



Hélio Corrêa

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E TEORIA DO DIREITO

JUDICIAL DISCRETION AND LEGAL THEORY

Bruno Torrano Amorim de Almeida

RESUMO

Estuda a natureza e as implicações interpretativas da discricionariedade judicial. Sobre a natureza, afirma que a discricionariedade só pode ser pensada, em termos lógicos, se for derivada de uma teoria do Direito específica: o Positivismo Jurídico Radical. Quanto às implicações interpretativas, defende que a maior ou menor abertura à autonomia criativa do intérprete depende quase inteiramente do quantum de confiança.

PALAVRAS-CHAVES

Teoria do Direito; positivismo jurídico; discricionariedade; metodologia jurídica; decisão judicial; economia da confiança.

ABSTRACT

The author studies the nature and interpretative implications of judicial discretion. As far as nature is concerned, he considers that discretion may only be thought of in logical terms if derived from a specific legal theory: the Hard Facts Positivism.

As to interpretative implications, he advocates that a greater or lesser discretionary autonomy of the interpreter is almost entirely dependent on the quantum of trust.

KEYWORDS

Law Theory; legal positivism; discretion; legal methodology; ruling; economy of trust.

1 INTRODUÇÃO

Dissecar o que é e quais as implicações da discricionariedade judicial não é uma tarefa que se presta somente à boa compreensão da interpretação jurídica. A discricionariedade judicial está intimamente relacionada a uma concepção mais ampla e geral acerca do que se entende ser a natureza do Direito. Aceitá-la em maior ou menor medida é um empreendimento que manifesta ao mundo, ainda que implicitamente, quais premissas o jurista considera corretas nas discussões complexas e profundas sobre a **Jurisprudência**.

Este breve estudo pretende lançar algumas luzes na penumbra existente acerca do tema. À relação entre discricionariedade e Teoria do Direito tem sido dada pouca importância teórica. Poucos são os trabalhos que procuram vincular a existência do poder discricionário a pressupostos lógicos inafastáveis. A pretensão, aqui, não é só de conceituar ou definir o que seja a discricionariedade, mas igualmente defender um ponto de vista específico sobre sua essência: o *background* teórico do Positivismo Jurídico Radical (PJR) contemporâneo.

Em um cenário “pós-positivista” como o brasileiro, defender o positivismo jurídico, especialmente o **radical**, pode parecer uma navegação contra a correnteza dos tempos. Diante do profícuo alerta de Ortega y Gasset (1987, p. 15), é muito bom que assim pareça: *numa época como a nossa, de puras ‘correntezas’ e abandonos, é bom conhecer homens que ‘não se deixam levar’*. Não será mencionada ou rebatida, aqui, absolutamente nenhuma distorção sobre o que significa o positivismo jurídico. Efetivamente, o Brasil é o *locus* privilegiado para se saber como **não** entender o positivismo jurídico.

[...] a afirmação será de que a existência da discricionariedade e suas implicações de abertura do sistema jurídico a padrões normativos extrajurídicos só podem ser sustentadas a partir de uma concepção de fundo do Direito, que é exatamente a doutrina do Positivismo Jurídico Radical.

Já apresentamos, em outro trabalho¹, uma série de falácias que pairam no imaginário dos juristas sobre o tema – especialmente naqueles que se intitulam “pós-positivistas”. Coisas absurdas que são tidas como verdades intransigentes: desde a alegação de que a “derrota” (?) do positivismo jurídico está emblematicamente associada à queda do nazismo (BARROSO, 2008, p. 349), até erros menos apelativos de que o positivismo sustenta uma aplicação “mecânica” e “silogística” da lei, ou de que o positivismo jurídico não suporta criação do Direito (ENGELMANN, 2001, p. 159), ou, ainda, de que a tese da separação entre Direito e Moral significa que o juiz está impedido, *in totum e ad aeternum*, a realizar qualquer tipo de argumentação moral na aplicação do Direito (STRECK, 2009, p. 7). Equívocos e mais equívocos².

A proposta que será feita nas linhas que se seguem é muito bem delimitada, e passa ao largo dos problemas e das confusões citadas acima. A tese será a de que não há como admitir a

existência da discricionariedade judicial sem, antes, aceitar que o Direito possui **limites** – o que significa dizer que o Direito não é um ente **autônomo**.

Em outros termos, a afirmação será de que a existência da discricionariedade e suas implicações de **abertura** do sistema jurídico a padrões normativos extrajurídicos só podem ser sustentadas a partir de uma concepção de fundo do Direito, que é exatamente a doutrina do Positivismo Jurídico Radical. A discricionariedade existe **porque** o Direito se manifesta exclusivamente por meio de fatos sociais. Por isso, em uma sociedade plural com uma Constituição que se pretende aberta e dinâmica como a brasileira, o PJR é a teoria que melhor explica a aplicação do Direito.

Começaremos a argumentação analisando o plano de fundo da discricionariedade. O tópico 2 será destinado a revelar as relações conceituais necessárias existentes entre o poder discricionário concedido aos juizes e a concepção positivista sobre a natureza do Direito.

Esclarecer-se-á que a discricionariedade, como fenômeno de criação do Direito, só pode ser entendida em **termos lógicos** se derivar da afirmação de que o Direito possui limites e, portanto, lacunas. Mais do que isso, será argumentado que a teoria que melhor explica a existência e o funcionamento da discricionariedade judicial – e, via de consequência, as Constituições “abertas” – é o Positivismo Jurídico Radical contemporâneo, única capaz de suprir essa necessidade lógica.

No tópico 3, já com uma ideia formada sobre o que seja a discricionariedade, demonstraremos as características mais marcantes desse instituto. Em um primeiro momento, procuraremos introduzir a teoria da **economia da confiança** (*economy of trust*), proposta por Scott Shapiro em sua monumental obra *Legality*. Pelo que conhecemos, não há ainda trabalho brasileiro que tenha realizado uma discussão mais aprofundada sobre referida teoria. Sustentaremos que a economia da confiança é o critério meta-interpretativo adequado para saber qual deve ser a postura do juiz no caso concreto; ou seja, se ele tem mais ou menos poder discricionário.

Prosseguindo, analisar-se-á a clássica afirmação kelseniana de que o Direito forma uma moldura dentro da qual são possíveis múltiplas respostas. E, por fim, serão relacionados, com a discricionariedade, conceitos como “casos fáceis” e “casos difíceis”, os quais têm alguma aceitação na doutrina.

2 O PLANO DE FUNDO DA DISCRICIONARIEDADE

2.1 TRÊS CONCEPÇÕES

Antes de entender o papel da discricionariedade e conhecer seus elementos mais relevantes, é preciso saber se ela, efetivamente, existe. Não se trata de uma pergunta meramente retórica, sem efeitos práticos. Admitir ou não a existência de atos judiciais discricionários diz muito sobre como determinado jurista concebe as questões mais polêmicas e profundas da Teoria do Direito.

