

9

A incompatibilidade do ceticismo, pragmatismo e positivismo jurídico com o paradigma do estado democrático de direito à luz de Perelman, Dworkin e da hermenêutica jurídica *The incompatibility of skepticism, pragmatism and legal positivism with the paradigm of the democratic state of law in the light of Perelman, Dworkin and legal hermeneutics*

HENRIQUE ABEL
Advogado

RESUMO

Diante do paradigma do Estado democrático de direito estabelecido por meio do neoconstitucionalismo do segundo pós-guerra, se faz necessária uma teoria da decisão que, superando o legado do positivismo jurídico, deslegitime atuações judiciais pautadas pela discricionariedade. Em suas diferentes manifestações (muitas das quais se apresentam, paradoxalmente, como “pós-positivistas”), a discricionariedade deve ser compreendida como incompatível com a democracia, para que seja reafirmado o compromisso dos juízes e tribunais com a integridade do ordenamento jurídico (um sistema de regras e princípios), com a Constituição e com o direito do cidadão a uma resposta constitucionalmente adequada para o caso que leva a juízo.

Palavras-chave: ceticismo e direito, pragmatismo e direito, Perelman, Dworkin, hermenêutica jurídica.

ABSTRACT

Given the paradigm of democratic rule of law established through the neoconstitutionalism the second post-war, it is necessary that a decision theory, overcoming the legacy of legal positivism, delegitimizes judicial actions guided by discretion. In its various forms (many of which present themselves, paradoxically, as “post-positivist”), the exercise of discretion by judges must be understood as incompatible with democracy, reaffirming the commitment of judges and courts with the integrity of the legal system (a system of rules and principles), the Constitution and the public’s right to a constitutionally adequate response.

Keywords: scepticism law, practicisim law, Perelman, Dworkin, law hermeneutics.

1. A QUESTÃO DA VERDADE

Se dizer a verdade não é outra coisa senão negar o falso, é impossível que todas as coisas sejam falsas, pois necessariamente será verdadeira uma das partes da contradição.

Aristóteles

A propensão do ser humano em colocar em dúvida a verdade enquanto possibilidade (e finalidade) do discurso racional é (pelo menos) tão velha quanto a própria filosofia. A impossibilidade de uma linguagem humana capaz de compreender, apreender e enunciar as estruturas da realidade do mundo fático já aparece como o tema principal do diálogo platônico “Crátilo”, no século IV a.C.¹

¹ O diálogo platônico “Crátilo” é protagonizado por três personagens: Sócrates, Hermógenes e Crátilo, que dá nome ao diálogo. Sócrates aparece como sendo o representante da posição do próprio Platão, como era comum nos diálogos deste. Hermógenes, por sua vez, está convencido de que qualquer nome que se der a qualquer coisa é um nome adequado e tão bom quanto qualquer outro, e que nenhuma designação pertence a nenhuma coisa particular da natureza. Todos os nomes das coisas, portanto, seriam frutos do hábito e das convenções estabelecidas pelo uso. O argumento de Sócrates contra a tese de Hermógenes começa pelo reconhecimento, por parte deste, de que um discurso pode ser falso ou verdadeiro. Isso leva Hermógenes a reconhecer, conseqüentemente, que as partes de um discurso verdadeiro também devem ser verdadeiras (não se vai aqui entrar no mérito de que a veracidade de uma conclusão, por óbvio, não implica necessariamente a veracidade de todos os argumentos que sustentam tal conclusão). Como o menor elemento de um discurso são os nomes e conceitos nele referidos, reconhecer que um discurso verdadeiro é feito de partes verdadeiras implica reconhecer, também, que essas partes farão referência a nomes e conceitos que também são verdadeiros. Ou seja, as partes de um discurso verdadeiro não poderiam ser verdadeiras se a menor unidade dessas partes (ou seja, os nomes dados às coisas) também não fosse verdadeira.

Sócrates prossegue, sustentando que todas as ações podem ser feitas de uma maneira certa, que é eficiente, ou errada, que não funciona. Por exemplo, se alguém vai serrar uma árvore, há ferramentas que se prestam para isso e outras através das quais não conseguirá fazer nada. Como falar é um tipo de ação, se impõe a conclusão de que também a fala pode ser certa (eficiente) ou errada. Como dar nome às coisas é uma parte da fala, Sócrates concluiu que – também ao dar nome às coisas – nós nos valem das prescrições impostas pela própria natureza das coisas, e não com base somente em nossa própria vontade. A nomenclatura, para Sócrates, é um instrumento para se lidar com a realidade das coisas.

