Assim, “A utilização da terminologia (*judge-made law*) para caracterizar a fase ativista da Suprema Corte norte-americana, nesse contexto, é um tanto

5.1. Haveria ainda um capítulo na *chain of law* reservado ao ativismo judicial?

Início a segunda parte de nossa conclusão com uma afirmação inquestionável: temos um impasse. Por um lado, a Teoria Interpretativa de Dworkin dirá que nenhuma proposição política será considerada um direito (*legal right*), a menos que esse direito político tenha relevante peso frente a uma meta coletiva (*legislative rights*) em demandas opostas.<sup>321</sup> Isso quer dizer que:

i) Proposições que descrevam direitos individuais (fundamentados em *arguments of principle*, e por conseguinte em uma certa moralidade política) sempre estarão inseridos em um contexto jurídico, pertencente ao espaço do Direito, chamados de *legal rights*. Uma segunda possibilidade, ainda no espaço do Direito, seria o caso de um *political right*, quando contraposto a um *legislative right*, possuir maior peso e força, podendo então ser individualizado e convertido em um *legal right*, através de *arguments of policy* na dimensão legislativa, fundadas em *arguments of principle* em sua projeção jurídica.<sup>322</sup>

ii) Proposições que descrevam objetivos políticos coletivos (*political rights*), quando possuir menor peso e força quando contraposto a determinada meta coletiva (*legislative rights*), não serão consideradas um direito (*legal right*), pois se tornaria prejudicada sua individualização. Estará no espaço do Direito, segundo Dworkin, apenas na ocorrência exposta em i);

iii) Proposições que descrevam metas coletivas (*legislative right*), segundo Dworkin, jamais serão consideradas direitos (*legal rights*), visto sua impossibilidade de individualização em demandas opostas. Não se encontram no espaço do Direito, mas da Política.

Vimos que no funcionalismo material, a exemplo dos *Critical Legal Scholars*, o Direito será utilizado como meio para execução de estratégias, atingindo programas e metas

---

quanto esclarecedora, especialmente aliada à questão da vontade. De fato, quando a decisão judicial passa a ser uma questão de vontade, então, não há outro direito a seguir, senão o construído pelo Judiciário, isto é, criado pela vontade de quem julga (a lei da vontade). Essa postura rompe com a noção de rule of law, na medida em que, a partir disso, em suas manifestações, o juiz sempre exercerá sua discricionariedade [...]” - Lepper; Tassinari; Streck (2015: 58).

<sup>321</sup> Vide nota 188.

<sup>322</sup> Vide nota 188. Ademais, conforme o Professor Castanheira Neves: “Solução ou decisão jurídicas que admitiriam também *arguments of policy* a nível legislativo, mas que se deveriam fundar só em *arguments of principle* a nível judicial.” Neves (1995A: 75).

ideologicamente constituídas. Aqui, por intermédio do *trabalho jurídico*, mobilizando os materiais disponíveis por dado «sistema» (valendo-se da plasticidade e da maleabilidade desses ingredientes), o operador forçará – na medida do possível – a individualização de determinada meta coletiva, utilizando-se de *arguments of policy* ao nível Político-legislativo para tentar individualizá-lo, divergindo e contraditando a posição de Dworkin. Para exemplificar, proponho dois exemplos de demandas judiciais: (i) a primeira prevê a judicialização da saúde; (ii) a segunda, a judicialização da habitação, obrigando o Estado a fornecer tratamento médico e moradia, respectivamente, de modo gratuito – ambas no contexto jurídico brasileiro.

O artigo 6º da Constituição Federal do Brasil, prevê, dentre outros Direitos Sociais, o direito à saúde e à moradia. Logo, encontramos correspondência na Carta Magna (que é política e jurídica) para justificar, em um primeiro plano, tais apelos. Entretanto, a primeira trata-se de um objetivo coletivo (direito material), ao passo que a segunda, de uma meta coletiva (direito formal). Explico o porquê. Os artigos 198 e 200 da própria Constituição Federal Brasileira, em conjunto com a Lei nº 8.080/90, tratam do Sistema Único de Saúde, possibilitando saúde gratuita a qualquer cidadão, inclusive aos estrangeiros que estiverem em território brasileiro. Por conseguinte, não há qualquer outro dispositivo, constitucional ou infra, que garanta moradia gratuita a qualquer cidadão. Portanto, temos evidenciado um objetivo político no primeiro caso (potencialmente individualizável) e uma meta coletiva no segundo (impossibilidade de individualização). Isto posto, fragmentaremos o processo decisório em três momentos: *a índole intencional*<sup>323</sup>, *a racionalidade*<sup>324</sup> e *a fundamentação*.