A pesquisa dos autores contemporâneos revela a existência muito clara de três níveis de teóricos do Direito. Em um primeiro grupo, têm uma concepção **não positivista** do Direito aqueles que **negam** por completo que o juiz possa ter discricionariedade. Implicitamente, quem aniquila o poder discricionário do magistrado aceita a existência de padrões morais dotados

da normatividade típica das fontes sociais do Direito – lei, costumes, jurisprudência. Esses padrões morais devem ser aplicados radicalmente em todos os casos na busca da melhor iluminação moral do Direito (*Best-light analysis*)³. Estando atado a isso, o magistrado não tem poder de criação do Direito. Ele simplesmente **declara** um Direito preexistente a partir da análise da história institucional e dos princípios que melhor justificam a interpretação dada ao caso concreto.

Em um segundo grupo, estão em uma zona teórica de extrema penumbra os juristas mais moderados que admitem, de um lado, a existência da discricionariedade e acatam, de outro, a possibilidade de testes morais de validade jurídica. Há grande discussão sobre se esses teóricos podem ser incluídos em um conceito positivista de Direito, ou se fazem parte do primeiro grupo, acima relatado. Contudo, deve-se anotar que a maior parte da doutrina classifica-os como *positivistas includentes*, *positivistas moderados*, ou *incorporacionistas*⁴. Para tais teóricos, não é uma necessidade rigorosa que o Direito **incorpore**, em seu âmago mais profundo, certos tipos de padrões morais; mas, analisando as Constituições modernas, dizem esses teóricos, é isso que acontece.

Com Coleman, poderíamos dizer que o positivismo includente, *usando a noção hartiana da regra de reconhecimento*, [...] *[admite que] princípios morais podem ser juridicamente obrigatórios se, na regra de reconhecimento, houver uma cláusula para esse efeito* (COLEMAN, 2009, p. 367). O Direito não tem uma relação **necessária** com a Moral, mas **circunstancialmente** admite **testes morais de validade**.

Nesse aspecto, em um cenário propício, algumas normas serão extraídas do *pedigree* que possuem, e outras serão normas graças ao **mérito** de seu conteúdo. O resultado prático, segundo concebemos, não é muito diferente daquilo que propõem os teóricos do primeiro grupo: embora haja, em alguns casos, discricionariedade, o poder criativo do juiz é extremamente limitado.

Por fim, um terceiro e último grupo é formado por aqueles juristas que consideram a discricionariedade uma porção insuperável da aplicação do Direito em qualquer caso em que as normas extraí-

das do *pedigree* se esgotem. Fatalmente, com os processos em cima da mesa, os juízes **criam** o Direito, e, especialmente em Constituições exaustivas como a brasileira, não há garantias de que essa criação judicial siga uma determinada linha de argumentação moral, havendo múltiplas possibilidades de escolha para o magistrado. Por evidência, tais teóricos reconhecem que muitos princípios morais figuram com a vinculatividade própria do Direito; mas esse *status* de obrigatoriedade é explicado como **dever jurídico** de aplicar padrões de moralidade **extrajurídicos**.

Em termos amplos, a filosofia da Razão Prática pretende saber quais decisões, quais compromissos, quais escolhas e, em geral, quais ações podem ser consideradas boas e razoáveis.

No correto resumo de Waluchow, para o positivismo excludente *a existência de uma regra jurídica válida é somente uma questão de saber se ela possui fonte apropriada na legislação, na decisão judicial, ou no costume* (WALUCHOW, 2003, p. 82). Quando as regras válidas decorrentes de uma dessas fontes esgotam-se, e quando há abertura à suscetibilidade de avaliação moral do intérprete, muitas vezes simplesmente inexistem critérios seguros para dizer que determinada decisão é **legalmente incorreta**, havendo ampla margem de **criação do Direito** no caso concreto. Essa vertente será detalhada e defendida nos tópicos a seguir. Neste passo, basta saber que ela é formada pelos chamados **positivistas radicais, antiincorporacionistas, ou positivistas excludentes** – entre os anglo-saxões, é comum chamar a teoria de *hard facts positivism* (positivismo dos fatos duros⁵).

2.2 CRIAÇÃO DO DIREITO E OS FUNDAMENTOS DO POSITIVISMO JURÍDICO RADICAL

Em acepção jurídica, o termo “discricionariedade judicial” é comumente relacionado ao fenômeno de **criação do Direito** por parte do magistrado⁶. A discricionariedade aparece no exato momento em que desaparece a regulação jurídica em um determinado aspecto, não tendo o juiz terra normativa por debaixo de seus pés para decidir. Como dissemos acima, admitir que o Direito possa

deixar de regular essa ou aquela conduta, esse ou aquele fato, significa fazer um juízo sobre o conceito de Direito.

A existência da discricionariedade só faz sentido em um cenário em que o teórico admita a possibilidade de que o Direito tenha **limites**. É dizer, se o juiz pode criar o Direito, é porque, quando pega um caso concreto, não há uma regulação específica **preexistente** que lhe diga o que deve fazer. Diante da evidência de que nenhum legislador humano pode prever todas as hipóteses e circunstâncias futuras, é uma verdade insuperável a constatação de Herbert Hart:

todos os sistemas conciliam, de modos diferentes, duas necessidades sociais: a necessidade de certas normas que os indivíduos particulares possam aplicar a si próprios, em grandes áreas do comportamento, sem nova orientação oficial e sem considerar questões sociais; e a de deixar em aberto, para serem posteriormente resolvidos por meio de uma escolha oficial e bem informada, problemas que só podem ser adequadamente avaliados e solucionados quando ocorrerem em um caso concreto (HART, 2009, p. 169).

Falar que o Direito possui limites é o mesmo que falar que existem “testes” para diferenciar o que é Direito do que não é Direito: *Por tese dos ‘limites do Direito’ eu entendo a afirmação de que há um teste que diferencia o que é o Direito do que não é o Direito* (RAZ, 1972, p. 842). A teoria dos limites do Direito (*limits of Law*) procura entender os mecanismos **especiais** que fazem de uma norma um mandamento autenticamente **jurídico**, e leva à indisputável conclusão de que o juiz pode “sair do Direito” em casos em que este, expressa ou implicitamente, conceda uma abertura à moral ou a outros campos extrajurídicos. Essa teoria dos limites do Direito pode ser considerada a viga mestra do positivismo jurídico radical e decorre de um âmago filosófico muito mais profundo, assentado na filosofia da Razão Prática.

Em termos amplos, a filosofia da Razão Prática pretende saber quais de-

cisões, quais compromissos, quais escolhas e, em geral, quais ações podem ser consideradas boas e razoáveis. Mas essa filosofia possui dois segmentos muito bem discerníveis: como uma filosofia **substantiva** ou **avaliativa** ocupa-se com os argumentos racionais sobre quais valores devemos perseguir, qual deve ser nossa motivação moral, quais são os princípios morais inegociáveis, e o porquê de tudo isso; como filosofia **formal** ou **analítica**, preocupa-se com os mecanismos lógicos de conceitos como valor, autoridade, obrigação, regras, etc. Raz afirma com exatidão que a relação entre esses dois ramos de estudo é de **independência relativa** (RAZ, 2002, p. 10). Autores podem enfatizar um lado ou outro, e isso geralmente é percebido por meio da análise da linguagem utilizada. Fica muito clara para qualquer pessoa a diferença que existe entre as seguintes afirmações: (I) *a pena como retribuição equivalente representa a forma de punição específica e característica da sociedade capitalista* (SANTOS, 2010, p. 442); (II) *o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença de duas partes* (GOMES, 2008, p. 4).

