

DOCTRINA
Edição Comemorativa
30 ANOS DO STJ

Superior
Tribunal
de Justiça

Brasília
Maio
2019

Função de Julgar
Jurisdição Garantista

Napoleão Nunes Maia Filho
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

**FUNÇÃO DE JULGAR
JURISDIÇÃO GARANTISTA**

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

É comum ouvir-se o juiz proclamar a sua submissão à regra positivada e erguer a sua voz para sonorizar que todos estão sujeitos ao fiel cumprimento das leis e a seguir os precedentes judiciais. O julgador que assim procede elimina, ele próprio, o espaço judicial para ponderações judiciais ou críticas axiológicas consistentes, por entender não se incluir na função de julgar a tarefa de identificar os casos em que se deva excepcionar a aplicação da regra positivada. Essa regra positivada poderá ser uma lei, um artigo regimental, uma disposição regulamentar ou um precedente jurisprudencial, uma decisão repetitiva ou dotada de geral repercussão, uma súmula ou qualquer outra regra positiva. Em caso assim, imagina o juiz que referir a regra positivada é o mesmo que fundamentar a sua decisão.

**1. JURISDIÇÃO E LEI
DIREITOS E REGRAS**

É muito antiga e recorrente, nas discussões jurídicas sobre a função de julgar, a *questão* sobre qual a sua amplitude ou a sua estreiteza, qual a sua

liberdade ou quais as suas contencões. Dito de outra forma, a classificação da jurisdição será mais exata como *atividade criadora de soluções* ou como *atividade de aplicação silenciosa e pacífica das regras positivas, previamente elaboradas*? Esse problema pode, também, ser posto em termos diferentes, como, por exemplo, *qual a relação entre a atividade dos julgadores e o conceito de justiça* ou *quais os limites da busca da verdade, na elaboração das decisões dos casos judiciais*?

Essas questões podem ser de respostas fáceis ou de respostas impossíveis, dependendo do nível da *confiança otimista* ou da *dúvida questionadora* que o jurista julgador tenha, relativamente ao referido *conceito de justiça*. O jurista que confia, cegamente, no conteúdo de justiça das leis positivas tem poucos motivos – ou talvez mesmo nenhum motivo – para desenvolver reflexões sobre a função de julgar. Para os juristas confiantes nas propostas legalistas, o problema da justiça *simplesmente não existe*. Para eles, as soluções das questões jurídicas judicializadas *estão, com certeza, nas regras editadas pelos poderes estatais e, ainda, nas prescrições da jurisprudência*. Então, para quê realizar qualquer trabalho intelectual, já que o esforço de *apenas localizar* esses elementos sistêmicos lhes fornece *inquebrantáveis certezas*?

No entanto, para os juristas que questionam a justiça das leis escritas ou pensam que elas não a expressam, por serem genéricas e abstratas, a reflexão sobre este assunto *tende a ser um tormento intelectual e, às vezes, um dilema de ordem moral*. E o maior complicador dessa inquietação é a parca inclinação à transigência que esses juristas revelam em cada discussão, criando uma *aura de intolerância* em torno das posições que sustentam. E isso é aumentado porque, geralmente ou quase sempre, essas posições são minoritárias e isoladas, ou *vencidas e superadas*, na linguagem forense.

Não é de execução fácil, mas ingente, a tarefa de sustentar posições garantistas, no ambiente judicial conservador, porque as oposições a esses pontos de vista se montam em *argumentos ameaçadores*, apregoando o advento de uma era de incertezas, inseguranças e perigos. Certamente está na gênese do conservadorismo judicial a multissecular tradição compreensiva do *exercício clássico* da jurisdição, como se fosse de sua essência *conservar a ordem positiva vigente na sociedade, tal como expressa*

ou revelada por meio das suas leis escritas e dos seus precedentes exegéticos. Isto é, a jurisdição deveria atuar na execução fiel dos provimentos positivados pelas autoridades estatais e sob a chancela imperativa do seu poder. Essa função identifica-se, plena e diretamente, com o chamado *pragmatismo ordenador*.

O eixo desse pragmatismo ordenador é, por assim dizer, a *imposição cogente* das disposições e dos comandos legais e também dos precedentes judiciais, previamente positivados, *tidos esses elementos, aprioristicamente, como regras justas, boas e respeitáveis*, sem qualquer discussão dos seus conteúdos axiológicos. É isso o que forma ou constitui o *núcleo rígido* do sistema legalista e do correspondente modelo judicial. Nesse sistema, as regras legais e os precedentes valem *pelo simples fato de serem editados pelos poderes do Estado* e, quanto a eles, a única questão que se admite é a de saber-se da sua *validade formal*, derivada somente e apenas do processo de sua elaboração e de sua positivação.