Começemos por Hércules. No que tange a sua índole intencional, poderíamos dizer que teria como desígnio a realização do Direito, com a intenção de concreto cumprimento da normativa validade jurídica.<sup>325</sup> Sua racionalidade, ou seja, a relação pensada entre uma coisa e outra,<sup>326</sup> mobilizando discursos articulados intencionalmente entre sucessivos elementos<sup>327</sup>, seria metodológico-jurídica – acompanhando a sua índole intencional. Haveria adequação e correspondência entre sua decisão e o «sistema», e sua fundamentação se pautaria em genuínos *arguments of principles* ou na projeção jurídica dos *arguments of*

---

<sup>323</sup> Como nos ensina o Professor Castanheira Neves em (Neves: 1995A: 12-34).

<sup>324</sup> Neves (1995A: 34-81).

<sup>325</sup> Neves (1995A: 21).

<sup>326</sup> Neves (1995A: 34).

<sup>327</sup> Neves (1995A: 30).

*policy*. Aqui, o juiz deferiria o pleito no primeiro exemplo, e negaria o segundo, tendo em vista que a projeção jurídica de *arguments of policy* deve se limitar apenas em objetivos políticos com peso e força maior que metas coletivas, o que não ocorre no exemplo em questão.

Depois, pensemos em um juiz ativista. Decerto, ele tomaria como propósito a tentativa da realização do Direito, com a institucional e funcional índole político social.<sup>328</sup> Sua racionalidade iria acompanhar sua intenção quanto a realização do Direito, tomando formas distintas a depender de seu projeto ideológico, podendo se converter em metodológico-político, metodológico-econômico, metodológico-tecnológico, etc. Segue sempre uma agenda ideológica, entretanto, como retratamos, o juiz ativista deverá obter uma correspondência/adequação de sua decisão ao «sistema», e, portanto, para com *o Direito*. No segundo exemplo, ele tentará mobilizar o máximo possível os ingredientes que compõem o «sistema» na tentativa de individualizar uma meta coletiva (*political right*), a transformando em um direito individual (*legal right*), utilizando de *arguments of policy* ao nível Político-legislativo, na tentativa de reverter o *status quo* de um grupo de cidadãos privados do direito à moradia. Entretanto, vimos que uma vez prejudicado seu *legal work*, dada a dificuldade de tal tarefa, ele deverá abrir mão da mobilização desses ingredientes e dos argumentos utilizados, passando então a utilizar genuínos *arguments of principle*, imitando o comportamento de Hércules, e no caso em questão, indeferir o pleito. Um juiz ativista poderia também, mobilizando os materiais disponíveis e utilizando-se de *arguments of policy* ao nível Político-legislativo, buscar a individualização de determinado objetivo político com peso e força inferior às metas coletivas.

Teríamos ainda um terceiro tipo de juiz: o arbitrário. A inadequação (em seu discurso ou na decisão, *strito sensu*<sup>329</sup>) ou mesmo a ausência de fundamentação, independentemente de sua índole intencional ou racionalidade, implicaria em uma decisão desvinculada do universo jurídico, nada mais sendo que uma simples demonstração de sua *preferência subjetiva*, mera manifestação de sua *vontade*. Ele poderia deferir ou negar o tratamento médico e a moradia aos requerentes, tendo em vista que neste ponto, não nos referimos mais ao Direito.

---

<sup>328</sup> Neves (1995A: 21).

<sup>329</sup> Neves (1995A: 30,32).

Notamos uma diferença abissal entre Hércules e o juiz ativista. Mas isso não seria tudo. Teríamos ainda uma dualidade na compreensão dos princípios entre ambos: Dworkin acredita na objetividade do valor, não importando as discordâncias que temos quanto aos princípios, desde que os reconheçamos como aspirações que fundamentam nossas relações sociais e conseqüentemente o Direito, de modo que devemos observá-los à sua melhor luz. A busca pela coerência e integridade nesse exercício é o ponto fulcral de sua teoria. Por outro lado, o ativismo judicial pressupõe subjetividade e contradições nos princípios, de modo que os mesmos poderiam ser usados para manter ou alterar posições sociais previamente estabelecidas por uma descompensação do próprio «sistema», e conseqüentemente do Direito.