A Analítica é a única ferramenta capaz de gerar uma autêntica Teoria “Geral” do Direito, no sentido de desvendar quais são as genuínas propriedades que diferenciam, em toda e qualquer sociedade, o fenômeno jurídico.

58

A primeira afirmativa é uma resposta à indagação “Por que nossas leis criminais punem os criminosos?”. A segunda, por sua vez, responde à pergunta: “O que distingue o contrato de outros negócios jurídicos?”. A desigualdade fundamental entre essas duas asserções está em seu objeto de análise. A primeira lida com os fundamentos morais do Direito, e pretende, ao seu modo, explicar e criticar as bases éticas sobre as quais se erguem as leis penais. Integra, portanto, a Jurisprudência Normativa.

O trecho sobre contratos, ao contrário, é **moralmente neutro**. Não está interessado em saber os motivos pelos quais as pessoas contratam, ou, ainda, se contratar é um ato imoral ou moral. Não está comprometido nem com a afirmação de Ayn Rand de que a sociedade capitalista é moralmente superior porque o contrato é a ferramenta ilustrativa da liberdade dos indivíduos em fazer escolhas segundo suas preferências; nem com a crítica marxista de que os contratos firmados entre homens têm algo de injusto, pois sempre há uma classe social que sai beneficiada.

Ao revés, a afirmação de Orlando Gomes limita-se a dizer que, independentemente de julgamentos morais, a existência de contratos na sociedade é um fato, e, a partir disso, pretende esclarecer as ferramentas lógicas que permitem distinguir um contrato de outras espécies de negócios jurídicos socialmente relevantes. Reside aí o âmago bruto da Jurisprudência Analítica: *A Jurisprudência Normativa lida com as fundações morais do Direito, enquanto a Jurisprudência Analítica examina suas fundações metafísicas* (SHAPIRO, 2011, p. 2).

O Positivismo Jurídico Radical é um empreendimento de explicação do Direito a partir da Jurisprudência Analítica. Com isso, não se quer dizer que menospreze a Jurisprudência Normativa. Muito ao contrário, não há como estabelecer uma

relação de prioridade ou de maior importância entre ambas. Em seus campos respectivos, cada qual realiza uma atividade de extrema relevância para a vida prática e política.

Isso não impede, todavia, que sejam apontadas as vantagens da Jurisprudência Analítica nas fundações de uma teoria do Direito. Enquanto a Jurisprudência Normativa presta à crítica moral do Direito, apontando suas autênticas falhas e tachando normas como **defectivas**, a filosofia analítica serve como que um aparado de **afastamento** das paixões do teórico, com a consequente descrição do Direito como ele **é**, e não como ele **deve ser**.

O PJR, filho privilegiado da Jurisprudência Analítica, é uma teoria que lida com a existência “nua e crua” do Direito. Reconhece que **criticar** o Direito antes de saber o que é e qual o conteúdo desse Direito é colocar o carro na frente dos bois. Por isso, faz uma clara cisão entre como o Direito se manifesta **hoje**, e como ele **deve** se manifestar **amanhã**: *os juspositivistas não possuem razão teórica para evitar as críticas ao direito formuladas de lege ferenda. E nada impede que o direito positivo seja ensinado de maneira dinâmica e garantindo o protagonismo criativo dos estudantes com a adoção do método socrático e de outros métodos participativos* (DIMOULIS, 2011, p. 208).

A Analítica é a única ferramenta capaz de gerar uma autêntica Teoria “Geral” do Direito, no sentido de desvendar quais são as genuínas propriedades que diferenciam, em toda e qualquer sociedade, o fenômeno jurídico. É ela que esteia, por exemplo, a clássica afirmação de John Austin: *uma coisa é a existência do Direito; outra coisa é seu mérito ou demérito* (AUSTIN, 1995, p. 187).

A vantagem da Jurisprudência Analítica e, por derivação, do Positivismo Jurídico Radical, é não estar ocupada(o) com **valores** no momento da **descrição** do Direito. É um raciocínio analítico que permite ao capitalista reconhecer a existência do Direito em sociedades socialistas, e descrever o seu conteúdo, mesmo que não concorde. Igual raciocínio é arquitetado pelo defensor dos direitos humanos que, ao ver leis estadunidenses determinando a pena de morte, identifica-as como **Direito**, apesar da sua notória **injustiça**.

Isso deixa claro que o Positivismo Jurídico Radical identifica o Direito a partir da **forma** como se manifesta. E a **forma** de manifestação do Direito, em qualquer sociedade humana conhecida ou superveniente, são **fatos sociais** dotados de alguma **característica especial** que o tornam genuinamente normativos. Com isso, não se quer dizer que o **conteúdo** do Direito não seja importante, e que o Direito não **deve** perseguir a Justiça. Pelo contrário, como já ressaltava Kelsen, uma sociedade moralmente próspera é um objetivo válido no plano **político**, mas é falso acreditar que o Direito só tenha prestado, historicamente, para o Bem: *Kelsen distinguiu, até a náusea, o problema do valor do Direito daquele da validade* (BOBBIO, 2008, p. 25). Muito ao contrário, o Direito é e sempre foi um **meio** tanto para a perseguição de objetivos morais honrosos quanto para a realização de atrocidades contra a dignidade humana (GREEN, 2009), e dizer que uma norma só é válida se for justa, como fazem muitos jusnaturalistas, não muda em nada esse infeliz cenário político.

O que insta salientar, neste ponto, é que o Direito surge nas sociedades como um sistema normativo **peculiar**, caracterizado por fazer uma **reivindicação de autoridade moral** sobre outros sistemas normativos concorrentes⁷. O Direito pretende **autori-**

dade e supremacia, e esse é o *animus bruto* de sua manifestação social (RAZ, 2002, p. 159). O Direito se manifesta por meio de fatos criados por aqueles que detêm o poder político (RAZ, 2009, p. 107) de dizer como as coisas devem ser feitas; mas suas normas só se tornam legalmente vinculantes sob o ponto de vista interno, e na medida em que essa **reivindicação** moral consegue a aceitação daqueles que estão encarregados de aplicá-lo: *aqueles que aceitam a autoridade de um sistema jurídico o encaram segundo o ponto de vista interno e expressam sua compreensão das exigências do sistema em enunciados internos* (HART, 2009, p. 263).

Presente o verbo **reivindicar** ou **pretender**, isto é, como o Direito *pretende* a autoridade legítima, é evidente que muitas vezes falha nessa tarefa, podendo outros sistemas normativos – como a moralidade – **quebrar** essa pretensão. Isso geralmente ocorre quando há um desvio moral de tamanha sorte na aplicação ou nas consequências da aplicação de uma regra jurídica válida (legalmente obrigatória), que, por força de considerações de justiça ou equidade (sistemas normativos concorrentes), decide-se pela não aplicação de seu conteúdo em determinada hipótese.

Em breve resumo, pode-se dizer que a tese do Positivismo Jurídico Radical é a de que a validade de uma norma jurídica **nunca, jamais, em absolutamente nenhum caso**, depende ou dependerá de uma **avaliação moral** por parte do intérprete (tese da fonte social – *source thesis*). Daí a afirmação de Joseph Raz: *o mérito de uma regra não é o tipo de consideração que pode estabelecer que ela [...] é legalmente obrigatória* (RAZ, 2009, p. 347).