Diz-se que, se as leis escritas forem formalmente válidas, ou seja, editadas pela autoridade competente, sancionadas regularmente e assim também publicadas, *as suas regras devem ser aplicadas tais como estão postas*, sem tirar e nem pôr. Segundo essa concepção, vigora, nesse ponto e sob esse aspecto, o preceito ou a *teoria do tudo ou nada*, ou seja, a regra é válida e deve ser aplicada, ou não é válida e deve ser descartada. Por essa teoria, sendo a lei válida, deve ser executada tal como nela se anuncia o respectivo preceito, ou não vale e, portanto, não deve ser executada. Essa simplicidade tem sido alteada à categoria de *técnica jurídica*, mas a sua compreensão seria mais exata, se fosse chamada de *técnica burocrática*.

Essa teoria se insere no âmago do *sistema neopositivista atual*, que tem a sua nascente contemporânea, *ao que se diz e se alardeia sem ressalvas*, no pensamento do jurista inglês Professor Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), a partir de obra que escreveu em 1961 – *O Conceito de Direito* – a qual lhe deu notoriedade acadêmica e o consagrou como filósofo do Direito. Contudo – *e essa anotação deve ser muito bem assinalada* – quando se atribui ao Professor Hart a *paternidade do neopositivismo contemporâneo*, não se faz, em geral, a devida análise de sua contribuição à teoria geral do Direito. No entanto, deve-se dar maior atenção, sobretudo,

à sua compreensão sobre o *reconhecimento da validade das regras positivas*, sujeita à aprovação no teste da correspondente *norma de reconhecimento*. Na opinião desse jurista, a centralidade da regra se desloca, portanto, para a respectiva *norma de reconhecimento*, o que significa que a regra positiva *não existe por si só e em si mesma*.

Na verdade, a teoria jurídica do Professor Hart *abre-se francamente para a adoção e para a admissão, no sistema de Direito, de elementos não legislados ou não positivados*, quando ele explica, por exemplo, a estrutura e a função da *norma de reconhecimento*, com base na qual se confere o requisito de *validade às regras legais ou positivas*. A função dessa norma de reconhecimento pode situar-se e operar em *dois ambientes distintos*, como o autor explica, valendo-se da comparação entre sistemas jurídicos do tipo *autocrático ou absoluto* e do tipo *limitado ou controlado*. Por conseguinte, há um *problema político* na avaliação da validade das regras positivas.

O Professor Herbert Hart recorre ao exemplo de dois modelos alternativos. No Modelo I (ou modelo simples), ele expõe que a *fonte da validade jurídica da regra* é o soberano (no seu exemplo, o monarca Rex I), que não se acha submetido a qualquer controle externo à sua vontade ou limite exógeno algum. Nesse caso, como diz o Professor Hart, *apenas o que ele decreta constitui direito e não há limites jurídicos a seu poder de legislar, sejam estes impostos por uma norma consuetudinária ou por um documento constitucional; o único critério para identificar o direito será a simples verificação do fato de ter sido declarado por Rex I*. Vale, portanto, o *pedigree* da regra, para se aferir e reconhecer a sua validade. Nesse modelo simples, a questão da validade da regra é uma *questão de autoridade* do seu editor.

No Modelo II (ou modelo complexo), *no qual existem várias fontes do direito, a norma de reconhecimento é, correspondentemente, mais complexa: os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedentes judiciais. Na maior parte dos casos, há mecanismos destinados a solucionar possíveis conflitos, hierarquizando-se esses critérios segundo uma ordem de subordinação e primazia relativas* (O Conceito de Direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.

129). Neste caso, importa, *além da origem da regra*, o exame do seu teor. O monarca, Rex II, não se acha livre e solto para editar as regras que bem quiser e entender, ao seu exclusivo talante. Pelo contrário, a regra por ele editada deverá *harmonizar-se* com referenciais externos a ela, sob a pena de não valer.

É bem possível que esta passagem da obra do Professor Herbert Hart autorize a *apressada conclusão* de que ele militaria em prol da *ideologia positivista simples*. Mas há que lembrar a sua oportuna advertência sobre a confusão entre *subordinação* e *derivação*, no que toca à *ideia de que a totalidade do direito resulta essencialmente, ou de fato (ainda que apenas de modo tácito), da legislação* (p. 130). A noção de *derivação*, como se vê, é mais *aberta* do que a de *subordinação* e, de algum modo, a supera ou a limita e tempera.

