



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Discricionariedade com integridade:

uma proposta institucionalista de redenção para o conceito de discricionariedade judicial
na teoria analítica

Brasília

2025

DANIEL PINCOWSCY CARDOSO MARTINS DE ANDRADE ALVIM

Discrecionalidade com integridade:

uma proposta institucionalista de redenção para o conceito de discrecionalidade judicial
na teoria analítica

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília, na Linha de Pesquisa nº 2 (Constituição e Democracia), Sublinha nº 2 (Direito e Instituições).

Brasília
2025

DANIEL PINCOWSCY CARDOSO MARTINS DE ANDRADE ALVIM

Discrecionalidade com integridade:

uma proposta institucionalista de redenção para o conceito de discrecionalidade judicial
na teoria analítica

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito no
Programa de Pós-graduação em Direito da
Universidade de Brasília, na Linha de Pesquisa
nº 2 (Constituição e Democracia), Sublinha nº 2
(Direito e Instituições).

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo (Orientador)

UNB

Prof. Dr. Alexandre Araújo Costa (Membro da banca)

UNB

Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (Membro da banca)

UFMG

AGRADECIMENTOS

A felicidade de concluir esta dissertação foi possibilitada, em boa parte, por um conjunto de companhias que influiu (cada uma à sua maneira) muito positivamente na minha vida, formando um pequeno relicário social que me deu a confiança necessária para transformar devaneios em projetos de “carne e osso” e que, por isso, guardarei para sempre com os meus melhores sentimentos.

Agradeço, inicialmente, à minha família, um lugar de muito carinho que me ajudou a construir o chão interpretativo que me guiou pela vida e me trouxe de volta para o mundo, sempre que eu claudiquei.

Aos amigos Marcelo, Bruno e Maria Helena, cujo estímulo e apoio acadêmico foram especialmente inspiradores, devo uma saudação das mais efusivas! Sem eles, eu sequer teria tido a desfaçatez de bater às portas da Universidade de Brasília em busca de uma nova jornada de estudante.

Deixo uma palavra de imperecível gratidão a meus dois grandes mentores profissionais, Teori (“in memoriam”) e Izabel, que tiveram a edificante imprudência de me confiar tarefas que estavam muito além das minhas capacidades e que, por meio do exemplo e da amizade, me fizeram alcançar mais do que eu julgava poder almejar.

Para muito além dos agradecimentos, dedico esse trabalho à minha esposa e ao meu filho!

Mais do que o centro dos meus afetos, Luiza é a segurança metafísica que me faz acreditar que existe um caminho a seguir. Com sua presença adorável, ela me ensinou que esse caminho não é apenas uma jornada no espaço e no tempo, mas um cuidado diário, uma forma de estar sempre junto com quem se ama, que nada mais é do que a melhor maneira de fazer a vida valer a pena.

Eduardo não poderia ter sido mais contemporâneo desse trabalho; chegou ao mundo no primeiro dia de aulas do curso. Mesmo com tão pouco tempo, seu talento natural para encantar conseguiu algo que parecia impossível: transformar seu pai em um sujeito otimista, algo que a filosofia, sozinha, jamais conseguiu.

Hart was a positivist because he was also a critical moralist. His aim was not to issue a warrant for obedience to the masters of the state. It was to reinforce the citizen's warrant for unrelenting moral criticism of the uses and abuses of state power. MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart, 2^a ed., Stanford University Press: 2008, p. 197.

Law's optimism is in that way conceptual; claims of law are endemically constructive, just in virtue of the kind of claims they are. Law's optimism may be misplaced: legal practice may in the end yield to nothing but a deeply skeptical interpretation. But that is not inevitable just because a community's history is one of great change and conflict. An imaginative interpretation can be constructed on morally complicated, even ambiguous terrain. DWORKIN, Ronald. Law's Empire. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 228.

Straw men impede the progress of legal theory. LYONS, David. Moral aspects of legal theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 43.

Um ponto de vista é limitado em si mesmo. Ele nos entrega uma visão singular da paisagem. Apenas quando se combinam olhares complementares sobre a mesma realidade podemos ter um acesso mais completo ao saber das coisas. Quanto mais complexo for o que queremos apreender, mais importante é ter diferentes pares de olhos, para que esses feixes de luz converjam e possamos ver o Um através do múltiplo. Essa é a natureza de uma verdadeira visão: une os pontos de vista já conhecidos e mostra outros que eram ignorados até então, permitindo que entendamos que todos são, de fato, parte da mesma coisa. LABATUT, Benjamín. Quando deixamos de entender o mundo. São Paulo: Todavia, 2022, p. 76.

RESUMO

O positivismo analítico é uma tradição de pensamento jurídico fundada em uma advertência contra a falibilidade do direito. Ela evoca a franca imoralidade de muitos dos sistemas jurídicos que já existiram no tempo como principal argumento para justificar a separação conceitual entre direito e moral. Dentro da tradição anglófona, essa separação é mediada pela realidade dos fatos sociais, que aparece como chave para a constituição dos sistemas jurídicos e para a definição dos limites do sentido normativo. Fora desses limites, o que existe é apenas a discricionariedade judicial, um poder de escolha que os sistemas confeririam aos juízes para reparar eventuais discontinuidades.

Dworkin desafiou essa concepção de direito e de discricionariedade com uma proposta de otimismo conceitual. Ele sinaliza para a possibilidade de construção de respostas corretas no interior do direito em praticamente todas as hipóteses controversas, por enxergar essa prática como uma obra de construção coletiva que vai além dos fatos sociais, refletindo uma moralidade construída auto reflexivamente pelas instituições e por toda a sociedade, mediante o exercício das responsabilidades da atitude interpretativa.

Apesar das muitas falhas da concepção positivista de discricionariedade, a presente dissertação argumenta que esse conceito possui utilidade para explicar a prática das Cortes Constitucionais e que pode ser redimido teoricamente. Sob esse pressuposto, esse trabalho buscará conciliar a faceta institucional do fenômeno da discricionariedade com pressupostos filosóficos interpretativistas, aperfeiçoando-o à luz do atual estágio da doutrina do constitucionalismo liberal-judicial e da concepção de “Rule of law” como governança conjunta, proposta por Dmitrios Kyritsis.

Palavras-chave: positivismo; interpretativismo; filosofia analítica; discricionariedade judicial; constitucionalismo; “Rule of law”

ABSTRACT

Analytical positivism is a tradition of legal thought founded on a warning against the fallibility of law. It evokes the gross immorality of many of the legal systems that have existed in time as the main argument to justify the conceptual separation between law and morals. Within the anglo-american theoretical experience, this separation has been mediated by the social fact thesis, which appears as the theoretical key for the constitution of legal systems and for the definition of the boundaries of legal content. Outside these boundaries, what exists is only judicial discretion, a power of choice that legal systems would confer on judges to remediate discontinuities.

Dworkin challenged this conception of law with an account of conceptual optimism. It points to the possibility of finding correct answers within the law in practically all controversial hypotheses, by seeing this practice as a work of collective construction that goes beyond social facts, reflecting a morality built self-reflexively by institutions and society through the exercise of the responsibilities of the interpretive attitude.

Despite the many flaws in the positivist conception of judicial discretion, the present dissertation argues that this concept is useful in explaining the practice of Constitutional Courts and that it can be redeemed theoretically. Under this assumption, this work will seek to reconcile the institutional facet of this concept with interpretivists philosophical premises, enhancing them in light of the actual stage of the doctrine of liberal-judicial

constitutionalism and the conception of “Rule of law” as shared authority, proposed by Dmitrios Kyritsis.

Key words: positivism; interpretivism; analytical philosophy; judicial discretion; constitutionalism; Rule of law

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
SUMÁRIO.....	8
INTRODUÇÃO	10
1. A discricionariedade na teoria analítica do direito	22
1.1. Os grandes paradigmas teóricos da filosofia anglófona e o conceito da discricionariedade judicial	24
1.1.1. O modelo social de Herbert Hart.....	24
1.1.2. O modelo interpretativista de Ronald Dworkin.....	47
2. Preenchendo vazios: modelos positivistas pós-hartianos e os novos recursos explicativos da discricionariedade judicial	76
2.1. O positivismo exclusivo e a busca pela essência conceitual do direito	77
2.1.1. A lógica interna de desenvolvimento do direito e os poderes dirigidos dos juízes	81
2.1.2. A gradualidade incremental do planejamento e a discricionariedade como reflexo da matriz de confiança dos sistemas jurídicos.....	88
2.2. O positivismo inclusivo e a hipertrofia do conceito de direito por receptores morais.....	95
2.2.1. As possibilidades de inserção da moralidade na teoria da validade positivista.....	96
2.2.2. As estratégias do positivismo inclusivo para a mitigação da discricionariedade judicial: os acordos morais e as normas secundárias.....	98
3. O fracasso da concepção positivista de discricionariedade judicial	103
3.1. Três dimensões da discricionariedade judicial - O que podemos aprender sobre a discricionariedade judicial a partir do debate positivismo x interpretativismo?.....	103
3.2.1. Dimensão causal: a discricionariedade como fato semântico.....	106
3.2.2. Dimensão motivacional-epistemológica: a discricionariedade como fato atitudinal	114
3.2.3. Dimensão funcional: a discricionariedade como fato institucional	122
3.3. Conclusão parcial: pontos de inadequação teórica do conceito de discricionariedade e uma rota para a sua reconstrução	127
4. O constitucionalismo como janela para reconstrução da base de racionalidade prática do direito, dos conceitos de jurisdição e de discricionariedade judicial...	139
4.1. Constitucionalismo: origens, sentidos e agendas	139
4.2. Constitucionalismo como uma questão de atitude: autorreflexão, autocrítica e construtivismo judiciário.....	145
4.3. Constitucionalismo e algumas concepções engajadas do “rule of law”	151

4.3.1. O império do direito – “Rule of law” como integridade (Dworkin)	151
4.3.2. A governança dos planos – “Rule of law” como planejamento social (Shapiro).....	164
4.3.3. A governança compartilhada – “Rule of law” como “shared authority” (Kyritsis).....	168
4.4. Discricionariedade e integridade: uma reconstrução institucionalista à luz da noção de governança conjunta.....	178
4.4.1. A especial contribuição institucional da jurisdição nos sistemas de controle de constitucionalidade.....	179
4.4.2. Discricionariedade como prerrogativa de decidir por juízes de integridade	181
CONCLUSÃO.....	193
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	198

INTRODUÇÃO

O antagonismo entre as contribuições teóricas de Herbert L. A. Hart e Ronald Dworkin para a filosofia do direito é, sem sombra de dúvidas, o mais instigante, produtivo e duradouramente explorado mirante da história da filosofia do direito anglo-americana¹.

Os dois conseguiram capturar, com grande faro intelectual, as singularidades dos seus sistemas jurídicos de origem (no caso de Hart, o sistema inglês, estruturado de maneira mais formalista, sob a mais longeva tradição de soberania parlamentar do planeta²; e, no de Dworkin, o americano, sustentado em uma Constituição com linguagem de alto coeficiente moral, no qual o recurso às razões substantivas é muito mais frequente³). Esses autores estabeleceram um novo paradigma de reflexão filosófica para as teorias jurídicas⁴, iluminando os diferentes pontos de vista implicados na atividade teórica, as consequências da adoção de cada uma dessas perspectivas, além de apontar como elas se refletem na normatividade jurídica e na determinação das condições de verdade das afirmações sobre o direito.

O contraponto entre eles é singular em muitos sentidos. Em um primeiro olhar, pela grandiloquência do legado de ambos. Hart é considerado por muitos como o inventor do modelo neutro de investigação analítica do direito que ainda predomina no mundo anglófono⁵, enquanto Dworkin aparece como o mais agudo contestador desse programa⁶,

¹ STAVROPOULOS, Nicos. *The Debate that never was*. Harvard Law Review, v. 130, n. 8, p. 2082-2095, 2017.

² ATIYAH, Patrick Selim; SUMMERS, Robert S. *Form and Substance in Anglo-American Law a Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. 1987. Cap. 9.

³ PRIEL, Dan. *Is there one right answer to the question of the nature of law*. Philosophical foundations of the nature of law, v. 322, p. 330-34, 2013.

⁴ “(...) a discordância entre o interpretativismo dworkiniano e o positivismo hartiano não se limita, apenas, à conceituação do direito, mas alcança o nível meta-teórico acerca de qual metodologia é mais apropriada para a compreensão do direito”. MAGALHÃES, Breno Baía. *A teoria do direito revisitada: Dworkin e os diversos conceitos de direito (império do direito-capítulo III)*. Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos, 2018. p. 72.

⁵ “Hart’s theory is the most consistent and sustained attempt to develop a detachment view of law and legal philosophy, and one that is thoroughly reductive.” MARMOR, Andrei. *Philosophy of law*. New Jersey: Princeton University Press, 2011. p. 8; ver também PRIEL, Dan. HLA Hart and the Invention of Legal Philosophy. *Osgoode CLPE Research Paper*, n. 17, 2011; KRAMER, Matthew H. *HLA Hart: a natureza do direito*. tradução Gilberto Morbach. Fortaleza: EdUnichristus, 2021, pp. 295-296.

⁶ Para Macedo Jr., “Dworkin elabora sua crítica ao positivismo jurídico radicalizando elementos centrais de um tipo de análise conceitual e filosófica própria e, em certa medida, característica do positivismo. Ao radicalizar muitas formas de análise, ele procurou desmontar o positivismo ‘por dentro’, realizando uma crítica interna”. MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 47.

defendendo uma vertente que fusiona a natureza do direito com a moralidade construída na prática institucional, posição que, de tão disruptiva, tornou controverso o enquadramento desse autor no campo da filosofia analítica⁷.

Em um segundo plano, porque o debate entre eles nunca se concretizou literalmente. Segundo Nico Stravopoulos⁸, o debate que realmente ganhou corpo foi, na verdade, aquele havido entre Dworkin e seus críticos, já que Hart tomou uma posição bastante reservada durante sua vida sobre as objeções que Dworkin dirigiu à sua teoria. Somente com a publicação póstuma do pós-escrito de Hart ao seu livro “O conceito do direito”, ocorrida em 1994, é que o público veio a ter conhecimento de um conjunto incompleto de réplicas defensivas feitas por Hart.

Em terceiro lugar, porque, embora o antagonismo direto com a obra de Hart tenha sido explorado por Dworkin com maior detença apenas nas suas obras iniciais, a oposição entre eles se estendeu por quase todas as grandes controvérsias da filosofia analítica, tendo ganhado continuidade e aprofundamento incessantes, sobretudo após a publicação do já mencionado pós-escrito póstumo de Hart. Isso pode ser exemplificado pela profundidade da literatura filosófica produzida a partir da janela analítica propiciada pelas suas obras. Ela possui uma densidade metateórica inegável, suscitando teses que tangenciam aspectos da metafísica, metaética, moral, metodologia, semântica, entre outras disciplinas filosóficas.

Além disso tudo, o duelo entre esses gigantes da teoria jurídica é valioso porque expressa uma diferença ainda mais abstrata e profunda do que a diferença entre positivismo e antipositivismo. Trata-se de um contraste que transcende essas etiquetas típicas da arena jurídica, se inserindo em um diagrama maior, reconduzível até os diálogos de Platão⁹, e que emoldura em uma interlocução de altíssimo nível as diferenças entre ceticismo e anticeticismo filosófico.

⁷ DICKSON, Julie. *Evaluation and legal theory*. Oxford: Hart Publishing, 2001. pp. 21-23.

⁸ STAVROPOULOS, Nicos. *The Debate that never was*. Harvard Law Review, v. 130, n. 8, p. 2083-2092.

⁹ John. M. Finnis registra que alguns diálogos entre Platão e os cétricos gregos reproduziam um debate em torno da existência de padrões de conduta que fossem verdadeiros e válidos por natureza. Em resposta à tese dos cétricos, segundo a qual, na natureza, o que prevalece é o poder egoísta do mais forte sobre os mais fracos, Platão argumentou que a vida voltada apenas à satisfação de desejos por poder e satisfação seria uma forma de autodepreciação, e que, pela natureza, os desejos deveriam ser governados e moderados pelos padrões da razão. “*The sceptic’ ‘law of the nature’, despite appearances (the glamour of evil), is unnatural because unreasonable. Such is the theme of Plato’s Gorgias, his Republic, his Law, and Other of his works.*” FINNIS, John. *Natural Law: The Classical Tradition*. In Jules Coleman & Scott J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press. 2002, p. 3.

No capítulo VII de “O conceito de direito”, sua obra magna, Hart se ocupou de contestar as implicações do projeto teórico do realismo americano, por considerar que, ao retratar o direito como um mero exercício de antecipação da atividade decisória dos juízes, essa doutrina faria terra arrasada da noção de normatividade jurídica. Apesar de não adotar uma postura tão radical quanto a dos realistas – que chegou a descrever como um pesadelo¹⁰ – Hart também se valeu de algumas premissas filosóficas típicas do ceticismo na construção de sua obra, o que se refletiu sobretudo na maneira como ele representou a discricionariedade judicial.

Na literatura disponível dentro do marco da filosofia do direito de língua inglesa (“jurisprudence”), a discricionariedade judicial geralmente é apreciada sob um enfoque descritivo, a partir de um recorte de microscopia analítica, sendo apresentada como uma consequência da precariedade normativa do direito e tratada como estratégia institucional de solução de incerteza pelos sistemas jurídicos. Nesse contexto, a discricionariedade judicial é o recurso que explica o que acontece quando a orientação normativa do direito falha, se contradiz ou se exaure.

Dentro do positivismo, a discricionariedade aparece como um poder¹¹, uma liberdade de escolha¹² ou uma margem¹³ de ação que permite que juízes atuem como legisladores supletivos (intersticiais, segundo a terminologia hartiana), com autoridade

¹⁰ O pesadelo seria a imagem que o realismo jurídico americano faz do direito, que recusa qualquer possibilidade de que o juiz atue como mero declarante do direito. “*O Pesadelo é que esta imagem do juiz, que o distingue do legislador, seja uma ilusão, e que as expectativas que dela derivam estão fadadas à decepção – em uma visão extrema, sempre, e em uma visão moderada, com bastante frequência*”. O nobre sonho seria a polaridade antagônica de pensamento, representando “*a crença, talvez a fé, de que, a despeito de aparências superficiais em contrário, e a despeito de períodos inteiros de aberrações judiciais, ainda se pode oferecer uma explicação e uma justificativa para a expectativa comum das partes de que os juízes apliquem a seus casos a lei existente e que não façam novas leis para eles, mesmo quando o texto específico de uma regra constitucional, lei ou precedente disponível pareça não oferecer nenhuma orientação*”. HART, H. L. A; *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rev. Tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Goes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. pp. 140 e 148

¹¹ “*To me, discretion is the power given to a person with authority to choose between alternatives, When each of the alternatives is lawful*”. BARAK, Aharon. *Judicial discretion*, Yale University Press, New Haven and London, 1987, p. 7.

¹² “*The possibility of choice arises when a decision-maker has the freedom to determine unilaterally the outcome of her decision. (...) In most definitions of strong discretion, choice among different courses of action is considered to be a permission or power*.” VILA, M. Iglesias. *Facing judicial discretion*. Dorrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publisher, 2001, pp. 8 e 11.

¹³ “*A respeito da primeira perspectiva, e como já assinalei antes, resulta praticamente unânime a ideia de que a discricionariedade é uma certa margem de liberdade na tomada de decisões*”. VIDAL, Isabel Lifante. Dois conceitos de discricionariedade jurídica. *In Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 16, n. 1, p. 1-26, Janeiro-Abril, 2020, p. 2.

para criar direito novo para dar uma resposta determinativa às controvérsias qualificadas como casos difíceis, aquelas nas quais não há uma norma positiva claramente aplicável, mediante a escolha da solução mais apropriada da perspectiva da moralidade. Exceção a essa tônica é encontrada na obra de Ronald Dworkin, jurista de formação analítica, mas cuja obra adota tom crítico em relação a diversos aspectos dessa escola teórica.

Apesar de ser o mais contundente adversário do positivismo jurídico, esse autor não descarta¹⁴ – pelo menos não inteiramente – a existência da discricionariedade como realidade típica da atividade jurisdicional, tendo optado por minimizar a relevância do seu significado no momento decisório. Por meio da articulação de um refinado argumento filosófico que busca reunificar a filosofia do direito às suas congêneres política e moral, Dworkin sublinha que, embora o direito seja repleto de conceitos contestados e desacordos, a sua normatividade não se esgota, como pensam os positivistas, e a margem de discricionariedade de um juiz na solução de casos fáceis ou difíceis é rigorosamente a mesma: uma discricionariedade fraca.

O argumento de Dworkin contra a concepção positivista de discricionariedade decorre de uma confrontação à própria imagética do direito como um universo limitado de normas. Ela fluiria de uma série de equívocos filosóficos o conhecimento de uma realidade do saber humano que pertenceria ao domínio do valor, mesma ambiência metafísica da moralidade e das artes. Pensar a discricionariedade como uma solução institucional-tampão para os espaços vazios da normatividade jurídica seria, para Dworkin, apenas mais um sintoma do ceticismo que caracteriza a teoria anglófona do direito, minimizando o seu horizonte.

Embora Dworkin não tenha investido muita energia no tema da discricionariedade¹⁵, o seu gesto de secundarização em relação a ela acenou para algo

¹⁴ Para muitos, essa afirmação pode soar como uma blasfêmia, porque o projeto teórico de Dworkin é extremamente crítico à discricionariedade forte. Todavia, o que se quer assinalar aqui é que o próprio Dworkin consente com a presença de uma dimensão fraca e trivial de discricionariedade judicial em qualquer atividade interpretativa. Trata-se de uma conclusão inevitável para um autor que possui uma concepção interpretativa do direito. O que se quer ressaltar na presente dissertação é que o debate conceitual sobre a discricionariedade não precisa se limitar às posições de refutação (contra a discricionariedade) e de aceitação (pró discricionariedade), podendo incluir também nuances de aceitação, a depender dos fundamentos anticéticos que permeiam a compreensão teórica sobre o direito.

¹⁵ Seu interesse sobre o tema foi concentrado em um artigo específico sobre ele (DWORKIN, Ronald. Judicial discretion. In: *The Rule of Law and the Separation of Powers*. Routledge, 2017. p. 157-171) e por considerações ao longo do livro “Levando os direitos a sério”, sua primeira grande publicação, mas parece ter se esvaído no curso da sua obra.

muito significativo: as conexões que existem entre a superfície desse instituto e certas pressuposições de cunho cético que dominam o ambiente teórico da filosofia analítica e alguns contextos da prática jurídica, pressuposições essas que se aprofundam e perpetuam uma série de cacoetes que limitam o conhecimento jurídico a questões empíricas, sonogando a riqueza filosófica que se hospeda, ainda que disfarçadamente, no discurso de aplicação do direito.

No contexto da doutrina anglo-americana convivem, portanto, duas concepções rivais sobre o fenômeno da discricionariedade, a positivista, que sustenta uma posição conceitual de origem convencionalista quanto aos limites do direito, cujas discontinuidades são complementadas pela atribuição de sentido criativo à atividade judicial; e a interpretativista, que sustenta que direito e moral compõem um sistema único (“one thesis system”), explorando um conceito holístico (por vezes até romantizado) de normatividade e de interpretação jurídica, que se apoia nas noções de responsabilidade e integridade para refutar a noção de incompletude no direito e para recusar a existência de poderes discricionários fortes nas mãos de juízes.

Essa caracterização do fenômeno da discricionariedade judicial encontra ecos no cenário acadêmico brasileiro. Com algumas adaptações¹⁶, é possível dizer que por aqui convivem duas linhas teóricas sobre a discricionariedade judicial, a patológica e a resignada. Para os adeptos da primeira concepção, a discricionariedade é um entulho positivista a ser abominado¹⁷, um elemento inimigo do direito, responsável por diversos vícios decisórios da cultura judicial brasileira, inclusive o ativismo judicial¹⁸, que deveria ser extirpado da prática jurídica. A segunda linha trata a presença da discricionariedade nas decisões judiciais como uma “*verdade de um ponto de vista descritivo*”¹⁹, tipicamente presente nos casos difíceis, para os quais “*não há um controle absoluto acerca da racionalidade das decisões*”²⁰.

¹⁶ A maior parte dos trabalhos conhecidos sobre o tema na academia brasileira utiliza o marco teórico da hermenêutica para potencializar a crítica ao conceito de discricionariedade.

¹⁷ ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.2.

¹⁸ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 483.

¹⁹ FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 167.

²⁰ NOJIRI, Sérgio. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 204.

Apesar do contínuo apelo das concepções referidas acima, parece existir espaço para uma teorização alternativa do conceito de discricionariedade judicial, de sentido funcional-institucionalista. Essa terceira via pode ser obtida por meio da modesta reconstrução dos elementos teóricos já disponíveis sobre a ideia de discricionariedade, considerando a evolução do conceito de jurisdição na realidade do constitucionalismo e o impacto desse elemento na explicação das singularidades da aplicação judicial do direito. Essa proposta teria o mérito de propiciar maior clareza e honestidade às circunstâncias da racionalidade decisória dos Tribunais Constitucionais²¹.

A presente dissertação pretende investigar a plausibilidade dessa teorização alternativa, de sentido institucional, sem perder de vista o convite feito por Dworkin para o revolvimento das premissas filosóficas que estão entranhadas na teoria analítica do direito. O objetivo da pesquisa é o de superar as insuficiências do conceito positivista de discricionariedade, reconstruindo-o a partir de reflexões que sejam compatíveis com a prática jurídica em tempos de constitucionalismo e que consigam, ao mesmo tempo, contemplar as escalas de normatividade inseridas nas diferentes concepções do princípio do Estado de Direito.

Por que realizar uma pesquisa sobre discricionariedade judicial a partir de um marco teórico anglófono? O interesse teórico nessa linha de investigação é justificável em vários sentidos.

Primeiro porque, como ressaltado anteriormente, a teoria analítica do direito (“jurisprudence”) é o campo em que esse conceito foi apreciado com maior agudeza, e a sua apreciação continua a exercer forte atração, ocupando um lugar de destaque no discurso teórico de autores pós-hartianos que buscaram dar continuidade ou revisar os termos do positivismo analítico. Segundo, porque a consideração analítica do conceito de discricionariedade transcendeu os territórios de língua inglesa, tendo sido objeto de estudo em comunidades acadêmicas do mundo todo, inclusive em contextos de *civil law*

²¹ Em certo sentido, essa linha parece ter inspirado o seguinte trabalho: VERBICARO, Loiane Prado. Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 489.

do mundo latino²², que registra um considerável repertório de obras dedicadas a enriquecer o horizonte de teorias positivistas pós-hartianas²³.

Além disso, o fato de ter sido pensado originalmente no âmbito de sistemas da tradição jurídica do *common law* não constitui um obstáculo ao entendimento das concepções positivistas e interpretativistas de discricionariedade. Pelo contrário. Na medida em que a desenvoltura do direito judiciário na cultura do *common law* é historicamente maior, as reflexões teóricas construídas nessas localidades podem se mostrar de imenso proveito para auxiliar as comunidades jurídicas vinculadas ao *civil law* a reinterpretar a lógica, o sentido e os condicionamentos da aplicação judicial do direito dentro da realidade do modelo de jurisdição constitucional forte, cuja ascensão mundial acabou por aproximar a realidade forense dessas duas tradições jurídicas²⁴.

Em um olhar mais amplo, é possível dizer que a discricionariedade está inserida em uma matriz temática que exerce fascínio indelével na doutrina do direito, representado pela dilemática distinção entre interpretação e criação no momento da aplicação do direito. Essa controvérsia foi objeto de algumas das mais inspiradas passagens da literatura jurídica mundial, tendo recebido olhares de Emilio Betti (interpretação x integração²⁵); Mauro Capelleti (interpretação é criação²⁶); Robert Alexy (interpretação

²² VILA, M. Iglesias. *Facing judicial discretion*. Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publisher, 2001; e ETCHEVERRY, Juan B.; SERNA, Pedro (eds.). *El caballo de Troya del positivismo jurídico. Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism*, Colección Filosofía, Derecho y Sociedad, nº 22, Granada, Comares, 2010.

²³ Nesse sentido, há dois grandes trabalhos de origem brasileira. Um deles contempla uma instigante versão de positivismo inclusivo em que a incorporação de normas implícitas é trabalhada sob o recurso da forma argumentativa da abdução (MARANHÃO, Juliano. *Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012); enquanto o outro traz uma versão de positivismo exclusivo fundamentado em uma teoria política pragmática (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018). Na Argentina, Genaro R. Carrió e Carlos Santiago Nino também produziram material de excelente qualidade sobre filosofia analítica do direito. Na Espanha, há uma profusa literatura sobre o tema, valendo destacar as contribuições inclusivistas de J. J. Moreso (MORESO, J. J. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, cEpc. 1997) e de Ángeles Ródenas (RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012); além da obra exclusivista de Liborio Hierro (HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, Liborio Luis. *El imperio de la ley y la crisis de la ley*. 1996).

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*. Cadernos da Escola de Direito, n. 9, 2008.

²⁵ BETTI, Emilio. *A hermenêutica como método geral das ciências do espírito*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2022. pp. 60-61.

²⁶ “O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 21.

como criação de norma atribuída ou adscrita²⁷); Lawrence Solum (interpretação x construção²⁸); e Frederich Muller (interpretação como concretização²⁹). Recentemente, essas questões foram recolocadas sob outros horizontes, seja na forma de um interesse pelo “ativismo judicial³⁰” e ou até mesmo pela avaliação da genuinidade da prática constitucionalista e dos abusos cometidos em seu nome³¹.

Refletir sobre os aspectos envolvidos na discricionariedade judicial a partir do método analítico é um objetivo que é útil não só para viabilizar uma idealização mais competente da atividade de interpretação e aplicação das normas jurídicas, bem como o exercício de uma atividade crítica qualificada a respeito das decisões judiciais, como também para auxiliar no amadurecimento de uma compreensão mais informada sobre a função exercida pela jurisdição constitucional. Esse último ponto adquire relevância crítica para diminuir o apelo de campanhas de descredibilização institucional que se tornaram habituais no cenário político mundial.

Não custa lembrar que, no contexto brasileiro recente, o ocupante da Presidência da República entre 2019-2022 utilizou linguajar de tom detrimetoso para acusar a Suprema Corte de estar “esticando a corda” e atuando “fora das quatro linhas”, ameaçando descumprir suas decisões. Essa retórica foi empregada, por exemplo, para condenar (i) decisões que reconheceram o poder das autoridades locais para implementar

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros, 2ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2017, pp. 62-76.

²⁸ SOLUM, Lawrence B. *The interpretation-construction distinction*. Const. Comment., v. 27, p. 95, 2010. p. 108.

²⁹ “A norma para Müller não está pronta e “aplicável” em sua formulação linguística. O seu sentido complementa-se apenas em cada caso, na concretização. Concretização aparece em sua obra como um conceito que pretende substituir e superar a dicotomia clássica entre “interpretação” e “aplicação”. Trata-se, como o próprio autor refere, de uma mudança paradigmática e não meramente terminológica. Pressupõe a impossibilidade de cindir abstratamente interpretação e aplicação jurídica, o que torna necessário tratar a questão “norma-fato” de forma totalmente nova. Nessa perspectiva, não só a norma é “aplicada” ao caso, mas o caso é “aplicado” à norma. Os fatos não mais são concebidos como puramente extranormativos, mas como constitutivos da normatividade.” MIOZZO, Pablo. *O pós-positivismo de Friedrich Muller como teoria e metódica estruturantes do direito*. In Revista Direito Público, Brasília, Volume 19, n. 103, 13-18, jul./set. 2022, p. 14; e RDP, Brasília, Volume 19, n. 103, 13-18, jul./set. 2022; e MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: RT, 2008, pp. 196-197.

³⁰ “(...) we may distinguish negative judicial activism, which is a failure to apply the law in its plains and stipulative meaning, and positive judicial activism which is making a judicial decision, either in a particular instant or through the creation of a ruling which becomes a precedente, which is not warranted by existing authoritative texts.” CAMPBELL, Tom D. Democratic aspects of legal positivism. In CAMPBELL, Tom; e GOLDSWORTHY, Jeffrey D. (Eds.) *Judicial power, democracy and legal positivism*. Routledge, 2016, p. 14.

³¹ ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. *O Supremo Tribunal Federal como Agente do Constitucionalismo Abusivo*. CADERNOS ADENAUER (SÃO PAULO), v. XVIII, p. 173-191, 2017.

medidas sanitárias durante a pandemia de Covid-19³²; (ii) atos de investigação promovidos no Inquérito nº 4781³³; e (iii) o julgamento da tese do “marco temporal”³⁴.

Embora possua um caráter mais insidioso, por concitar um ceticismo irrefletido em relação à atuação da jurisdição constitucional, os casos mencionados acima não são exemplos isolados de conflito de opiniões sobre o papel que deve ser desempenhado por uma instância judicial de aplicação da Constituição.

Um outro coro de insatisfações ganhou fluidez no curso do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da controvérsia relativa à criminalização da posse de drogas para consumo. Após a conclusão de uma das sessões de julgamento, o Presidente do Senado emitiu pronunciamento em que definiu como “equivoco grave” uma eventual decisão judicial pela contra a legalização do porte, sob a justificativa de que a deliberação sobre o tema caberia exclusivamente ao Congresso Nacional³⁵. Em assentadas posteriores, houve registros de debates entre os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal a respeito de uma possível usurpação, pela proposta de voto majoritária, das funções do legislador³⁶.

Portanto, seja para entender qual é o perímetro de avaliação interpretativa que pode ser ocupado por uma Suprema Corte ou para rejeitar a crença na existência de um território previamente delimitável, é importante afiar a consciência teórica sobre a noção de discricionariedade judicial.

Considera-se, porém, que as concepções produzidas pela doutrina nesse sentido são subótimas. A filosofia analítica anglófona continua extremamente presa às noções básicas de legislador intersticial, discricionariedade forte e fraca que foram postuladas por Hart e Dworkin. Alguns trabalhos mais recentes, como o de Scott Shapiro, trouxeram

³² Conforme matéria jornalística disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/bolsonaro-volta-a-criticar-toques-de-recolher-estao-esticando-a-corda-29062022>>, consulta em 06/11/2024.

³³ Conforme matéria jornalística disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/08/bolsonaro-acusa-inquerito-de-moraes-de-ilegal-e-ameaca-antidoto-fora-das-4-linhas-da-constituicao.shtml>>, consulta em 06/11/2024.

³⁴ Conforme matéria jornalística disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-volta-a-falar-em-nao-cumprir-decisao-do-stf-sobre-marco-temporal/>>, consulta em 06/11/2024.

³⁵ Conforme matéria jornalística disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/08/02/discriminalizacao-de-drogas-por-decisao-do-stf-e-equivoco-grave-diz-pacheco>>, consulta em 06/11/2024.

³⁶ Conforme matéria jornalística disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/06/20/nos-estamos-passando-por-cima-do-legislador-diz-mendonca-em-sessao-do-stf-sobre-porte-de-maconha.ghtml>>, consulta em 06/11/2024.

acréscimos conceituais interessantes – como a ideia de economia de confiança – mas não chegaram a reformar a crença de fundo cético na distinção entre interpretação e criação judicial de direito.

Especificamente no contexto brasileiro, a discricionariedade judicial continua sendo um tema atual, mas tem sido tratada majoritariamente a partir de uma leitura crítica, como se pode inferir, ilustrativamente, da seguinte passagem de uma tese de doutoramento sobre o tema:

Este trabalho, por conseguinte, se assenta, pois, num conceito de discricionariedade judicial que espelha como resultado algo mais próximo à concepção de Hart e à espécie forte de Dworkin, ou seja, a tomada de decisão sem submissão, ou com subordinação mínima, a parâmetros oriundos de autoridades instituídas, que não a tomadora da decisão. Uma discricionariedade que assume uma margem não ocupada pela “razão” e por isso invadida pela vontade. Um “poder arbitrário ‘delegado’ — antidemocraticamente — em favor do juiz para ‘preencher’ os espaços da ‘zona de penumbra’ do modelo de regras”, não se podendo esquecer que essa “‘zona de incerteza’ (ou as especificidades em que ocorrem os ‘casos difíceis’) pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo juiz, que, *ad libitum*, aumenta o espaço de incerteza e, em consequência, seu espaço de discricionariedade”.

Como algo mais próximo de uma ideologia autocrática, a discricionariedade, esse verdadeiro estratagema discursivo, pode se arrimar em fundamentos teóricos distintos, como pode produzir resultados diversos. Pode incidir tanto em casos “fáceis” quanto em casos “difíceis”. Pode ser expressa ou velada. Pode pretender acelerar mudanças sociais ou travá-las, espelhando mais visões pessoais de mundo e de justiça, travestidas de impressões sobre expectativas sociais, do que, propriamente, percepções do corpo coletivo. E é esse seu modo de ser que traduz seus efeitos mais deletérios: a imprevisibilidade e a pretensão de imunidade frente à impossibilidade de um controle conteudístico³⁷.

Trabalhos como esses insistem em condenar a discricionariedade como uma ideia pérfida, que deve ser erradicada do discurso teórico e de aplicação judicial, por ser cética, antidemocrática e autoritária.

De fato, o conceito de discricionariedade possui uma origem associada a teorias de inspiração cética. Todavia, há um exagero caricatural na alegação de que o positivismo de extração hartiana chancelaria decisões judiciais baseadas em caprichos. Há muitos pontos criticáveis na idealização hartiana sobre o tema, mas esse autor jamais subscreveu qualquer vale-tudo decisório. A ideia que se pretende explorar aqui é a de que os aspectos

³⁷ NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Jurisdi(scri)ção: a discricionariedade judicial como estratégia e sua (in) validade perante o direito*. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Escola de Direito e Administração Pública (IDP), Brasília, 2021, p. 43.

defeituosos da concepção de discricionariedade positivista podem ser reformados com o auxílio de *insights* interpretativistas.

A pesquisa será estruturada em 4 (quatro) capítulos. O primeiro deles apresentará os traços gerais da teoria hartiana, e sua descrição do direito como prática social, em paralelo com a teoria interpretativista de Dworkin. Serão introduzidas as principais noções que formam o idioma conceitual empregado por esses dois autores para sustentar suas concepções de poder legislativo intersticial e de discricionariedade fraca.

O segundo Capítulo sintetizará a abordagem teórica elaborada nas vertentes do positivismo exclusivo e do positivismo inclusivo, destacando, em especial, os aportes que essas novas variantes trouxeram para o conceito de discricionariedade. Nesse sentido, serão explorados com especial detalhe os desenvolvimentos conceituais sugeridos pela teoria do direito como serviço, de Joseph Raz, e do direito como planejamento social, de Scott Shapiro, demonstrando como cada uma delas traz inovações interessantes na concepção da discricionariedade judicial.

Nos dois Capítulos conclusivos, o trabalho pretende mostrar – a partir de uma análise tridimensional do conceito de discricionariedade judicial (iluminando suas dimensões causal; motivacional-atitudinal; e institucional) – que a concepção positivista está defasada pelas mudanças na prática jurídica vigente em modelos de constitucionalismo; pela mudança da ideia de Estado de direito predominante em sistemas constitucionais; e pela mudança na realidade decisória da jurisdição, que exige avaliações de caráter moral.

À luz desse contexto, o trabalho irá avançar uma proposta reconstrutiva dos conceitos de jurisdição e discricionariedade judicial. Nesse sentido, aduzirá que, no contexto do constitucionalismo forte, vigorante em boa parte do planeta, a jurisdição é uma instância de integridade, que tem a especial função de melhorar o padrão de racionalidade das decisões estatais; conseqüentemente, a discricionariedade judicial deve funcionar como uma prerrogativa de decidir por juízos reconstrutivos de integridade, que autoriza juízes a transcender a finitude semântica dos textos, mediante a justificação teórico-contextual dos elementos de razão prática mais relevantes para a determinação da controvérsia, no intuito de compatibilizar as diferentes escalas de normatividade.

Acredita-se que a reconstrução da ideia de discricionariedade judicial ora proposta atende melhor aos interesses acadêmicos da pesquisa jurídica do que as versões patológicas e resignadas que atualmente disputam espaço na doutrina nacional.

A visão defendida no presente trabalho se escora na premissa de que o direito é uma prática de racionalização do uso da autoridade pública, inerentemente voltada para a dignificação coexistencial. Se apreendida nesse contexto, a discricionariedade não precisa ser execrada como um entulho positivista, mas, sim, como instrumento em prol do papel de aperfeiçoamento do padrão de racionalidade do direito. Compreendê-la dessa maneira – ao invés de negá-la como uma aporia positivista – é a alternativa mais profícua para alcançar um esclarecimento coletivo sobre como juízes atuam, porque suas decisões extrapolam dos limites semânticos de textos jurídicos e qual o valor dessa atuação para a dignificação da sociedade e do direito.

Considera-se que essa proposta realiza um dos encargos mais sublimes da academia: o de construir e aperfeiçoar conceitos, que constituem o mais imperecível fundamento das nossas práticas³⁸ e instituições. Sem uma vibrante entrega ao debate sobre eles, ficamos vulneráveis à epistemopatía que se revela nos extremismos.

³⁸ Macedo Jr. pontua que a teoria do direito exibiria utilidade prática, funcionando “*como espécie de laboratório conceitual nutrindo a dogmática jurídica de categorias úteis para a resolução de conflitos jurídicos*”. Ter-se-ia, entre teoria e prática, um vínculo indireto, “*na medida em que a primeira seria importante para a elaboração de sistemas de pensamento úteis para a nossa ação prática*”. MACEDO JR. Ronaldo Porto. Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 21

1. A discricionariedade na teoria analítica do direito

Dentro da literatura filosófica de língua inglesa, o positivismo é uma tradição de pensamento jurídico geralmente associada a um grupo de teses e subteses que postulam verdades conceituais a respeito da natureza social do direito e de algumas das implicações importantes que derivariam dessa definição, tais como a tese dos fatos sociais; a tese da separabilidade; a tese da demarcação; a tese das fontes sociais; a tese do convencionalismo; a tese dos limites do direito; a tese do artefato; entre outras.

Há um inesgotável debate sobre quais seriam as teses elementares para o enquadramento de uma teoria na etiqueta de positivismo. Alguns autores fundacionais, como Herbert Hart, já reportaram um amplo mosaico de teses como vinculadas ao positivismo³⁹, enquanto outros, como John Gardner, preferiram um caminho definitório sintético, de acordo com o qual a tese essencial do positivismo postularia que “*em qualquer sistema jurídico, a definição da validade jurídica de uma norma, bem como a questão de saber se ela é parte do sistema, é dependente das suas fontes, e não de seus méritos (e por seus méritos, o que se pretende referir são os méritos de suas fontes)*”⁴⁰.

Em uma inspirada recapitulação doutrinária, De Castro e Costa-Neto⁴¹ sugerem que o positivismo seria elementarmente definido por três teses, a saber, (i) a tese da diferenciação, de valor necessário (mas não suficiente), segundo a qual para todo o

³⁹ Em “O conceito de direito”, Hart vincula o positivismo à tese central de que “*não é necessariamente verdade que as leis reproduzam certas exigências da moral ou as satisfaçam, embora de fato o tenham feito com certa frequência.*” HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 240.

Todavia, em artigos anteriores, Hart fez alusão a outras teses comumente atribuídas a essa família teórica: “*Pode ajudar identificar cinco (pode haver mais) significados de ‘positivismo’ referidos na teoria do direito contemporânea: (1) a afirmação de que leis são comandos de seres humanos; (...) (2) a afirmação de que não há conexão necessária entre direito e moral ou entre o direito como ele é e como deve ser; (...) (3) a afirmação de que a análise (ou estudo do significado) dos conceitos jurídicos (a) vale a pena perseguir e (b) deve ser distinguida da investigação histórica sobre as causas e origens das leis, das investigações sociológicas sobre a relação do direito com outros fenômenos sociais, e da crítica ou apreciação do direito seja em termos morais, de objetivos sociais, ou de outro tipo; (4) a afirmação de que um sistema jurídico é um ‘sistema lógico fechado’ em que as decisões jurídicas corretas podem ser deduzidas por meios lógicos a partir de regras jurídicas pré-determinadas sem referência a fins sociais, políticas públicas (policies), padrões morais; (...) (5) a afirmação de que o julgamento moral não pode ser estabelecido ou defendido, como declarações de fato podem, por argumento racional, evidência ou prova (‘não cognitivismo’ em ética)*”. HART, H. L. A.; *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Ver. Tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Goes Penteadó Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 62, NR n. 25.

⁴⁰ GARDNER, John. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. *American Journal of Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, vol. 46. 2001, p. 5.

⁴¹ DE CASTRO, Henrique Porto; COSTA-NETO, João. Os mitos do positivismo jurídico. *Revista Thesis Juris, [S. l.]*, v. 12, n. 1, p. 181–202, 2023, p. 199.. DOI: 10.5585/rtj.v12i1.22522. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/22522>. Acesso em: 10 dez. 2024.

sistema jurídico conceitualmente possível, existe um conjunto de critérios de legalidade tais que, para cada norma existente, somente será jurídica aquela norma que satisfizer os requisitos daquele sistema; (ii) a tese do artefato, que estabelece que o direito é essencialmente uma criação social e que o estatuto de juridicidade depende de um conjunto de características sociais; e (iii) a tese da separabilidade, que nega que a observância de requisitos morais seja um critério necessário para a validade jurídica em todos os sistemas conceitualmente possíveis.

A despeito da variedade de formulações e denominações, a tese que possui acolhimento mais amplo é a tese dos fatos sociais. Essa tese sustenta basicamente que o que distingue e explica a existência de normas e sistemas jurídicos é, fundamentalmente, a ocorrência de um fato social relacionado às crenças, atitudes e práticas dos membros de uma comunidade. Ela fundamentaria o espírito reducionista das teorias positivistas⁴².

De certa maneira, esse é o eixo fundamental em torno do qual orbitam todas as demais teses e subteses do positivismo. Ele possui consequências metateóricas extremamente importantes. Por meio da eleição dos fatos sociais relevantes, o positivismo constrói um critério de validade intra-sistêmico que permite identificar quais normas são jurídicas e quais não são, sem que para aplicar esse critério seja necessário fazer nenhum julgamento de conteúdo moral. Ao estabelecer que o direito é uma realidade que pode ser certificada apenas por uma classe de fatos sociais, independentemente do mérito, o positivismo conceitual estabelece as condições para que o direito funcione como “*uma categoria autônoma, socialmente relevante e útil do ponto de vista analítico*”⁴³.

Além disso, os fatos sociais também serão relevantes para a definição de qual o conteúdo pode ser atribuído a cada dispositivo jurídico e quais são os limites da própria normatividade jurídica. Quando já não for possível encontrar uma referência social

⁴² “Law is, undoubtedly, a lot of things, some of them contingent, others essential or at least more central to what law is, and so on and so forth. No doubt, some essential aspects of law are of great moral significance, and people can have reasonable disagreements about them. Therefore, it should come as no surprise that the “Is o an F?” type of question might well admit of different and incompatible answers, equally plausible, depending on what aspect of law one deems relevant, essential or important (including, if you will, morally important). The theoretical ambition of trying to articulate a reductive explanation of legal validity points in the Direction of asking a different question; it points us to ask “What counts as an F?” in a given society or legal system”. MARMOR, Andrei. *What Is Law and What Count as Law? The Separation Thesis in Context*. In SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia (Ed.). *The Cambridge companion to legal positivism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. P. 478

⁴³ STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Tese de Doutorado (Doutor em Filosofia). Programa de Pós-graduação em Filosofia da PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2005, p. 42.

indicativa do que deve ser feito em uma determinada situação controvertida, então o direito se revelará subdeterminado, e esse hiato de sentido deverá ser avaliado e preenchido, se necessário, por meio da discricionariedade judicial.

Positivistas em geral argumentam que o caráter finito dos sistemas normativos reclama a aceitação da figura da discricionariedade judicial. Há, porém, uma corrente contraposta que deplora incisivamente essa solução, qualificando-a como um elemento de caráter arbitrário, autoritário e antidemocrático. Dentre os teóricos que consideram a discricionariedade judicial uma heresia está Ronald Dworkin. Embora não negue a existência desse fenômeno na prática jurídica, Dworkin entende que a concepção positivista de discricionariedade é uma afronta ao próprio conceito de direito.

O objetivo do presente capítulo é iluminar as diferenças havidas entre as concepções de discricionariedade oferecidas pelo positivismo hartiano e pelo interpretativismo de Dworkin. Para esse fim, é preciso compreender as bases gerais de ambos os modelos teóricos, como eles descrevem a natureza da prática jurídica, a dinâmica de aplicação judicial do direito e o alcance do dever judicial de fidelidade ao direito.

O cotejo entre as doutrinas do direito como prática social (Hart) e o direito como prática argumentativa autorreflexiva (Dworkin) é elementar não só para a apreensão do vocabulário conceitual mobilizado na filosofia jurídica anglófona, como também para evidenciar a “zona de penumbra” explicativa identificada por Dworkin dentro do positivismo. Como se verá, o interpretativismo conseguiu jogar luzes analíticas sobre diversas fragilidades teóricas que decorrem da moldura teórica do positivismo, colocando em apuros a sustentabilidade do modelo de normatividade convencional por ele idealizado, sobretudo em função dos deficientes recursos que ele dispõe para explicar qual a vinculação existente entre a atuação dos juízes e o direito.

1.1. Os grandes paradigmas teóricos da filosofia anglófona e o conceito da discricionariedade judicial

1.1.1. O modelo social de Herbert Hart

Herbert Hart é o teórico britânico mais influente do século XX. Sua obra magna, “O conceito de direito”, introduziu uma metodologia peculiar de “sociologia descritiva”, que buscou inspiração tanto na análise linguística típica da filosofia de autores que foram seus contemporâneos em Oxford, como J. L. Austin, Peter Winch e Wittgenstein (nas

últimas versões de seu pensamento), quanto no trabalho sociológico de Max Weber⁴⁴, a quem teve como referência para construir uma abordagem sensível à intencionalidade da ação humana em contextos sociais⁴⁵.

O teórico inglês se propôs a apreciar os principais traços de um sistema jurídico a partir da avaliação do uso recorrente da linguagem dos discursos teóricos e práticos do direito, com o objetivo de elucidar as características mais salientes encontradas nos “casos centrais” ou paradigmáticos dos seus principais institutos⁴⁶. Ao investir interesse analítico na descrição da forma como os integrantes de um grupo governado por regras se comporta, Hart não pretendia chegar a definições essencialistas ou idealizadas, mas iluminar os pressupostos procedimentais e estruturais implícitos na base das instituições jurídicas. Esse visual lhe permitiria explicar melhor a persistência e as deficiências dos sistemas jurídicos, bem como as diferenças entre o direito e outros sistemas normativos⁴⁷.

Com esse recorte metodológico, Hart mirou as insuficiências das teorias positivistas então predominantes, representadas pelos modelos de Austin e Kelsen, que propunham modelos teóricos imperativistas⁴⁸ que ele considerava deficitários, por diferentes razões.

Austin descrevia o direito como uma realidade de comandos, instituídos por soberanos políticos, cuja existência era demonstrada pelo hábito de obediência verificado na sociedade e cuja eficácia era garantida pela ameaça da imposição de sanções. Kelsen, por sua vez, enxergava o direito como um domínio teórico puramente normativo,

⁴⁴ “When Hart ascribes to sociologists the job of external description of legal orders, he is presumably referring to Weber’s view that the sociologist is not directly concerned with a normative interpretation of law, but with the probability that people in society will respond in certain ways to their own normative interpretation of the law.” MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*, 2ª ed., Stanford: Stanford University Press: 2008. p. 43.

⁴⁵ Nesse sentido: MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia-Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

⁴⁶ KRAMER, Matthew H. *HLA Hart: a natureza do direito*. tradução Gilberto Morbach. EdUnichristus, 2021, pp. 21-24.

⁴⁷ KRAMER, Matthew H. *HLA Hart: a natureza do direito*. tradução Gilberto Morbach. EdUnichristus, 2021, pp. 29-32.

⁴⁸ “Consider, first, the idea of sanctions: Austin and Kelsen share the view that there is a very intimate connection between law’s ability to impose sanctions for noncompliance and the main functions of law in society. They share the view that it is this element of using force to compel compliance that makes the law a unique normative system. As Kelsen explicitly stated, the main function of law in our societies is to monopolize the use of force. And although Kelsen does not quite say it, I think that he shared Austin’s view that law is essentially an instrument of political sovereignty.” MARMOR, Andrei. *Philosophy of law*. New Jersey: Princeton University Press, 2011, p. 40.

estruturado de forma sistêmica, por meio de uma cadeia de delegações de poder fundada em uma norma básica pressuposta, cuja existência seria explicada pelo conceito de validade intra-sistêmica e cuja eficácia seria garantida por atos de concretização normativa exercidos pelas autoridades do sistema, que funcionavam como as destinatárias finais das normas.

Ao mesmo tempo em que absorveu importantes *insights* desses autores, Hart rejeitou tanto a “fonte social” escolhida por Austin, quanto o alheamento social da teoria de Kelsen⁴⁹. Na sua avaliação, Austin tinha percebido corretamente a fundamentação social do direito, mas não o seu processo de institucionalização, o que distorcia gravemente a adequação teórica de seu modelo⁵⁰. Já a teoria kelseniana, apesar de oferecer uma competente descrição sistêmica da institucionalização do direito, teria negligenciado a importância das atitudes humanas em relação às normas para a descrição da existência e da normatividade do direito.

1.1.1.1. A ideia do direito como um sistema de regras sancionadas pela prática convencional dos agentes públicos

Ao propor um novo olhar para a prática desenvolvida sob a governança jurídica, Hart trouxe dois grandes aportes para o positivismo. Em primeiro lugar, ele demonstrou que a realidade social constituída pelo direito seria mais ampla do que aquela reportada por hábitos de obediência, refletindo, na verdade, uma prática complexa de aceitação, que só pode ser adequadamente descrita pela consideração de como os participantes do direito reagem e interagem em um ambiente regulado. Em segundo lugar, ele salientou que as regras jurídicas operam funções sociais que não podem ser explicadas pela teoria imperativista⁵¹, que enxerga as normas a partir do protótipo das normas de direito penal.

⁴⁹ MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart, 2ª ed., Stanford: Stanford University Press: 2008. p. 37.

⁵⁰ Ao fixar um conceito sociológico de soberania (Marmor, P. 35), a teoria do comando seria incapaz de explicar, por exemplo, (i) a diferença de normatividade entre a coação exercida por um assaltante e a obrigação gerada por normas jurídicas; (ii) a persistência e a continuidade da força obrigacional das normas jurídicas, que continuam a produzir efeitos mesmo diante da sucessão de soberanos políticos; (iii) a autolimitação normativa que as regras jurídicas impunham aos soberanos; e (iv) as normas costumeiras e de direito internacional.

⁵¹ Em trabalho seminal sobre o positivismo jurídico, Bobbio estratifica essa tradição jurídica em três linhas filosóficas (positivismo metodológico, teórico e ideológico). O imperativismo é uma das seis subteses associadas ao positivismo teórico, que reúne um conjunto de concepções descritivas dos elementos básicos do ordenamento jurídico. BOBBIO, Norberto. O Positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 237.

O primeiro dos pontos acima destacados foi articulado por meio da distinção entre os aspectos externo e interno das normas jurídicas, enquanto o segundo ponto foi ilustrado por duas categorias de normas jurídicas, as normas primárias e secundárias, diferenciação que é de relevância estratégica para o entendimento da estrutura de um sistema jurídico.

Segundo a teoria da prática social de Hart, a existência de regras em um grupo social só pode ser corretamente identificada a partir da percepção do aspecto interno dos padrões de conduta nele praticados. Não basta haver um hábito majoritário de convergência comportamental para que se possa falar na existência de regras sociais. É necessário, além disso, que esses padrões alterem a atitude interna dos membros do grupo em relação aos demais membros e a si próprios, o que ocorre quando (i) os desvios de comportamento em relação ao padrão são criticados; (ii) a crítica ao comportamento desviante do padrão – alheio ou próprio – é considerada legítima ou justificada; e (iii) e que o padrão é aceito como uma razão para agir⁵².

Esse conjunto de disposições geralmente se manifesta na aplicação de um vocabulário normativo (com o uso da terminologia “dever”, “ter que”, “correto”) que traduz aquilo que Hart designa de atitude crítico-reflexiva⁵³. Ao salientar as três instâncias crítico-reflexivas existentes no aspecto interno das normas jurídicas, Hart sinaliza para uma distinção crucial entre obediência habitual e aceitação. A aceitação figura como uma realidade comportamental que é, ao mesmo tempo, mais complexa que a mera habitualidade e mais deliberada do que uma mera compulsão, traduzindo uma intencionalidade consciente de agir segundo um padrão⁵⁴. Ao defender essa concepção, Hart se contrapõe tanto à teoria imperativista da norma, como também ao psicologismo comportamental típico de algumas teorias realistas⁵⁵.

Neil MacCormick, um dos mais renomados comentadores da obra de Hart, argumenta que, embora a elucidação do aspecto interno das normas tenha representado

⁵² HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, pp. 74-75.

⁵³ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 76.

⁵⁴ “(...) o traço central do conceito de ponto de vista interno é o insight de que os participantes da prática jurídica assumem quanto a ela uma postura hermenêutica, o que denota que há uma intencionalidade (ou propósito) envolvida na ação de seguir regras intersubjetivamente compartilhadas por todos eles.” PICCELLI, Eric. *O positivismo dos planos: introdução crítica ao pensamento de Scott Shapiro*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 46.

⁵⁵ MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart, 2ª ed., Stanford: Stanford University Press: 2008. p. 42.

um avanço inegável para a teoria analítica do direito, por ter introduzido uma metodologia hermenêutica de investigação que é compatível com a natureza do direito, a exposição da atitude crítico-reflexiva ficou incompleta⁵⁶. Ele sugere que seria possível desenvolver esse conceito de forma iluminadora pela exposição de dois ingredientes: um cognitivo (a reflexividade) e outro volitivo (a crítica). O elemento cognitivo seria referente à noção de padrão de comportamento, consistindo na capacidade de avaliar ações à luz dos padrões gerais vigentes de modo a perceber casos de não conformidade, conformidade e impertinência. Já o elemento volitivo compreenderia o desejo ou a preferência pela observância do padrão normativo, um estado mental que “*dependeria da rede de crenças e expectativas recíprocas*”⁵⁷.

Com os acréscimos oferecidos por MacCormick⁵⁸, o conceito de aceitação ganha uma complexidade interessante. Ele passa a ser compreendido como uma preferência pela conduta obediente aos padrões normativos, se expressando de duas formas: como uma aceitação deliberada forte (“willing acceptance”), que externalizaria um total compromisso volitivo com a preferência de observância, e que seria essencial para a ideia de regra como tal e para definir o pertencimento a um grupo; ou como aceitação deliberada contida, que se manifestaria quando as pessoas aceitam o padrão existente de forma não entusiástica ou até mesmo relutante, muitas vezes apenas de forma estratégica ou prudencial para evitar críticas. Essa distinção demonstra que a aceitação existente em um sistema jurídico muitas vezes é construída em um cenário politicamente conflitivo, apenas parcialmente consensual⁵⁹.

O aspecto interno é indispensável para o entendimento de como uma regra jurídica transmite a ideia da sua impositividade para os seus destinatários⁶⁰. Diferentemente do

⁵⁶ MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart, 2ª ed., Stanford: Stanford University Press: 2008. p. 46.

⁵⁷ MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart, 2ª ed., Stanford: Stanford University Press: 2008. p. 47.

⁵⁸ MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart, 2ª ed., Stanford: Stanford University Press: 2008. pp. 49-50 e 59.

⁵⁹ “*Perhaps the most misunderstood part of Hart’s view is the way in which law is, and is not, related to social consensus. (...) The idea that the social foundations of law rest on ‘acceptance by the community as a whole of a fundamental master rule’ seriously distorts Hart’s view. According to Hart, a regime of general social consensus is what precedes a legal regime. Law has a complex relation to conventional, customary rules, partly recognizing them, partly replacing them. (...) So, for Hart, the only consensus necessary for law is a consensus of elites; that is a direct and potent consequence of the fact that law is an institutionalized normative system*”. GREEN, Leslie. The Concept of Law Revisited, In Michigan Law Review, v. 94, n. 6, p. 1687-1757, 1996, pp. 1700-1702.

⁶⁰ Na interpretação de Jules Coleman, o ponto de vista interno é mais que uma crença. Ele é a própria atitude crítico-reflexiva dirigida a um padrão de comportamento, traduzindo uma aptidão humana comportamental e psicológica para adotar uma prática ou padrão de comportamento como norma. COLEMAN, Jules L. *The*

que a teoria dos comandos de Austin enxergava, “a infração a uma norma não constitui uma base para prever que haverá uma reação hostil, mas uma razão para a hostilidade⁶¹”. Elas refletem a seriedade, a persistência e a importância da pressão social vigente para o cumprimento das regras sociais, denotando o apelo de “obrigação” ou de “dever” que elas adquirem para os membros do grupo. Com isso, é possível perceber que seguir uma regra não é um ato reflexo provocado por uma coação, mas uma decisão tomada sob a consciência de um compromisso.

Além de descortinar uma realidade importante para o entendimento da ideia de regra jurídica, o destaque do aspecto interno também funciona como marco de uma transição discursiva que possui consequências metodológicas notáveis⁶².

Fazendo um exercício de abstração analítica, é possível generalizar esse aspecto interno na forma de um ponto de vista, plano que seria ocupado pelos participantes do sistema, os quais – ao aceitar tanto cognitivamente quanto volitivamente as normas sociais – emitiriam afirmações ou enunciados internos de aplicação das normas dos respectivos sistemas. Esses enunciados internos seriam veiculados mediante proposições de validade, aplicabilidade, obrigatoriedade e responsabilidade dotadas de pretensões pragmáticas. Na medida em que o componente volitivo do ponto de vista interno é complexo – podendo refletir, como visto por MacCormick, desde um engajamento pleno até uma rendição relutante – a aceitação das normas jurídicas pelas autoridades participantes do sistema pode estar sustentada em razões diversas, que podem ser morais, prudenciais, ou de outra ordem⁶³.

Em paralelo ao ponto de vista interno, Hart sinaliza a existência de um ponto de vista externo, que seria o nível de discurso dos observadores descomprometidos do sistema jurídico. A observância de regularidades de hábito, previsões e probabilidades de comportamento constituiriam uma manifestação típica desse discurso, que seria constituído de afirmações ou enunciados externos que teriam pretensões empíricas. Essa

practice of principle: In defense of a pragmatist approach to legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 82-89.

⁶¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 117.

⁶² MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart, 2ª ed., Stanford: Stanford University Press: 2008. p. 51.

⁶³ KRAMER, Matthew H. *HLA Hart: a natureza do direito*. tradução Gilberto Morbach. Fortaleza: EdUnichristus, 2021, p. 98.

seria a perspectiva de cientistas que estudam o direito do ponto de vista estritamente histórico ou sociológico.

Conforme registrado por Claudio Michelon, a diferença entre os enunciados proferidos do ponto de vista externo e interno possui natureza lógica, afetando as condições de verdade e os coeficientes de objetividade aplicáveis ao conhecimento de cada um desses proferimentos:

A diferença entre os enunciados internos e enunciados externos reside no fato de que as condições de verdade de enunciados internos são diferentes das condições de verdade de enunciados externos. Enunciados internos e externos jamais descrevem o mesmo fato. (...)