Entendemos que o debate quanto a origem e índice de incidência do ativismo judicial em Tribunais Constitucionais ser maior que em Tribunais e juízos de base não faz qualquer sentido. Primeiro, porque como pudemos verificar, grande parte dos atos do Supremo Tribunal Federal tidos como ativistas, eram (em sua essência) constitucionalmente legais. Isso nos indica, que o ativismo não está relacionado ao ato em si, mas tão somente à execução de tal ato. Depois, porque Tribunais e juízos de base também estão sujeitos a matérias de cunho político-jurídico, como direitos fundamentais e sociais, por exemplo. Por último, porque também podem exercer o controle difuso de constitucionalidade. Portanto, essa primeira afirmação nos parece equivocada.

À vista disso, não nos parece haver qualquer ligação, tampouco incitação ao ativismo judicial quando nos dedicamos a entender as propostas de Dworkin. Quando projetada em solo brasileiro, sua Teoria se torna incompatível tanto com aquilo que acadêmicos, juristas e professores costumam chamar de *ativismo judicial* quanto com o que entendemos sê-lo. Primeiro porque compartilhamos de tradições diferentes (com poucos – mas existentes – traços de similaridade ao longo da história). Depois, porque Dworkin rejeita expressamente a *contaminação* político-ideológica no espaço do Direito.

Pudemos acompanhar o debate e o confronto de ideias entre as duas posições,<sup>330</sup> e no geral, chegamos à conclusão de que se tratam de concepções antagônicas. O fato é que,

---

<sup>330</sup> Por exemplo: “*Activism is a virulent form of legal pragmatism. An activist justice would ignore the Constitution’s text, the history of its enactment, prior decisions of the Supreme Court interpreting it, and long-standing traditions of our [political culture]. He would ignore all these in order to impose on other branches of government his own view of what justice demands. Law as integrity condemns activism, and any practice of constitutional adjudication close to it.*” Dworkin (1986: 378). Por outro lado: “*Like Dworkin then, Critical Legal Studies may want to eliminate the bad and preserve the good, but is intellectual strategy for achieving*

mesmo havendo tamanha divergência, ambos acreditam, em maior ou menor grau e de acordo com sua particular compreensão, que o projeto da realização do Direito está sendo cumprido, ainda assim, enfrentando a complexidade que o fenômeno jurídico roga para si, seja por qualquer contingência histórico-cultural ou diversidade estrutural e intencional das ordens jurídicas vigentes que compartilham o mesmo período histórico.<sup>331</sup>

---

*those goals differs radically from Dworkin's. Critical Legal Studies takes ideology seriously, while Dworkin does not. For that reason, an analysis of legal ideology cannot accept law as integrity as an unquestioned value because it is quite possible that law as integrity is intimately tied to the very type of ideological thought that we are critiquing. Therefore, the techniques and strategies of Critical Legal Studies cannot be harnessed to serve Dworkin's cause, as he apparently thinks they should be if they are to be deemed worthy and important. They cannot be made subservient to the greater goal of law as integrity, because law as integrity is a possible subject of CLS analysis and critique.*" Balkin (1987B: 432).

<sup>331</sup> Neves (1995A: 13).

## 6. Bibliografia

ALMEIDA COSTA, M. J. de (1996) – “*História do direito português*”, 3ª ed., Coimbra: Almedina.

ALMEIDA, A. G. V. de (2018) – “*Disfuncionalidade sistêmica e o problema da criação judicial do direito*”, RIOS Eletrônica, Revista Científica da Faculdade Sete de Setembro – Ciências humanas e sociais aplicadas, ano 12, nº 20, dezembro, Paulo Afonso, FASETE, 201-212. Disponível em: [https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2018/20/disfuncionalidade\\_sistema\\_e\\_o\\_problema\\_da\\_criacao\\_judicial\\_do\\_direito.pdf](https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2018/20/disfuncionalidade_sistema_e_o_problema_da_criacao_judicial_do_direito.pdf). Acessado em 24 de outubro de 2021.