O cotejo analítico entre os dois aludidos modelos mostrará que, no Modelo I, a validade da regra positivada *depende tão só e apenas do fato de ser emanada da autoridade do monarca (Rex I)*. No Modelo II, essa mesma validade *vai mais além* da simples verificação dessa origem (*pedigree*) ou dessa procedência, porque comporta questionamentos a respeito do seu conteúdo, subministrado pela cultura jurídica, pelos costumes, pelas disposições constitucionais e pela jurisprudência. Como se vê, no segundo modelo há espaço para o exercício crítico e, portanto, há também passagem sistêmica para a incidência de princípios, valores, ponderações, etc. É nesse ponto – mas não somente nele – que se insere a originalidade do pensamento jurídico do Professor Herbert Hart.

É preciso, ainda, lembrar que, no pórtico desse mesmo livro, em reflexão sobre o inafastável entrecruzamento das *obrigações legais* e das *obrigações morais*, o Professor Herbert Hart ressaltou que *há uma ideia – a de justiça – que parece unir os dois campos: esta é, ao mesmo tempo, uma virtude especialmente apropriada ao Direito e a mais jurídica das virtudes. Pensamos e falamos sobre a justiça de acordo com a lei e também falamos da justiça ou da injustiça das leis. Isso sugere – continua o Professor Hart – que o Direito deve ser compreendido como um ramo da Moral, ou da justiça, e que é a congruência com os princípios da Moral ou da justiça – e não a incorporação de ordens e ameaças – que é o seu elemento essencial* (op. cit., p. 9). Este é

o *ponto esquecido* da obra do Professor Hart, justamente o que lhe dá a máxima singularidade.

Nesse livro de ampla abrangência, o Professor Herbert Hart expõe, com sofisticação, a sua percepção do que denomina *positivismo inclusivista*, que leva em consideração a moral e a ética das condutas humanas, em oposição ao *positivismo simplesmente imperativo*. A distinção conceitual *nada tem de bizantina*, nem é um mero jogo de conceitos ou de palavras, mas se fundamenta na diferença, que para o Professor Hart é fundamental, entre o conceito de *ter a obrigação de* (como coerção moral) e o conceito de *ser obrigado a* (como coerção simples). No primeiro caso, tem-se uma obrigação jurídica de *perspectiva participante* (posição democrática) e, no segundo caso, tem-se o obrigado na posição *de mero destinatário passivo* (posição autoritária). Mais uma vez se denota que a compreensão do Direito não pode ser afastada da menção à Política, como, aliás, já assinalara o Professor Paulo Bonavides.

Foi o jurista americano Professor Ronald Dworkin (1931-2013) quem fez a crítica mais severa, *talvez mesmo exagerada e não totalmente procedente*, ao pensamento hartiano, sobretudo como tática para que se inserissem, na postura neopositivista, certos elementos de natureza principiológica. Veio daí a famosa *teoria do tudo ou nada*, representando a culminância da versão hiperpositivista e autoritária da compreensão do Direito. Na sequência desse pensamento, tanto a jurisdição judicial positivista, como a neopositivista, passa a ser considerada um *afazer eminentemente reprodutor das concepções legisladas e, portanto, evitado de autoritarismo*. Essa compreensão descarta a *contribuição da análise tópica ou contextual do caso em exame*, advinda do pensamento judicial *criador de soluções judiciais* ditadas pelas condições específicas do caso jurídico concretamente controvertido.

Não parece, porém, plenamente aceitável ou correto afirmar que haja uma contraposição *inconciliável* entre o pensamento do Professor Herbert Hart e o pensamento do Professor Ronald Dworkin, quanto aos conteúdos do Direito. No entanto, essa divergência é fomentada, assinalada e ampliada por muitos estudiosos da obra de ambos. Aliás, o Professor Hart teve oportunidade de rebater, uma a uma, as argumentações do

Professor Dworkin, explicando as suas proposições, em *post-scriptum* que não concluiu, porque colhido pela *feia parca*. Esse adendo foi organizado pelo cuidadoso trabalho da jurista Penélope Bulloch e do filósofo Joseph Raz, que fora discípulo do mestre Hart.

No seu livro *Levando os Direitos a Sério*, de 1977, o Professor Dworkin especifica, detalhadamente, a sua percepção do universo jurídico e concentra a sua reflexão nos *problemas da sua hermenêutica e da linguagem jurídica*, de certo modo libertando das estreitezas das regras positivas. Essa libertação abre a porta da interpretação jurídica. Assim, permite-se que nela ingresse a concepção alargadora e ampliativa de sua realidade, *com a essencial incorporação de elementos não legislados, não positivados ou não colhidos diretamente no manancial das regras positivas*. Essa é uma visão renovadora do conceito de Direito e, certamente, remete as reflexões dos juristas a preocupações que eram, antes, apenas ou preferencialmente, dos filósofos.