Sócrates também rebateu o célebre argumento de Protágoras, no sentido de que “o homem é a medida de todas as coisas”, questionando Hermógenes se todos os homens são bons. Hermógenes responde que boa parte dos homens são maus, mas reconhece que uns poucos são muito bons. Ao ilustrar o fato de que diferentes homens possuem diferentes graus de virtude, de qualidade e de sabedoria, Sócrates demonstra que a ideia de Protágoras não procede, pois a concepção de que o homem é “a medida de todas as coisas” implicaria todos os homens serem igualmente portadores das mesmas qualidades. Se um determinado homem pode ser considerado melhor ou pior do que outro, é precisamente porque o homem não é a medida de todas as coisas, ou seja, existem coisas que existem por si mesmas e cuja realidade é imposta pela natureza.

A maneira como esse “impasse” filosófico chegou aos dias contemporâneos foi bem resumida por Perelman:

Diante da multiplicidade dos caracteres humanos, da pluralidade das opiniões, o papel tradicional dos filósofos era, estabelecendo uma hierarquia entre esses caracteres, ensinando o verdadeiro sentido das palavras, fornecer a resposta válida, objetivamente fundada, que haveria de se impor a todos os seres dotados de razão. (...) Infelizmente, estas esperanças milenárias se mostraram vãs: a multiplicidade das filosofias, por ser oposta ao corpo comum dos conhecimentos científicos e acarretar controvérsias sem fim, levou a um ceticismo crescente quanto ao papel prático da razão e a uma separação metodológica entre os juízos de realidade e os juízos de valor. Somente os juízos de realidade seriam a expressão de um conhecimento objetivo, empírica e racionalmente fundado, sendo os juízos de valor, por definição, irracionais, subjetivos, dependentes das emoções, interesses e decisões arbitrárias de indivíduos e grupos de toda espécie².

Pode-se afirmar que o ceticismo, nascido diante de tais dificuldades, está na raiz do utilitarismo, do pragmatismo, do relativismo e, já dentro da seara do Direito, do positivismo jurídico. Tal evolução é compreensível, pois, na medida em que se acredita que não existem verdades nas ciências humanas, passa a ser imperativo encontrar outros critérios que possam justificar/legitimar/orientar os processos decisórios nas sociedades humanas.

Mas será que, diante da “multiplicidade de filosofias” referida por Perelman, o ideal seria concordar com os positivistas, deixando de lado as discussões sobre moralidade, reduzindo o direito à aplicação da lei (*easy cases*) e confiando na discricionariedade judicial (*hard cases*)? Dever-se -ia concordar com os céticos, que alegam que os debates sobre o certo ou o errado (ou o justo e o injusto) não passam de expressões de vontade dos debatedores, e que nenhuma razão assiste a nenhum deles? Será que deveriam ser aceitas as teses dos pragmáticos e utilitaristas, e reger-se a aplicação das leis e as noções de justiça tendo como norte

Oportuno observar que, apesar de o Crátilo do diálogo platônico aparecer como sendo um cético absoluto, ele não possui nenhuma crença no convencionalismo. Crátilo não duvida de que as coisas tenham nomes impostos pela ordem natural das coisas. Pelo contrário: é a crença nessa nomenclatura “divina” que o leva a concluir que a nossa linguagem convencional é falsa e, em última instância, imprestável. Trata-se de uma “mudança de chave” em relação ao tradicional argumento cético de que “tudo é convencionalismo”. Crátilo, ao contrário dos sofistas, é cético precisamente porque acredita numa razão superior, que seria impossível de ser compreendida ou descrita pelos convencionalismos linguísticos das sociedades humanas. O ceticismo dele, portanto, não se coloca contra a existência da verdade, mas sim contra a nossa capacidade de, através da linguagem, enunciar algo de verdadeiro sobre as coisas.

² PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 152.

nada além daquilo que parece mais útil e melhor para a coletividade, deixando de lado noções confusas e desnecessárias como “justiça”?

2. NEOCONSTITUCIONALISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Se tais concepções podem ter se mostrado sedutoras até a primeira metade do século XX, parece forçoso destacar que tais concepções encontram-se na contramão da filosofia jurídica desenvolvida após a Segunda Guerra Mundial, principalmente levando-se em consideração o fenômeno do neoconstitucionalismo, do qual deriva a noção contemporânea do Estado democrático de direito, modelo sobre o qual é oportuno destacar as seguintes considerações:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade (...). Dito de outro modo, o Estado democrático é *plus* normativo em relação às formulações anteriores³.

Em outras palavras, o papel do Estado de direito contemporâneo não se resume mais a mero “limitador dos poderes estatais”, nem a uma democracia participativa meramente formal (na qual o papel do cidadão se esgota com a participação em processos eleitorais periódicos) nem tampouco a uma forma de “controle” para “manutenção da paz social”⁴. A noção de Estado democrático de direito pressupõe a

³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis & STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97-99.