ARANTES, R. B.; COUTO, C. G. (2019) - “*1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente*”, in *A Carta: Para entender a Constituição brasileira*. André Portela Souza [et al.]; organização Naercio Menezes Filho; André Portela Souza. – 1ª ed., São Paulo: Todavia.

ATIENZA, M. (1989) – “*Sobre lo razonable en el derecho*”, Revista Española de Derecho Constitucional, ano 9, nº 27.

ATIENZA, M. (1997A) – “*Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos*”, Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, nº 6.

ATIENZA, M. (1997B) – “*Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

ATIENZA, M.; RUIZ, M. R. (1991) – “*Sobre principios y reglas*”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [S.l.], n. 10, p. 101-120, nov. 1991. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1991-n10-sobre-principios-y-reglas>. Acessado em 24 outubro de 2021.



AZEVEDO, A. V. (1971) – “*Os assentos no direito processual civil*”, *Justicia*. Ano XXXIII. 3º Trimestre de 1971, volume 74, São Paulo: Ministério Público de São Paulo.

BALKIN, J. (1987A) – “*Deconstructive Practice and Legal Theory*”, *The Yale Law Journal*, vol. 96, n. 4, 743-786. Acessado em 14 de fevereiro de 2021, em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7061&context=yjlj>.

BALKIN, J. (1987B) – “*Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique*”, *Yale Law School*, nº 293. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/sss\\_papers/293/](https://digitalcommons.law.yale.edu/sss_papers/293/). Acessado em 23 de outubro de 2021.

BALKIN, J. (1994) – “*Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice*”, *Michigan Law Review*, v. 92, n. 5, 1131-1186. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3217&context=mlr>. Acessado em 14 de fevereiro de 2021.

BALKIN, J. (2005) – “*Deconstruction’s Legal Career*”, *Cardozo Law Review*, *Yale Law School Faculty Scholarship*, vol. 27, n. 2, 719-740. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/sss\\_papers/238/](https://digitalcommons.law.yale.edu/sss_papers/238/). Acessado em 14 de fevereiro de 2021.

BALKIN, J. M. (2008) – “*Critical Legal Theory Today*”, in Francis J. Mootz, III., ed., *On Philosophy in American Law*, Cambridge Univ. Press.

BARAK, A. (1995) – “*Shikul da`at shiputi*”, cit. na trad. italiana da versão inglesa *La discrezionalità del giudice*, Milano, Giuffrè Editore.

BARAK, A. (2005) – “*Purposive Interpretation in Law*”, New Jersey, Princeton University Press.

BARROS, F. de M. (2008) – “*A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo*”, in: *20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?* Revista do IHJ vol.1, n. 6. Porto Alegre: IHJ.

BARROSO, L. R. (2007) – “*Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*”, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

BARROSO, L. R. (2009) – “*Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*”, Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez.

BARROSO, L. R. (2012) – “*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*”, 6ª ed., São Paulo, Saraiva.

BARROSO, L. R. (2018) – “*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*”, 7ª ed., São Paulo: Saraiva.

BECHMANN, G.; STEHR, N. (2001) – “*Niklas Luhmann*”. Tempo Social: Revista de Sociologia da USP, 13(2):185-200. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12368>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2021.

BENDOR, A. L.; SEGAL, Z. (2011) – “*The Judicial Discretion of Justice Aharon Barak*”, Symposium «Justice Aharon Barak», Tulsa Law Review, vol. 47, 2011, nº 2.

BONAVIDES, P. (2004) – “*Curso De Direito Constitucional*”, 15ª ed., São Paulo: Malheiros.

BOTELHO, C. S. (2010) – “*A tutela direta dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*”, Coimbra, Almedina.

CAMPILONGO, C. F. (2002) – “*Política, sistema jurídico e decisão judicial*”, São Paulo: Max Limonade.

CANOTILHO, J. J. G. (2003) – “*Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*”, 7ª edição, 11ª reimpressão, Coimbra: Almedina.

CONTINENTINO, M. C. (2006) – “*Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica democratizante à prática judicial brasileira*”. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, DF. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/3331?mode=full>. Acessado em 09 de maio de 2021.

COUTINHO, L. P.; LA TORRE, M.; SMITH, S. D. (eds.) (2015) “*Judicial activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*”, *ius gentium: comparative perspectives on law and justice*, vol. 44, Cham, Springer.