Essa posição cognitiva, no entanto, se acha, por inteiro, no pensamento do Professor Herbert Hart, devendo ser reconhecido, no entanto, que o Professor Ronald Dworkin deu-lhe detalhamento mais extenso e menos *escolástico*, por assim dizer. Provém, possivelmente, dessa circunstância, de todo acidental, o prestígio que aureola a contribuição dworkiniana, de certo modo eclipsando o brilho daquela que foi elaborada pelo seu antecessor, o Professor Hart. O que se nota, porém, é que a obra do Professor Dworkin é muito mais conhecida e citada do que a do Professor Hart, mas o pensamento do jurista inglês é, seguramente, o seminal da renovação do conceito de Direito.

Na opinião do Professor Dworkin, *o juiz do caso concreto deve produzir a sua solução jurídica do problema jurídico que examina*, a partir da premissa de que *a sua interpretação há de ser, necessariamente, criativa*. Nas palavras desse escritor, *o juiz é um crítico e um autor*, recorrendo, inclusive, à imagem de que o intérprete judicial do Direito *escreve um romance contínuo*. O alvo preferencial do Professor Ronald Dworkin é o combate ao chamado *convencionalismo jurídico*, que faz a verdade jurídica emanar ou originar-se diretamente das *convenções pré-estabelecidas*. E isso isola ou afasta, definitivamente, a criatividade judicial e impede que a justiça

possa ser efetivada ou concretizada, no julgamento de determinado caso, *ocorrendo, apenas, um raciocínio de legalidade, que não absorve os detalhes e as especificidades do caso real.*

A comparação dworkiana ao juiz *escrever um romance*, no desempenho da sua função julgadora, não é uma alusão supérflua ou apenas um recurso de linguagem. Escrever um romance significa *criar, intelectualmente, um texto original, capaz de impressionar, persuadir ou provocar emoções duradouras*. Isso quer dizer que um romance não é (apenas) uma obra de ficção. Romancistas como Machado de Assis (1839-1908), Fiódor Dostoievski (1821-1881) ou John Steinbeck (1902-1968) são escritores que *trabalharam com a mente, captando certos aspectos relevantes da experiência da vida social, por exemplo, produzindo obras que marcaram e marcam gerações*. O que o Professor Ronald Dworkin passa, com a sua alusão ao *romance da decisão judicial*, é a poderosa ideia de que *o juiz é um criador, um ser pensante e um intelectual, e não um repetidor de pensamentos jurídicos anteriores a si mesmo, à maneira de um tecnoburocrata disciplinado, sem dúvida, porém mudo*.

O convencionalismo jurídico-judicial que o Professor Dworkin combate é o da *negação peremptória* dos valores e dos princípios do Direito e, ao mesmo tempo, a *total subordinação da justiça e da atividade judicial à tirania ou ao domínio das leis escritas*. Ninguém desconhece que o legalismo judicial é um método de trabalho jurídico *essencialmente burocrático*, mas, também, *extremamente confortável*. A sombra do legalismo enseja ao julgador acomodar-se e esquivar-se da responsabilidade de julgar pela sua consciência. Também lhe dá o alibi de atribuir ao ignoto legislador, ou seja, ao autor da regra positiva, ter estabelecido, eventualmente, uma *lei injusta ou inadequada*. O sistema legalista torna o juiz um justecnoburocrata, alguém que elabora as soluções dos problemas com base em preceitos, e não na observação da realidade.

É claro que a concepção adversa ao convencionalismo sofre a acusação de ser *hiper-subjetivista* e, portanto, possivelmente geradora de insegurança ou de arbitrariedade. Mas se deve lembrar que a atuação do julgador é vigiada de perto pelas partes integradas no conflito jurídico e até mesmo por pessoas estranhas a ele. Ademais, outros julgadores podem vir a

reexaminar, posteriormente, por meio de recursos processuais apropriados, as decisões dadas pelos que os antecederam. Esse controle não se faz aplicável, evidentemente, à produção legislativa. E quando o juiz atribui aos enunciados das leis a força de solucionar, diretamente, uma questão jurídica concreta, exclui de sua atividade a atuação dos valores e dos princípios do Direito. Quem pode negar que as leis escritas, frequentemente, *geram situações de conflito e não fornecem as soluções adequadas ou compatíveis com a realidade das controvérsias?*

Ninguém há de negar que a realidade das controvérsias somente se forma *depois da edição das leis escritas e que os conflitos jurídicos resultam, na sua maior parte, de dissensos na aplicação dessas mesmas leis e na sua interpretação*. Por isso mesmo, é incogitável que as leis tenham tratado de forma conclusiva as questões que lhes são posteriores, ou de modo a ensejar que as suas dicções possam veicular as soluções diretas das controvérsias jurídicas. A verdade é que os dispositivos legais se dirigem ao seu futuro e contemplam as questões jurídicas, como se fossem passíveis de tratamento genérico e inespecífico. Isto quer dizer que os seus dispositivos (das leis escritas) *nunca descem no nível dos detalhes ou das soluções concretas ou tópicas: somente as decisões judiciais são aptas à realização desse complexo empreendimento*.