Ao contrário, a validade de uma norma está relacionada a uma pesquisa **empírica** exclusiva de **fatos sociais** com traços especiais e peculiares. Esses traços que tornam o Direito um sistema normativo **especial** consistem em sua **pretensão** (= **reivindicação**) de autoridade moral legítima e de supremacia sobre os demais sistemas normativos existentes na comunidade.

2.3 SISTEMA JURÍDICO COMO UM SISTEMA NORMATIVO ABERTO

Qualquer livro contemporâneo sobre Teoria Constitucional afirma, com certeza

inabalável, que as Constituições contemporâneas são sistemas jurídicos **abertos**⁸. Mas no momento de explicar os motivos dessa **abertura**, os teóricos geralmente equivocam-se, rotulando o positivismo jurídico de teoria “superada”. Enganam-se. Definitivamente, a melhor explicação para o fato de, por exemplo, a Constituição brasileira ser um documento que não se fecha em si mesmo, está exatamente na teoria dos limites do Direito, pregada pelo Positivismo Jurídico Radical.

Nos exatos ensinamentos de Joseph Raz, pode-se afirmar que *um sistema normativo é um sistema aberto na medida em que contém normas cujo propósito é conceder força vinculante a normas que não pertencem a esse sistema* (RAZ, 2002, p. 153).

Um sistema jurídico é tão mais aberto quanto seja o número de normas que tenham a propriedade de dotar com a força própria do Direito normas que não fazem parte do Direito; isto é, um sistema jurídico será mais aberto se atribuir força peremptória a normas cuja **validade** não são assentadas, exclusivamente, por fatos sociais que reivindicam autoridade e supremacia sobre todos os demais siste-

do juiz solo fértil, arado por normas identificáveis por seu *pedigree*, os que indiquem qual a resposta adequada. Nesses casos, não há nada que impeça que o sistema jurídico **obrigue** ou **autorize** esse mesmo juiz a aplicar uma série de padrões extrajurídicos, dentre os quais aparecem com mais frequência, em Constituições como a brasileira, os princípios morais.

Claro que essa “abertura” do sistema normativo não implica a suscetibilidade de que o juiz possa dizer aquilo que bem entenda. Se as normas jurídicas **impõem** a aplicação de determinadas normas extrajurídicas, tornando-as juridicamente vinculantes, os aplicadores do Direito estão limitados por essas respectivas imposições.

Como bem notou o professor português Paulo Otero, *o princípio da boa-fé, proibindo o exercício inadmissível de posições jurídicas, não se encontra afastado do exercício do poder constituinte originário ou derivado* (OTERO, 2010, p. 174), de modo que a ninguém é lícito tomar a abertura da Constituição como prerrogativa para vilipendia-la segundo sua “consciência”. Mas esses limites normativos, em muitos casos, serão **mínimos**, não

[...] um sistema jurídico será mais aberto se atribuir força peremptória a normas cuja validade não são assentadas, exclusivamente, por fatos sociais que reivindicam autoridade e supremacia sobre todos os demais sistemas normativos concorrentes.

mas normativos concorrentes.

Contemplar o Direito exclusivamente como um conjunto de **fatos sociais**, tendo por base a assertiva de que a validade jurídica **nunca** dependeu, depende, ou dependerá de argumentos morais (*source thesis*), significa reconhecer a possibilidade lógica e prática da **interdisciplinaridade** da interpretação jurídica em casos de abertura do sistema: o argumento dos Limites do Direito resulta em que *o Direito possui muitas lacunas e inconsistências por resolver, e que os juízes não têm escolha senão agir como legisladores quando encontram esses casos juridicamente não regulados* (SHAPIRO, 2011, p. 273).

É dizer, quando os fatos sociais que determinam o que é, autenticamente, o Direito, se esgotam, não há sob os pés

havendo como catalogar-se com um grau de certeza considerável qual decisão é legalmente correta, e qual não é.

Como se vê, há uma nítida conexão entre a discricionariedade e a abertura a outros sistemas normativos. Constituições como a brasileira possuem a peculiaridade histórica de exigirem que o juiz aplique diversas normas extrajurídicas com conteúdo de boa moralidade. Princípios reconhecidos por uma fonte social (Constituição) como a dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, da igualdade material, da moralidade administrativa, nada mais são do que mandamentos de que o magistrado, quando os fatos sociais esgotam-se, **saia** dos terrenos do Direito para realizar as melhores considerações morais possíveis, usando de seu poder

discrecionário para **criar** o Direito nessas situações. Esse Direito **criado** será usado, em casos futuros, como Direito **preexistente** assentado em outra fonte social – a jurisprudência.

Agora bem, na visão do PJR, tanto regras quanto princípios jurídicos são padrões identificáveis a partir de seu *pedigree* (SEBOK, 2004, p. 277). Como princípios **abrem** o Direito a campos de normatividade alternativa, a determinação de seu **conteúdo**, para aproveitar relevante ensinamento de Humberto Ávila, é uma atividade **heurística**, uma vez que sua qualificação normativa *depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete* (ÁVILA, 2012, p. 74).

O fato de as conexões axiológicas não estarem **incorporadas** ao texto contido em fontes sociais constitui o núcleo essencial da tese das fontes (*source thesis*), sustentada pelo PJR. Em outros termos, significa, muito claramente, que se trata de uma obrigação jurídica dirigida ao magistrado de aplicar padrões extrajurídicos complementares à normatividade das normas escritas.

3 LIMITES E CARACTERÍSTICAS DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

3.1 A ECONOMIA DA CONFIANÇA (*ECONOMY OF TRUST*)

A leitura do tópico anterior deve ter deixado claro que o fenômeno da discrecionariedade é consectário lógico dos limites do Direito, sendo o Positivismo Jurídico Radical a teoria que melhor explica a abertura moral das constituições contemporâneas. Onde houver lacuna, haverá poder de criação do Direito. Como saber se, no caso concreto, a atuação do juiz deve ser mais ou menos discrecionária? Quais os parâmetros para dizer se o juiz deve ater-se à literalidade do texto ou, ao contrário, aos propósitos para os quais a lei foi criada?

**[...] o fenômeno da discrecionariedade é
consectário lógico dos limites do Direito, sendo
o Positivismo Jurídico Radical a teoria que
melhor explica a abertura moral das
constituições contemporâneas.**

Em sua obra *Legality*, Scott Shapiro dá uma resposta interessante – e, ao nosso ver, adequada – a essa questão. O professor da Yale Law School acena para o fato de que os filósofos do Direito têm usualmente esquecido de tratar daquilo que ele chama de “economia da confiança”, um assunto de vital importância na determinação da norma aplicável ao caso concreto: *atitudes de confiança e desconfiança pressupostas pelo Direito são centrais para a determinação da metodologia interpretativa* (SHAPIRO, 2011, p. 332).

Não temos, neste curto espaço, meios apropriados para apresentar a teoria de Shapiro em seus mais profundos detalhes. Mas a ideia geral já é capaz de demonstrar a relação que existe entre a **confiança** depositada pelo Direito nas mãos dos magistrados, e o grau de discrecionariedade que estes têm na aplicação das normas. Por “economia da confiança” deve-se entender a quantidade de confiança alocada nas mãos do aplicador do Direito para que ele decida o caso concreto. Diferentes normas – e as normas são vistas por Shapiro como **planos**

(*Planning Theory of Law*) – estabelecem diferentes graus de confiança nas capacidades e nas competências dos juizes.