As condições de verdade dos enunciados externos são sempre um conjunto de eventos físicos (inclusive o comportamento regulado de certos organismos). As condições de verdade de enunciados internos incluem, além de eventos físicos, um elemento não físico, a saber, uma regra. Vemos aqui por que a distinção entre hábitos e regras está ligada ao estatuto lógico da distinção entre enunciados internos e externos. (...)

Para afirmar a diferença entre enunciados internos e externos, é necessário, portanto, admitir a noção de regra. Mesmo que as condições de verdade de um enunciado interno compreendam os mesmos eventos físicos que as condições de verdade de um enunciado externo, sempre haverá uma regra entre as condições de verdade dos enunciados internos e esta regra, por definição, não pode constar entre as condições de verdade dos enunciados externos. Sendo as condições de verdade dos enunciados interno e externo sempre diferentes, é forçoso admitir que cada tipo de enunciado descreve um tipo de fato (se descrevessem os mesmos fatos, teriam as mesmas condições de verdade). Podemos invocar aqui uma das distinções iniciais do trabalho: a saber, a distinção entre fatos brutos e fatos institucionais. Os fatos institucionais são, como foi esclarecido àquela altura, fatos para cuja existência é necessário que exista uma regra social⁶⁴.

Embora Hart não tenha sido explícito, a perspectiva metodológica por ele defendida para a posição da teoria do direito⁶⁵ não se encaixa em nenhum dos pontos de vista acima referidos. Se por um lado o jurista deve ter uma atitude descomprometida e não engajada em relação à valoração moral do direito – e, nesse sentido, deva se diferenciar da condição do participante; por outro, ele deve possuir um grau de entendimento da prática jurídica mais aprofundado do que aquele presente no ponto de vista externo extremo. Conforme apontado por Matthew Kramer, essa perspectiva –

⁶⁴ MICHELON, Claudio Fortunato. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 158-159.

⁶⁵ Essa perspectiva foi descrita por Neil MacCormick e Matthew Kramer como um ponto de vista externo moderado ou hermenêutico, no qual o teórico entende a atitude crítico-reflexiva dos participantes do sistema, sendo capaz de descrever seu valor, mas sem endossá-lo. No vocabulário de MacCormick, o teórico do direito deve compartilhar plenamente o elemento cognitivo do aspecto interno das normas, devendo ser capaz de apreciar, sem se engajar, com o elemento volitivo. KRAMER, Matthew H. *HLA Hart: a natureza do direito*. tradução Gilberto Morbach. Fortaleza: EdUnichristus, 2021, pp. 98-103. e MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart, 2ª ed., Stanford: Stanford University Press: 2008. pp. 47-55.

adotada por praticamente todos os positivistas contemporâneos⁶⁶ – exige que os teóricos sejam capazes de reconhecer que atos de aceitação, comprometimento e fidelidade fazem parte do funcionamento dos padrões jurídicos, atribuindo-os às pessoas envolvidas.

Ao atentar para as repercussões das regras no campo das atitudes e dos discursos jurídicos, Hart concebeu um modelo que acentua o caráter social do direito em diversos sentidos. Ele não só argumentou que as regras jurídicas se originam das práticas sociais e se destinam a regular as condutas humanas na sociedade⁶⁷, como frisou que o direito tem uma história, mas não uma essência. Para Leslie Green⁶⁸, a teoria de Hart exemplifica que o direito nem sempre existiu da mesma forma, sendo resultado de uma construção contingente, formada pela prática e pela aplicação de uma pressão social, em manifestações sistêmicas que nem sempre seguem uma apresentação universalizável.

Além de valorizar a relação constitutiva entre regras jurídica e práticas humanas, a teoria social hartiana jogou luzes sobre algumas características que aproximam e distanciam direito e a moralidade.

Nesse sentido, ele demonstrou que embora direito e moral frequentemente busquem agenciar suas pretensões por meio de um vocabulário comum (“deveres”, “obrigações”), o direito possui uma qualidade sistêmica que ganha vida na interrelação entre duas classes de regras, as primárias e as secundárias. As primárias são as regras que especificam as condutas, direitos e deveres das pessoas. As secundárias, por sua vez, possuem o papel de organizar o funcionamento das instituições sociais instituindo poderes ou poderes-deveres⁶⁹ de reconhecimento, modificação e aplicação do direito.

⁶⁶ KRAMER, Matthew H. *HLA Hart: a natureza do direito*. tradução Gilberto Morbach. Fortaleza: EdUnichristus, 2021, p. 100.

⁶⁷ MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart, 2ª ed., Stanford: Stanford University Press: 2008. p. 31.

⁶⁸ GREEN, Leslie. *The Concept of Law Revisited*, In Michigan Law Review, v. 94, n. 6, p. 1687-1757, 1996, p. 1692.

⁶⁹ Kramer adverte que há alguns atos falhos na definição da categoria das regras secundárias no texto de “O conceito de direito”, tendo Hart enumerado múltiplos critérios para a distinção entre elas e as regras primárias, alguns dos quais são bastante equívocos. É o caso da aparente redução que Hart teria feito de normas primárias como aquelas que estabelecem deveres, enquanto as secundárias confeririam poderes. À exceção das regras de modificação, as demais regras secundárias apresentam caráter dúplice. “*Contudo, como veremos, a maioria das normas secundárias, assim classificadas por Hart, não são apenas do tipo que confere poderes, mas também impõem deveres; isto é, elas têm elementos que conferem poderes assim como elementos que impõem deveres*”. KRAMER, Matthew H. *HLA Hart: a natureza do direito*. tradução Gilberto Morbach. Fortaleza: EdUnichristus, 2021, p. 112.

Elas veiculam meta-normas, “normas sobre normas” que estruturam a distribuição da autoridade.

Hart especifica três tipos de regras secundárias, a saber: as regras de decisão ou de adjudicação; as regras de mudança; e a regra de reconhecimento. As regras de decisão habilitam sujeitos específicos (os agentes da jurisdição e da administração) a afirmar quando as normas primárias teriam sido violadas e a dispor dos meios coativos para garantir a sua aplicação. Sua função é garantir a eficácia das normas em geral. As regras de mudança outorgam poderes normativos a certas pessoas ou grupos para que esses dinamizem a ordem jurídica, criando, alterando ou revogando normas. Elas se destinam a promover a atualização dos sistemas jurídicos, livrando-os do caráter estático que caracteriza a moral e modelos jurídicos mais primitivos. Por último, a regra de reconhecimento se presta a identificar quais são os critérios de validade das demais regras do sistema, pacificando as crises de incerteza sobre as normas primárias.

Dentre todas as regras secundárias, a mais relevante em termos teóricos e práticos sem dúvida alguma é a regra de reconhecimento, uma regra social constituída pela prática de validação normativa performada pelos agentes públicos em geral. Na síntese de Jules Coleman, a regra de reconhecimento traduz um fato social complexo, que, ao lado de alguns requisitos adicionais, explicaria como os sistemas jurídicos são constituídos e como eles se tornam eficazes:

O direito torna-se possível pela existência de um certo tipo de fato social: a existência de uma prática entre os agentes públicos de estabelecer critérios de legalidade ou validade. Essa é a regra de reconhecimento: a assinatura de um sistema jurídico. A regra de reconhecimento não é uma condição suficiente para o direito. É uma condição de possibilidade: uma condição necessária. Em acréscimo à regra de reconhecimento, Hart impõe várias condições de eficácia (e.g. que uma parcela substancial da população obedeça às regras reconhecidas sob a regra de reconhecimento).

O direito existe (é real) quando existe uma regra de reconhecimento e regras validadas por ela que são geralmente seguidas pela maioria da população. A aceitação do ponto de vista interno pelos agentes públicos é um requisito conceitual da possibilidade do direito⁷⁰.

É interessante observar como as duas distinções teóricas fundamentais da teoria de Hart – entre pontos de vista interno/externo e entre normas primárias e secundárias – se interrelacionam produtivamente no conceito de regra de reconhecimento.

⁷⁰ COLEMAN, J. Incorporationism. Conventionality, and the Practical Difference Thesis. *In* COLEMAN, J. (Ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 115.

Isso porque somente quando a atitude crítica-reflexiva (presente no aspecto interno das normas) é vivificada na forma de uma prática performada por agentes públicos, que passam a aceitar, de modo estável, a obrigatoriedade de seguir as diretrizes de um tipo de regra secundária (a regra de reconhecimento), é que será possível identificar a existência de um sistema jurídico⁷¹. O sistema vive, assim, por obra de um fato social convencional. Ele seria o coração da normatividade jurídica, pois a sua vigência e continuidade serviria como motivação principal para que agentes públicos se comprometam a observar e aplicar os mesmos critérios de validade jurídica.

A regra de reconhecimento não ostenta uma formulação fixa. Ela corresponde, geralmente, a uma norma implícita⁷², construída pelos requisitos ou critérios de validade que os agentes públicos (sobretudo juízes) utilizam na prática para identificar quais as normas teriam o status de fonte dentro de um sistema, merecendo aplicação institucionalizada⁷³. De certa forma, ela funciona como uma macronorma tipificadora, cuja incidência define a qualificação jurídica. Trata-se, como já se disse anteriormente, de um teste de validação intra-sistêmico, sob o qual irão ser avaliadas todas as demais normas quanto à sua validade jurídica. Como norma última que é, a regra de reconhecimento naturalmente não pode ser validada, mas simplesmente aceita, sendo de cumprimento obrigatório para os juízes que participam do sistema jurídico.

Há um prolífico debate doutrinário em torno da natureza, do conteúdo e do alcance da regra de reconhecimento. Esse debate inclui, entre outras, difíceis controvérsias sobre (i) qual o estatuto metafísico desse conceito – de modo a saber se ele se refere apenas a uma prática⁷⁴ (uma realidade do plano do ser) ou se ele também representa uma regra (um elemento proposicional); (ii) se ela veicula uma proposição única ou se representa um

⁷¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, pp. 150-151.

⁷² Kramer sugere um paralelo entre os critérios da regra de reconhecimento e os de um língua natural: “Nesse respeito, os padrões que constituem uma Regra de Reconhecimento são similares às regras da língua natural. Falantes de um idioma aderem a uma série de regras semânticas, sintáticas e de estilo ainda que essas regras nunca sejam abertamente articuladas – e ainda que os falantes não sejam capazes de articulá-la.” KRAMER, Matthew H. *HLA Hart: a natureza do direito*. tradução Gilberto Morbach. Fortaleza: EdUnichristus, 2021, p. 140.

⁷³ SHAPIRO, Scott J., *What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?*. The rule of recognition and the U.S Constitution, Matthew Adler, Kenneth Himma, eds., Oxford University Press, 2009, Yale Law School, Public Law Working Paper No. 184, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1304645>

⁷⁴ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 266

conjunto de regras⁷⁵; (iii) se ela alcança apenas os agentes do sistema ou todos os cidadãos⁷⁶; (iv) se ela veicula um poder jurídico ou se ela também transmite um dever; e (v) se o seu conteúdo se confunde, em alguma medida, com as demais regras secundárias⁷⁷.

Esse debate é sem dúvida nenhuma importante para indagar sobre a sustentabilidade teórica desse elemento da teoria de Hart. Todavia, para os fins da presente análise, o que importa assinalar é que, pelo menos para parte dos positivistas anglófonos, a regra de reconhecimento pode ser definida tanto como uma prática quanto como uma proposição. Nesta última acepção, ela aglutinaria um conjunto de critérios de conteúdo e de hierarquia, além de um caráter normativo híbrido, já que ela criaria um dever de reconhecimento para as autoridades públicas, exigindo que elas tratem certas fontes como resolutivas, e veiculariam “*poderes às autoridades oficiais para vincular outras pessoas a suas determinações na identificação das leis enquanto leis*”⁷⁸.

Em complementação, Kramer acrescenta o seguinte quanto ao conteúdo da regra de reconhecimento:

Escrevendo sobre uma Regra de Reconhecimento com múltiplos critérios, Hart explicava que ‘(a) razão para ainda falarmos em uma regra, neste ponto, é que, mesmo com toda a sua multiplicidade, esses critérios distintos estão unificados por sua estrutura hierárquica’ (1983, p. 360). Seja a estrutura de priorização interna às normas de atribuição de poderes e imposição de deveres que contém os critérios de validade, seja ela derivada de regras hierárquicas suplementares que são também exigidas pela Regra de Reconhecimento, é ela que une as normas que conferem poderes e as normas que atribuem deveres umas às outras como uma série coerente e inter-relacionada de padrões.⁷⁹”

⁷⁵ RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. 1979. pp. 95-96.

⁷⁶ Struchiner anota que, embora alguns trechos da obra de Hart supervalorizem de certa forma o papel de juízes na moldagem da regra de reconhecimento, ela não deflui apenas das atitudes dos juízes, mas de todos os focos de força relevantes da sociedade, integrando comportamentos dos legisladores, dos advogados, dos juristas teóricos e outros. STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Tese de Doutorado (Doutor em Filosofia). Programa de Pós-graduação em Filosofia da PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2005, p. 74.

⁷⁷ Para uma crítica que fusiona a regra de reconhecimento com as regras de modificação, ver: WALDRON, Jeremy. Who needs rules of recognition?. *THE RULE OF RECOGNITION AND THE US CONSTITUTION*, Matthew Adler and Kenneth Himma, eds., Oxford University Press, Forthcoming, NYU School of Law, Public Law Research Paper, n. 09-21, 2009. Para uma crítica que fusiona a regra de reconhecimento com as regras de decisão, ver MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*, 2ª ed., Stanford: Stanford University Press: 2008. pp. 32-33.

⁷⁸ KRAMER, Matthew H. *HLA Hart: a natureza do direito*. tradução Gilberto Morbach. Fortaleza: EdUnichristus, 2021, pp. 117 e 128.

⁷⁹ KRAMER, Matthew H. *HLA Hart: a natureza do direito*. tradução Gilberto Morbach. Fortaleza: EdUnichristus, 2021, p. 133.

Em suma, a regra de reconhecimento deve ser lida como estabelecendo um dever complexo para as autoridades jurídicas. Em primeiro lugar, ela impõe – muito frequentemente de maneira não expressa – critérios de validade a serem observados nas decisões jurisdicionais e administrativas. Em segundo, ela incorpora os critérios de hierarquia decisória do sistema, estabelecendo, dessa maneira, qual a interpretação do seu conteúdo deve prevalecer em caso de conflito entre autoridades. Por fim, ela exige a adoção de uma atitude crítico-reflexiva especial, requerendo que juízes e autoridades se fiscalizem reciprocamente para manter a unidade do critério praticado.

Nos termos do modelo dos fatos sociais, o “caso central” de um sistema jurídico moderno é aquele em que o costume decisório dos juízes transparece uma série de critérios que são seguidos por eles, de forma majoritariamente estável e uniforme, na identificação das normas primárias cuja existência e exigibilidade eles aceitam mediante atos interno de validação e aplicação do direito.

Ao considerar o direito como uma realidade interna/externa que decorre da união de normas primárias e secundárias, Hart ilumina uma série de aspectos que não haviam sido devidamente elucidados pelas teorias positivistas antecedentes. Carlos Santiago Nino observa que a teoria de Hart impõe uma interessante rotação de perspectiva na compreensão positivista da ordem jurídica, pois indica a priorização das características do todo institucionalizado às peculiaridades de cada um dos elementos, de modo que, *“em vez de definir ‘sistema jurídico’ como um sistema integrado por normas jurídicas, deve-se definir ‘norma jurídica’ como uma norma que pertence a um sistema jurídico”*⁸⁰.

Além disso, ao explicar a normatividade da regra de reconhecimento a partir de uma noção convencionalista, segundo a qual a razão para que os agentes públicos apliquem as regras validadas do sistema decorre, ao menos em parte, do fato de que os demais agentes praticam a mesma regra, Hart parece ter encontrado uma rota prática para descrever como o direito exerce o seu apelo normativo sobre as condutas humanas (isto é, como o direito atua nas razões para agir). Essa última ideia irá se refletir fortemente no sétimo capítulo de “O conceito do direito”, no qual Hart descreve as implicações dos pressupostos convencionalistas para a normatividade, interpretação e aplicação do direito.

⁸⁰ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 107.

1.1.1.2. Os limites ditados pela linguagem ao direito: a tese da indeterminação parcial, a discricionariedade e os poderes de legislação intersticial dos juízes

O coeficiente social é tão forte na construção teórica de Hart que ele não se limita a influenciar a explicação das condições de existência e da estrutura dos sistemas jurídicos, determinando, também, a teoria semântica avançada na obra do autor britânico. Tomando de empréstimo a filosofia da linguagem ordinária predominante na academia inglesa entre as décadas de 50 e 60, Hart se torna uma espécie de precursor da “virada linguística” dentro do positivismo jurídico⁸¹, enfatizando como as condições de verdade dos enunciados normativos são afetadas pelo uso das palavras e da linguagem.

Segundo Timothy Endicott⁸², a abordagem de Hart segue uma espécie de “princípio do valor de face”, segundo o qual o entendimento das práticas sociais depende da compreensão de como as pessoas utilizam a linguagem dentro de suas respectivas interações. Essa compreensão é importante porque irá se refletir no poder de orientação das normas⁸³, na demarcação dos limites da normatividade e na formatação institucional dos sistemas jurídicos.

Há pelo menos três insights típicos da filosofia wittgensteniana que são muito significativos na obra de Hart, a saber: (i) o princípio do contexto; (ii) o princípio da diversidade; e (iii) a vagueza⁸⁴. A importância do contexto decorre do papel constitutivo do uso no significado das palavras⁸⁵. Ao empregá-lo, Hart sublinha que o sentido decorre, na verdade, das regras ou dos critérios compartilhados para o uso das palavras. O princípio da diversidade complementa essa perspectiva, acrescentando que a aplicação de

⁸¹ MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart, 2ª ed., Stanford: Stanford University Press: 2008. p. 46.

⁸² ENDICOTT, Timothy A. O. *Law and language*. In Jules Coleman & Scott J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 946.

⁸³ O papel do ponto de vista interno, referido no subtópico anterior, também exemplifica a importância do uso da linguagem para a compreensão da prática jurídica. Ao utilizar normas jurídicas como pautas para as próprias ações e para críticas às ações alheias, os participantes “expressam continuamente, em linguagem normativa, sua aceitação compartilhada do direito como orientação para o comportamento” HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 179.

⁸⁴ Além dessas 3 diretrizes, Endicott também cita uma quarta, relacionada ao uso performativo da linguagem, mas considera que esta última possui uma importância bem mais diminuta na teoria jurídica de Hart, cuja supervalorização equivocada pode confundir mais do que esclarecer. ENDICOTT, Timothy A. O. *Law and language*. In Jules Coleman & Scott J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 946-956.

⁸⁵ “A word cannot be understood without understanding what is and can be done with it.” ENDICOTT, Timothy A. O. *Law and language*. In Jules Coleman & Scott J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 947.

um termo não está sujeita a condições fixas dogmaticamente⁸⁶, mas a uma série de propriedades e relações de similaridade que podem oscilar a depender do caso e do contexto. A noção de vagueza⁸⁷, por sua vez, exemplifica isso, revelando hipóteses em que a aplicação de um conceito não é clara, o que pode decorrer, por exemplo, de dúvida quanto à semelhança de um paradigma ou quanto à relevância da semelhança.

Ao se valer dessa tríade, Hart desenvolve uma espécie de semântica paradigmático-criteriológica⁸⁸. Segundo ela, o primeiro movimento mental para alcançar o significado de um termo geral e determinar sua aplicabilidade é o de invocar um caso claro ou paradigmático para o qual as regras estabelecidas no uso da linguagem tenham se consolidado.

Às vezes, o enquadramento do termo à hipótese não é bem sucedido, o que pode se dever a vários motivos, como a uma diferença de grau relativa à presença de uma certa propriedade (quantos fios de cabelo a menos são necessários para caracterizar alguém como careca) ou à existência de aspectos distintivos entre o paradigma e a hipótese de aplicação (um hambúrguer vegetariano pode ser chamado de hambúrguer?). Nessas situações, ocorre “*algo como uma crise na comunicação: há razões tanto a favor quanto contra nosso emprego de um termo geral, e nenhuma convenção firme ou concordância geral determina seu uso*”⁸⁹, gerando dúvida quanto à pertinência de estender o uso de um conceito que possua algumas familiaridades com o caso avaliado.

Ao dispor dessas noções filosóficas para a construção de sua teoria, aproveitando os paralelos entre a experiências comunicativas e normativas, Hart tem em mira pelo menos três objetivos. Primeiro, o de se afastar, de um lado, de teorias formalistas que sustentam a possibilidade de aplicação mecânica do direito; e, de outro, de posições radicalmente céticas que minimizam o papel das regras nas interações sociais. Segundo, o de utilizar a hipótese da “crise de comunicação” na linguagem ordinária como alegoria

⁸⁶ “A word may have a single, clear ground for application that varies with the context (e.g. tall), or there may be a variety of considerations that are relevant in different contexts to the application of a word” ENDICOTT, Timothy A. O. *Law and language*. In Jules Coleman & Scott J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 950.

⁸⁷ “A word is vague if there are cases in which it is not clear (even when we know the meaning of the word and the facts of the situation) whether the word applies or not.” ENDICOTT, Timothy A. O. *Law and language*. In Jules Coleman & Scott J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 94.

⁸⁸ BIX, Brian. *Law, language and determinacy*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 9.

⁸⁹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 64.

para postular a presença de uma inevitável limitação de normatividade das regras jurídicas. Terceiro, para justificar que essa limitação deve ser suprida por um ato de escolha entre as alternativas disponíveis, a ser exercido de maneira discricionária, mediante uma decisão de criação de direito novo que pode ser equiparada a uma legislação intersticial.

A primeira empreitada é cumprida por Hart por meio da universalização da ideia de que há casos claros e casos periféricos de aplicação dos termos linguísticos e de normas jurídicas. As situações familiares ou paradigmáticas são constituídas nas convenções sociais de uso, que formam a base epistêmica para a determinação da correção do emprego da linguagem, seja na sua forma geral ou jurídica. Elas irão pavimentar uma espécie de chão convencional, formado por convicções seguras a propósito dos critérios considerados inquestionáveis para identificar o sentido de certas palavras e para identificar certas realidades sociais, como sistemas jurídicos e normas.

Existe, aqui, uma importante tomada de posição semântica. Diferentemente dos formalistas, que acolhem a ideia de que o significado opera como uma espécie de etiqueta pré-determinada para as coisas no mundo (que incidiriam somente quando presentes condições necessárias e suficientes), e dos céticos, que recusam a normatividade das regras⁹⁰ e consideram que elas não são mais do que previsões sobre como juízes decidirão, Hart defende uma posição intermediária, que reconhece a possibilidade de atribuição de valor de verdade aos enunciados jurídicos quando houver critérios compartilhados⁹¹. Para “*identificar os direitos e deveres da cidadania, é preciso que sejam conhecidas as fontes normativas aceitas e, assim, o significado convencional dos termos*”⁹². Com isso, Hart fixa as bases de um cognitivismo sócio-convencional mínimo viabilizado pela linguagem⁹³.

⁹⁰ VILA, Maria Iglesias. *Facing judicial discretion*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 57.

⁹¹ Maria Iglesias Vila argumenta que, ao adotar a estratégia do convencionalismo, a teoria semântica hartiana não responde de forma bem sucedida ao desafio cético, pois ela não possui recursos necessários para demonstrar em que consiste o erro de um intérprete que adota uma posição discordante da maioria da comunidade jurídica. A teoria hartiana poderia até ser compatível com uma teoria da verdade como aferibilidade nos casos fáceis, mas não teria uma teoria da verdade para os casos difíceis. VILA, Maria Iglesias. *Facing judicial discretion*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 75.

⁹² VILA, Maria Iglesias. *Facing judicial discretion*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 44.

⁹³ Em termos de teoria semântica, é possível traçar um paralelo entre a abordagem caso claro/caso difícil e a moldura kelseniana. “*Segundo Hart, diferentemente do que ocorre para Kelsen, caso a autoridade decidisse fora da moldura (ou núcleo duro do significado), da regra, ela cometeria um erro e violaria o*

Apesar de sustentar que as práticas linguísticas e jurídicas são viabilizadas pela existência de núcleos de sentido bem estabelecidos⁹⁴, Hart argumenta que ambas convivem com uma zona de penumbra, fronteira de sentido na qual “*as palavras nem são obviamente aplicáveis, nem obviamente descartadas*”⁹⁵, território movediço que constitui “*o preço a pagar pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação referente a questões factuais*”⁹⁶. Especificamente no caso do direito, essa zona de incerteza atinge não apenas os critérios de sentido das normas, como também os critérios que constituem a regra de reconhecimento dos sistemas jurídicos⁹⁷.

Boa parte da doutrina⁹⁸ atribui essa zona de incerteza a fenômenos linguísticos como a ambiguidade (dúvida sobre o significado de um termo) ou vagueza (incerteza quanto à aplicabilidade de um conceito a um caso), mas Hart preferiu ilustrá-la por meio do conceito de “*textura aberta*”⁹⁹, oriundo da obra do filósofo da linguagem Frederick Waissman. Essa opção tem o mérito de elucidar que a precariedade designativa da linguagem pode ocorrer, de forma potencial, com qualquer conceito, “*mesmo aqueles mais precisos, em decorrência da impossibilidade de estabelecer de forma totalmente compreensiva todas as condições necessárias e suficientes para o uso de um termo (sua intensão)*”¹⁰⁰. A textura aberta seria uma espécie de possibilidade logicamente inevitável

seu dever jurídico”. MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 120.

⁹⁴ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 170.

⁹⁵ HART, H. L. A.; *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Ver. Tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Goes Penteadó Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 69.

⁹⁶ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 166.

⁹⁷ Ademais, a zona de penumbra também atinge a própria questão de saber se um caso é indeterminado. “*In much the same way, it will sometimes be indeterminate whether a case falls within the penumbra, or alternatively whether it falls within the core of settled meaning. In short, it will sometimes be indeterminate whether a case is indeterminate*”. WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 242.

⁹⁸ Ver, entre outros, VILA, Maria Iglesias. *Facing judicial discretion*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 12-24; e RÓDENAS, Ángeles. *Los interstícios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Marcial Pons, 2012, pp. 22-48.

⁹⁹ “*Hart spoke of vagueness as the trait of words whose application is clear in some cases (in what Hart called the ‘core’) and nuclear in others (the ‘penumbra’). Uneasy with that metaphor, he used another, ‘open texture’, which we should view as Hart’s jargon for vagueness.*” ENDICOTT, Timothy A. O. *Law and language*. In Jules Coleman & Scott J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 956.

¹⁰⁰ VILA, Maria Iglesias. *Facing judicial discretion*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 15. Vila entende essencial distinguir entre textura aberta e vagueza. Para ela, a primeira expressão se

de aparecimento de casos limítrofes, que implicaria uma indeterminação parcial insuperável no plano semântico¹⁰¹.

A partir dessa constatação ele irá postular a tese da indeterminação parcial do direito. Baseando-se na força da ideia de “textura aberta”, Hart argumenta que os mesmos limites semânticos presentes nos termos classificatórios gerais também se impõem no direito. Após analisar os precedentes e a legislação como formas de transmitir padrões de comportamento veiculadas, respectivamente, por meio de exemplos e de fórmulas linguísticas gerais, Hart chega ao veredicto de que, embora a segunda técnica possa atingir maior grau de especificidade¹⁰², qualquer estratégia normativa padece da mesma finitude: seja na forma de “*precedente ou a legislação, esses padrões, por muito que funcionem na grande massa de casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto*”¹⁰³.

Para exemplificar como as condições de verdade e de operatividade de um padrão comportamental variam, de acordo com o modelo de comunicação adotado, Hart apresenta o exemplo de uma norma de cortesia não jurídica, em que um pai busca conscientizar o filho da existência de uma norma que determina a retirada do chapéu antes do ingresso em uma igreja¹⁰⁴.

Essa norma poderia ser demonstrada mediante um ato de retirada do chapéu, seguido da expressão “essa é a maneira certa de se comportar em ocasiões como esta”, ou pela fala de que “ao entrarem na igreja, todos os homens e meninos devem tirar o

refere ao fato (abstrato) de é sempre possível encontrar um caso para o qual a inclusão do conceito se mostre indeterminada, enquanto que a segunda ocorre quando o caso em questão (concreto) cai na zona de penumbra, situação que se deve à imprecisão do termo utilizado para expressar o conceito. Para Endicott, a vagueza ocorre quando há casos de fronteira, enquanto a textura aberta não necessariamente exige que exista um caso concreto de incerteza, mas que esse possa ser imaginado. Para este último autor, a distinção entre essas expressões, além de incoerente, tem pouca importância teórica. “*The only significance of the distinction is to built into the term open texture itself a claim that the language of the law necessarily allows for borderline cases*”. ENDICOTT, Timothy A. O. *Law and language*. In Jules Coleman & Scott J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 967.

¹⁰¹ WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 237.

¹⁰² Hart considera que “a transmissão de normas gerais por meio de exemplos autorizados traz em si indeterminações de um tipo mais complexo” pois “*o reconhecimento dos precedentes como critério de validade jurídica tem significados diferentes em sistemas diversos e até no interior do mesmo sistema em épocas diferentes*”. (HART. H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 174.

¹⁰³ HART. H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 166.

¹⁰⁴ HART. H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, pp. 162-163.

chapéu”. O primeiro modelo, mais próximo do precedente, poderia suscitar várias dúvidas sobre até que ponto o comportamento deve ser imitado; sobre o que, exatamente, na conduta do pai, deve servir de orientação; ou sobre qual deve ser o parâmetro a ser seguido para a conduta correta. Mas também a segunda maneira de formulação, que possui uma descrição verbal mais clara, pode ser confrontada com uma situação que não se adequa facilmente aos seus termos gerais, o que irá gerar uma dúvida semelhante sobre qual o critério a seguir no caso de bebês, por exemplo.

Essa precariedade designativa resulta na indeterminação parcial do direito. Ela não pode ser vencida aprioristicamente, pois é causada por duas desvantagens (“twin handicaps”) que impedem a erradicação de ambiguidades da atividade de generalização normativa de padrões de conduta: (i) a relativa ignorância dos fatos, que impede a ciência de todas as circunstâncias, propriedades e eventos que podem vir a se combinar no futuro e exigir diferentes reflexões sobre a pertinência da aplicação da norma; e (ii) a imprecisão dos objetivos e a imprevisibilidade dos problemas futuros, que impede que a intencionalidade inoculada em uma formulação linguística possa ser igualmente compreensível diante de todos os possíveis contextos de aplicação¹⁰⁵.

Essas desvantagens são inerentes à condição humana, razão pela qual “*não devemos acalentar, nem mesmo como um ideal, a concepção de uma norma tão detalhada que a pergunta se ela se aplica ou não a um caso particular já tenha sempre sido respondida antecipadamente*”¹⁰⁶. O grande erro do formalismo jurídico, para Hart, está na sua ambição de congelar o sentido de uma norma geral contra toda e qualquer particularidade dos casos futuros, independentemente da consideração de características que não estejam representadas nas concepções paradigmáticas e das consequências sociais desse modo de aplicação, resolvendo problemas futuros de modo irrazoável, com uma aposta no escuro.

Um pouco antes de publicar sua obra magna – O conceito de direito – Hart já havia registrado que o caráter linguístico do direito, com suas imprecisões e caráter aberto, tornava a aplicação do método de dedução lógica ao direito um grave equívoco, que de modo algum poderia ser representativo do raciocínio jurídico desenvolvido por

¹⁰⁵ HART. H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 167.

¹⁰⁶ HART. H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 166.

juízes na aplicação de normas. Hart considerou que “*as situações de fato não se apresentam a nós claramente etiquetadas, passadas e dobradas*¹⁰⁷” e que os problemas de penumbra de incerteza outorgariam ao juiz “*uma escolha, deixada em aberto, não controlada pelas convenções linguísticas*¹⁰⁸” sobre as diferentes interpretações que poderiam ser atribuídas a uma norma à luz dos objetivos sociais.

A aplicação do direito em casos difíceis não seria nem uma questão de lógica (que somente seria possível no paraíso dos conceitos), nem de elaboração natural ou racional da norma (conforme defendido por certas doutrinas de direito natural), mas uma escolha, ainda que limitada pelo direito¹⁰⁹.

Em “O conceito de direito”, a ideia é retomada e enfatizada desde o início do texto, quando Hart argumenta que, na maioria dos casos importantes, “*o juiz precisa escolher entre significados alternativos a serem atribuídos às palavras da lei um entre interpretações conflitantes sobre o que ‘significa’ um precedente*¹¹⁰”. Embora a vida do direito seja majoritariamente contada por meio de normas de conduta dotadas de um grau de clareza satisfatório, ele considera que a textura aberta faz com que, em algumas áreas do comportamento, muita coisa seja decidida de forma particularista por autoridades administrativas ou judiciais, mediante a obtenção de um equilíbrio entre os interesses conflitantes à luz das circunstâncias do contexto¹¹¹.

Quando as convenções sociais colapsam ou se esgotam, gerando dúvidas sobre a aplicabilidade normativa, surge a necessidade de se recorrer ao mecanismo da discricionariedade:

Em tais casos, para esclarecer as dúvidas, quem quer que vá dirimi-las deve operar como que uma escolha entre alternativas abertas.
A essa altura, a linguagem geral em que a norma se expressa não pode fornecer senão uma orientação incerta, como faria um exemplo dotado de autoridade.

¹⁰⁷ HART, H. L. A; *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Ver. Tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Goes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 69.

¹⁰⁸ HART, H. L. A; *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Ver. Tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Goes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 73.

¹⁰⁹ HART, H. L. A; *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Ver. Tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Goes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 95.

¹¹⁰ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 16.

¹¹¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 175.

Nesse ponto, cai por terra a sensação de que a linguagem da norma nos habilitará a simplesmente identificar exemplos facilmente reconhecíveis. A inclusão de um caso particular dentro de uma norma e a inferência de uma conclusão silogística já não caracterizam a essência do raciocínio envolvido em decidir qual é o procedimento correto. (...) Assim, a discricionariedade que a linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha. A pessoa decide acrescentar um caso novo a uma sucessão de outros, devido a semelhanças que podem ser razoavelmente consideradas pertinentes do ponto de vista jurídico e suficientemente próximas do ponto de vista factual. No caso das normas jurídicas, os critérios de pertinência e de proximidade por semelhança dependem de muitos fatores complexos, integrados no sistema jurídico, e dos objetivos ou do propósito que podem ser atribuídos à norma¹¹².

A indeterminação linguística produz, portanto, consequências de suma importância no papel de orientação normativa e na atividade de aplicação judicial do direito¹¹³. Nos casos simples, a mera aplicação dos padrões semânticos convencionais pode definir o conteúdo e o alcance das normas, embora esse resultado possa ser alterado em função de outros critérios de correção, como o propósito das regras. Já nos casos difíceis, juízes devem exercer uma espécie de escolha do sentido mais razoável das regras, atuando discricionariamente como “legisladores intersticiais”.

Trata-se, de qualquer maneira, de um poder à disposição da magistratura para atuar “além do direito” quando as orientações normativas deste tiverem se esgotado, criando novas normas casuisticamente.

A discricionariedade é retratada tanto como um imperativo quanto como uma conveniência dos sistemas jurídicos. Ela é imperativa porque decorre da textura aberta da linguagem, que não pode ser logicamente limitada, e porque, sem uma resolução autoritativa de casos de imprecisão ou conflito, os sistemas jurídicos não podem se impor sobre outras instâncias normativas. E é conveniente porque todos os sistemas jurídicos conciliam, em diferentes proporções, a necessidade de prover uma orientação

¹¹² HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 165-166.

¹¹³ Na introdução de “Ensaio sobre teoria do direito e filosofia”, Hart faz uma mea culpa, observando que a maneira simplificada como apresentou a distinção entre casos fáceis e difíceis pode ter sugerido que a única causa de indeterminação admitida no direito seria linguística. Ele repudia essa conclusão, salientando que “a questão de se uma regra se aplica ou não a determinada situação de fato não é idêntica à de se, de acordo com as convenções da linguagem estabelecidas, isto é determinado ou deixado em aberto pelas palavras que compõem tal regras. Pois um sistema jurídico geralmente dispõe de outros recursos, além das palavras utilizadas na formulação de suas regras que servem para determinar seu conteúdo ou sentido em casos particulares.” HART, H. L. A; *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Ver. Tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Goes Penteadou Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 119, pp. 8-9.

comportamental certa para a maioria das questões, com uma regulamentação flexível para algumas circunstâncias¹¹⁴, deixando-as em aberto para futura ponderação pelas autoridades decisórias do sistema. Essa abertura ao particularismo decisório poderia aperfeiçoar o padrão de racionalidade das decisões estatais, permitindo a adequação social e contextual do direito¹¹⁵.

Apesar de reconhecer a discricionariedade como uma característica inevitável dos sistemas jurídicos, Hart jamais a tratou como uma autorização para o decisionismo puro ou para arbitrariedades. Pelo contrário, a obra de Hart é um libelo contra abordagens teóricas de linhagem cética que recusam valor normativo às regras jurídicas, tendo sempre pontuado que a indeterminação semântica das normas é apenas parcial, e que a maior parte das normas jurídicas transmite orientações suficientemente precisas.

Ademais, a própria discricionariedade é limitada. Em primeiro lugar porque, conforme assinalado por Hart, a atividade criativa dos tribunais também é guiada por normas gerais, que não permitem que juízes transformem o direito em uma espécie de “jogo à mercê da discricionariedade dos juízes”, em que qualquer decisão é admissível. A presença de núcleos estabelecidos de sentido permite demarcar decisões que representem desvios claros do sentido geralmente aceito, criando uma forte pressão crítica contra elas, pois “*esses padrões são encarados pelos tribunais como algo que eles não têm a liberdade de ignorar no exercício da autoridade de que dispõem para tomar decisões*”¹¹⁶. É a partir desses padrões que a sociedade como um todo e o corpo de autoridades públicas podem reconhecer a existência de erros de aplicação no direito.

Em um conhecido argumento utilizado no Capítulo VII de “O conceito de direito” para objetar contra o ceticismo de regras dos realistas norte-americanos, Hart faz uma analogia entre a autoridade dos árbitros no jogo de críquete e dos juízes de direito. Ele observa que as regras secundárias do críquete conferem aos juízes um poder de marcação de pontos cuja autoridade é irrecorrível. Apesar da relevância desse fato para o destino do final do resultado dos jogos, isso não permite dizer que os árbitros possam marcar pontos a esmo, sob quaisquer critérios, porque, nessa hipótese extrema, haveria uma

¹¹⁴ HART. H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 169.

¹¹⁵ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 316.

¹¹⁶ HART. H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 188.

mudança de jogo, que passaria a ser um “jogo da discricionariedade dos árbitros”. Nesse último tipo de jogo, as marcações de pontos seriam infalíveis, não haveria limite algum para a aferição de erros de aplicação das regras, e tudo o que os competidores poderiam fazer para vencer o jogo seria tentar prever ou antecipar as decisões dos árbitros.

Essa, porém, não seria a realidade nem do críquete, nem do direito. Ainda que no direito (i) a textura aberta das normas seja maior, outorgando aos Judiciário um poder de criação normativa mais amplo que o dos árbitros de baseball; que (ii) a decisão final de uma Suprema Corte desfrute de grande autoridade; e que (iii) as normas postas não possam oferecer garantias contra o seu descumprimento, o exercício da atividade judicante dependeria da aceitação, pelos juízes, da obrigatoriedade das regras postas, e a existência de uma realidade de aceitação disseminada das regras por uma comunidade faz com que eventuais hipóteses de violação sejam tratadas “*por uma maioria preponderante como uma atitude sujeita a graves críticas e como algo errado*”¹¹⁷.

Com base nessas razões, Hart conclui que mesmo que não seja possível negar categoricamente a hipótese de deterioração dos sistemas jurídicos causadas por quebras sistemáticas de regras por juízes, a mera existência da discricionariedade no direito não é fundamento suficiente para apoiar essa conclusão¹¹⁸, nem muito menos para negar a influência prática das regras sobre o comportamento decisório das autoridades públicas, como professado pelos realistas.

Em segundo plano, porque as decisões judiciais submetem-se a normas processuais (que delimitam substantiva e institucionalmente o poder de criação, mediante a exigência de justificação, a garantia da recorribilidade e a amplitude *inter partes* da autoridade da maioria das decisões) e princípios jurídicos mais gerais, como a separação de poderes, que impedem que tribunais promovam amplas reformas. Não por outra razão, Ángeles Ródenas afirma que, ao utilizar o qualificativo “intersticial”, Hart já teria dado a

¹¹⁷ HART. H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 189.

¹¹⁸ “Naturalmente, é possível que, escudando-se nas normas que tornam as decisões judiciais finais e definitivas, os juízes concordassem em rejeitar as normas existentes e deixassem de considerar que mesmo os Atos do Parlamento mais eloquentes constituem limites a suas decisões. Se a maioria de suas decisões fosse desse tipo e fosse aceita, isso equivaleria a uma mudança do sistema, equivalente à transformação de um jogo de críquete em ‘jogo ao arbítrio do marcador’. Mas a permanente possibilidade dessas transformações não prova que o sistema seja agora o que seria se a transformação ocorresse”. HART. H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 189

entender que a criação judicial do direito só é permitida dentro de alguns parâmetros relativos à ocasião de seu exercício (excepcionalidade) e/ou à forma como deve ser exercida¹¹⁹.

Nesse sentido, a discricionariedade ressalta a não conclusividade da mensagem normativa do direito em algumas hipóteses, quando o recado das normas não aponta uma solução unívoca e, em consequência disso, a orientação provida por elas se reveste apenas de uma força mínima ou indiciária, a ser complementada por meio do exercício de um poder criativo pelos juízes. Mesmo nessas situações, porém, juízes não atuam no vácuo, devendo proceder de maneira cadenciada segundo outras diretrizes gerais presentes no sistema, como incisivamente ressaltado no seguinte trecho:

Os juízes em geral não impõem as suas preferências pessoais, nem escolhem cegamente entre alternativas quando as regras jurídicas não determinam um resultado único; e quando palavras como “escolha” ou “discricionariedade” ou frases como “atividade criativa” ou “capacidade legislativa intersticial” (*interstitial legislation*) são empregadas para descrever decisões, elas não significam que os tribunais decidem de forma arbitrária sem elaborar razões para sua decisão – e menos ainda que qualquer sistema jurídico autorize decisões desse tipo. É de crucial importância que argumentos para uma decisão não surjam no vácuo, mas sim no curso da operação de um conjunto de regras, uma operação em que a multiplicidade de considerações diferentes são continuamente reconhecidas como boas razões para uma decisão. Entre elas, está uma ampla variedade de interesses individuais e sociais, objetivos sociais e políticos e padrões de moral e justiça; e eles podem ser formulados em termos gerais como princípios, políticas e padrões. Em alguns casos, pode acontecer que apenas uma consideração desse tipo seja relevante, sendo capaz de determinar a decisão de modo tão isento de ambiguidades quanto uma regra jurídica clara (*determinate*). Mas em muitos casos não acontece assim, e os juízes reúnem, em apoio a suas decisões, uma pluralidade dessas considerações que, segundo julgam, são suficientes em conjunto, embora não o sejam separadamente. Muitas vezes, essas considerações entram em conflito, e os tribunais são obrigados a ponderá-las ou equilibrá-las para determinar a prioridade entre elas¹²⁰.

Discricionariedade não equivale, portanto, a passe livre para arbitrariedades. Mas embora Hart rejeite a visão de que juízes atuem por puro capricho (como num pesadelo jurídico)¹²¹, ele também censura a visão oposta (nobre sonho), segundo a qual “*a inclusão*

¹¹⁹ RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Marcial Pons, 2012, p. 12.

¹²⁰ HART, H. L. A; *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Ver. Tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Goes Penteadó Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 119.

¹²¹ O pesadelo seria a imagem que o realismo jurídico americano faz do direito, que recusa qualquer possibilidade de que o juiz atue como mero declarante do direito. “*O Pesadelo é que esta imagem do juiz, que o distingue do legislador, seja uma ilusão, e que as expectativas que dela derivam estão fadadas à decepção – em uma visão extrema, sempre, e em uma visão moderada, com bastante frequência*”. O nobre sonho seria a polaridade antagônica de pensamento, representando “*a crença, talvez a fé, de que, a despeito*

*do novo caso sob o âmbito da norma ocorre como uma elaboração natural da norma, como algo que implemente um ‘propósito’ que parece ser natural atribuir (em certo sentido) à regra mesma, e não a qualquer pessoa viva ou morta*¹²².” Hart critica a superestimação da capacidade de “descoberta” de respostas corretas pelo método do particularismo holístico. Para ele, essa tendência traduziria uma ingênua de mistificação do raciocínio jurídico¹²³, pois, além de apagar a distinção entre o ser e o dever ser no direito, ela interpretaria todo uso de princípios como um exercício positivo e bem intencionado de moralidade.

Portanto, em Hart o sistema jurídico é constituído por fatos sociais complexos, entre eles a regra social de validação de normas de acordo com critérios compartilhados por juízes. Ao aplicar uma norma, juízes teriam, primeiro, que identificar se elas são válidas segundo os critérios de reconhecimento. Depois, teriam de avaliar sua aplicabilidade ao caso apreciado. Em ambas as operações, poderiam surgir dificuldades causadas pela falibilidade da linguagem. Se este fosse o caso, a decisão de validar e aplicar a norma a uma situação incomum deve ser resolvida por um ato de escolha, um poder discricionário de decisão que constitui atributo inerente aos sistemas jurídicos em geral e permite a criação de direito novo por juízes, de modo intersticial ou limitado.

1.1.2. O modelo interpretativista de Ronald Dworkin

A obra de Dworkin exibe uma complexidade filosófica única entre os autores da teoria analítica anglo-americana. Ela se estende por diversos temas complexos – como metateoria, epistemologia, teorias da verdade, teorias semânticas, interpretação, filosofia política e moral – tratando-os com profundidade, elegância e argúcia num projeto voltado a reconectar a filosofia geral com a filosofia jurídica.

de aparências superficiais em contrário, e a despeito de períodos inteiros de aberrações judiciais, ainda se pode oferecer uma explicação e uma justificativa para a expectativa comum das partes de que os juízes apliquem a seus casos a lei existente e que não façam novas leis para eles, mesmo quando o texto específico de uma regra constitucional, lei ou precedente disponível pareça não oferecer nenhuma orientação”. HART, H. L. A; *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Ver. Tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Goes Penteadó Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. pp. 140 e 148.

¹²² HART, H. L. A; *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Ver. Tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Goes Penteadó Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 92.

¹²³ MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, pp. 121-122.

O projeto de teórico de Dworkin em prol da defesa da natureza interpretativa, integrativa e moralmente carregada do direito teve diferentes estágios. Alguns acadêmicos¹²⁴ sustentam que houve, inclusive, uma reformulação do pensamento dworkiniano com a publicação de “Justiça para ouriços”, sua última obra, de 2011. Parte-se, aqui, de pressuposto diverso, segundo o qual os objetivos de Dworkin mantiveram alto grau de consistência, tendo variado apenas quanto aos adversários selecionados, ao modo de construção dos argumentos e às teses acrescentadas em cada obra.

As primeiras publicações desse autor enfrentaram o olhar teórico de um antagonista bem definido: o positivismo analítico da teoria de Herbert Hart, a quem Dworkin sucedeu na cátedra de jurisprudence de Oxford. Assim como Hart havia feito com Austin, Dworkin criticou diversos aspectos da teoria hartiana como inadequados, insuficientes e pouco representativos da prática jurídica.

O pecado capital da obra hartiana (e do positivismo, como um todo), residiria no convencionalismo ao qual ele adere para postular verdades analíticas e moralmente neutras sobre o direito. Dworkin considera que, ao reduzir o teste de validade jurídica a uma questão convencional ou simplesmente factual, o positivismo perde aptidão de enxergar que as condições de verdade típicas do discurso jurídico são – sempre, do início ao fim – influenciadas por padrões de moralidade política. Essa miopia autoinfligida impede que o positivismo acesse a natureza justificativa do direito.

1.1.2.1. A ideia do direito como prática argumentativa de justificação da coerção estatal

Nos artigos compendiados em “Levando os direitos a sério”, livro de 1977, Dworkin argumentou contra o senso comum teórico da filosofia positivista de explicar a natureza do direito a partir de critérios de validade, uma espécie de “microscópio conceitual” empregado para revelar o DNA das normas jurídicas por meio da sua diferenciação em relação às normas morais¹²⁵. Nessa primeira bateria de ataques (que inclui os artigos “Modelo de regras I” e “Modelo de regras II”), ele buscou desmontar as bases do teste de validade hartiano; da visão do direito como um sistema de regras; e da ideia de que a normatividade jurídica teria origem convencional.

¹²⁴ WALDRON, Jeremy, *Jurisprudence for Hedgehogs*. 2013, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-45, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2290309> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2290309>.

¹²⁵ PRIEL, Dan. *Making Sense of Nonsense Jurisprudence*. Osgoode Legal Studies Research Paper, 2020. p. 15.

Na leitura de Dworkin¹²⁶, o modelo social de Hart estaria estruturado em três principais teses, a saber: (i) a tese do *pedigree*, segundo a qual as regras jurídicas de uma comunidade são identificadas por um teste que não inclui critérios de conteúdo, aplicado para diferenciar regras jurídicas válidas das regras espúrias ou morais; (ii) a tese do sistema de regras, segundo a qual o conteúdo do direito corresponderia (seria coextensível) taxativamente aos das regras com *pedigree*; e (iii) a tese da obrigatoriedade limitada, segundo a qual a força obrigacional do direito somente imantaria as regras válidas, de tal modo que, nas hipóteses de indeterminação, direitos e deveres poderiam ser estabelecidos por decisões discricionárias.

Nenhuma dessas teses seria compatível com a realidade da prática jurídica. A regra de reconhecimento hartiana funcionaria como um radar algorítmico que seria ajustado apenas para identificar padrões normativos estáveis, bem definidos e convencionais. No entanto, esse “*teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras*”¹²⁷. Os princípios não seriam aferíveis pela regra de reconhecimento por uma série de motivos. De início, porque, diferentemente das regras, eles seriam demandas de justiça ou equidade formulados de maneira imprecisa, cujo conteúdo frequentemente se mostraria controverso. Ademais, porque a validação desses padrões não poderia ser feita de modo neutro, sem a aplicação de critérios de conteúdo. Além disso, eles seriam muito numerosos e mutáveis, impedindo a elaboração de uma lista exhaustiva de critérios para sua identificação¹²⁸.

A crítica dworkiniana ao teste de validade positivista jamais se limitou a provar a existência dos princípios no acervo de normas jurídicas. Sua ambição sempre foi mais radical do que isso¹²⁹. Nas suas palavras, “*ao rejeitar a ideia de que o direito é um sistema de regras, não foi intenção substituí-la pela teoria de que o direito é um sistema de regras*”

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp. 27-35.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 36.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 70.

¹²⁹ Macedo Jr observa que, embora muitos teóricos entendam que a distinção entre regras e princípios ocupa um papel central na obra de Dworkin, o amadurecimento do trabalho deste teórico demonstraria que o ponto central e mais poderoso do seu desafio ao positivismo é estruturado, na verdade, por meio da formulação da teoria dos desacordos teóricos dirigida contra a tese das fontes sociais do direito. Ronald Dworkin e a teoria do direito. MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, pp. 40-41 e 70.

*e princípios*¹³⁰”. Essa substituição ainda poderia preservar uma considerável margem de indeterminação no conteúdo do direito, algo que Dworkin rejeita “por princípio”¹³¹.

Na verdade, o que Dworkin quis sublinhar foi que – embora o direito positivado nas leis e decisões judiciais revele uma faceta importante do conteúdo dos direitos dos cidadãos – o reconhecimento institucional dos direitos não termina na linguagem desses atos. Não há hiatos de normatividade entre o direito objetivo e direitos subjetivos. O direito como um todo possui uma dimensão moral e política que transcende a especificação canônica ou linguística, e cujo conteúdo só pode ser plenamente aferido por argumentos que os expliquem a partir dos princípios e propósitos implicados na prática.

Por isso, a validação das regras jurídicas não equivale a um ato superficial, de mero reconhecimento da aparência institucional de um direito, mas, ao contrário, revela uma operação de endosso avaliativo, que chancela a regra como um exemplar representativo das razões de moralidade política praticadas em uma comunidade para atribuir direitos¹³².

A compleição da regra de reconhecimento hartiana estaria condenada a uma cegueira insuperável, porque ela foi calibrada para prospectar apenas convenções. Todavia, o uso da linguagem no direito opera com uma riqueza conceitual que vai muito além das convenções¹³³. Estas possuem uma força comunicativa limitada em termos de

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 527.

¹³¹ “Dworkin, as we have seen, vehemently denies the positivist’s thesis that a legal system contains a finite set of special rules distinguishable, according some master test, from all the other rules which might be in some way applicable to human behavior” WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 42.

¹³² “(...) a história institucional age, não como uma restrição do juízo político dos juízes, mas como um componente de tal juízo, pois a história institucional faz parte do pano de fundo que qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração. Os direitos políticos são criações tanto da história, quanto da moralidade: aquilo a que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas. Desse modo, desaparece a alegada tensão entre originalidade judicial e história judicial: os juízes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que a eles se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõe”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 136.

¹³³ “A articulação de um conceito a uma rede mais ampla de conceitos como forma de dar significado a ele é um dos caminhos trilhados por Dworkin em diversos textos posteriores para explicar como se constituem essas condições de sentido. Não cabe aqui analisar os detalhes e o sucesso de seu empreendimento, mas tão somente indicar que ele aponta para a necessidade de construção de uma teoria da verdade não dependente de convenções ou regras sociais tal como formulado nos textos de Hart. Ela se baseia no que se poderia chamar genericamente como teoria coerentista da verdade.” MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 90.

abstração, o que exige que os conceitos por ela transmitidos sejam frequentemente reproblematicados e reconstruídos na forma de concepções ou conceitos contestados¹³⁴. Os conceitos contestados ou interpretativos, por sua vez, internalizariam uma justificativa mais geral para aquilo que eles pretendem transmitir, justificativa que, no direito, se conectaria como um esquema teórico de justiça¹³⁵.

Nesse sentido, o direito deve ser visto como um empreendimento elementarmente suscetível a interpretação – e, por isso, um conceito interpretativo¹³⁶ –, que traduz o produto combinado da história institucional e da moralidade política expressa nos princípios da comunidade. A realidade dos princípios auxilia a transcender o radical ceticismo metafísico dos positivistas, e que limitaria o escopo da investigação positivista a questões de história institucional – questões de simples fatos – ignorando que “*os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não estratégias ou fatos jurídicos*”¹³⁷.

Com a elaboração do artigo “Modelos de regras II”, Dworkin consegue esclarecer melhor que seu alvo passa pela rejeição do modelo de normatividade típico da teoria social hartiana. Nesse trabalho, ele enfatiza que as obrigações normativas – sobretudo a obrigação jurídica que vincula os juízes a aplicar o direito – possuem origem e estrutura incompatíveis com a teoria social das regras. Segundo a concepção social forte das regras jurídicas que Dworkin atribui a Hart, os deveres jurídicos só existem quando uma comunidade pratica o conjunto de comportamentos típicos da atitude crítico-reflexiva¹³⁸.

¹³⁴ “É importante assinalar, contudo, que as convenções deixam de valer de uma maneira particular. Não são incompletas, como um livro cuja última página está faltando, mas sim abstratas, de modo que toda a sua força pode ser apreendida por um conceito que admite concepções diferentes; em outras palavras, por um conceito contestado”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 161.

¹³⁵ “(...) as práticas jurídicas discursivas têm uma intencionalidade orientada por um valor filosófico político. A intencionalidade do direito, ou seu point, está dirigido à consecução de uma determinada ideia de justiça. Isso significa dizer que o direito é um conceito político. Em outras palavras, as práticas jurídicas somente ganham o sentido que efetivamente têm na sociedade em que vivemos na medida em que contenham uma exigência de legitimidade.” MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 136.

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 60.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. Martins Fontes, 2010. p. 12.

¹³⁸ “A descrição de Hart sobre as condições para a prática das regras sociais é explícita neste ponto: uma regra é constituída pelo comportamento em conformidade com ela, por parte da maioria da população. Hart, sem dúvida, considera como comportamento em conformidade com a regra aquele comportamento que todos concordam que seja o exigido em determinado caso, mesmo quando tal caso não tenha ocorrido”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 87.

Exemplo disso está na regra de reconhecimento, que demanda que os juízes apliquem os critérios compartilhados com outros juízes para identificar regras.

Em função disso, a existência de uma regra social e, portanto, de um dever jurídico “*é simplesmente uma questão factual*”¹³⁹, uma vez que a prática não só constitui o dever como fixa completamente o conteúdo obrigacional dos deveres¹⁴⁰. Nas hipóteses em que não houver uma prática convergente, não haveria mais dever algum. Dworkin irá enfatizar que essa concepção de normatividade é muito restrita, frustrando completamente o poder explicativo da teoria das regras sociais, já que ela não consegue explicar nem o funcionamento de regras morais, nem das jurídicas.

Para isso ele recorre a três exemplos. O primeiro é o do veganismo, uma prática moral controversa, em que os participantes postulam uma regra que deplora o consumo de carne mesmo diante da ausência de regras sociais nesse sentido. Aqui, a controvérsia sobre a norma moral impede a identificação de qualquer dever moral, segundo a teoria social forte. O segundo é o exemplo do igrejeiro, idealizado pelo próprio Hart, e que problematiza as limitações da regra de retirar o chapéu da cabeça antes de ingressar na igreja. Nessa hipótese, haveria uma convenção moral segura e bem estabelecida quanto à aplicabilidade da regra a homens, mas não a bebês. Dworkin pondera que os igrejeiros poderiam apresentar argumentos diversos contra e a favor da extensão da regra de cortesia, mas que a presença da discórdia evidenciaria a inexistência de um dever, se considerada a teoria social forte. O terceiro exemplo é o da aplicação de princípios por juízes em casos difíceis. Pelas mesmas razões das hipóteses anteriores, Dworkin irá concluir que, se mantida a teoria social forte, princípios jurídicos não podem ser considerados como fontes de obrigações jurídicas, porque juízes discordam generalizadamente sobre o conteúdo desses padrões.

Esses exemplos iluminam alguns pontos importantes sobre o modelo social das regras de Hart. Esclarecem, inicialmente, que esse modelo falha na descrição do uso que as pessoas fazem das regras dentro de práticas normativas, pois ele não é capaz de incorporar juízos avaliativos. Nas suas palavras, “*quando um membro da comunidade apela para uma regra, com o propósito de criticar o seu comportamento ou o de outro indivíduo qualquer, é porque não pretende apenas descrever o comportamento de outras*

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 80.

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 91.

*peças, mas também avaliá-lo*¹⁴¹”. Eles também evidenciam que a teoria hartiana superestima o significado da prática social para os juízos normativos, pois ela consideraria que a prática constitui a regra e seu conteúdo, quando, na verdade, a prática social é somente o início de uma atividade continuada de justificação dos juízos normativos.

Esses achados possuem consequências drásticas para a teoria social das regras¹⁴². Eles fragilizam ainda mais a utilidade do teste de validade jurídica hartiano. Isso porque, ainda que esse teste contemple critérios de conteúdo, ele só será efetivo enquanto houver convergência social quanto a esse conteúdo¹⁴³. Entretanto, a dinâmica da prática judicial é muito mais próxima daquela observada na moralidade concorrente¹⁴⁴ (aquela em que os participantes estão de acordo quanto à existência da mesma regra, mas o fato do acordo não é o que motiva a identificação da regra) do que na moralidade convencional (em que a crença na existência do acordo é essencial para a identificação a regra). Isso porque há uma diferença gramatical entre o uso dos conceitos nesses dois tipos de prática (moral concorrente vs. convencional), e o direito seria mais bem compreendido como um caso particular do primeiro tipo raciocínio moral¹⁴⁵.

O enfoque teórico adotado a partir de “O modelo de regras II” acaba sendo muito mais destrutivo para o positivismo¹⁴⁶. A partir dele, Dworkin irá desenvolver uma série de outros argumentos que irão especificar melhor a sua visão, salientando as seguintes

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 81.

¹⁴² “O problema de fundo da teoria da regra social consiste em apresentar uma explicação equivocada acerca da relação entre as práticas sociais e a sua normatividade. As práticas convencionais compartilhadas efetivamente desempenham um papel importante na constituição de uma avaliação moral. Contudo, tal relação não é bem formulada se concebemos as práticas como sendo capazes de constituir diretamente as normatividades. Na verdade, elas importam e participam da construção da normatividade porque ajudam a justificar o juízo normativo”. MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 102.

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp. 88-89.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp. 85-86.

¹⁴⁵ MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 128.

¹⁴⁶ “O ponto crucial da crítica de Dworkin a seus opositores a partir de ‘O modelo de regras II’ passa a ser sua teoria acerca dos desacordos morais. (...) o tipo de controvérsia que está em questão nas controvérsias morais refere-se, ao menos em muitos dos seus casos pivotais (pivotal cases), ao próprio conceito de regra. (...) O ponto é essencial para a compreensão da extensão do desafio dworkiniano visto que uma parcela importante dos desacordos teóricos se reporta a disputas sobre o próprio significado de regra – no caso do direito, sobre o significado de regra de reconhecimento, e não apenas (muito embora com frequência também) sobre o seu conteúdo substantivo.” MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, pp. 104-105.

peculiaridades da prática jurídica como um gênero de prática social: a intencionalidade da prática e dos seus participantes; a complexidade do seu objeto; a modalidade de cognição envolvida; a finalidade ou o seu propósito geral; e o sentido de fidelidade que ela cobra daqueles que se envolvem com ela.

Quanto ao primeiro ponto, Dworkin irá salientar que a intencionalidade da prática jurídica é muito mais próxima de um projeto de construção coletiva do que de uma conversação ou de uma pesquisa científica. Os engajados nesse projeto desenvolvem um compromisso com uma atitude interpretativa especial – uma atitude protestante – integrada por dois componentes. Há, em primeiro lugar, a ideia de que a prática possui um valor um propósito “*que pode ser afirmado, independentemente da mera descrição das regras que constituem a prática*”¹⁴⁷, cuja utilidade deve ser reforçada pela interpretação. Além disso, a atitude interpretativa demanda a consciência de que a aplicação das regras deve ser continuamente suscetível ao propósito. Nem sempre o estágio vigente da prática terá contemplado de forma ideal o seu propósito, o que irá exigir que este seja ativado por meio da reformulação interpretativa.

Essa atitude confere uma intencionalidade ou sentido especialmente reflexivo, valorativo e crítico à prática jurídica¹⁴⁸. De certa forma, Dworkin irá conferir uma verticalidade bem mais ousada ao ponto de vista interno discernido na teoria hartiana, propondo um padrão atitudinal que vai além da atitude crítico-reflexiva de Hart, e que foi formulado na robusta página de desfecho de “O império do direito”:

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, poder ou processo. (...) É uma atitude interpretativa e autorreflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que os compromissos exigem em cada nova circunstância. (...) A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 57.

¹⁴⁸ “Dworkin observa que o primeiro elemento envolve não apenas que o agente seja guiado pela prática, mas que também seja reflexivo sobre a sua significância (*meaningfulness*). O segundo elemento introduz uma dimensão crítica na interpretação de práticas dotadas de valor. (...) Essa atividade é interpretativa por excelência e integra a própria prática em sua dimensão reflexiva, permitindo a revisão *in fieri* não só do seu significado para os agentes, como também do significado da própria prática. (...). Como observa Postema, ‘deve (*must*) ser mostrado que uma aparente regularidade não é meramente uma questão de comportamento habitual, mas de um comportamento normativo, e não meramente normativo, mas reflexivo, e não meramente reflexivo, mas internamente crítico de uma maneira que apoia uma atitude interpretativa’ MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 144 -146

interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé em relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções¹⁴⁹.