O jurista alemão Professor Robert Alexy, em livro de importância decisiva para a elucidação desse relevante assunto, demonstrou que o modelo de sistema jurídico calcado apenas em regras (ou em leis escritas) propõe o insuperável dilema do *sim ou não (ou do tudo ou nada)*, nas soluções judiciais das questões jurídicas. Esse modelo do tudo ou nada não deixa margem à incidência de valores e princípios ou de soluções geradas diretamente ou *in concreto* no ambiente judicial. Despreza-se, desse modo, *o enriquecedor contacto do juiz com os fatos da questão controvertida*. No modelo de sim ou não, o julgador fica fora da solução do problema jurídico e lhe cabe (ao julgador), apenas, *aplicar a regra positivada*. É por isso que se diz que, nesse modelo de jurisdição, *o juiz é, tão só, um burocrata competente*.

Essa redução da cognição e da conduta judicial à leitura dos textos das leis escritas leva, inevitavelmente, a jurisdição a comportamentos que

tendem ao conservadorismo intelectual – *que o Professor Dworkin chamou de convencionalismo* – e ao *mesmismo* decisório. E, *quando a evidência dos fatos ou a exigência da justiça impõe solução orientada em sentido diametralmente oposto*, a redução do Direito à regra não vacila em menoscar a verdade. E também veicula um sentido autoritário da decisão judicial e põe a figura do juiz num *pedestal bem alto*, distante e indiferente ao que se passa ao seu redor. Mas a verdade é como o sol, que às vezes se esconde entre as nuvens, *mas nunca desaparece*.

Porém, o convencionalismo jurídico ou o conservadorismo intelectual jamais ocultarão a verdade dos fatos e das coisas, que sempre fustigarão a consciência dos que cometem injustiças. E os que as cometem *não são apenas os que as promovem, mas também os que, podendo evitá-las, preferem a omissão e o conforto do abrigo das leis escritas*. Os fatos sobre os quais as regras positivas incidem podem estar ensombrados em exposições deficientes ou ralas, mas a sua compreensão depende, essencialmente, do espírito aberto de quem as lê, *com o ânimo de captar a verdade de sua manifestação*. As maneiras de comunicar uma ideia ou um pensamento são várias, mas o seu conteúdo é captável pela inteligência da pessoa destinatária. O que importa, deste modo, é que os *fatos da causa* sejam perceptíveis.

Aliás, o contacto do juiz com os fatos da questão é a *única fonte autêntica da decisão judicial justa e adequada*. Por isso, as decisões judiciais que não examinam os fatos controversos e os deixam ao relento de consideração estratégica, tendem, sempre, ao abstracionismo indiferente aos problemas existenciais da vida humana social. Trata-os como alheios aos *meandrele concretului*, que condicionam o comportamento das pessoas. O modelo de regras, ao supor que as leis albergam as soluções judiciais adequadas aos problemas jurídicos, imagina que as realidades da vida são materiais premoldáveis, passíveis de modelagem em rígidas formas de ferro.

Contudo, na crítica do Professor Robert Alexy, o que as decisões judiciais devem cumprir, segundo o modelo de regras, não é mais do que reproduzir e efetivar as disposições das leis positivas, afastando ou eliminando, portanto, a ideia de *ponderação judicial*. Como explicita esse autor, ainda em crítica a esse modelo, *se uma regra vale e é aplicável, então*

é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela prevê, não mais e não menos; as regras contém, nesse sentido, fixações no espaço do fático e juridicamente possível e sua aplicação é um assunto de tudo ou nada (Direito, Razão e Discurso. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Lael, 2010, p. 164).

Assinala o mesmo doutrinador, em outra obra, que *tanto as regras como os princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser; ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas* (Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87).

A consequência da aplicação dessa teoria, ou o efeito da sua aplicação no exercício da jurisdição, nos termos de sua síntese, é reduzir *drasticamente* o universo do Direito, fazendo-o confinado nos estritos limites das disposições positivadas (postura autoritária). Desse modo, gera-se um impedimento a que a atividade julgadora possa criar, a partir da análise da complexidade do caso concreto controvertido, *algum tipo de solução original ou talvez mesmo inédita* (postura democrática). Nessa visão das coisas, a função judicial fica submetida a uma espécie de *mutismo intelectual*, ao *silêncio institucional* ou à *impossibilidade de inovação jurídica*, diante da pressão formidável que o peso e o vulto das regras escritas exercem sobre a mente dos julgadores.