DA CRUZ, G. B. (1981) – “*Obras esparsas, volume II: estudos de história do Direito*”, Direito moderno, 2ª parte. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra.

DAVID, R. (2002) – “*Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo*”, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes.

DELGADO, M. G. (2019) – “*Curso do Direito do Trabalho*”, Obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores, 18º ed., São Paulo: LTr.

DWORKIN, R. (1977) – “*Taking Rights Seriously*”, Cambridge, Massachusetts: Harvard University.

DWORKIN, R. (1985) – “*A Matter of Principle*”, Cambridge, Massachusetts: Harvard University.

DWORKIN, R. (1986) – “*Law’s Empire*”, Cambridge, Massachusetts: Harvard University.”

DWORKIN, R. (1996) – “*Objectivity and Truth: You’d Better Believe It*”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25, n. 2 (Spring), Wiley. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/2961920?seq=1#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/2961920?seq=1#metadata_info_tab_contents). Acessado em 10 de outubro de 2021.

DWORKIN, R. (2006) – “*Justice in Robes*”, Cambridge, Massachusetts: Harvard University.

DWORKIN, R. (2011) – “*Justice for Hedgehogs*”, Cambridge, Massachusetts: Harvard University.

FERREIRA, S. L. (2010) – “*A Constituição Reinventada pelas Crises: do Neoconstitucionalismo ao Constitucionalismo Internacionalizado*”. Portal de Periódicos IDP, *Revista Direito Publico*, v. 7, nº 32.

FILHO, J. M. L. (2014) – “*Os Precedentes Judiciais No Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo*”, São Paulo: JusPodivm.

FILHO, R. S. de M. (2019) – “*Ativismo judicial em investida ao estado democrático*”, Porto, Editorial Juruá.

GABEL, P. (1980) – “*Reification in Legal Reasoning*”, *Research in Law and Sociology*, v. 3.

GABEL, P. (2009) – “*Critical Legal Studies as a Spiritual Practice*”, in *Symposium: Is There a Higher Law? Does it Matter?*”, *Pepperdine Law Review*, v. 36, n. 5, 515-534. Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1096&context=plr>. Acessado em 10 de maio de 2021.

GARCIA, G. F. B (2013) – “*Curso de Direito do Trabalho*”, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense.

GAUDÊNCIO, A. M. S. (2012) – “*Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves*”, in Nuno M. M. Santos Coelho; Antônio Sá da Silva (Organizadores), *Teoria do Direito, Direito interrogado hoje — o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*, Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

GAUDÊNCIO, A. M. S. (2016) – “«*The Law*» vs. «*How-I-Want-to-Come-Out*»: crítica da construção da decisão judicial como exercício de determinação ideológico-política na proposta de *Duncan Kennedy*”, in Fernando J. Bronze, J. M. Aroso Linhares, M. Reis Marques, Ana Margarida Gaudêncio (Coord.), *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

GODINHO, M. A.; FILHO, A. A. e MAIA, A. [et. Al.] (2018) – “*Ronald Dworkin: Direito, Política e Pessoa Humana*”, 1ª ed., Florianópolis: Tirant Lo Blanch.

HART, H. L. A. (1994) – “*The concept of law*”, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press.

HART, H. L. A. (2013) – “*Discretion*”. *Legal Theory, Harvard Law Review, December*. 127: 652-665. Disponível em: <[https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127\\_hart.pdf](https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_hart.pdf)>. Acessado em 20 de maio de 2021.

HERKENHOFF, J. B. (1999) – “*Como Aplicar o Direito*”, 5ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense.

HESPANHA, A. M. (2011) – “*Governo da lei ou governo dos juizes? O primeiro século do supremo tribunal de justiça em Portugal*”, *História constitucional*, n. 12. Disponível em <[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2aUKEwjK8ODSqeHzAhVK6RoKHdNxAAEQFnoECAkQAQ&url=https%3A%2F%2F dialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3728635.pdf&usg=AOvVaw1S\\_YaAJ3CJis8wtgAd5ZdR](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2aUKEwjK8ODSqeHzAhVK6RoKHdNxAAEQFnoECAkQAQ&url=https%3A%2F%2F dialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3728635.pdf&usg=AOvVaw1S_YaAJ3CJis8wtgAd5ZdR)>. Acessado em 24/10/2021.