Uma grande tarefa do legislador no momento da criação das leis é a de **manejar a confiança** que será depositada no futuro aplicador do Direito (SHAPIRO, 2011, p. 336). Quanto maior for a confiança depositada nos juizes, maior será a discrecionariedade que eles terão para dizer qual o Direito aplicável à espécie; ao contrário, quanto menor for a confiança depositada, menor será essa discrecionariedade. Não sendo deuses, magistrados tendem a ter maior ou menor conhecimento em determinados campos da vida. A opção legislativa em conceder-lhes um grau de autonomia maior ou menor leva em consideração exatamente o caráter e a competência média dos juizes na resolução de certos problemas⁹.

Muito da natureza do Direito escrito tem a ver com essa **capitalização** ou **restrição** da confiança nas mãos daqueles que deverão **concretizar** as normas. Uma das funções básicas da positivação de leis por autoridades competentes, principalmente em sociedades complexas como as contemporâneas, está no **assentamento** de controvérsias morais existentes no âmbito da comunidade, com a diminuição do **custo de barganha** de grupos heterogêneos que pretendem a solução do caso em uma ou outra direção.

Se o Direito escrito pretende alcançar esse objetivo, a lógica do planejamento não pode ser deturpada: a aplicação das normas deve obedecer à economia da confiança manejada pelos *designers* do sistema. Se o objetivo do Direito escrito é *assentar as questões requeridas pela moralidade, para que membros da comunidade possam realizar certas finalidades e valores, então normas jurídicas seriam inúteis se o jeito de descobrir sua existência for exercer um raciocínio moral* (SHAPIRO, 2011, p. 275).

É a economia da confiança que explica, também, o porquê de ser radicalmente equivocada a proposta de Ronald Dworkin de que é vedada a retroação do Direito criado, em todo e qualquer caso. Como bem salienta Shapiro, Dworkin pôs os teóricos do Direito ante uma falsa escolha: ou se aplicam direitos preexistentes; ou se cria o Direito, aplicando-o retroativamente. Ao contrário, as **duas formas** de aplicação são possíveis e acontecem na prática, e é da própria lógica da economia da confiança a suscetibilidade de criação do Direito quando a realidade se move em sentidos imprevistos.

Assim, como saber se estamos diante de uma maior ou menor concessão de confiança nas mãos dos magistrados? Se nossa leitura de Scott Shapiro estiver correta, há uma lacuna em sua teoria que deve ser suprida. De fato, o autor parece, por vezes, entender que o **sistema jurídico** como um todo ou é fiel depositário de grande confiança, ou pretende uma interpretação mais literal de suas normas.

Mas analisando a realidade brasileira, não há como negar que, a despeito de a Constituição de 1988 ser um sistema notoriamente **aberto**, há diversas áreas jurídicas desta mesma Constituição que renegam ao magistrado qualquer poder discrecionário. Em outros termos, embora a regra na CF/88 seja a **abertura**, há campos como o Direito Penal em que não há depósito algum de confiança na criação do Direito por parte dos magistrados, mas vinculação à legalidade estrita.

Se no Direito Civil usualmente é dado ao juiz amplo poder de decisão, diante de leis penais o aplicador deve ater-se radi-

calmente ao texto. Em um ou em outro caso, chega-se à economia da confiança a partir da análise da **técnica de positivamente** da norma, que, a nosso sentir, nada mais é do que uma verificação linguística sobre o grau de generalidade. É o critério de positividade que está apto a dizer até que ponto há ou não liberdade de criação do Direito, ou, em termos mais estritos, qual a **carga eficaz** a que deve ser dada aos direitos fundamentais e às demais normas¹⁰.

3.2 “MOLDURA” E INTERPRETAÇÃO

A palavra “moldura”, colocada no título deste tópico, é uma menção explícita ao consagrado capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Lá, o grande positivista defendeu a tese de que o Direito forma uma “moldura” dentro da qual, no momento da aplicação, existem várias respostas aceitáveis a um único problema concreto, sendo impossível dizer, dentro de certos limites, se uma é melhor do que a outra (KELSEN, 2005, p. 349).

Por mais reprovações que existam na atualidade, é uma tarefa impossível eliminar a discricionariedade quando se está diante de normas com alto teor de imprecisão, vagueza, generalidade. Pretender que a hermenêutica filosófica ou qualquer outra teoria tenha “superado” a “moldura” pensada por Kelsen é um equívoco grosseiro¹¹. O fato é que a “moldura” pensada por Hans Kelsen continua sendo uma verdade irresponsável e liga-se a algumas constatações simples, porém ignoradas por alguns componentes da *intelligentsia* brasileira.

Primeiro, à obviedade de que os magistrados são seres falíveis como qualquer outra pessoa. Possuem dias bons e ruins, dúvidas e aflições; agonias de viver que, mesmo na melhor das boas vontades, podem fulminar por completo a esperança de respostas corretas. O próprio *animus* da existência do duplo grau de jurisdição reside nesse fato da falibilidade humana, de estar em meio ao absurdo e ter que resgatar, no oceano da loucura, migalhas de racionalidade. Calham, aqui, os versos de Ferreira Gullar, em seu belíssimo poema “Traduzir-se”: *Uma parte de mim / pesa, pondera: / outra parte / delira; [...] Uma parte de mim / é só vertigem: / outra parte, / linguagem*. Juizes são seres humanos, e fazem parte

do infeliz jogo da vida. Exigir uma previsibilidade radical de suas decisões mesmo nos casos mais intrincados, aos quais o Direito simplesmente não oferece resposta, parece ignorar isso.

Em segundo lugar, a moldura kelseniana é a construção que melhor observa que a linguagem não nos dá garantias, e que o Direito depende, em todos os seus níveis, desse credor quirografário. Por saber dessa incontornável propriedade, Ortega y Gasset corretamente considerava a linguagem como um sacramento de administração muito delicado. *Multis lingua nocet* – quem muito fala, muito erra –, dizia a sabedoria latina, e as leis estão aí para comprová-lo. A mais “clara” regra pode vir a ser completamente confusa em um caso concreto, demandando esforço interminável para fazer algum sentido. Nesses casos, qualquer tentativa de colocar um sentido unívoco e a ele atribuir, com exclusividade e petulância, a qualidade de “Direito”, e ao outro não, não passa de ato arbitrário do teórico.

Em terceiro lugar, e agregado ao que foi dito acima, a moldura kelseniana é sustentada pela evidência – evidências se põem, não se pressupõem, nos diria o saudosíssimo Miguel Reale (1983, p. 11) – de que as normas positivadas nas constituições contemporâneas não são, em nenhuma medida, fixas, unívocas, convergentes, etc. Definitivamente, a Constituição brasileira não é um lugar para consensos. Incorpora pontos de vista valorativos diferentes e muitas vezes divergentes, e faz transparecer, em toda sua extensão, os conflitos diários do respiro social (ALEXY, 2007, p. 32).

[...] Como saber se, no caso concreto, a atuação do juiz deve ser mais ou menos discricionária? Quais os parâmetros para dizer se o juiz deve ater-se à literalidade do texto ou, ao contrário, aos propósitos para os quais a lei foi criada?