⁴ É conhecida a tradicional máxima de que o Direito nacional existiria para garantir a “paz social”, mas será que essa ideia realmente se sustenta sozinha? É fácil constatar que o modelo democrático deixa muito a desejar como forma de controle social (enquanto que a antítese da democracia, o totalitarismo, se mostra perfeito para tal objetivo). Se o objetivo do Estado democrático fosse meramente garantir que as pessoas “andassem nos trilhos” da ordem vigente, a única coisa necessária para tanto seria a coerção, a força. Quanto mais restritos são os direitos aos quais os cidadãos fazem jus – e quanto mais limitada é a possibilidade de demandas – tanto maior será a “paz social”, a ordem e outras “qualidades” de um ordenamento jurídico, que nem por isso estará operando como uma expressão do bem comum. O Direito, entendido dentro do conceito da democracia moderna, existe justamente para garantir que essa paz social não seja absoluta, ou seja, que não seja obtida através de quaisquer meios, como a repressão às opiniões divergentes, o sufocamento das aspirações sociais, a “coisificação” dos indivíduos como meios para fins determinados pelo poder vigente etc. A existência de “conflituosidade social”, por si só, não pode, portanto, ser considerada como algo negativo no contexto de um modelo democrático. Pelo contrário: a democracia pressupõe autenticidade nas relações sociais, liberdade de expressão e ampla defesa dos direitos individuais e coletivos. A litigiosidade disso decorrente é inevitável e, novamente, a alternativa seria apostar num modelo pautado pelo autoritarismo.

ausência de protagonismos individuais sustentados em “superpoderes”, em juízos solipsistas e em vontades pessoais. Em outras palavras: todo “poder”, no Estado democrático de direito é um poder que necessariamente tem limites bem definidos.

No momento em que se acredita que um ordenamento jurídico não pode dar respostas sistematicamente corretas para um problema social, não resta outra opção senão recorrer à arbitrariedade ou, até mesmo, à força, como bem Perelman salientou:

(...) este ceticismo acerca do papel da razão prática apresenta, por sua vez, um duplo inconveniente. Reduzindo ao nada o papel e as esperanças tradicionais da filosofia, ele abandona a fatores irracionais, e afinal de contas à força e à violência, individual e coletiva, a solução dos conflitos concernentes à prática. Recusa, por outro lado, qualquer sentido à noção de razoável, de modo que, como as expressões “escolha razoável”, “decisão razoável”, “ação razoável” passam a ser apenas racionalizações, falsas aparências, fica impossível que as discussões e as controvérsias possam terminar de outro modo que não seja pelo recurso à força, a razão do mais forte sendo sempre a melhor⁵.

E o referido autor continuou, apontando que:

Por isso, toda educação, toda moral, toda filosofia prática, seja ela de inspiração religiosa ou laica, tenha ela como objeto a ética, o direito ou a política, não são mais do que ideologia e legitimação capciosa das forças e dos interesses em conflito. Com o desmoroamento da filosofia prática, com a negação do valor de todo raciocínio prático, todos os valores práticos, tais como a justiça, a equidade, o bem comum, o razoável passam a ser simples palavras vazias que cada um poderá encher de um sentido conforme seus interesses⁶.

Oportuno ter em mente que os fenômenos do neoconstitucionalismo e do Estado democrático de direito não surgiram à toa, mas sim como resposta aos acontecimentos da primeira metade do século XX, que – marcado pela forte influência de ceticismos, pragmatismos e relativismos – foi palco de horrores nunca antes testemunhados pela humanidade, como o advento dos totalitarismos, com os Estados comandando ações que em séculos passados seriam inimagináveis, mesmo nos regimes mais absolutistas.

Conforme explicou Perelman⁷:

⁵ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 152.

⁶ *Idem*, p. 152.

⁷ É importante esclarecer que Perelman, apesar de crítico do positivismo jurídico e das diversas manifestações do relativismo e do ceticismo no Direito, não chegou a construir uma teoria da decisão apta a superar o problema da discricionariedade. Pelo contrário: ao abordar a questão, talvez superficialmente, ele chegou a dizer que “O juiz possui, a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe permitirá adaptar a lei aos casos específicos. Se não lhe reconhecessem tal poder,

Desde o processo de Nuremberg, que pôs em evidência o fato de que um Estado e sua legislação podem ser iníquos, e mesmo criminosos, notamos na maioria dos teóricos do direito, e não apenas entre os partidários tradicionais do direito natural, uma orientação antipositivista que abre um espaço crescente, na interpretação e na aplicação da lei, para a busca de uma solução que seja não só conforme à lei, mas também equitativa, razoável, aceitável, em uma palavra, que possa ser, ao mesmo tempo, justa e conciliável com o direito em vigor. A solução buscada deveria não apenas poder inserir-se no sistema, mas também revelar-se social e moralmente aceitável para as partes e para o público esclarecido⁸.