No entanto, todos os julgadores têm perfeita consciência das coisas, quando cometem uma injustiça processual ou *se dizem, alegadamente, impelidos pelo sistema jurídico a praticá-la*. E isso se revela numa frequência que mostra as disparidades de entendimentos judiciais sobre conflitos relevantes, como são os relativos à liberdade das pessoas, à proteção do seu patrimônio moral ou material e ao resguardo de suas ocupações e trabalho honesto; à preservação do meio ambiente equilibrado e sustentável; à boa-fé frente e aos abusos nos contratos públicos ou privados, às exorbitâncias nas relações de consumo e, numa observação mais ampla e abrangente, à tutela de interesses gerais, como, por exemplo, *a igualdade de acesso* à saúde, à segurança, à educação, ao transporte e à moradia com dignidade.

Se o julgador ficar alheio a esses macroproblemas, certamente não contribuirá para a efetivação da justiça igualitária, embora talvez possa se escudar nas dicções das leis escritas para apaziguar o espírito diante da censura íntima que sofrerá, por não ter evitado, quando poderia fazê-lo, a ocorrência concreta de uma injustiça. Numa relação jurídica desequilibrada, como são as que ocorrem na vida real, as leis não servem para nivelar as pessoas litigantes, porque elas (as leis) são elaboradas para reger situações abstratas, nas quais os indivíduos são *magicamente iguais*.

Teorizando sobre a decisão judicial e percutindo o tema da *igualdade de todos perante o processo*, o Professor Ricardo Luis Lorenzetti, que também é magistrado da Suprema Corte da Argentina, diz que *os juízes são os guardiães das instituições e dos direitos individuais e que a sua atuação não deve estar direcionada a substituir a vontade das maiorias ou das minorias, mas sim a resguardar o procedimento para que ambas se expressem* (Teoria da Decisão Judicial. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2009, p. 322). Ao proclamar que *os juízes são guardiães dos direitos individuais*, o Professor Lorenzetti acolhe no seu magistério a fecunda ideia do *processo judicial igualitário*, embora não o faça de modo expresse. Na verdade, não se poderia conceber que o direito individual (e também humano e fundamental) à igualdade *pudesse ser estranho às preocupações dos guardiães*.

Assegurar-se a igualdade de todos *perante o processo judicial* é tarefa ingente e árdua, porque se precisa, para promovê-la, romper com os poderosos dogmas do formalismo legal, superar as profundas diferenças entre os litigantes e recorrer aos princípios e aos valores do Direito. Vale dizer, recorrer à ideia de *garantismo judicial, para garantir a efetividade da isonomia*.

O referido jurista argentino critica a postura decisória das autoridades centralizadas, nelas incluindo as judiciais, e postula, com sobradas razões, que *a concepção descendente e ascendente do Direito* favorece a implantação de sistemas totalitários e cita o pavoroso caso do nazismo, para ilustrar a sua assertiva. Para o Professor Lorenzetti, *o juiz deve ser um identificador de consensos*, ensinando, ainda, que *a razoabilidade como critério de correção da justiça política para as sociedades multiculturais implica*

em que o objetivo é a paz social, e não a imposição de determinado critério sobre a vida. E termina a sua lição apontando que, na medida em que se busca a homogeneidade sobre a diversidade, haverá mais tensões, contrariando a finalidade de pacificação social (op. cit., p. 327).

Outro jurista argentino, o Professor Genaro Ruben Carrió (1922-1997), aliás, amplamente citado na obra do Professor Lorenzetti, desenvolveu importantes reflexões a respeito da teoria dos princípios jurídicos, especialmente no processo judicial de sua aplicação, mostrando que o seu descarte leva a um impasse praticamente insolúvel. Segundo a sua análise desse problema, *se ocorrem os fatos que a regra contempla, podem acontecer duas coisas: (i) ela será uma norma válida do sistema e, então, determina totalmente o resultado, ou (ii) não o será e, então, nada tem que ver com a decisão do caso* (Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico, Buenos Aires: Abeledo, 1970, p. 47). Esse é o cenário do *tudo ou nada*, que deixa de dar espaço, na decisão judicial, à atuação dos princípios e dos valores do Direito.

O grande temor que os juspositivistas presentem na largueza conceitual ou compreensiva do Direito, está em que *suspeitam* que os julgadores possam se afoitar e ceder às tentações autoritárias e às benevolências indefinidas, ou propor inovações a seu bel-prazer, sem freios e sem contenções. Mas esse temor é mais imaginário do que real, porque os juízes trazem no seu subconsciente a noção de que devem atender ao bem comum e às suas exigências naturais. Ora, se atender ao bem comum é às naturais exigências da sociedade é a função primordial dos julgamentos, então, se para tanto for necessário afastar uma determinação legal, *não haverá porque o juiz hesitar em assim proceder*. Dizer o contrário será o mesmo que afirmar que a função judicial serve a outros propósitos ou tem outros objetivos.