É interessante destacar três aspectos da atitude interpretativa. Primeiro, “*os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete*¹⁵⁰”. Segundo, de posse desses propósitos, os intérpretes “*tentam impor um significado à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado*¹⁵¹”. Terceiro, “*os paradigmas fixam as interpretações, mas nenhum paradigma está a salvo de contestação por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco*¹⁵²”. Ao buscar conformidade com padrões jurídicos, advogados e juízes agiriam sob a convicção de estarem justificados pela forma correta de cumprir os propósitos subjacentes do direito, e não por um impulso de mimetizar o uso que as demais pessoas fazem das regras.

Para ilustrar essa atitude em funcionamento, Dworkin recorre novamente ao exemplo da norma de retirar o chapéu, mas não como uma norma referente à etiqueta de ingresso em igrejas, e sim como um exemplo mais amplo da prática social da cortesia. Nessa hipotetização, ele cogita que, em certo momento, essa prática pode consolidar uma tradição (quase que um tabu) de respeito ao próximo, que contempla a regra de retirada de chapéus por camponeses diante de nobres. Mas com o tempo, os pressupostos dessa prática podem ser reavaliados pelos próprios participantes, que começam a exigir “*a título de cortesia, formas de deferência anteriormente desconhecidas, ou a desprezar ou rejeitar formas anteriormente reverenciadas, sem nenhum sentido de revolta, afirmando que o verdadeiro respeito é mais bem observado*¹⁵³” por meio de outros gestos.

Essa síntese deixa claro que a atitude interpretativa não se contenta em observar passivamente as normas, nem em valorá-las como corretas pelo fato de elas sempre terem sido obedecidas. Pelo contrário, ela permite o acréscimo de um ajuste propositivo onde

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 492.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 63.

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 58.

¹⁵² DWORKIN, Ronald; *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 89.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald; *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 59.

ele for tido como justificado pelo intérprete. Nesse sentido, o direito seria uma prática similar à cortesia¹⁵⁴.

Mas ele é mais do que uma prática social: é uma prática argumentativa, propositiva, dentro da qual os participantes mobilizam diversas proposições de correção fundamentadas na melhor teoria sobre o que a prática jurídica “realmente é”¹⁵⁵. Dentro dela, “*existe um engajamento sincero e autêntico, da parte dos agentes, na busca de condições de verdade para as proposições oferecidas*”¹⁵⁶. Cada intérprete do contexto jurídico – seja na condição de participante ou, o que é importante, de teórico – aplica um valor ou propósito à prática existente, numa manifestação construtiva que envolve a própria identificação das regras jurídicas válidas. Assim, a identificação do direito demanda um processo de justificação moral – necessariamente avaliativo e engajado – dentro do qual o intérprete torna-se coautor do sentido da prática¹⁵⁷.

Para ilustrar a complexidade do direito como uma prática social, Dworkin irá recorrer a um paralelo com a literatura e com a atividade do crítico literário. Ele sustenta que, para compreender um romance, o crítico deve desenvolver uma hipótese estética densa, que pressuponha, ao mesmo tempo, teorias normativas sobre o que é literatura, para que ela serve e o que torna uma obra valiosa, e subteorias sobre o que compõe a identidade de uma obra de arte e como a obra pode se mostrar coerente com a prática como um todo¹⁵⁸. Esse conjunto de teorias compõe uma bagagem inarticulada de convicções¹⁵⁹ (tácitas ou expressas, mas sempre genuínas) sobre a forma da arte e sobre

¹⁵⁴ Macedo Junior argumenta que o direito é uma prática que se aproxima muito mais da cortesia do que de um jogo de tabuleiro, como o xadrez. Para jogar uma partida de xadrez, basta conhecer as suas regras e aplicá-las em uma interação adversarial que só tem sentido caso observados os limites pré-definidos para a movimentação de cada tipo de peça. O talento dos jogadores está na definição da ordem de cada um de seus lances e na utilidade desses para capturar peças do adversário. Não há espaço para que jogadores acrescentem movimentos originais. A cortesia, de outra forma, é uma prática que pode ser realizada por comportamentos os mais diversos, a respeito dos quais não há consenso total, dependendo, em muitos casos, da interpretação das pessoas sobre quais são as condutas que demonstram respeito e civilidade em relação a terceiros. MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia-Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017, pp. 199-210.

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 17.

¹⁵⁶ MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 133.

¹⁵⁷ MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia-Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017. p. 140.

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 222-223.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 225-226.

o que é bom na arte, convicções essas que permitem que a obra literária seja avaliada no seu todo.

Dentro desse conjunto de convicções, o intérprete literário certamente fará uma avaliação sobre a importância e o valor da intenção do autor, que é tratada como elemento central para algumas correntes de interpretação. Todavia, mesmo quando seja muito valorizada, a intenção não é tudo o que existe de valoroso na obra literária, que é um produto separado das intenções do autor, capaz de gerar efeitos não pretendidos¹⁶⁰.

O trabalho do crítico nunca se resume à atividade de decifrar com neutralidade a intenção ou o estado e espírito do autor, mas a considerá-la ao lado de todas as questões antes referidas para formular uma hipótese que mostre o texto como a melhor obra de arte que ele pode ser¹⁶¹. Ao proceder por meio dessa hipótese estética, o juízo interpretativo do crítico mescla teorias mais abstratas com a avaliação particular de cada obra, mediante uma argumentação na qual já não é possível separar descrição e valoração¹⁶².

No direito ocorre algo semelhante. O intérprete deve enunciar uma hipótese jurídico-política que mostre o direito sob a melhor luz, demonstrando o encaixe da sua interpretação com exemplos da prática e a compatibilidade de sua justificação com os propósitos do direito¹⁶³. A interpretação deve respeitar a história institucional que o intérprete encontra, pois ela inclusive aquela sobre a finalidade ou função do direito. Dworkin entende que juízes exercem um papel ainda mais especial na vida do direito, atuando como coautores de um romance em cadeia¹⁶⁴, como parceiros de um complexo empreendimento do qual as decisões, estruturas, convenções e práticas são a história. A interpretação judicial pressupõe e aperfeiçoa uma teoria política subjacente, permitindo

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 230-235.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 222.

¹⁶² “Não há mais distinção categórica entre interpretação, concebida como algo que revela o real significado de uma obra de arte, e a crítica, concebida como avaliação de seu sucesso e importância (...) convicções valorativas sobre a arte figuram em ambos os julgamentos” DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 227

¹⁶³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 239.

¹⁶⁴ Essa ideia é inspirada no modelo do *common law* (sem legislação central em determinadas matérias), em que o juiz é encarregado de descobrir o que os juízes anteriores disseram para chegar a uma opinião sobre o que eles fizeram, ou, em outras palavras, “determinar, com seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então” e continuar essa história para o futuro. Não obstante, a imagem também pode ser estendida para sistemas de civil law, sobretudo na aplicação de normas de conteúdo controvertido, como as de direitos fundamentais. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 238.

que juízes cheguem a convicções que os demais juízes não precisam compartilhar, mediante decisões que postulam estar fundadas nas melhores razões.

A avaliação do direito no plano teórico é ainda mais complexa, pois qualquer teorização geral do direito deve ser capaz de amadurecer e conjugar quatro estágios de reflexão¹⁶⁵: estágio semântico (em que deve definir qual o tipo de uso conceitual pretendida, se baseado em critérios, espécies naturais ou conceitos interpretativos); estágio teórico (em que formulará a combinação de valores que melhor justifica a prática e deve orientar sua continuidade); estágio doutrinal (em que estabelecerá quais devem ser as condições de verdade empregadas para aferir a verdade das alegações jurídicas à luz dos valores do estágio teórico); e o estágio da decisão judicial (em que definirá como as autoridades políticas devem proceder na aplicação do direito).

Por ser uma prática complexa nesse sentido, o direito pede uma leitura próxima da literatura e da arte. Diferentemente das ciências, ele não é articulado por conceitos naturais, nem pode ter suas hipóteses corroboradas por demonstrações externas. Ele exige uma abordagem interpretativa limitada pela forma jurídica, instigada pela moralidade política e tornada coerente pela teoria. Trata-se de um modo especial de conhecimento de perfil político¹⁶⁶, baseado em juízos de coerência normativa que são articulados a partir da apreciação da consistência de um esquema de razões com o próprio direito¹⁶⁷. Esse modo de conhecimento interpretativo triunfa nos desacordos e, a cavaleiro de argumentos normativos, busca reconstruir o apelo valorativo da prática jurídica como um todo.

O “modus operandi” da prática jurídica dworkiniana já ficou suficientemente claro. Trata-se de uma prática de interpretação construtiva que busca encontrar a concepção de princípios que, dentro de um contexto histórico-institucional, representa a melhor versão da moralidade política de uma comunidade. Falta assinalar de modo mais exato apenas qual seria a finalidade dessa prática e que sentido de fidelidade ela cobraria.

Em “O império do direito” (1986) Dworkin clarifica esses dois pontos. O objetivo principal do direito está em condicionar, justificar e limitar o exercício do poder de coerção do Estado de acordo com os “*direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justifica o*

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp. 15-32.

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 217.

¹⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 211.

*uso da força pública*¹⁶⁸”. Por fluir de uma obrigação comunitária profunda, o direito deve garantir “*um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político que exerce*¹⁶⁹”. É aqui que os princípios desempenham sua principal função: eles possuem uma força gravitacional que garante consistência distributiva à prática jurídica.

A integridade é a chave de coerência que Dworkin utiliza para explicar como juízes devem proceder em casos difíceis. Trata-se de um ideal político que “*supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre o seu significado*¹⁷⁰”. A integridade é o valor do equilíbrio, que se perfaz por um profundo cuidado interpretativo com a coerência, operando como uma balança que pondera três virtudes políticas típicas do direito: a justiça (que ocupa uma posição especial dentro da comunidade associada por princípios); a equanimidade (que se reporta à equitatividade na distribuição da influência política); e o devido processo (que define os procedimentos corretos para a aplicação das normas jurídicas)¹⁷¹.

Na concepção de direito como integridade por ele defendida, as decisões judiciais devem ser capazes de honrar os atos políticos passados, mas essa fidelidade não deve valorizá-los apenas pelo que eles determinam explicitamente, e sim pela aptidão de representar a melhor versão dos princípios de moralidade política. Ao fim e ao cabo, o direito nada mais é do que um ramo da moralidade política, um ingrediente central da prática comunitária de construir, debater, valorar, interpretar e revisar sua moralidade política, e as decisões judiciais são “*parte da construção da moralidade*¹⁷²”.

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 116.

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 120.

¹⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 164.

¹⁷¹ “*Aceitamos a integridade como um ideal político distinto, e aceitamos o princípio da integridade na prestação jurisdicional como soberano em todo o direito, pois queremos tratar a nós mesmos como uma associação de princípios, como uma comunidade governada por uma visão simples e coerente de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo na proporção adequada*”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 482-483.

¹⁷² Priel sustenta que Dworkin seria uma espécie de teórico do “common law”, para quem a filosofia analítica positivista se equivocaria quanto a alguns objetivos que seriam fadados ao fracasso, como a distinção entre normas jurídicas e não jurídicas, entre o direito-como-ele-é e o direito-como-ele-deveria-ser. Da perspectiva dos teóricos da “common law”, o direito é um ato de construção moral e os juízes são os seus principais construtores. PRIEL, Dan. *Making Sense of Nonsense Jurisprudence*. Osgoode Legal Studies Research Paper, 2020. p. 30.

Esse conjunto de ideias mostra como Dworkin construiu uma compreensão que fulmina o arquétipo cognitivo de autonomização do direito diante da moral. No seu modelo, qualquer ato de identificação do direito pode vir a exigir uma valoração moralmente complexa da proposição avaliada. Mais do que isso: a valoração deverá ser exercida a partir da atribuição de um propósito independente da prática, num processo reflexivo e construtivamente crítico de revolvimento dos “fundamentos do direito” que, a depender da ascensão justificatória necessária, pode vir a determinar a revisão de qualquer tipo de paradigma jurídico.

Essa compreensão quebra a imagem positivista de separação entre o que o direito é e o que ele deve ser, reivindicando um otimismo conceitual, segundo o qual “*as proposições jurídicas são inevitavelmente reconstrutivas em razão do próprio tipo de proposição que elas são*”¹⁷³.

1.1.2.2. Muito além das convenções: a pluridimensionalidade teórica dos direitos e a responsabilidade política dos juízes pela busca de respostas corretas

A impugnação ao teste de validade hartiano é uma rejeição à plausibilidade teórica da imagem que o positivismo faz do universo jurídico. Dworkin quer expurgar o apelo da mentalidade que enxerga o direito como uma lista de regras especiais e enumeráveis pertencentes a um conjunto finito e limitado¹⁷⁴ de normas. Na perspectiva dworkiniana, as pessoas possuem direitos não porque eles constem de livros públicos de fácil consulta ou de livros secretos de metafísica, mas porque em certos tipos de comunidades, eles são justificados por razões de moralidade política¹⁷⁵.

Além de atacar a imagética positivista, Dworkin deplora o sentido convencionalista que Hart atribui à normatividade jurídica. Ao estabelecer que a orientação normativa do direito só funciona quando amparada em um acordo sobre os pressupostos e pretensões de regras explícitas, e que todo obstáculo ao sentido intuitivo desses acordos acarreta a necessidade de suplementação criativa por um juiz, Hart teria

¹⁷³ MACEDO JR., Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário a integridade no Direito (Império do direito – capítulo VII). In *Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos*, 2018. P. 142.

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp. 119 e 527.

¹⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 517.

idealizado um “*jogo com espaços vazios entre as regras*”¹⁷⁶. Nesse modelo, o compromisso dos juízes com o direito começa e termina com as convenções existentes. Diante de controvérsias interpretativas, não haveria como extrair respostas verdadeiramente corretas do direito, mas apenas respostas diferentes, opiniões ou escolhas¹⁷⁷, e juízes estariam livres para selecionar razões de estratégia¹⁷⁸.

Essa abordagem convencionalista seria um subproduto da distinção entre claro fácil e claro difícil, que culpa os limites da linguagem por todos os desacordos existentes no direito. Mas as raízes do convencionalismo são ainda mais profundas. Condenar a linguagem pela indeterminação do direito seria o sintoma mais superficial de uma série de equívocos teóricos causados por um problema de origem: a distorção reducionista das condições de verdade do conhecimento jurídico. A vocação reducionista do positivismo é o que realmente impede essa vertente teórica de compreender como a prática jurídica é capaz de oferecer respostas corretas para casos difíceis.

Essa distorção é pontuada por Dworkin a partir de uma série de alegações de ordem lógica, epistemológica, argumentativa e institucional que pretendem ilustrar como o equipamento conceitual positivista – e a consequente crença na indeterminação parcial do direito ou na indisponibilidade de respostas corretas – repousa em falácias céticas, que ignoram a textura pluridimensional do direito.

Explorando a vertente lógica dessa distorção cética, Dworkin pondera que os defensores da inexistência de respostas corretas costumam conjecturar que, em situações de controvérsia interpretativa, não se poderia afirmar com segurança nem a verdade e nem a falsidade de um argumento sobre o direito. Ele admite que, do ponto de vista estritamente lógico, de fato não se poderia descartar aprioristicamente a possibilidade de existência de uma controvérsia insolúvel à luz dos parâmetros de um sistema jurídico. Embora possível, essa possibilidade seria muito marginal em sistemas jurídicos mais maduros, pois “*dada a complexidade do material jurídico existente, os juízes irão concluir – depois de uma longa e exaustiva reflexão – que, pesados todos os prós e contras, uma ou outra das partes detém a melhor argumentação para o caso*”¹⁷⁹.

¹⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 192.

¹⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. Martins Fontes, 2010. pp. 431-434.

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 162.

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. Martins Fontes, 2010. p. 440.

Essa situação de ausência de veredicto poderia ser descrita como uma situação de empate, que não poderia ter sua veracidade corroborada por nenhum critério consensual. Dworkin não nega que um empate seja estatisticamente possível. Ele contesta, porém, o significado desta conclusão e os requisitos para a sua obtenção. A seu ver, o empate não é uma sentença “sem resolução de mérito”. Pelo contrário. Trata-se de um juízo de mérito que tem a mesma natureza dos de verdade/falsidade, competindo com eles em termos epistemológicos¹⁸⁰, o que exige que magistrados apresentem uma argumentação coerente e baseada em princípios para sustenta-los¹⁸¹.

Ele observa que, na prática, em sistemas amadurecidos, o que tende a acontecer é o desenvolvimento de um mecanismo de superação de empates (e.g., por meio da elaboração de regras como a de presunção em favor da supremacia legislativa). O que Dworkin não admite é que a ausência de resposta correta seja declarada como um resultado justificado, de forma apriorística, pela mera possibilidade de existência de controvérsias.

Para que essa hipótese fosse plausível, deveria existir um espaço lógico entre validade/invalidade, uma terceira possibilidade de qualificação jurídica para além do princípio da bivalência¹⁸², uma vez que ambas as outras possibilidades (validade/invalidade) seriam falsas. Além do estatuto lógico de verdade e falsidade, haveria uma coluna do meio, identificada como “indeterminável”. Caso existente, esse novo flanco valeria inclusive como autorização para o exercício do poder discricionário.

Ocorre que essa coluna do meio é completamente implausível, pois a sua existência trairia a própria função do código jurídico. Isso porque a linguagem jurídica faz uso de conceitos dispositivos. A função destes é ligar ou servir de ponte entre a ocorrência de eventos fáticos descritos nas normas e os deveres oficiais de conduta das

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 438.

¹⁸¹ “Dworkin avalia como óbvio o fato de que alguma resposta correta à pergunta sobre o que fazer (como devemos agir) deve ser a correta – ainda que esta seja a de que nenhum das alternativas é melhor do que a outra. A questão não é, pois, saber se juízos morais ou éticos podem ou não ser verdadeiros; a questão é decidir qual deles é verdadeiro.” MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 162.

¹⁸² Exemplificando o raciocínio, Dworkin toma o exemplo de uma norma hipotética, de conteúdo vago – “contratos sacrílegos, de agora em diante, serão considerados inválidos” – e um situação fática controversa – contrato celebrado no domingo – para questionar se o contrato em questão é válido ou não. Se adotada a “terceira posição lógica”, o contrato em questão teria de ser classificado como um “contrato incoativo” (imperfeito ou sem eficácia). DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª edição. Martins Fontes, 2005. p. 182.

autoridades públicas¹⁸³. Essa a razão pela qual eles devem ser sempre bivalentes, resultando em conclusões antagônicas como válido/inválido, culpado/inocente, entre outros. Ao cogitar da superação da bivalência validade/invalidade, o argumento lógico estaria contaminando a resolutividade típica dos conceitos dispositivos com um problema semântico e, com isso, estaria anulando a sua utilidade, que é justamente a de suprir os vazios de sentido descritivo.

É mais frequente, porém, que a tese cética da ausência de resposta certa seja articulada por meio de considerações epistemológicas. Nesse formato, a ausência de respostas certas se imporia porque não seria possível definir a aplicabilidade de uma norma sem uma referência semântica previamente convencionada. Esse seria o perfil da teoria do caso fácil/caso difícil de Hart, para a qual o direito válido corresponderia ao conjunto de declarações feitas por autoridades políticas no passado, o que faria com que, na hipótese de vagueza ou ambiguidade das palavras, o direito carregasse a mesma sorte. Dworkin considera que esse tipo de argumento peca por dois graves motivos: pelo seu reducionismo normativo e pelo seu cognitivismo fisicalista ou pseudocientífico¹⁸⁴.

Ele é reducionista porque ignora que o direito contém outros critérios de sentido – além dos critérios semânticos compartilhados pela comunidade – como os propósitos e a moralidade política, que, quando organizados justificadamente segundo a devida teorização filosófica, determinam o significado a ser atribuído a uma palavra imprecisa em um determinado contexto. Essa a razão pela qual ele adjetiva pejorativamente o positivismo como uma teoria semântica¹⁸⁵, já que, segundo ela, a verdade das proposições sobre o conteúdo do direito só poderia ser checada a partir da sua correspondência com um determinado tipo de fundamento: o dos fatos histórico-semânticos.

A seu ver, os conceitos criteriais são instrumentos que agenciam um conhecimento bastante precário do sentido das normas jurídicas, pois alcançam apenas os acordos epiteliais da linguagem, não tendo aptidão para acessar os pressupostos e os propósitos que tornam o direito uma prática valiosa¹⁸⁶. Ao superestimar excessivamente a função desses critérios na linguagem jurídica, o positivismo problematizaria toda e qualquer

¹⁸³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª edição. Martins Fontes, 2005. p. 184.

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª edição. Martins Fontes, 2005. pp. 188-216.

¹⁸⁵ DWORKIN, Ronald; *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 38-39.

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald; *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 52 a 55.

divergência sobre a validade ou o conteúdo de uma norma como um desacordo empírico, negligenciando os desacordos teóricos corriqueiros na interpretação judicial. Esse cacoete – chamado por Dworkin de ferrão ou agulhão semântico¹⁸⁷ – impediria uma apreensão adequada do conteúdo das proposições jurídicas não apenas nas zonas de penumbra, mas inclusive no núcleo das normas de maior “textura moral”.

Para explicar a questão de forma analiticamente mais robusta, Dworkin aduz que o discurso sobre a aplicação do direito (o discurso doutrinal¹⁸⁸) é formado por proposições jurídicas de dois níveis ou escalas. Para cada proposição de sentido prático, que inclui uma afirmação sobre o que o direito autoriza, proíbe ou permite que as pessoas façam, concorre uma outra, que é subjacente a elas – as proposições básicas ou fundamentais (“ground rules”) – cujo papel é especificar os testes ou condições de verdade em função dos quais a verdade da proposição prática é extraída¹⁸⁹. Essas proposições básicas é que irão definir o padrão de fidelidade à lei a ser seguido na aplicação das normas jurídicas.

É desse insight que Dworkin extrai a tese dos desacordos teóricos. Ele argumenta que boa parte dos desacordos suscitados na aplicação judicial do direito se localizaria nesse nível, mais abstrato e de natureza profundamente teórica¹⁹⁰, e não no âmbito

¹⁸⁷ Esse cacoete ou viés, típico das teorias positivistas, é chamado por Dworkin de ferrão ou agulhão semântico. “*Os desacordos teóricos sobre os fundamentos do direito (grounds of law) não podem ser adequadamente explicados pelo positivismo jurídico porque tal modelo teórico explica o conceito de direito em termos de critérios compartilhados de criação, mudança e aplicação do direito. O agulhão semântico traduz, com base em critérios compartilhados (ou convencionais), essa tentativa de explicar o conceito de direito, o que, entretanto, é inconsistente com o conteúdo e a natureza das controvérsias teóricas. Nelas há dimensões interpretativas do conceito de direito que não são captadas pela concepção semântica, notadamente a dimensão valorativa e interpretativa*”. MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 109.

¹⁸⁸ Na conceitografia dworkiniana, o direito pode ser utilizado de forma gramaticalmente rica, servindo pelo menos quatro funções conceituais distintas: doutrinal, sociológico, aspiracional e taxonômico. O conceito doutrinal seria o mais relevante, refletindo uma espécie de uso prático do termo “direito”, verificado no discurso de advogados e juízes, em que são formuladas proposições com pretensão de verdade sobre quais os direitos e deveres o sistema jurídico reconhece. O conceito sociológico, por sua vez, remete a investigações sobre a existência de um tipo de estrutura social específica, em que o direito descreve uma das complexidades que caracteriza o funcionamento de uma sociedade. Dworkin também se refere a um conceito taxonômico de direito, que seria empregado para descrever o conjunto de regras que compõem a galeria jurídica de uma determinada comunidade política em determinado momento. E ainda menciona o conceito aspiracional de direito, que seria empregado para referir concepções ideais de alguns postulados jurídicos. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp. 4-10

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald; *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 6-10.

¹⁹⁰ Jules Coleman, um dos principais antagonistas de Dworkin, afirma que a objeção por trás das teses das “ground rules” e do agulhão semântico é essencialmente a mesma. Ambas afirmam a natureza interpretativa do direito. A primeira faz isso ao contestar a tese das fontes positivista (a tese dos fatos sociais), concluindo que o conceito de legalidade não seria convencional (conforme a representação da regra de reconhecimento hartiana), mas interpretativo. A segunda tem um alcance mais amplo, e afirmaria que a filosofia jurídica seria um ramo especial da filosofia política e, dessa forma, traduziria uma atividade

semântico. Todas as teorias jurídicas estabelecem proposições para explicar a ligação entre proposições de direito e enunciados legislativos e “a questão de se existe ou não resposta correta para qualquer questão específica de Direito dependerá essencialmente de qual das formas da tarefa jurídica está em jogo¹⁹¹”. No caso de Hart, esse padrão é a regra de reconhecimento, que define que a validade de uma alegação jurídica é devida à sua compatibilidade com a conduta convencional dos agentes públicos de um sistema jurídico e com os critérios de uso das palavras disseminados na comunidade¹⁹².

Sob esse ângulo epistemológico, a descrença na existência de respostas corretas manifestada pelo positivismo hartiano se mostraria bastante frágil. Primeiro porque ela patrocina uma ligação unidimensional entre proposições de direito e textos institucionais (em que só o que foi dito por autoridades conta como referência de verdade), em detrimento de uma ligação interpretativa (em que as inferências sobre o conjunto do que foi dito e feito à luz de padrões de moralidade política devem servir de referência de verdade). Segundo porque ela supõe – como toda e qualquer teoria que Dworkin caracteriza como semântica – que advogados e juízes concordam sobre as proposições fundamentais do direito e que, geralmente, eles usam, de forma implícita, os mesmos critérios para testar a veracidade das afirmações jurídicas.

O argumento epistemológico a favor da inexistência de respostas corretas também se baseia em um cognitivismo fisicalista. Ele busca desconstruir a possibilidade de objetividade no discurso jurídico ao aplicar, a questões jurídicas, o esquema de checagem de correção típico das ciências da natureza, que exige demonstrações externas. No entanto, os fatos a serem provados em casos difíceis são de outra natureza – fatos morais de coerência jurídica – cuja apreciação objetiva pode ser feita de modo análogo ao da coerência narrativa na literatura, a partir da apreciação da consistência de um esquema de razões “de dentro” da atividade¹⁹³, que inclui percepções sobre a adequação e a moralidade política a partir da visão do propósito da prática¹⁹⁴.

interpretativa. COLEMAN, *The practice of principle: In defense of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 156.

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª edição. Martins Fontes, 2005. p. 203.

¹⁹² DWORKIN, Ronald; *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 41-43.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª edição. Martins Fontes, 2005. p. 210.

¹⁹⁴ Macedo Jr. destaca que essa internalidade é uma das características argumentativas da prática jurídica. “Conforme afirma Dworkin, o que torna a prática argumentativa é o fato de que ela ‘consiste, em boa medida, em organizar e apresentar argumentos a respeito dessas proposições’. Essa prática argumentativa, por esse mesmo motivo, somente tem suas condições de significatividade estabelecidas

As distorções provocadas pelo apelo da distinção entre casos claros e difíceis repercute também em problemas de ordem argumentativa e institucional, sugerindo que juízes seguiriam um padrão decisório dúplice, inspirado em fundamentos diferentes. Na primeira etapa, juízes buscariam os “*limites daquilo que o direito explícito exige*”¹⁹⁵, e, caso não existam convenções, eles passariam a uma segunda etapa em que deixariam os livros de lado¹⁹⁶ e poderiam resolver as coisas de acordo com suas próprias convicções políticas para complementar o direito, mediante o exercício de um poder discricionário de legislação intersticial.

Esse segundo padrão comportamental sugere que, em algumas ocasiões, juízes “*decidiriam por outros meios que não o de aplicação de padrões, e que esses padrões algumas vezes os deixam livres para escolher*”¹⁹⁷. Nessas situações, os padrões jurídicos não vinculariam os juízes, tratando, ao invés disso, de lhes outorgar um “*direito a proferir as decisões que quiserem, e de negar a qualquer outro participante o direito de reivindicar uma decisão com um conteúdo particular*”¹⁹⁸ e a prática consideraria a observância da margem de discricionariedade como justificativa suficiente para a decisão.

As objeções de Dworkin contra esse tipo de conclusão são incisivas. De início, ele contesta a veracidade empírica desse modelo de decisão em duas etapas, aduzindo que ele simplesmente não corresponde à realidade decisória da jurisdição¹⁹⁹. Caso juízes de fato atuassem sob a convicção de que deteriam esse poder discricionário de escolha, isso transpareceria nas suas decisões. A prática, porém, mostra o contrário, com juízes buscando respaldar suas decisões em padrões jurídicos, não importa o quão controversa seja a questão decidida. Se a imagem dos positivistas fosse convincente, juízes atuariam como hipócritas ou mentirosos bem-intencionados (“*well-meaning liars*”), que fingiriam estar debatendo sobre o que o direito é, para não arranhar a confiança do público na existência do direito.

dentro da própria prática”. MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022. p. 135.

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 195.

¹⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 136.

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Judicial discretion*. In *The Journal of Philosophy*, v. 60, n. 21, p. 624-638, 1963, p. 625.

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Judicial discretion*. In *The Journal of Philosophy*, v. 60, n. 21, p. 624-638, 1963, p. 631.

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald; *O império do direito*. Martins Fontes, 2014. pp. 45-52.

Numa resposta mais sofisticada, positivistas poderiam tentar se fundamentar na tese do “caso limítrofe”. Segundo esse argumento, na maioria dos casos centrais, juízes estariam sempre de acordo, mas, em hipóteses atípicas, a palavra direito poderia ser usada diferentemente. Aqui, não haveria uma interlocução dissimulada, voltada a enganar o público, mas um “mero desacordo verbal” (como a dúvida sobre se é possível chamar um palácio real de casa). Essa sugestão também é muito censurada por Dworkin, porque ela não traduz qual o fundamento genuíno da discussão dos juízes, que não é sobre a escolha da palavra mais apropriada, mas sobre a defesa argumentativa que melhor justifica a decisão. A tese do caso marginal esconderia o verdadeiro tipo de desacordo que mora sob os debates judiciais, que não é sobre a aplicabilidade de um teste a hipóteses marginais, mas sobre qual o melhor teste a ser aplicado nos casos centrais de um conceito.

Caso as teorias semânticas fossem uma representação plausível da experiência jurisprudencial, ter-se-ia um resultado bizarro: juízes e advogados estariam se confundindo (“talking nonsense”), usando regras diferentes para determinar o sentido da palavra direito, a partir de critérios fáticos distintos. Eles não estariam discordando realmente sobre nada, só referindo conceitos distintos²⁰⁰.

Ao supor que casos difíceis poderiam ser resolvidos por um ato de vontade, mediante uma escolha, a teoria hartiana também conduziria a uma sensível diferença em termos da modalidade argumentativa que seria utilizada por juízes em cada uma das etapas. Dworkin também salienta que essa diferença não existe, pois o gênero interpretativo a ser aplicado às questões jurídicas seria o mesmo, idealizado por ele na forma da hipótese político-valorativa, em que a interpretação jurídica tenta transformar uma proposição no melhor exemplo possível do direito interpretado, mediante a imposição de propósito, sob limites histórico-formais, à prática jurídica²⁰¹.

Essa atividade obedeceria a um protocolo interpretativo que poderia ser analisado como se envolvesse três fases²⁰². Na primeira etapa, chamada de pré-interpretativa, ocorre uma inspeção do material institucional disponível, com a coleta do registro experimental prévio, isto é, da crônica da prática. Aqui o intérprete estabelecerá aquilo o que as

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald; *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 54.

²⁰¹ “(...) história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto”. DWORKIN, Ronald; *O império do direito*. Martins Fontes, 2014. p. 64.

²⁰² DWORKIN, Ronald; *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 81-84.

instituições jurídicas *disseram*. Esse momento pré-interpretativo opera de forma semelhante ao estabelecimento de uma “forma de vida” ou de um vocabulário comum²⁰³. Nessa fase, os intérpretes irão mobilizar conceitos mais abstratos a respeito dos quais exista um acordo de convicções e apreciarão paradigmas concretos de aplicação desses conceitos, podendo discordar sobre quais são esses conceitos e sobre quais são os paradigmas que ostentam maior grau de consenso.

Na segunda, a etapa interpretativa propriamente dita, o intérprete deve buscar as razões pelas quais a prática estabelecida é válida e definir qual delas traduz o melhor apelo valorativo do empreendimento. Aqui, o intérprete irá avaliar o que as instituições jurídicas *fizeram*, na prática. Para Dworkin, “*adequar-se ao que os juízes fizeram é mais importante do que adequar-se ao que eles disseram*”²⁰⁴. É nesse contexto que será empreendido o teste de encaixe (“*fit*”) e de justificação (“*justification*”) típico da hipótese político-valorativa, e é também dentro desse estágio que irão surgir as diferentes concepções dos conceitos contestados.

Na fase posterior, pós-interpretativa, quando já houver definido a melhor justificativa na fase interpretativa, o intérprete ajustará a sua manifestação àquilo que a prática realmente demanda, defendendo a versão interpretativa que promove a *melhor versão daquilo que foi feito antes* ²⁰⁵. Neste último ponto, é possível que até mesmo os paradigmas identificados na fase inicial venham a ser alterados, pois “*nenhum paradigma está a salvo de contestação por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco*”²⁰⁶.

Apesar da natureza criativa da atitude interpretativa, o intérprete não está autorizado a inventar uma hipótese completamente descompromissada da prática institucional dentro da qual ele atua. Pelo contrário, ao interpretar uma prática social, o intérprete tem que aderir à história dessa prática, o que significa respeitá-la e honrá-la na sua dinâmica evolutiva²⁰⁷. Isso é possível porque as convicções sobre encaixe e

²⁰³ DWORKIN, Ronald; *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 77.

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald; *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 297.

²⁰⁵ MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia-Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017, pp. 228-230.

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald; *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 89.

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald; *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 91 e 113.

justificação exercem controles recíprocos umas sobre as outras²⁰⁸. O intérprete sempre irá partir de um “patamar” histórico-justificativo, devendo construir sua visão propositiva por meio de uma concepção que reflita a melhor explicação sobre aquilo que já foi construído, jamais ignorando esse contexto.

Embora Dworkin tenha recorrido a uma representação segmentada para refletir sobre a atividade interpretativa, isso não significa que o conhecimento jurídico flua por atitudes indagativas diferenciadas²⁰⁹, conforme o que esteja em jogo seja um caso fácil e um caso difícil. Não há dois modelos de fidelidade ao direito e de decisão judicial, um para os casos fáceis (no qual existe dever de aplicação) e outro para os casos difíceis (no qual tudo o que resta é o discernimento discricionário dos juízes). A abordagem é igualmente interpretativa.

Quando o direito é compreendido dentro do estatuto da integridade, os casos fáceis podem ser vistos como hipóteses especiais de casos difíceis²¹⁰. Nestes, há necessidade de proceder a um exame mais rigoroso das hipóteses de coerência teórica. O método interpretativo aplica-se igualmente a ambas as “classes” de casos. Quando a avaliação feita na dimensão de encaixe ou ajuste transparecer uma compatibilidade muito intuitiva com as convicções de integridade e coerência do juiz, ele estará diante de um caso fácil²¹¹. A diferença entre as duas hipóteses não reside na atitude decisória que os juízes devem adotar, mas, sim, na complexidade argumentativa de cada julgamento, contingência que pode demandar uma “ascensão justificadora”. Trata-se de uma condição de perpétua ameaça de reexame que ronda as convicções jurídicas, e que pode acabar demandando que elas sejam revisadas à luz de contextos imprevisíveis²¹².

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 254.

²⁰⁹ Macedo Jr. observa que, à primeira vista, o programa interpretativo sugerido por Dworkin também poderia ser interpretado como um protocolo de duas etapas, uma pré-interpretativa, que se assemelharia à do convencionalismo, e uma segunda etapa, pós-interpretativa e mais construtiva. No entanto, ele ressalta que essa similaridade é enganosa. “(...) *por fim, na medida em que a interpretação é autocrítica e autorreflexiva, acabamos por observar que até mesmo a semelhança inicial entre o protocolo convencionalista e o protocolo interpretativista na etapa pré-interpretativa é algo enganosa. A abordagem interpretativa rejeita o puro convencionalismo já em sua etapa pré-interpretativa. Ela é interpretativa, como já afirmei e como Dworkin gosta de repetir em seus textos, do início ao fim (all the way down).*” MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 156.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald; *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 317 e 424/425.

²¹¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 241.

²¹² “*A concepção teórica que venho tentando explicar é uma descrição do raciocínio jurídico – de como podemos discutir adequadamente algumas afirmações sobre o que é o direito. Também é uma descrição*”

Por isso, mesmo em cenários de incerteza, cabe aos juízes a mesma responsabilidade: buscar o convencimento sobre qual a melhor alternativa interpretativa, e não qualquer hipótese interpretativa. É por todos esses motivos que Dworkin sustenta que a jurisdição é um exercício de responsabilidade política. O termo política, aqui, é usado não no sentido de pressupor a existência, em casos difíceis, de um juízo de preferências ou de conveniências dos juízes. Longe disso, a responsabilidade política exige que, ao apreciar direitos, juízes realizem uma leitura sincera dos fundamentos da prática institucional da comunidade, uma vez que “*os indivíduos têm um direito à aplicação consistente dos princípios sobre os quais se assentam as suas instituições*”²¹³.

Essa responsabilidade decorre da estrutura que Dworkin atribui aos direitos jurídicos. Estes são representados como questões especiais sobre direitos políticos²¹⁴, cuja realidade pluridimensional não se confina às declarações expressas das autoridades políticas, mas a um conjunto de conceitos contestados de natureza substantiva²¹⁵, que incluem o propósito e os princípios implícitos da prática. Estes últimos padrões exercem um papel na definição da força institucional do direito sobre os deveres dos juízes, intitulado as pessoas a direitos institucionais específicos (direitos judiciários) que envolvem não só a garantia de cumprimento de contratos, por exemplo, mas a solução de controvérsias sobre a natureza de um contrato (e, num plano mais abstrato, da natureza do direito).

Em certo sentido, a tese de que existem respostas certas possui essa conotação institucional dirigida aos juízes, no sentido de que “*as partes têm direito a seu melhor juízo sobre a verdadeira natureza de seus direitos*”²¹⁶. Para respeitar esse direito institucional, juízes devem interpretar o direito como se este fosse uma trama ou rede

dos componentes de veracidade presentes em tais afirmações. Não é, automaticamente, um argumento acerca das responsabilidades dos juízes nos casos comuns, ou mesmo nos casos constitucionais. Embora possa parecer óbvio, digo isso aqui porque muitas pessoas têm se oposto à concepção teórica com base na afirmação de que ela libera os juízes para embarcarem, como frequentemente dizem, em vastas ‘digressões’ teóricas. Mas isso não decorre automaticamente do fato que venho enfatizando – que a correta identificação de qualquer tipo de direito implica um exercício interpretativo, sendo, portanto, vulnerável à ascensão justificadora, – que se deva conceder a qualquer tipo de autoridade a responsabilidade de conduzir esse exercício em qualquer tipo de ocasião”. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp 81-82

²¹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 197.

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 451.

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 165.

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 163.

sem descontinuidades, comprometendo-se com uma atitude epistemológica que não admite escolhas entre as convicções pessoais e as convicções políticas da comunidade. Esta última é a única capaz de justificar legitimamente as leis e instituições existentes.

Por tudo isso, a concepção do direito como integridade “*rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico quando entendemos que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas*”²¹⁷. A dicotomia entre descobrir e inventar o direito seria, nesses termos, um falso problema ou uma enganosa representação da atividade decisória dos juízes, já que a interpretação por eles desenvolvida sempre será construtiva.

Na medida em que juízes possuem uma responsabilidade diferenciada, que compreende o exercício de juízos de teoria política para a correta compreensão dos direitos das pessoas que vivem sob uma comunidade de princípios²¹⁸, a teoria da aplicação judicial do direito de Hart perderia todo o sentido. Perde o sentido, também, a própria ideia de discricionariedade oferecida por Hart.

Para explicar o ponto, convém trazer alguns esclarecimentos preliminares sobre como Dworkin apresenta o conceito de discricionariedade. Ele registra que a discricionariedade é uma ideia relacional e contextual, consistindo na margem de decisão que alguém teria em relação a padrões normativos determinados por alguma autoridade, em um contexto decisório específico. Figurativamente, a discricionariedade poderia ser vista como o centro de um “donut”. O perímetro interno – que representaria a margem de avaliação permitida – seria fixado pela autoridade que delega o poder de decisão. Falar em discricionariedade seria fazer uma afirmação sobre a extensão dessa margem de decisão.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 271.

²¹⁸ “*Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar tudo aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. Esse processo é menos eficiente, sem dúvida, quando as pessoas divergem, como é inevitável que às vezes aconteça, sobre quais princípios são de fato assumidos pelas regras explícitas e por outras normas de sua comunidade. Contudo, uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que esta nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria*”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 229.

Seria possível discernir um sentido fraco e um sentido forte de discricionariedade. A discricionariedade fraca se manifestaria em pelo menos duas circunstâncias. Primeiro, como uma capacidade de julgamento geral, de sentido não mecânico, pela qual um agente teria de aplicar critérios não totalmente fechados (como o critério de experiência ou de “notável saber jurídico”). Segundo, para especificar a definitividade de uma decisão tomada no nível mais alto de uma estrutura hierárquica. A discricionariedade forte, diferentemente, é referida para exprimir a hipótese em que os limites estabelecidos pela autoridade delegante não limitariam, pelo menos não em todos os casos, a decisão final. Aqui os perímetros do “donut” seria ultrapassados.

Em um de seus primeiros textos sobre o tema – “Judicial discretion”, de 1963 – Dworkin já ensaiava uma distinção entre duas vertentes de discricionariedade tomando de empréstimo a comparação hartiana entre críquete e direito²¹⁹. Dworkin parte dessa metáfora para sugerir o cotejo entre dois tipos imaginários de baseball: o primeiro seria o “jogo da discricionariedade limitada” (ponto intermediário entre o jogo de baseball e o jogo da discricionariedade absoluta), no qual as regras possuiriam pleno valor vinculante, a não ser em casos excepcionais, nos quais, a depender das circunstâncias do jogo, árbitros poderiam alterar a pontuação do placar por motivos completamente pessoais; no segundo, chamados de “políticas”, todas as regras seriam vinculantes, mas, em cada caso (e sobretudo nos mais complexos), a aplicação pelos árbitros deveria considerar eventuais alterações na regra que poderiam aproximar o jogo da realização de certos princípios.

A primeira dinâmica imaginária seria muito próxima da distinção entre casos claros e difíceis de Hart – representando um embrião da ideia de discricionariedade forte – enquanto a segunda representaria a compreensão de Dworkin. Neste último cenário, muitos princípios gerais poderiam ser intuídos, como o de proteção da integridade dos jogadores contra atos temerários; proteção do talento natural dos principais jogadores; e repressão a condutas antidesportivas. Por mais que esses princípios possam entrar em tensão, juízes sempre deveriam tentar justificar a marcação de pontos, em cada caso, de acordo com as melhores razões para tanto, pois os participantes do jogo teriam um direito institucional à resposta correta. Eventuais situações de antagonismo devem ser tratadas

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Judicial discretion*. In *The Journal of Philosophy*, v. 60, n. 21, p. 624-638, 1963, pp. 628-630.

por um arranjo argumentativo, e não reclamariam uma solução “*emergencial fora dos confins do jogo: a sua solução é parte do jogo*”²²⁰.

Nas palavras de Dworkin, a vertente forte da noção de discricionariedade aplica-se “*não para comentar a respeito da dificuldade ou do caráter vago dos padrões ou sobre quem tem a palavra final na aplicação deles, mas para comentar sobre seu âmbito de aplicação e sobre as decisões que pretendem controlar*”²²¹. Ele ressalva que o poder discricionário não equivale a outorgar a um agente o poder de decidir sob qualquer critério, mas “*apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário*”²²².

Feitas essas observações conceituais, Dworkin sustenta que o sentido de discricionariedade alocado nas teorias positivistas é forte. Isso porque a discricionariedade positivista é utilizada como um recurso para definir como os juízes atuam nas situações em que as regras jurídicas se exaurem. Na falta de regras, juízes teriam de recorrer a padrões alheios ao direito, cuja normatividade não seria obrigatória tal como a das regras em geral, mas, quando muito, opcional ou alternativa²²³. Eles até poderiam vincular juízes a tomá-los em consideração, mas nunca teriam autoridade suficiente para determinar um resultado particular, já que, ao contrário das regras, cuja aplicabilidade poderia ser definida facilmente após um teste de validade, o conteúdo dos princípios dependeria de uma avaliação de peso formada a partir de argumentos.

Dworkin chega à conclusão de que a discricionariedade forte é sintoma do equívoco das concepções positivistas de tratar o direito como um conjunto taxativo de regras que opera, na aplicação prática, sob condições de verdade semânticas. Ao identificar regras jurídicas por meio de um algoritmo e ao supor que o sistema jurídico seria limitado às regras assim validadas, positivistas teriam chegado em uma rua sem

²²⁰ DWORKIN, Ronald. *Judicial discretion*. In *The Journal of Philosophy*, v. 60, n. 21, p. 624-638, 1963, p. 632.

²²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 52.

²²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 53.

²²³ “*Para Dworkin, a discricionariedade tem um sentido forte quando um juiz não ‘erra’ ao optar por uma decisão em vez de outra. Isso porque, nesse caso, inexistiria critério fixado pela regra que estaria sendo violado. A discricionariedade em sentido fraco designa o agente que detém a competência para tomar uma decisão.*” MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 53 (nota de rodapé 72).

saída: eles só poderiam explicar a presença dos princípios nas decisões judiciais pela atribuição de um poder discricionário aos juízes.

Esse sentido de discricionariedade, porém, seria inadmissível. Ele não só minimizaria o conteúdo obrigacional do direito, relativizando a autoridade dos princípios, como apresentaria um relato contra-intuitivo das decisões judiciais²²⁴. Para Dworkin, o único sentido de discricionariedade admissível na prática jurídica seria o fraco, pois ele refletiria corretamente a amplitude da responsabilidade política dos juízes. Essa responsabilidade vai muito além da determinação semântica de disposições legislativas, contemplando a leitura da história institucional registrada nos materiais normativos e o exame da compatibilidade dessa história com os princípios que dão sentido a ela, de modo a verificar se o Estado tem dedicado um tratamento coerente a eles²²⁵. A conclusão é a de que “juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados²²⁶”.

No penúltimo livro de sua vida – “Justiça para ouriços” – Dworkin formulou a sua tese mais ousada em prol da integração entre direito e moral, a tese da unidade do valor, defendendo uma teoria do conhecimento jurídico plenamente holística, na qual o direito aparece como um ramo institucionalizado da moralidade política²²⁷. Essa tese irá sustentar que os intérpretes do direito possuem a responsabilidade moral de estruturar a argumentação jurídica de modo a inseri-la em um sistema abrangente de valor, que conecta princípios éticos, de moralidade pessoal e de moralidade política²²⁸.

²²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 81.

²²⁵ Waluchow anota que a teoria dos direitos institucionais é a chave para entender os direitos jurídicos como direitos a ganhar um processo, o que demonstra que “Dworkin is inexorably led to conceive of law (the grounds of law) as a scheme of rights to decisions from judges”. WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 48.

²²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 129.

²²⁷ Essa conclusão foi ensaiada inicialmente em outro livro, “A justiça de toga”, em que Dworkin contesta pela primeira vez o senso comum de que moral e direito seriam esferas de pensamento distintas. “*Afirmo agora que essa concepção tradicional, que nos estimula a estabelecer relações entre duas esferas intelectuais distintas, é insatisfatória. Seria melhor trabalhar com uma topografia intelectual diferente: poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela. Entendemos a teoria política desta forma: como parte da moral compreendida em termos mais gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais distintas. Poderíamos tratar a teoria jurídica como uma parte especial da moral política, caracterizada por uma nova depuração das estruturas institucionais*”. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 51.

²²⁸ WALDRON, Jeremy, *Jurisprudence for Hedgehogs*, 2013, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-45, At SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2290309> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2290309>.

Nesse ponto da teoria dworkiniana, há uma ênfase ainda mais profunda entre teoria política, teoria moral e filosofia do conhecimento. Na medida em que o Estado tem a responsabilidade de promover a tutela coerente dos direitos, fazendo-o de acordo com os padrões fundamentais da prática, ele não pode se eximir de prestar esse serviço por considerar inexistir uma resposta correta sob um ponto de vista moralmente neutro²²⁹. A dificuldade de encontrar uma corroboração externa para uma questão jurídica, ante a inexistência de constatações fáticas e das limitações do método empírico, não autoriza juízes a escolher qualquer decisão. Eles estarão sempre vinculados ao dever de produzir a melhor decisão de acordo com os parâmetros de verdade oferecidos internamente, no contexto da prática²³⁰.

Nos trabalhos finais de Dworkin ficou enfatizada, portanto, a relação de identidade sistêmica entre direito e moral. Na medida em que as proposições jurídicas são articuladas por meio de conceitos interpretativos (suprasemânticos), cuja verdade deve ser aferida no contexto interno da prática (por meio de interpretação construtiva engajada), tendo por base os elementos substantivos que propiciem a melhor integração valorativa (integridade cognitiva), a interpretação jurídica se revela completamente moral, do início ao fim²³¹.

²²⁹ “The claim that policies and principles are ‘loose’ standards might mean merely that decisions thereunder are often controversial. That fact is consistent with the equally important fact that the iudex, no less than the umpire in baseball, is charged with finding, and the participants are entitled to have, the decision in every case that constitutes the best resolution of the stipulated principles and policies.” DWORKIN, Ronald. *Judicial discretion*. In *The Journal of Philosophy*, v. 60, n. 21, p. 624-638, 1963, p. 625.

²³⁰ Segundo Francisco José Borges Motta, a epistemologia de Dworkin sugere uma espécie de método para o raciocínio moral: “No domínio dos juízos morais, nossas convicções devem ser organizadas numa rede de apoio recíproco, na qual qualquer das partes somente possa ser justificada mediante referência a uma outra parte – até o ponto em que todas as partes estejam justificadas, umas à luz das outras. A verdade de qualquer juízo moral consiste na verdade de um número indefinido de outros juízos morais, e a verdade daquele é parte do que torna estes verdadeiros. Não há, assim, hierarquia entre os princípios morais, construída em fundações axiomáticas. Atente-se para o fato de que Dworkin está apresentando, no final das contas, um método de resolver problemas morais: um método interpretativo (e não empírico ou lógico) e radicado, ele próprio, numa teoria moral. Um método cujo resultado não será necessariamente um juízo moral objetivamente verdadeiro, mas que, pela via da coerência e da integridade, merece ser considerado como tal – ao menos até que um argumento inovador (a respeito do qual sempre se deve ser tolerante) provoque uma reformulação dos juízos até então apresentados”. MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2017. pp. 171-172.

²³¹ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 132.

2. Preenchendo vazios: modelos positivistas pós-hartianos e os novos recursos explicativos da discricionariedade judicial

O Capítulo anterior evidenciou como a doutrina interpretativa de Dworkin atingiu todos os principais postulados da doutrina positivista hartiana. O impacto foi extremamente perturbador no mundo teórico anglófono. Não só pela qualidade intelectual dos argumentos da obra de Dworkin, mas porque ela desconstruiu o apelo de muitos dos conceitos centrais da literatura positivista a partir “de dentro”²³², isto é, utilizando os mesmos recursos analíticos típicos dessa tradição filosófica para postular que o ceticismo nela inoculado não faz sentido.

A acusação foi gravíssima: a de que os fatos sociais que dão conforto filosófico à teorização positivista são incapazes de explicar aquilo que de mais importante existe em uma prática normativa, a saber, a sua normatividade. Dworkin mostrou que, sem uma explicação mais satisfatória sobre esse quesito, o positivismo corria o risco de admitir o completo deslocamento do tópus obrigacional do direito para o discernimento discricionário dos juízes, o que resultaria, na prática, em um modelo teórico autoritário, antidemocrático e muito próximo ao do realismo jurídico.

A crítica instigou um amplo movimento de reformulação teórica dentro do positivismo. Na extensa literatura que trata do tema, essa parte do debate “Hart-Dworkin” é ordinariamente retratada como uma controvérsia conceitual relativa à possibilidade de introdução, ou não, de considerações morais nos critérios de identificação, determinação e aplicabilidade do direito. Nos termos do idioma teórico positivista e, peculiarmente, do alfabeto hartiano, a pergunta principal que passou a ser feita foi a seguinte: há necessidade de acolhimento de critérios de natureza moral no teste intra-sistêmico de validação do direito, isto é, na composição da regra de reconhecimento?

As reações positivistas se dividiram. No plano lógico-conceitual, formou-se uma subdivisão inicial entre positivistas que consideram essa introdução uma impossibilidade (positivistas exclusivos, para os quais o conceito de validade jurídica é necessariamente independente de méritos morais) e os que consideram essa introdução uma possibilidade

²³² Para Macedo Jr., “Dworkin elabora sua crítica ao positivismo jurídico radicalizando elementos centrais de um tipo de análise conceitual e filosófica própria e, em certa medida, característica do positivismo. Ao radicalizar muitas formas de análise, ele procurou desmontar o positivismo ‘por dentro’, realizando uma crítica interna”. MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 47.

contingente (positivistas inclusivos, para os quais o conceito de validade pode, em alguns casos, depender de critérios morais)

Essas reflexões resultaram em soluções criativas, algumas das quais repercutiram no próprio significado de norma jurídica, postulando seu funcionamento como um “serviço de mediação na deliberação prática” (Joseph Raz), uma “instrução de planejamento” (Scott Shapiro) e, no limite, até mesmo como veículos de expressão e concretização de princípios de moralidade política (Jules Coleman). O objetivo dos próximos subtópicos é fazer um registro de como as variantes de positivismo exclusivo e inclusivo incrementaram a elucidação da noção positivista de discricionariedade judicial.

2.1. O positivismo exclusivo e a busca pela essência conceitual do direito

A teoria positivista hartiana se notabilizou por refutar abordagens essencialistas em prol de uma metodologia analítica de casos centrais, procurando pontuar os traços mais característicos das instituições jurídicas para explicar as razões para sua existência, a persistência e o desenvolvimento ao longo do tempo. Um desses traços vem a ser a independência conceitual entre direito e moral. Hart considerava essa uma propriedade marcante dos sistemas jurídicos em geral, razão pela qual defendeu que o seu reconhecimento seria produtivo para o avanço da filosofia jurídica.

Após as críticas dworkinianas, parte dos teóricos positivistas abdicou das reservas antiessencialistas, ainda que não explicitamente. Joseph Raz e de Scott Shapiro, dois dos mais conhecidos representantes da sublinha “positivismo exclusivo”, exploraram argumentos com esse perfil para rejeitar a possibilidade da presença de considerações morais na atividade de identificação e determinação do conteúdo do direito. Na interpretação desses autores – coincidente, nas conclusões, com a leitura de Dworkin sobre a regra de reconhecimento – o conceito de validade positivista deve funcionar como uma espécie de teste de pedigree, limitado a distinguir critérios sociais.

Para Raz, isso se deve às conexões entre o conceito de autoridade e de direito, enquanto, para Shapiro, o que justifica essa afirmação é a natureza planejadora dos seres humanos e da atividade jurídica.

Sem recorrer exatamente ao conceito hartiano de regra de reconhecimento (Raz irá se referir a condições de legalidade ou juridicidade, enquanto Shapiro a um plano-mestre), os autores do positivismo exclusivo chegarão à conclusão de que a natureza ou as propriedades essenciais do direito impõem restrições conceituais que limitam a ideia

de juridicidade, emancipando-a de méritos morais. Eles não recusam a influência da moral na vida prática do direito. Apenas observam que as controvérsias sobre princípios de moralidade política seriam um capítulo próprio da teoria da decisão judicial, e não deveriam ser reconduzidas ao conceito do direito, como sugerido por Dworkin.

No caso de Raz, há duas premissas essencialistas que irão se refletir em toda a montagem de sua teoria. A primeira delas é a de que o conceito de direito é um conceito do tipo hermenêutico, que, diferentemente de conceitos como “massa” ou “elétron”, é “*usado pelas pessoas para entender a si próprias*”²³³. Em decorrência dessa natureza, o trabalho dos teóricos do direito deve ser capaz de explicar as atitudes e crenças que as pessoas possuem em relação ao direito. Para tanto, deve avaliar as características que fazem o direito importante para aqueles que estão sujeitos a ele, o que exige algum posicionamento sobre o que é central e significativo no entendimento compartilhado que as pessoas possuem sobre o conceito de direito.

A segunda característica essencialista do pensamento de Raz está na afirmação de que a característica mais importante da prática é a de prover soluções impositivas para as relações sociais sem recorrer ao discurso moral. Para Raz, o direito é um tipo de prática que só pode existir como direito se for capaz de postular autoridade legítima (ainda que, na prática, essa reivindicação se frustrasse)²³⁴.

Raz busca explicar a importância da alegação de autoridade que o direito manifesta como uma característica invariável, que existe e permanece ainda que ele fracasse nessa pretensão, ainda que nós não tenhamos que aceitá-la e ainda que a existência dessa pretensão de autoridade seja, ao fim e ao cabo, algo ruim. Ao apontar para a centralidade dessa característica – a pretensão de autoridade – Raz realiza um juízo de importância sobre ela sem conotação favorável, que “*revela a forma singular de operação do direito, destaca a estrutura das reivindicações que o direito faz, e joga um papel importante na forma como nós nos orientamos no mundo social na presença do direito*”²³⁵.

²³³ RAZ, J. Authority, law and morality. In. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 237.

²³⁴ RAZ, J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. 1979. pp. 119-121.

²³⁵ DICKSON, J. *Evaluation and legal theory*. Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, 2001. p. 122.

Para que uma norma possa exercer a autoridade que o direito tipicamente exerce, funcionando como um padrão de orientação da conduta dos seus destinatários, Raz considera que ela deve ser veiculada de forma pública e acessível, transmitindo uma instrução inteligível que pode ser compreendida como uma projeção das intenções dos seus idealizadores. Para que seja inteligível, ela não deve ser enunciada em terminologia moral que obrigue o seu destinatário a empregar o seu próprio raciocínio prático para chegar à conclusão do que fazer. Caso isso aconteça, ela não irá fazer diferença no raciocínio prático das pessoas e – sem essa diferença prática – ela não terá a autoridade que o direito, por natureza, deve postular²³⁶.

A abordagem essencialista também está presente na Teoria Jurídica do Planejamento Social, versão de positivismo exclusivo cunhada por Scott Shapiro para explicar a identidade do direito a partir do conceito de plano. A ideia de plano é tomada de empréstimo da filosofia de Michael Bratman²³⁷. Este pensador é conhecido por sustentar que a elaboração de planos é a atividade mais característica e distintiva do comportamento humano. Seres humanos são criaturas planejadoras. Por serem dotados de uma psicologia especial, que os habilita a programar objetivos futuros por meio de cursos de ação complexos e a reconhecer planos constituídos por terceiros, indivíduos são capazes de se comprometer com planejamentos.

A partir da intuição de Bratman, Shapiro irá sustentar que a disposição para o planejamento é uma condição metafísica²³⁸ que direciona o comportamento humano para estratégias sociais de redução de custos de deliberação. Quando colocadas em prática para vencer as adversidades típicas de sociedades modernas – as “circunstâncias da juridicidade” – que envolvem problemas morais complexos, conflitivos e arbitrários, essa disposição humana irá constituir instituições de planejamento social voltadas a

²³⁶ COLEMAN, J. Incorporationism. Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In COLEMAN, J. (Ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2001. pp. 142-145.

²³⁷ SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. pp. 119-122.

²³⁸ “In Other words, to build or operate a legal system one need not possess moral legitimacy to impose legal obligations and confer legal rights: one need only have the ability to plan. The existence of law, therefore, reflects the fact that human beings are planning creatures, endowed with the cognitive and volitional capacities and dispositions to organize their behavior over time and across persons in order to achieve highly complex ends.” SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 156.

“*compensar as deficiências de formas alternativas de planejamento*”²³⁹: o direito seria o principal mecanismo de superar essas circunstâncias.

Para que esses planos tenham aptidão para reduzir os custos na deliberação prática individual e coletiva, é preciso que as normas diretivas por meio dele instituídas estipulem restrições mínimas sobre as intenções e comportamentos futuros das pessoas que vivem sob sua governança. A adoção de um plano implica o acolhimento de uma racionalidade instrumental continuada. Nos sistemas jurídicos modernos, as Constituições cumpririam o papel de “*master-plans*”. Sua adoção ficaria à cargo dos agentes do sistema. A partir do momento em que essas autoridades concordassem em aceitar o planejamento fundamental, elas acolheriam, simultaneamente, uma série de normas de racionalidade instrumental que não precisariam ser criadas por ninguém, porque decorreriam da própria natureza do planejamento²⁴⁰.

Tal como sucede com a teoria de Raz, a teoria de Shapiro exhibe elementos claramente essencialistas, que podem ser vistos na identificação de um propósito moral bem definido para a prática jurídica – o de solução autoritativa dos conflitos morais – elementos que são desviantes das posições céticas antes estudadas. Ademais, embora Shapiro afirme reiteradamente que na sua teoria o direito jamais é determinado por fatos morais, sob a justificativa de que a identificação do conteúdo dos planos não pode quebrar a lógica simples do planejamento, fato é que toda a sua construção teórica sobre a natureza do direito e sobre a racionalidade instrumental do planejamento está fundamentada em um argumento metafísico²⁴¹.

Na medida em que tanto Raz como Shapiro se respaldam em um conceito de juridicidade que vincula a qualificação jurídica ao pedigree social, a amplitude do universo normativo do direito acaba sendo reduzida (tese dos limites do direito). Consequentemente, o espaço teórico para decisões consideradas criativas por parte dos

²³⁹ SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 172.

²⁴⁰ “*Since these norms that confer the rational power to plan are not themselves plans, They have not been created by any other authority. They exist simply in virtue of being rationally valid principles.*” SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 181.

²⁴¹ Leiter rejeita explicitamente a abordagem metafísica de Shapiro. Além de criticá-la como desviante da tradição da filosofia analítica anglófona, Leiter sustenta que ela é equivocada, pois o direito, na condição de artefato humano, não possuiria uma compleição elementar como alguns conceitos naturais, tais como água. LEITER, B. *Critical Remarks on Shapiro's Legality and the 'Grounding Turn' in Recent Jurisprudence*. 2020, p. 5. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3700513>. Acesso em 17 de agosto de 2023.

Tribunais é maior. Cumpre apurar, portanto, como esses autores explicam as hipóteses de carência de normatividade jurídica, o papel exercido pelos padrões jurídicos que se situam além do direito na prática dos juízes e o conceito de discricionariedade judicial.

2.1.1. A lógica interna de desenvolvimento do direito e os poderes dirigidos dos juízes

Na doutrina raziana o conceito de autoridade tem implicações relevantes não apenas para o conceito de fontes sociais, mas, também, para a caracterização dos sistemas jurídicos como sistemas institucionalizados. Estes são sistemas normativos especiais, porque (i) contam com instituições primárias de aplicação normativa; (ii) instituem um modo oficial de solução de controvérsias; e (iii) estabelecem um ponto de vista jurídico, a partir do qual as condutas das pessoas a ele subordinadas devem ser julgadas.