3. RONALD DWORKIN E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Provavelmente nenhum jusfilósofo, no último meio século, tenha sido tão bem-sucedido em fragilizar os alicerces do positivismo jurídico quanto o norte-americano Ronald Dworkin. Não interessa aqui, para os fins deste breve trabalho, resumir a complexa obra de Dworkin, mas sim discutir uma crítica habitualmente feita a esta que se considera uma teoria “liberal” da decisão: a ideia do Direito como integridade – estabelecendo que o papel dos juízes vai além da mera aplicação da lei – não abriria as portas para uma verdadeira “ditadura do Judiciário”?

Afinal, se é possível afirmar que o juiz pode e deve ir além da lei na hora de fundamentar uma decisão, o que impediria a legitimação, com isso, da arbitrariedade nas sentenças? Não se estaria dando subsídio filosófico para que juízes autoritários e/ou comprometidos passassem a decidir com base em nada além de suas paixões pessoais e ideologias?

Ao contrário do que pode parecer num primeiro momento, não há dúvidas no sentido de que a noção de Dworkin – do Direito como integridade – é uma teoria **limitadora** do poder dos juízes, e não o contrário.

Com efeito, enquanto que o positivismo jurídico concede ao juiz um subjetivo e desvinculado “poder descricionário” para decidir os casos menos óbvios, Dworkin optou por reduzir essa liberdade, sustentando que, mesmo quando a lei não lhe é suficiente, o juiz estará vinculado aos princípios jurídicos, ao passado das decisões judiciais, à estrutura sistêmica do ordenamento jurídico e à noção de que a decisão

ele não poderia, sem recorrer a ficções, desempenhar sua missão, que consiste no solucionamento dos conflitos: a natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo no domínio do direito” (PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes: 2000. p. 203). Como se vê, talvez inadvertidamente, Perelman acabou, dessa forma, aceitando e legitimando a discricionariedade judicial, justamente o aspecto mais criticável – e perigoso – do positivismo jurídico.

⁸ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 184.

do juiz é um trabalho inserido no contexto histórico das decisões, e não uma manifestação isolada de vontade ou de opinião. Assim:

(O juiz) pode exercitar sua imaginação interpretativa não na atuação legislativa de diferentes legisladores individualmente considerados, mas na atuação da própria legislatura, perguntando-se qual sistema coerente de convicções políticas justificaria melhor o que ela realizou⁹.

O positivismo jurídico, por sua vez, ao afastar a moral do Direito, não possui nenhum embasamento para julgar as decisões ditas “discricionárias” dos juízes. Silente ou insuficiente a lei, os juízes poderiam decidir como bem entendessem, pois estariam no exercício de sua “discricionariedade”, e ninguém teria como alegar que tal decisão é “injusta” ou “desarrazoada”. Abstraída a moral e a noção de integridade, estas noções sequer fazem sentido, pois uma decisão só pode ser justa ou injusta na comparação com um referencial, que se faz ausente quando se fala em discricionariedade judicial (se assim não fosse, o positivista nem mesmo precisaria recorrer à discricionariedade enquanto fator de legitimidade da decisão).

Dworkin resumiu as proposições centrais do pensamento positivista da seguinte forma:

O positivismo contém algumas poucas proposições centrais e constituintes de sua estrutura. Embora nem todo o filósofo chamado de positivista as subscrisse segundo o modo pelo qual as apresento, elas, não obstante, definem a posição geral que desejo examinar. Estas teses principais podem ser estabelecidas da seguinte maneira:

- a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais usadas pela comunidade direta ou indiretamente com o propósito de determinar quais comportamentos serão punidos ou coibidos pelo poder público. Estas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas por critérios específicos através de testes que dizem respeito não ao seu conteúdo, mas a sua origem ou modo através do qual elas foram adotadas. (...)
- b) O conjunto de regras legais válidas é exaustivo do “direito”, de modo que, se um determinado caso não está claramente compreendido por tal regra (...), então este caso não pode ser decidido “aplicando-se o direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade, como um juiz, “exercendo sua discricionariedade”. (...)
- c) Afirmar que alguém tem uma “obrigação jurídica” significa dizer que seu caso recai sobre uma regra jurídica válida (...). Na ausência de uma regra legal válida, não há obrigação jurídica¹⁰.

⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 402.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. *Revista do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v. 34, n. 92, p. 120-121, São Leopoldo, setembro/dezembro, 2001.

A versão do positivismo sobre a qual Dworkin centrou suas críticas foi a de Hart, que ele considerou como uma das melhores e mais bem acabadas teorias positivistas. Dworkin apontou que alguns autores importantes, como J. Austin, geraram diversos equívocos que ameaçavam as estruturas dos fundamentos do positivismo.