Por mais tinta que seja gasta em prol da hermenêutica filosófica ou de qualquer outra teoria que deseje quedar ou “superar” a discricionariedade judicial, continuará sendo absolutamente impossível dizer, com alto grau de precisão, qual é a “moral comunitária” ou a “moral institucionalizada” prevalente em sociedades com a grandeza e pluralidade da brasileira¹². No final das contas, aquilo que o juiz argumenta como sendo a

“moral comunitária”¹³ pode ou ser uma equivocada crença de sua consciência, i. e., uma representação falsa de que algo constitui a “moral comunitária”, quando na verdade não é; ou, para citar Raz, um verdadeiro exercício de retórica, do tipo *minha opinião é melhor porque está apoiada no consenso da sociedade sobre tal assunto* (RAZ, 1972, p. 850).

Uma ressalva deve ser feita, neste ponto. Definitivamente, não há como derivar de uma Teoria do Direito uma certeza ou previsibilidade radical naquilo que se mostra caótico e pouco coerente na realidade da vida. O PJR é indiferente ao problema sobre se o juiz **deve** ou **não deve** ter maior ou menor poder em suas mãos. O PJR simplesmente **descreve** que, em contextos como o brasileiro, há normas que concedem esse poder, enquanto outras não concedem; que há normas que depositam mais confiança no magistrado, enquanto outras não depositam quase nenhuma. Eventuais problemas de “ativismo judicial” ou atos arbitrários por parte de magistrados é, inquestionavelmente, um problema **político** e não **teórico**, conforme muito bem sustentado em texto indispensável de Arguelhes: *um provável elemento em comum entre o caso brasileiro e outros processos similares de expansão do poder judicial ao redor do mundo está no fato de que o ativismo do Supremo de hoje é politicamente construído* (ARGUELHES, 2009, p. 7).

3.3 DISCRICIONARIEDADE EM CASOS FÁCEIS E EM CASOS DIFÍCEIS

É comum dividir-se a discricionarie-

dade em duas grandes facções pretensamente inconfundíveis e incompatíveis entre si: de um lado, discricionariedade forte e, de outro, discricionariedade fraca. A ideia central é que, na discricionariedade “forte”, o aplicador do Direito estaria obrigado por poucos ou quase nenhum critério normativo, tendo amplo poder criativo. Na segunda, isto é, na discricionariedade “fraca”, há diversos critérios normativos, hermenêuticos, argumenta-

tivos, racionais, entre outros, que (ao menos) tentam preservar a intencionalidade normativa do sistema, partindo de argumentos que conseguem ser constitucionalmente justificados.

De seu lado, Robert Alexy prefere falar em discricionariedade decisionista e discricionariedade fundamentada. A última se diferenciaria da primeira pelo fato de usar argumentos racionalmente controláveis (ALEXY, 2008, p. 165). Em que pese a tentativa de separar esses dois tipos de discricionariedade, o certo é que essa divisão teórica não tem nenhuma razão para ser levada realmente a sério. Nenhum tipo de discricionariedade significa uma carta aberta à arbitrariedade do magistrado.

[...] analisando a realidade brasileira, não há como negar que, a despeito de a Constituição de 1988 ser um sistema notoriamente aberto, há diversas áreas jurídicas desta mesma Constituição que renegam ao magistrado qualquer poder discricionário.

O sentido de “discricionariedade forte” é muitas vezes mal compreendido. Não se trata, de forma alguma, de deixar o destino dos jurisdicionados nas mãos da boa vontade dos juízes, como se estes fossem seres supremos de justiça e sabedoria. Como se viu acima, aliás, a economia da confiança parte exatamente da premissa oposta: juízes são humanos, e em certos assuntos estão atados a um plano normativo com alto grau de densidade.

Definitivamente, não há nada que indique que a possibilidade de múltiplas respostas em determinados casos seja sinônimo de condescendência com respostas arbitrárias e constitucionalmente inadequadas. A própria noção de “moldura” simboliza a existência de limites, e os arautos do positivismo radical contemporâneo, que são os principais asseclas da discricionariedade, são claros em alertar que os juízes, quando saem dos portões do Direito, devem usar, dentro dos limites do possível, os melhores argumentos morais disponíveis (SHAPIRO, 2007, p. 21-22).

O problema, aí, é saber de onde se extraem esses “melhores argumentos”. E quanto a isso, não há, simplesmente, nenhum critério seguro e infalível a ponto de estabelecer uma previsibilidade radical do resultado. São corretas, nesse aspecto, as afirmações de Joseph Raz de que: a) como a aplicação judicial lida com a realidade, e como a realidade sempre nos brinda com os mais exuberantes e imprevisíveis acontecimentos, é impossível a formulação de algo como uma “teoria geral da interpretação”; b) a hermenêutica jurídica por vezes pode ser tão criativa quanto a interpretação, por parte de um pianista, de uma sonata de Beethoven (RAZ, 1994, p. 204).

Efetivamente, embora músicos partam de uma mesma e única partitura, dotadas com, precisamente, os mesmos símbolos e os mesmos significados que deles podem ser extraídos por meio da Teoria da Música, o fato é que os resultados a que chegam, devido à sua sensibilidade momentânea, serão sempre e inevitavelmente diferentes. Coisa parecida ocorre com os juízes e seus diferentes *feelings* acerca de quais são as provas mais relevantes para a resolução do conflito, ou, ainda, de quais são as normas aplicáveis a determinado caso.

No final das contas, o equívoco mais evidente de teóricos como, no Brasil, Lenio Streck – que chega ao ponto de negar a existência de casos difíceis, preferindo chamá-los de “casos ainda não compreendidos” (como se os falíveis homens estivessem em condições compreender todo e qualquer caso) – reside exatamente no cheque-mate de Scott Shapiro (2011, p. 235): *eles não entendem que muito da argumentação jurídica é arte, não ciência*. Definitivamente, qualquer caso fácil tem, ao menos em princípio, um mínimo de propensão de ser um caso difícil. A mais “clara”, “objetiva” e “precisa” regra pode regular certos aspectos, e outros não: *decisões jurídicas podem ser juridicamente reguladas sob uma descrição mas juridicamente não-regulada sob outra* (SHAPIRO, 2011, p. 280).

O erro de alguns positivistas foi presumir que, sempre, em todas as circunstâncias, a vagueza de uma norma leva à discricionariedade, sem notar que muitas vezes a leitura dessa mesma norma à luz de princípios demonstra que, na verdade, não há espaço para discricionariedade (RAZ, 1972, p. 845).

Lembremos, aqui, que, se o Direito é entendido como **planejamento social**, e se esse planejamento funciona, como nas nossas democracias atuais, principalmente por meio da ação política de representantes eleitos, não há nada que justifique que magistrados possam romper ou violá-lo a seu gosto pessoal. Esse alerta é fundamental para compreendermos a função dos magistrados sem cair em radicalismos que pretendem dizer que o Direito não possui limites (autonomia do Direito), nem lacunas, nem “casos difíceis”¹⁴.

Muito pelo contrário, casos difíceis existem, sim, e mesmo os regulados diretamente por uma regra jurídica, em tese tão clara e precisa, podem colocar o magistrado em maus lençóis interpretativos. Mesmo com uma pesquisa da intencionalidade normativa e com a busca da “integridade”, com aceno e reverência à história institucional do sistema¹⁵, há casos que continuarão em uma zona de penumbra em que múltiplas respostas serão igualmente válidas.