As instituições que aplicam as normas são o elemento chave da institucionalidade²⁴². Raz distingue entre instituições que cumprem normas (executam seus comandos, o que inclui, por exemplo, órgãos policiais) de instituições que definem oficialmente a situação jurídica das pessoas, e que, nessa atribuição, também criam normas (caso dos tribunais). Ao se referir a instituições primárias de aplicação, ele tem em vista estas últimas. Na sua definição, elas são “*instituições com poder de determinar a situação normativa de indivíduos específicos, e devem exercer esse poder por meio da aplicação de normas preexistentes; além disso, suas decisões são vinculantes mesmo quando estão erradas*”²⁴³.

As instituições de aplicação primária são consideradas relevantes porque elas operam um método singular de solução de controvérsias, em que elas possuem o dever de aplicar normas vigentes, referenciadas a fatos sociais, que devem constituir a principal base de avaliação das condutas das pessoas submetidas ao sistema jurídico.

Trata-se de um método singular porque se diferencia daquele que seria encontrado, hipoteticamente, em um sistema de discricionariedade absoluta. Os sistemas de discricionariedade absoluta não fornecem nenhuma orientação para os comportamentos dos indivíduos e permite que seus tribunais decidam os casos de acordo com as razões melhores razões meritórias. Diferentemente, o sistema institucionalizado contém normas que orientam a conduta dos indivíduos e determina que as decisões dos

²⁴² RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. São Paulo: Elsevier, 2010. pp. 128-134.

²⁴³ RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. São Paulo: Elsevier, 2010. p. 132.

tribunais observem as normas fixadas nas fontes sociais, independentemente das considerações dos juízes sobre o mérito das normas²⁴⁴.

A vinculação dos tribunais às fontes sociais existentes exige que suas instruções sejam tratadas pelos órgãos primários como razões protegidas, excluindo a influência das demais razões conflitantes ao avaliar a conduta dos jurisdicionados²⁴⁵. Para Raz, a coincidência entre os padrões de orientação comportamental exigidos dos cidadãos e os padrões de avaliação utilizados por juízes é fundamental para que o direito possa cumprir, de forma efetiva, sua função de coordenação social. Isso somente ocorrerá caso os juízes utilizem o ponto de vista jurídico²⁴⁶ como fundamento para aferir os direitos e responsabilidades das pessoas. Ao atuar dessa maneira, os juízes supõem que as normas jurídicas constituem razões excludentes e que os cidadãos sejam pessoas cumpridoras da lei, o que lhes autorizaria a impor o cumprimento forçado das diretrizes legais.

As fontes não apenas disponibilizam uma orientação para a conduta das pessoas, mas demarcam o campo de considerações que pode ser utilizado pelos juízes na determinação resolutiva dos casos judiciais. É importante atentar, porém, para o fato de que a limitação das razões a serem consideradas judicialmente se manifesta em duas intensidades distintas, a depender da especificidade das diretrizes contidas no sistema.

Em um primeiro sentido, quando o direito fornece um padrão normativo conclusivo ou certo, ele compele os tribunais a considerar seriamente a sua aplicação. Essa orientação decorre da aplicação da(s) regra(s) de reconhecimento²⁴⁷, um dos tipos de norma fundamental de um sistema²⁴⁸. É essencial para a integridade institucional dos

²⁴⁴ RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. São Paulo: Elsevier, 2010. pp. 135-136.

²⁴⁵ RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. São Paulo: Elsevier, 2010. p. 141.

²⁴⁶ A visão de Raz sobre a normatividade do direito se diferencia da de Hart. Ele não considera que a chave do problema da normatividade esteja em uma obrigação convencional decorrente da validade das normas, mas, sim nas crenças (justificadas ou não) que as pessoas possuem ao aplicar a linguagem normativa. Trata-se de uma explicação perspectivista, que apenas determina que há uma razão para que algo seja feito do ponto de vista jurídico, ainda que os juízes não necessariamente aceitem esse ponto de vista como moralmente válido. As proposições enunciadas nesse contexto, típico do sistema jurídico, possuem duas características: “*em primeiro lugar, elas são verdadeiras ou falsas dependendo de haver, naquele sistema jurídico, uma norma que exija a ação afirmada como algo que deve ser feito; em segundo lugar, caso a afirmação seja verdadeira, e a norma a partir da qual ela é verdadeira seja válida, então alguém deve realizar a ação que a afirmação sustenta que, juridicamente, deve ser realizada.*” RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. São Paulo: Elsevier, 2010, p. 175.

²⁴⁷ Uma das ressalvas que Raz faz à teoria hartiana é a de que os sistemas jurídicos podem possuir várias, e não apenas uma regra de reconhecimento. RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. São Paulo: Elsevier, 2010. pp. 143-144.

²⁴⁸ Em uma classificação singular, Raz considera que os sistemas jurídicos podem conter dois tipos de normas fundamentais, as de reconhecimento (indispensáveis) e as de discricionariedade (eventuais). “*Every*

sistemas institucionalizados que as decisões autoritativas dos tribunais sejam majoritariamente baseadas nos padrões jurídicos pré-estabelecidos, não cabendo aos tribunais desconsiderar esses padrões por uma questão de discordância dos seus méritos. Uma inobservância generalizada e disseminada das normas pré-existentes colocaria em xeque a própria função orientativa do direito, desnaturando-o para um sistema de discricionariedade absoluta²⁴⁹.

Todavia, diante dos conflitos de interesses e da ausência de solução conclusivas, os tribunais ainda assim deverão prestar jurisdição. Para isso precisarão combinar faculdades de aplicação e criação normativa. É aqui que entra o segundo tipo de limite avançado pelas fontes jurídicas, decorrente das normas fundamentais de discricionariedade. Essas normas remeterão os juízes para a avaliação de determinados tipos de padrões (sejam eles jurídicos, aplicáveis por analogia, ou extrajurídicos), exigindo que eles exerçam uma avaliação discricionária desses padrões na finalidade de obter a melhor solução possível para os casos sob apreciação.

É o que sucede, por exemplo, nas hipóteses de lacuna. Segundo Raz, lacunas ocorrem quando o direito não fornece solução completa para um caso²⁵⁰. Nessas situações, a disciplina terá de ser criada pelo juiz, mediante o exercício da discricionariedade. Para Raz, a lacunas ocorrem nas situações de subdeterminação instrucional (vagueza, textura aberta e incompletude), ou seja, quando o direito fala com

legal system rests on its ultimate laws, which commonly means on a set of ultimate laws of recognition and discretion. The former provide the ultimate criteria of validity of the laws of the system, the latter guide the courts in the exercise of their powers to modify the system when deciding unregulated disputes and creating precedents for the future. The difference may be one of degree, but it is indispensable for the formulation of criteria of identity". RAZ, Joseph. The Authority of Law: Essays on Law and Morality. 1979. p. 97.

²⁴⁹ "(...) the difference between law and a system of absolute discretion described above is that legal systems contain, indeed consist of, laws which the courts are bound to apply regardless of their view of their merit. A more accurate formulation would be that legal systems consist of laws which the courts are bound to apply and are not at liberty to disregard whenever they find their application undesirable, all things considered. It does not follow that the courts are to be regarded as computing machines, always applying pre-existing rules regardless of their own views of which rules or which decisions are the right ones. But it does follow that they are to apply a certain body of laws regardless of their views on its merits and are allowed to act on their own views only to the extent that this is allowed by those laws." RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. 1979. p. 113.

²⁵⁰ "There is a gap in the law when a legal question has no complete answer. Understanding a question is knowing what counts as a correct answer. This does not mean knowing which is the correct answer. It means knowing which statements are possible answers, i.e. which statements would be, if true, the correct answer. A legal question is a question all the possible answers to which are legal statements. A legal gap exists if none of the possible complete answers to a legal question is true." RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. 1979. p. 70.

voz incerta²⁵¹; ou de conflito normativo, inclusive o conflito gerado pela necessidade de ponderação entre princípios²⁵², quando o direito fala com muitas vozes, oferecendo indicações sistematicamente conflitantes.

Um dos pontos mais intrigantes²⁵³ da obra de Raz é que as hipóteses de subdeterminação e conflito não exaurem o ensejo de aparecimento da discricionariedade. Para Raz, qualquer tipo de recurso a considerações morais – ainda que elas encontrem previsão na linguagem do ordenamento – acarreta um exercício de discricionariedade²⁵⁴. Em decorrência disso, o poder de criação normativa também acompanha o trabalho judicial em hipóteses já reguladas pelo direito, como em situações de erro judicial ou de desenvolvimento judicial do direito, em que ocorre modificação do quadro normativo existente no momento da decisão²⁵⁵.

Portanto, na compreensão de Raz, tribunais atuam como instâncias cuja autoridade decisória envolve faculdades híbridas, combinando atos mais intuitivos de aplicação normativa, de um lado, com raciocínios mais livres de criação nas situações de incerteza. A diferença entre esses dois tipos de raciocínio é considerada mais uma diferença de grau

²⁵¹ “*Em função da vaguidade, da textura aberta e da incompletude de todos os sistemas jurídicos, há muitos casos aos quais o sistema não oferece uma resposta correta. Mesmo que ele descarte certas soluções por serem erradas, ele pode ter outras que de acordo com a lei não sejam nem erradas nem certas. Quando o sistema exige – como, de fato, todos os sistemas jurídicos exigem – que em tais casos as cortes não se abstenham de solucionar a disputa, mas emitam um julgamento, então elas devem determinar o caso conforme suas próprias concepções do que é correto. Obviamente, mesmo em tais casos, a discricionariedade pode ser limitada por princípios jurídicos gerais, mas isso não eliminará o aspecto do julgamento dos méritos.*” RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. São Paulo: Elsevier, 2010, p. 136

²⁵² RAZ, Joseph. *Legal principles and the limits of law*. In Yale. LJ, v. 81, 1971, p. 846.

²⁵³ Timothy Endicott aduz que a teoria das lacunas construída por Raz descreve três hipóteses de indeterminação normativa, a vagueza, o conflito normativo e a aplicabilidade de considerações morais, que implicariam a existência de discricionariedade judicial. Ele qualifica a última hipótese de lacuna – o uso de considerações morais – como surpreendente e inadequado, porque, a seu ver, a discricionariedade surgiria somente na hipótese dos critérios morais aplicáveis se revelarem vagos. Nesse sentido, ele pontua que “*My argument is that the law gives judges discretion when it appeals to moral considerations, but only because (and to the extent that) those considerations are vague. Many people would claim that moral considerations are not merely vague—there are no clear cases for the application of moral terms (there is nothing, for example, that is undeniably fair or undeniably unfair). If my claims are right, those claims are wrong. So I rely on a controversial view of moral considerations.*” ENDICOTT, Timothy A. O. *Raz on gaps – the surprising part*. In Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson, and Thomas W. Pogge eds, *Rights, Culture and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz* (Oxford University Press), 2003, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3301963>.

²⁵⁴ Esse é um dos motivos pelos quais Raz refuta a alegação de Dworkin contra as teses positivistas do limite do direito. A existência de princípios não afastaria, por si só, a existência da discricionariedade, mas, ao contrário, serviria para corroborá-la. “*We must conclude that legal principles do not exclude judicial discretion; they presuppose its existence and direct and guide it. The argument from the absence of judicial discretion. Against the thesis of the limits of law must therefore be rejected*”. RAZ, Joseph. *Legal principles and the limits of law*. Yale. LJ, v. 81, 1971, p. 847.

²⁵⁵ RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. 1979. p. 184.

do que de tipo, e muitas vezes é de difícil identificação²⁵⁶. O que é mais característico das situações de criação é que, nelas, juízes recorrem a razões extrajurídicas, tal como o fazem rotineiramente, por exemplo, quando são compelidos pelo direito do seu sistema jurídico a aplicar direito estrangeiro²⁵⁷. Portanto, ainda que o sistema não vincule os juízes mediante normas válidas, ele ainda assim poderá vincular pela especificação das razões aplicáveis.

A forma como Raz diferencia aplicação e criação de direito sugere que ele enxerga dois níveis de raciocínio dentro da atividade jurisdicional. Há uma forma de raciocínio mais técnica, que mobiliza apenas habilidades jurídicas – o raciocínio sobre o direito (“reasoning about the law²⁵⁸”) – em que o juiz segue as instruções das fontes jurídicas, sem incursões morais, e dentro da qual é possível dar vazão a uma ideia formalista de aplicação do direito. E, de outro lado, há o raciocínio de acordo com o direito. Aqui, o raciocínio jurídico não se reduz à mera aplicação do direito identificado de acordo com as fontes, envolvendo também o raciocínio de acordo com o direito (“reasoning according to law”), uma argumentação moral a partir do direito baseado em fontes²⁵⁹.

Seja em hipóteses de subdeterminação ou de consideração moral, o direito obedece a uma espécie de lógica interna de autodesenvolvimento²⁶⁰, pela qual ele remete o juiz a se valer de padrões externos para construir suas decisões. Por esse motivo, Raz irá afirmar que o direito confere aos juízes um poder dirigido, uma espécie de poder-dever de alteração do conteúdo do direito, mediante a criação de novas regras ou a modificação de regras anteriores insatisfatórias.

Os poderes dirigidos seriam o caso paradigmático em que o direito estabeleceria “razões para a introdução de novas regras no seu interior, embora essas não sejam parte

²⁵⁶ RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. 1979. p. 97.

²⁵⁷ NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. *Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo: a teoria do direito de Joseph Raz*. Salvador: Juspodium, 2017, pp. 261-262.

²⁵⁸ RAZ, Joseph. *On the autonomy of legal reasoning*. In. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford University Press, 2001. pp. 330-331.

²⁵⁹ Isso explica porque, para Raz, a tese da autonomia do direito (corroborada por Raz, por meio da tese das fontes), não implica a autonomia da argumentação jurídica. NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. *Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo: a teoria do direito de Joseph Raz*. Salvador: Juspodium, 2017, p. 267.

²⁶⁰ RAZ, Joseph. *The inner logic of the law*. In. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford University Press, 2001. pp. 238-253.

do direito até que proferidas pela autoridade competente²⁶¹”. Eles cumprem a função de manter uma certa divisão de poderes entre as diversas instâncias públicas com poder de criação normativa, sobretudo o Legislativo e o Judiciário, e podem ser distinguidos em duas espécies: (i) poderes que demandam o exercício de julgamentos morais; e (ii) as demais situações, em que o desenvolvimento pode ser obtido sem avaliação moral. A discricionariedade corresponderia apenas à primeira espécie.

Tanto na hipótese de exercício legislativo como jurisdicional, os poderes dirigidos nunca irão conferir um cheque em branco aos seus delegatários²⁶². A delegação é feita sob a condição de que juízes promovam objetivos ou razões morais:

Poderes legislativos dirigidos são restringidos pela legislação de delegação, e a sua existência normalmente depende de provisões legais específicas que explícita ou implicitamente dirigem o exercício do poder legislativo. Os poderes judiciais dirigidos de criação normativa são mais frequentes. Eles existem em todos os casos em que as decisões judiciais são fonte de direito (seja como precedente ou como costume) e nos quais os tribunais são legalmente demandados a aplicar certas considerações morais na determinação do caso. Eles possuem o poder de criar direito e um dever de fazer isso de acordo com essas considerações morais.

(...)

O grau em que isso acontece depende da medida em que os tribunais possuem poder para desenvolver o direito de um modo geral, e do grau de discricionariedade que é atribuída a eles e do tipo de direcionamento que lhes é apontado para o seu uso. Essas são questões empíricas que variam entre os diferentes sistemas jurídicos. Mas, da mesma forma que os poderes de criação normativa são um fato necessário, também é um fato universal que, no exercício desses poderes, os tribunais devem basear suas ações em tendências políticas e morais, e que eles são dirigidos pelo direito a fazer isso²⁶³”.

²⁶¹ RAZ, Joseph. *The inner logic of the law*. In. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford University Press, 2001. pp. 243-244.

²⁶² Andrei Marmor sinaliza que os padrões morais presentes na linguagem normativa contribuem para limitar a discricionariedade dos juízes de duas formas, pela indicação de tipos de propósitos ou de tipos de razões que devem ser levadas em considerações: “*In effect, such power-conferring provisions prescribe to judges that they should legislate new legal standards, sometimes in addition to the existing ones, but often to the effect of modifying or nullifying existing norms. Now, the main function of the moral precepts embodied in such power-conferring rules is to limit either the kind of purposes judges should take into consideration in their legislative function, or the kind of reasons they should rely upon when justifying it or, typically, both. (...) Such guided and limited power-conferring rules Raz called ‘directed power’. Power is directed here in two respects: first, it is circumscribed by its legally prescribed aims and reasons. Second, it is a kind of power which the norm subjects (i.e. judges or other officials) have a legal duty to exercise. Unlike a typical case of a power-conferring rule, which leaves entirely to the norm subject’s will whether to exercise power or not, such directed power makes it obligatory to exercise it. As Raz pointed out in detail, such directed power-conferring rules are ubiquitous in the law, and they often apply to legislators, as well as to numerous officials, and not only to judges. The essential point, however, is this: even when power-conferring rules are directed in both ways we mentioned, their exercise change the law*” .MARMOR, Exclusive legal positivism, In Jules Coleman & Scott J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press. 2002, pp. 121-122.

²⁶³ RAZ, Joseph. *The inner logic of the law*. In. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford University Press, 2001. pp. 250 e 253.

Portanto, para Raz a discricionariedade judicial decorre do aspecto inconclusivo ou subdeterminado das diretrizes jurídicas (doutrina ampla das lacunas) ou da aplicabilidade de um princípio moral ao caso. Em qualquer hipótese, juízes terão de recorrer a uma avaliação fundamentada em considerações externas ao direito para poder conferir um desfecho autoritativo ao caso.

Os limites de autoridade normativa das fontes sociais implicam as seguintes conclusões sobre a atividade aplicativa do direito por juízes na doutrina de Raz: (i) “*regras e padrões jurídicos não esgotam o conjunto de razões relevantes para o raciocínio jurídico*”²⁶⁴; (ii) nas hipóteses de lacuna, que incluem as indeterminações linguísticas e sistêmicas em geral, o direito prevê mecanismos para o seu próprio desenvolvimento, atribuindo poderes dirigidos aos tribunais para compeli-los a buscar, fora dos limites das fontes, razões para decidir as controvérsias sobre direitos e deveres; (iii) quando as razões morais são consideradas relevantes pelo direito, juízes também possuem o poder-dever de ir além do direito para aplica-las, o que evidencia a presença de discricionariedade na decisão judicial²⁶⁵; (iv) o raciocínio jurídico não se reduz apenas ao raciocínio sobre o direito, que apenas identifica e aplica as instruções certas das fontes jurídicas, contemplando também um raciocínio de acordo com o direito, envolvendo padrões extrajurídicos que podem ter natureza moral; e (v) o raciocínio jurídico não tem autonomia em relação ao raciocínio moral, o que permite uma teorização moral sobre a decisão judicial, metodologia que não se aplica, entretanto, ao conceito do direito²⁶⁶.

Por tudo isso, fica claro que Raz rejeita o dogmatismo formalista nas decisões judiciais e endossa um tipo de construtivismo moral, em que a jurisdição opera um papel de desenvolvimento do direito a partir da lógica interna de distribuição de poderes dirigidos. Nesse cenário decisório, a discricionariedade pode acabar se revelando endêmica. Estará presente tanto na definição do peso das considerações juridicamente vinculantes, que poderão, ao final, vir a ser excepcionadas; como na consideração de razões morais extrajurídicas para a solução, por exemplo, de hipóteses de vagueza.

²⁶⁴ NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. *Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo: a teoria do direito de Joseph Raz*. Salvador: Juspodium, 2017, p. 268.

²⁶⁵ NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. *Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo: a teoria do direito de Joseph Raz*. Salvador: Juspodium, 2017, p. 262.

²⁶⁶ NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. *Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo: a teoria do direito de Joseph Raz*. Salvador: Juspodium, 2017, p. 269.

Todavia, Raz adverte que, por mais generalizada que seja, a discricionariedade não equivale a arbitrariedade²⁶⁷. Seja no modelo de precedentes ou de direito legislado, as faculdades judiciais de criação e modificação do direito serão exercidas sempre num contexto circunscrito por parâmetros, por mais indiretos que eles sejam.

Esse parece ser o sentido da alegação de que todos os sistemas jurídicos teriam dois tipos de regras mestras ou fundamentais, a(s) regra(s) de reconhecimento e as regras últimas de discricionariedade. As primeiras condicionariam a identificação das fontes de direito válido, postulando uma forte vinculação sobre o sentido das decisões judiciais, enquanto as segundas condicionariam a prática decisória dos juízes na ausência de fontes, postulando uma influência indireta sobre as razões a serem consideradas por juízes.

2.1.2. A gradualidade incremental do planejamento e a discricionariedade como reflexo da matriz de confiança dos sistemas jurídicos

Shapiro oferece uma abordagem similar à de Raz em vários aspectos, mas utilizando o prisma do planejamento para enriquecer a explicação da ambiência institucional que circunscreve a prática decisória dos juízes. Ele busca argumentar que, embora a inexistência de uma orientação jurídica conclusiva ou pré-convencionada realmente sinalize pontos cegos dos planos, essa imprevisão é apenas parcial, pois todo planejamento veicula uma matriz de auto complementação por meio da atribuição de votos de confiança meta-interpretativos a alguns agentes, como os juízes.

Na concepção shapiriana, o direito aparece como um tipo especial de atividade compartilhada de planejamento, que tem o objetivo moral de oferecer uma organização social efetiva para o enfrentamento das “circunstâncias da legalidade”, adversidades derivadas da complexidade, da dissensualidade e da arbitrariedade da vida em grandes comunidades sociais.

²⁶⁷ “It should be noted, however, that judicial discretion is not arbitrary judgment. Courts are never allowed to act arbitrarily. Even when discretion is not limited in any specific direction the courts are still legally bound to act as they think is best according to their beliefs and values. If they do not, if they give arbitrary judgment by tossing a coin, for example, they violate a legal duty. A judge must always invoke some general reasons. He has no discretion when the reasons are dictated by the law. He has discretion when the law requires him to act on reasons which he thinks are correct, instead of imposing its own standards. When discretion is denied, the law dictates which standards should be applied by all the judges. When discretion is allowed, each judge is entitled to follow different reasons but he must believe that they are the best. Otherwise, discretion can be equated only with arbitrariness, whim, and caprice.” RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. Yale. LJ, v. 81, 1971, pp. 847-848.

Uma das formas pelas quais os planos realizam esse objetivo é pela orientação e coordenação de condutas. Mas, além disso, planos tentam atenuar a complexidade da convivência social por meio de uma série de medidas de gestão das deficiências deliberativas dos seus executores. Diferenças de expertise (competência) e de retidão moral (caráter) geram desconfiança e desacordos entre os membros da comunidade²⁶⁸, reclamando especial atenção dos planejadores, que deverão definir em que medida os diferentes atores devem participar da aplicação dos planos, qual o tipo de liberdade interpretativa eles podem ter e quando eles devem ser chamados a criar planos complementares.

Shapiro irá propor que sistemas jurídicos não são apenas mecanismos de “*distribuição de autoridade e responsabilidade, mas também de confiança e desconfiança*”²⁶⁹, e que o plano-mestre deve considerar a diversidade de competências e de caráter para definir a alocação de poder decisório para cada agente. Na sua idealização, planos habilitam que os organizadores encontrem uma forma de compensar a desconfiança em certos atores, ao mesmo tempo em que propiciam algum nível de capitalização social a partir da confiança em outros.

Essa designação de confiança irá se manifestar de diferentes maneiras. No tocante ao poder de planejar, ela assumirá o formato da distribuição de competências legislativas e administrativas. Mas ela também se revelará por meio na definição da autoridade aplicativa dos agentes administrativos e judiciários, hipótese em que a dosagem da confiança irá ser concretizada pela atribuição de margens de discricionariedade.

Alguns agentes usufruirão de uma margem muito limitada de confiança, devendo se guiar por raciocínios aplicativos de estilo formalista, mais afeiçoado ao aspecto textual dos planos. Estes atuarão como meros intérpretes. Outros agentes, diferentemente, desfrutarão de uma posição reflexiva especial, que os habilita a considerar as características gerais do planejamento para decidir sobre a metodologia aplicável, podendo acolher interpretações descoladas do sentido literal dos textos²⁷⁰, como as

²⁶⁸ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 133.

²⁶⁹ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 313.

²⁷⁰ “(...) *we can say generally that the more generous a plan’s economy of trust, the more discretion the applier should have to departure from the literal meaning of the text in the name of the plan’s purpose; conversely, a more distrustful set of attitudes should lead to a more restrictive methodology, demanding greater adherence to the text or to the planner’s specific intentions or expectations*”. SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. pp. 335-336.

propositivas, pragmáticas, originalistas ou até mesmo a metodologia dworkiniana da integridade²⁷¹. Esses últimos são qualificados como meta-intérpretes.

No vocabulário de Shapiro, esse arranjo alocativo constituiria uma matriz de “economia de confiança”, parte importante do planejamento jurídico, porque agenciaria decisões sobre quais intérpretes possuiriam autoridade para definir as normas fundamentais que deveriam reger a metodologia interpretativa a ser aplicada na concretização dos planos jurídicos. A única maneira de desenvolver o planejamento de forma correta é respeitando a economia de confiança nele estabelecida, observando a graduação de poder interpretativo atribuída a cada agente, sem deslocar ou permitir a usurpação de poderes decisórios.

O direito somente consegue cumprir sua função moral – de retificar os problemas de complexidade, dissensualidade a arbitrariedade – por meio da gestão da confiança, identificando previamente quais agentes oficiais são capacitados e confiáveis para decidir certas questões de certas maneiras, prevenindo o abuso de poder. O intuito do design institucional é justamente esse, “*alocar poder suficiente para que os problemas possam ser satisfeitos, mas não tanto a ponto de ensinar que esse poder seja abusado ou extrapolado*”²⁷². Isso é fundamental para que os objetivos consolidados no planejamento não sejam subvertidos no momento da aplicação.

Esse peculiar cuidado institucional é importante não só porque ajuda a compreender um desdobramento relevante da sua lógica do planejamento, mas porque (i) revela uma importante implicação prática da sua teoria, traduzida na definição de qual deve ser a extensão da autoridade decisória de juízes, bem como da metodologia interpretativa deve ser utilizada em cada caso; (ii) fornece uma descrição para o tipo de desacordo se coloca quando juízes discordam a respeito do método de interpretação adequado; (iii) ajuda a explicar em que situações a discricionariedade judicial terá lugar.

²⁷¹ Shapiro concede grande importância às críticas que Dworkin verteu contra o positivismo, e considera que vários de suas objeções fazem sentido. Ele também reconhece o mérito de muitas outras partes da filosofia de Dworkin, como, por exemplo, da concepção da integridade. Para Shapiro, porém, a integridade é mais promissora se definida não como uma teoria normativa sobre os fundamentos do direito, mas como um método interpretativo. “*Textualism, for example, is an interpretive methodology. It claims that legal texts ought to be read in accordance with their plain meaning. Law as integrity is another interpretive methodology. It states that legal texts should be read in accordance with the principles that best portray them in their best moral light.*” SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 304.

²⁷² SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 338.

De forma mais flexível que Raz, Shapiro entende que uma norma jurídica pode cumprir um papel orientativo mesmo quando faz uso de critérios morais. Para ajudar no planejamento, “não é necessário que uma lei elimine o raciocínio moral²⁷³”, bastando que ela exclua algumas opções e canalize a deliberação em alguma direção. Todavia, assim como os positivismo de Hart e Raz, Shapiro também entende que os planos se submetem aos limites do social. Assim, o poder de orientação do planejamento jurídico também pode se esgotar e, nessas situações, juízes devem agir sob um mandato de produzir novos planos, mediante considerações morais, em uma atividade que é distinta da aplicação de planos vigentes.

É possível, portanto, que o direito se revele indeterminado, e isso poderá ocorrer quando uma ação hipotética não seja regulada ou quando ela possa ser qualificada como sujeita a normas diferentes, podendo revelar (i) um caso periférico de aplicação de duas regras; (ii) um caso claro de incidência de uma norma de teor moral, ao mesmo tempo que um caso periférico de uma norma moralmente neutra e mais específica; ou (iii) um caso claro de incidência de duas normas, e não exista critério de solução de conflito²⁷⁴. Também pode haver indeterminação em hipóteses de derrotabilidade dos planos, quando cláusulas implícitas de revisão imponham a reforma do planejamento diante do aparecimento de razões contundentes²⁷⁵.

As hipóteses de lacuna, conflito ou derrotabilidade são algumas das situações em que o planejamento jurídico chega ao seu limite. Elas não são um defeito, mas uma característica de todos os sistemas jurídicos. Para neutralizá-las, os sistemas entregam diferentes níveis de confiança decisória a diferentes hierarquias de juízes²⁷⁶. Ao identificar um flanco de indeterminação, juízes podem interpretar o sistema jurídico de forma diferente, seja como uma imposição de aplicação de um plano com alto coeficiente

²⁷³ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 276..

²⁷⁴ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. pp. 281.

²⁷⁵ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 303.

²⁷⁶ “*Rational planning typically proceeds in a more incremental fashion, by initially setting the ends and basic strategies to be pursued and then filling in the details over time as the future becomes clearer and more concrete. (...) Legal indeterminacy, therefore, is a feature, not a bug. Perfectly precise rules, even if they could be construed, would inevitably be arbitrary and likely create havoc. (...) For it is inevitable that rigidly following the plain meaning of statutes will lead to absurdities, and strictly applying the law come what may will generate morally monstrous results. Providing judges at least some discretion to adjust the law in light of its consequences is the only rational and decent thing to do.*” SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. Pp. 257-258.

moral, ou como a autorização para a criação de um novo plano²⁷⁷. Mas isso será fruto de um choque de perspectivas entre meta-intérpretes a respeito de quais são os compromissos do plano (não sobre a valoração moral do plano), e sobre como a discricionariedade deve ser utilizada (qual a metodologia interpretativa adequada) para honrar esses compromissos.

Essas perplexidades geram fortes desacordos dentro do discurso judiciário sobre a forma correta de observar o direito. Shapiro reconhece que Dworkin demonstrou que os positivistas não providenciaram uma explicação minimamente apropriada para isso²⁷⁸. Para suprir esse déficit, porém, Shapiro reformula os termos da crítica dworkiniana, deflacionando o seu alcance²⁷⁹. A seu ver, esses desacordos não incidem sobre as normas fundamentais (“ground rules”) dos sistemas jurídicos, porque, se fosse assim, a desconfiança grassaria e frustraria toda a lógica incremental do planejamento jurídico²⁸⁰.

²⁷⁷ Essa forma de abordar as divergências interpretativas é um dos pontos mais intrigantes da obra de Shapiro, e decorre de seu entendimento perspectivista da normatividade. Segundo ele, “*According to the planning theory, one cannot simply assert or deny that a person is legally obligated to perform some action; strictly speaking, a person can be legally obligated to perform some action only under some description of that action. (...) To use an optical metaphor, we might say that two plans may be trained on the same actions but have different resolutions. A plan that settles more issues has greater power than one that requires the subject to involve in extensive deliberation on the merits. (...) Recall, however, that the legal point of view is not a complete normative theory. While it takes a stand on those issues resolved by the norms of the system, it is silent on those questions left open by the law. (...) Because plans always guide actions under certain descriptions, perspectival statements of legal obligations must be sensitive to the descriptions under which they are identified. (...) Legality does not track actions themselves – it tracks actions under certain descriptions. With respect to one particular action, the law may regulate according to one description of the action but be silent according to another*”. SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. pp. 277-281.

²⁷⁸ “(...) we can say that Dworkin has shown it a truism about legal practice that, absent some authoritative settlement of the matter, theoretical disagreements are legitimate. (...) Dworkin has pointed out that legal positivism, at least as it is currently conceived, cannot make sense of this truism and hence is incapable of accounting for a central feature of legal practice.” SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. pp. 291-292.

²⁷⁹ “A explicação shapiriana para os desacordos, então, transita pelo reconhecimento de que a correta identificação dos caracteres essenciais do direito, já do ponto de vista metafísico, impede que os juízes adotem conceitos diversos de direito entre si – do contrário estarão violando a natureza do direito. (...) Por essa chave de leitura a racionalidade do planejamento inescapavelmente governa a decisão jurídica, seja porque integra a natureza do direito, seja porque possibilita o cumprimento de sua função essencial, seja ainda porque compõe a psique dos juízes. Crucialmente, Shapiro entende que os desacordos teóricos não incidem e nem podem incidir sobre a natureza ou a identidade dos fundamentos do direito, que necessariamente são fatos sociais determinados e conhecidos por todos os juízes”. PICCELLI, Eric. *O positivismo dos planos: introdução crítica ao pensamento de Scott Shapiro*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 93.

²⁸⁰ “*Seen from the perspective of the Planning Theory, however, this methodology defeats the purpose of law. Having to answer a series of moral questions is precisely the disease that the law aims to cure. Dworkinian legal interpretation thus ends up reinfected the patient after the contagion has been neutralized.*” SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 310.

Aplicando as premissas sociais do direito como planejamento, Shapiro irá defender que, mesmo em casos de desacordo, juízes não divergem sobre o status do plano-mestre como norma fundamental do sistema. Na verdade, esses desacordos traduziriam um debate “meta-interpretativo” a respeito da matriz de confiança do sistema jurídico, dentro do qual juízes estariam tentando definir quais seriam os objetivos fundamentais do plano-mestre, quais os agentes oficiais teriam competência para decidir e qual seria a metodologia interpretativa apropriada para tanto.

Todo sistema jurídico organizaria uma espécie de trade-off entre “*clareza, previsibilidade e limitação, de um lado, e correção, flexibilidade e discricionariedade, do outro*”²⁸¹. Os desacordos entre juízes recairiam sobre a forma de ler esse trade-off, que é, ele mesmo, um fato social. Assim, além de servir como insight sobre a natureza do direito, a teoria do planejamento funciona também como plataforma para uma teoria sobre meta-interpretação com enfoque na atitude de confiança dos sistemas jurídicos.

Em Shapiro, portanto, a discricionariedade judicial funciona como um voto de confiança que os sistemas atribuem a juízes para que estes, atuando como meta-intérpretes, se engajem em um exercício de reflexão sobre o seu próprio papel dentro da execução contextualizada de um plano maior, com objetivos próprios²⁸². Mesmo no vazio instrucional, o planejamento ainda oferece uma cobertura finalística que pode ser identificada e desdobrada a partir do visual de fatos sociais, sendo este o “ponto de vista moral” a ser prestigiado, não havendo lugar para que juízes reconstruam a deliberação moral presente na “economia de confiança” que os planejadores gravaram no sistema²⁸³.

²⁸¹ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 258.

²⁸² Shapiro enfatiza que, embora os objetivos do sistema sejam aqueles estabelecidos no planejamento, os intérpretes podem perfeitamente discordar sobre como interpretá-los, pois não necessariamente haverá uma convenção sobre o método de interpretação cabível. “*That some set of goals and values represent the purposes of a certain legal system is a fact about certain groups that is ascertainable by empirical, rather than moral, reasoning. Proper interpretive methodology is established by determining which methodology best harmonizes with the objectives set by the planners of the system in light of their judgments of competence and character. A virtue of this type of proposal is that, insofar as interpretive methodology need not be determined by a specific convention about proper methodology, it is able to account for the possibility of theoretical disagreements.*” SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 382.

²⁸³ Piccelli ressalva que a absorção da teoria dos desacordos teóricos como desacordos sobre metodologias interpretativas teria uma aplicação limitada a casos de conflitos de normas. Em situações de indeterminação evidentes e naquelas nas quais não exista nenhum plano prévio, a teoria de Shapiro endossaria um conceito de discricionariedade análogo ao de Hart, atribuindo aos juízes uma autorização para formular novos planos, incrementando “*o conteúdo do plano existente por meio de um approach sensível aos propósitos dos planejadores*”. PICCELLI, Eric. *O positivismo dos planos: introdução crítica ao pensamento de Scott Shapiro*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 95.

Munidos desse encargo, eles devem deliberar sobre qual o propósito cabe à jurisdição, dentro do particular universo jurídico avaliado, e, após chegar a uma conclusão sobre isso, devem distinguir qual o tipo de modalidade interpretativa deve ser aplicado para que a jurisdição possa promover os objetivos do planejamento jurídico²⁸⁴. Essa apuração será feita mediante um protocolo de três estágios, envolvendo a (i) um juízo descritivo de especificação do grau de confiança (competência/caráter) idealizado pelos planejadores para os atores jurídicos, bem como para a extensão de suas prerrogativas e responsabilidades interpretativas; (ii) um juízo avaliativo limitado de extração da confiança (competência/caráter) que os planejadores intitularam a certos atores e quais objetivos sistêmicos lhes foram atribuídos; e (iii) que metodologia interpretativa melhor desenvolve esses objetivos sistêmicos.

Na opinião de Shapiro, sua concepção possui pontos de contato com a doutrina interpretativista de Dworkin. Ele considera que a teoria do planejamento se afasta das teorias que enxergam o direito como “simples fatos”, porque rejeita a ideia de que as convenções poderiam determinar a metodologia interpretativa. Ademais, considera que sua teoria também enfatiza a importância dos objetivos da prática na interpretação. Todavia, diferentemente do modelo interpretativo de Dworkin, a doutrina de Shapiro não requer que os agentes públicos e atores jurídicos em geral busquem desenvolver uma robusta interpretação moral sobre os fundamentos da prática, nem que eles coloquem em causa as relações entre proposições morais abstratas de justiça e equanimidade²⁸⁵. Isso porque Shapiro considera que os objetivos de um sistema traduzem um fato social que pode ser aferido por argumentação empírica, e não moral²⁸⁶.

Assim, na perspectiva do planejamento, o elemento chave²⁸⁷ para a definição da metodologia interpretativa são as pressuposições de confiabilidade que o sistema acolhe

²⁸⁴ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. pp. 358-359.

²⁸⁵ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 357.

²⁸⁶ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 388.

²⁸⁷ Importante alertar, contudo, que a economia de confiança não é o único fator que indicará o tipo de metodologia interpretativa adequada. Shapiro considera que outros fatores, como a competição entre planejadores sociais, também podem influenciar nessa definição. “*Trust attitudes are not, however, the only considerations that must be taken into account. The competitive relationship between social planners is itself a crucial meta-interpretive determinant. This is so because legal plans do not merely manage trust; they manage conflict as well. Plans, as we have noted before, are extremely useful tools for settling political disputes. When plans play a conflict-management function, I would like now to argue, the more competitive the planning relation is, the more constraining the interpretive methodology; conversely, the more collaborative the exercise of social planning, the more interpretive discretion is warranted*”. SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 377.

para os diferentes atores, o que faz com que a correção interpretativa esteja muito mais ligada ao papel desempenhado por cada agente do que a um padrão filosófico ou sócio-científico de verdade.

A depender do *quantum* de confiança depositado pelos planejadores do sistema em cada tipo de agente público, maior ou menor será o espectro de discricionariedade que ele terá para decidir o tipo de interpretação adequada. Esse é o sentido do exercício da discricionariedade judicial, e a diferença de julgamentos gerado nessa avaliação é que é responsável pelos desacordos jurídicos.

2.2. O positivismo inclusivo e a hipertrofia do conceito de direito por receptores morais

O flanco de reformulação mais significativo do positivismo se deu no âmbito das premissas de separabilidade conceitual entre direito e moral, mediante o desenvolvimento de uma linha teórica batizada de incorporacionismo ou positivismo inclusivo, grife esta que acabou sendo universalizada na doutrina.

Embora essa abordagem não tenha pretendido reformular o positivismo hartiano, ela sem dúvida acentuou a importância de quesitos teóricos que foram tangenciados apenas de forma superficial nos trabalhos do próprio Hart²⁸⁸. Ela se distingue por admitir – sem endossar ou prescrever – a inclusão de critérios morais como condição de validade das normas jurídicas (ou, em termos hartianos, como um dos critérios da regra de reconhecimento), como fatores determinantes do conteúdo do direito ou que possuam influência concreta nas decisões judiciais²⁸⁹.

Para os inclusivistas, a moralização dos critérios de determinação do direito é uma questão contingente, isto é, dependente da construção social ditada por cada prática jurídica, e não uma imposição do conceito do direito. Essa acidentalidade é essencial para compatibilizar a concepção inclusiva com o compromisso positivista da separabilidade entre direito e moral²⁹⁰.

²⁸⁸ Embora tenha registrado, desde a versão original de sua obra magna, que há sistemas – como o norte americano – que possuem critérios morais na regra de reconhecimento, foi apenas no pós-escrito póstumo à 2ª edição de “O conceito de direito” que Hart se autodenominou como um positivista suave (“soft”).

²⁸⁹ ETCHEVERRY, Juan B.; SERNA, Pedro (eds.). *El caballo de Troya del positivismo jurídico. Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism*, Colección Filosofía, Derecho y Sociedad, nº 22, Granada, Comares, 2010. p. 5.

²⁹⁰ “(...) positivistas inclusivos são como outros positivistas ao dizerem que o status de cada lei enquanto lei em uma jurisdição estará baseado fundamentalmente nas práticas dos membros oficiais do sistema. Inclusivistas sustentam que um teste moral de validade jurídica em determinada jurisdição será atribuível

2.2.1. As possibilidades de inserção da moralidade na teoria da validade positivista

Entre os expoentes dessa nova linhagem de positivismo se destacam os nomes de Jules Coleman (incorporacionismo) e Wilfrid Waluchow (inclusivismo). Tanto incorporacionistas como inclusivistas admitem que as normas jurídicas sejam validadas por razões de conteúdo. Para eles, o que importa não é a natureza dos critérios de validade observados para a atribuição do estatuto de juridicidade, mas a natureza das condições de existência do teste de validade. Se estas últimas forem sociais, então a integridade do positivismo estará mantida, e as normas morais eventualmente tocadas por esse teste serão incorporadas ao direito.

Incorporacionismo foi a designação escolhida por Jules Coleman. Ele se funda numa perspectiva de tolerância conceitual, que não se compromete nem com a inclusão da moral no teste de reconhecimento, nem com a sua exclusão, considerando-as, ambas, como possibilidades conceituais que não poderiam ser descartadas²⁹¹. No limite, Coleman chega a admitir como possível uma versão radical da regra de reconhecimento, que seria qualificada apenas por critérios morais. Nessa versão²⁹², a satisfação de um critério moral poderia vir a ser requisito suficiente para a qualificação jurídica de uma norma. Essa perspectiva extremada é um dos poucos temas que divide mais agudamente os teóricos desse campo do positivismo²⁹³.

Outro conhecido teórico que se ocupa de sustentar a sensibilidade moral da regra de reconhecimento é o canadense Wilfrid Waluchow. Dono de uma obra muito difundida em defesa do positivismo inclusivo, esse autor apresenta uma concepção positivista que acolhe elementos da teoria da integridade de Dworkin, revelando-se como uma espécie

às práticas, não à natureza do direito". KRAMER, Matthew H. *HLA Hart: a natureza do direito*. tradução Gilberto Morbach. Fortaleza: EdUnichristus, 2021, p. 230.

²⁹¹ COLEMAN, J. Incorporationism. Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In COLEMAN, J. (Ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Ney York: Oxford University Press, 2001. p. 128.

²⁹² Essa versão foi alcunhada por Matthew Kramer como incorporacionismo extremo ou robusto. Kramer atribui essa versão robusta a Coleman e a considera insustentável, por entender que ela tornaria o sistema jurídico extremamente controverso. Como alternativa, Kramer sugere uma outra versão, a do incorporacionismo moderado ou modesto, que seria endossada por ele mesmo, segundo a qual o valor moral poderia ser suficiente para qualificação jurídica de uma norma como último recurso, isto é, desde que isso seja necessário para solucionar um caso difícil que não possa ser resolvido por meio de uma outra norma do sistema. KRAMER, M. How Moral Principles Can Enter Into the Law. *Legal Theory*, v. 6, n. 1., 83-108, 2000, p. 83.

²⁹³ Além desse tema, há também forte controvérsia sobre a necessidade de que os inclusivistas reconheçam a objetividade no domínio moral. Ver, nesse sentido, MORESO, J. J. In defense of inclusive legal positivism. *Diritto & questioni pubbliche*, v. 1, p. 99-120, 2001.

de ponto médio entre ela e o positivismo. Isso se mostrou possível porque, se de um lado Waluchow manteve algumas premissas metodológicas positivistas – como o descritivismo conceitual e a separação entre teorias da natureza do direito, da decisão e da normatividade – de outro, ele acrescentou um maior nível de receptividade em relação ao discurso moral típico das cláusulas de direitos fundamentais das Constituições modernas e na prática decisória desenvolvida por juízes nesses sistemas jurídicos.

No tocante ao aspecto conceitual, Waluchow mantém uma convicção predominantemente hartiana, segundo a qual o direito é o subconjunto de normas que as instituições primárias de aplicação – os Tribunais – possuem um dever de aplicar ou de alterar no exercício decisório rotineiro. As normas jurídicas são identificadas por meio da regra de reconhecimento, que indica a pertinência ao sistema. Ancorado nessas premissas, Waluchow irá sustentar que os fatores morais podem ser determinantes tanto para a identificação quanto para a determinação do conteúdo do direito sem que isso crie qualquer contradição para o positivismo, pois a essência dessa doutrina estaria em apontar o caráter contingente da relação entre direito e moral.

O canadense aduz que o positivismo inclusivo seria a teoria positivista que melhor explicaria a realidade decisória verificada nos países que possuem Constituições com Cartas de Direitos Fundamentais de conotação moral, como o Canadá e o Brasil. Dentro dessa concepção, uma decisão baseada em um critério de proporcionalidade ou de devido processo legal, por exemplo, pode justificar a invalidação de uma norma legislada como um ato aplicativo que dá consequência ao direito constitucional pré-existente. A prática constitucional demonstraria que juízes tratam leis inválidas como se elas estivessem em conflito com as Cartas desde sempre, numa ideia de retroatividade muito natural²⁹⁴.

Na sua avaliação, o fato de a linguagem das Cartas Constitucionais exigir reflexões morais para a identificação do direito válido não afasta o caráter jurídico das normas constitucionais. Exatamente como ocorre com as fontes sociais em geral, termos moralmente carregados nem sempre induziriam controvérsia. Waluchow observa que não se pode exagerar a indeterminação dos princípios de moralidade política, porque, em alguns casos, eles podem ser facilmente determinados, hipóteses nas quais sequer haverá

²⁹⁴ WALUCHOW, W. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 160.

exercício de discricionariedade e nas quais os testes morais produzirão respostas corretas e incontroversas para questões de validade jurídica²⁹⁵.

Para alguns inclusivistas, não haveria nada no positivismo que seria contraditório com a defesa ou com a rejeição da objetividade moral. Seria perfeitamente possível que um positivista defendesse a tese da única resposta correta, “*especialmente uma vez que ela seja colocada dentro dos contextos linguísticos, filosóficos e históricos adequados*”²⁹⁶. Posição similar é enfaticamente registrada por Kramer, para quem a objetividade moral “*é em si uma questão fundamentalmente moral, não uma questão puramente metafísica*”²⁹⁷, cuja aceitação seria apenas uma forma – a seu ver correta – de rejeitar o ceticismo moral, sem ceder à metodologia engajada de Dworkin²⁹⁸

2.2.2. As estratégias do positivismo inclusivo para a mitigação da discricionariedade judicial: os acordos morais e as normas secundárias

Ao aceitar a possibilidade de que critérios morais sejam incorporados ao discurso normativo do direito, a estratégia teórica dos inclusivistas permite explicar como os juízes de Cortes Constitucionais podem encontrar amparo no direito para a aplicação de considerações morais.

Embora possuam algumas diferenças em relação à extensão da presença da moral na prática jurídica, Coleman e Waluchow convergem quanto à crença na possibilidade de que os critérios morais introduzidos no direito possam gerar padrões incontroversos a serem aplicados pelos juízes, o que significa dizer que, ao menos em alguns casos, as considerações morais podem colaborar na determinação do direito²⁹⁹. Assim, ao contrário do que proposto por Raz, nem sempre as considerações morais irão atrair

²⁹⁵ WALUCHOW, W. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. pp. 223-226.

²⁹⁶ WALUCHOW, W. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 231.

²⁹⁷ KRAMER, M. *HLA Hart: a natureza do direito*. Tradução: Gilberto Morbach. Fortaleza: EdUnichristus, 2021, p. 172.

²⁹⁸ KRAMER, M. *HLA Hart: a natureza do direito*. Tradução: Gilberto Morbach. Fortaleza: EdUnichristus, 2021, p. 259.

²⁹⁹ “*Though morality is controversial, most moral requirements are not. many people actually are guided by morality, so there is no reason to suppose that they cannot be guided by legal rules that are coextensive with the demands of morality. Similarly, we are generally capable of evaluating conduct as moral or immoral, and so there is no reason to suppose that judges will be incapable of evaluating conduct under laws possessing moral content.*” COLEMAN, *The practice of principle: In defense of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 140.

discricionariedade. Na verdade, o vocabulário moral pode funcionar como um fator de limitação da discricionariedade³⁰⁰.

Ambos consideram, ademais, que mesmo que os critérios morais sejam incertos, isso nem sempre implicará o exercício da discricionariedade judicial, porque a vagueza dos termos morais pode vir a ser suprida por outros componentes do discurso jurídico, como, e.g., pelo propósito implícito na aplicação do direito ou, ainda, pelos recursos linguísticos, filosóficos ou históricos que compõem o contexto aplicativo e que podem auxiliar a identificação do conteúdo correto das normas jurídicas³⁰¹.

Waluchow, em especial, acrescenta que, embora as normas secundárias de interpretação e de decisão judicial tenham sido pouco exploradas na doutrina de Hart, elas também possuem um papel importante no auxílio das atividades de validação e aplicação do direito realizadas por juízes. As regras de decisão “*jogam um papel crucial na determinação dos deveres de vinculação legal dos juízes*”, especificando a força institucional das normas tidas como válidas, enquanto as regras de interpretação “*ajudam a determinar o conteúdo de regras e outros tipos de normas validadas pela regra de reconhecimento*”³⁰².

Apesar de produzir uma explicação teórica com potencial de expandir a base de normatividade do direito, os positivistas inclusivos reconhecem que a presença de critérios morais também pode induzir a um acréscimo de controvérsia nos ordenamentos, uma vez que a terminologia moral geralmente é vaga³⁰³ e que as regras secundárias de decisão e interpretação podem conflitar, demandando uma escolha pelos juízes³⁰⁴.

³⁰⁰ WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 226.

³⁰¹ “*In cases where indeterminacy figures, judges are thought to play a Leading role in shaping the contours of the political morality legally recognized in the Charter. They do so, as they do in any other area of law Where indeterminacy is encountered, by exercising their discretion and creating new legal rights. The exercise of this discretion should be, and normally is, sensitive to the linguistic, philosophic, and historical contexts within which rights of political morality are rooted. But this still leaves room for a measure of authoritative, judicial creativity, for Thomistic ‘determination’*”. WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 159.

³⁰² WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 76.

³⁰³ COLEMAN, J. *The practice of principle: In defense of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 105.

³⁰⁴ “*It is likely, however, that whatever interpretive background appropriate to a particular legal system, or a particular court deciding a particular case in a particular area of law, indeterminacy will be encountered somewhere along the line. The objects or purposes of legal rules, the most common items appealed to in addition to plain meaning in determining what a rule really means, often conflict and are incommensurable with one another. If so, there will likely be a room, at some stage, for a judge free exercise*

Em razão disso, e ainda do fato de que os autores associados a essa vertente não se preocuparam em desenvolver uma concepção semântica mais densa do que a de Hart, Juan Etcheverry conclui que o inclusivismo não logrou oferecer maiores recursos para limitar a zona de penumbra do direito, e que a divergência entre positivistas inclusivos e exclusivos seria desprovida de consequências práticas interessantes, não representando um desenvolvimento expressivo em relação ao conceito de discricionariedade judicial³⁰⁵.

Ainda que os ganhos práticos do enfoque inclusivista possam ser considerados questionáveis, há, pelo menos na obra de Waluchow, uma sequência de apontamentos analíticos que representam um avanço teórico interessante em relação à doutrina de Hart. Esses retoques estão embasados em uma crítica apresentada à caracterização dworkiniana da discricionariedade judicial. Segundo Waluchow, a estratégia utilizada por Dworkin para rejeitar o conceito de discricionariedade hartiano teria como ponto de partida um argumento contrafactual apresentado a partir da prática dos juízes. Dworkin entende que, pelo menos em sistemas amadurecidos, o comportamento judicial em casos difíceis revelaria que os magistrados se sentem compelidos a dizer o que o direito “realmente significa”, e não a criar direito novo em situações de controvérsia.

Waluchow irá dizer que Dworkin ignora duas distinções importante em relação ao conceito de discricionariedade. Em primeiro lugar, ele deixa de perceber a diferença de precisão que existe entre dizer que uma norma “pretende controlar” uma decisão (quando ela estabelece um padrão de decisão, mas quando esse padrão pode se revelar inaplicável na prática) e que uma norma “efetivamente controla” uma decisão (isto é, quando existe uma situação de fato, e apenas uma, sobre a qual a norma deve incidir)³⁰⁶. Em segundo, ao sobrevalorizar o testemunho das decisões judiciais, Dworkin não distingue as situações em que um juiz “possui discricionariedade” (que ocorrem quando realmente não há respostas corretas) daquelas em que ele “exerce discricionariedade”

of choice among logical open alternatives.” WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 250.

³⁰⁵ ETCHEVERRY, Juan B. *La discrecionalidad judicial en la aplicación del derecho en el positivismo jurídico incluyente*. In ETCHEVERRY, Juan B.; SERNA, Pedro (eds.). *El caballo de Troya del positivismo jurídico*. Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism, Colección Filosofía, Derecho y Sociedad, n° 22, Granada, Comares, 2010. pp. 87-88; e WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. P. 82.

³⁰⁶ WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. pp. 195-198.

(que podem ocorrer quando o juiz crê que não exista resposta correta, ainda que ele esteja equivocado)³⁰⁷.

No entendimento de Waluchow, significativamente mais elaborado que o de Hart, a discricionariedade judicial é a situação que se coloca quando o direito é incapaz de oferecer uma única resposta correta para um caso, compelindo o juiz a fazer uma escolha a partir de um critério não estabelecido diretamente pelo direito.

A ausência de resposta correta – que cria a hipótese de indeterminação no direito – ocorreria quando os padrões normativos não “controlam efetivamente” a decisão, o que pode suceder em razão dos seguintes aspectos: (i) imprecisão semântica; (ii) inexistência de outros critérios de determinação jurídica que possam suprir a imprecisão semântica (como, e.g., o propósito); (iii) impossibilidade de correspondência entre o padrão normativo e a situação fática; e (iv) inexistência de um dever judicial claro de aplicação das normas jurídicas válidas.

Se configurado esse quadro, seria possível dizer, ao menos no plano filosófico, que estaria configurada uma situação em que o juiz “possuiria discricionariedade”, já que o direito não exerceria nenhum tipo de vinculação real (nenhuma força institucional) sobre a responsabilidade decisória do juiz, e tudo o que esse agente poderia fazer seria recorrer à escolha mais razoável de parâmetros de construção decisória, que poderiam, ao final, justificar uma mudança no direito posto pela desconsideração de sua força institucional (caso de superação de precedente). De qualquer maneira, não seria possível descartar a possibilidade de erro na avaliação judicial quanto à configuração da hipótese de determinação. Em situações de equívoco na crença do julgador, o que se colocaria não seria um caso de “existência de discricionariedade”, mas uma situação de exercício injustificado dessa prerrogativa.

Na interpretação de Waluchow, a solução encontrada por Dworkin para abstrair a existência da discricionariedade forte nos sistemas jurídicos se basearia em dois fundamentos artificiosos.

Primeiro, Dworkin teria equiparado o sentido normativo de “controlar efetivamente” uma situação aplicativa com o de “pretender controlar”³⁰⁸. Essa abstração eliminaria praticamente todas as possibilidades de configuração de uma hipótese de

³⁰⁷ WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 207-213.

³⁰⁸ WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 199.

ausência de resposta correta, porque bastaria recorrer a um princípio muito genérico para se chegar à conclusão de que, de alguma forma, mesmo que muito indireta, o direito disciplina praticamente todos os casos. Segundo, e mais impactante, é o argumento institucional utilizado por Dworkin, que sustentaria que os sistemas jurídicos possuiriam uma norma fundamental (“ground rule”), segundo a qual os juízes teriam responsabilidade política de encontrar a resposta para todos os casos.

Por meio deste último artifício, Dworkin teria encontrado um fundamento institucional para negar aos juízes a própria suposição de que o ordenamento não teria respostas corretas. Em decorrência disso, ainda quando configuradas as três circunstâncias de indeterminação acima referidas, isto é, ainda que nenhum padrão jurídico tenha aptidão para “controlar efetivamente” uma situação normativa, juízes não poderão reconhecer a configuração de uma hipótese de ausência de resposta correta. O impedimento institucional seria mais forte do que o contexto fático-normativo.

Para Waluchow, isso significa que Dworkin não relaciona o conceito de discricionariedade judicial forte com a existência de respostas corretas, mas, sim, com a orientação das normas fundamentais da prática jurídica³⁰⁹. Na medida em que a norma fundamental proposta por Dworkin veda o recurso a esse conceito, juízes não podem reconhecê-lo (ainda que o exerçam, na prática).

Em suma, a recepção de critérios morais no interior do universo jurídico permite que os positivistas inclusivos justifiquem uma expansão no domínio da normatividade jurídica, hipertrofia essa que, para alguns (Jules Coleman), permite que o direito cumpra funções alheias à orientação do comportamento, se prestando, entre outras coisas, a especificar os princípios morais das comunidades. Não obstante isso, a permeabilidade aos padrões morais não é suficiente para erradicar por completo a indeterminação do direito, nem a necessidade do recurso à discricionariedade judicial.

³⁰⁹ “(...) Dworkin seems to view the existence of strong discretion on some question, not as a function of whether there is a uniquely correct answer, but rather of what ground rules of the enterprise entitle the decision-maker to suppose. (...) Dworkin is not, then, concerned to show that, in the case of modern legal systems, there Always is a right answer in Every hard case, so that he can demonstrate that judges never have Strong discretion and that ‘the positivist’s theory of discretion’ is false. After all, the absence of Strong discretion has nothing to do with whether there are Always unique correct answers. Rather, Dworkin, first argues that judges do not have Strong discretion because of what the ground rules of the enterprise presuppose; he then sets out to demonstrate that, contra positivists like Hart, these ground rules are neither pointless, silly, nor irrational.” WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 207.

Ainda que a moral possa enriquecer o receituário de normas convencionais de interpretação e decisão, ela não garante a existência de respostas corretas em todos os casos e, segundo Waluchow, as normas institucionais de responsabilidade decisórias atribuíveis aos juízes não são suficientes para disfarçar o exercício eventual dessa prerrogativa de escolha, pela qual juízes elegem respostas “*que desenvolvem e acrescentam ao direito de uma solução elaborada de uma forma razoável, defensável, mas não da única maneira correta*”³¹⁰.

3. O fracasso da concepção positivista de discricionariedade judicial

Os Capítulos anteriores apresentaram as principais noções da filosofia hartiana e dos teóricos que se empenharam em dar continuidade e atualizar a abordagem analítica do positivismo após as críticas de Dworkin.

Terminada essa exposição, cumpre avaliar criticamente a plausibilidade da concepção de discricionariedade positivista após os acréscimos e reformulações legados pelos autores das vertentes exclusivas e inclusivas. Como se verá, os *insights* trazidos por essas variantes não foram capazes de superar as insuficiências da noção hartiana de discricionariedade judicial, padecendo de deficiências que se tornam ainda mais palpáveis diante das características da prática judicial em contextos de constitucionalismo forte, nas quais o princípio do “Rule of law” assume uma normatividade complexa.

Na parte final da dissertação, será oferecida uma reconstrução modesta dos conceitos de jurisdição e discricionariedade para sistemas de constitucionalismo forte. O que se pretende evidenciar é que, para conservar sua produtividade filosófica, o conceito de discricionariedade deve ser adaptado aos pressupostos moralmente carregados que caracterizam a prática jurídica dentro do Estado Constitucional de Direito.

3.1. Três dimensões da discricionariedade judicial - O que podemos aprender sobre a discricionariedade judicial a partir do debate positivismo x interpretativismo?

Ao perquirir sobre a ideia de discricionariedade judicial a partir dos grandes paradigmas da teoria anglo-americana, o Capítulo 3 revelou uma realidade multifacetada. Quando falam sobre discricionariedade, os teóricos se reportam a uma situação em que o conteúdo normativo do direito não está definido de modo intuitivo, categórico ou concludente, mas, além disso, se referem ao impasse gerado por essa subdeterminação no

³¹⁰ WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 218.

momento aplicativo e, ainda, ao descolamento que existe entre os padrões jurídicos pré-existentes e o ato final de decisão a cargo dos juízes.

No vocabulário positivista, esse momento agônico da experiência jurídica é retratado como uma hipótese em que o direito se exaure³¹¹ (“run out”), mostrando-se incapaz de controlar efetivamente o sentido das decisões judiciais. Diante desse vácuo e do dever de solucionar os conflitos, juízes teriam um espaço de liberdade decisória para inovar no conteúdo do direito mediante um juízo de escolha de padrões extrajurídicos, similar a um ato legislativo. Já a leitura interpretativista ressalta o fato de que, ao menos em ordenamentos jurídicos amadurecidos, a possibilidade de que juízes sejam compelidos a atuar como legisladores é logicamente ínfima, se não nula, pois, ainda que controversos, os padrões fundacionais da prática sempre poderiam fornecer critérios de correção intersubjetivos, que vinculariam o trabalho argumentativo dos juízes.

Na elaboração de Maria Iglesias Vila, as concepções de positivismo e interpretativismo sobre a discricionariedade derivam de pressupostos filosóficos semânticos, ontológicos e epistêmicos antagônicos, cotejados pela autora da seguinte maneira:

As principais teses positivistas podem ser delimitadas da seguintes forma:

- a) o direito é um fenômeno essencialmente comunicacional. Conseqüentemente, o conhecimento jurídico consiste, em boa medida, no entendimento da linguagem na qual o direito é expresso ou na identificação das condições de verdade das proposições jurídicas.
 - b) uma proposição jurídica sobre o direito é verdadeira se existem certos fatos sociais (uma regra de reconhecimento e convenções semânticas) que a fazem verdadeira.
 - c) esses fatos sociais dependem de percepções compartilhadas, práticas sociais, convenções linguísticas ou atitudes proposicionais na comunidade linguística.
 - d) quando não há evidência suficiente para sustentar que uma proposição é verdadeira ou falsa, ela não possui valor de verdade; estamos diante de um caso difícil.
 - e) a mera possibilidade da comunicação normativa requer que existam instâncias não controvertidas de uso dos termos, os chamados casos claros.
 - f) nos casos claros, a observância da regra é possível porque o conteúdo das regras é determinado. Conhecer o sentido de textos jurídicos requer a aptidão de especificar as hipóteses de uso. Assim, o conhecimento jurídico não requer interpretação como substituição de uma formulação da regra por outra.
 - g) a linguagem jurídica possui textura aberta inevitável. Isso gera casos difíceis na identificação do direito. Nessas instâncias, a observância das regras não é possível porque o conteúdo das regras é indeterminado: o sentido literal ou simples não contempla o caso em apreço. Só podemos estipular um novo significado discricionariamente.
- (...)