Uma das falhas de Austin, observada por Hart, é a obliteração da distinção entre **ser obrigado** a fazer algo e **ter uma obrigação** de fazer algo. Austin, ignorando tal distinção, afirmava simplesmente que toda regra é um comando geral, e que basta a pessoa ser suscetível de punição em caso de descumprimento para que esteja ela obrigada perante uma regra. Sobre isso, Dworkin comentou que:

Uma regra jamais pode ser vinculante apenas porque alguma pessoa com poder físico assim o deseje. Tal pessoa deve possuir autoridade para emití-la ou não haverá tal regra. (...) Essa é a diferença entre um direito válido e as ordens de um homem armado¹¹.

Delimitados os fundamentos centrais do positivismo jurídico, Dworkin passou a expor sua crítica geral a tal corrente de pensamento. Pode-se resumir sua crítica em três aspectos centrais. **Primeiro**: o Direito não é apenas um sistema de regras, mas sim um sistema de regras e princípios; **segundo**: a tradicional noção de “discrecionarietà” sustentada pelos positivistas é falha e autoriza os juízes a terem um poder arbitrário e descabido; **terceiro**: pode existir uma obrigação jurídica, ainda que ausente uma regra legal válida.

No que diz respeito à discrecionarietà, Dworkin sustentou que essa palavra não tem nenhum sentido fora dos termos de uma relação de subordinação (seria impróprio alguém dizer que tem “discrecionarietà” para comprar um automóvel, por exemplo). Discrecionarietà, assim, não é sinônimo de “liberdade”, mas sim de uma “textura aberta” sobre algo em particular, entendida dentro de um contexto geral de subordinação. Nas palavras de Dworkin:

A discrecionarietà, assim como o espaço central de um anel, não existe senão pelos limites que o contornam. Ele é, portanto, um conceito relativo. (...) O conceito de “discrecionarietà” se encontra em seu hábitat em apenas um tipo de contexto: quando uma pessoa é, de modo geral, encarregada de tomar decisões subordinadas a padrões estabelecidos por uma autoridade particular¹².

Desse modo, Dworkin identificou duas maneiras distintas de entender “discrecionarietà”: uma **fraca**, na qual a discrecionarietà do juiz se resume a

¹¹ *Idem*, p. 124.

¹² *Idem*, p. 139.

usar seu discernimento para decidir determinado caso, e uma **forte**, na qual o juiz não está vinculado a nenhum padrão estabelecido pelas autoridades em questão.

Assim, um sargento que recebe ordens expressas para que escolha seus cinco soldados **mais fortes** com vistas a uma tarefa não possui nada além de discricionariedade no sentido **fraco** (ou seja, ele tem “liberdade” para escolher, mas dentro dos limites bem estabelecidos previamente pela autoridade superior. Qualquer escolha fora desses padrões será errada e não estará em conformidade com a ordem dada).

Seria possível falar em discricionariedade no sentido **forte** se o mesmo sargento recebesse ordens de escolher os cinco **melhores** soldados para a tarefa (não existem padrões estabelecidos pela autoridade superior para aferir qual soldado é “melhor”, mas a força física é um atributo cuja mensuração é muito menos subjetiva).

Dworkin observou que os positivistas entendem a discricionariedade no sentido **fraco**, ou seja, quando a lei for vaga, o juiz deve decidir fazendo uso de seu bom senso para adequar a “textura aberta” da lei ao caso concreto. Mas ele também constatou que há vários problemas nesse ponto de vista, na medida em que não aborda a questão da existência dos princípios jurídicos, nem tampouco como valorá-los ou aplicá-los. O entendimento positivista simplesmente determina que os padrões jurídicos (que não sejam regras) não são vinculantes para os juízes **ou** (o que vem a ser a mesma coisa) que, ausente a regra, o juiz possui “discricionariedade” para decidir.

Segundo Dworkin, este entendimento falha por ignorar que existem padrões jurídicos para um juiz sustentar sua decisão ainda que ausente o dispositivo legal, o que ocorre justamente por conta da noção de princípio, que a visão positivista ignora ou relativiza. Sobre isso, Dworkin afirmou:

Uma vez que (...) tratemos os princípios como jurídicos, ressaltamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios bem como por uma regra estabelecida. Poderíamos dizer que uma obrigação jurídica existe sempre que a causa de uma tal obrigação (em termos de princípios jurídicos vinculantes de diferentes tipos) é mais forte do que a causa contrária¹³.

Sobre o ceticismo aplicado ao Direito, Dworkin apontou que as posturas disso decorrentes podem ser criticadas na medida em que:

¹³ *Idem*, p. 158.

(...) queiram mostrar o direito em sua pior, e não em sua melhor luz, apontando para caminhos fechados que, na verdade, estão abertos, avançando para uma nova mistificação a serviço de objetivos políticos não revelados¹⁴.