JUNIOR, D. da C. (2016) – “*A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito*”, Portal de Periódicos da UFBA, vol. 26, nº 8, Bahia, 149-169. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/18274/12773>. Acessado em 13 de junho de 2021.

KANT, I. (2007) – “*Fundamentação da metafísica dos costumes*”. Trad. por Paulo Quintela. Edições 70. Lisboa.

KELLOGG, F. R. (2013) – “*What Precisely Is a «Hard» Case? Waldron, Dworkin, Critical Legal Studies, and Judicial Recourse to Principle*”, Discussion Paper for University of Edinburgh Legal, Theory Research Group, The George Washington University. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2220839](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220839). Acessado em 23 de abril de 2021,

KELSEN, H. (1998) – “*Teoria Pura do Direito*”, São Paulo: Martins Fontes.

KENNEDY, D. (1996) – “*Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation*”, Utah Law Review.

KENNEDY, D. (2008) – “*A left phenomenological alternative to the Hart/Kelsen theory of legal interpretation*”, in Duncan Kennedy, *Legal Reasoning: Collected Essays*, David Group Publishes, Aurora, Colorado.

KMIEC, K. D. (2004) – “*The Origin and Current Meaning of «Judicial Activism»*”, *California Law Review*, vol. 92, n. 5. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/3481421?seq=17#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/3481421?seq=17#metadata_info_tab_contents). Acessado em 05 de março de 2021.

LASSALE, F. (2007) – “*A Essência da Constituição*”, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

LEITÃO, M. C. (2016) – “*Ceticismo ao valor e valor do ceticismo na interpretação do direito*”, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro-abril, Unisinos, v. 8, n. 1. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.81.08/5320>. Acessado em 12 de maio de 2020.

LEPPER, A. O.; TASSINARI, C.; STRECK L. L. (2015) – “*O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326*”, in Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella (Eds.), *Ativismo Judicial*, Revista Brasileira de Políticas Públicas, UNICEUB, vol. 5, n. 2 (Especial). Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3139/pdf>. Acessado em 25 de abril de 2021.

LINHARES, J. M. A. (2012) – “*Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?*”, in Nuno M. M. Santos Coelho; Antônio Sá da Silva (Organizadores), *Teoria do Direito, Direito interrogado hoje — o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*, Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

LINHARES, J. M. A. (2016) – “*«Juízo ou decisão?»: uma interrogação condutora no(os) mapa(as) do discurso jurídico contemporâneo*”, in Fernando J. Bronze, J. M. Aroso Linhares, M. Reis Marques, Ana Margarida Gaudêncio (Coord.), *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

LINHARES, J. M. A. (2017) – “*O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade. Sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?*”, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra.

LOBATO, A. O. C. (2001) – “*Política, Constituição e Justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas*”, Revista de Sociologia e Política, nº 17: nov.

Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/s6rMfnFRGqhyP9KjZjY6vNm/?lang=pt&format=pdf>. Acessado em 03 de outubro de 2021.

LUÑO, A. E. P. (1996) – “*Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?*”, in: LUÑO, A. E. P. (coord.) – *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons.

MARQUES, M. R. (2002) – “*História do direito português medieval e moderno*”, Coimbra: Almedina.

MARRYMAN, J. H.; PÉREZ-PERDOMO, R. (2009) – “*A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*”, trad. Cássio Casagrande, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed.

MARTINS, S. P. (2013) – “*Manual da Justa Causa*”, 5ª ed., São Paulo: Atlas.

MAXIMILIANO, C. (2002) – “*Hermenêutica e Aplicação do Direito.*” Ed. 19. Forense, Rio de Janeiro.

MEDEIROS, L. F. de M. (2005) – “*Jurisdição constitucional exercida pelas cortes constitucionais: Sua importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito*”, Brasília, a. 42, n. 167 jul./set. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril\\_v42\\_n167\\_p339.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p339.pdf). Acessado em 03 de outubro de 2021.

MELLO, C. A. B. de (2003) – “*Discrecionabilidade e controle jurisdicional*”, 2ª ed., 6ª tiragem, Brasil, Malheiros.

MELLO, C. A. B. de (2015) – “*Curso de direito administrativo*”, Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 02.12.2014, 32ª ed., Brasil, Malheiros.