³¹¹ “Judicial discretion is inevitable because it is impossible for finite beings to guide conduct in ways that resolve every conceivable question. At some point, guidance by social facts, and hence the law, must run out”. SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 251.

A visão interpretativa de Dworkin é baseada nas seguintes teses:

a) o direito é essencialmente um fenômeno interpretativo. Conhecer o direito é ser capaz de oferecer a melhor versão dos dados pré-interpretativos da prática.

b) afirmações sobre o direito são dependentes de teoria – nenhuma realidade jurídica permite a confrontação dos nossos julgamentos. Ademais, o valor de verdade das proposições não depende da existência de convenções sociais.

c) uma proposição jurídica é verdadeira se ela se mostrar coerente e se encaixar com o maior grupo de proposições que oferece a melhor versão da prática.

d) a melhor versão da prática é a explicação/justificação dos dados pré-interpretativos que atinjam o melhor balanço entre justiça, equidade e legalidade; isto é, a interpretação que demonstre o maior grau de integridade nas suas dimensões formal e justificativa.

e) em casos fáceis, a conclusão do intérprete sobre os conteúdos do direito não é controversa. Casos fáceis não são controversos porque os participantes os percebem como exemplos claros dos conteúdos da prática.

f) em contraste, casos difíceis são aqueles em que as conclusões interpretativas são controversas. Diversas concepções sobre o que é requerido pela prática competem entre si.

g) casos difíceis não geram falta de resposta correta na medida em que o intérprete é capaz de estruturar um esquema interpretativo para alcançar uma conclusão sobre o que é demandado pelo direito³¹².

Por enxergar uma fratura muito marcante entre essas concepções, Vila optou por analisar a discricionariedade como um fenômeno cifrado em dois quadrantes teóricos (discricionariedade forte x discricionariedade fraca). Outros acadêmicos preferem abordar a discricionariedade não como uma realidade subdividida em duas espécies, mas como um tema unitário, com diferenças de gradação³¹³. Há ainda propostas de anamnese segmentada, que apreciam o fenômeno a partir de suas causas, natureza e limites³¹⁴; ou de suas diferentes fontes³¹⁵.

Qualquer trabalho de fôlego sobre a discricionariedade judicial perpassa diferentes planos de análise. Há teóricos que enfatizam um desses planos em detrimento dos demais. Alguns chegam a negar categoricamente a existência da discricionariedade,

³¹² VILA, Maria Iglesias. Facing judicial discretion. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 179-181.

³¹³ “ ‘Discretions’ come not in differences of kind (as Dworkin imputes to Hart) but differences of degree (as follows from Hart’s admittedly incomplete reflections on the subject). The larger the degree of discretion, the more nearly the judge approximates to a lawmaker in settling his own rules and applying relatively vague standards. The legislature, by contrast, can (though it rarely does) make total innovations radically at odds with previously legal standards.” MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart, 2ª ed., Stanford: Stanford University Press: 2008, p. 164.

³¹⁴ ETCHEVERRY, Juan B. Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites. In *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 15, p. 149-171, 2014.

³¹⁵ Em dissertação clássica na literatura de língua inglesa, Aharon Barak irá divisar a discricionariedade de acordo com suas fontes formais (quem autoriza?); substantivas (o que causa?); extrajurídicas (como a discricionariedade deve ser julgada?); e jurídicas (quais os limites?). BARAK, A. *Judicial discretion*. New Haven and London: Yale University Press. 1989, p. 45.

tratando-a como um elemento teórico maligno, enquanto outros a consideram uma característica inevitável e até benéfica dos sistemas jurídicos. A diferença de discursos decorre, em boa medida, das inspirações filosóficas que marcam as diferentes concepções sobre o direito³¹⁶. Não por acaso, algumas das melhores dissertações sobre o tema – como a de autoria de Vila – partem do pressuposto de que as diferentes noções de discricionariedade seriam, de certa forma, incomunicáveis.

A premissa metodológica aqui adotada toma um caminho diferente. Embora o conceito de discricionariedade judicial possua raízes filosóficas inegáveis e seja, por isso mesmo, intensamente permeável ao substrato teórico das diferentes concepções de direito, parte-se, neste trabalho, da compreensão de que a discricionariedade tem um ancoramento institucional no desenho das jurisdições, o que torna viável e produtiva a busca por uma representação unificadora ou conciliadora dessa realidade. Considera-se, entretanto, que nenhum dos paradigmas avaliados até aqui conseguiu elaborar uma representação adequada para ela.

Buscando inspiração nos estudos antes referidos, e objetivando sistematizar os diferentes conhecimentos trabalhados por seus autores, o presente trabalho divisa pelo menos três dimensões que estão envolvidas na realidade da discricionariedade judicial, a saber: (i) um plano semântico, referente à precariedade de sentido das normas e dos sistemas jurídicos; (ii) um plano atitudinal, que diz respeito à atitude epistemológica que inspira a conduta dos juízes no enfrentamento de casos que se inserem nesses interstícios de sentido jurídico; e (iii) um plano institucional, que permeia as responsabilidades funcionais imputadas aos juízes em situações de impasse decisório como essas.

3.2.1. Dimensão causal: a discricionariedade como fato semântico

O positivismo jurídico é uma tradição de pensamento jurídico mult centenária que já assumiu formatações bastante heterogêneas, manifestando-se de forma peculiar nos sistemas de common law e civil law. Grandes autores que se dedicaram ao estudo desse

³¹⁶ Bruno Torrano, por exemplo, é da convicção 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 (excludente)*”. AMORIM DE ALMEIDA, Bruno Torrano. Discricionariedade judicial e teoria do direito. In *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013, p. 55.

arquétipo, como Bobbio³¹⁷ e Chiasoni³¹⁸, consideram que não é produtivo falar na existência de um positivismo, mas num agregado heterodoxo de doutrinas dentro dessa tradição. Como visto no Capítulo 3, a perspectiva deste trabalho é a de que existe pelo menos um grande postulado metateórico, que é comum a toda essa família de teorias, que vem a ser a crença na plausibilidade teórica de um minimalismo aconteudístico na explicação das condições de existência, de verdade e de normatividade do direito.

Num momento mais embrionário da história, algumas das vertentes desse imaginário – como a exegese francesa³¹⁹ e a jurisprudência dos conceitos alemã – celebrizaram modelos normativos formalistas de positivismo, fundamentados na ideia de que os sistemas jurídicos seriam constituídos basicamente de normas de origem estatal, na forma de ordenamentos completos, coerentes e sem lacunas, que deveriam ser interpretados pelos juízes de maneira mecânica e formalista, com estrita vinculação aos desígnios da vontade do legislador. Exemplos desse tipo de idealização podem ser encontrados na figura do juiz de Montesquieu e, também, na teoria benthamita de aplicação judicial do direito.

Essa concepção foi completamente revisitada pelos maiores expoentes positivistas do século XX – nomeadamente por Kelsen e Hart. O formalismo conceitual que esteve na base dos positivismos mais primitivos era considerado por Hart como uma espécie de essencialismo metafísico³²⁰, postulado claramente rejeitado pela sua metodologia. Como visto no Capítulo 2, Hart foi bastante influenciado pelo espírito cultural da filosofia da linguagem ordinária, e esse talvez tenha sido o principal fundamento que o levou a

³¹⁷ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

³¹⁸ CHIASSONI, Pierluigi. *El discreto placer del positivismo jurídico*. Universidad Externado, 2016.

³¹⁹ A visão exegética sobre a interpretação do direito assentou alguns dos mais conhecidos dogmas da doutrina formalista de interpretação, tais como (i) a onipotência do legislador; (ii) a unidade, completude e coerência apriorística do ordenamento jurídico; (iii) a primazia das fontes legisladas; (iv) a viabilidade do acesso à vontade objetiva e estática do legislador; (v) a primazia da literalidade como elemento mais importante para o acesso à vontade objetiva do legislador; (vi) a imputação lógica como critério de correção auxiliar à interpretação textual; e (vii) a proscrição do uso, ainda que subsidiário, do direito natural. Nesse sentido, BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, pp. 87-88; LIFANTE, Isabel. *La interpretación en la teoría del derecho contemporánea*. Tesis doctoral. Universidad de Alicante. Departamento de filosofía del derecho y derecho internacional privado. 1997, pp. 26-34; e NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2010. p. 41.

³²⁰ HART, H. L. A; *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rev. Tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Goes Penteadó Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 299-314.

enunciar a tese da indeterminação parcial do direito, pela qual sustentou, com o auxílio da categoria filosófica da “textura aberta”, que todas as formas de classificação geral de situações por meio de normas estavam fadadas à precariedade designativa.

Na interpretação desse autor, o sistema jurídico funcionaria como o facho de uma lanterna. As regras indicariam um caminho lúcido a ser seguido pelos destinatários do direito, mas seu halo de luz seria limitado³²¹. Ela não permitiria vislumbrar todo o horizonte de possibilidades de situações de fato que poderiam surgir, deixando zonas de sombra, sem qualquer luz, e zonas de penumbra, que confundiriam o discernimento daqueles em busca de orientação³²². No arranjo conceitual hartiano, essas zonas de sombra e penumbra (que gerariam as hipóteses aplicativas conhecidas como “casos difíceis”) seriam focos de indeterminação normativa, frutos da falibilidade da linguagem humana e dos abismos da vagueza e da ambiguidade.

Diferentemente, portanto, dos positivistas embrionários, Hart rejeitou o formalismo semântico³²³, que se baseava na ficção de um legislador perfeitamente racional, abraçando um contextualismo antirrealista baseado no segundo Wittgenstein. Na semântica hartiana, a capacidade orientativa das regras seria uma função direta dos acordos existentes na sociedade em relação aos critérios compartilhados de uso da linguagem. Na ausência de usos compartilhados, não haveria critérios para parametrizar a aplicação correta do direito, que chegaria ao seu limite de determinação, e demandaria uma complementação pelas autoridades judiciárias.

³²¹ “A *textura aberta do direito* significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. Entretanto, a vida do direito consiste em grande parte em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares a partir de normas precisas, que, diversamente da aplicação de padrões variáveis, não lhes exijam uma nova decisão a cada caso.” HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 175.

³²² HART, H. L. A; *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rev. Tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Goes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 68-69.

³²³ “(...) Hart rejected legal formalism as a flawed theory of legal reasoning and judicial decision making. He was acutely aware that judges in common law systems use more than just ‘logic’ when interpreting the law and resolving disputes. In his writings on interpretation, therefore, Hart sought to distance himself from the formalists. Indeed, he not only denied that positivism is a form of formalism, he argued that it is a form of antiformalism. Positivists reject the complete determinacy of the law and therefore insist that judges rely on moral considerations in at least some cases.” SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 247.

Embora a posição adotada por Hart após a sua obra magna (“O conceito de direito”) tenha evoluído em alguns sentidos, passando a contemplar o papel de outros elementos na definição dos limites de sentido das normas jurídicas³²⁴, sua teoria ficou conhecida por dedicar uma relevância exagerada ao componente linguístico³²⁵. Para ele, a dimensão causal da discricionariedade estava essencialmente ligada à descontinuidade normativa gerada pela carência de acordos linguísticos, e os limites do direito surgiam como decorrência desse fato comunicativo³²⁶.

As teorias pós-hartianas sofisticaram um pouco a explicação das causas da discricionariedade, desenvolvendo hipóteses de gatilho desse fenômeno que transcendiam a realidade linguística. Como visto no Capítulo 4, Raz atribui o surgimento da discricionariedade à ausência de conclusividade das diretrizes práticas veiculadas pelas fontes jurídicas, formulando uma teoria das lacunas de amplitude singular, que inclui hipóteses de conflito normativo e de uso de terminologia moral. Na sua visão, é o limite de inteligibilidade das instruções jurídicas que determina a limitação das diretrizes

³²⁴ Na introdução do livro “Ensaio sobre teoria do direito e filosofia”, Hart expressa uma mea culpa no seguinte sentido: “*Mas há um defeito mais grave em meu argumento a esse respeito, uma vez que é um defeito de substância e não meramente de exposição. O Ensaio 3 trata da indeterminação das regras jurídicas como se isso fosse sempre uma questão linguística, isto é, simplesmente uma função da indeterminação das palavras utilizadas na formulação de uma regra particular. De fato, como percebi posteriormente e afirmei no Ensaio 4, a questão de se uma regra se aplica ou não a determinada situação de fato não é idêntica à de se, de acordo com as convenções da linguagem estabelecidas, isto é determinado ou é deixado em aberto pelas palavras que compõem tal regra. Pois um sistema jurídico frequentemente dispõe de outros recursos, além das palavras utilizadas na formulação de suas regras, que servem para determinar seu conteúdo ou sentido em casos particulares. Assim, a exemplo do que afirmo no Ensaio 3, o propósito evidente ou consensual de uma regra pode ser utilizado para tornar determinada uma regra cuja aplicação tenha sido deixada em aberto pelas convenções da linguagem, e pode ajudar a mostrar que, no contexto de uma regra jurídica, as palavras podem ter um significado diverso daqueles que apresentam em outros contextos*”. HART, H. L. A.; *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rev. Tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Goes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010; pp. 8-9.

³²⁵ Mesmo dentro de “O conceito de direito” é possível encontrar excertos em que Hart considera a importância de outros elementos – além do literal ou gramatical, propriamente dito – na formação do sentido das proposições jurídicas. É o caso do elemento finalístico ou propositivo. Hart já considerava que a incerteza quanto aos “objetivos” dos legisladores era um dos fatores capazes de impedir a formação de consensos semânticos. HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 167.

³²⁶ Vila salienta que, embora Hart seja um antirrealista no sentido semântico da classificação, e, por isso, possa ser qualificado como um positivista mais sofisticado, sua teoria não conseguiu produzir uma justificativa mais alentada sobre o conhecimento jurídico sem cair em algum tipo de realismo semântico. “*Hartian positivism opts for partial indeterminacy because of the limits of language it imposes upon what we can assert or deny. According to antirealist semantics, these limits are ultimately those imposed by our fictional legal ontology. However, positivism does not present reasons to justify a fictional ontology based on inter-subjective agreement. Its only argument is that communication is otherwise impossible. But this answer presumes the very claim it needs to prove: that law is a communicational and not an interpretative phenomenon, and, as such, controversial.*” VILA, Maria Iglesias. *Facing judicial discretion*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 185.

jurídicas, posição semelhante à defendida por Shapiro. Já os positivistas inclusivos, como Waluchow, sustentam que a discricionariedade decorre da impossibilidade de obtenção de uma única solução correta como resultado de aplicação dos enunciados jurídicos³²⁷. Para eles, não é tanto a falta de inteligibilidade, mas a inespecificidade contextual das normas que enseja a discricionariedade.

É possível dizer que há uma certa evolução na explicação dos fatores que causam a discricionariedade dentro do positivismo analítico. Se nos trabalhos mais precoces de Hart ela era considerada como um fato comunicacional, cuja origem era reduzida a descontinuidades e ruídos linguísticos, aos poucos sua definição vai incorporando elementos de natureza diversa, representando um fato semântico de composição mais robusta, que diz respeito à ausência de critérios de correção em geral. Para os inclusivistas, até a própria moral pode figurar como critério de correção³²⁸.

Em trabalhos mais recentes que subscrevem um conceito de discricionariedade judicial de perfil positivista, a doutrina têm pontuado a existência de elementos sistêmicos e casuísticos que concorrem para a discricionariedade. Endicott³²⁹, por exemplo, sustenta a inevitabilidade da presença de uma espécie de vagueza estrutural ou de ordem superior nos sistemas jurídicos, que jamais poderia ser eliminada. Posição semelhante é defendida por Reyes Molina³³⁰, que enxerga a discricionariedade como produto combinado de uma

³²⁷ WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 201-202.

³²⁸ “*It is consistent with positivism to say that questions of political morality always have right answers, especially once these are placed within their proper ‘linguistic, philosophic and historical contexts’, and that there are always uniquely correct answers to the questions posed by moral tests. But it is also consistent with positivism to deny that there are always such answers (...)*” WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 231.

³²⁹ Para Endicott, há três argumentos que tornam o direito necessariamente vago e, por isso, indeterminado. Esses argumentos indicam que: (i) a precisão, embora produza previsibilidade, nem sempre é uma boa característica, pois pode obstaculizar a concretização de outros objetivos jurídicos; (ii) a natureza sistemática do direito faz com que este contenha técnicas interpretativas que podem relativizar a precisão semântica, nas hipóteses em que ela produza arbitrariedades; e (iii) a precisão, embora contrária à vagueza, nem sempre é útil para a disciplina das condutas, porque, dada a grande variedade de situações a serem reguladas pelos sistemas jurídicos, a função de controle social exige o uso de termos classificatórios genéricos. ENDICOTT, Timothy. *Law is necessarily vague*. *Legal theory*, v. 7, n. 4, p. 379-385, 2001.

³³⁰ “*My argument is stated as follows:*

a) *a typical rational legal system has an interpretative code with more than one interpretative directive;*
b) *a typical rational legal system contains the non-liquet rule;*
c) *necessarily, if a rational legal system has as interpretative code with more than one interpretative directive and it contains the non-liquet rule, then in this system, legal interpretation is discretionary;*
c) *thus, in a typical rational legal system, legal interpretation is discretionary.*” MOLINA, Sebastián A. Reyes. *Judicial discretion as a result of systemic indeterminacy*. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 33, n. 2, p. 369-395, 2020; p. 371.

série de postulados sobre os sistemas jurídicos. Barak³³¹ considera como fontes substantivas da discricionariedade as incertezas decorrentes da linguagem das normas legais e jurisprudenciais; do esquema normativo em que elas se inserem; das circunstâncias de aplicação; e das lacunas. Ángeles Ródenas³³², por sua vez, considera que problemas de vagueza, ambiguidade, lacunas e de incoerência seriam causas de indeterminação que poderiam ser resolvidos mediante convenções interpretativas. A discricionariedade somente entraria em jogo nas hipóteses de indeterminação causadas por problemas de derrotabilidade radical das normas jurídicas, que seriam aqueles que conduziriam a soluções baseadas em critérios alheios ao que o próprio direito estabelece.

De certa forma, a abordagem conceitual de Dworkin para a discricionariedade também parece defluir da consideração da sistematicidade como um traço inerente à prática jurídica³³³. Mas, ao contrário do que sucede com os positivistas, o interpretativismo não imputa qualquer tipo de descontinuidade, indeterminação ou precariedade aos sistemas jurídicos. Na perspectiva dworkiniana, os ordenamentos jurídicos são representados alegoricamente à maneira de uma trama inconsútil disposta como rede geodésica³³⁴, em que cada proposição jurídica é sustentada por um conjunto de argumentos de princípios de graus de abstração crescentes. Essa disposição busca traduzir o estofamento argumentativo que suporta cada uma das normas jurídicas e os sistemas como um todo.

Diferentemente da interpretação de alguns críticos, a completude concebida por Dworkin não é uma evidência de regresso ao formalismo³³⁵. No interpretativismo, o que

³³¹ BARAK, A. *Judicial discretion*. New Haven and London: Yale University Press, 1989, pp. 46-89.

³³² “Finalmente, el análisis de los conceptos de indeterminación y de derrotabilidad me ha abonado el terreno para ocuparme de dos aspectos fundamentales en la aplicación judicial del derecho: la actividad interpretativa y la discrecionalidad. Respecto de la actividad interpretativa, he señalado que el proceso interpretativo está encaminado a resolver los problemas de indeterminación del derecho debidos a imprecisiones lingüísticas y a dificultades de coherencia normativa o congruencia. (...) Con respecto a la discrecionalidad, he señalado que entraria en juego en aquellos casos en los que la indeterminación del derecho se debe a problemas de derrotabilidad radical de las normas jurídicas”. RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Marcial Pons, 2012, pp. 50-51.

³³³ Nesse sentido, é oportuno citar a instigante pesquisa de Pérez-Bermejo, que defende, de forma bastante original e controversa, a tese de que o interpretativismo poderia, sim, ser considerado como um modelo compatível com a inspiração teórica dos sistemas. PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. *Coherencia y sistema jurídico*. Marcial Pons, 2006.

³³⁴ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 227.

³³⁵ Essa opinião é sustentada, por exemplo, por Scott Shapiro. SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 261.

nutre a ideia de correção de uma afirmação jurídica não é a correspondência com algum elemento ideal metafisicamente independente, mas a coerência teórico-argumentativa de uma afirmação à luz do esquema de princípios embutido concretamente na história institucional. Essa coerência não é obtida apenas pela apuração de um fato semântico decorrente de acordos quanto a critérios de uso de palavras, mas pela construção de um fato interpretativo nascido do um acordo de convicções sobre os padrões de moralidade-política que melhor sustentam uma conclusão.

O conceito doutrinal de direito do interpretativismo³³⁶ captura uma realidade que ultrapassa as fronteiras da semântica, considerando o sentido da linguagem dentro de um empreendimento social maior, cujo gênero é tão construtivo como a arte. Nesse tipo de empreendimento social, os consensos são platôs de sentido que viabilizam a interação social, e cujos hiatos de sentido podem ser superados de forma argumentativa pela defesa fundamentada das melhores concepções³³⁷. Não custa lembrar a distinção analítica que Dworkin faz entre dois níveis proposicionais no direito (o das proposições em geral e o das proposições fundamentais). Distanciando-se, portanto, da “imagem teórica padrão” que é professada pelo positivismo³³⁸ – que equipara a atividade jurídica a um jogo ou ato

³³⁶ Em “Justiça de toga”, Dworkin apresenta uma conceitografia em que especifica quatro usos para o conceito de direito, a saber: doutrinal, sociológico, aspiracional e taxonômico. O conceito doutrinal seria o mais relevante, refletindo uma espécie de uso prático do termo “direito”, verificado no discurso de advogados e juízes, em que são formuladas proposições com pretensão de verdade sobre quais os direitos e deveres o sistema jurídico reconhece. O conceito sociológico, por sua vez, remete a investigações sobre a existência de um tipo de estrutura social específica, em que o direito descreve uma das complexidades que caracteriza o funcionamento de uma sociedade. Dworkin também se refere a um conceito taxonômico de direito, que seria empregado para descrever o conjunto de regras que compõem a galeria jurídica de uma determinada comunidade política em determinado momento. E ainda menciona o conceito aspiracional de direito, que seria empregado para referir concepções ideais de alguns postulados jurídicos DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 4-9.

³³⁷ “Clearly, a theory of legal determinacy should explain not only what permits communication and agreement, but also how disagreement prevents communication. Dworkin shows that disagreement does not prevent communication. He does so by resorting to the distinction between concept and conception. Legal disagreement arises between different conceptions about how to render meaningful a common shared idea. These general conceptions are different answers to the same question, namely what are the features that render law a justification to state coercion. Disagreement among conceptions is meaningful because each position may identify alternative proposals to reflect contents of the legal practice. The question then is which among the possible versions of the legal phenomenon is the best interpretation of law as a justification for state coercion.” VILA, Maria Iglesias. *Facing judicial discretion*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 185.

³³⁸ A expressão imagem teórica padrão (“standard picture”) é utilizada por Mark Greenberg, responsável pela teoria do impacto moral, para se referir a teorias jurídicas (não limitadas ao positivismo) que (i) consideram o conteúdo do direito como uma função do significado linguístico (ou mental) de certos textos jurídicos; (ii) subscrevem o “paradigma do comando”, modelo jurídico em que os cidadãos são obrigados a fazer aquilo que o legislador preceitua, apenas em razão da sua condição de autoridade normativa; (iii) admitem que as normas jurídicas são constituídas simplesmente porque foram criadas por pessoas em posição de autoridade; e (iv) abraçam a tese do atomismo, segundo o qual o significado de normas

comunicativo, cujas proposições assumem a forma de instruções – o interpretativismo prefere a metáfora do direito como cortesia, que supõe que a cognição jurídica carrega (sempre) uma pretensão justificadora dignificante.

É por essa razão que Dworkin rejeita a concepção da discricionariedade como um subproduto da escassez de parâmetros de correção. Ela não é uma questão de precariedade semântica, mas de complexidade argumentativa³³⁹. A seu ver, a discricionariedade é uma demanda por julgamento interpretativo que existe em qualquer tipo de aplicação judicial do direito, seja em um caso claro ou difícil. A diferença entre eles está na profundidade, na abstração e no grau de reflexão que será necessário produzir em situações que suscitem controvérsias mais complexas. Mas, a depender do contexto, um caso simples pode se converter em um caso complexo, sem que se tenha presente, nessa hipótese, qualquer crise comunicativa.

Os diferentes gradientes de profundidade argumentativa ocasionalmente exigirão dos juízes uma “ascensão justificadora³⁴⁰” para solucionar um caso atípico. Mas a dificuldade ínsita a essas hipóteses não defluiria da existência de um deserto de critérios de correção, de um abismo de parâmetros ou de um labirinto de parâmetros normativos que impediria a formação de julgamentos sobre o que é verdadeiro ou não segundo o direito. Na verdade, a variação de complexidade seria uma circunstância típica e indelével de práticas valorativas como o direito. Essa a razão pela qual Dworkin considera que, nesse tipo de práticas, só se pode falar na existência de uma discricionariedade fraca, que seria difusa, implícita e inerente à atividade interpretativa em geral, já que o objetivo da prática seria o de prover determinação por meio da construção interpretativa.

Como se pode ver, a tensão entre positivismo e interpretativismo se fundamenta em um choque de visões sobre a imagem e o objetivo da prática jurídica. Enquanto positivistas enxergam o direito como fato comunicativo, estruturado como um sistema de

individuais é explicativamente anterior ao conteúdo do direito como um todo. GREENBERG, Mark. The standard picture and its discontents. Oxford Studies in the philosophy of Law, v. 1, p. 08-07, 2010.

³³⁹ “Venho perguntando como Hércules deve ler uma lei quando a sua linguagem não for clara, ou seja, quando seu sentido não se impõe por si mesmo. Mas como ele decide se é clara, caso em que nada mais tem que fazer, ou obscura, caso em que precisa mobilizar o aparato complexo e politicamente sofisticado que acabo de descrever? (...) O qualificativo ‘obscuro’ é mais o resultado que a ocasião do método de Hércules para interpretar as leis. Só chamaremos uma lei de obscura quando existem bons argumentos para cada uma das duas interpretações em confronto.” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição: São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 419-421.

³⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp 81-82.

instruções comportamentais transmitidas na forma de regras, cujo sentido é obtido a partir das convenções semânticas para garantir orientação de conduta, no interpretativismo o direito é um fato teórico-moral, formado pela concatenação de uma rede implícita de argumentos de moralidade política, que tem o objetivo de justificar da maneira mais íntegra possível as decisões e comportamentos estatais.

3.2.2. Dimensão motivacional-epistemológica: a discricionariedade como fato atitudinal

O positivismo hartiano sustenta que a precariedade da linguagem enseja déficits de orientação normativa. Hart credita a esse déficit um impacto avassalador nas condições de sentido do direito, o que o levou a fazer a alegar que, quando as coordenadas semânticas fracassam, o direito se torna indeterminado. Para a sua doutrina, esse estado de indeterminação parcial provocaria pelo menos três consequências cruciais no plano da aplicação judicial do direito, todas elas pertinentes à motivação epistemológica dos juízes.

A primeira e mais relevante implicação corresponde à perda do caráter vinculante do direito. Na intuição hartiana, quando os critérios jurídicos existentes são vagos, lacunosos ou contraditórios e as convenções interpretativas não permitem resolver essas inconsistências de forma inequívoca, a força prática do direito fica prejudicada. Sem parâmetros crítico-reflexivos dotados daquele efeito que Raz qualificou como força exclusionária, as normas vigentes já não atuam de modo impositivo, como razões para agir operativas e concludentes, mas como fatores a serem considerados e sopesados como alternativas de solução.

No pós-escrito de “O conceito de direito”, Hart designou esses preceitos como inconclusivos³⁴¹. A inconclusividade é o sinal indicativo de que, no contexto de algumas controvérsias, a impositividade das normas jurídicas não é suficiente para ditar uma decisão, o que compele juízes a buscar uma resposta “além do direito”. Uma vez que a incidência de uma norma é determinada não pela sua validade, mas pela sua relevância ou pelo seu peso no caso concreto, a imperatividade jurídica seria originada de um juízo de hierarquia valorativa que somente é concretizado no momento da decisão, não antes.

A segunda consequência da tese da indeterminação é a alteração da natureza do ato de decisão judicial. Em razão da indisponibilidade de padrões jurídicos conclusivos e

³⁴¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, pp. 336-339.

da presença de uma regra secundária típica dos sistemas jurídicos – a saber, a regra do *non liquet*, que exige que juízes pacifiquem qualquer conflito por meio de uma solução determinada – os atos decisórios proferidos em hipóteses de precariedade linguística não podem ser considerados como operações propriamente cognitivas, de descobrimento de sentido, mas como atos estipulativos, de escolha³⁴² ou de seleção entre opções disponíveis³⁴³ admitidas como legítimas pelo sistema³⁴⁴. Nessas ocasiões, os juízes recorreriam às suas convicções morais sobre os critérios de interesse público mais apropriados, escolhendo³⁴⁵, a partir deles, a solução para o caso difícil.

É interessante registrar que, em 2013, a revista de direito de Harvard conseguiu publicar o esboço de um ensaio da lavra de Hart – que até então se considerava perdido – no qual ele apresenta uma síntese de ideias sobre o conceito de discricionariedade (não apenas judicial, mas em geral) para um grupo de discussão naquela universidade. Nesse documento, Hart se aproxima de uma definição da discricionariedade por meio do seu conhecido método de casos claros e limítrofes, e, em certo momento, lista quais são as características típicas desse fenômeno, momento no qual ele acrescenta uma ressalva original (pelo menos em relação ao restante de sua obra) para diferenciar as noções de escolha e discricionariedade.

Dada a pertinência, a passagem em questão segue reproduzida, em tradução livre, a seguir:

Eu acho que o primeiro ponto que aprendemos da consideração do uso do termo (discricionariedade) fora do direito, é que seria um equívoco identificar a noção de discricionariedade com a noção de escolha (tout court). Essas

³⁴² Em sua monografia sobre o tema, Aharon Barak cita diversos exemplos de definições utilizadas por juristas anglo-americanos que adotam essa postura. Nesse sentido, cita, por exemplo, definições de Hart e Sacks (doutrina do direito como processo): “*Discretion means the freedom to choose between two or more courses of action each of which is thought of as permissible*”; e do lendário juiz Oliver Wendell Holmes Jr. “*Where there is doubt the simple tool of logic does not suffice, and even if it is disguised and unconscious, the judges are called upon to exercise the sovereign prerogative of choice*”. BARAK. A. *Judicial discretion*. New Haven and London: Yale University Press. 1989, p. 7 e pp. 69-70.

³⁴³ Essa concepção de discricionariedade possui ecos na literatura brasileira, que podem ser encontrados, entre outros, em GICO JR, Ivo T. *Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário (Choice Hermeneutics and the Judiciary Law-Making Function)*. R. Dir. Empresarial-RDemp, Belo Horizonte, ano, v. 15, p. 55-84, 2018; e DIMOULIS, Dimitri. *Discricionariedade e justificação. Reflexões sobre a visão juspositivista da interpretação jurídica*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 9, n. 31, p. 855-866, jan./abr. 2015.

³⁴⁴ “*Judicial discretion, according to our definition, is the power given to the judge to choose from among a number of possibilities, each of them lawful in the context of the system.*” BARAK. A. *Judicial discretion*. New Haven and London: Yale University Press. 1989, p. 90.

³⁴⁵ HART. H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 16

noções são diferentes, embora relacionadas. (...) existe um tipo de escolha que não deveríamos enquadrar como exercício de discricionariedade, nomeadamente aquelas em que nós meramente cedemos aos nossos desejos ou caprichos imediatos. Você gostaria de um martini ou de um sherry? Você escolhe um martini, e eu te pergunto porquê; você responde, “Porque eu prefiro, somente por isso”. Aqui, me parece, seria absurdo falar em uma discricionariedade sendo exercida; aquele que escolheu o fez sem nenhum princípio justificativo; ele não está tentando fazer algo que ele traduziria como uma ação sábia ou convincente ou capaz de efetivar um princípio que mereça aprovação racional, e sua escolha não atrai nenhum tipo de objeção por nenhum desses padrões.

(...)

Quando consideramos o uso da discricionariedade no Direito, nós estamos considerando o seu uso por agentes que estão vinculados a responsabilidades de cargos públicos. Por isso, compreende-se que, se a conduta desses agentes não estiver rigidamente determinada por regras rígidas, existindo uma margem de escolha para eles, eles deverão escolher responsabilmente, tendo em consideração o seu cargo, e não a condescendência com caprichos baratos ou sofisticados, embora possa acontecer que o sistema não ofereça um recurso para impugnar decisões baseadas em caprichos.

(...)

Me parece, portanto, que a discricionariedade ocupa um lugar intermediário entre escolhas ditadas por caprichos puramente pessoais ou momentâneos e aquelas que são tomadas por métodos de efetivação de objetivos claros ou para se conformar com regras cuja aplicação ao caso concreto seja óbvia.

(...) a característica distintiva da discricionariedade é que remanesce uma escolha a ser feita pela pessoa autorizada a exercer a discricionariedade, que não é determinada por princípios que possam ser formulados antecipadamente, embora os fatores que devemos levar em consideração via ponderação criteriosa possam ser identificáveis³⁴⁶.

Positivistas não ignoram a conexão de sentido que existe entre princípios gerais ou políticas públicas e decisões judiciais. Para Hart e alguns dos seus principais intérpretes, normas jurídicas inconclusivas podem (e devem) funcionar como pautas de referência para a decisão³⁴⁷. Todavia, na compreensão desses doutrinadores, essa referência é indireta, e a aplicação de padrões inconclusivos é muito mais um produto de foro pessoal dos juízes, fruto de suas crenças e valores a respeito do melhor desfecho para uma causa, do que o reflexo de uma orientação prévia que estaria sendo simplesmente

³⁴⁶ HART, H. L. A. Discretion. *Harvard Law Review*, v. 127, 2013, pp. 656-661.

³⁴⁷ “Muitas vezes, ao decidir tais casos, os tribunais citam algum princípio, objetivo ou propósito geral que já se vê exemplificado ou acolhido por uma área considerável do direito existente, e que aponta para uma resposta determinada para o problema. Mas admitir isso não equivale a admitir a correção de uma teoria holística geral do direito como um sistema sem lacunas, como propõe Dworkin (...). Pois embora a busca e o uso de princípios subjacentes ao direito adiem o momento em que isso ocorre, eles não podem eliminar, contudo, a necessidade de um poder legislativo (law-making power) do judiciário, uma vez que, em casos difíceis, podem surgir princípios diversos a apoiar analogias conflitantes, fazendo com que o juiz tenha que escolher entre elas, confiando, como um legislador consciencioso, em sua percepção daquilo que é melhor e não apenas em uma ordem prévia de prioridades entre os princípios que já lhe são prescritos pelo direito”. HART, H. L. A.; *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rev. Tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Goes Penteadó Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010; p. 8.

descoberta e acatada. O que ocorreria, nesse contexto, não poderia ser qualificado como um ato neutro de aplicação do direito, mas como uma hipótese de criação judicial de direito novo.

Parte da explicação desse modo de ver as coisas deflui do ceticismo meta-ético que está implícito na medula teórica de muitos positivistas, entre os quais Hart. Autores com essa bagagem partem da pressuposição de que, por não viabilizar a intelecção de uma diretriz ou instrução clara, os padrões jurídicos de sentido aberto e controverso seriam insuscetíveis de avaliação objetiva. Sem um coeficiente de objetividade confiável, o manejo desses padrões seria equiparável à aplicação de valores, julgamento tipicamente sujeito a preferências pessoais. Como a objetividade moral seria uma questão tão inconclusiva³⁴⁸ como o sentido de cada uma das normas morais, a atitude que se poderia esperar de juízes em casos difíceis seria uma só: a de fazer o melhor que puderem fazer à luz de suas próprias convicções éticas.

A terceira implicação da teoria hartiana da indeterminação vem a ser uma transição ou reconfiguração nos termos de racionalidade das decisões judiciais. À míngua de um acordo claro quanto ao significado das normas jurídicas, já não se poderia falar que uma sentença que cria direito novo seria correta ou incorreta à luz dos parâmetros crítico-reflexivos do direito.

O entendimento desse ponto requer uma certa cautela. Nenhum dos autores positivistas estudados ao longo deste trabalho jamais defendeu que, diante da falta de critérios de correção, decisões discricionárias poderiam ser arbitrárias³⁴⁹ ou irracionais³⁵⁰.

³⁴⁸ Vale registrar que não é só a falta de objetividade que pode gerar problemas no raciocínio moral, mas também a incomensurabilidade das razões morais. Alguns autores positivistas, como Raz, são cognitivistas morais. Todavia, entendem que a solução de questões morais pode ser obstaculizada pela incomensurabilidade de valores e razões morais. Essa característica do raciocínio moral é uma das razões que fundamenta a defesa raziana da concepção da autoridade jurídica como serviço.

³⁴⁹ Ao considerar as limitações substantivas ao exercício da discricionariedade, Barak pondera que ela envolve o seguinte padrão de racionalidade: *“It includes, of course, a prohibition against arbitrariness, yet it consists of more than this. At the center of this determination lies the requirement that the judicial discretion be rational and that it consciously take into account the structure and development of the normative system, of the judicial institutions that create and apply these norms, and of the interrelationship among judicial and legislative and executive branches of government.”* BARAK. A. *Judicial discretion*. New Haven and London: Yale University Press. 1989, p. 25.

³⁵⁰ *“I think it is not too much to say that decisions involving discretion are rational primarily because of the manner in which they are made, but of course the word “manner” here must be understood to include not only narrowly procedural factors and the deliberate exclusion of private interest, prejudice, and the use of experience in the field but also the determined effort to identify what are the various values which have to be considered and subjected in the course of discretion to some form of compromise or subordination. (...) I think the suggestion that we never reach the “leap” is just as wrong as a description of discretion as a mere arbitrary choice would be. It seems to me clear that just because there is a point at*

O que eles sugerem é que o critério de validação racional já não possui as formalidades típicas de um juízo de correção formal, aproximando-se, na verdade, de um juízo de coerência amplo, que contemplará avaliações de consistência sistêmica, coerência principiológica, continuidade narrativa, simetria analógica, entre outros³⁵¹. Por impossibilitar um controle rigoroso sobre a pertinência dos critérios racionais utilizados por juízes, a penumbra dos casos difíceis exigiria a criação de novas normas³⁵².

Um bom exemplo de como positivistas percebem o esgotamento dos critérios de correção nos casos difíceis pode ser conferido do seguinte trecho:

(...) Mesmo com uma pesquisa de intencionalidade normativa e com a busca da “integridade”, com aceno e reverência à história institucional do sistema, 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 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 incorreta³⁵³.

which we can no longer be guided by principles and at the best can only ask for the confirmation of our judgment by persons who have submitted themselves to a similar discipline before deciding, that we have in discretion the sphere where arguments in favor of one decision or another may be rational without being conclusive”. HART, H. L. A. Discretion. Harvard Law Review, v. 127, 2013, pp. 664-665.

³⁵¹ Nesse sentido, BARAK. A. Judicial discretion. New Haven and London: Yale University Press. 1989, pp. 152-167.

³⁵² Na literatura brasileira, o tema é tratado por Sérgio Nojiri, que endossa a existência de um poder criativo dos tribunais, nos seguintes termos: “*Essas ilações levam à seguinte conclusão: a prática (e também a teoria) demonstra que a racionalidade da decisão judicial (e, portanto, seu controle) é apenas parcial (ou limitado). Algumas decisões judiciais, sobretudo as de fácil solução, submetem-se, sem maiores problemas, ao controle de racionalidade. Todavia, os hard cases são de difícil controle. Não há método ou intérprete existentes neste mundo que tenham a capacidade de definir, de forma absoluta e categórica, qual a melhor resposta para um caso difícil. Nesse sentido, não há exagero nenhum em se afirmar que o próprio direito representa uma combinação de elementos racionais e irracionais. (...) Aceitar que o juiz cria norma jurídica, atribuindo significados a textos legais, e que, em alguns casos, não há como se verificar se a opção realizada foi a melhor existente, além de ter consciência da riqueza de valores que habitam este mundo, é ser tolerante.*” NOJIRI, Sérgio. A interpretação judicial do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 204-205.

³⁵³ AMORIM DE ALMEIDA, Bruno Torrano. Discricionariedade judicial e teoria do direito. In Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013, p. 62.

A ausência de orientação vinculante, a necessidade de criação de direito novo e a peculiar racionalidade valorativa incidente em casos difíceis compõem o mosaico motivacional-epistemológico que o positivismo atribui à atuação discricionária de juízes.

Esses elementos formatariam uma perspectiva atitudinal singular e distinta da que rege o comportamento judicial nos demais casos. Norteadas pela crença na distinção entre casos claros e difíceis, essa doutrina pressupõe que há um limiar para o conhecimento neutro do conteúdo jurídico. Até certo ponto de consenso linguístico, ela consente que juízes poderiam reconhecer o sentido das proposições jurídicas a partir de uma atitude não comprometida valorativamente. As convenções presentes no comportamento judicial e as características institucionais das fontes do direito explícito permitiriam esse distanciamento. Isso já não seria possível nas fronteiras de escuridão e penumbra típicas da discricionariedade, quando a atuação judicial seria inevitavelmente influenciada por convicções de moralidade de foro pessoal³⁵⁴.

Todos os positivistas pós-hartianos mantiveram o compromisso com a tese da indeterminação parcial do direito, em especial quanto ao ponto da necessidade de atos judiciais de criação judicial de direito novo para solucionar algumas espécies de controvérsias jurídicas. Na terminologia dos exclusivistas, a indeterminação normativa é sintoma da incapacidade do direito de fazer “diferença prática” na vida de autoridades e cidadãos, enquanto, para os inclusivistas, a indeterminação é sinal de que a pretensão de controle das relações sociais (uma propriedade inerente a todas as normas) falhou na regulação efetiva de uma situação concreta, que não teria resposta correta. Mas apesar desse consenso de base, os autores pós-hartianos trouxeram *insights* diferentes sobre algumas das consequências acima discernidas.

Raz, por exemplo, sustentou a intrigante posição de que, embora todos os termos morais introduzam flancos de indeterminação no direito, nem sempre a solução judicial desses casos traduzirá uma escolha ou eleição. Esse autor considera que, quando o direito recorre a termos morais, esse mecanismo de reenvio traduz um comando, e a moral se torna tão vinculante como qualquer norma jurídica, não entregando ao juiz nenhuma

³⁵⁴ “Utilizar, na descrição da interpretação do Direito, a terminologia sugerida de uma fusão ou incapacidade de separação entre o que é e o que deveria ser servirá apenas (como histórias anteriores de que os juízes só encontram o direito, nunca o criam) para encobrir os fatos, que aqui, mais do que em qualquer outro lugar, vivemos em meio a incertezas dentre as quais devemos escolher, e que o Direito existente impõe apenas limites à nossa escolha e não a própria escolha”. HART, H. L. A.; *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rev. Tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Goes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 95.

reserva de opção. Shapiro já prefere uma posição alternativa. Para ele, um critério moral pode, sim, exercer um papel discreto de orientação prática, eliminando opções rivais do planejamento das pessoas.

Seja como for, é interessante notar que nem Raz, nem Shapiro, consideram que a indeterminação significa uma completa ausência de parâmetros de decisão³⁵⁵, mas um apelo para que, ao exercer a discricionariedade, juízes adotem uma estratégia de racionalidade indiretamente atenta ao direito. Em Raz, juízes devem observar as regras de discricionariedade últimas, pautando suas decisões em argumentações morais que tentem mimetizar a estrutura normativa do direito (“reasoning according to the law³⁵⁶”), enquanto em Shapiro os novos planos devem atentar para a racionalidade instrumental do planejamento como um todo, o que implica o respeito a compromissos de cooperação básicos, como concretização, consistência e estabilidade.

Já o campo dos inclusivistas considera que, ao menos em algumas hipóteses, é possível falar na existência de consensos mínimos ou profundos quanto à terminologia moral, situação que diminuiria os casos de inconclusividade. Em razão disso, nem sempre a inconclusividade semântica se converteria em um fator de enfraquecimento do poder vinculante do direito, já que o discernimento típico de certas cláusulas morais – como a autonomia ou a isonomia – pode contribuir para a determinação normativa. Todavia, tanto Coleman quanto Waluchow reconhecem que, muitas vezes, a introdução de linguagem de sentido aberto dificulta a obtenção de uma única resposta correta, e obriga juízes a construir respostas que, conquanto plausíveis, não podem ser tidas como implicações diretas do direito pré-existente, o que permite qualifica-las como direito novo.

O interpretativismo contesta frontalmente todas as premissas e implicações que o positivismo hartiano imputa à tese da indeterminação parcial do direito. Na concepção dworkiniana, princípios e outros padrões de terminologia mais aberta não introduzem frestas de sentido no ordenamento jurídico. Na verdade, eles enriquecem, amadurecem e

³⁵⁵ A propósito, Bruno Torrano pondera o seguinte: “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. (...) Mas esses limites normativos, em muitos casos, serão mínimos, não havendo como catalogar-se com um grau de certeza considerável qual decisão é legalmente correta, e qual não é”. AMORIM DE ALMEIDA, Bruno Torrano. Discricionariedade judicial e teoria do direito. In Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013, p. 59.

³⁵⁶ RAZ, Joseph. *On the autonomy of legal reasoning*. In. Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics. Oxford University Press, 2001. pp. 330-331.

amplificam o conteúdo das normas jurídicas com padrões de moralidade política que demandam uma atividade de aplicação mais crítica e mais reflexiva do que a mera imposição intuitiva. A inconclusividade de um padrão jurídico realmente intensifica a controvérsia sobre o seu sentido, mas isso não seria um sinal de indeterminação, nem muito menos de ausência de normatividade.

O que a ampla presença de controvérsias demonstra, na opinião de Dworkin, é que o direito é um empreendimento que transcende a dinâmica coordenativa de um jogo de convenções. Na sua doutrina, o direito não é apenas um manual de instruções, mas também (e ao mesmo tempo) uma fonte de inspiração, que não nos pede apenas para compreender a diretriz estipulada na dicção de um ato institucional, mas para validar essa mensagem à luz dos princípios que justificam a história institucional como um todo.

O substrato de moralidade política da prática jurídica – uma rede implícita de argumentos de princípio encadeados por uma teorização coerente – seria uma espécie de fonte comunitária³⁵⁷ que deveria funcionar como filtro validador das fontes sociais. Essa fonte comunitária, que fluiria de uma obrigação moral associativa existente na própria constituição dos sistemas jurídicos – e não da clareza ou da conclusividade semântica – é o que empresta normatividade aos princípios.

Portanto, reconhecer algo como direito, para Dworkin, é participar de uma experiência filosófica ampla (e moral, do começo ao fim), em que juízes avaliam os princípios morais integrantes da história de uma comunidade jurídica, capturam o melhor sentido desses princípios e, a partir deles, validam as normas explicitamente aprovadas pelas instituições políticas. Esse é o motivo pelo qual Dworkin não vislumbra diferenças relevantes entre decisões de casos claros e difíceis. A seu ver, a teoria é o prólogo de todas as decisões judiciais. A diferença dos casos claros estaria no fato de que, neles, esse prólogo seria silencioso. Já nos difíceis, o recurso à argumentação abstrata seria mais ostensivo e eloquente, o que transmitiria a aparência de uma decisão criativa.

³⁵⁷ Ao usar a expressão “fonte comunitária”, o que se quer ressaltar é que, para Dworkin, o sentido do direito é condicionado não só pelas fontes sociais e práticas institucionais, mas também por considerações morais que fluem, em sua origem, do laço comunitário que une os cidadãos de uma sociedade democrática em torno da responsabilidade de buscar as interpretações mais coerentes do esquema de princípios vigente. Por meio do desenvolvimento dessa responsabilidade, os intérpretes atribuem diferentes convicções sobre a relevância moral das fontes sociais. Apesar dessa origem comunitária, a construção da doutrina política dworkiniana tem uma inspiração liberal que se distancia de teorias da justiça de viés comunitarista.

Entretanto, todas as decisões judiciais seriam, sempre, criativas e aplicativas a um só tempo. Isso se deve ao fato de que a racionalidade jurídica embute uma dinâmica reflexiva que sempre suscita uma combinação entre juízos de forma ou de encaixe (“fit”) e de mérito ou de justificação (“justification”). Diferentemente do que aduzido pelos positivistas hartianos, não seria possível enxergar duas modalidades de atitude epistemológica nas decisões judiciais – uma mais formal, fundada no convencionalismo semântico; e outra mais subjetiva, decorrente da adequação moral. A prática judicial transcorreria sob uma identidade epistêmica unificada, que se manifestaria em dimensões coligadas e simultâneas, por meio de um jogo de checagem mútua entre razões de forma e de mérito, que se revezariam continuamente, no intuito de prover a melhor justificação possível segundo os propósitos da prática.

Por isso, mesmo que fundamentada em uma visão de moralidade política controversa, cuja conclusão tenha sido acesamente dividida em um colegiado de juízes, uma decisão que aplica um princípio jurídico jamais poderia ser vista como criadora de direito novo. Ela apenas estaria trazendo para a superfície os argumentos de moralidade que seriam inerentes ao contexto histórico de uma comunidade jurídica. Os desacordos gerados no caminho seriam parte de um processo de autopurificação ínsito ao direito, e não a evidência de qualquer inconsistência genética.

Uma das mais poderosas críticas de Dworkin se dirige contra o quietismo conceitual do positivismo hartiano. Dworkin alega que, no intuito de atingir uma neutralidade duvidosa, Hart acoplou ao conceito do direito uma natureza social que o cegou para o fato de que o direito é uma prática que se caracteriza pela contínua reproblemática conceitual. Teorizar sobre o direito seria, antes de tudo, ingressar em uma disputa pelo conceito de conceito, dilema esse que se apresenta nos desafios decisórios dos juízes. Essa a razão pela qual Dworkin enfatiza o fato de que a prática jurídica possuiria duas dimensões proposicionais, e que a mais básica delas – a das condições de verdade da prática, onde se inserem as “ground rules” – seria inteiramente moral e filosófica, razão pela qual esse tipo de racionalidade nunca poderia ser desconsiderado do plano das decisões judiciais.

3.2.3. Dimensão funcional: a discricionariedade como fato institucional

A última dimensão ínsita ao fenômeno da discricionariedade judicial vem a ser a dimensão funcional, que coloca o enfoque não na causa (a realidade semântica) ou nas

motivações (a realidade atitudinal) associadas à discricionariedade, mas, sim, na função que é exercida por magistrados quando do exercício de juízos discricionários.

Dentro do pensamento hartiano, a crença na precariedade da linguagem traz como consequência uma atitude judicial voltada a produzir direito novo. Em virtude disso, positivistas geralmente enfatizam que juízes possuem algum tipo de liberdade, autonomia ou poder de avaliação moral para decidir casos difíceis. Conforme assinalado no pós-escrito de “O conceito de direito”, desde que satisfaça as condicionantes próprias da função jurisdicional, “*o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito*” e – ao mesmo tempo – o “*juiz tem o direito de seguir padrões ou razões que não lhe são impostos pela lei e podem diferir dos utilizados por outros juízes diante de casos difíceis semelhantes*”³⁵⁸.

Para Hart, esse especial poder discricionário deve ser compreendido como uma função legislativa intersticial³⁵⁹. Ela seria não só uma necessidade decorrente do uso de termos classificatórios pelo direito, mas, sobretudo, uma conveniência ou característica positiva dos sistemas jurídicos, construída com o intuito de preencher os limites de previsibilidade do legislador. Na medida em que a capacidade especulativa do pensamento humano é finita, os critérios normativos escolhidos pelo legislador sempre estarão à mercê de um déficit de aplicabilidade gerado por eventos imprevisíveis ou excepcionais. A ideia de textura aberta representa justamente essa finitude designativa.

O poder discricionário surge, então, como um fato institucional, traduzido na troca da ênfase generalista que decorre do princípio da legalidade pela admissão de um certo nível de flexibilidade particularista, a ser exercido pelo discernimento moral de autoridades judiciárias³⁶⁰. Nessa leitura, o “Rule of law” seria melhor servido pela abertura dos sistemas jurídicos a decisões judiciais criativas do que pela rendição

³⁵⁸ HART. H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 352.

³⁵⁹ Barak salienta que essa função intersticial é semelhante à competência legislativa secundária ou complementar, que pode ser delegada a instâncias legislativas ou executivas. “*One may, in this regard, liken the judge to a secondary legislature. The secondary legislature, too, operates in a given framework, has a limited number of possibilities open to it. The statute restricts the scope of considerations. Yet in the context of all these, the secondary legislature exercises discretion. The same is true for the judge. He has limited, not Absolute, discretion. Yet, in the context of these limitations, discretion exists, for limitations are neither sufficiently encompassing nor sufficiently clear to provide an answer to every question that arises*”. BARAK. A. *Judicial discretion*. New Haven and London: Yale University Press, 1989, p. 33.

³⁶⁰ HART. H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 168-170.

incondicional da sociedade a formalismos conceituais impossíveis, pelos quais juízes dissimulariam o respeito a normas pré-existentes mediante a utilização de critérios artificiais para solucionar casos que jamais poderiam ser previstos antecipadamente.

Na perspectiva de Hart, a existência de uma função legislativa intersticial seria conveniente por diversos motivos. Em primeiro lugar, porque a constituição e o funcionamento dos órgãos representativos seria inapropriado para acolher esse tipo de atividade, que seria mais bem executada por um órgão já acostumado a emitir decisões particularistas, como o judiciário. Segundo, porque o uso do poder discricionário seria um recurso pontual, limitado normativa e institucionalmente pela legislação constitucional e processual em geral, e não permitiria mudanças de grande magnitude no conteúdo do direito³⁶¹. Terceiro, porque as decisões judiciais seriam submetidas a diversos níveis de escrutínio hierárquico, o que garantiria meios de correção de erros de interpretação³⁶². E por último, porque, no limite, ainda seria reservada ao parlamento a possibilidade de revisar os critérios utilizados em decisões judiciárias para o futuro³⁶³, alterando o ordenamento em sentido inverso ao consolidado na jurisprudência.

Com visto no Capítulo 2, os positivistas exclusivistas foram os que se dedicaram mais extensamente a desenvolver o significado da discricionariedade como fato institucional. Na elaboração teórica de Raz, a discricionariedade deve ser enxergada como a atribuição, a juízes, de um poder-dever especial, pelo qual o sistema jurídico intitula esses agentes com a prerrogativa de criar soluções normativas de conteúdo inédito sob o compromisso de se conduzir pelos objetivos e razões morais que são indicadas pelo próprio direito. Nessa dinâmica, o direito remete os juízes à moral, tal como faz quando remete juízes à aplicação de normas de ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Shapiro, por sua vez, argumenta que a indeterminação é um reflexo inevitável do caráter parcial dos planos e que, por conta disso, as normas que funcionam como planos-mestres dos sistemas jurídicos atribuem a certos personagens uma posição meta-interpretativa especial, dotada de uma margem de confiança de elastério variável para

³⁶¹ HART. H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 352.

³⁶² HART. H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 186-189.

³⁶³ HART. H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Biblioteca Jurídica WMF, p. 356.

criar planos complementares³⁶⁴. Essa é a posição geralmente ocupada pelos juízes nos desenhos institucionais dos sistemas jurídicos, que inclui, ao menos, a autoridade para avaliar as hipóteses em que esses planos adicionais são necessários.

A depender da outorga de confiança recebida em cada matriz jurídica, juízes serão chamados a construir novos planos ou a encaminhar a solução às instâncias competentes, avaliação que dependerá da extração dos objetivos do sistema, da apuração do regime de confiança vigente e da metodologia interpretativa adequada a concretizá-los. Nas realidades de planejamento marcadas por alta credibilidade no papel decisório do judiciário, magistrados exerceriam uma prerrogativa metainterpretativa que lhes permitiria aplicar metodologias bastante construtivas, tais como a da integridade, na solução de casos difíceis.

O interpretativismo, por sua vez, não considera que a discricionariedade seja uma característica sistêmica que se reverte na concessão de uma menor ou maior margem de liberdade ou de flexibilidade decisória para juízes. Essa doutrina considera equivocada a visão de que juízes teriam poderes quase-legislativos para, de forma retroativa, criar direito novo. Um expediente dessa natureza seria não apenas antidemocrático, como arbitrário e ativista, pois permitiria que os direitos das partes fossem decididos à luz de critérios extrajurídicos. Na leitura dworkiniana, não é possível admitir uma transformação anômala nos deveres institucionais dos juízes.

Tanto em casos fáceis como difíceis, o dever judicial de fidelidade ao direito seria o mesmo, não se convertendo, em momento algum, em algum tipo de atividade criativa. Independentemente do tipo de controvérsia jurídica posta, juízes deteriam uma responsabilidade política uniforme, de aferir e garantir os direitos dos jurisdicionados à luz dos fundamentos de moralidade política mais representativos da história institucional

³⁶⁴ “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 juízes, maior será a discricionariedade que eles terão para dizer que é o Direito aplicável à espécie; ao contrário, quanto menor for a confiança depositada, menor será a discricionariedade. 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 juízes na resolução de certos problemas. 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 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”. AMORIM DE ALMEIDA, Bruno Torrano. Discricionariedade judicial e teoria do direito. In Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013, p. 60

do direito. Para tanto, deverão considerar com especial detença as razões de princípios, atentando para a necessidade de estender, de forma universal, as interpretações protetivas de direitos que melhor se compatibilizem com as decisões políticas do passado.

Na lúcida síntese de Maria Iglesias Vila, o interpretativismo enxerga uma conexão forte entre a dimensão epistêmica e institucional da atuação dos juízes, em que o compromisso com a convicção teórica sobre a prática irá garantir o dever de resolver conflitos por meio do direito:

De um ponto de vista interpretativo, o juiz não é mais do que um participante na prática jurídica. Contudo, a participação do juiz na prática se desenvolve em duas dimensões: interpretativa e institucional. A dimensão interpretativa determina o entendimento do juiz a respeito da prática na qual ele participa; a dimensão institucional, por outro lado, determina a sua função dentro da prática. Ser um juiz é preencher o papel institucional particular de decidir em contextos regulados; em outras palavras, ser um juiz implica assumir o dever de resolver conflitos por meio do direito. Se presumimos que juízes se comportam de acordo com o seu papel institucional, devemos assumir, também, que eles carregam a responsabilidade de usar o direito como meio de pacificar os principais conflitos. De uma perspectiva interpretativa, o juiz deve ser capaz de distinguir entre interpretação e invenção caso ele observe essa responsabilidade.

(...)

Instâncias decisórias lidam com a questão de saber o que é demandado pelo direito, e não de saber o que os participantes acreditam que é demandado pelo direito. Uma resposta jurídica correta só pode ser obtida por juízes se eles possuem uma teoria suficientemente complexa e estruturada sobre a prática jurídica.

Eu concordo com Dworkin que tudo o que podemos exigir de juízes é: (a) o compromisso com o papel judicial que eles assumem; (b) a disposição de se engajar na reflexão sobre as suas crenças, e a prontidão de admitir seus erros; e (c) a presunção de que um argumento jurídico é melhor que outro se ele se encaixa melhor com o propósito ou sentido da prática ou do jogo de linguagem jurídico. Qualquer demanda que exceda essas três implica expectativas de realizar uma tarefa epistêmica impossível.³⁶⁵

Antes de constituir uma liberdade de criar direito novo ou uma convenção de design institucional, a peculiaridade institucional da atuação do judiciário se prende à forma e ao fundamento pelos quais suas decisões devem contemplar direitos subjetivos – que deve envolver a consideração dos melhores argumentos de princípio subjacentes ao direito da comunidade, ao invés da avaliação das consequências de política mais eficientes ou convenientes. Isso porque os direitos (subjetivos) possuem uma dimensão institucional específica, direcionada ao judiciário, que se traduz na prerrogativa, que todos os cidadãos dispõem, de receber do juiz uma resposta correta.

³⁶⁵ VILA, Maria Iglesias. *Facing judicial discretion*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 160-161.

O vínculo associativo que Dworkin idealiza sob a forma de uma comunidade de princípios exige que a prática jurídica se dirija, sempre e sempre, rumo à expansão igualitária do tratamento digno, e isso só poderia ser realizado por meio de uma modalidade de justificação baseada na integridade principiológica. O parlamento até pode distribuir utilidades econômicas por arranjos assimétricos, decorrentes da circunstância representativa do processo político. Todavia, quando as instâncias políticas não forem capazes de concretizar, pela obra de seus consensos, um estado de consistência distributiva justificável em termos de moralidade política, o judiciário terá a responsabilidade de garantir o restabelecimento da isonomia.

Assim, da mesma forma como visto nas demais dimensões da realidade da discricionariedade judicial, é a natureza conceitual (interpretativa) e argumentativa (construtiva) do direito que predomina na definição do aspecto institucional inerente às decisões judiciais, e não o contrário (isto é, não é a circunstância de liberdade institucional do juiz que irá definir a natureza conceitual da atividade de aplicação do direito). Como a natureza da prática é uma só, também a responsabilidade moral e política atribuída aos juízes é a mesma, independentemente do nível de controvérsia existente.

Em especial, Dworkin entende que é o valor da equanimidade procedimental (“fairness”) que irá refletir a pertinência de que certa decisão seja tomada pelo judiciário. Portanto, a questão de saber se determinada controvérsia sobre direitos deve ou não ser solucionada judicialmente estará sempre sujeita a um crivo interpretativo do próprio judiciário, constituindo uma preliminar sobre a decisão de mérito. Em qualquer circunstância, porém, as considerações judiciais devem ser encaradas como parte integrante de um mesmo e único dever – de proteger direitos segundo um padrão universal e isonômico de consistência principiológica – e não como um poder discricionário.

3.3. Conclusão parcial: pontos de inadequação teórica do conceito de discricionariedade e uma rota para a sua reconstrução

As três dimensões acima referidas permitem enxergar, com um pouco mais de nitidez, os aspectos filosóficos implícitos no fenômeno conhecido como discricionariedade judicial, detalhando seus elementos causais, os possíveis impactos no comportamento judicial e as soluções institucionais escolhidas pelos sistemas jurídicos para lidar com essa complexidade. Essas dimensões também ajudam a perceber os contrastes entre as concepções positivistas e interpretativistas, facilitando a identificação das inconsistências teóricas que podem ser atribuídas a cada uma delas.

De certa forma, a discricionariedade serve como mote ilustrativo de algumas fatalidades envolvidas na experiência da decisão judicial. Para o positivismo hartiano, essa fatalidade está ligada aos limites da linguagem. Quando as hesitações do discurso normativo não permitem o encontro de um acordo semântico, o juiz se verá fadado a utilizar o seu discernimento moral para construir uma decisão pela escolha dos padrões que lhe pareçam melhores, tal como um legislador. Já na leitura do interpretativismo, a fatalidade implicada na discricionariedade liga-se ao gênero da prática. Qualquer que seja o caso, fácil ou difícil, o juiz nunca terá poder de escolha, estando sempre fadado, pela natureza argumentativa do direito, a utilizar suas convicções sobre qual é a solução de princípio que melhor se compatibiliza com a história institucional.