4. A CRÍTICA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

As abordagens mais elaboradas da hermenêutica jurídica contemporânea, que devem muito aos trabalhos de Heidegger e Gadamer, possuem um conteúdo manifestamente antirrelativista, razão pela qual enfrentam todo e qualquer tipo de pragmatismo, utilitarismo e ceticismo – e, por via de consequência, o positivismo jurídico, precisamente no que diz respeito à legitimidade que este concede à assim chamada “discrecionabilidade” dos juízes.

Contra essa moderna abordagem hermenêutica, não faltam críticos. Para aqueles que se imaginam “positivistas” por acreditarem que o Direito deve ser essencialmente restrito aos textos legais (uma concepção tão equivocada e ingênua quanto popular entre os operadores do Direito), a hermenêutica é por vezes tida como uma leitura “liberal”, que permitiria um maior protagonismo por parte dos juízes em detrimento dos textos legais (o que é exatamente o que a abordagem hermenêutica combate). Para outros, essa abordagem é eventualmente acusada de “conservadora”, pois – ao criticar a discrecionabilidade judicial – estaria pretendendo que os juízes fossem “impedidos” de interpretar.

Em grande parte, essas leituras equivocadas sobre as implicações do *approach* hermenêutico decorrem de uma má compreensão prévia a respeito do que vem a ser o positivismo jurídico. Com efeito, não é raro no Direito pátrio ver situações de protagonismo judicial em que o julgador, valendo-se de uma postura discrecionária e solipsista, “ultrapassa” as “barreiras” dos textos legais, imaginando estar encarnando a perfeita antítese do positivismo jurídico – quando, na verdade, só está confirmando o paradigma contra o qual crê estar lutando.

Ainda é disseminada, no ambiente jurídico, a ideia de que o “grande problema” do positivismo jurídico é que ele comandaria os juízes a ficarem limitados à “letra da lei”, quando, na realidade, o verdadeiro problema do positivismo jurídico (e essencialmente o alvo preferencial de todos os seus críticos mais qualificados) é a sua **legitimação da discrecionabilidade judicial** nos assim chamados *hard cases* (por óbvio, a própria definição do que vem ou não a ser um *hard case*, na prática, vira uma questão de discrecionabilidade).

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 331.

A crítica que se faz ao positivismo jurídico, portanto, não se dirige ao seu suposto “apelo à legalidade”, mas sim – pelo contrário – à autorização que ele dá aos juízes de, em certos casos, estarem desobrigados e desvinculados das leis.

Ou seja, se um juiz “X” afirmasse que um caso concreto “y” era um *hard case*, o juiz “X” estaria autorizado a dar uma resposta ao caso “y” não com base na lei, mas sim na sua “discricionariedade” (leia-se: no conjunto de seus “pré-juízos”, “pré-conceitos” e opiniões pessoais, retroativamente “fundamentadas” com um mínimo de retórica jurídica que se fizer necessário para tanto). Portanto:

A hermenêutica filosófica, com os aportes da teoria integrativa de Dworkin, representa, nesse contexto pós-metafísico e pós-positivista, uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica¹⁵.

A hermenêutica jurídica, enquanto nova forma de pensar o Direito, decorre da própria transformação que as instituições jurídicas sofreram no curso do século XX, em especial no período pós-Segunda Guerra. Conforme já referido anteriormente, o Estado de direito, dentro do neoconstitucionalismo então nascente, não se limitava mais ao seu antigo papel de “dado pronto e acabado” da ordem social, limitando-se a garantir a segurança dos cidadãos e lidar com seus conflitos particulares (Estado liberal) ou promover reformas pontuais para mitigar as contradições do modo de produção capitalista (Estado social).

Esta nova encarnação do ente estatal – Estado democrático de direito – apresenta-se como **agente transformador**, fundado em estruturas jurídicas conscientes de que estão em movimento dentro do caminhar contínuo do processo histórico. Por tal razão:

Neoconstitucionalismo significa ruptura, tanto com o positivismo como o modelo de constitucionalismo liberal. (...) Qualquer postura que, de algum modo, se enquadre nas características ou teses que sustentam o positivismo, entra em linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo. (...) Estado Democrático de Direito e discricionariedade são incompatíveis, e essa questão é

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica nos 20 anos da Constituição: condições e possibilidades para a obtenção de respostas corretas. In: STRECK, Lenio Luiz & BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Anuário 2008, n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 33.

fulcral. (...) Isso significa dizer que, se o modelo de direito sustentado por regras está superado, o discurso exegético-positivista, ainda dominante no plano da dogmática jurídica praticada cotidianamente, representa um retrocesso, porque, de um lado, continua a sustentar discursos objetivistas, identificando texto e sentido do texto (norma), e, de outro busca, nas (diversas) teorias subjetivistas, a partir de uma axiologia que submete o texto à subjetividade assujeitadora do intérprete, transformando o processo interpretativo em uma subsunção dualística do fato à norma, como se fato e direito fossem coisas cindíveis e os textos (jurídicos) fossem meros enunciados linguísticos¹⁶.