Tal como as normas, a história institucional do Direito não é, em nenhuma medida, fixa, e é possível fundamentar casos difíceis com base não só em grupos heterogêneos de princípios, como também em precedentes que muitas vezes são notoriamente colidentes e advêm de diferentes posturas teóricas.

Nesses casos difíceis, é tarefa fácil imaginar situações em que, de um lado, há um cuidado excessivo na argumentação, mas, de outro, continuam existindo possibilidades decisórias igualmente bem fundamentadas, que apontam para lado diverso. Eis, aí, outra ideia central da discricionariedade: a completa e fatal inexistência de critérios seguros para dizer que uma das decisões possíveis é **legalmente incorreta**. Pode-se dizer que, por um motivo ou outro, ela é inadequada; pode-se dizer que, ainda que justificada moralmente sob determinados aspectos, outros aspectos morais deveriam ter sido considerados; pode-se, enfim, criticar como quer que se deseje, mas jamais chegar à conclusão de que se trata de uma decisão **legalmente incorreta**¹⁶.

4 CONCLUSÃO

As páginas anteriores foram uma tentativa de iluminar as questões mais profundas da discricionariedade judicial. A proposta, desde o início, foi a de defender um ponto de vista específico: o de que a discricionariedade é **logicamente depen-**

dente de uma visão mais ampla e geral acerca da teoria do Direito. Em outros termos, a existência do poder discricionário só pode ser **admitida** caso o teórico parta de uma concepção de fundo que igualmente admita a teoria dos Limites do Direito (*limits of Law*) propugnada pelo Positivismo Jurídico Radical contemporâneo (*hard facts positivism*).

Como seguimento dessas afirmações, sustentou-se que um jurista só pode afirmar que a Constituição brasileira é um sistema “aberto” se, antes, perguntar-se: “aberto a que?”. Com efeito, foi visto que afirmações sobre a textura radicalmente “aberta” das constituições exaustivas atuais denotam a obrigação ou a autorização de que o juiz, no momento da aplicação judicial, **saia** do Direito e exerça forte discricionariedade. As fendas existentes no sistema jurídico, pelas quais passam rajadas de argumentações morais, constituem um consecutivo necessário da afirmação de que a existência e o conteúdo do Direito são determinados **exclusivamente** por meio da análise de fatos sociais.

Normas jurídicas são normas jurídicas não por causa do seu mérito ou demérito, mas porque são produzidas com caracteres especiais que as fazem pretender autoridade moral legítima e supremacia sobre outros sistemas normativos concorrentes da comunidade política. Quando os fatos sociais que revelam obrigações jurídicas **esgotam-se**, o Direito **abre-se** a outros sistemas normativos extrajurídicos. Saindo dos estritos trilhos da legalidade, o juiz possui amplo poder de conformação do caso concreto a padrões de moralidade.

Quanto mais normas jurídicas obrigando a aplicação de normas extrassistemáticas houver em uma Constituição, mais **aberta** ela será, e mais **criação do direito**, sentido último da discricionariedade, será permitida. Eis a melhor explicação para o Direito como um todo e, mais especificamente, para os documentos políticos que aí estão, hoje em dia – especialmente a Constituição brasileira. Só se pode argumentar que a Constituição de 1988 é aberta e dinâmica se se admite implícita ou expressamente que o Direito, como fato social, não regula toda e qualquer hipótese ou conduta, deixando nas mãos dos magistrados, em certas oportunidades, a tarefa de **criar** o Direito que

melhor se adegue ao caso concreto.

Ainda sob o influxo dessas considerações, foi sugerido que o poder discricionário do magistrado será tanto maior quanto seja o **depósito de confiança** em suas mãos. Como critério meta-interpretativo, a economia da confiança (*economy of trust*) é o padrão adequado para saber se, diante de um caso concreto, o juiz está legalmente obrigado a ater-se mais ou menos à “literalidade” da lei.

Em situações em que há inequívoca discricionariedade, o Direito forma efetivamente uma “moldura” dentro da qual há a suscetibilidade de diversas respostas corretas. Isso decorre porque, quanto mais confiança é depositada na competência e no caráter do intérprete, menores são os limites normativos existentes na argumentação jurídica. Linhas de raciocínio completamente divergentes podem ser igualmente válidas, baseando-se, cada uma delas, em argumentos sólidos, coerentes e razoáveis, aos quais não se pode objetar o *status* argumentos jurídicos. É dizer, quanto maior for a discricionariedade, menos elementos estarão disponíveis para rotular uma resposta judicial como **legalmente incorreta**, e qualquer opção por parte do teórico de atribuir a uma resposta a qualidade de “Direito”, e a outra não, não passará de mera arbitrariedade.

NOTAS

- 1 Ao qual remetemos, caso haja interesse do leitor, Almeida (2012). Para uma excelente crítica, na doutrina brasileira, aos infundados e apelativos ataques ao positivismo jurídico, cf. a obra de Dimoulis (2006).
- 2 A mera leitura de alguns livros dedicados à exploração dos verdadeiros significados do positivismo jurídico revela o quão disparatados são os ataques destacados neste trecho de nosso trabalho. Como aqui não é local apropriado para refutar diretamente, gota a gota, fraquíssimos argumentos como o de que o positivismo jurídico “legítima” o nazismo ou de que (uma vulgata) da tese da separação corrói qualquer tipo de argumentação moral, fica desde já indicada a leitura dos trabalhos indicados nas referências bibliográficas deste estudo, que são, em sua grande maioria, de autores positivistas.
- 3 Assim é, mais fortemente na extensão de sua obra, a visão em Dworkin (1998); e Dworkin (2011). Visão muito parecida é encontrada em Neves (2003). No Brasil, cita-se, entre outros, Streck (2006).
- 4 Para uma leitura aprofundada do que é o positivismo jurídico includente e quais são seus principais representantes, indispensável a leitura de Etcheverry (2006).