As considerações em torno desse contraste reportam dois pontos de inadequação teórica graves na concepção positivista sobre a discricionariedade. O primeiro ponto, tornado mais ostensivo na análise da dimensão causal, traduz um equívoco de natureza ontológica. Para utilizar uma metáfora gráfica, é possível dizer que, ao valorizar a concepção do direito como um sistema de regras, positivistas acabam se fixando na imagem particular das árvores (e seus vãos), em detrimento do cenário maior da floresta. Mas a questão é mais profunda do que a metáfora sugere. Por enxergar a normatividade do direito como um apelo puramente instrumental, que não tem pretensões morais para além daquela de servir como um guia para a conduta, o positivismo favorece a redução do universo jurídico a um conjunto incompleto de instruções normativas.

Trata-se de um problema ainda mais pronunciado no positivismo exclusivo. A qualificação das regras como instruções inteligíveis dificulta a admissão de que, além de oferecer razões para agir a partir de critérios postos por instituições humanas, as normas jurídicas também operam de outras formas no raciocínio prático, podendo funcionar, por exemplo, como razões para criticar e justificar o uso da autoridade normativa. Esse último tipo de uso é frequente na atividade jurisdicional, que cuida não apenas de impor normas válidas (mediante uma cognição passiva), mas de validar as normas e sanear as penumbras do sistema de maneira crítico-reflexiva.

Na prática, essas premissas concorrem para circunscrever o conteúdo do direito à dimensão textual explícita, negligenciando o fato de que, embora a linguagem seja a principal forma pela qual o direito transmite seus conceitos, ela está longe de ser a única. A realidade jurídica também é constituída por fatores filosóficos, institucionais, culturais e morais que transcendem a definição textual, e que exercem papel importante na

determinação do conteúdo jurídico. A filosofia oferece critérios epistemológicos que subsidiam, por exemplo, a definição do conceito de validade das normas. Estas, por sua vez, só podem ser concretizadas dentro da totalidade de sentido de sistemas, os quais se inserem em tradições culturais que perseguem objetivos morais vinculados ao modelo de governança jurídica vigente. É evidente, portanto, que a finitude semântica não equivale à indeterminação do sentido do direito.

O equívoco de redução ontológica das normas jurídicas a instruções fica claramente evidenciado por duas contradições presentes na própria literatura positivista. Primeiro, na abertura dos termos normativos à imponderabilidade contextual da vida. Como o próprio Hart parecia admitir, mesmo em situações na qual a linguagem jurídica é clara, o sentido das normas pode vir a ser derrotado por uma circunstância de aplicação extrema. Assim, a própria definição de um caso como claro ou difícil já configura, em tese, uma questão disputada por conta de fatores extralinguísticos. Isso demonstra que clareza não é garantia de determinação.

Segundo, na admissão de que discricionariedade não é sinônimo de liberdade completa. Como salientado na doutrina de Hart e sobretudo dos exclusivistas, no exercício da discricionariedade, juízes estão compelidos a seguir regras de discricionariedade últimas (Raz) ou de racionalidade instrumental (Shapiro). Quando o direito já não for capaz de encaminhar soluções precisas sobre o comportamento a ser seguido, ainda assim ele irá condicionar, de forma indireta, o conteúdo das decisões judiciais.

Portanto, embora o discurso dos positivistas insista em vincular a discricionariedade ao esgotamento do direito, ao mesmo tempo ele argumenta que o exercício da discricionariedade deve se submeter ao direito. Isso ocorre justamente porque, além de disponibilizar padrões para a orientação da conduta (de cidadãos e autoridades), o direito também tem a pretensão de subsidiar a construção de decisões estatais corretas. Por conta disso, no momento da aplicação, juízes devem não apenas fazer valer as convenções assentadas nas normas escritas (por juízos de subsunção ou correspondência), mas também garantir que os atos de coerção sejam representativos dos fundamentos da prática (por juízos de relevância, similaridade e adequação).

Se há regras para disciplinar a atividade criativa dos juízes, isso significa que, mesmo quando incerto e controverso, o direito não é completamente indeterminado, já que ele autorregula o seu fechamento por meio de princípios de racionalidade prática que

são jurídicos, e não externos. Além disso, não é só nos interstícios de lacunas ou de conflitos que a aplicação do direito pode se revelar difícil. Esse conjunto de fatores denuncia que a realidade que alguns positivistas designam de indeterminação é, na verdade, apenas um sintoma de controvérsia³⁶⁶, e, conforme bem pontuado por Dworkin, traduz, na verdade, uma questão de complexidade epistêmica, mas não necessariamente de descontinuidade de sentido do ordenamento jurídico.

Embora possua pontos de concordância com a doutrina interpretativista, a crítica aqui realizada ao equívoco ontológico do positivismo não tem exatamente o mesmo enfoque de algumas das objeções dworkinianas, como as que caracterizam o positivismo como teoria essencialmente limitada a “simples questões de fato” (“simple fact thesis”) e contaminada pelo “ferrão semântico”. Isso porque, além de patrocinar uma generalização das diferentes posições positivistas, as duas teses acima destacadas confundem a teoria das fontes típica do positivismo com uma teoria da interpretação, que sequer é defendida deliberadamente por boa parte desses teóricos.

De fato, a teoria das fontes encampada pelos positivistas possui uma forte fundamentação convencionalista. O mesmo raciocínio não se aplica, porém, para a teoria da interpretação. Muitos positivistas pós-hartianos, principalmente os inclusivistas, são conscientes de que a predileção por teorias mais literalistas do significado – tal como as teorias originalistas, intencionalistas ou textualistas – decorrem de uma opção pela ênfase no papel comunicativo da prática jurídica, e não de uma fatalidade pré-teórica. Portanto, embora seja verdade que muitos dos seus aportes teóricos confirmam relevância exagerada a modelos convencionais de interpretação, talvez não seja justo classificar o positivismo como um todo como uma concepção do direito como “simples questão de fato”.

Dworkin também sustenta que a filosofia positivismo rejeita “luxos ontológicos” que não podem ser identificados por um teste de validação criterialista e convencionalista, que ele descreve como teste de pedigree. Essa avaliação é essencialmente correta, e, acredita-se, pode ser ampliada para o positivismo em geral com uma leve modificação. O problema talvez não esteja exatamente no aspecto criterialista ou convencional do teste de validação (isto é, na “forma de ler” a validade), mas na crença meta-teórica de que ele

³⁶⁶ Não por outra razão, a impropriedade da tese hartiana da indeterminação é atualmente reconhecida dentro do próprio positivismo inclusivo, como visto no Capítulo 4.

representa um crivo aconteudístico da legitimidade do direito (isto é, no fundamento cético que determina a “forma de ler” a validade).

O segundo ponto de inadequação teórica da concepção positivista da discricionariedade é pertinente à dimensão motivacional. Como visto, uma das consequências da tese da indeterminação parcial do direito se reflete no padrão epistemológico a ser aplicado por juízes. Enquanto nos casos fáceis a decisão judicial é retratada como uma atividade de aplicação estrita, cujo objetivo é tornar exigíveis os padrões que podem ser reconhecidos como jurídicos por um juízo de identidade, correspondência ou implicação lógica, nos casos difíceis, a decisão judicial é colocada como um ato criativo, a ser estabelecido por meio de escolhas quase legislativas, após juízos de relevância, ponderação e adequação feitos a partir de elementos extrajurídicos.

Todavia, a atitude de escolha não retrata de forma apropriada o aspecto interno da atividade decisória-justificativa desempenhada por juízes³⁶⁷, que, por envolver uma fundamentação moral ampla, parece exigir uma teorização distinta³⁶⁸ daquela que geralmente é disponibilizada por uma explicação social da normatividade do direito. Ao recorrer a princípios gerais de direito, a padrões normativos implícitos ou a objetivos políticos positivados no sistema, juízes não possuem liberdade para representar interesses, fomentar conveniências morais próprias, paroquiais, nem partidárias, mas, sim, o dever

³⁶⁷ Para Maria Iglesias Vila, a concepção positivista de autores como Hart e Raz expressa uma ideia passiva da prática jurídica, em que eles se limitariam a aceitar a autoridade das instituições, o que certamente não reflete bem os desafios epistêmicos de juízes. “*We are urged to stress at this point that this approach relies on a particular conception of law, namely that which views it as a passive social practice. Participants do not hold a substantive position about the contents of law, that is, they are not required to hold a particular opinion about what is legally the thing to do, nor need they provide arguments to support their legal judgments. Participants should merely accept an authority that produces norms, and a different authority that applies them. Thus, although participants have a normative understanding of law and take legal rules as a criterion to assess the conduct of their peers as well of their own, they do not do so in virtue of the contents of the rule but in virtue of their origin. In the framework of this conception of the practice, the idea of normativity is reduced to the acceptance of institutions that generate valid rules, i.e. rules whose binding force is due to their having being created by certain institutions. However, when we attempt to answer the question about what is demanded by law in each particular case, or what is its content, this passive conception of the practice faces epistemic problems*”. VILA, Maria Iglesias. *Facing judicial discretion*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 164-165.

³⁶⁸ A conveniência de distinguir concepções teóricas distintas de direito para explicar a normatividade do direito da perspectiva de cidadãos e de juízes é defendida em um artigo de Eekelaar. Esse autor considera que a tese social forte (típica do positivismo exclusivista) funciona como explicação da perspectiva dos cidadãos, enquanto a tese coerentista (típica do interpretativismo) seria a melhor alternativa para descrever o ponto de vista dos juízes. O positivismo inclusivo seria uma tentativa de conciliar esses dois pontos de vista em uma concepção unitária, mas teria fracassado, porque a concepção aplicável a juízes não poderia se render à mesma ideia de autoridade implícita na tese das fontes sociais. EEKELAAR, John. *Judges and citizens: two conceptions of law*. Oxford Journal of Legal Studies, v. 22, nº 3, 2002, pp. 497-516.

de reconduzir o fundamento de suas decisões a elementos de racionalidade prática que estão presentes na base dos sistemas jurídicos.

Embora subscreva a ideia de que a discricionariedade judicial embute algum nível de escolha, Aharon Barak refuta a equiparação entre a atitude motivacional entre juízes e legisladores, salientando que o processo decisório da jurisdição é caracterizado por diversos deveres singulares:

Eu também não acredito que o submodelo da legislação intersticial seja apropriado (como modelo para exercício da discricionariedade), porque ele confere relevância insuficiente aos fatores normativos, institucionais e interinstitucionais (envolvidos no exercício da discricionariedade). Um juiz não pensa nem age como um legislador, e, mesmo quando ele opera nas lacunas de uma legislação, ele o faz de uma maneira jurisdicional, não legislativa. O pensamento do processo judicial controla toda a atividade do juiz, seja essa atividade direcionada para o direito existente ou para seus interstícios. Um juiz deve pensar sobre o legislador; ele não deve pensar como um legislador. As considerações normativas, institucionais e interinstitucionais criam uma rede de fatores – algumas vezes complementares, outras, contraditórios – que o juiz deve ponderar quando ele exerce a discricionariedade em casos difíceis³⁶⁹.

Realmente, a responsabilidade judicial é bastante peculiar, devendo ser conduzida sob o ponto de vista jurídico-moral da imparcialidade, que difere substancialmente da perspectiva adotada pelo Legislativo (conduzida pela representatividade) e pela Administração (deferente com o sentido das decisões políticas, podendo atuar segundo avaliações de conveniência em casos de delegação), e que não é consentâneo com a ideia epistêmica de escolha.

É evidente que, ao atuar decisoriamente – em todos os casos, mas sobretudo nos difíceis – juízes possuem margem de escolha a propósito de qual a modalidade de interpretação ou fundamento normativo que possui maior poder suasório, e, nesse sentido, podem optar pela construção mais eloquente. Isso não quer dizer, porém, que em cenários disputados, os resultados decisórios sejam equivalentes e que as decisões não possam ser criticadas e avaliadas à luz dos critérios de correção intersubjetivos disponíveis. O espaço de “escolha” reservado aos juízes envolve apenas a seleção das técnicas de construção argumentativa mais propícias a demonstrar a correção da decisão. Mas o dever de sustentar a decisão correta, que é aquela cujo desfecho é superior às concorrentes, é uma constante na atividade judicante como um todo.

³⁶⁹ BARAK, A. *Judicial discretion*. New Haven and London: Yale University Press, 1989, p. 233.

A referência à atitude epistemológica de escolha parece se fundar, mais uma vez, na crença de que existiria uma distinção entre casos claros e difíceis, que decorre, em uma análise mais elementar, da pretensão de aplicar a distinção filosófica entre fato e valor à apreciação do direito. Nos primeiros, juízes poderiam decidir a partir de uma perspectiva de neutralidade moral, sem a necessidade de articular uma tomada de posição valorativa a propósito da validade das normas jurídicas aplicadas. Já nos casos difíceis, essa postura distanciada seria impossível, pois a necessidade de construir um padrão novo comprometeria o estado epistêmico adotado por juízes.

Em um interessante comentário crítico sobre a abordagem hartiana ao conceito de discricionariedade, Roger Shiner argumenta que as metáforas e alegorias utilizadas por Hart no Capítulo 7 de “O conceito de direito” (textura aberta, lacunas, criação judicial, etc) estimulariam uma paisagem mental pouco sofisticada, o que acabaria atrapalhando o próprio objetivo do autor, que era o de se opor ao formalismo e ao ceticismo:

O interesse específico de Hart nas visões de Waismann e na imagem de Waismann sobre a ‘textura aberta’ da linguagem não contribuiu de forma alguma nem para Hart, nem para o positivismo. Essa imagem e aqueles a ela associados (...) criam a associação do poder discricionário de decisão com lacunas e espaços, com a existência de vazios de direito nas hipóteses de decisão, pavimentando, assim, o caminho para o ataque de Dworkin. Essas imagens ajudaram a obscurecer, ao invés de iluminar, os aspectos da argumentação jurídica e da decisão judicial no common law que Hart havia considerado no contexto do conflito entre formalismo e ceticismo de regras que ele precisava enfatizar.

Ademais, na medida em que Hart pensava que essas imagens deveriam ser levadas a sério – que realmente existiam “lacunas no direito”, que cortes realmente decidiam em “campos abertos”, que elas “criam direito” – Hart mostra a si próprio não como um oponente do formalismo e do ceticismo de regras, mas como alguém que aceita a moldura na qual essas teoria operam. Existe uma tensão fundamental entre o “bom” Hart, que percebe que as decisões do common-law são mal representadas por formalistas e céticos; e o Hart “ruim”, que pensa que, nas hipóteses em que os tribunais devem ir “além do direito”, não haveria realmente direito algum, mas apenas espaços vazios e lacunas. (...) As imagens e metáforas de Hart na sua apresentação das decisões judiciais no common-law são as imagens e metáforas dos formalistas e dos céticos sobre regras, ainda que os argumentos teóricos subjacentes que ele desejava formular fossem antagônicos a esses teóricos³⁷⁰.

De fato, como bem demonstrado por Dworkin, toda proposição jurídica carrega, ainda que implicitamente, um encadeamento de juízos de encaixe ou de forma e de justificação ou de mérito. E mesmo os julgamentos de encaixe são condicionados a pressupostos valorativos mais abstratos sobre o propósito de direito, a importância das

³⁷⁰ SHINER, Roger A. *Hart on judicial discretion*. In *Problema: Anuario de Filosofia y Teoria del Derecho*, n. 5, 2011, pp. 341-362, p. 360.

decisões institucionais expressas e o significado da prática interpretativa, o que impede que a interpretação possa ser vista como um ato pré-teórico, meramente descritivo e inocente de convicções de moralidade política. Ao validar uma norma, juízes (e teóricos) sempre se pautam pela “melhor teoria moral da história institucional” que a acompanha. Até mesmo para se poder afirmar que o direito é constituído apenas por atos legislativos, é preciso ter uma teoria sobre o significado de legislação.

Portanto, Dworkin está correto em afirmar que o convencionalismo implícito no positivismo acaba se convertendo em uma dança tola e inútil. Na medida em que o direito é uma prática de racionalização do uso da autoridade pública, a força convencional dos consensos é saliente, sobretudo nas experiências democráticas. Mas o que o positivismo não enxerga – ou faz questão de refutar – é que a racionalização jurídica tem vocação civilizatória, que exige que o seu desenvolvimento siga um inevitável elo de coerência contenciosa.

Alguns críticos de Dworkin argumentam que a sua defesa da tese da única resposta correta o comprometeria com uma espécie de formalismo ou de realismo moral³⁷¹, sob a justificativa de que, para professar a crença em uma “única” solução, é preciso pressupor uma determinação prévia dos elementos avaliados. Para muitos deles, a imponderabilidade do contexto e a incomensurabilidade das normas morais podem ser fatais para o sucesso da empreitada de descobrir a resposta correta, razão pela qual o mais importante é que juízes sejam conscientes da necessidade de achar uma resposta razoável³⁷².

Essa crítica é completamente equivocada. Ao defender com vigor a possibilidade de encontro de respostas corretas por meio do direito – que, para juízes, seria uma responsabilidade política especial – Dworkin quer enfatizar mais uma característica geral da prática jurídica: a de servir como instância construtiva de soluções que, pelo seu apelo

³⁷¹ RODRIGUEZ-BLANCO, Verónica. *Moral convictions in Dworkin's legal theory*. *Rechtstheorie*, v. 32, p. 1, 2001.

³⁷² “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 institucional’ prevalente em sociedades com a grandeza e a pluralidade da brasileira. (...) Em situações em que há inequívoca discricionariedade, o Direito forma uma ‘moldura’ dentro da qual há a suscetibilidade de diversas respostas corretas. (...) 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 de argumentos jurídicos.” AMORIM DE ALMEIDA, Bruno Torrano. *Discricionariedade judicial e teoria do direito*. In *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013, p. 61.

de coerência teórico-argumentativa, sejam capazes de honrar os melhores padrões de princípios que podem ser atribuídos à experiência política da comunidade. Nesse tipo de atividade cognitiva, juízes devem identificar exemplares de decisões políticas passadas e avaliar, à luz do contexto histórico e das suas convicções sobre o propósito da prática, qual o tipo de orientação principiológica é essencial para realizar a sua vocação liberal.

Esse processo avaliativo resulta numa conclusão que pode ser entendida como um “fato moral”, que nada mais é do que uma posição teórico-argumentativa a respeito de qual o desfecho justifica melhor o emprego da coerção estatal. Esse produto não pode ser obtido com o desapego do distanciamento, isto é, sem a experiência de compromisso com os postulados fundacionais da prática, nem sob o espírito da terceirização de Pilates, que se exime de decidir de maneira coerente diante de indícios de dúvida. Na interpretação aqui adotada, o que a tese da única resposta correta postula é que nem os desacordos, nem a incomensurabilidade destroem a responsabilidade que a prática jurídica, pela sua natureza, impõe aos seus participantes: a de construir soluções que dignifiquem a prática pelo enaltecimento dos argumentos de princípio que melhor sirvam à igualdade dos jurisdicionados.

À luz de todas essas considerações, a conclusão preliminar a que se chega é a de que Dworkin produziu objeções muito pertinentes às dimensões da concepção positivista de discricionariedade judicial. De fato, esse fenômeno não é um fato semântico causado pela precariedade da linguagem, nem provoca, como consequência, uma influência atitudinal no comportamento dos juízes. A discricionariedade é mais bem compreendida como um fato teórico-argumentativo típico da prática jurídica que não desmobiliza juízes da obrigação de se submeter ao direito. A depender do grau dessa complexidade, a discricionariedade determinará uma operação construtiva de maior fôlego, que irá, sim, introduzir novas especificações de conteúdo no ordenamento. Todavia, esse acréscimo só se justifica para a concretização dos fundamentos de princípio da prática, o que o torna um efeito incidental da jurisdição, e não uma decisão legislativa intersticial.

A despeito disso, não é possível subscrever, pelo menos não na sua totalidade, a representação que ela oferece a respeito da última dimensão apurada, relativa à realidade institucional da discricionariedade. Como já dito acima, a sugestão positivista de que a indeterminação torna as normas jurídicas opcionais e incita juízes a escolher entre alternativas peca em muitos sentidos. Contudo, é preciso reconhecer que existe uma vinculação relevante entre a função jurisdicional e o fenômeno da discricionariedade,

conexão esta que é organizada em amplitudes diferentes dentro dos sistemas jurídicos. A depender da realidade constitucional local, juízes terão um nível de autoridade maior ou menor para parametrizar o exercício construtivo de suas decisões.

Nesse ponto, a ideia positivista da existência de algum nível de liberdade, margem de decisão, poder dirigido ou economia de confiança não é totalmente equivocada. Há, de fato, um aspecto funcional da jurisdição que é estritamente dependente do desenho institucional por meio da qual as Constituições de cada sistema conformam a separação entre os poderes públicos. Muito frequentemente (mas não sempre), a medida de liberdade interpretativa dosada em favor de juízes é mais ampla do que a conferida à administração pública em geral, e isso geralmente decorre do fato de que a jurisdição é concebida para garantir não só a eficácia das leis, mas o valor moral de direitos, de instituições e de procedimentos.

Portanto, não parece inapropriado argumentar que, quando compreendida como fato institucional, a discricionariedade judicial reporta um tipo de prerrogativa interpretativa especial, que é estabelecida em favor da realização plena da função jurisdicional. Essa prerrogativa orna as decisões judiciais com um estatuto determinativo do conteúdo do direito, garantindo a autoridade necessária para que o Judiciário produza um desfecho conclusivo para os litígios. Em certo sentido, essa prerrogativa pode ser traduzida como um processo de positivação vertical, em que o conteúdo das normas é reconstruído à luz de considerações contextuais e teóricas, viabilizando a integração das escalas de normatividade que coabitam no ordenamento.

Ocorre que, ao protestar contra a ideia que designou como “discricionariedade forte”, Dworkin sugeriu que a prática interpretativa, pela sua natureza, somente poderia comportar uma noção mais sutil, de “discricionariedade fraca”, que estaria presente em qualquer ocasião de interpretação. No entanto, ao generalizar esse tipo de avaliação para toda e qualquer atividade aplicativa do direito, a teoria de Dworkin minimiza a diferença institucional que afeta os padrões de construtividade pertinentes a cada função estatal.

Ao considerar que a discricionariedade traduz um espaço de discernimento que pode ser explorado genericamente na interpretação jurídica, e cuja solução deveria ser mediada, apenas, pela valoração autorreflexiva do valor da integridade a partir da sua melhor luz, Dworkin parece universalizar uma perspectiva decisória que é típica da jurisdição para todos os demais participantes da prática. Salvo melhor juízo, porém, essa conclusão reflete uma espécie de nivelamento das funções decisórias estatais. Com esse

nivelamento, o conceito de discricionariedade acaba sendo absorvido pelo de integridade, num processo que dificulta a compreensão das diferenças de amplitude ou de confiança que cada sistema deposita nos seus órgãos jurisdicionais.

Essa mesclagem esconde a diferença de autoridade decisória que existe entre juízes de diferentes sistemas (e.g. sistemas de jurisdição constitucional concentrada, difuso ou híbridos); entre juízes de diferentes hierarquias no mesmo sistema (e.g. entre tribunais supremos e de apelação); entre juízes de diferentes tradições jurídicas (e.g. sistemas de precedentes do common law e civil law). Além disso, essa proposta conceitual também atrapalha o entendimento das singularidades decisórias funcionais do poder judiciário, que dispõe de ampla autoridade para decidir a partir de “fontes comunitárias” (isto é, princípios que justificam a história institucional³⁷³) e cujos pronunciamentos possuem consequências únicas em termos de autovinculação³⁷⁴.

No limite, essa proposta conceitual também atrapalha o entendimento da diferença de prerrogativas funcionais existentes entre poder judiciário e administração pública, já que esta última não possui competência para determinar o conteúdo do direito³⁷⁵, nem para reivindicar, com o mesmo grau de liberdade, a imposição das razões normativas presentes nas fontes comunitárias.

Essas considerações sinalizam para a importância de explorar a possibilidade de uma reconstrução parcial na concepção interpretativista de discricionariedade que

³⁷³ “O direito, para Dworkin, possui uma fonte social. Contudo, essa não esgota seus fundamentos, que são integrados por outras fontes não exclusiva e diretamente sociais”. MACEDO JR., Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de hércules: comentário a integridade no Direito (Império do direito – capítulo VII). In Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos, 2018. P. 141.

³⁷⁴ “(...) *Every person must decide for himself, consciously or otherwise, the legal norm according to which he acts, and the field of its application. How, then, is the judge different from any other person? (...) It follows that the judge’s discretion in establishing the legal norm or the area of its application differs from the discretion of others, in that the judge’s discretion binds them, whereas their discretion does not bind him.*” BARAK. A. Judicial discretion. New Haven and London: Yale University Press. 1989, p. 98-99.

³⁷⁵ “(...) *there is a substantive difference between judicial law-making and administrative law-making. As we have seen, judicial law-making is incidental to adjudication. Administrative law-making is not incidental to adjudication. From this fact we get another, institutional difference. Just as the institutional characteristics of the judge differ from those of the primary legislator, so too they differ from those of the secondary legislator. There is also substantive difference between the two in the formal real. Judicial law-making interprets a legislative act and becomes part of it. Its status in the normative hierarchy is coequal with the status of the legislative act that it interprets. On the other hand, the position of the administrator’s law-making in the normative hierarchy is below of the statutory rule that it carries out. Thus, judicial law-making that comes from the interpretation of the constitution – or in the judicial rule itself – can alter it.*” BARAK. A. Judicial discretion. New Haven and London: Yale University Press. 1989, p. 103.

consiga preservar as virtudes que ela já possui em relação às dimensões causal e atitudinal do fenômeno, aperfeiçoando, ao mesmo tempo, sua leitura sobre a dimensão institucional.

Essa reconstrução deve enfatizar que o fenômeno da discricionariedade não é tão “fraco”, a ponto de ser inteiramente definido pela natureza interpretativa do direito, sendo influenciada, de forma bastante significativa, pelo desenho institucional estabelecido para a atuação da jurisdição e para sua relação com os demais poderes³⁷⁶. Essa concepção também deve salientar que – diferentemente dos outros atores jurídicos, que podem se comportar estrategicamente sem que exista nisso nenhuma afronta ao conceito de direito³⁷⁷ – a jurisdição é a única instância que (i) opera obrigatoriamente sob o signo da imparcialidade; (ii) está compelida a observar uma reserva de coerência forte nos seus próprios pronunciamentos; e que (iii) produz modificações incidentais no conteúdo regulativo do direito como implicação direta de sua atuação.

Porém, preliminarmente à formulação de uma proposta reconstrutiva do conceito de discricionariedade, é preciso fazer uma incursão no significado de constitucionalismo, apreciando as consequências que a sua consolidação trouxe para o conceito do direito, algo que, acredita-se, o positivismo – mesmo na versão inclusiva – não conseguiu fazer, tendo em vista as limitações decorrentes do seu ceticismo filosófico de fundo.

³⁷⁶ Essa ideia parece ser endossada por Barak, para quem o exercício judicial da discricionariedade envolve uma zona de razoabilidade que é definida, em síntese, pelos limites normativos do ordenamento (o direito), pelas concepções sobre o sistema institucional (a jurisdição) e pelas relações recíprocas entre os sistemas institucionais. Este último ponto exige que juízes tomem em consideração a forma pela qual o sistema do qual ele participa organizou a equação de separação de poderes, avaliando, entre outras coisas, o espaço decisório que cabe às demais instâncias e a conscientização da comunidade jurídica sobre o poder criativo dos tribunais. BARAK. A. *Judicial discretion*. New Haven and London: Yale University Press. 1989, pp 193-221.

³⁷⁷ Na tentativa de sustentar uma concepção teórica bifocal, que seja sensível ao diferente significado da autoridade do direito para cidadãos e juízes, Eekelaar registra a observação de que a teoria dworkiniana da melhor luz não se aplica à perspectiva dos cidadãos: “*Hence the citizen will identify with the characteristic positivist distinction between the existence of law and its moral merit. Similarly, from the view of legal interpretation as justification follows the idea that ‘interpretation aims to show what is interpreted in the best light as possible’.* Judges must do this, for they are morally implicated in law creation, but it would be optimistic to believe that the lawyer advising a client will be looking to interpret the law according to the law’s ‘best light’ rather than in the way most favorable to the client or that a citizen will not adopt a more cynical interpretation, based on experience”. EEKELAAR, John. *Judges and citizens: two conceptions of law*. Oxford Journal of Legal Studies, v. 22, nº 3, 2002, pp. 497-516, p. 510.

4. O constitucionalismo como janela para reconstrução da base de racionalidade prática do direito, dos conceitos de jurisdição e de discricionariedade judicial

O constitucionalismo traduz um plexo de doutrinas que influencia as dimensões do “Rule of law”, subsidia novas concepções desse princípio e reconfigura, de forma especial, os fundamentos do exercício da jurisdição. Na medida em que a discricionariedade é um fato teórico-argumentativo fortemente vinculado ao caráter da prática jurídica, o avanço na sua conceituação exige uma revisitação breve de pelo menos alguns dos pressupostos básicos do constitucionalismo. É o que se pretende fazer neste subtópico.

4.1. Constitucionalismo: origens, sentidos e agendas

A presença das Constituições no imaginário político mundial nem sempre esteve associada às mesmas inspirações teórico-filosóficas. Nas referências mais longínquas, que remontam até a antiguidade clássica, Constituições eram testemunhos de uma realidade organizacional, representando a arquitetura política das comunidades. Seu conceito capturava a experiência contingente de cada nação, podendo agregar tendências mais ou menos autoritárias, e até mesmo despóticas, como no caso dos governos absolutistas. É paradigmática, nesse particular, a obra de Aristóteles, que teria concebido³⁷⁸ uma “Constituição de Atenas” especificando diferentes funções de governo e a forma de participação dos cidadãos de diferentes classes em cada uma delas³⁷⁹.

Essa noção é totalmente diversa daquela que veio a predominar no final do século XVIII, após as revoluções francesa e americana. Inspirados nas doutrinas do direito natural, esses movimentos revolucionários viram na ideia de Constituição a chance de transformar a vibrante filosofia política jusnaturalista da época em matéria jurídico-

³⁷⁸ Sartori sustenta que a atribuição do termo Constituição à obra de Aristóteles reflete um equívoco de tradução, pois a palavra utilizada pelo filósofo grego – *politeia* – apenas transmitiria a ideia de uma forma pela qual a pólis seria padronizada. SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: a preliminary discussion. *American Political Science Review*, v. 56, n. 4, p. 853-864, 1962., p. 860.

³⁷⁹ Embora empregue o termo Constituição para descrever a obra de Aristóteles, Vile pontua que ela não chegava a postular uma noção de separação de poderes, mas de representação de diferentes classes no governo. “*Thus the major concern of ancient theorists of constitutionalism was to attain a balance between various classes of society and so to emphasize that the different interests in the Community, reflected in the organs of the government, should each have a part to play in the exercise of the deliberative, magisterial, and judicial functions alike. The characteristic theory of Greece and Rome was that of mixed government, not the separation of powers.*” VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Power*, Indianapolis: Liberty Fund. 1998, pp. 24-25.

normativa³⁸⁰, transportando para um documento legal de hierarquia suprema uma série de princípios racionalistas – construídos sob a figura teórico-política do contrato social – voltados a controlar o exercício do poder político.

Para se habilitar a cumprir uma pretensão crível de limitação do poder, as Constituições tiveram de romper com perspectivas filosóficas consequências autoritárias, como, por exemplo, a do paradigma absolutista hobbesiano. Nele, o Estado era fundamentado em uma racionalidade egoística, e sua instituição decorria de um ato de socialização originária análogo a um pacto privado³⁸¹, selado entre pessoas que concordavam a renunciar às liberdades ilimitadas do estado de natureza em nome de um terceiro. Dentro dessa formulação, a legitimidade política era estabelecida externamente ao direito e transferida de forma ilimitada aos governantes, para que estes assegurassem a pacificação social mediante a utilização da linguagem abstrata e geral do direito.

Embora pudesse propiciar algum nível de juridicidade aparente, a pactuação imaginada por Hobbes era incapaz de prover uma base cooperativa crível para a fundação de uma comunidade política. O movimento constitucionalista se encarregou de encontrar uma solução de maior aceitabilidade racional, valendo-se, dentre outras, das idealizações contratualistas de Locke³⁸² e Kant. Na abordagem desses pensadores, o surgimento da autoridade estatal não implica a transferência de direitos naturais, mas, quando muito,

³⁸⁰ “Hence, the contribution of the American and French revolutionaries was to turn the ideal from philosophy into law. Only law had the capacity to dissolve the consensus as to the purpose and form of government from the historical moment and transfer it into a binding rule for the future, so that it no longer rested on the power of persuasion but on the power of commitment.” GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, presente, and future*. Oxford University Press, 2016, pp. 361-362.

³⁸¹ “Para Hobbes, que claramente reveste o status de súdito com direitos privados, o problema da legitimação não pode ser naturalmente regulado no interior de uma ordem jurídica já estabelecida, fazendo uso de direitos do cidadão e processos de legislação democrática. Esse problema precisa ser resolvido no mesmo momento em que se constitui o poder do Estado, como que em um só golpe, o que é mais correto dizer: o problema da legitimidade desaparece. Hobbes pretende mostrar que uma sociedade absolutista é justificada, em seu todo, como uma ordem instrumental constituída a partir das ponderações teleológicas de todos os participantes. E com isso dispensa a tarefa de uma fundamentação normativa do exercício da dominação política segundo a forma do direito.” HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Editora Unesp, 2022, Facticidade e validade. p. 137.

³⁸² “Destarte, se para Hobbes só existiam os direitos assegurados pelo soberano – os direitos constituídos -, para Locke o estado civil tão somente reconhecia – declarava – direitos preexistentes. O contrato social, ao ser celebrado por homens igualmente livres (e não entre governantes e governados) não criaria, então, nenhum direito novo, já que era tão somente um acordo entre sujeitos reunidos para empregar sua força coletiva na execução das leis naturais, renunciando a executá-las de mão própria”. TABORDA, Maren Guimarães. O processo de criação da comunidade e da constituição dos governos: inventário sobre as teses do jusnaturalismo moderno. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, vol. 9, p. 218-239, ago. 2018, p. 233.

uma hipoteca de autoridade, que tem como cláusula central o compromisso de subordinação do Estado à observância de cláusulas de liberdade universais.

Inspirando-se nessas fontes racionalistas, as Constituições revolucionárias foram pensadas como instrumentos para compelir os Estados a reconhecerem um conceito de cidadania sediado na autodeterminação dos indivíduos, garantindo que ela fosse desfrutada de forma livre de instrumentalizações ou de coerções injustificadas.

Esse desiderato foi contemplado em duas dimensões, uma estrutural e outra material. No plano estrutural, as Constituições avançaram uma filosofia de controle jurídico estabelecida, sobretudo, pela introdução de um plano normativo hierarquicamente superior nos ordenamentos, tornando o direito autorreflexivo³⁸³. Com isso, as leis e o processo de positivação do direito passaram a ser apreciados e problematizados à luz dos parâmetros inseridos nas Constituições e a política foi submetida ao direito³⁸⁴. Ao mesmo tempo, o projeto revolucionário trouxe uma ambição de forte apelo moral, veiculado nas cláusulas de direitos fundamentais, que operou uma ruptura drástica com modelos de dominação anteriores, baseados no costume ou na tradição, pois a autoridade política passou a ser limitada por um processo de justificação moral acessível aos cidadãos³⁸⁵.

A partir de então, mais do que a fotografia, a moldura ou o esqueleto de uma experiência de governança particular, as Constituições passaram a materializar uma

³⁸³ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present, and future*. Oxford University Press, 2016, p. 363.

³⁸⁴ “*Constitutionalism as it emerged in the last quarter of the 18th century was an attempt to re-establish the supremacy of the law, albeit under the condition that there was no return to divine or eternal law. The solution of the problem consisted in the reflexivity of positive law. Making and enforcing the law was itself subjected to legal regulation. To make this possible a hierarchy had to be established within the legal order. The law that regulated legislation and law-enforcement had to be superior to the law that emanates from the political process. Yet, since there was no return to divine law the higher law was itself the product of a political decision. But in order to fulfill its function of submitting politics to law, it needed a source different from ordinary politics. In accordance with the theory that, in the absence of a divine basis of rulership the only possible legitimization of political power is the consent of the governed, this source was found in the people. The people replaced the ruler as sovereign, just as previously the ruler had replaced God.*” GRIMM, Dieter. *Constitutions, Constitutional Courts and Constitutional Interpretation at the Interface of Law and Politics*. In *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, pp. 55-71, set./dez. 2019, p. 56.

³⁸⁵ “*La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, em lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente. Estas aspiraciones quedaron concretadas en la necesaria aprobación por parte de los destinatarios del poder de los controles sociales ejercidos por los dominadores y, consecuentemente, em la participación activa de los dominados em el proceso político.*” LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona. Ariel, 2018, p.150.

aspiração de governança voltado a impedir que a autoridade do Estado fosse aplicada de forma arbitrária contra os cidadãos, ideal esse que ganhou corpo na forma das doutrinas do constitucionalismo³⁸⁶.

Diferentemente da noção que enxergava as Constituições como meras descrições das estruturas governamentais, o constitucionalismo moderno é predominantemente normativo, e normativo em um sentido especial. O *telos* dessa doutrina é a limitação do exercício do poder estatal por meio do direito e da razão³⁸⁷. Ela agencia uma ideologia liberal, que já foi definida como garantista³⁸⁸, e que depende da possibilidade de que as Constituições sejam capazes de “*liberar os destinatários do poder do controle social absoluto dos seus dominadores; e atribuir-lhes uma legítima participação no processo do poder*”³⁸⁹. O projeto constitucionalista envolve uma aspiração mista, que, na definição sintética e ampla de Keith Whittington, postula “*a restrição dos governos voltada a melhor efetivar os princípios fundamentais do regime político*”³⁹⁰.

Na medida em que o constitucionalismo não é simplesmente uma doutrina fetichista do controle – em que o controle seria um conceito estático e autojustificado, que valeria por si mesmo – a limitação do comportamento estatal arbitrário se torna um objetivo dinâmico, exigente e complexo. Isso ocorre não apenas porque a identificação do que configura um comportamento arbitrário depende de contexto, mas porque as ameaças de afronta ao texto constitucional vão se sofisticando de maneira sutil ao longo do tempo³⁹¹, conforme a evolução das necessidades sociais de cada tempo, dos

³⁸⁶ É preciso registrar que o constitucionalismo liberal, aqui adotado como diretriz normativa mais representativa do plexo de doutrinas constitucionalistas, não é a única perspectiva acadêmica sobre o fenômeno do constitucionalismo. Alguns grandes pesquisadores, como Mark Tushnet, também incluem vertentes autoritárias como objeto de pesquisa típico desse campo de estudo. Ver, a propósito, TUSHNET, Mark. Varieties of constitutionalism. Int'l J. Const. L., v. 14, p. 1, 2016.

³⁸⁷ “*O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão.*” BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In *Suffragium* - Rev. do Trib. Reg. Eleit. do Ce, Fortaleza, v.5.n.8, p.1-177 jan/dez.2009, p. 17.

³⁸⁸ SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: a preliminary discussion. *American Political Science Review*, v. 56, n. 4, p. 853-864, 1962, p. 855.

³⁸⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona. Ariel, 2018, p. 15.

³⁹⁰ WHITTINGTON, Keith E. Constitutionalism. In WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.) *The Oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 279.

³⁹¹ Escrevendo em meados do século XX, Michel Vile observou o seguinte: “*In some ways the modern problems of limiting government power are much more subtle and difficult than those of earlier centuries,*

comportamentos institucionais e das próprias compreensões teóricas sobre o direito e o Estado.

Isso levou o constitucionalismo a se especializar em diferentes discursos. Um deles concita debates a respeito da genuinidade dos projetos constitucionais, mediante a reflexão sobre os requisitos mínimos que deveriam ser atendidos pelas Constituições que se proclamam liberais. Essa vertente foi explorada, por exemplo, em estudo clássico de Karl Lowenstein, que dividiu os seguintes requisitos³⁹²: (i) diferenciação das tarefas estatais e atribuições a diferentes órgãos para evitar a concentração; (ii) previsão de um mecanismo de cooperação entre os detentores do poder; (iii) previsão de um mecanismo para evitar a solução autocrática de impasses entre os detentores de poder; (iv) previsão de um método de adaptação pacífica da ordem fundamental às alterações das condições sociais e políticas; e (v) previsão de uma esfera de autodeterminação individual.

Em outro flanco, o constitucionalismo se cifrou em agendas especiais, dando origem a uma multiplicidade de constitucionalismos. Para a consideração dos problemas de desigualdade social em sociedades periféricas, forjou-se a categoria do constitucionalismo transformador³⁹³, voltado a pensar estratégias para a concretização da justiça social. Este, por sua vez se subdividiu em vertentes geograficamente localizadas, sob as formas dos constitucionalismos sul-americano³⁹⁴, asiático³⁹⁵ ou do sul global³⁹⁶, que compartilham problemas comuns. O enfrentamento dos desafios regulatórios causados pelo poder privado de mídias sociais inspirou a formação de um

When liberal constitutionalists took up the cause of freedom from the exercise of arbitrary power. (...) If there is a danger, it is rather from a process of erosion than from a direct assault upon liberty. There is no conspiracy of power-hungry men attempt to usurp our governmental systems, and the reaction that is called from us is not the hysterical denunciation of tyranny". VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Power*, Indianapolis: Liberty Fund. 1998, p. 12.

³⁹² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona. Ariel, 2018, p. 153.

³⁹³ ARGUELHES, Diego Werneck; SÜSSEKIND, Evandro Proença. *Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e "engenharia social judicial"*. *Revista Direito e Práxis*, v. 13, p. 2557-2594, 2022.

³⁹⁴ GARGARELLA, Roberto. *Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. OUP USA, 2013.

³⁹⁵ YEH, Jiunn-Rong; CHANG, Wen-Chen. *The emergence of East Asian constitutionalism: Features in comparison*. In: *Public Law in East Asia*. Routledge, 2017. p. 493-527.

³⁹⁶ MELO, Milena Petters; BUCKHART, Thiago Rafael. *A constitutionalism "of" the Global South? Epistemological reflections on emerging constitutional trends*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 14, n. 3, p. 420-438, 2022.

constitucionalismo digital³⁹⁷. Em uma perspectiva de internacionalização ampla, foi cunhado também um projeto de constitucionalismo global³⁹⁸.

Outros pesquisadores optaram por subdividir o constitucionalismo de acordo com os arranjos institucionais adotados pelas comunidades políticas, da seguinte forma:

No curso das últimas décadas nós aprendemos a subdividir o constitucionalismo liberal. Existe o constitucionalismo político, identificado por Richard Bellamy e outros, que teoriza a supremacia parlamentar como forma de governo limitado. Alternativamente, existe o constitucionalismo judicial (algumas vezes equivocadamente referido como constitucionalismo ‘jurídico’), em que os Tribunais impõem limitações ao poder governamental. Dentro do constitucionalismo judicial, encontramos modelos fortes de controle e supremacia judicial e modelos fracos ou de controle dialógico³⁹⁹.

Modelos de controle forte são aqueles em que a jurisdição constitucional possui poderes para invalidar atos normativos produzidos pelas instâncias políticas, mediante decisões capazes de anular completamente a força normativa das decisões parlamentares. Os modelos de controle fraco, por sua vez, são aqueles em que, embora os Tribunais possuam competência para se pronunciar sobre a compatibilidade entre a Constituição e os atos normativos, essa pronúncia não acarreta necessariamente a anulação imediata da força normativa dos atos controlados⁴⁰⁰.

O curto apanhado que se vem de fazer buscou apenas exemplificar, com bastante brevidade, os diversos sentidos, agendas e conteúdos que estão associados ao conceito de constitucionalismo. O interesse acadêmico da presente pesquisa se circunscreve ao constitucionalismo que Tushnet classifica como liberal-judicial forte, e que Prieto Sanchis descreve como “*um fenômeno cultural e político próprio do mundo moderno, que faz efetivos os postulados da filosofia ilustrada e liberal*”⁴⁰¹. Esse paradigma representa uma “conquista evolucionária⁴⁰²” cujo potencial civilizatório foi sendo

³⁹⁷ DE GREGORIO, Giovanni; RADU, Roxana. Digital constitutionalism in the new era of Internet governance. *International Journal of Law and Information Technology*, v. 30, n. 1, p. 68-87, 2022.

³⁹⁸ KUMM, Mattias. On the history and theory of global constitutionalism. In: *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 168-199.

³⁹⁹ TUSHNET, Mark. Varieties of constitutionalism. *Int'l J. Const. L.*, v. 14, p. 1, 2016.

⁴⁰⁰ Na idealização de Tushnet, o controle forte seria uma opção institucional adequada para prover o controle de direitos de liberdade negativa, enquanto o controle fraco seria mais conveniente para lidar com o controle de direitos sociais e econômicos. TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, 2009.

⁴⁰¹ PRIETO SANCHÍS, Luís. *Constitucionalismo y positivismo*. 1ª ed. Lima: Palestra Editores, 2018, p. 21.

⁴⁰² “*Due to these unique characteristics, the constitution has rightly been called an evolutionary achievement. It restored the legal bonds on political rule that had been lost with the collapse of the medieval order under the altered conditions of the modern state, the attendant positive nature of law, and the*

gradualmente desenvolvido na cultura política ocidental pela consolidação de um conjunto de ideias, de postulados e de institutos que qualificam um processo especial de institucionalização do direito.

4.2. Constitucionalismo como uma questão de atitude: autorreflexão, autocrítica e construtivismo judiciário

O ideal de constitucionalismo liberal revisitado acima marcou a fundação histórica de um uma espécie de “religião civil”⁴⁰³, que concita e viabiliza o engajamento dos cidadãos em um projeto de autodeterminação construtivo e respeitoso, inaugurando um novo paradigma de civilidade. Os integrantes da comunidade política já não aparecem como meros destinatários do poder, mas como parceiros na produção do direito⁴⁰⁴ ou, quando menos, como indivíduos racionais capazes de avaliar a legitimidade da ordem jurídica como um todo, o que se reflete na perspectiva das pessoas diante do direito.

No paradigma constitucionalista, a Constituição pode ser vista como uma ação⁴⁰⁵, um projeto conjunto de auto-discernimento coletivo ou uma inspiração para que os integrantes de uma comunidade política adotem uma postura muito próxima àquela que Dworkin celebrizou na expressão de “atitude interpretativa”. Essa atitude pede aos participantes que busquem identificar, por si sós, a intencionalidade ou o propósito da prática jurídica e que, ao interpretá-la, procurem aperfeiçoar essa realidade por meio da progressiva submissão de suas normas a esses propósitos.

transition to the functional differentiation of the society.” GRIMM, Dieter. Constitutionalism: past, presente, and future. Oxford University Press, 2016, p. 15.

⁴⁰³ “A constitution’s fundamental nature is supposed to provide elements of the “civil religion” that binds all members of society and all major groups within it to the constitutional system. Obtaining the legitimacy needed for fulfilling such a major role in any society depends, to a great extent, on the different roles various organs play in framing and adopting constitutional regimes, and on the roles they play within these regimes”. GAVISON, Ruth. Legislatures and the Phases and Components of Constitutionalism. In: BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (Eds.). The least examined branch. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 198.

⁴⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Editora Unesp, 2022, pp. 170-171.

⁴⁰⁵ “We can think of a constitution as both a verb and a noun. It can of course be understood as a document, a thing that outlines the structures of government, defines the powers of public institutions, and codifies rights. But it is also an action, a continuing process of self-definition and redefinition, one that invites the people who are to be governed by it to both shape the rules that bind them and to reshape them as might be required by time, experience and evolving values. The idea of a constitution as an action derives from the Lockean theory of legitimacy, which rests on the people’s acts of express and tacit consent to validate their government”. ALBERT, Richard. Constitutional amendments: making, breaking, and changing constitutions. Oxford University Press, 2019, p. 196.

Isso exige mais do que a atitude crítico-reflexiva idealizada no aspecto interno das regras por Hart. A atitude interpretativa exige um exercício mais construtivo. Ele não é apenas um comportamento “*habitual, mas normativo; e não meramente normativo, mas reflexivo; e não meramente reflexivo, mas internamente crítico, de forma a apoiar a atitude interpretativa*”⁴⁰⁶. Surge, aqui, o ensejo para uma disposição especial, em que tanto agentes públicos como cidadãos assumem um papel ativo no controle do direito, mediante um exercício de moralidade crítica inspirado pelos fundamentos constitucionais.

Trata-se de uma perspectiva até certo ponto romântica sobre os laços de coesão social nas comunidades políticas, pois acredita na credibilidade de um engajamento voltado ao engrandecimento moral, que predomina sobre interesses estratégicos e prudenciais. Mas ainda que possa ser considerada excessivamente otimista quando aplicada aos cidadãos em geral, a atitude interpretativa vislumbrada por Dworkin possui alto valor elucidativo quando utilizada como lente para compreender o comportamento de juízes em modelos de constitucionalismo liberal-judicial de controle forte.

Dentro desse modelo, que é o que interessa a este trabalho, a jurisdição constitucional adquiriu uma importância aguda e as Cortes Constitucionais ganharam um protagonismo crescente no equilíbrio da equação entre defesa da democracia, resguardo do processo político e promoção de direitos fundamentais. Conforme observado por Dmitrios Kyritsis, a atuação de Cortes Constitucionais desse tipo não se amolda ao paradigma dicotômico de criação/aplicação – segundo o qual o Legislativo cria regras, enquanto o Judiciário deve se limitar a aplicá-las. Impera uma outra atitude, que já não é meramente deferente ou passiva ao trabalho do legislador, mas que convoca uma iniciativa de supervisão ativa⁴⁰⁷, baseada em julgamentos morais independentes a respeito da adequação do material legislativo para promover o bem comum.

A mudança provocada pelo constitucionalismo na atitude judicial perante o direito acaba reformulando, dessa maneira, o padrão de relacionamento entre Parlamentos e Cortes, conferindo ao papel jurisdicional um apelo que não se resume à aplicação passiva de normas. Como se verá em maior detalhe no subtópico seguinte, para Kyritsis a

⁴⁰⁶ POSTEMA, Gerald. *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*, Springer, 2011, p. 428.

⁴⁰⁷ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 351.

jurisdição atua como colaboradora em um projeto conjunto, cabendo a ela responsabilidades de avaliar conteúdos substantivos e de desenho institucional:

Como um participante no projeto conjunto de governança, como visto, o juiz deve realizar considerações de desenho institucional no momento de interpretar decisões legislativas. Essas considerações determinarão, em boa medida, qual o peso ele deve atribuir à decisão e o que, precisamente, é necessário para dar cumprimento fiel ao direito. (...) A não ser que o juiz encontre alguma boa razão para atribuir algum grau de poder para o parlamento – ou qualquer outro agente de governo –, ele não descumpra nenhum dever funcional caso desconsidere a decisão proferida por esse agente, assim como ele não descumpriria nenhum dever se a decisão dizendo o que fazer tivesse sido prolatada por um cidadão privado.

(...)

Ao mesmo tempo, entretanto, o juiz não pode seguir cegamente as decisões políticas consideradas pertinentes após o crivo de desenho institucional. Ele também deve levar em conta considerações de conteúdo. Suas convicções sobre o que o parlamento deve fazer devem informar seu julgamento a respeito dos limites dentro dos quais ele irá fazer cumprir as decisões legislativas. Isso porque uma decisão legislativa é mostrada sob sua melhor luz, interpretativamente falando, quando ela se encaixa bem dentro da dimensão de conteúdo, também. Uma decisão muito injusta não pode ser vista plausivelmente como uma contribuição ao projeto de governança conjunta. Considerações de conteúdo, portanto, jogam um papel de justificação em um exercício interpretativo, e juízes devem ponderá-los com considerações de desenho institucional⁴⁰⁸.

Na medida em que postula uma adaptação do relacionamento entre Parlamentos e Cortes, a doutrina interpretativista de Kiritsis não se limita apenas aos sistemas jurídicos inseridos na tradição do *common law*, estendendo-se igualmente ao contexto do *civil law*. Após a expansão do espaço de atuação das Cortes Constitucionais, também esses sistemas passaram a contar com uma participação muito mais aguda e rotineira de juízes na consolidação de conteúdos normativos inéditos nos ordenamentos jurídicos, seja pela concretização do sentido de normas constitucionais de formulação aberta, pela afirmação de núcleos essenciais de princípios ou pela fixação de interpretações legais compatíveis com a estrutura dos textos constitucionais.

No Brasil e em países latinos, essa evolução da prática jurisdicional chegou a ser representada sob o título teórico de neoconstitucionalismo⁴⁰⁹ que, embora não tenha

⁴⁰⁸ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 1847.

⁴⁰⁹ “Historicamente, el modelo “neoconstitucionalista” se ha desarrollado en debate contra un modelo puramente legalista, al que busca superar. Este debate puede ser sintetizado con cuatro formulas que reflejan el cambio de un modelo por otro: (i) valor en lugar de norma; (ii) ponderación en vez de subsunción; (iii) omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del derecho ordinario; y (iv) omnipotencia judicial apoyada en la Constitución - sobre todo de los tribunales con jurisdicción constitucional - en lugar de la autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución”.

resultado em um corpo coeso de doutrinas, já foi descrito esquematicamente como um conjunto de teses⁴¹⁰. Independentemente da etiqueta teórica que se prefira, o importante é que o avanço do constitucionalismo liberal-judicial operou três mudanças fundamentais nas regras secundárias que caracterizam os sistemas de controle forte.

Em primeiro plano, ele alterou o estatuto dos princípios constitucionais (que eram vistos como normas programáticas), reconfigurando a regra de reconhecimento dos sistemas de *civil law* para conferir força normativa autoaplicável a eles⁴¹¹. Em segundo lugar, fez incluir, dentro da regra de reconhecimento, critérios de devido processo substantivo da razoabilidade ou proporcionalidade⁴¹², inserindo avaliações morais no teste de identificação do direito. Por último, determinou uma significativa alteração nas regras de julgamento de Cortes Constitucionais, dotando-as de grande autoridade para adscrever conteúdos ao direito constitucional mediante técnicas decisórias construtivas⁴¹³.

O último ponto acima destacado é bastante elucidativo para compreender a transformação operada pelo constitucionalismo nas regras de julgamento aplicáveis à

ETCHEVERRY, Juan B., El ocaso del positivismo jurídico incluyente. In *Persona y derecho*, vol. 67, 2012/2, pp. 411-447, p. 412.

⁴¹⁰ Na busca por uma melhor compreensão do que se deve entender pelo neoconstitucionalismo, que seria muito mais um modismo ou fenômeno do que uma doutrina, J. J. Moreso sistematizou dez teses, a saber: (1) a expressão neoconstitucionalismo é apenas um espantalho que não corresponde à doutrina de nenhum autor; (2) o neoconstitucionalismo evoca uma determinada cultura jurídica; (3) existe um positivismo e existe um anti-positivismo constitucionalista; (4) uma Constituição rígida com declaração de direitos e jurisdição constitucional não é condição necessária, nem suficiente, para a proteção de direitos humanos, embora seja uma contribuição importante; (5) as garantias primárias, sem garantias secundárias, são impotentes; (6) o constitucionalismo deve dar uma resposta à objeção contramajoritária; (7) o constitucionalismo põe em questão a primazia da certeza do positivismo normativo; (8) o não objetivismo ético não forma parte da definição do positivismo; (9) há boas razões para rechaçar o subjetivismo ético; e (10) o objetivismo ético não implica necessariamente o realismo metafísico e moral. MORESO, Josep. J. Diez tesis sobre el neoconstitucionalismo (y dos razones a favor del positivismo jurídico). In *Revista-i-Latina*, N. 1, 2019, pp. 118-159.

⁴¹¹ Como bem observado por Struchiner, não é apenas a atitude de aceitação de juízes que importa para a formação da regra de reconhecimento. A doutrina sobre a efetividade das normas constitucionais, obra de constitucionalistas e advogados, foi essencial para determinar a atribuição de normatividade a algumas regras principiológicas do texto constitucional brasileiro de 1988. STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Filosofia, v. 205, 2005, p. 74-75.

⁴¹² “(...) observers agree that ‘virtually every effective system of constitutional justice in the world with the partial exception of the United States have embraced the main tenets of proportionality analysis,’ so that proportionality has become ‘a foundational tenet of global constitutionalism’”. HIRSCHL, Ran. *Comparative mattres: the Renaissance of comparative constitutional law*. Oxford University Press, 2014, pp. 24-25.

⁴¹³ GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O Desenvolvimento Judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 189-203.

jurisdição constitucional. Atualmente, a doutrina reconhece⁴¹⁴ que, além de decisões intermediárias ou interpretativas, nas quais as Cortes Constitucionais determinam uma alteração no sentido de um dispositivo para fixar ou excluir uma determinada interpretação, esses órgãos jurisdicionais também possuiriam autoridade para pronunciar decisões construtivas aditivas (que suprem uma omissão parcial e determinam o acréscimo de um texto); decisões construtivas substitutivas (que substituem um texto positivado por outro, estabelecendo o único enunciado compatível com a Constituição); e decisões aditivas de princípio (que concretizam princípios de forma parcial, construindo parâmetros orientadores para decisões de outras instâncias).

Em razão do caráter propositivo da interpretação jurídica, da variedade e do caráter cada vez mais agudo das técnicas construtivas de decisão colocadas à disposição das Cortes Constitucionais, a doutrina tem postulado a definitiva superação de dois mitos anacrônicos sobre a aplicação judicial do direito⁴¹⁵, a saber: o (i) de que a “*literalidade mínima dos enunciados normativos seria um limite intransponível para a aplicação do direito pelo poder judiciário*”⁴¹⁶; e (ii) o de que a função decisória dos tribunais não contemplaria efeitos criativos, ideia que, no âmbito das Cortes Constitucionais, encontraria expressão no dogma da função negativa da jurisdição constitucional⁴¹⁷.

Realmente, o caráter construtivo é uma característica elementar da atuação jurisdicional em sistemas de constitucionalismo liberal-judicial caracterizados por

⁴¹⁴ Ver, por todos, BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Papel Criativo Dos Tribunais-Técnicas De Decisão em Controle De Constitucionalidade (The Creative Role of the Courts-Decision-Making Techniques). Revista da AJURIS, v. 46, n. 146, 2019.

⁴¹⁵ Em trabalho de destaque sobre o tema (O Desenvolvimento Judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016), Gabriel Accioly Gonçalves propõe que as consequências inerentemente construtivas das decisões judiciais deveriam ser abraçadas e trabalhadas de forma mais transparente, fundamentada e sincera pelas Cortes Constitucionais, objetivo que poderia ser contemplado pela incorporação de uma distinção entre atos de interpretação do direito e de construção judicial do direito.

⁴¹⁶ GONÇALVES, Gabriel Accioly. O Desenvolvimento Judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 315.

⁴¹⁷ “(...) a conquista da normatividade por parte dos dispositivos constitucionais em sua inteireza representa, por si só, uma ruptura com o modelo de Kelsen dentro do qual a tese do legislador negativo se insere e fora do qual não é passível de acomodação, já que alçar as disposições materiais ao patamar de parâmetro de controle de constitucionalidade inequivocamente conduz ao resultado de que o(s) tribunal(is) responsáveis pela jurisdição constitucional passe(m) a atuar de forma criativa em sentido positivo, agregando novos conteúdos ao direito. Como aduz Christopher Zurn, a admissão de que o papel dos órgãos que possuem competência jurisdicional sobre matéria constitucional não se resume ao de tutela das normas acabadas, mas envolve a elaboração normativa, torna inviável sua caracterização como um legislador negativo.” GONÇALVES, Gabriel Accioly. O Desenvolvimento Judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 154.

desenhos de controle forte. Trata-se de uma implicação do sentido autorreflexivo e autocrítico da atividade de validação e interpretação das normas jurídicas diante dos parâmetros constitucionais, que exige que juízes compatibilizem, em um arranjo coerente, por meio da argumentação teórico-contextual, diversas escalas de racionalidade prática na justificação de suas decisões, contemplando, entre outros aspectos, (i) a intencionalidade geral da prática jurídica (quais as condições de verdade do raciocínio jurídico?); (ii) a função e o papel moral de cada instituição na estruturação do direito (que lugar e peso deve ser dado às decisões de cada instância?); e (iii) a compatibilidade das normas editadas pelo processo político com os fundamentos principiológicos do constitucionalismo (que critérios de correção devem ser utilizados para justificar a compatibilidade de dispositivos presumidamente válidos com os fundamentos da Constituição?)

As teorias de legitimidade da jurisdição constitucional (como as doutrinas das virtudes passivas, da leitura moral ou do procedimentalismo) são exemplos de escalas de racionalidade prática que respondem à preocupação externada pela segunda questão. Elas permitem enxergar, ilustrativamente, como alguns componentes típicos do constitucionalismo moderno se refletem nas condições de verdade do raciocínio jurídico (que se reportam à primeira e à terceira perguntas acima), forjando uma racionalidade crítico-reflexiva (caracterizada, por exemplo, por diretrizes de antiformalismo⁴¹⁸; anti-autoritarismo⁴¹⁹; anti-hegemonismo⁴²⁰) de aplicação do direito. Todos esses padrões

⁴¹⁸ Por antiformalismo entende-se uma concepção epistemológica ampla sobre o direito, que (i) supera a concepção de “Rule of law” instrumental e formalista; (ii) fomenta teorias da interpretação sensíveis ao aspecto propositivo ou teleológico na interpretação dos institutos e materiais jurídicos, valorizando o caráter expansivo das cláusulas morais da Constituição na determinação do conteúdo jurídico; e (iii) censura o comportamento institucional e pessoal arbitrário, proscrevendo o exercício abusivo de posições de poder (e.g. com desvio de finalidade) e de direitos (e.g. com violação à boa-fé).

⁴¹⁹ Antiautoritarismo é um condicionamento que representa não só o compromisso geral das Constituições com o princípio fundacional da democracia, mas, em especial, (i) a ideia de concretização gradual e progressiva de direitos fundamentais, que implica a noção de vedação de retrocesso puramente destrutivo; (ii) a inadmissibilidade de decisões e técnicas de decisão que pretendam esvaziar atribuições institucionais alheias; e (iii) a inadmissibilidade de decisões e técnicas de decisão voltadas a cercear, obstaculizar ou impedir a submissão de decisões estatais ao controle social, à crítica e à revisão institucional pelos canais apropriados.

⁴²⁰ Na leitura aqui defendida, o anti-hegemonismo é o postulado-chave do constitucionalismo, englobando noções como (i) a necessidade de coibir os excessos da maioria mediante controle jurisdicional (função contramajoritária); (ii) o compromisso das Constituições com o princípio da dignidade humana e com a vedação de decisões discriminatórias baseadas em preconceitos, sobretudo aquelas destinadas a perpetuar a inferiorização de segmentos sociais marginalizados (princípios antidiscriminatórios); e (iii) a de vedação a ponderações decisórias desproporcionais, que imponham sacrifícios desnecessários e excessivos a princípios ou bens jurídicos reconhecidos pela ordem constitucional (proteção de conteúdos constitucionais

revelam a fundação moralmente engajada que caracteriza a prática jurídica no atual cenário.

No contexto, já não é mais crível nem útil pensar na identificação de fontes ou de conteúdos jurídicos de forma moralmente neutra – ainda que em teoria – razão pela qual a doutrina anglo-americana foi provocada a idealizar concepções de juridicidade (“rule of law”) capazes de refletir uma conexão conceitual entre direito e moral, doutrinas pensadas para funcionar como fios condutores da aplicação judicial do direito.