O principal fundamento da abordagem hermenêutica decorre da assim chamada “viragem linguística” protagonizada no século XX por Heidegger e Gadamar, respectivamente, nas obras *O ser e o tempo* e *Verdade e método*. A hermenêutica jurídica irá sustentar que o Direito, enquanto ciência prática, não está “blindado” das revoluções pelas quais a filosofia e a linguística passaram no último século, e que estes novos paradigmas necessariamente irão implicar a necessidade de uma nova postura dos juristas.

Por certo, não se pode confundir “autonomia do Direito” (ou seja, a dimensão autônoma/contramajoritária/transformadora que ele assume no neoconstitucionalismo, não mais se limitando a ser mero aparato de legitimação da política ou da economia) com uma imaginária “independência teórica” do Direito, como se ele constituísse um campo de conhecimento isolado dentro de uma bolha, apartado da filosofia e das ciências da linguagem e, conseqüentemente, alheio a novos paradigmas e descobertas provenientes destas. Foi precisamente o que ocorreu no século XX, em que:

(...) no campo filosófico, operou-se uma verdadeira invasão da filosofia pela linguagem, proporcionando uma revolução no modo de compreender o mundo. Supera-se, assim, o pensamento metafísico que atravessou dois milênios. Afinal, se no paradigma da metafísica clássica os sentidos “estavam” nas coisas e na metafísica moderna “na mente” (consciência de si do pensamento pensante), nessa verdadeira guinada pós-metafísica os sentidos passam a se dar na e pela linguagem. Em outras palavras, é possível dizer, desde logo, que a crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, não resistiram às teses da viragem linguístico-ontológica (Heidegger-

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 8-9.

Gadamer), superadores do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica¹⁷.

5. CONCLUSÃO

A ampla repercussão de obras críticas ao positivismo jurídico, nas últimas décadas, criou o ambiente usualmente denominado de “pós-positivismo”, o que contribuiu para fomentar uma ideia equivocada, qual seja a de que combater o positivismo jurídico, nesta altura da história, significa “chutar um cavalo morto”. Não é o que a realidade de prática judiciária brasileira demonstra. Em suas diferentes manifestações – e o que é pior, muitas vezes ocultas sob o manto de “posturas progressistas pós-positivistas” – as problemáticas oriundas do positivismo jurídico continuam manifestando-se tanto na prática judicial quanto no “senso comum teórico” dos juristas (para utilizar a feliz expressão de Warat).

Dentro do contexto de um Estado democrático de direito contemporâneo, combater o positivismo significa, essencialmente, combater a discricionariedade judicial. O que uma postura crítica (e comprometida com a democracia) deve querer é, precisamente, que sejam cumpridas as leis, e não o contrário.

Imaginar que “a lei” é uma amarra opressora que deve ser cortada pelas mãos de um juiz libertário é raciocinar nos termos de um Estado liberal embrionário de três séculos atrás, calcado na tensão entre os indivíduos livres e o Estado opressor (que sempre deveria estar sob pesada vigilância). **A lei, no contexto do Estado democrático de direito, é precisamente o Direito construído de forma democrática, nos espaços democráticos adequados para tanto**¹⁸.

Entendendo-se que o grande mal do positivismo jurídico é a sua legitimação da discricionariedade judicial, torna-se fácil compreender que a superação deste problema não pode se dar, por óbvio, pelo protagonismo judicial desenfreado, fundado

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 331.

¹⁸ “Obedecer ‘à risca o texto da lei’ democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a ‘exegese’ à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária. Portanto (...) estamos falando, hoje, de uma outra legalidade, uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional (não esqueçamos que o direito deve ser visto a partir da revolução copernicana que o atravessou depois do segundo pós-guerra)”. (STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos – NEJ/Eletrônica*, v. 15, n. 1, p. 170, Itajaí, janeiro/abril, 2010.

em falsas questões, como “lei *versus* princípios”, “legalidade *versus* justiça”, “lei *versus* vontade do povo” etc.

Pergunta-se: como pode haver contraposição entre a lei e a vontade do povo numa democracia representativa?¹⁹ E entre legalidade e justiça? Se os representantes escolhidos pelo povo, na forma do processo democrático, não estão aptos para decidir que leis são justas, a quem deveria caber tal decisão?