A ideia de *manietar a atuação dos julgadores*, por meio de sua adstrição servil às disposições legais, como é próprio do sistema juslegalista, é objeto de crítica das mais diversas procedências, mas não tem dado mostras de que se exaure. Pelo contrário, os juízes cada vez mais recorrem aos enunciados das leis escritas como *escudos ou excusas* para as suas decisões positivistas e legalistas, até mesmo quando afrontam o seu senso de justiça

ou agridem diretamente o seu próprio *sentimento de equidade*. Quem decide as questões e as controvérsias jurídicas pelo sentimento sempre encontrará respostas convincentes para todos os desafios, mas quem se orienta pelos critérios externos à própria sensibilidade veicula soluções injustas e mesmo abomináveis.

O que a experiência mostra é que, *quando se recusa ou não se aceita*, na solução judicial de uma controvérsia jurídica concreta, a atuação da força normativa dos valores e dos princípios jurídicos, acolhe-se a teoria do *tudo ou nada*, pertinente ao autoritário *modelo de regras*. Com essa atitude, abre-se o caminho para a *conclusão inevitável* de que, nos limites dessa concepção, que adota a compreensão positivista ou legalista do Direito, *a única forma de aplicar as leis é seguindo o clássico e tradicional método da subsunção*. Esse método mereceu aberta repulsa do Professor Luís Recaséns Siches (1903-1977) que, em livro publicado em 1956, chamou de *concepção mecânica da função judicial*, que alcançou, no entanto, culminâncias incríveis. No domínio dessa concepção, segundo observa o doutrinador mexicano, *la idea de la omnisciencia y de la omnicomprensión de la ley escrita, así como la concepción mecánica de la función judicial, alcanzan um grado de frenética apoteosis* (Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. México: Porrúa, 1980, p. 193).

E o Professor Recaséns Siches, estimando, com visível otimismo, que tal pensamento jurídico estaria com os seus dias contados, aponta que *aquella concepción de la jurisprudencia como un mecanismo automático, como un proceso de lógica deductiva, ha sido bombardeada com objeciones disparadas desde diversos ângulos y por escuelas muy varias. Tanto, que puede decirse que de aquella doctrina tradicional no queda uma sola pieza em pie. Ha sido ciertamente reducida a escombros. Se podría decir que para que la doctrina llegue a quedar no sólo por entero abandonada, sino incluso olvidada, hace falta tan sólo barrer los escombros de su ruína* (op. cit., p. 211).

A profecia do Professor Recasens Siches, porém, não se concretizou e esse método que pressupõe a aplicação judicial pura e simples do pensamento jurídico *pré-fabricado* e posto nos paradigmas legais ou nos precedentes judiciais, seguiu em frente, sempre com novos argumentos agregados. Fica o julgador, nesse caso, interdito de refletir sobre a questão

jurídica concreta e os seus efeitos sociais, ou se lhe impõe aceitar que a solução da demanda está dada *pelo anônimo e ubíquo legislador*. E este seria tão previdente e premonitório, que teria elaborado uma lei *contemporânea de seu próprio futuro e antecipadora da solução de porvindouras controvérsias em torno do seu significado*. Mas é claro que isso é ilusório e sonhático.

2. TRADIÇÃO SUBSUNTIVA VALORES E GARANTISMO

O chamado método subsuntivo, de anciã tradição na cultura jurídica, consiste, precisamente, em enquadrar o caso controverso concreto na moldura da regra escrita prévia e, em seguida, enunciar *sim* (se a regra disser sim) ou *não* (se a regra disser não). Exclui-se, *a priori*, a incidência de solução alternativa ou ponderada, criada pelo juiz, a partir do exame contextual e objetivo da própria controvérsia. Nesse caso, não há ensejo para outras cogitações, muito menos avaliações axiológicas sobre justiça ou injustiça do método, da regra escrita *ou da própria decisão judicial que a reproduz*. Nessa concepção da função de julgar, o juiz *deve apenas ler a regra escrita e seguir as palavras nela postas pelo autor da sua redação, o indefectível legislador*.