4.3. Constitucionalismo e algumas concepções engajadas do “Rule of law”

O paradigma hartiano advogou em favor de um conceito de juridicidade moralmente neutro e funcionalmente instrumental, cuja semente está na regra de reconhecimento convencional. Essa doutrina professa uma concepção de “Rule of law” na qual a qualificação jurídica é uma função de um teste de validade estabelecido socialmente pelo costume decisório dos juízes. Nesse contexto, o que fundamenta a juridicidade é um fato social e o conteúdo jurídico é determinado pelos critérios compartilhados na linguagem.

Como visto no decorrer dessa dissertação, essa moldura do “Rule of law” foi seguidamente contestada. Além de amplamente desafiada pelo interpretativismo, ela recebeu reformulações inclusive dentro das fileiras do positivismo, que atenuou os pressupostos de neutralidade moral-funcional clássicos. Nos subtópicos que se seguem, serão avaliadas algumas das concepções pós-hartianas de “rule of law” que explicam essa noção a partir de abordagens menos céticas, o que permitirá visualizar alguns dos fundamentos deontológicos de racionalidade prática que estruturam a prática jurídica e que devem orientar a compreensão da discricionariedade judicial.

4.3.1. O império do direito – “Rule of law” como integridade (Dworkin)

Ao contestar as premissas do modelo hartiano, Dworkin salientou que, dentro de um estágio analítico mais incipiente (chamado por ele de estágio semântico⁴²¹), a juridicidade deve ser compreendida como um conceito de perfil epistemológico muito mais abrangente do que o admitido pelo positivismo. Com o auxílio das teses dos

mínimos, que é instrumentalizada por meio das categorias constitucionais das cláusulas pétreas, núcleo essencial e proporcionalidade).

⁴²¹ Na introdução de “Justiça de Toga”, Dworkin organiza a atividade teórica em 4 momentos analíticos: os estágios semântico; teórico; doutrinal; e da decisão judicial. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp. 15-32.

fundamentos do direito e dos desacordos teóricos, ele procurou demonstrar que – para além da matéria “visível” das decisões institucionais, ou seja, dos fatos sociais – o direito também carrega um conjunto de proposições teórico-filosóficas de fundo, mais abstratas e geralmente implícitas, que são condicionantes essenciais do seu conteúdo.

Essas proposições definiriam os valores políticos a serem desenvolvidos pela prática jurídica (premissas estruturadas no estágio teórico da construção do conhecimento jurídico), bem como as condições de verdade e os critérios de correção a serem aplicados no momento da identificação do direito e da determinação das normas jurídicas (arranjo formulado no estágio doutrinário da interpretação). O positivismo cometeria o pecado de tomar essas proposições fundamentais como uma espécie de dado pré-interpretativo não problematizável, sendo essa a consequência mais gravosa do ferrão semântico, que terminaria por causar uma fissão entre a definição conceitual do direito e de sua legitimidade política ou força moral.

O interpretativismo traduz um manifesto filosófico contra esse descompasso entre conceito e legitimidade, convocando um novo estatuto atitudinal – necessariamente engajado e propositivo – para a teoria jurídica. Segundo ele, a identificação e a determinação do direito não podem ficar à mercê de testes algorítmicos. Na medida em que o objetivo mais abstrato e fundamental do direito seria o de condicionar o uso do poder de coerção governamental⁴²², canalizando-o de acordo com os direitos e deveres que fluiriam das decisões políticas passadas, a interpretação jurídica dependeria, sempre, de apreciações de moralidade política, o que impediria uma emancipação genuína entre o conceito do direito e a força moral dos materiais jurídicos.

A integridade irá aparecer como argumento chave que será postulado por Dworkin para explicar a reconexão entre teoria do direito e legitimidade moral, cumprindo uma função bastante polivalente na sua doutrina interpretativista.

⁴²² De maneira instigante, Dworkin parece utilizar um mesmo movimento para fazer, a um só tempo, uma concessão e uma crítica à metodologia descritiva reivindicada por algumas teorias rivais, como o positivismo. Por um lado, ela admite que há algum nível de compartilhamento conceitual pré-interpretativo sem o qual a teoria e o direito seriam impossíveis. Logo depois de assumir essa premissa, ele sugere como conceitualmente intuitiva uma função justificativa para o direito que não é, de forma alguma, consentida dentro da teoria positivista. Isso faz parte da sua terapia interpretativista. Ao tratar essa premissa como um acordo consensual ou um platô teórico, Dworkin demonstra como até mesmo os pressupostos mais básicos das teorias jurídicas podem ser problematizados.

Em uma dimensão teórica mais geral, ela é apresentada como matriz explicativa da noção de fidelidade entre decisões políticas do passado e o conteúdo dos direitos e deveres, critério responsável por distinguir a concepção interpretativa de outras explicações rivais. Mas ela representa muito mais do que isso. No plano da teoria política, ela designa uma virtude autônoma, que fundamenta a natureza e a estrutura das relações e obrigações políticas que irão caracterizar e inspirar o comportamento dos cidadãos e das instituições em uma sociedade genuinamente democrática. Ademais, ela norteia uma visão de objetividade e um programa normativo para a interpretação no direito.

Esse olhar metodológico baseado na integridade transmite uma importante mensagem contra a crença na possibilidade de se fazer teoria jurídica de forma neutra. Mas para entender melhor o lugar fundacional que ela ocupa na teoria dworkiniana, é preciso compreender a integridade de maneira mais abstrata, como uma grandeza política que explica a natureza das obrigações dos indivíduos em comunidades políticas, a estrutura e o tipo de responsabilidade que caracterizam essas obrigações, a concepção de comunidade que elas inspiram, o tipo de relação existente entre indivíduos e essas comunidades e a atitude que deve guiar o comportamento de cidadãos e agentes públicos.

É essencial intuir, inicialmente, que tipo de virtude a integridade traduz. Em um ponto mais introdutório de “O império do direito”⁴²³, Dworkin distingue a existência de três valores políticos distintos: a equanimidade⁴²⁴; a justiça; e o devido processo adjetivo. A primeira noção – expressa em um termo (“fairness”) que não encontra paralelo adequado na língua portuguesa – postula um apelo relativo à paridade representativa nas decisões estatais ou à adequação da distribuição do poder político⁴²⁵. A segunda, de justiça, manifesta um filtro em termos do resultado distributivo mais adequado,

⁴²³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 199-201.

⁴²⁴ Na interpretação de André Coelho, a equanimidade explica a atitude de desobjetivizada que deve nortear o raciocínio jurídico de aplicação do direito pelos juízes, explicando como ela pode ser, a um só tempo, epistemicamente construtiva e politicamente deferente ao legislador democrático. “*Tal como o interpreto, o papel da equidade é precisamente o de conciliar a posição epistêmica de intérprete e a posição política de cidadão do juiz. Epistemicamente, o juiz só pode chegar a saber o significado do texto da lei e as intenções dos legisladores servindo-se de suas convicções morais e políticas sobre democracia, legislação, princípios e políticas. Mas politicamente isso não autoriza o juiz a colocar-se acima de todos os demais cidadãos que produziram a lei.*” COELHO, André. *O direito como integridade aplicado à lei*. In *Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos*, 2018. p. 213.

⁴²⁵ “*Em política, a equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos – métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado – que distribuem o poder de maneira adequada.*” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 202.

independentemente dos mecanismos de representatividade adotados⁴²⁶. A terceira contempla a questão pertinentes aos procedimentos corretos para chegar a uma decisão.

A integridade surgiria como um quarto ideal, representando um valor autônomo em relação aos demais⁴²⁷. Por facilidade expositiva, Dworkin se concentra em explicá-la a partir de comparações com a justiça e a equanimidade, correlacionando essas virtudes e as concepções de direito antes mencionadas. A integridade consubstanciaria um interesse intermediário entre esses dois últimos valores. Ela combinaria o virtuosismo utópico da justiça com o realismo pragmático da equanimidade, funcionando como um princípio moderador, que incidiria em hipóteses de conflito entre justiça e equanimidade, orientando a forma como cada um desses valores deveria ser interpretada⁴²⁸.

Para Dworkin, a vocação política da integridade é diferente da equanimidade, da justiça e do devido processo legal, e pode ser extraída originariamente de um paradigma da cultura de precedentes típica do *common law*, o de tratar os casos semelhantes de forma semelhante. Ela postula que a consideração normativa dispensada a cada membro de um grupo político deve ser fundamentada nos mesmos argumentos de princípio que sustentam os direitos reconhecidos em favor de todos os demais⁴²⁹, exigindo que “*o governo persiga alguma concepção coerente daquilo que significa trata as pessoas como*

⁴²⁶ “A justiça é uma questão de resultados: uma decisão política provoca injustiça, por mais equitativos que sejam os procedimentos que a produziram, quando nega às pessoas algum recurso, liberdade ou oportunidade que as melhores teorias sobre a justiça lhes dão o direito de ter.” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 218.

⁴²⁷ Essa postulação levantou um instigante debate sobre a genuinidade da independência valorativa da integridade. Dentre os críticos da posição de Dworkin, uma das objeções mais consistente é debitada a Jeremy Waldron, que considera a integridade como um aspecto, um ingrediente ou uma perspectiva da justiça. “*Parece dizer não que a justiça e a integridade entram em conflito, mas que a integridade – assim como a equidade – é um valor político que se aproxima de questões de justiça desde um ângulo oblíquo – um ângulo definido funcionalmente pela necessidade de lidar com o fato de que várias decisões com a quais a nossa comunidade já se comprometeu foram tomadas com base em concepções de justiça divergentes e conflitantes*”. WALDRON, Jeremy. The circumstances of integrity. In *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 198.

⁴²⁸ “*No que tange à equidade, a integridade requer que aos princípios políticos necessários para justificar a autoridade assumida de uma legislação sejam dados plenos efeitos na decisão acerca do sentido de um ato legislativo por ela estabelecido; no que tange à justiça, a integridade requer que os princípios morais necessários para justificar o conteúdo das decisões daquela legislatura possam ser reconhecidos em todas as suas decisões, quer dizer, no direito como um todo; no que tange ao devido processo, a integridade requer que os procedimentos de julgamento compreendidos como tendo alcançado um equilíbrio correto entre exatidão – precisão, fiabilidade – e eficiência na aplicação do direito em certas partes deste possam ser também assim reconhecidos em suas outras partes, respeitadas as diferenças de tipo e de nível da ofensa moral provocada*.” GOMES, David F. L.; e PENTEADO ROSA, Leonardo G. *O maior desafio: pragmatismo e personificação. Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos*, 2018. p. 109.

⁴²⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 201.

*iguais*⁴³⁰”. Trata-se, portanto, de um requisito de coerência principiológica robusta, que combina, em seu conteúdo, as ideias de consistência (ou não contradição lógica); de racionalidade fundamentada em princípios; e de proteção à dignidade pela igual consideração e respeito dos cidadãos⁴³¹.

A integridade implica, ao mesmo tempo, um pouco mais e um pouco menos do que a ideia de coerência. Ela é mais radical e dinâmica do que a coerência estrita, porque a ideia de correção por ela veiculada não se contenta, por exemplo, com a reiteração de decisões anteriores pelos juízes, exigindo “*que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na proporção correta*”⁴³². Ela exige que a legitimidade dos atos políticos seja testada sob a luz de uma visão unificadora dos princípios de moralidade implícitos na prática, e não por meio de um padrão monocromático.

Por outro lado, ela também é mais acanhada do que a coerência, porque a força gravitacional que ela inspira, que justifica a expansão ou retração de direitos e responsabilidades, só pode ser exercida quando respaldada em considerações baseadas em princípios, e não de políticas.

A virtude da integridade pressupõe as noções morais de reciprocidade, de tolerância e de falibilidade. Ela requer que cada indivíduo reconheça que as demais pessoas possuem a aptidão de expressar, de boa fé e por si próprias, concepções de equanimidade, justiça e decência genuínas, ainda quando contrapostas, reconhecimento esse que Dworkin valoriza como “*um requisito prévio de civilização*”⁴³³.

Esse respeito pela autonomia e pela capacidade de julgamento moral alheia é justificado pelo segundo princípio de dignidade intuído por Dworkin em “A raposa e o porco-espinho: justiça e valor”, segundo o qual cada um deve ter o direito de viver e governar sua vida segundo suas próprias luzes, o que exige que as comunidades políticas

⁴³⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 268.

⁴³¹ “*The connection between integrity and the ideal of equality is crucial to Dworkin. It is through the single vision of the law, he says, that the state treats citizens as equals. It is not just that of consistency in dealing with, as Hart has pointed out, ‘compatible with great iniquity’, but incorporates the idea of treating people as equals. Integrity is the principal virtue of legal argument and it is a moral virtue in the political sphere. Thus, legal argument and moral argument cannot be separated.*” GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. 3ª ed. Chicago: Stanford Law Books, 2012, p. 81.

⁴³² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 264.

⁴³³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 202.

atuem de modo tolerante, preservando a esfera de autodeterminação de cada indivíduos, ainda quando ela seja pouco ortodoxa ou minoritária⁴³⁴. A integridade não exige que as práticas políticas a observem de forma perfeita, mas insiste que as comunidades devem possuir um compromisso permanente de autoaperfeiçoamento, sempre se empenhando “*em remediar quaisquer incoerências de princípio com as quais venhamos a nos deparar*”⁴³⁵.

Para facilitar a compreensão do significado desse valor político, Dworkin sugere três exercícios de visualização. O primeiro deles se perfaz por meio de uma comparação com o valor da integridade pessoal⁴³⁶. Para Dworkin, a integridade pessoal remete à confiabilidade de um indivíduo e à sua capacidade de agir baseando-se em princípios que orientam suas vidas como um todo, e não de forma excêntrica, *insights* que também poderiam ser aplicados para descrever a integridade política.

O segundo expediente de visualização proposto por Dworkin passa pelo método de personificação comunitária. Para entender como a integridade funciona no âmbito político, ele propõe que as comunidades sejam vistas como um agente coletivo capaz de falar a uma só voz, expressando uma concepção coerente de princípios de justiça equanimidade, e do qual seria possível cobrar um comportamento decisório baseado em um esquema coerente e inteligível de princípios. Trata-se de um mecanismo de abstração que toma as comunidades políticas como se fossem entes corporativos, com responsabilidades morais independentes de seus representantes individuais⁴³⁷. Esse modelo de imputação não seria fundado na suposição de que a comunidade existiria como um ente metafisicamente independente, mas na premissa de que ela “*é uma criação das práticas de pensamento e linguagem nas quais se inscreve*”⁴³⁸, o que possibilitaria que suas respectivas práticas político-jurídicas fossem utilizadas como parâmetro para a responsabilização dos governos⁴³⁹.

⁴³⁴ GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. 3ª ed. Chicago: Stanford Law Books, 2012, pp. 109-110.

⁴³⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 261.

⁴³⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 202.

⁴³⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 205-208.

⁴³⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 208.

⁴³⁹ “*Nosso argumento deve derivar da virtude política, e não, na medida em que se veja aí uma diferença, da metafísica. Não devemos dizer que a integridade é uma virtude especial da política porque o Estado ou a comunidade sejam uma entidade distinta, mas que a comunidade deve ser vista como um agente moral distinto, porque as práticas sociais e intelectuais que tratam a comunidade dessa maneira devem ser*”

A terceira e última ilustração de apoio busca demonstrar a independência do valor político da integridade por meio da referências às soluções conciliatórias típicas de legislações de sentido salomônico. Dworkin argumenta que desacordos sobre questões de princípio, como a legitimidade do aborto, não podem ser resolvidas pela estipulação do reconhecimento desse direito a mulheres nascidas em dias pares e a sua negativa a mulheres nascidas em dias ímpares. Embora a inadequação dessa decisão seja flagrante, seu equívoco não poderia ser explicado, de *per si*, nem pelo valor da equanimidade, nem pela justiça. Como a equanimidade pugnaria por uma distribuição mais equitativa do poder político, a garantia do aborto a algumas mulheres já contemplaria esse valor. Ao repelir injustiças para pelo menos algumas pessoas, essas soluções também atenderiam, pelo menos em alguma medida, ao valor político da justiça⁴⁴⁰.

A integridade seria o princípio que justificaria a abominação intuitiva a soluções de meio-termo exemplificadas pelo paradigma salomônico. Essas decisões ofenderiam um postulado de racionalidade autônomo, que recomenda que, mesmo quando as pessoas estão divididas sobre questões de justiça, um acordo legítimo sobre elas deve se fundar necessariamente em alguma compreensão de princípio, e não de uma coerência utilitarista perversa que se contente com a melhora arbitrária da situação de alguns indivíduos em detrimento dos demais. Soluções salomônicas violariam a integridade, portanto, porque não poderiam ser defendidas “*em conjunto como expressão de uma série coerente de princípios de justiça, equidade ou processo legal*”⁴⁴¹.

Os exercícios intelectuais sintetizados acima conferem mais concretude ao ideal de integridade, mas Dworkin utiliza ainda um outro recurso metafórico bastante útil para descrever o tipo de interação social que se espera que ele irá produzir em grupos políticos. Trata-se da alegoria da fraternidade. Ele observa que a integridade suscita um compromisso de cuidado mútuo entre os participantes de um grupo social, tornando-os responsáveis pelo aperfeiçoamento da prática social em que eles estão inseridos por meio da interpretação dos requerimentos dessa prática. Esse compromisso seria semelhante ao encontrado em relações familiares ou de amizade, revelando uma obrigação associativa,

protegidas.” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pp. 226-227.

⁴⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 223.

⁴⁴¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 261.

que unifica a vida moral e política, pedindo a cada indivíduo “*que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania*”⁴⁴²”.

As obrigações associativas surgem do fato de pertencimento a um grupo social e possuem um forte sentido funcional (“role obligations”). Todavia, elas não decorrem de um ato voluntário de adesão explícita a um grupo⁴⁴³; não dependem da existência de uma propriedade psicológica consciente de identificação (como um laço afetivo, de nacionalidade ou raça); nem se constituem em decorrência de elementos acidentais, como fatos geográficos ou históricos. Elas transcendem atos conscientes de escolha, nascendo da simples existência de certos tipos de relações⁴⁴⁴ - como a relação de cidadania, que, na democracia, embute uma noção de parceria – e são sustentadas por um dever recíproco de honrar as exigências de tratamento igualitário mediante a interpretação, por cada membro, do “*nível de sacrifício que suas relações mútuas devem pressupor*”⁴⁴⁵”.

Essas obrigações seriam dotadas de quatro atributos fundamentais⁴⁴⁶, que as caracterizariam (i) pela especialidade, distinguindo-se dos deveres gerais em relação aos outros; (ii) pela pessoalidade, já que vincularia cada um dos membros em relação aos demais nesse nível pessoal; (iii) pelo interesse genuíno no bem-estar dos demais membros; e (iv) por resguardar, nas práticas do grupo, igual interesse e respeito por todos.

O grupos sociais caracterizados por obrigações dessa natureza formariam comunidades de um tipo especial. Diferentemente de comunidades acidentais – que não suscitariam nenhum tipo de obrigação especial, e nas quais as pessoas poderiam se motivar apenas pelo autointeresse – e das comunidades de regras – nas quais até haveria um interesse especial (de caráter superficial) em que as pessoas fossem contempladas pelos benefícios integrais das normas explícitas, nos limites do sentido claro dessas regras – as obrigações associativas ensejariam o florescimento de “comunidades de princípio”, formadas sob um compromisso com princípios comuns, em que seus membros “*admitem*

⁴⁴² DWORIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 230.

⁴⁴³ DWORIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 238.

⁴⁴⁴ “*The central point is that there are many obligations that arise simply out of the existence of certain types of relations, such as the relationship between a parents and child, and out of the association of friendship. The obligations in such relationships often and characteristically transcend choice, although the obligations, like the obligations of the fair play argument, are reciprocals*”. GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. 3ª ed. Chicago: Stanford Law Books, 2012, p. 107.

⁴⁴⁵ DWORIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 241.

⁴⁴⁶ DWORIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 243.

*que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam*⁴⁴⁷”.

As responsabilidades originadas nesse tipo de comunidade “revelam um abrangente interesse mútuo que se ajusta a uma concepção plausível de igual interesse⁴⁴⁸”, e conseguem justificar – sem recorrer a noções excessivamente fortes como a de altruísmo ou de solidariedade encontradas em teorias da justiça comunitaristas⁴⁴⁹ – o tipo de obrigação que caracteriza relações mais anônimas entre concidadãos. Essas responsabilidades funcionam como veículos para o autodesenvolvimento orgânico dos sistemas normativos dessas comunidades, estimulando que cidadãos e agentes públicos sejam parceiros em um projeto de engrandecimento da autoridade moral das práticas jurídicas:

(...) uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio da força coletiva. (...).

A integridade também contribui para a eficiência do direito no sentido que já assinalamos aqui. Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar tudo aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. Esse processo é menos eficiente, sem dúvida, quando as pessoas divergem, como é inevitável que às vezes aconteça, sobre quais princípios são de fato assumidos pelas regras explícitas e por outras normas de sua comunidade. Contudo, uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que esta nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 255.

⁴⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 243.

⁴⁴⁹ No curso da apresentação do ideal de integridade, Dworkin também irá considerar que ela oferece um argumento geral para a aquisição da legitimidade política estatal que é superior a teorias políticas alternativas, tais como a teoria contratualista baseada no consentimento tácito; a teoria rawlsiana da justiça como equanimidade; e a teoria do ‘fair play’. Quanto à primeira, Dworkin entende que ela está apoiada em uma premissa extremamente frágil e não genuína, pois considera que a legitimidade seria derivada de um consentimento tácito derivado da não migração dos cidadãos de um país. Em relação à teoria do dever natural de respeitar instituições justas, Dworkin observa que ela estabelece uma conexão abstrata demais entre obrigação política e comunidades específicas, o que limitaria sua utilidade. Por fim, ele também objeta contra a plausibilidade da teoria baseada no ‘fair play’, por considerar que – ao presumir que o dever de observância do direito decorre do recebimento dos benefícios sociais da organização política – ela se escoraria em uma pressuposição artificial e contestável de benefícios. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pp. 231-234.

⁴⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pp. 228-229

Com base nessas considerações, Dworkin sustenta que as obrigações políticas podem ser assimiladas à noção de obrigações associativas e que os Estados democráticos liberais devem ser considerados como comunidades de princípio. Nas estruturas democráticas, essas obrigações “*surgem porque há um requerimento por uma especial estrutura de proteção sem a qual se instala uma ameaça à dignidade por meio do poder de coerção governamental*”⁴⁵¹.

A integridade funciona como fonte de uma série de obrigações especiais. A mais geral e difundida delas é manifestada na forma da atitude protestante, em que cada cidadão tem a responsabilidade de acalentar e costurar, em uma visão conglobante, o esquema de princípios da comunidade, mas ela também incide na definição das responsabilidades dos agentes políticos que possuem atribuições de criar e aplicar o direito, influenciando as atividades legislativas e judiciárias sobretudo por meio da exigência de imparcialidade⁴⁵².

No âmbito da legislação, já se viu que a integridade irá repelir pronunciamentos fundados em critérios arbitrários caracterizados por uma absoluta incoerência de princípio. Mas a influência desse valor em hipóteses menos teratológicas é mais sutil. Sem dúvida, ela exige que o legislador “*se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade*”⁴⁵³. Todavia, Dworkin anota que os legisladores devem ter uma visão mais abrangente dessa exigência, buscando promover o bem estar geral por meio de critérios equitativos definidos de forma aproximada ou estatisticamente plausíveis, sob pena de engessamento deliberativo dos parlamentos. Nesse intuito, a integridade não deveria ser tomada como valor superlativo, podendo

⁴⁵¹ GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. 3ª ed. Chicago: Stanford Law Books, 2012, p. 108.

⁴⁵² Para Dworkin, as responsabilidades presentes nas funções políticas são uma derivação direta do compromisso mais geral que fundamenta as obrigações associativas nas comunidades de princípio, como se pode inferir da seguinte observação: “*Alguém pode dizer que uma autoridade tem uma responsabilidade especial de imparcialidade porque se sujeitou a essa disposição ao aceitar o cargo, de tal modo que essas responsabilidades derivam, afinal, da moral corrente, da moral de manter promessas. Isso, porém, inverte a ordem de argumentação (...) não podemos explicar as responsabilidades especiais da função política se tentarmos extraí-las diretamente de princípios correntes de moralidade política. Precisamos de uma ideia que não se encontra ali: a de que a comunidade como um todo tem obrigações de imparcialidade para com seus membros, e que as autoridades se comportam como agentes da comunidade ao exercerem essa responsabilidade.*” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 210.

⁴⁵³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 266.

ceder, a depender do contexto, à conveniência da aprovação de políticas que promovam resultados de justiça subótimos, menos universalistas do que o ideal⁴⁵⁴.

O mesmo não acontece em relação à função jurisdicional. Aqui, Dworkin considera que a integridade tem uma importância muito mais aguda, já que *“reina, por assim dizer, sobre os fundamentos do direito, pois não admite nenhum outro ponto de vista que ‘decorra’ das decisões políticas tomadas no passado*⁴⁵⁵”.

Em razão disso, juízes devem prestigiar uma abordagem interpretativa holística, que impõe, entre outros comportamentos, que juízes (i) considerem o direito tanto como *“produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração*⁴⁵⁶”; (ii) enxerguem o direito como um *“conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas*⁴⁵⁷”; (iii) tomem *“suas decisões sobre o common law com base em princípios, não em política*⁴⁵⁸”; (iv) problematizem o elo com as decisões políticas passadas por meio da adoção de um esquema interpretativo que promova uma apreciação construtiva das dimensões de encaixe e justificação, potencializando os materiais jurídicos pela sua melhor luz substantiva; e (v) testem suas hipóteses político-interpretativas de diferentes níveis de abstração dentro de uma *“vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo*⁴⁵⁹”.

Trata-se de um empreendimento de moralidade política de pretensões corretivas do mundo real, que se inspira no ideal de um padrão de correção exigente (a integridade) e que confere aos juízes uma capacidade de compensar defeitos concretos do sistema normativo por considerações de justiça⁴⁶⁰. Portanto, a integridade requer mais do que

⁴⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 262 e 292.

⁴⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 262.

⁴⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 273.

⁴⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 291.

⁴⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 292.

⁴⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 294.

⁴⁶⁰ *“Since the state, by hypothesis, treats everyone as equals, there is no need, in the ideal This is because it is a corrective concept, one which is only necessary when there is a tension between justice and fairness. Another way of putting it is to say that Dworkin’s use of the idea of integrity is designed to construction na ideal judicial system, Where principled trade-offs are perfectly made by judges. The judges have a correct conception of justice with which they work, but they are permitted to trade it Against other factors arising*

princípios interpretativos clássicos como o do legislador racional ou da unidade⁴⁶¹, pois ela não olha só para trás, buscando recompor a coerência da obra do legislador com um olhar reconstrutivo para o futuro, patrocinando uma interpretação criativa de princípios de justiça. Além disso, ela “*oferece um critério para a determinação do valor de verdade das proposições jurídicas através de um método que oferece a melhor interpretação reconstrutiva das práticas jurídicas de uma determinada comunidade*”⁴⁶².

A abordagem interpretativa aplicada à atividade judicial ilustra porque Dworkin rejeita como contraproducente a distinção entre criação ou aplicação do direito por juízes. Na concepção teórica da integridade, esse projeto analítico seria um equívoco gramatical, pois – salvo quando praticado com interesses puramente sociológicos ou históricos – qualquer ato de cognição do e no direito teria uma vocação reconstrutiva. Essa vocação poderia ser mais ou menos aparente, mais ou menos abrangente, mas ela sempre estaria presente, ao menos do ponto de vista doutrinário⁴⁶³, já que, em tese, todo e qualquer elemento pré-interpretativo pode vir a ser colocado em causa e reajustado.

Ao aplicar a integridade, seguida pelos passos do protocolo interpretativo do ideal regulativo de um juiz Hércules, os magistrados devem buscar uma reconstrução teórica dos fundamentos da prática em busca de um equilíbrio reflexivo entre os valores da equanimidade, do devido processo e da justiça⁴⁶⁴. Nesse processo, ocorre uma

in the real world. This argument establishes, I think, the unique nature of integrity. Its function is to constrain states in the real world, Where decisions are often unjust but fair. Since its function, its special virtue, is to constrain, it is, too, an ideal but one that exists in the 'ideal real' world.” GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. 3ª ed. Chicago: Stanford Law Books, 2012, pp. 81-81.

⁴⁶¹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de hércules: comentário a integridade no Direito (Império do direito – capítulo VII). In Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos, 2018. pp. 139, 148 e 153.

⁴⁶² MACEDO JR., Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de hércules: comentário a integridade no Direito (Império do direito – capítulo VII). In Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos, 2018. P. 140.

⁴⁶³ “Dworkin acredita que o conceito doutrinário de direito é um departamento da moralidade porque ele acredita que nós temos a mesma responsabilidade moral ao interpretar uma proposição jurídica com vistas a estabelecer quais direitos e deveres nós, como membros da comunidade de política, temos titularidade para reivindicar ou estamos obrigados a cumprir. Antes da interpretação, ninguém sabe seja o que justifica as ações de uma dada instituição ou quais são os efeitos ou resultados dessas ações”. BUSTAMANTE, Thomas. A integridade e os fundamentos da comunidade política: uma análise do Capítulo 6 de Law’s Empire. In Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos, 2018. p. 133.

⁴⁶⁴ Sempre concedendo a este último componente uma tração mais privilegiada na compatibilização com os demais valores. NEIVA, Horácio. Justiça, integridade inclusiva e escolhas institucionais. In Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos, 2018, p. 244.

compatibilização entre julgamentos aspiracionais de princípio com as escolhas institucionais que condicionam as diferentes funções públicas em cada sistema jurídico:

O princípio adjudicativo que governa nosso direito aplica a integridade inclusiva: isso exige que o juiz considere todas as virtudes componentes. Ele constrói sua teoria geral do direito contemporâneo a fim de que ela reflita, tanto quanto possível, princípios coerentes de equidade política, justiça substantiva, e devido processo legal adjetivo, e de que reflita todos esses aspectos na proporção adequada (...). Hércules deve revelar, nas suas avaliações a respeito de qual é o direito, a melhor interpretação dos princípios de equidade de sua comunidade, que define seus próprios poderes contra aqueles de outras instituições e autoridades, e seus princípios de devido processo legal adjetivo, que se tornam pertinentes pelo fato de os julgamentos do direito serem predicados para a atribuição de culpa e responsabilidade baseada em experiências anteriores. Ele deve então aplicar leis que se contrapõem à coerência substantiva, a precedentes e prioridades locais que se interpõem no caminho da coerência entre diferentes áreas do direito. Ele estará, portanto, consciente de uma avaliação diferente, mais abstrata de integridade pura abstraída dessas várias limitações da equidade e do processo⁴⁶⁵.

Com isso, Dworkin reafirma sua arquitetura metodológica em um programa interpretativo, reiterando que os fundamentos de validade não podem ser asilados das bases de moralidade do direito, porque os requisitos de forma pressupostos nos critérios de identificação do material jurídico ostentarão uma exigibilidade sempre provisória, sujeita a novas problematizações em termos morais.

Para o interpretativismo, a cisão entre conceito e legitimidade é incompatível com a natureza do direito porque esta prática desfrutaria, por natureza, de um otimismo conceitual⁴⁶⁶ traduzido na ideia de integridade, que se refletiria na atitude construtiva de “colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado⁴⁶⁷”. O otimismo representado pela ideia de integridade seria tão forte que poderia ser considerado a própria “vida do direito tal qual o conhecemos⁴⁶⁸”.

⁴⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 483-484.

⁴⁶⁶ “O otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza. Esse otimismo pode estar deslocado: a prática pode terminar por não ceder a nada além de uma interpretação profundamente cética. Mas isso não é inevitável somente porque a história de uma comunidade é feita de grandes conflitos e transformações. Uma interpretação imaginativa pode ser elaborada sobre terreno moralmente complicado, ou mesmo ambíguo” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pp. 274-275.

⁴⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 492.

⁴⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 203.

4.3.2. A governança dos planos – “Rule of law” como planejamento social (Shapiro)

Como visto no capítulo anterior, a versão de positivismo exclusivo concebida por Scott Shapiro equipara o direito a um mecanismo de planejamento social, um tipo de atividade compartilhada cujo objetivo moral está em superar as adversidades presentes nas grandes sociedades (complexidade, pluralismo de valores e arbitrariedade) e as limitações deliberativas da condição humana (limites de capacidade de realização; limites de previsão antecipada e falta de confiança na deliberação futura) pela criação de planos. A atividade jurídica de planejamento se distingue por ser “*compartilhada, oficial, compulsória, auto-certificante e por ter um objetivo moral*”⁴⁶⁹.

Esse planejamento é composto por um conjunto de planos ou normas similares a planos, e o que qualifica esses atos como jurídicos é (i) sua pertinência a um plano-mestre auto-certificador e compulsório de organização planejadora com objetivo moral; (ii) sua compatibilidade com esse plano-mestre; e (iii) no caso de atos similares a planos, o fato de que eles sejam requeridos pelo plano-mestre.

Planos seriam conjuntos de atos, intenções e propósitos que programariam ações coordenadas e complexas, embutindo um compromisso de racionalidade instrumental aos qual os seus participantes adeririam no momento em que aceitam suas diretivas. Essa racionalidade impõe que os participantes se engajem com a concretização, consistência e relativa estabilidade do plano. Ela também exige que os agentes públicos e atores jurídicos respeitem as estratégias de redução de custos de deliberação do planejamento como um todo, mediante a observância da matriz de economia de confiança que define o papel de cada ator na persecução dos objetivos traçados, e que influencia, em especial, a margem de discricionariedade de cada participante na definição da metodologia interpretativa a ser utilizada na concretização dos planos e na criação de sub-planos.

No capítulo final de “Legality”, Shapiro condensa sua concepção de juridicidade, colocando-a como uma noção intermediária entre positivismo e jusnaturalismo⁴⁷⁰. Ele considera que a ideia de direito como planejamento é capaz de preencher uma lacuna

⁴⁶⁹ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 225.

⁴⁷⁰ “A proper theory of law must not be so hard-boiled that it denies the jurisprudential significance of injustice; yet it must be not so starry eyes that it exaggerates this significance. The Planning Theory tries to walk this line by affirming that it is a part of the nature of law to have a moral aim, while at the same time denying that the failure to attain this end undermines the law’s identity as law. Unjust systems have all the properties that make legal systems the things they are, but they do not do what things of this sort are supposed to do.” SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 392.

importante das teorias positivistas, sem incorrer nos excessos de idealismo jusnaturalistas. Isso porque a literatura positivista em geral se caracteriza por sustentar uma distinção forte entre questões sobre natureza do direito e justiça do direito, propensão metateórica que ele considera equivocada. Uma das principais postulações da sua teoria do planejamento social é a de que o direito possui um objetivo moral. Quando esse objetivo é conquistado, isso não representa um mero acidente; por outro lado, quando “*falha em satisfazer esse objetivo, o direito se frustra nos seus próprios termos*”⁴⁷¹.

Embora o objetivo moral seja um aspecto que realmente importa para a natureza do direito, ele não deveria ser supervalorizado como se todas as condições de identidade do direito dependessem de crivos em termos de justiça. Para Shapiro, esse tipo de exagero seria uma falha presente, por exemplo, na teoria de John Finnis⁴⁷², cuja metodologia do “caso central” reservaria o selo de juridicidade apenas a regimes de excelência moral. Na teoria do planejamento, as condições da identidade do direito – um planejamento baseado em um plano-mestre, que se distingue por ser “compartilhado, oficial, compulsório, auto-certificante e por ter um objetivo moral” – são relativamente separadas das questões de eficiência, de tal modo que podem falhar no seu objetivo moral, revelando-se injustos e deficientes na prática, sem que isso desnature a sua identidade como um sistema jurídico.

Para exemplificar as virtudes de sua alternativa teórica, ele aduz que ela poderia incorporar, por exemplo, todas as oito condicionantes de “moralidade interna” idealizadas na teoria anti-positivista de autoria de Lon Fuller como características centrais do “Rule of law”. Na concepção de Fuller⁴⁷³, essas condicionantes norteariam a ideia de juridicidade porque, na hipótese de sua ausência ou de sua violação generalizada, os cidadãos sequer teriam uma oportunidade justa para obedecer às diretrizes jurídicas. Shapiro considera que as exigências de generalidade; publicidade; clareza; prospectividade; consistência; praticabilidade; estabilidade; e aderência seriam mais bem compreendidas se fossem intuídas não como princípios morais a serem necessariamente atendidos pelos sistemas normativos, sob pena da sua incompatibilização com o “rule of

⁴⁷¹ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 391.

⁴⁷² “Finnis, it seems, has conflated two senses in which regimes that are just and satisfy the identity conditions of legality are central or ideal types of law. They are ideal in the sense of being pure, unadulterated, core instances of legal systems. (...) But these systems are also ideal in another sense: they are excellent and exemplar instances of law. They both possess the essence of law and do what things with that essence are supposed to do”. SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 391.

⁴⁷³ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, pp. 393-395.

law”, mas, na verdade, como indicadores da compatibilidade de sistemas normativos com as características essenciais da atividade de planejamento.

Para Shapiro, a generalidade e a publicidade seriam requisitos derivados da natureza social do planejamento jurídico; enquanto as condicionantes de clareza, consistência, prospectividade, praticabilidade e estabilidade se seguiriam das diretrizes de racionalidade instrumental dessa atividade. A última exigência da doutrina de Fuller – a de aderência aos agentes públicos às normas – seria a mais importante para qualquer pretensão de planejamento. Sem ela seria impossível programar antecipadamente os comportamentos e cada ator e nenhum objetivo poderia ser cumprido, já que a pressão pela concretização dos planos se frustraria por completo. O distanciamento desses requisitos não representaria, portanto, uma violação moral, mas um indício de que a prática normativa em vigor não poderia ser enquadrada no conceito de planejamento.

Shapiro considera que doutrinas de fundo jusnaturalista como as de Fuller possuem o mérito de indicar alguns dos principais valores autônomos traduzidos na ideia de “Rule of law”, como os benefícios da previsibilidade e da proteção dos cidadãos contra ações discriminatórias e arbitrárias, noções essas que também seriam bem servidas dentro da governança dos planos. Mas a ideia de planejamento seria superior porque ela conseguiria transmitir, de forma original, um terceiro valor autônomo da juridicidade, não tratado na concepção fulleriana, relacionado à importância do direito para a economia de energia deliberativa no contexto social. Essa última qualidade explicaria, ainda, uma virtude instrumental do “Rule of law”, que seria identificada em uma virtude passiva, de transferir para o direito a aptidão necessária para que os planos jurídicos possam efetivamente orientar, coordenar e monitorar as nossas ações.

Nesse sentido, o “Rule of law” pode ser entendido como o “Rule of social planning” e o seu “*valor deriva inteiramente dos benefícios que o planejamento social produz, sendo melhor servido quando as estruturas jurídicas maximizam esses benefícios*”⁴⁷⁴. O fato de contemplar uma avaliação sobre a melhor forma de maximizar os benefícios do planejamento leva Shapiro a chegar a uma conclusão intrigante⁴⁷⁵: a de

⁴⁷⁴ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 396.

⁴⁷⁵ Essa a razão pela qual Picelli argumenta que, embora postule um objetivo moral para o direito, tentando dar uma roupagem menos cética para a sua teoria positivista, a teoria do planejamento social conserva velhos problemas das doutrinas positivistas, sendo o principal deles a sua adesão a uma forma mais sofisticada de convencionalismo.

que os desacordos sobre o “Rule of law” não se referem propriamente ao conteúdo dessa noção fundamental – já que a sua definição seria conceitualmente definida pela ideia essencialista de planejamento social racional – mas, na verdade, ao modo como os agentes e atores deveriam se engajar nessa atividade, se de um ponto de vista mais deferente em relação aos planejadores ou mais construtiva.

Em razão disso, a juridicidade não eliminaria os desacordos teóricos da prática jurídica, mas faria com que eles se convertessem em “disputas sobre desenhos institucionais ótimos⁴⁷⁶”. O modo de engajamento no “Rule of law” seria, também ele, um fato social embutido nos sistemas jurídicos, que os intérpretes deveriam extrair com uma boa dose de disciplina:

Uma forma de sintetizar o argumento dos últimos capítulos é dizer que o Rule o Law é servido apenas quando aqueles que se engajam na interpretação jurídica se comportam de forma fidedigna com a visão de Rule o Law que o sistema jurídico pressupõe e incorpora. Se os intérpretes se respaldassem nas suas próprias visões sobre como balancear liberdade e controle na construção interpretativa de textos normativos, isso acabaria fulminando o papel do direito como sistema de planejamento social. Eles não devem tentar exercer competências, nem buscar afirmar traços de caráter que os sistemas lhes recusam, e cuja ausência o direito busca compensar; nem devem se recusar, eles mesmos, a usar capacidades cognitivas que o direito pressupõe que eles possuem e que o direito pretende utilizar. Eles não deve extrapolar os limites e se autoproclamar papéis ou tentar fazer avançar objetivos diferentes daqueles que lhes foram confiados. E eles não devem interpretar o direito de modo colaborativo quando as interações políticas foram percebidas pelo sistema como competitivas, nem devem agir competitivamente quando essas relações forem colaborativas.

O Rule of Law floresce, portanto, somente quando os intérpretes jurídicos possuem uma grande dose de auto-disciplina. Eles devem, em outras palavras, resistir ao impulso de ver a interpretação como um convite para filosofar sobre grandes questões morais e políticas de seus tempos. Ao invés disso, eles devem suspender seu julgamento moral e mostrar fidelidade ao ponto de vista jurídico. Ser capaz de pensar dentro da caixa, poderíamos dizer, é a mais importante virtude passiva do intérprete jurídico. Isso porque a lógica do planejamento só é respeitada quando o processo de interpretação não desestabiliza as questões que o direito busca estabilizar⁴⁷⁷.

Em síntese, é possível dizer que dentro da Teoria Jurídica do Planejamento Social, o “rule of law” sustenta uma ideia de fidelidade ao direito cujo coração está no respeito ao balanço (“trade-off”) dos aspectos estruturantes pressupostos nos sistemas jurídicos, que pondera demandas por orientação, previsibilidade e controle, de um lado, com exigências de flexibilidade, espontaneidade e discricionariedade, de outro. Para honrar esse equilíbrio, é fundamental que os agentes e atores se engajem num espírito de auto-

⁴⁷⁶ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013 , p. 397.

⁴⁷⁷ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013 , p. 398.

contenção, mediante um comportamento de deferência ao sentido do planejamento e a suas respectivas normas instrumentais de racionalidade, praticando a virtude maior (e menos romântica) de pensar dentro da caixa.

Não se trata de uma deferência cega, porque os sistemas jurídicos disciplinam suas hipóteses de derrotabilidade. Mas não há receptividade a um comportamento interpretativo amplamente reconstrutivo. Para Shapiro, a ideia dworkiniana de integridade é apenas uma metodologia interpretativa, que pode ou não ser compatível com os papéis atribuídos a diferentes agentes jurídicos, a depender de cada contexto. O importante é que a consciência da natureza filosófica da prática jurídica – da sua aspiração planejadora – seja um ponto de partida para que o direito seja instrumentalizado de forma correta (e desmistificada, tal como propunha Bentham⁴⁷⁸), potencializando a aptidão das comunidades de atingir os objetivos que elas não poderiam atingir de outras formas.

4.3.3. A governança compartilhada – “Rule of law” como “shared authority” (Kyritsis)

Uma última contribuição teórica a ser considerada – com especial atenção, pois seu aporte será aproveitado na parte conclusiva deste estudo – é de autoria de Dimitrios Kyritsis, acadêmico que levou a sério algumas das objeções de Shapiro ao projeto de Dworkin e, a partir disso, concebeu uma variante de interpretativismo própria. Kyritsis procurou desenvolver o componente institucional do interpretativismo por meio da articulação da ideia de que o direito deve ser tratado como uma espécie de projeto conjunto, em que a colaboração interinstitucional e o valor da separação de poderes seriam os elementos centrais da noção de legalidade (“Rule of law”)⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ “Bentham took the same irreverent and unromantic attitude toward legal systems. He sought to demystify the law, exposing its irrational beliefs and rituals to the bright light of reason. (...) For Bentham, legal positivism is a liberating doctrine because it exposes the contingency and mutability of the law. Since the law is created by human activity, it could Always have been otherwise. (...) In concluding this chapter, I examine two influential critiques of legal positivism posed by the theory of natural law. Each faults legal positivism for its austerity and neutrality; on their views, questions about what law is simply cannot be divorced from questions about what law ought to be. Addressing these concerns is important not only in order to defend the Planning Theory – which is also a demystifying theory of law – but also because it allows us to recapitulate certain aspects of the jurisprudential outlook developed in this book, and deepen others in the process.” SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge Harvard University Press, 2013 , p. 388-389.

⁴⁷⁹ “I defined separation of powers as the value of coordinated institutional effort for the purpose of creating and maintaining a just and well-ordered society. Because the different state institutions are involved in a coordinated institutional effort, a joint project of governing, as I called it, they have a duty to respect the contributions made to this effort by other participants. That is to say, they have a duty to assist in the implementation of the decisions of the other participants and build upon them in the exercise of their own role. But this is not a duty of unquestioned deference. They ought to respect these contributions only insofar

O interpretativismo defendido por esse autor utiliza a relação entre judiciário e legislativo como um ponto de partida filosófico⁴⁸⁰ para investigar não só o papel exercido por cada uma dessas instâncias de poder, mas para fazer uma indagação mais profunda, sobre como essa interação entre instituições se reflete na determinação dos direitos e deveres dos cidadãos. Enquanto Hart optou por uma perspectiva de “sociólogo descritivo” e Dworkin utilizou a figura dos juízes como mirante, Kyritsis se serviu de uma janela diferente, entalhada não na perspectiva unipessoal de um observador ou praticante, mas na relação entre cortes e legisladores. Isso lhe permitiu enxergar o direito como um projeto colaborativo no qual essas instâncias exerceriam autoridade compartilhada.

Kyritsis considera que as premissas metafísicas e epistemológicas do positivismo sugerem ou pressupõem uma figura simplista da relação entre parlamento e cortes, que distingue legisladores como criadores e juízes como aplicadores do direito⁴⁸¹. Essa mentalidade contaminaria a forma como positivistas explicam o conteúdo do direito, as atribuições de cada uma das instituições e o significado da normatividade jurídica.

Ela favoreceria a compreensão de que o direito seria restrito aos atos e pronunciamentos explícitos das instituições, e que o dever judicial de fidelidade ao direito seria definido como um ato de deferência às intenções e planos do legislador, cabendo aos juízes o cumprimento das decisões políticas (ou a sua complementação, em hipóteses de indeterminação). Em decorrência desse entendimento, a normatividade adquiriria um significado assimétrico e, em certo sentido, bizarro. Se lida a partir do modelo raziano de autoridade prática, a força exclusionária das normas jurídicas exigiria obediência plena apenas de cidadãos. Já no modelo hartiano, a normatividade somente exerceria apelo normativo sobre o comportamento dos agentes públicos, mas não dos cidadãos.

Ele irá argumentar que essa imagética deveria ser abandonada. Embora reconheça que a função jurisdicional e o sentido do direito realmente guardem uma pertinência com

as they merit it, that is, only insofar as these contributions can be shown to be in line with the relevant principles of political morality, which include separation of powers”. KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 4000 a 4005.

⁴⁸⁰ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 227.

⁴⁸¹ “*The court’s role in the project is not given, as many legal positivists seem to think. Rather, it is a function of the reasons of institutional design that make that project worth participating in.*” KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 1833.

as decisões políticas tomadas no passado pelos legisladores, Kyritsis argumenta que o positivismo interpreta mal essa relação de fidelidade. De fato, juízes devem buscar implementar e desenvolver as decisões legislativas. A ideia de “Rule of law” é intrinsecamente dependente da existência de um dever de respeito entre as instituições do Estado, pois as instituições compartilham autoridade para governar. Mas ele observa que esse dever não é estático – tal qual uma convenção – podendo se manifestar de diversas formas, a depender de considerações substantivas e da estrutura de alocação de poder do sistema jurídico⁴⁸².

Nesse sentido, a função jurisdicional não se resume ao mero cumprimento de decisões legislativas, traduzindo uma função de governança mais abstrata, voltada a “*criar e sustentar uma sociedade justa e bem ordenada*”⁴⁸³. Por esse motivo é que o conteúdo das funções institucionais e dos direitos e deveres jurídicos não pode ser explicado por uma verdade conceitual ou por um fato social⁴⁸⁴. Somente mediante a racionalização de elementos de moralidade substantiva e institucional (isto é, somente pela justificação moral) é que seria possível determinar o valor das contribuições de cada instituição para o bom funcionamento da governança jurídica como um todo.

O recurso metafísico utilizado por Kyritsis para ilustrar o fato interpretativo do direito encontra expressão na ideia de um projeto de governança conjunta. Dentro desse projeto, as instituições possuem um indeclinável dever de compartilhamento de poder, sendo essa a razão determinante pela qual a ação de cada uma delas deve ser atenta às intenções, aos planos e às decisões políticas em geral.

Portanto, diversamente da ideia convencionalista presente na teoria hartiana, não é o fato de outros juízes seguirem uma regra de reconhecimento que determina o conteúdo do direito e que exige o engajamento de outros atores públicos nessa mesma regra. Na

⁴⁸² “For an interpreter like a judge to decide how much moral weight, if any, to assign to the sayings and doings of the legislature, he must decide what role the legislature has in the institutional division of labor. (...) Equipped with this account we can resist the view that the court’s dependence on legislative decisions is grounded in a conceptual truth that the former are rule-applying institutions, whereas the latter are rule-creating institutions. (...) We can say instead that the respect courts owe legislative decisions is a function of the structure of the joint project of governing they are involved in, in virtue of the considerations of institutional design that underpin it”. KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 343.

⁴⁸³ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 2443.

⁴⁸⁴ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 2052.

verdade, é a estruturação do projeto conjunto de governança, na forma como definida por considerações de moralidade e de institucionalidade, que importa para fins de definição do papel de cada instância jurídica. Ademais, o significado das ações de cada poder, bem como a sua qualificação como contribuições genuínas ao projeto de governança⁴⁸⁵, dependem da teoria da separação de poderes que melhor explica o desenho vigente⁴⁸⁶.

Em certa medida, o conceito de projeto conjunto utilizado por Kyritsis também defluiu da concepção de atividade compartilhada concebida por Michael Bratman, filósofo em quem Shapiro se inspirou longamente. Assim como Bratman⁴⁸⁷, Kyritsis considera que a relação institucional que permeia a relação entre judiciário e legislativo não pode ser reduzida à ideia de cooperação. Ela embute uma noção mais ampla de respeito, abrindo espaço inclusive para desacordos e comportamentos competitivos. O importante é que as três características da atividade compartilhada – consideração, compromisso e apoio mútuos – estejam presentes.

Apesar de aproveitar noções largamente exploradas por teorias positivistas pós-hartianas, a posição teórica de Kyritsis é categoricamente interpretativista. Como ele próprio faz questão de demarcar, a determinação do conteúdo jurídico depende da consideração da devida relevância das decisões políticas para a promoção da governança conjunta:

Meu objetivo aqui não foi de criar polêmica, mas de esboçar um entendimento alternativo do direito, que desafie a distinção entre teoria do direito e teoria da decisão como concebida por positivistas. Nesse entendimento, a dependência existente entre a função judicial e as decisões legislativas deve ser colocada no contexto de um projeto conjunto de governança no qual as cortes e o legislativo participem. O projeto é estruturado por considerações de desenho institucional que distribuem poderes entre as duas instâncias e regulam a sua cooperação.

⁴⁸⁵ “Unless that contribution is supported by the right reasons, it is not a genuine contribution to the project of government that the judge has a moral duty to respect and, possibly, help implement and further. The interpretive exercise which combines considerations of content and institutional design will decide just that”. KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 1869.

⁴⁸⁶ “It is not whether the intentions, plans and acts of political actors actually fit together, but what officials of today ought to do given that these intentions, plans and acts are part of the institutional history of their community. (...) the answer to this question will also be given by the value of separation of powers. (...) officials, at least in C-L legal systems, will find that they function alongside other officials who also assume a role in the governing of those systems and act in their name. So they have a duty to share the project of governing with them. This is why their official duty is sensitive to the intentions, plans and acts of political actors. Depending on your theory of separation of powers, these may count as contributions to the joint project of governing.” KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 3186.

⁴⁸⁷ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 2932.

Ele prescreve que juízes devem seguir decisões legislativas, mas prescrevem um conjunto de outros aspectos que também figuram como determinantes da função judicial. De acordo com ele, juízes não atuam fundamentalmente para dar efeito às decisões do legislativo, mas para governar adequadamente dentro do projeto que eles dividem com o legislativo. Para fazer isso, eles devem combinar uma variedade de considerações, sendo a existência da decisão legislativa apenas um fator. Disso tudo, podemos tirar a conclusão de que a função judicial é o que resulta dessa combinação, não apenas um componente.⁴⁸⁸

Dentro da moldura do direito como projeto conjunto a ser desenvolvido de forma compartilhada por cortes e pelo legislativo, a moralidade político-institucional é o fundamento metafísico determinante e a separação de poderes o valor político central. Eles é que irão ser responsáveis por justificar, ao menos, (i) o significado normativo e o alcance da função jurisdicional⁴⁸⁹; (ii) a relação de fidelidade entre decisão judicial e atos legislativos⁴⁹⁰; (iii) o impacto da contribuição de cada instituição para os direitos e deveres das pessoas; (iv) a medida de respeito que irá guiar, em cada caso, a atuação de juízes em relação às decisões políticas do passado; e (v) a metodologia interpretativa ideal para a concretização judicial das normas jurídicas⁴⁹¹.

Além de reconhecer a proeminência das considerações de moralidade política para questões de identificação e determinação do conteúdo do direito, Kyritsis também endossa a superioridade da atitude protestante como explicação para a normatividade do direito. Diferentemente do positivismo, que se compraz com uma posição de passividade obediente dos cidadãos em relação ao direito, a doutrina da interpretação protestante procura explicar a iniciativa não conformista e engajada tipicamente presente em

⁴⁸⁸ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 2195 a 2202.

⁴⁸⁹ “When a judge interprets, he ought not to appeal only to principles of political morality concerning what rights and duties we would have in a perfectly just society. He should also consult principles about the proper allocation of power between participants in the joint project of governing, including himself. These, too, should be counted as principles that best explain and justify past political history, since that history crucially involves the cooperation between institutions for the purpose of governing well. The latter principles will direct the judge to give weight to the decisions of other institutions that participate in the project of governing. Because their normative force is independent of that of principles of substantive justice, they may give the judge reason to further a decision that is sub-optimal from the point of view of substantive justice. In a nutshell, we can say that judicial duty – as all official duty – is a combination of principles of substantive justice and institutional design.” KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 393.

⁴⁹⁰ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 1778 a 1801.

⁴⁹¹ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 2852.

comunidades políticas vibrantes. Por meio dela, cidadãos defendem junto às instituições públicas os princípios de moralidade que melhor explicam e justificam a prática.

Essa concepção teria diversos méritos. Ela ilustraria de forma competente o modo como a normatividade jurídica alcança os cidadãos e a forma como estes se engajam com as decisões políticas em sistemas com jurisdição constitucional⁴⁹². Ademais, ela conseguiria capturar a preocupação dos cidadãos com algumas considerações institucionais fundamentais, como a identificação dos papéis de cada ator político na estrutura do sistema jurídico, quais os limites dos seus poderes e quais os mecanismos de controle. Em especial, ela vocalizaria a consideração prático-institucional manifestada no seguinte questionamento⁴⁹³: “Quem é você para me dizer o que fazer?”. Trata-se de uma razão moral autônoma em relação ao conteúdo das normas, e que adquire uma importância singular nos sistemas com divisão de trabalho e com freios e contrapesos, pois, por estarem fundamentados no valor da separação de poderes, eles fazem uma alegação de autoridade mais forte⁴⁹⁴.

Não há dúvidas, portanto, da linhagem interpretativista da doutrina de Kyritsis. A despeito disso, o traço mais interessante da obra de Kyritsis talvez resida na sua ambição de reformular determinados aspectos da teoria dworkiniana.

Nesse intuito, ele apresenta pelo menos três questionamentos ao modelo de Dworkin. O primeiro deles diz respeito ao método hercúleo de interpretação do direito, crítica articulada mediante uma proposta de reconsideração da dimensão de encaixe do raciocínio judicial de aplicação do direito. O segundo ponto de objeção tem por objeto o enfoque excessivamente juriscêntrico adotado ao longo da obra de Dworkin, que deixaria de fora do seu alcance a dimensão sistêmica da legalidade. O último diz respeito à relevância conferida por Dworkin à integridade, postulando um papel mais modesto e secundário para esse valor, com a substituição de sua primazia pelo princípio da separação

⁴⁹² KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 3797 a 3863.

⁴⁹³ “*Dimension of institutional of design refers to the kinds of consideration that justify the assignment of such power and thus supply and answer to the question: Who are you to tell me what to do? Of course, in the case of law these considerations are not furnished by the values of originality and creativity.*” KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 1801.

⁴⁹⁴ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 3722 a 3738.

de poderes. Como resultado dessa reformulação, Kyritsis idealiza uma concepção de “Rule of law” própria, definida como governança compartilhada.

Em relação ao primeiro ponto, é válido lembrar que, na versão de Dworkin, a determinação dos direitos e deveres deve ser obtida mediante um julgamento interpretativo complexo, combinando dimensões de forma (encaixe) e de mérito (apelo valorativo). Os juízos de forma se orientam para a identificação das decisões, normas e pronunciamentos representativos da história institucional, guiando-se sobretudo pelo valor da equanimidade procedimental. Os juízos de mérito, a sua vez, avaliam os princípios substantivos implícitos nessa história, sob a condução valorativa da ideia da justiça. Ambos interagem no processo interpretativo, testando-se e checando-se mutuamente, no objetivo de construir a teoria moral que melhor se compatibilize com o propósito da prática, em um cálculo moral que traduziria o valor da integridade.

Kyritsis argumenta que a metodologia interpretativa defendida por Dworkin foi criticada por não conseguir oferecer uma limitação efetiva contra possíveis manipulações realizadas pelo apelo desmesurado à dimensão substantiva do processo de justificação. Uma dessas objeções foi formulada por Shapiro, para quem o recurso à integridade provocaria a completa frustração da racionalidade instrumental do planejamento.

Ao fomentar a reavaliação continuada dos méritos das normas jurídicas, os testes morais do interpretativismo desmontariam o objetivo da prática jurídica, que seria a pacificação de desacordos morais por meio do planejamento e da alocação de confiança decisória. Na avaliação de Shapiro⁴⁹⁵, as premissas decisórias do interpretativismo seriam ilusórias, pois demandariam um grau de qualificação filosófica e moral insustentável dos intérpretes, exigindo um investimento de confiança nas mãos de juízes que inviabilizaria o sentido compensador da matriz de economia de confiança⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ “The main problem is that Dworkin’s meta-interpretive theory is overly demanding, by which I mean that it requires meta-interpreters to engage in highly abstract and intricate thought processes in order to determine the correct method for reading legal texts. (...) Dworkin, of course, mention one constraint on interpretation, which is that off it. (...) However, as we have seen, arriving at a judgement off it is very challenging. It not only requires that meta-interpreters know how the entire system works, but also demands that they entertain various theories of politics in order to establish which ones give results that most closely match the practice. Furthermore, determining the relation off it to justification is a philosophical assessment, which is difficult to make and even more difficult to police. In this context, the difference between na honest mistake and a abuse of discretion would be very hard to detect.” SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 326.

⁴⁹⁶ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 3013.

Para contornar essa crítica – com a qual Kyritsis aquiesce parcialmente⁴⁹⁷ – ele postula que a dimensão interpretativa de encaixe seja reconstruída a partir de dois valores autorreflexivos autônomos que devem guiar a decisão judicial e se checar reciprocamente: conteúdo e desenho institucional⁴⁹⁸. Nas considerações de conteúdo, o judiciário avaliaria como a decisão legislativa pode contribuir com o bem comum, exercendo um juízo de teoria política ideal; já na dimensão institucional, seriam ponderados (i) os princípios estruturantes do poder (como separação de poderes, democracia ou federalismo); (ii) o alcance da autoridade de cada instância; (iii) o peso a ser dado por cada decisão nos direitos e deveres; e (iv) o sentido de fidelidade a ser honrado na interpretação judicial.

Sob essa configuração, Kyritsis acredita que o protocolo de aplicação judicial do direito poderia atingir um grau de autocontenção mais próximo do desejável, pois ele traduziria duas aspirações políticas suficientemente distintas, traduzidas na demanda por decisões moralmente corretas e proferidas pelas pessoas certas sob o procedimento adequado. Ao expressar uma dimensão valorativa autônoma, as considerações de desenho institucional conseguiriam limitar efetivamente os apelos das considerações de justiça, fornecendo as razões corretas para viabilizar a imposição, pelo judiciário, de decisões políticas subótimas quando elas tiverem sido editadas pelas pessoas certas.

O juriscentrismo é o segundo ponto que Kyritsis considera frágil na teoria dworkiniana. Ele argumenta que, ao utilizar a fenomenologia judicial não apenas como paradigma útil para investigação analítica das proposições jurídicas, mas como um filtro essencial para concretizar o equilíbrio valorativo conglobante pressuposto na concepção da integridade e no método do ouriço, Dworkin acabou limitando o alcance do seu

⁴⁹⁷ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 3112.

⁴⁹⁸ “I want to claim that, recast in terms of the distinction between content and institutional design, the two dimensions of interpretation are shown to be sufficiently distinct from each other, notwithstanding the fact that they are both components of an overall judgment of political morality. That is because they point to two different things that we demand for a government. We want government to make morally sound decisions that affect our interests and the common good. But being governed well also means being governed by the right people and according to the right procedures. Further, these two concerns can genuinely check one another. For one thing, they issue requirements that may sometimes come apart. Considerations of institutional design may direct a judge to give effect to a legislative decision that is morally sub-optimal as far as its content is concerned”. KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 1884 a 1891.

conceito doutrinal de direito apenas ao processo judicial⁴⁹⁹. Isso porque o tipo de teste moral de integridade, que disciplina a determinação do direito no judiciário, não está presente da mesma forma no processo legislativo.

Embora reconheça que Dworkin observou que a integridade também deveria guiar a atividade legislativa na expansão ou restrição de direitos, conforme ilustrado pela inaceitabilidade das soluções salomônicas ou de barganha (checkerboard statutes), Kyritsis observa que a extensão dessa responsabilidade pela integridade para legisladores é, na prática, muito difícil, porque na política o comportamento estratégico e pautado por conveniência é muito mais comum do que no judiciário. Isso parece revelar uma diferença grave de intensidade na influência da integridade no processo judicial e no processo legislativo. Ademais, também seria necessário levar em consideração que diversas normas constitucionais de primeira importância sequer seriam judicialmente exigíveis, pois se aplicariam apenas no âmbito de atuação de outras instituições públicas.

Para superar essa excessiva concentração na perspectiva dos juízes, Kyritsis troca o enfoque filosófico dworkiniano, substituindo a perspectiva solipsista do juiz pelo ângulo da relação institucional entre cortes e legislação, utilizando-a como base para ilustrar a importância da interação entre considerações de conteúdo e de desenho institucional na determinação das proposições jurídicas. Além disso, ele defende que a concepção de legalidade (“Rule of law”) reserve um papel menos central para o valor da integridade⁵⁰⁰, arvorando-se, ao invés disso, na virtude de separação de poderes, sobretudo nas ideias de divisão de trabalho e de freios e contrapesos que decorrem dela.