Aparentemente, entre boa parte dos juristas, há uma notável tendência no sentido de simpatizarem com a ideia de o Poder Judiciário atuar como uma verdadeira “ferramenta de otimização” da democracia, fazendo-se vista grossa para protagonismos judiciais, decisionismos questionáveis e políticas judiciárias pautadas pelo mais puro pragmatismo, em detrimento da legitimidade do Legislativo devidamente eleito pelo povo (de quem o poder emana, vale lembrar)²⁰.

Substituir o juiz “antigo” (que, no contexto anterior ao do neoconstitucionalismo, não enxergava nada além da “letra fria da lei”) por um juiz dito “novo” (que imagina ser pós-positivista ao valer-se de princípios *ad hoc* para decidir casos concretos com base nas suas noções de justiça e em postulados de conviniência política e/ou econômica) não significa nada além de trocar seis por meia dúzia.

Com tais práticas, não se estará realizando qualquer avanço real no combate às “heranças malditas” do positivismo jurídico.

Ou seja: apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista ou pode não ser. Do mesmo modo, não apegar-se (*sic*) à letra da lei pode caracterizar uma atitude positivista ou antipositivista. Por vezes, “trabalhar” com princípios (e aqui vai a denúncia do panprincipiologismo que tomou conta do “campo” jurídico de *terrae brasiliis*) pode representar uma atitude (deveras) positivista. (...) Em suma: o que não podemos fazer é cumprir a lei só quando nos interessa²¹.

¹⁹ Evidentemente, aqui não cabe resvalar na questão “constitucionalismo contramajoritário x democracia”, imaginando-se que um determinado ato legislativo poderia ser “antidemocrático” pelo simples fato de não estar em sintonia com as opiniões populares manifestadas naquele momento em relação àquela controvérsia específica. Infelizmente, grande parte da mídia brasileira possui esse lamentável hábito de fomentar, no seu público, a ideia de que a representatividade política (e até mesmo a atuação do Judiciário!) deveria ser pautada pelas pesquisas de opinião de momento, como se o Estado democrático de direito fosse uma espécie de *reality show* cujo desenrolar é norteado pelos números do Ibope.

²⁰ Um esclarecimento oportuno: primeiro, não se está dizendo, por óbvio, que o Judiciário não deveria ter legitimidade para deixar de aplicar uma lei naquelas hipóteses em que o ordenamento jurídico o autoriza – ou expressamente ordena – a fazê-lo (inconstitucionalidade da lei, antinomias, interpretação conforme a Constituição, nulidade parcial com ou sem redução de texto etc.). Segundo, também não se está dizendo que, por vezes, os juízes não tenham que atuar de forma a compensar a inefetividade da administração pública no sentido de garantir às pessoas direitos assegurados pela Constituição.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos – NEJ/Eletrônica*, v. 15, n. 1, p. 171, Itajaí, janeiro/abril, 2010.

O fenômeno jurídico, no contexto do Estado democrático de direito do segundo pós-guerra, adquiriu uma nova e profunda complexidade – com a qual não se pode lidar sem uma teoria da decisão arrojada, atualizada com os avanços do pensamento humano em outras áreas e, sobretudo, **profundamente comprometida com a questão da democracia**. Trata-se, como se vê, de um desafio que mal começou.

Ninguém discute, por óbvio, que uma prestação jurisdicional pautada por procedimentos simplificados, súmulas vinculantes, baixa liberdade probatória e foco na celeridade processual se mostra muito conveniente do ponto de vista da política judiciária (até porque servem como sucedâneos baratos para problemas estruturais não enfrentados, como a carência de recursos humanos e materiais dos judiciários estaduais). Também é certo que questões políticas e econômicas podem ser solucionadas com mais facilidade caso o Judiciário tenha a faculdade de decidir de acordo com a conveniência do momento, sem as “amarras” da integridade do ordenamento jurídico. O que deve preocupar a todos, no entanto, são as **consequências** destas “saídas fáceis”.

Pragmatismos, utilitarismos e discricionariedades (bem como o ceticismo generalizado em relação ao direito enquanto saber prático autônomo) podem ser convenientes e práticos, mas só fazem aumentar o histórico déficit democrático pátrio, além de enfraquecer os fundamentos e alicerces da (ainda jovem) democracia brasileira, que certamente não se encontrará em posição de estabilidade e segurança enquanto continuar sendo enxergada, ela própria, como um mero formalismo relativizável, ideal abstrato ou simples argumento de ocasião.

REFERÊNCIAS

- BOLZAN DE MORAIS, José Luis & STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Uma questão de princípio*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. É o direito um sistema de regras? Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. *Revista do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v. 34, n. 92, p. 120-121, São Leopoldo, setembro/dezembro, 2001.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.
- _____. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.
- _____. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos – NEJ/Eletrônica*, v. 15, n. 1, p. 158-173, Itajaí, janeiro/abril, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz & BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Anuário 2008, n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.