MELO, F. F. de (2011) – “*Controle de Constitucionalidade*”, in *Controle de Constitucionalidade: fundamentos teóricos e jurisprudenciais segundo magistrados do Rio de Janeiro*. Série aperfeiçoamento de magistrados 2. Escola das Magistratura do Estado do



Rio de Janeiro. EMERJ. Rio de Janeiro. Disponível em [https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle\\_de\\_Constitucionalidade.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade.pdf). Acessado em 10/05/2021.

MORAES, A. de (2003) – “*Direito Constitucional*”, 13ª ed., São Paulo: Atlas.

MORAES, A. de. (2000) – “*Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*”. São Paulo: Atlas.

NEVES, A. C. (1967) – “*Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*”, Ensaio de uma reposição crítica, I: A crise, Coimbra: Almedina.

NEVES, A. C. (1983) – “*O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais*”. Coimbra: Coimbra.

NEVES, A. C. (1995A) – “*Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*”. STVDIA JURIDICA I, Reimpressão. Coimbra, Coimbra Editora.

NEVES, A. C. (1995B) – “*O problema da discricionariedade*”, in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora.

NEVES, A. C. (1998A) – “*Teoria do Direito*”, in *Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999* – Universidade de Coimbra, Coimbra – Portugal, 1998.

NEVES, A. C. (1998B) – “*Entre o Legislador a Sociedade e o Juiz ou Entre Sistema Função e Problema - Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito*”, 74º Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

NEVES, A. C. (1999) – “*In Apontamentos complementares de teoria do direito «sumários textos»*”, Coimbra, 1998/1999.

NEVES, A. C. (2003) – “*Excurso - Dworkin e a interpretação jurídica - ou a interpretação jurídica, hermenêutica a narratividade*”, in *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra, Coimbra Editora.

NEVES, A. C. (2009) – “*Pensar o Direito num tempo de perplexidade*”, in A. Silva Dias et al. (Org.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Estudos de Direito e Filosofia, Coimbra, Almedina.

NEVES, A. C. (2010A) – “*Método Jurídico*”, in *Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico da sua Metodologia e outros*. Digesta, v. 2. Reimpressão, Coimbra Editora – Coimbra, Portugal.

NEVES, A. C. (2010B) – “*Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*”, in *DIGESTA*, vol. 3. Editora Coimbra, Coimbra – Portugal.

POSNER, R. (2007) – “*Tribute to Ronald Dworkin and a note on Pragmatic Adjudication*”. *NYU Annual Survey of American Law*, Vol. 63:9; WORKIN, Ronald. Darwin’s New Bulldog. *Harvard Law Review*, v. 111, nº 7.

POZZOLO, S. (1998) – “*Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional.*” *Doxa*, n. 21, v. 2, p. 339-353. Disponível em: [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2\\_25.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf). Acesso em 03 de maio de 2021.

RABENHORST, E. R. (2002) – “*Sobre os limites da interpretação. O debate entre Umberto Eco e Jacques Derrida*”, *Prima Facie*, v. 1, n. 1. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/4205/3172>. Acessado em 23 de março de 2020.

RIBEIRO, J. de S. (2018) – “*A justiça constitucional em sociedade democrática*”, *Julgar*, ISSN 1646-6853, nº 34, Almedina, Lisboa.

ROBERTSON, M. (2014) – “*The Fish/Dworkin debate*”, in: *Stanley Fish on Philosophy, Politics and Law: How Fish Works*. Cambridge: Cambridge University Press.

ROCHA, C. L. A. (1997) – “Sobre a súmula vinculante”, *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 34, nº 133. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/193/r13306.PDF?sequence=4>. Acessado em 24 de outubro de 2021.

SCHAPIRO, S. J. (2007) – “*The «Hart/Dworkin» debate: a sort guide for the perplexed*”, in RIPSTEIN, Arthur (ed.) - *Ronald Dworkin*. Cambridge, Cambridge University Press.

SCHAUER, F. (1985) – “*Easy Cases*”, *Interpretation Symposium: Philosophy of Language and Legal Interpretation*, *Southern California Law Review*, Vol. 58, Issues 1 & 2.

SLAPPER, G.; KELLY, D. (2000) – “*English Law*”, 1ª ed., London: Cavendish Publishing.