O protagonismo da integridade traduz o objeto da sua terceira crítica a Dworkin. A seu ver, o postulado da separação de poderes seria o candidato natural para conciliar a dimensão decisória e a dimensão sistêmica da legalidade⁵⁰¹. A sua apreciação moral

⁴⁹⁹ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 2496.

⁵⁰⁰ “I suggested in the previous section that integrity, if it exists at all, is an elusive political virtue. Nonetheless it captures some key elements of the idea of governance by law. (...) But this conception of legality is overly narrow. I want to propose instead a more comprehensive conception of legality which encompasses legislative role. To this effect, I too will follow the hedgehog’s approach. I shall interpret legality in the light of a further normative ideal that has not been given much attention by jurists in recent years. (...) I shall contend that this value characteristically embodied by the joint project of governing in which courts and legislatures participate, when that project goes well.” KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 2661.

⁵⁰¹ “Along the adjudicative dimension legality is perhaps promoted by courts that enforce rights of individuals flowing from past political decisions. Along the systemic dimension, by contrast, it is served by

permitiria enxergar que a principal garantia dos direitos residiria na existência de uma estrutura de governo voltada para a realização da justiça, e que essa forma institucional é de suma importância para esse último valor, porque assegura a ideia de desconcentração de poderes e de controles recíprocos⁵⁰².

A separação de poderes seria, portanto, a noção que substituiria a integridade como conceito chave do “Rule of law”. De acordo com ele, “*o projeto conjunto de cortes e legisladores vai bem quando, entre outras coisas, ele é organizado na base de uma divisão razoável de trabalho e incorpora um sistema adequado de freios e contrapesos*”⁵⁰³. Ao valorizar esses últimos conteúdos, a separação de poderes também ajuda a compreender o dever de respeito e consideração ínsito à noção de projeto conjunto, que vivifica a relação entre cortes e legisladores, orientando a interpretação judicial. E é também ele que permite entender que o respeito institucional pode tornar a virtude da integridade dispensável, já que a realização da justiça pode ocorrer mesmo quando as decisões políticas sejam subótimas:

O fato de que o dever jurídico (das instâncias públicas) é determinado pela combinação correta de conteúdo e desenho institucional reflete o fato de que o projeto de governança deve, ao mesmo tempo, objetivar a justiça e ser conjunto. Logo, não há necessidade de uma busca pelo tipo de coerência no direito que a integridade considera ser essencial. O que torna legítima a configuração do dever jurídico é que ele flui dos princípios corretos de justiça política, na maneira como realizados em uma específica estrutura institucional. Em decorrência disso, o desvio dos requerimentos de justiça política são permitidos apenas se compensados por considerações institucionais.⁵⁰⁴

Na versão institucional do interpretativismo aqui sintetizada, a integridade perde seu protagonismo, sendo encarada como apenas um aspecto do valor substantivo da

the existence of mechanisms, judicial and non judicial alike, whose function is to check abuses of political power.” KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 2668.

⁵⁰² “*There is, to me, a natural home in political morality for the kinds of concerns associated with this idea. (...) Rather than adopt the perspective of the rights that individuals can assert in courts, we must look at the legal system from the perspective of its various institutions cooperating to keep the political Community in good order. Why do that? (...) it seems that a principal guarantee for our rights and for the proper exercise of coercion in a political theory is the existence of a structure of government whose operation over times ensures the effective realization of justice. (...) Political philosophy is not only concerned with our rights and duties in a perfect just society. Neither is it only concerned with the rights and duties we have given that there are certain institutions in place whose job is to govern us. It is also concerned with the way those institutions are arranged so that they are geared towards justice (...) Institutional forces are absolutely crucial for political legitimacy*”. KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 2730 a 2746.

⁵⁰³ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 2786.

⁵⁰⁴ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 2782.

justiça, que pode ser apreciado indiretamente pela combinação entre este último valor e as considerações de desenho institucional⁵⁰⁵.

Ao emplantar esses três eixos de reformulação teórica, Kyritsis defende que a concepção de legalidade do interpretativismo migre da ideia de integridade para a de governança compartilhada. Partindo de uma perspectiva menos centralizada no judiciário, ela contemplaria uma idealização ampliada do “Rule of law”, que seria apta a capturar de forma teoricamente mais adequada a dimensão sistêmica da legitimidade política. Com essa tônica na separação de poderes e nas considerações de desenho institucional, seria possível reconhecer a relevância da contribuição de instâncias extrajudiciárias para a legitimidade do projeto de governança conjunta, evitando episódios de abuso de poder e assegurando que a interpretação jurídica não colapse em puro exercício moral⁵⁰⁶.

A seu ver, essa concepção teria o mérito de superar os pontos fracos identificados na construção teórica de Dworkin, evitando que o teste moral da legalidade fosse aplicado a partir das lentes perfeccionistas da integridade dworkiniana. Ao contemplar espaço para a interpretação jurídica que ocorre fora do Judiciário, dando relevância às diretrizes da separação de poderes, Kyritsis também conseguiria conservar o apelo explicativo da noção da atitude protestante, dando a ela um alcance institucional mais universal⁵⁰⁷, capturando melhor, assim, a tônica compartilhada do projeto constitucional.

4.4. Discricionariedade e integridade: uma reconstrução institucionalista à luz da noção de governança conjunta

As reflexões que se vêm de expor a respeito do constitucionalismo e de sua influência sobre a prática jurídica corroboram as conclusões anteriormente esboçadas sobre a fragilidade da abordagem positivista do direito e da discricionariedade judicial.

⁵⁰⁵ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 2903.

⁵⁰⁶ “The law is meant to rule in ways other than by enforcing certain rights and duties upon individual demand, and legality suffers unless those further ways also adhere to the right principles of political morality. The same applies to the C-L relationship. We want that relationship to include some standing guarantees that power will not be misused, and the judicial enforceability of certain moral rights of cities is only one of them”. KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 4055.

⁵⁰⁷ “(...) this type of modest integrity is obviously important for any official, not just the judge. In this way, we avoid having to choose whether integrity only applies to judges and not to legislators, or to both, Where either option is fraught with difficulties. Instead, we can say that legislators and judges care about the samething, namely justice, but that the extent to which they may pursue it is constrained by separation of powers. In addition, since they occupy different positions in the scheme of separation of powers, they are constrained to varying degrees.” KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 2799.

Ao propiciar uma maior amplitude de controle jurisdicional sobre os produtos da política, a evolução do constitucionalismo fomentou uma atitude de perfil crítico-reflexivo diverso daquele capturado pelo positivismo, compelindo a realidade jurídica para um maximalismo conteudístico das condições de normatividade, orientação antagônica com os postulados metateóricos do positivismo.

A introdução, nos textos constitucionais, de catálogos de direitos fundamentais ressalta a existência de uma ordem hierárquica de normatividade dentro dos sistemas jurídicos, salientando, ainda, a silhueta dos fundamentos de moralidade política que definem essa hierarquia. Esses elementos compõem uma realidade deontológica muito mais rica do que aquela suportada pela imagem positivista do universo jurídico. Além de contemplar normas que frequentemente não se acomodam no figurino das instruções – tais como princípios, padrões ou postulados – a riqueza epistemológica do constitucionalismo transforma a aplicação judicial do direito em um exercício de racionalidade prática mais complexo, demandando que o controle de validade e de omissões envolva uma meta-análise do papel dos direitos, das instituições e dos procedimentos na experiência de positivação jurídica.

4.4.1. A especial contribuição institucional da jurisdição nos sistemas de controle de constitucionalidade

Como visto, o constitucionalismo consolidou uma série de doutrinas de controle do abuso de poder que podem ser sintetizadas em três padrões de aplicação do direito: (i) o anti-hegemonismo; (ii) o antiautoritarismo; e (iii) o antiformalismo. Essas linhas auxiliares do constitucionalismo revelam compromissos de legitimidade política com a defesa de conteúdos jurídicos mínimos, com a promoção de uma realidade de combate ao abuso de poder e o fomento de um espírito cooperativo na concretização dos ditames da Constituição. Além disso, elas pavimentam o caminho para a reprogramação das normas secundárias de reconhecimento e de julgamento vigentes, sobretudo nos sistemas de controle forte, modificando agudamente o comportamento decisório da jurisdição.

Nesse contexto, não há lugar para uma concepção atomística, convencionalista e neutra do ordenamento – que enxerga o direito como um conjunto de regras, a serem carimbadas acriticamente pelo judiciário – nem para uma ideia de discricionariedade como uma potestade “default”, a ser exercida pelos juízes nos interstícios de sentido do direito, pela escolha de padrões extrajurídicos. O interpretativismo tem razão quando (i) alega que o direito é constituído por um nível deontológico de regras básicas (“ground

rules”) que subsidiam a solução de todos os casos, fáceis ou difíceis; (ii) nega que a discricionariedade seja um fato semântico ou comunicativo; e (iii) quando insiste em que ela não transmuda a motivação epistemológica de juízes.

Pela sua natureza interpretativa e construtiva, a prática jurídica caracterizada por modelos de constitucionalismo forte presume que, ao aplicar o direito, juízes possam justificar, à luz de um adequado discernimento teórico-contextual, quais os fundamentos de racionalidade prática devem ser prestigiados para garantir que o Estado utilize seu poder de coerção de maneira correta. Essa justificação não pode ser propiciada pela inclusão à *la carte* de normas extrajurídicas no ordenamento, devendo sempre ser amparada em critérios intersubjetivos inerentes à “história institucional da prática” (aquilo que se chamou, acima, de fonte comunitária), isto é, por considerações de moralidade política implícitas no assoalho do direito vigente.

O que se verifica, nesse ponto, é a ação de uma espécie de função recursiva ou generativa na determinação do conteúdo do direito, que busca determinar o sentido das proposições jurídicas a partir da replicação, a casos futuros, das mesmas justificativas inerentes a decisões passadas. Portanto, a discricionariedade realmente tem uma origem teórico-argumentativa, que não altera as responsabilidades jurisdicionais de decidir sob o compromisso moral de aplicar as decisões políticas do passado com base nas razões (de conteúdo e institucionais) corretas.

Não obstante, o interpretativismo não foi feliz ao descrever a dimensão institucional que está presente no fenômeno da discricionariedade. Na realidade institucional hoje vigente, em que o controle de constitucionalidade forte é bastante disseminado, a demanda normativa direcionada ao judiciário é mais aguda e complexa do que jamais foi. Ela coloca para juízes constitucionais uma responsabilidade que transcende a rotina epitelial de interpretação de textos, compelindo-os a compatibilizar, mediante autorreflexão crítica, diferentes escalas de normatividade pressupostas nos conceitos estruturais de direitos (humanos, fundamentais, subjetivos); de procedimento; e de planejamento. Essa conciliação passa pela fundamentação filosófica desses conceitos estruturais, mas só pode ser exercida nos limites do desenho institucional vigente.

Não é nenhuma demasia dizer que, ao contemplar uma deontologia tão complexa, o constitucionalismo confiou aos juízes das democracias modernas a tarefa moral de melhorar o padrão de racionalidade das decisões estatais, por meio de um filtro moral que garanta que a coerção estatal siga as razões corretas. Essa conclusão não pretende

manifestar condescendência com nenhum tipo de ativismo. Apenas expressar a convicção de que *há, na dinâmica normativa típica da doutrina constitucionalista, uma inegável confiança na capacidade institucional do judiciário para, a partir de seu tirocínio argumentativo, produzir decisões que representem não apenas um desfecho para os conflitos, mas um ganho de coerência para o direito.*

Esse resultado incidental da atividade judicial – o ganho de coerência – é o que define o papel jurisdicional no contexto de compartilhamento de autoridade com as instâncias políticas, e autoriza juízes a proferir decisões de caráter mais fortemente construtivo.

4.4.2. Discricionariedade como prerrogativa de decidir por juízes de integridade

À luz da crítica aqui desenvolvida à concepção positivista de discricionariedade, conclui-se que a análise conceitual não pode ser uma ferramenta de imunização dos elementos de moralidade política entranhados no direito. É preciso construir uma concepção que se afaste dos pressupostos de neutralidade típicos da mentalidade positivista, incorporando as importantes razões morais que sustentam a função jurisdicional.

Diferentemente do que suposto pela epistemologia ingênua dos casos claros, não há nada a ganhar com a crença obsoleta na neutralidade moral, no perfil tecnicista ou meramente passivo da jurisdição. Essas idealizações traduzem uma mitologia perigosa, que deve ser vista com total ceticismo. Para o bem e para o mal, a jurisdição constitucional é uma instância de grande latitude autorreflexiva (que existe para exercer avaliações valorativas, mediante juízos de relevância, de simetria e distinção) e de fortes consequências construtivas. Seu papel envolve garantir, para a sociedade, que a convenção da presunção de validade – tão importante para a autonomia das pessoas, para a previsibilidade do direito e para a credibilidade das instituições – só faz sentido quando amparada em uma fundamentação deontológica convincente ou, no mínimo, aceitável.

Esse serviço está longe de ser desengajado ou distanciado: ele é construtivo, e é construtivo em diferentes dimensões⁵⁰⁸, já que juízes possuem margens de avaliação tanto a propósito da delimitação dos fatos⁵⁰⁹; quanto no tocante à definição do sentido das

⁵⁰⁸ BARAK. A. Judicial discretion. New Haven and London: Yale University Press. 1989, p. 13.

⁵⁰⁹ Basta pensar na ampla latitude dos juízos de distinção, típicos da aplicação de precedentes, que envolvem a determinação dos “material facts”.

normas (que envolve a determinação da validade/aplicabilidade/exigibilidade⁵¹⁰); e, por fim, no que diz respeito ao alcance da função decisória das instituições jurídicas (entre elas a jurisdição). O caráter construtivo implícito às decisões judiciais decorre de sua natureza e consequências, que se assemelham a uma positivação vertical (e incidental) do direito⁵¹¹. A partir da análise particularista do caso julgado, juízes definem não só quais as proposições possuem validade abstrata; mas quais, entre as válidas, merecem aplicação no contexto; e quais devem ter sua incidência confirmada ou ressalvada pela jurisdição, à luz do melhor entendimento possível sobre o conteúdo dos princípios.

Esse *insight* está lastreado em uma premissa mais abstrata, a propósito da concepção da natureza do direito, que considera que a prática jurídica possui uma finalidade civilizatória de dignificação coexistencial, que se realiza, entre outros meios, pela autopurificação ou filtragem moral-argumentativa, sobretudo por meio da jurisdição, que possui mais recursos institucionais para, por meio de considerações de validade, aplicabilidade e exigibilidade, realizar crivos de aderência principiológica. Para tanto, juízes realizam uma avaliação antológica dos fundamentos de racionalidade prática do ordenamento para, a partir do discernimento teórico, filosófico e retórico mais convincente, fincar o direito no contexto fático-normativo.

Essa é a ideia elementar do conceito de discricionariedade judicial aqui defendida: o de que ela é uma credencial institucional voltada para a construção de um

⁵¹⁰ O juízo de validade envolve a definição da força normativa em abstrato, que pode acabar sendo subinclusiva (o que acontece, por exemplo, quando uma Corte Suprema aplica uma técnica de declaração de nulidade sem redução de texto) ou sobreinclusiva (o que acontece, por exemplo, quando uma Corte Suprema profere uma sentença aditiva de sentido); o juízo de aplicabilidade envolve, entre outras coisas, a definição do alcance abstrato de uma hipótese normativa sobre uma determinada classe de fatos; e o juízo de exigibilidade se refere à confirmação, em concreto, de um juízo de aplicação à luz do contexto (que pode resultar, por exemplo, em decisões de exceção ou de derrotabilidade, quando, embora aplicável em abstrato, a aplicação em concreto é afastada pela predominância de algum princípio, como o da insignificância, em matéria penal).

⁵¹¹ Eekelaar argumenta que o ponto de vista dos juízes demanda uma concepção jurídica interpretativa, e que os atos de aplicação judicial do direito funcionam como uma espécie de reconstituição do direito vigente: “*The sharp conceptual distinction drawn by Raz between judicial application of law (identified by relevant sources) and the creation of new law (governed by ‘ultimate rules of discretion’), both of which impose duties on the courts, though he recognizes they may be difficult to separate in practice, has no place in the judicial conception of law, for two reasons. First, the interpretive power permits ‘new’ law to arise in applying source-based provisions. Second, the conclusions generated by the ‘laws of discretion’ indicate that apparent ‘new’ law could be seen as applying existing legal principle. In fact, the best characterization of judicial decision is one of reconstitution of existing law (...)* Under the judicial conception, law is a continual state of discovery. (...) *The conception of law, for the judge, is not descriptive of a social organization, but is a moving body of justificatory reasons for a judicial decision.*”. EEKELAAR, John. Judges and citizens: two conceptions of law. Oxford Journal of Legal Studies, v. 22, nº 3, 2002, pp. 497-516, pp. 510-512.

direito mais coerente com seus fundamentos. Na reformulação proposta nessa dissertação, a discricionariedade deve ser tratada como a prerrogativa de decidir com base em juízos reconstitutivos de integridade, que autoriza juízes a transcender a finitude semântica do direito, mediante a reconstrução teórico contextual dos fundamentos de moralidade política da prática, a ser exercida na intensidade admitida pelo desenho de cada sistema, sempre no interesse da composição imparcial das diferentes escalas normativas que disputam predominância na prática jurídica.

Alguns esclarecimentos sobre essa proposta conceitual são pertinentes. *Primeiro, é preciso elucidar porque a discricionariedade judicial foi descrita como uma prerrogativa.* O principal motivo para isso decorre da importância de se promover uma conscientização social sobre o significado da função jurisdicional.

Para que os pronunciamentos jurisdicionais (como um todo, mas em especial os da jurisdição constitucional) adquiram e conservem a credibilidade necessária junto à sociedade, um passo importante a ser dado é o de conscientizar juízes e jurisdicionados sobre essa característica funcional da jurisdição, bem como sobre suas consequências modificativas no conteúdo do direito. Essa conscientização depende de uma admissão honesta, autocrítica e transparente dos pressupostos e das consequências da discricionariedade. Essa é a linha de princípio defendida por Aharon Barak, para quem “*um exercício apropriado da discricionariedade deve ser feito a partir da ciência (pelo juiz) das diferentes fundações que constituem a discricionariedade*⁵¹²” e, na medida em que essa prerrogativa envolve um poder-dever de modificação normativa, a “*forma apropriada de lidar com essa realidade é não a esconder do público*⁵¹³”.

Opinião convergente sobre tema, registrada no âmbito acadêmico brasileiro, ressalta a importância da tomada de consciência sobre a participação do judiciário no desenvolvimento construtivo do direito, mediante a rejeição de discursos judiciais insinceros, que escamoteiam esse aspecto da função judicial, seja em modelos de *common law* como de *civil law*:

Essa insinceridade declarada não é saudável em democracias constitucionais, modelo de organização política em que o poder soberano reside no povo e em que o exercício da autoridade, quaisquer as vestes em que ela seja revestida, deve ser transparente e sujeito à crítica pública. Como aduzem Robert Post e Reva Siegel, essa insinceridade da retórica originalista faz com que ela, em

⁵¹² BARAK. A. Judicial discretion. New Haven and London: Yale University Press. 1989, pp. 135-136.

⁵¹³ BARAK. A. Judicial discretion. New Haven and London: Yale University Press. 1989, p. 219.

verdade, se transforme numa teoria da Constituição viva disfarçada e enviesada em prol de valores conservadores. Adicionalmente, esse discurso conta com a “conveniência” adicional de transferir a responsabilidade de decisões impopulares de volta ao público: como as decisões constituem mera aplicação do que a Constituição “já impunha”, então, caso um pronunciamento seja recebido com insatisfação popular, caberia meramente ao povo reformar a Constituição. (...)

Como visto no tópico antecedente, no Brasil, o mecanismo, por excelência, de negação da criatividade é o emprego, pelo STF, da tese do legislador negativo. Há sérios indícios de insinceridade dessa tese. Recorde-se: de início, não faltam exemplos de decisões altamente inovadoras prolatadas pela Corte. Ademais, a análise atenta de sua jurisprudência expõe como a adesão a esse parâmetro é seletiva, sendo possível identificar julgados que aplicam parâmetros normativos opostos aos decorrentes da teoria do legislador negativo. Por fim, recentemente, os próprios membros do tribunal vêm questionando a correção dessa tese, a qual, não obstante, subsiste.

A ausência de *judicial candor* gera outros prejuízos, como uma incoerência da Corte, além de denotar casuísmo. (...)

(...) a consciência em relação à inevitabilidade de escolhas substantivas na interpretação constitucional parece ser um aspecto unanimemente reconhecido, embora negado por razões estratégicas. Isso torna inevitavelmente insincero o uso de concepções como vertentes do originalismo, ou a tese do legislador negativo, de forma a sugerir que a jurisdição constitucional não desenvolve a produção de novos conteúdos normativos.

A sinceridade quanto a esse aspecto basilar da atividade adjudicatória deve ser encarada como uma exigência indispensável. Dessa forma, decisões criativas restarão devidamente sujeitas à crítica pública. Resultados considerados inaceitáveis sobre questões altamente controversas não poderão ser justificados como uma mera expressão de um direito acabado e apreendido pelo julgador. Do contrário, corre-se o risco de manifestações judiciais se tornarem incontroláveis⁵¹⁴.

Em decorrência do papel largamente construtivo que as matrizes de economia de confiança modernas atribuem à jurisdição constitucional, uma série de antigos mantras de jurisprudência defensiva devem ser, enfim, superados. Doutrinas formais de demarcação do alcance da atuação judicial – como a das questões políticas, das questões interna corporis, do mérito administrativo e da vedação de atuação como legislador positivo – hoje já não se sustentam a não ser como uma reminiscência convencionalista renitente. O que essas ideias transmitem pode ser perfeitamente traduzido por considerações morais fundamentadas no princípio da separação de poderes, como razões de expertise, de eficiência decisória ou de autonomia política. Uma justificativa amparada nas razões corretas é indubitavelmente mais transparente.

⁵¹⁴ GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O Desenvolvimento Judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 183-186.

O segundo esclarecimento a fazer é o de que a prerrogativa em questão não é um cheque em branco para atos performativos de juízes, devendo ser entendida como um poder-dever ou poder dirigido orientado por padrões de correção. Essa prerrogativa é uma posição meta-interpretativa central de qualquer prática jurídica, derivada do caráter interpretativo do direito e do caráter autorreflexivo predominante na função jurisdicional. A atribuição institucional aqui rotulada como prerrogativa encontra certa convergência com o conceito raziano de poder dirigido, que admite que juízes são compelidos a seguir as razões e objetivos delineados pela ordem jurídica. Diferentemente de Raz, porém, pressupõe-se que esse condicionamento moral ocorre dentro da prática jurídica.

Trata-se de uma garantia institucional que opera em favor da moralidade dos direitos, dos procedimentos e do planejamento social. Por meio da atribuição da discricionariedade judicial, Constituições reconhecem e dosam, em diferentes gradações, a importância da coerência conteudística para a integridade do direito. Juízes possuem discricionariedade para que possam ser cobrados, pela comunidade jurídica em geral e por outras instituições, pelo proferimento de decisões corretas dentro de algum esquema de correção conglobante. Portanto, a discricionariedade judicial jamais pode ser encarada como um estratagema para justificar “pontos cegos de correção”, em que duas alternativas possíveis são igualmente aceitáveis⁵¹⁵ (e, conseqüentemente, insuscetíveis de crítica sob os parâmetros do direito).

Embora não seja uma carta em branco, a discricionariedade reserva, sim, uma margem de avaliação pessoal inevitável para o magistrado. Essa licença epistemológica engloba, por exemplo, valorações sobre a melhor concepção teórica do direito; sobre os princípios e propósitos mais relevantes dentro da experiência jurídica da comunidade; sobre a aceitabilidade de ponderações entre princípios; sobre a função do judiciário à luz das relações com outros poderes; sobre o espaço de reconstrução decisória que deve ser ocupado pela jurisdição. Todas essas questões compõem um arcabouço teórico-contextual que transcende convenções e consensos sociais ou acadêmicos, e que deve ser fundamentado mediante uma teoria da decisão coerente.

⁵¹⁵ No direito brasileiro, um conhecido reflexo jurisprudencial desse entendimento se reflete, até hoje, no enunciado 343 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que assim estabelece: “*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*”.

O terceiro complemento necessário tem por objeto a forma de expressão da discricionariedade judicial (“juízos reconstrutivos de integridade”). A noção de integridade aqui avançada possui uma conotação menos exigente do que a idealizada por Dworkin. Na doutrina deste último autor, a integridade – entendida de forma ampla – contempla um teste de moralidade política que exige uma reconstituição teórica robusta dos elementos de moralidade política, capaz de se mostrar, a um só tempo, alinhada com os propósitos da prática; compatível com uma extensão razoavelmente equânime dos princípios liberais vigentes a todos os cidadãos; e apta a encontrar o melhor equilíbrio dos valores da equanimidade procedimental, do devido processo e da justiça substantiva.

No entanto, como exemplificado na doutrina de Kyritsis, o endosso desse tipo de cálculo moral não é indispensável para a subscrição de um modelo interpretativista do direito, uma vez que não há consenso sobre a autonomia da integridade como valor político, sobre a sua relevância para o “Rule of law” e nem sobre as diretrizes que ela implica para as decisões judiciais. Na reformulação aqui concebida, adota-se um papel mais modesto para a influência da integridade na camada constitutiva do direito, na linha sugerida por Kyritsis, para quem a integridade não configura um elemento essencial para a ideia de juridicidade⁵¹⁶, podendo ser absorvida por outras considerações morais implícitas na ideia de justiça.

Realmente, ao exigir um padrão de razoabilidade aceitável nas deliberações públicas – subsidiado pela noção de consistência principiológica – a integridade professa uma garantia de tratamento respeitoso à autonomia e à inteligência dos jurisdicionados, o que permite enxergá-la como uma faceta da dignidade humana, e não como um valor independente. A integridade dworkiniana é uma das fórmulas de concretizar os requisitos dessa razoabilidade conteudística, mas não é o único padrão que realiza a ideia de consistência principiológica. O problema da concepção dworkiniana é que ela é extremamente exigente, porque generaliza – como um componente ínsito à legitimidade do direito – uma perspectiva de reflexão principiológica perfeccionista, que virtualmente só pode ser obtida por um agente judicial de grandes capacidades epistêmicas e morais, o que tende a eclipsar a dimensão sistêmica do direito e a contribuição genuína de outras instâncias para o sentido dos direitos e deveres dos cidadãos.

⁵¹⁶ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 2782 e 2903.

A integridade é, sim, um valor importante para o direito. Ao lado da proporcionalidade, talvez seja uma das medidas de razoabilidade mais universais para aferir a legitimidade de normas jurídicas. Mas, diferentemente do que sustentado por Dworkin, ela talvez não seja a vida do direito, e sim a vida da jurisdição⁵¹⁷ (nos sistemas caracterizados pelo constitucionalismo forte). Essa observação não pretende ecoar uma posição defendida por alguns positivistas, segundo a qual a teoria de Dworkin seria apenas uma teoria da decisão judicial (e não uma teoria do direito). O que se quer ressaltar é que, a despeito da relevância da ideia de integridade para o conceito de direito, a sua intermediação – dentro de um projeto de governança compartilhada⁵¹⁸ – cabe preferencialmente a uma instância pública, a jurisdição, devendo ser utilizada sobretudo como um elemento explicativo do funcionamento desse braço estatal.

No âmbito legislativo, o processo deliberativo é centrado primariamente na definição de agenda e na procura das condições para a formação de consensos. A capacidade de negociação predomina sobre a persuasão argumentativa. Essa é a característica institucional mais vistosa da atribuição legislativa para o desenvolvimento do direito, função cujos pressupostos de racionalidade prática serão tanto mais sólidos quanto maior o coeficiente deliberativo de suas decisões. O procedimento aparece, assim, como o principal filtro garantidor da razoabilidade e, conseqüentemente, da integridade. Já no judiciário, a tônica é outra. O que qualifica sua atribuição de desenvolvimento do direito é a sua especial posição de independência para avaliar se a contribuição das instâncias políticas está ornado pela coerência narrativa, principiológica e estrutural com a história jurídica. Nesse quadrante, a qualidade da argumentação é que impera.

⁵¹⁷ A seguinte passagem de “O império do direito” parece refletir essa ideia: “A integridade é diferente da legislação, não de uma forma única e unívoca, mas como a complexa consequência da predominância desse princípio (integridade inclusiva). Avaliamos seu impacto reconhecendo a força superior da integridade na prestação jurisdicional, que a torna soberana nos julgamentos de direito, embora não inevitavelmente nos veredictos dos tribunais, ao observar como a legislação convida a juízos políticos, diferentemente da jurisdição, e como a integridade inclusiva aplica distintas restrições à função judicial. A integridade não se impõe por si só; é necessário o julgamento. Esse julgamento é estruturado por diferentes dimensões de interpretação e diferentes aspectos destas.” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 489.

⁵¹⁸ “I suggest, instead, that we should view adjudication as just one component, albeit an important one, of an institutional structure that collectively aims to govern well. In order to understand the role of courts and the political values that govern them, we need to place them in that structure. Again, the reason for zooming out in this manner comes from the theory of political legitimacy.” KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 437.

Dentro da noção de legalidade como governança compartilhada⁵¹⁹, a integridade exige que as decisões jurisdicionais observem os seguintes comprometimentos: (i) devem ser guiadas por um senso de colaboratividade em relação às decisões políticas; (ii) devem ser justificadas a partir de teorias de moralidade política baseadas em considerações de conteúdo e de institucionalidade, que irão fundamentar o peso e o sentido das contribuições legislativas e jurisdicionais para o projeto conjunto; e (iii) devem utilizar os critérios de correção interpretativa implícitos nas justificativas morais do sistema, ostentando consistência principiológica.

Há, portanto, uma clara diferença em termos da intensidade aplicável à integridade na atuação das instâncias públicas. Enquanto no processo legislativo a integridade é um requisito mais sutil, que pode ser demonstrado pela ideia de aderência a uma concepção razoável de princípios, no judiciário o seu impacto é outro. Na dinâmica das cortes, ela reflete uma diretriz de espírito mais profundo, capaz de conciliar diferentes escalas de normatividade. Ela exige não apenas uma dignificação racional dos afetados, mas uma coerência mais complexa com os conteúdos de princípio vigentes no momento da aplicação. O que é mais marcante no padrão de consistência principiológica demandado do judiciário é o seu roteiro autorreflexivo, holístico e generativo.

Em síntese, o que se quer salientar é que, antes de ser um elemento constitutivo da juridicidade em sentido amplo – cuja ausência determinaria a invalidade das normas afetadas – a integridade deve ser entendida como um objetivo e um ideal regulativo que inspira as responsabilidades institucionais da jurisdição. Esse é o conceito de “juízo de integridade” utilizado na presente reconstrução. Trata-se de uma qualificação teórico-argumentativa que singulariza o exercício da discricionariedade na função jurisdicional, sendo ela a responsável pelo perfil construtivo dessa atividade, que se torna visível principalmente quando resulta na extrapolação de conteúdos normativos implícitos para compensar déficits de justiça substantiva identificados nas decisões políticas.

É o que ocorre, por exemplo, em decisões judiciais típicas de sistemas com *stare decisis* (decisões de *distinguishing* ou *overruling*) e com decisões interpretativas utilizadas no controle concentrado (interpretação conforme, decisões aditivas de princípio, entre outras). Em todas essas técnicas decisórias, juízes são compelidos a

⁵¹⁹ KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 4013.

recorrer a uma escala deontológica não textualizada, mas que é estruturante e eloquente para a prática jurídica, já que fundamenta as condições de verdade da racionalidade prática. Ordinariamente, decisões dessa natureza se amparam em elementos de moralidade implícitos, operando um desenvolvimento especialmente construtivo do direito (aqui ilustrada como uma positivação vertical), no qual ocorre uma transcendência da dimensão semântica do direito explícito.

O quarto esclarecimento a fazer é o de que essa transcendência da dimensão semântica do não é uma escolha, a ser exercida estrategicamente quando o direito tiver esgotado seus critérios, mas um recurso teórico, que justifica o desenvolvimento de raciocínios decisórios mais complexos, via integridade, sempre que necessários para a coerência interna da prática. A discricionariedade não é um abismo normativo, mas uma ponte epistemológica entre paradigmas deontológicos (ou concepções de Estado de direito) que convivem de modo nem sempre harmonioso dentro nas realidades constitucionais modernas. Ela existe para permitir que juízes apliquem seu discernimento argumentativo para autopurificar o discurso (“cru”) produzido pelas demais instâncias, que muito frequentemente manifestam visões políticas e ideológicas de sentido oposto.

É claro que juízes possuem liberdade para escolha da retórica mais convincente. Todavia, a retórica é um instrumento a ser utilizado em favor da correção jurídica. *A discricionariedade judicial só pode ser exercida no interesse de conciliação das diferentes escalas de normatividade jurídica para melhorar o padrão de racionalidade das decisões estatais.* Seu uso deve ser sempre justificado por um imperativo de moralidade política, e não por conveniências políticas.

Isso se deve ao fato de que juízes estão sujeitos à grave responsabilidade de exercer uma imparcialidade engajada. Essa postura não se confunde com neutralidade, pois ela impõe compromissos morais próprios, como a responsabilidade pela garantia da coerência sistêmica e por uma atitude de descentramento de perspectivas. Nesse sentido, ela deve estar sempre a serviço da racionalidade ínsita à proteção de direitos, impedindo desequilíbrios injustificáveis e mantendo-se consciente do caráter institucional do discurso jurídico. O que garante a imparcialidade é o compromisso indeclinável de juízes com a transparência, com a objetividade e com a coerência. Esse é o tirocínio institucional que torna a construção judicial moralmente válida, defensável e desejável dentro de uma democracia. Sem observá-lo, uma decisão judicial se transforma em mero exercício de poder, perdendo sua legitimidade.

O quinto ponto a elucidar é o de que o caráter interpretativo (e dispositivo) do direito impõe a especificação de normas secundárias de decisão que confiem aos juízes uma autoridade reconstitutiva compatível com o desenho institucional do ordenamento. O código funcional do direito (e em especial o da jurisdição) embute uma ideia de dispositividade – implícita à regra decisória da vedação ao *non liquet* – que exige uma resposta em termos de lícito/ilícito; conhecimento/rejeição; procedência/improcedência. A necessidade de contemplar um desfecho com essa força prática impõe que o agente judicial tenha a prerrogativa de promover a integração de textos normativos de diferentes hierarquias, entre esses textos e os institutos correlatos, e entre todos esses aspectos e o desenho decisório das diferentes instâncias públicas.

A discricionariedade judicial garante isso, permitindo que a jurisdição exerça, incidentalmente, uma função especial de positivação jurídica. Essa positivação terá um sentido “vertical”, pois ela recrutará o sentido de decisões normativas passadas para construir soluções para novos casos. Embora devam reconduzir sua solução à autoridade de um padrão normativo que já constava do sistema jurídico, decisões judiciais construtivas sempre irão modificar a paisagem regulativa do direito (já que adscrevem sentidos e especificam instruções que, antes da decisão, não estavam claramente sinalizadas). É o que ocorre, por exemplo, nas sentenças aditivas de princípio, que concretizam ou especificam a autoridade paradigmática desse tipo de norma. Há, aqui, um inegável efeito criativo, que deve ser justificado, de forma transparente e não dissimulada, pelos tribunais, uma vez que a consciência desse aspecto é essencial para a delimitação (e, conseqüentemente, para o controle social) do papel da jurisdição.

Trata-se de uma prerrogativa única, que faz com que juízes possam ter um papel transformador na prática jurídica, distinto daquele confiado aos demais agentes públicos, porque pode implicar uma ressignificação mais séria no conteúdo da prática, atingindo, inclusive os fundamentos epistemológicos da própria realidade normativa. Esse traço institucional é imprescindível para a realização das pretensões do constitucionalismo, porque é a única forma de capacitar a jurisdição para o desempenho da sua função anti-hegemônica de controle de excessos majoritários.

Para ilustrar a importância dessa prerrogativa, basta lembrar que, dentro da vivência jurídica brasileira pós-Constituição de 1988, o estatuto normativo dos princípios somente foi realizado após a mudança de consciência da magistratura, e não com a mera promulgação do texto constitucional. Depois disso, se sucederam diversas decisões que

modificaram a amplitude do controle concentrado exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Se no início a fiscalização era muito mais restrita a atos de origem legislativa e bem delimitados, com o tempo a Corte admitiu que o seu controle deveria alcançar também práticas inconstitucionais, inconstitucionalidades sistêmicas e até mesmo estados de fato. Somente o amparo em uma prerrogativa de discricionariedade judicial pode explicar de forma convincente esse tipo de fenômeno.

Não obstante, é preciso ressaltar que a margem de reconstrução deferida a cada jurisdição não é um aspecto solucionado integralmente pela natureza da prática jurídica. Ainda que possua uma justificativa teórico-argumentativa e pragmática de caráter praticamente universal – porque o direito é, por natureza, uma prática interpretativa e porque a jurisdição é, na maioria dos sistemas jurídicos modernos, responsável por dar a última palavra provisória – a discricionariedade judicial está sujeita a diferentes dosagens e limites institucionais⁵²⁰, que irão variar de sistema para sistema, inclusive de acordo com o nível hierárquico dentro dos sistemas, conforme o desenho vigente. Em razão disso, uma concepção teórica adequada do conceito de discricionariedade deve enfatizar que a prerrogativa nela embutida, de decidir por integridade, precisa observar os limites particulares de cada arranjo institucional⁵²¹.

Naturalmente, assim como há espaço para a problematização da concepção teórica da jurisdição, também haverá margem para controvérsias sobre os limites decisórios cabíveis para essa instância. A natureza interpretativa do direito pode ser invocada nos dois lados, o que torna inviável precisar algum tipo de fronteira conceitual para a

⁵²⁰ Como visto, a sensibilidade ao desenho institucional foi um dos elementos que levou Kyritsis a postular a reformulação, pelo interpretativismo, dos parâmetros da etapa de encaixe do processo interpretativo, para que esse resultasse de considerações de conteúdo e desenho institucional. Na sua opinião, o modelo de governança compartilhada é bastante promissor para explicar o sentido colaborativo pressuposto em práticas de jurisdição constitucional. Todavia, ele próprio ressalva que as razões em favor da jurisdição constitucional devem ser sopesadas com outras considerações de desenho. A mesma ponderação se estende à discricionariedade: “(...) *The reasons of institutional design counting in favor of constitutional review are not overriding. They have to be balanced against other reasons of institutional design, such as efficiency and democracy and need to avert the abuse of power by the courts themselves. The interplay of these reasons will determine the extent of the courts’ supervisory role. This exercise is unlikely to yield a one-size-fits-all scheme of judicial supervision. A lot will depend on contingent characteristics of specific legal systems.*” KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook, Posição 2844.

⁵²¹ De uma perspectiva mais próxima ao positivismo, Shapiro defende ideia semelhante: “*The legal positivist conceives of the institutional function of a judge as a parochial matter, one regulated by the fundamental rules of the legal system in question. These rules will restrain judges in some systems; in others, they will accord judges substantial discretion to override the law when compelling reasons exist. (...) These are contingent legal positions ultimately determined by social practice*”. SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 255.

discricionarieidade. O que denunciará eventuais abusos interpretativos não será uma definição abstrata sobre o território que pode ser ocupado pela jurisdição, mas um veredicto sobre a gravidade dos equívocos revelados na fundamentação, tendo em vista o contexto decisório, cultural e normativo. É no controle da fundamentação decisória que o ceticismo pode revelar sua utilidade crítica.

CONCLUSÃO

Carlos Santiago Nino, o grande jurista argentino, teve formação em filosofia analítica em Oxford. Como pontuado no primeiro Capítulo, Nino registrou, em uma de suas obras mais conhecidas, que Hart protagonizou uma rotação de perspectiva na compreensão positivista da ordem jurídica, priorizando as características do todo institucionalizado às peculiaridades de cada um dos elementos da ordem normativa⁵²².

Apesar de relevante, essa não foi a mais decisiva contribuição de Hart para a filosofia do direito. O principal feito do autor inglês foi o de fazer com que os filósofos analíticos olhassem com maior detença para a prática jurídica (daí a designação “practice theory of law”, comumente atribuída à teoria hartiana). A prática revelaria uma série de padrões de comportamentos humanos (fatos sociais) que permitiriam compreender características constantes e permanentes dos sistemas jurídicos. Esses fatos envolveriam motivações, inspirações e reações (atitudes) despertadas pelo direito, sendo a mais importante delas a de aceitação, que demonstraria (i) como as pessoas reconhecem uma autoridade; (ii) quais as reações elas adotam ao reconhecer a legitimidade dessa autoridade; e (iii) como elas interpretam as regras ditadas pela autoridade.

Na avaliação de Hart, o principal elemento da prática que inspiraria a atitude de aceitação seria o da convenção. O padrão convencional indicaria os traços elementares das regras ditadas pelas autoridades legítimas (os critérios de reconhecimento), constituindo a base de normatividade de qualquer sistema jurídico (a regra de reconhecimento). Ele definiria a noção de deferência e cooperatividade que deve guiar o comportamento decisório das autoridades públicas. Além disso, o padrão convencional estabeleceria os parâmetros de sentido (critérios de uso compartilhado) aplicáveis às regras jurídicas, sinalizando, de um lado, as interpretações aceitáveis das normas de sentido conclusivo, e, de outro, as hipóteses em que as diretrizes seriam inconclusivas.

A relativa precariedade dos padrões convencionais atrai a necessidade de investigar o que ocorre quando os agentes públicos encarregados de aplicar o direito são obrigados a decidir em situações qualificadas como casos difíceis, nas quais não há uma norma positiva claramente aplicável, nas quais o direito vigente se mostra subdeterminado ou nas quais a mensagem das normas vigentes é dúbia.

⁵²² NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 107.

As teorias do positivismo analítico buscaram resolver a questão a partir de um olhar bidimensional. Para elas, ou a controvérsia judicial possui resposta prévia no direito, e cabe ao juiz aplicá-la; ou a questão controvertida extrapola dos limites do direito posto, e deve ser resolvida por meio dos poderes da discricionariedade decisória, que lhe permitem conceber a solução que lhe pareça mais compatível com os traços gerais do sistema em que está inserido, por um ato de escolha exercido “do lado de fora” do direito. A discricionariedade judicial é um paliativo muito polêmico porque, embora possa emprestar flexibilidade e eficiência para o sistema jurídico, pode ensejar a progressiva depleção do coeficiente normativo do direito pelo arbítrio das vontades judiciais.

Ronald Dworkin repudiou vigorosamente a concepção de que existiriam duas modalidades de aplicação do direito, uma para situações reguladas e outra para hipóteses de anomia, destacando que, pelo menos em sistemas amadurecidos, juízes poderiam se afiançar em uma bem cerzada rede geodésica de argumentos morais para construir a resposta certa para qualquer problema. Assim como na moral, a verdade no direito também seria fundada na relação de apoio mútuo entre as proposições que sustentam todo o sistema, localizando-se “do lado de dentro” (jamais fora) da própria prática jurídica. A robustez valorativa dessa relação – e não os padrões convencionais da linguagem – é que sustenta a explicação teórica mais convincente para a história institucional do direito, e é essa a fonte normativa que deve subsidiar o desfecho de todo e qualquer caso judicial.

Embora a ideia positivista de que há duas velocidades de aplicação do direito continue a exercer fascínio na filosofia jurídica – como ilustrado, por exemplo, nos textos de Andrei Marmor⁵²³ (talvez o filósofo positivista anglófono mais influente da atualidade, ao lado de Scott Shapiro, ambos citados nesta dissertação) – e também no contexto prático de aplicação do direito, a compreensão defendida ao longo desta dissertação rejeita essa distinção e acolhe boa parte das críticas ministradas por Dworkin.

⁵²³ “(...) *interpretation is only the exception to understanding what the law says, not the standard way of grasping its content.* (...)

(...) *The commonsense view that the content of law is often clear enough – and at other times, it is not – is the correct one. Mostly, just like in any ordinary conversation, we hear (or read, actually) what the legal directive says and thereby understand what it requires. In some cases, it is unclear what the law requires, and interpretation is called for.* (...)

The law requires interpretation when its content is indeterminate in a particular case of its application. There are three main sources of indeterminacy in the law: conflict between different legal norms that apply, semantic indeterminacy, and some pragmatic features of communication”. MARMOR, Andrei. *Philosophy of law*. Princeton University Press, 2011. pp. 137, 144 e 145.

Conforme avaliado no Capítulo 3, as teorias positivistas de linhagem hartiana fornecem uma explicação bastante insatisfatória das dimensões causal e motivacional envolvidas no fenômeno da discricionariedade judicial. Ao exagerar a importância da precisão linguística para a efetividade da função orientacional das normas jurídicas, positivistas negligenciam a existência de escalas normativas mais profundas dentro do direito, cuja mensagem (embora controversa) pode construir soluções adequadas para problemas complexos. A atribuição da interpretação de princípios complexos a um ato de escolha também é uma opção teórica infeliz, porque o tirocínio institucional do Judiciário envolve um dever de imparcialidade que exige decisões baseadas no melhor argumento e na transparência da argumentação decisória.

No entanto, considera-se que não é preciso ejetar o conceito de discricionariedade da teoria jurídica para compartilhar das lições sobre a verdade, a objetividade e a correção interpretativa no direito.

A discricionariedade é um atributo indissociável do exercício do poder. O que diferencia a realidade desse conceito nas diferentes instâncias é, em parte, a natureza da função institucional desempenhada por cada órgão; e, em parte, o desenho institucional estruturado contingentemente em cada sistema jurídico. Assim, no Legislativo, a discricionariedade demarca uma margem de escolhas que podem ser tomadas para a modificação do direito pelos representantes eleitos. No Executivo, ela estabelece quais prioridades podem ser estabelecidas a partir de critérios de oportunidade e conveniência. No caso do Poder Judiciário, a discricionariedade é um recurso teórico-argumentativo que viabiliza a atividade de aplicação do direito, estando sempre vinculada à coerência principiológica com as diretrizes de moralidade política básicas do sistema jurídico.

Como em quase todo debate filosófico, positivistas e interpretativistas infelizmente investiram parte de sua energia teórica na fabricação de espantalhos. Muitos positivistas lançaram considerações detrimenrosas à teoria declaratória das decisões judiciais. Na visão por eles defendida, essa teoria – segundo a qual juízes sempre podem “encontrar” uma resposta no direito – traduziria uma espécie de “maktub judicial⁵²⁴”, típica de linhas de pensamento mágico⁵²⁵. Os interpretativistas, por sua vez, salientam

⁵²⁴ Expressão árabe que remete, entre outras, à seguinte ideia: "já estava escrito".

⁵²⁵ “*There is no doubt that all theorists are subject to causal influences regarding the what it is they select for study, how they conceptualize the problems they study, and ultimately what they say about those problems. But it is one thing to utter these cautionary notes about the causal forces to which all theorists are subject; it is quite another to suggest that we should deliberately permit our moral values and beliefs*”

que, ao endossar a normatividade descontínua dos fatos sociais, vinculando o fundamento de decisões judiciais nos casos difíceis à “escolha pessoal” dos juízes, positivistas admitiriam uma abertura ao capricho e ao arbítrio no direito, pois considerariam que qualquer critério decisório seria válido, pois já não haveria certo nem errado⁵²⁶.

Há injustiças de lado a lado nesses diagnósticos. Até onde a presente pesquisa conseguiu explorar, Dworkin jamais parece ter defendido uma teoria declaratória pura da decisão judicial, tendo postulado um conceito de interpretação que é construtivo por natureza, representando, ao mesmo tempo, um ato de aplicação-criação do direito. Da mesma forma, também não há registros de que Hart ou qualquer um de seus continuadores tenha subscrito ou endossado uma resposta teórica favorável ao vale-tudo decisório em casos difíceis. Tanto ele, como Raz, Shapiro, Coleman e Waluchow consideraram que a “escolha” judicial deve observar os padrões gerais do direito.

Por isso tudo, a presente dissertação considera que uma sutil reconstrução do conceito de discricionariedade poderia aproximar esses dois hemisférios teóricos da filosofia analítica. A chave para isso residiria basicamente na substituição do insight positivista que reclama um ato judicial de “escolha” por um ato de “melhora do padrão de racionalidade das decisões estatais”, modalidade decisória compatível com a função jurisdicional, sobretudo em modelos de constitucionalismo liberal-judicial.

Conforme sustentado ao longo da tese, há uma faceta institucional no conceito de discricionariedade que não é afrontosa aos pressupostos do interpretativismo, e que pode ser explorada para justificar qual é o papel desse ingrediente dentro do arco de responsabilidades judiciárias no atual estágio do constitucionalismo. Se interpretada como uma prerrogativa de decidir por meio de juízos reconstrutivos de integridade, a ser exercida para compatibilizar as diferentes escalas de normatividade que integram o

about the justification of state coercion to shape how we understand a social practice like law. And it is precisely this that Dworkin would have us do. But there are problems in this approach. For one thing, in following Dworkin's lead we run the serious risk of wishful thinking, of disguising reality behind a sweet coating of moral rationalization”. WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 17.

⁵²⁶ “(...) conduz à tese da discricionariedade, segundo a qual eles não possuem a obrigação de decidir de determinada maneira quando a regra é vaga, silente ou indeterminada. Nessa situação, os juízes devem exercer a sua discricionariedade, quando deixam de aplicar ou seguir o direito, para cria-lo (exercem o poder legislativo intersticial, ou discricionariedade intersticial). Nesse caso, não haveria que falar que ele errou ou acertou, do ponto de vista jurídico, ao decidir um caso de uma maneira particular”. MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 50.

projeto de “Rule of law” das Constituições modernas, esse conceito pode ajudar a compreender a latitude da interpretação praticada pelas Cortes Constitucionais.

O objetivo desse empreendimento foi o de somar os aportes teóricos proveitosos sobre a discricionariedade judicial encontrados na teoria analítica, subtraindo os espantalhos a eles associados. Talvez essa proposta não seja nada mais do que uma descrição prolixa da discricionariedade fraca pela qual Dworkin buscou dissolver a importância conferida por positivistas a essa ideia. Acredita-se, porém, que ela traz alguns acréscimos importantes ao conceito dworkiniano, pois permite, entre outras coisas, que a ideia de discricionariedade seja utilizada por outras teorias normativas do “Rule of law”, não necessariamente alinhadas com a concepção dos direitos de Dworkin, como a interessante versão de governança conjunta defendida por Dmitrios Kyritsis.

Se bem compreendida, a concepção aqui defendida pode funcionar como um antídoto contra o retrocesso epistêmico inflamado por discursos que buscam desabonar a legitimidade das decisões da jurisdição constitucional. A vida do direito é elementarmente dependente da intencionalidade dos sistemas jurídicos, da idoneidade da motivação dos agentes políticos e da capacidade de discernimento moral dos juízes. Mesmo as mais influentes variantes de positivismo analítico hoje existentes salientam a importância dos compromissos cooperativos existentes na racionalidade instrumental do direito.

Toda e qualquer prerrogativa decisória atribuída a juízes só tem sentido se respaldada em um lastro interno com os fundamentos morais da prática. É esse lastro que ilumina e limita o caminho pelo qual juízes podem, dentro de seu papel institucional, contribuir para melhorar o padrão de racionalidade das decisões estatais. Se o conceito de discricionariedade funcionar como um instrumento em favor dessa construtividade interna, então ele pode ser um importante aliado da integridade. Ao mesmo tempo, a discricionariedade pode atuar como um lembrete de que a normatividade jurídica não é definida “dentro de quatro linhas” pré-definidas, unidimensionais e estanques, mas pela contínua interação entre diferentes escalas de normatividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ALBERT, Richard. *Constitutional amendments: making, breaking, and changing constitutions*. Oxford University Press, 2019.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros, 2ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2017.

AMORIM DE ALMEIDA, Bruno Torrano. Discricionariedade judicial e teoria do direito. *In Revista CEJ*, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013.

ARGUELHES, Diego Werneck; SÜSSEKIND, Evandro Proença. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e “engenharia social judicial”. *Revista Direito e Práxis*, v. 13, p. 2557-2594, 2022.

ATIYAH, Patrick Selim; SUMMERS, Robert S. *Form and Substance in Anglo-American Law a Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. 1987. Cap. 9.

BARAK, Aharon. *Judicial discretion*, New Haven and London : Yale University Press, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*. Cadernos da Escola de Direito, n. 9, 2008.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In Suffragium - Rev. do Trib. Reg. Eleit. do Ce*, Fortaleza, v.5.n.8, p.1-177 jan/dez.2009.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Papel Criativo Dos Tribunais-Técnicas De Decisão em Controle De Constitucionalidade (The Creative Role of the Courts-Decision-Making Techniques). *Revista da AJURIS*, v. 46, n. 146, 2019.

BETTI, Emilio. *A hermenêutica como método geral das ciências do espírito*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2022.

PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. *Coherencia y sistema jurídico*. Marcial Pons, 2006.

BIX, Brian. *Law, language and determinacy*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas. A integridade e os fundamentos da comunidade política: uma análise do Capítulo 6 de Law’s Empire. *In Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos*, 2018.

CAMPBELL, Tom D. Democratic aspects of legal positivism. In CAMPBELL, Tom; e GOLDSWORTHY, Jeffrey D. (Eds.) *Judicial power, democracy and legal positivism*. Routledge, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CHIASSONI, Pierluigi. *El discreto placer del positivismo jurídico*. Universidad Externado, 2016.

COELHO, André. O direito como integridade aplicado à lei. In *Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos*, 2018.

COLEMAN, J. Incorporationism. Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In COLEMAN, J. (Ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law'*. Ney York: Oxford University Press, 2001.

_____. *The practice of principle: In defense of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

DE CASTRO, Henrique Porto; COSTA-NETO, João. Os mitos do positivismo jurídico. *Revista Thesis Juris, [S. l.]*, v. 12, n. 1, p. 181–202, 2023, p. 199.. DOI: 10.5585/rtj.v12i1.22522. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/22522>. Acesso em: 10 dez. 2024.

DE GREGORIO, Giovanni; RADU, Roxana. Digital constitutionalism in the new era of Internet governance. *International Journal of Law and Information Technology*, v. 30, n. 1, p. 68-87, 2022.

DICKSON, Julie. *Evaluation and legal theory*. Oxford: Hart Publishing, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. Discricionariedade e justificação. Reflexões sobre a visão juspositivista da interpretação jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 9, n. 31, p. 855-866, jan./abr. 2015.

_____. *Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DWORKIN, Ronald. *Judicial discretion*. In *The Journal of Philosophy*, v. 60, n. 21, p. 624-638, 1963.

_____. *Uma questão de princípio*. 2ª edição. São Paulo. Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os direitos a sério*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O império do direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EEKELAAR, John. *Judges and citizens: two conceptions of law*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 22, n° 3, 2002.

ENDICOTT, Timothy. *Law is necessarily vague*. Legal theory, v. 7, n. 4, p. 379-385, 2001.

_____. O. *Law and language*. In Jules Coleman & Scott J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. O. *Raz on gaps – the surprising part*. In Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson, and Thomas W. Pogge eds, *Rights, Culture and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz* (Oxford University Press), 2003 , Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3301963>.

ETCHEVERRY, Juan B.; SERNA, Pedro (eds.). *El caballo de Troya del positivismo jurídico. Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism*, Colección Filosofía, Derecho y Sociedad, nº 22, Granada, Comares, 2010.

ETCHEVERRY, Juan B. Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites. In *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 15, p. 149-171, 2014.

ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. *O Supremo Tribunal Federal como Agente do Constitucionalismo Abusivo*. CADERNOS ADENAUER (SÃO PAULO), v. XVIII, p. 173-191, 2017.

FINNIS, John. *Natural Law: The Classical Tradition*. In Jules Coleman & Scott J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press. 2002.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GARDNER, John. *Legal Positivism: 5 1/2 Myths*. American Journal of Jurisprudence. Oxford: Oxford University Press, vol. 46. 2001.

GARGARELLA, Roberto. *Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. OUP USA, 2013.

GAVISON, Ruth. *Legislatures and the Phases and Components of Constitutionalism*. In: BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (Eds.). *The least examined branch*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GICO JR, Ivo T. *Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário (Choice Hermeneutics and the Judiciary Law-Making Function)*. R. Dir. Empresarial-RDemp, Belo Horizonte, ano, v. 15, p. 55-84, 2018.

GOMES, David F. L.; e PENTEADO ROSA, Leonardo G. *O maior desafio: pragmatismo e personificação. Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos*, 2018.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O Desenvolvimento Judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GREEN, Leslie. *The Concept of Law Revisited*, In *Michigan Law Review*, v. 94, n. 6, p. 1687-1757, 1996.

GREENBERG, Mark. The standard picture and its discontents. *Oxford Studies in the philosophy of Law*, v. 1, p. 08-07, 2010.

GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, presente, and future*. Oxford University Press, 2016.

_____. *Constitutions, Constitutional Courts and Constitutional Interpretation at the Interface of Law and Politics*. In *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, pp. 55-71, set./dez. 2019.

GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. 3ª ed. Chicago: Stanford Law Books, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Editora Unesp, 2022, Facticidade e validade.

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

_____. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rev. Tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Goes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. Discretion. *Harvard Law Review*, v. 127, 2013.

HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, Liborio Luis. *El imperio de la ley y la crisis de la ley*. 1996.

KRAMER, M. How Moral Principles Can Enter Into the Law. *Legal Theory*, v. 6, n. 1., 83-108, 2000.

_____. *H. HLA Hart: a natureza do direito*. tradução Gilberto Morbach. Fortaleza: EdUnichristus, 2021.

KYRITSIS, Dmitrios. *Shared authority: Courts and legislatures in legal theory*. Oxford and Portland: Hart publishing, 2015. Ebook.

LEITER, B. *Critical Remarks on Shapiro's Legality and the 'Grounding Turn' in Recent Jurisprudence*. 2020.

LIFANTE, Isabel. *La interpretacion em la teoria del derecho contemporânea*. Tesis doctoral. Universidad de Alicante. Departamento de filosofia del derecho y derecho internacional privado. 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona. Ariel, 2018.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*, 2ª ed., Stanford: Stanford University Press: 2008.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia-Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

_____. *A integridade no direito e os protocolos de hércules: comentário a integridade no Direito (Império do direito – capítulo VII)*. In *Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos*, 2018.

_____. *Ronald Dworkin e a teoria do direito: O direito em desacordo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2022.

MAGALHÃES, Breno Baía. *A teoria do direito revisitada: Dworkin e os diversos conceitos de direito (império do direito-capítulo III)*. Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos, 2018.

MARANHÃO, Juliano. *Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARMOR, Andrei. *Philosophy of law*. New Jersey: Princeton University Press, 2011.

_____. *What Is Law and What Count as Law? The Separation Thesis in Context*. In SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia (Ed.). *The Cambridge companion to legal positivism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

MELO, Milena Petters; BUCKHART, Thiago Rafael. A constitutionalism “of” the Global South? Epistemological reflections on emerging constitutional trends. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 14, n. 3, p. 420-438, 2022.

MICHELON, Claudio Fortunato. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MIOZZO, Pablo. *O pós-positivismo de Friedrich Muller como teoria e metódica estruturantes do direito*. In *Revista Direito Público*, Brasília, Volume 19, n. 103, 13-18, jul./set. 2022.

MOLINA, Sebastián A. Reyes. Judicial discretion as a result of systemic indeterminacy. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 33, n. 2, p. 369-395, 2020.

MORESO, J. J. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, cEPc. 1997.

_____. In defense of inclusive legal positivism. *Diritto & questioni pubbliche*, v. 1, p. 99-120, 2001.

_____. Diez tesis sobre el neoconstitucionalismo (y dos razones a favor del positivismo jurídico). In *Revista-i-Latina*, N. 1, 2019.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2017.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: RT, 2008.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. *Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo: a teoria do direito de Joseph Raz*. Salvador: Juspodium, 2017.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NOJIRI, Sérgio. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Jurisdicção: a discricionariedade judicial como estratégia e sua (in) validade perante o direito*. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Escola de Direito e Administração Pública (IDP), Brasília, 2021.

PICCELLI, Eric. *O positivismo dos planos: introdução crítica ao pensamento de Scott Shapiro*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

POSTEMA, Gerald. *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*, Springer, 2011

PRIEL, Dan. *HLA Hart and the Invention of Legal Philosophy*. *Osgoode CLPE Research Paper*, n. 17, 2011.

_____. *Is there one right answer to the question of the nature of law*. *Philosophical foundations of the nature of law*, v. 322, p. 330-34, 2013.

_____. *Making Sense of Nonsense Jurisprudence*. *Osgoode Legal Studies Research Paper*, 2020.

PRIETO SANCHÍS, Luís. *Constitucionalismo y positivismo*. 1ª ed. Lima: Palestra Editores, 2018.

HIRSCHL, Ran. *Comparative matters: the Renaissance of comparative constitutional law*. Oxford University Press, 2014.

RAZ, Joseph. *Legal principles and the limits of law*. In *Yale LJ*, v. 81, 1971.

_____. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. 1979.

_____. *Authority, law and morality*. In *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

_____. *On the autonomy of legal reasoning*. In *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford University Press, 2001.

_____. *The inner logic of the law*. In *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford University Press, 2001.

_____. *Razão prática e normas*. São Paulo: Elsevier, 2010.

RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012.

RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica. *Moral convictions in Dworkin's legal theory*. *Rechtstheorie*, v. 32, p. 1, 2001.

SARTORI, Giovanni. *Constitutionalism: a preliminary discussion*. *American Political Science Review*, v. 56, n. 4, p. 853-864, 1962.

SHAPIRO, Scott J., *What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?*. *The rule of recognition and the U.S. Constitution*, Matthew Adler, Kenneth Himma, eds., Oxford

University Press, 2009, Yale Law School, Public Law Working Paper No. 184, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1304645>.

_____. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

SHINER, Roger A. *Hart on judicial discretion*. In *Problema: Anuario de Filosofia y Teoria del Derecho*, n. 5, 2011, pp. 341-362.

SOLUM, Lawrence B. *The interpretation-construction distinction*. *Const. Comment.*, v. 27, p. 95, 2010.

STAVROPOULOS, Nicos. *The Debate that never was*. *Harvard Law Review*, v. 130, n. 8, p. 2082-2095, 2017.

STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Tese de Doutorado (Doutor em Filosofia). Programa de Pós-graduação em Filosofia da PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2005.

TABORDA, Maren Guimarães. O processo de criação da comunidade e da constituição dos governos: inventário sobre as teses do jusnaturalismo moderno. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, vol. 9, p. 218-239, ago. 2018.

TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, 2009.

_____. Varieties of constitutionalism. *Int'l J. Const. L.*, v. 14, p. 1, 2016.

VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VIDAL, Isabel Lifante. Dois conceitos de discricionariedade jurídica. In *Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo*, vol. 16, n. 1, p. 1-26, Janeiro-Abril, 2020.

VILA, M. Iglesias. *Facing judicial discretion*. Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publisher, 2001.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Power*, Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

WALDRON, Jeremy. The circumstances of integrity. In *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____, *Jurisprudence for Hedgehogs*. 2013, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-45, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2290309>.

WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

WHITTINGTON, Keith E. Constitutionalism. In WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.) *The Oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

YEH, Jiunn-Rong; CHANG, Wen-Chen. The emergence of East Asian constitutionalism: Features in comparison. In: *Public Law in East Asia*. Routledge, 2017.