- 5 Os principais representantes contemporâneos desta corrente são Joseph Raz, Scott Shapiro, Leslie Green, Andrei Marmor e, no Brasil, Dimitri Dimoulis, todos com obras destacadas no final deste estudo.
- 6 Veja-se exemplificativamente, Herbert Hart: *sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. [...] o juiz [...] terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente* (HART, 2009, p. 351); Richard Posner: *Nenhuma legislação é detalhada a ponto de esgotar todas as possibilidades de disputa judicial que podem ocorrer numa sociedade dinâmica. Todas elas deixam grande espaço para o exercício da discricionariedade por parte dos juizes* (POSNER, 2010, p. XVI).
- 7 Como ao menos desde 1979 sustenta, corretamente, Joseph Raz.
- 8 Exemplificativamente, a afirmação de Luís Roberto Barroso: *as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar* (BARROSO, 2004, p. 346). É curioso notar que positivistas, ao menos desde 1961, com a publicação de *The Concept of Law*, de Herbert Hart, entendem que o Direito possui, inevitavelmente, essa **textura aberta**, sendo notoriamente insuficientes – e até mesmo raras – as possibilidades de aplicação silogística de uma regra jurídica. Curiosamente, entretanto, Luís Roberto Barroso considera-se um “pós-positivista”, e chama esse método hermenêutico “aberto” de “nova interpretação”.
- 9 O próprio Shapiro informa qual é o objetivo de sua teoria: *meu objetivo será o de desenvolver uma teoria do Direito na qual considerações de competência e caráter são centrais para a compreensão de instituições jurídicas e a estrutura do raciocínio jurídico e da argumentação* (SHAPIRO, 2011, p. 34). Mais adiante: *Eu vou sugerir que sistemas jurídicos não são simplesmente distribuições de autoridade e responsabilidade, mas também de confiança e desconfiança* (Idem, p. 313).
- 10 Sarlet tem razão nesse ponto: *Não se deveria, em hipótese alguma, desconsiderar a íntima conexão entre a técnica de posituação e a eficácia jurídica da respectiva norma definidora de direito fundamental, do que, em última análise, também depende a posição jurídica outorgada aos particulares. Assim, por demais evidente que a carga efícial será diversa em se tratando de norma de natureza programática (ou – se preferirmos – de cunho impositivo), ou em se tratando de forma de posituação que permita, desde logo, o reconhecimento de direito subjetivo ao particular titular do direito fundamental [...]* (SARLET, 2009, p. 260).
- 11 Aliás, é curiosíssimo como os hermenêutas radicais de hoje em dia creem ter “superado” tudo o que vai contra a sua teoria. Streck, por exemplo, reivindica repetidamente que a hermenêutica filosófica “superou” a metafísica grega e a “filosofia da consciência” da modernidade, como se em filosofia fosse possível falar em uma “linha evolutiva” precisa e inevitável. Mas não só

- o problema dos exageros judiciais podem ser justificados por versões fiéis da metafísica grega ou da filosofia da consciência – antes pressupondo uma distorção aberrante de ambas –, como também, já nos dizia Eric Voegelin, as ideias são ahistóricas. A afirmação de Villey quanto a isso é irretorquível: *as conquistas da filosofia não podem ser capitalizadas com tanta facilidade quanto as aquisições das ciências e da técnica* (VILLEY, 2005, p. 8). Assim como o pós-guerra foi um momento de profundo resgate da ética grega – rotulando como equivocada a “desintegração da filosofia” ocorrida na modernidade –, também é concebível que amanhã chegue o dia em que a hermenêutica filosófica de Gadamer seja considerada como uma aberração filosófica do século XX. Definitivamente, não é o fervoroso aplauso de uma época que faz a verdade de uma teoria. Mesmo que tenha pontos aceitáveis, nada autoriza dizer que a hermenêutica filosófica é a herdeira autêntica e verdadeira de toda a evolução milenar da filosofia, e que, por isso, o Direito deva estar submetido acriticamente a todas as suas premissas.
- 12 Dworkin não oferece nenhuma pista de qual seria o critério para chegar, com alguma probabilidade de acerto, a uma tal moral comunitária. Deixa no ar toda a questão, flutuando tão sem rumo e tão confusamente como folhas em um vendaval. Mas o silêncio é eloquente. Ele não oferece critérios porque critérios sobre esse aspecto em particular são impossíveis. Há autores que tentaram, de fato, concretizar o que seria a moral comunitária. Luís Pereira Coutinho, por exemplo, em densa monografia, e com base em juízos comunitaristas, fala-nos em um parâmetro moral judaico-cristão que permeia toda nossa história ocidental, e que seria o norte final para a produção e interpretação do Direito (Cf. COUTINHO, 2009). Essa tese, no entanto, poderia ser atacada sob diversos aspectos.
 - 13 A crítica de Dimoulis é correta: *‘Injustiça insuportável’, ‘direito certo’, ‘melhor luz’, ‘moralização do direito’, ‘ordem de valores’ e outros termos dessa espécie indicam a falta de vontade dos moralistas de concretizar suas intenções e críticas, dando espaço à manifestação do subjetivismo que, no direito, se vincula à arbitrariedade*. (DIMOULIS, 2006, p. 98).
 - 14 Para uma crítica pouco convincente quanto à inexistência de “casos difíceis”, cf. Streck (2006, p. 251 e ss.).
 - 15 MacCormick tem razão quando diz que o princípio do Estado de Direito (reconhecido em fonte social expressa na CF/88) pressupõe que o jurisdicionado, analisando casos semelhantes aos seus, tenha boas chances de prever qual será o resultado de sua demanda. Concretizando o princípio do Estado de Direito e o princípio da segurança jurídica, achamos, por debaixo de sua normatividade, acampado na tenda da sua intencionalidade normativa, o mandamento de que os magistrados levem especialmente a sério as decisões de seus e de outros tribunais. Em uma palavra, o mandamento de fidelidade ao Direito construído historicamente. (Cf. MACCORMICK, 2005, p. 188).
 - 16 Sobre a relação entre discricionariedade e decisões legalmente “incorretas”, Cf. Schauer (2009, p. 190).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Contra o

pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, n. 11, p. 6455-6506, 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_11_6455_6506.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2013.

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2. ed. Madrid: CEPC, 2007.

ARGUELHES, D. W. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, São Paulo, n. 250, p. 05-12, 2009.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, N. *Direito e poder*. São Paulo: Unesp, 2008.

COLEMAN, J. *Beyond Inclusive Legal Positivism*. In: *Ratio Juris*, v. 22 n. 3 September 2009, p. 359-94.

COUTINHO, L. P. P. *A autoridade moral da Constituição: da fundamentação da validade do direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do Direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIMOULIS, D. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

_____. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, pp. 215-253, jan./jun. 2011.

DWORKIN, R. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

_____. *Law's empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998.

ENGELMANN, W. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

ETCHEVERRY, J. B. *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. São Paulo: Forense, 2008.

GREEN, L. *Positivism and the inseparability of law and morals*. In: *New York University Law Review*, n. 83, p. 1035-1058, 2008.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, H. *Pure theory of Law*. New Jersey: Lawbook Exchange, 2005.

KRAMER, M. *In defense of legal positivism: Law without trimmings*. New York: Oxford University Press, 1999.

MACCORMICK, N. *Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005.

MARMOR, A. *Interpretation and legal theory*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005.

NEVES, A. C. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. 1.

ORTEGA Y GASSET, J. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martin Fontes, 1987.

OTERO, P. *Direito constitucional português, v. 1: identidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010.

POSNER, R. A. *economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAZ, J. *Between authority and interpretation*. New York: Oxford University Press, 2009.

_____. *Authority Of Law – Essays On Law And Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

_____. *Legal Principles and the Limits of Law*. In: *The Yale Law Journal*, Vol. 81, No. 5, Abril/1972,

p. 823-85.

_____. *Practical reason and norms*. New York: Oxford University Press, 2002.

REALE, M. *Filosofia do direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SARLET, I. Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEBOK, A. J. *Legal positivism in american jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SHAPIRO, S. J. *Legality*. New York: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. *What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?* in M. Adler and K. Himma, eds., *The rule of recognition and the U.S. Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SCHAUER, F. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London: Harvard University Press, 2009.

STRECK, L. L. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VILLEY, M. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WALUCHOW, W. *Inclusive legal positivism*. New York: Oxford University Press, 2003.

Artigo recebido em 9/2/2013.

Artigo aprovado em 16/2/2013.

Bruno Torrano Amorim de Almeida é advogado em Brasília-DF.