SOLUM, B. L. (1987) – “*On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*”, *Georgetown University Law Center*, 54 *U. Chi. L. Rev.* 462. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1957/>. Acessado em 17 de maio de 2021.

SOUZA NETO, C. P. de (2006) – “*O dilema constitucional contemporâneo entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático*”, in: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mon'alverne Barreto. *Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar.

SOUZA, A. P.; COUTO, C. G.; ZYLBERSTAJN, H. [et. Al.] (2019) – “*A Carta: para entender a Constituição Brasileira*”, 1ª ed., org. Naercio Menezes Filho e André Portela Souza, São Paulo: Todavia.

STRECK, L. L. (2010) – “*O que é isto: decido conforme minha consciência?*”. Porto Alegre, Livraria do Advogado.

STRECK, L. L. (2013) – “*O que é isto? Decido conforme minha consciência.*” Coleção “o que é isto”. Vol. 1, Ed. 4, rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

STRECK, L. L. (2014) – “*Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.*” Ed. 11, rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

STRECK, L. L. (2018) – “*Precedentes Judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*”, Salvador: Juspodivm.

STRECK, L. L.; ABOUD, G. (2013) – “*O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*” Vol. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, L. L., ABOUD, G. (2014) – “*O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*”, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado.

STRECK, L. L., ABOUD, G. (2015) – “*O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*”, 3. ed., rev. e atual. de acordo com o novo CPC., Porto Alegre: Livraria do Advogado.

STRECK, L. L.; SANTOS, I. R.; MORBACH, G., (2019) – “*Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos tribunais superiores*”, Revista Eletrônica do Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Maria, v. 14, n. 1. Disponível em <[https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article /view/37204](https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/37204)>. Acessado em 24 de outubro de 2021.

TASSINARI, C. (2012) – “*Ativismo Judicial. Uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileiras e norte-americana.*” RBDU. Tese de Mestrado: Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo. Disponível em <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3522?show=full>>. Acessado em 05 de maio de 2021.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. [orgs.] (1995) – “*The global expansion of judicial power.*” New York: New York University Press, 1995.

TAVERES, A. R. (2006) – “*Justiça Constitucional e suas fundamentais funções*”, Brasília, a. 43, n. 171 jul./set. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95317/Tavares%20André.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em 03 de outubro de 2021.

TEIXEIRA, A. V. (2012) – “*Ativismo Judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e a cisão política*”, Revista Direito GV, Vol. 8, nº 1, janeiro-junho, São Paulo. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/2272> 2). Acessado em 20 de abril de 2021,

VELLOSO, C. M. da S. (1993) – “*O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da constituição*”, Direito Público, São Paulo, v. 93, n. 4.

VIEIRA, A. C. (2007) – “*Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*”, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed.

VIEIRA, O. V. (2008) – “*Supremocracia*”, Revista de Direito GV, 4 (2). Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?lang=pt&format=pd>. Acessado em 27 de outubro de 2021.

WARD, R. (1988) – “*Walker & Walker’s English Legal System*”, 8ª ed., London: Butterworths.

- LEGISLAÇÕES CONSULTADAS

BRASIL. Código de Processo Civil (revogado). Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm). Acesso em 09 de outubro de 2021.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 09 de outubro de 2021.

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 09 de outubro de 2021.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 09 de outubro de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 09 de outubro de 2021.

BRASIL. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm). Acesso em 09 de outubro de 2021.

BRASIL. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Lei nº 8.808, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em 09 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em 09 de outubro de 2021.

BRASIL. Planos de Benefícios da Previdência Social. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em 09 de outubro de 2021.

BRASIL. Regulamento da Previdência Social. Lei nº 3.048, de 06 de maio de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em 09 de outubro de 2021.

BRASIL. Reorganiza as classes da Carreira Policial Federal, fixa a remuneração dos cargos que as integram e dá outras providências. Lei nº 9.266, de 15 de março de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9266.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9266.htm). Acesso em 09 de outubro de 2021.

BRASIL. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em 09 de outubro de 2021.

ESPANHA. Constituição Espanhola de 1978. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em 09 de outubro de 2021.

ESPANHA. Estatuto de Los Trabajadores. Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>. Acesso em 09 de outubro de 2021.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1974. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.asp>. Acesso em 09 de outubro de 2021.