É comum ouvir-se o juiz proclamar a sua submissão à regra positivada e erguer a sua voz para sonorizar que *todos estão sujeitos ao fiel cumprimento das leis e a seguir os precedentes judiciais*. O julgador que assim procede elimina, ele próprio, o espaço judicial para ponderações judiciais ou críticas axiológicas consistentes, por entender não se incluir na função de julgar a tarefa de identificar os casos em que se deva excepcionar a aplicação da regra positivada. Essa regra positivada poderá ser uma lei, um artigo regimental, uma disposição regulamentar ou um precedente da jurisprudência dos tribunais, uma decisão repetitiva, dotada de geral repercussão, uma súmula ou qualquer outra regra positiva. Em caso assim, imagina o juiz, algumas vezes candidamente, que *referir a regra positivada é o mesmo que fundamentar a sua decisão*.

Essa postura é *acintosamente formalista*, agressiva ao senso comum de justiça e frustra as confiantes (e ingênuas) expectativas que os destinatários da jurisdição nutrem a respeito das decisões dos julgadores.

E o mais intrigante nisso é que os próprios juízes positivistas dão as costas às recomendações legais em sentido oposto ao subsuntivismo. Escolhem se aferrar à concepção que, olímpicamente, ignora o art. 489, § 1º. do Código Fux, por exemplo, *isso para não invocar os valores e os princípios do garantismo judicial, dada a carga de adversidade que antecipadamente os reprime.*

Mas não se pode negar que é *intelectualmente sedutor*, sobretudo porque esquemático e simples, o pensamento binário, estruturado apenas em duas alternativas (sim ou não, tudo ou nada, inferno ou paraíso, nós ou eles, etc.). Esse pensamento tem um remoto sabor maniqueísta, também propondo o sempre terrível dilema moral entre a ordem ou o caos, a segurança ou a incerteza, a civilização ou a barbárie, Deus ou o diabo.

Foi nesse ambiente que se forjou o *tradicionalismo jurídico e judicial*, apontando o dedo acusador ao que denominou de *direito livre*. Nesse contexto, a expressão *livre* significava *desligado do estatismo*, mas capaz de ameaçar a *barreira da legalidade* e franquear ingresso à desordem e à anarquia, como reportou o Professor Norberto Bobbio (1909-2004), nos idos de 1950 (Teoria do Ordenamento Jurídico. Tradução de Ari Marcelo Sólón. São Paulo: Edipro, 2011, p. 126). A barreira da legalidade era vista como *proteção individual* contra as prepotências dos poderes do Estado, sob a invocação da *igualdade de todos perante a lei*, embora a lei não fosse igual perante todos.

A sedução da argumentação positivista e neopositivista é de uma força admirável e duradoura. São poucos os juristas que se dão conta de que esse pensamento binário (sim ou não, tudo ou nada) *elimina definitivamente a ponderação judicial* e, portanto, suprime dos julgamentos judiciais as chances de equidade e de justiça. O que resta ao labor judicante, no cenário de *tudo ou nada*, é tão só o exercício da aplicação metódica e rasa, disciplinada e burocrática das soluções jurídicas *que têm de judiciais apenas e somente as autoridades que as implementam*. O que resta ao julgador que profere decisões legalistas, excluídas de tais soluções as considerações ou contribuições compreensivas que a sua própria percepção pessoal poderia, proveitosamente, tornar disponíveis e efetivas?

No velho mecanismo do *sim ou não* é, praticamente, nula a chance de decisões jurídicas e judiciais *calcadas em princípios ou em valores*,

*em critérios de proporcionalidade ou até mesmo de justiça do caso concreto. O dever do julgador seria, segundo o preceito lógico que resume esse modelo, apenas o de aplicar as leis, e não criticá-las, não se lhe reconhecendo o poder de ponderação. O mecanismo do *sim ou não*, aliás de ampla e intensa utilização na elaboração de decisões judiciais positivistas e legalistas, é o mesmo mecanismo do *tudo ou nada*, sempre excludente da racionalidade e da justiça ou seja, excludente do que a função de julgar tem de específico.*

Ampliando a teoria exposta pelo Professor Robert Alexy, o jurista e magistrado argentino Professor Genaro Ruben Carrió (1922-1997), que foi presidente da Suprema Corte de Justicia de la Nación (1983-1985), assinalou, em livro de 1970, que *la admisión de la existencia de principios como rodajes indispensables de todo orden jurídico importa el colapso del positivismo y de su modelo de reglas. Solo si admitimos que os principios integran el Derecho y desempeñan en él un papel central, podremos hacer justicia a la complejidad de aquél y representarnos adecuadamente la tarea de los jueces, quienes están siempre guiados por los principios jurídicos y unicamente ejercen discreción em um sentido muy trivial de esta palabra.*

Sublinhou o Professor Carrió, com lúcida percepção jurídica que merece destaque, que *el positivismo, com su modelo de reglas, nos proporciona una imagen empobrecida del orden jurídico y una visión distorsionada de la labor judicial. Ello ocurre porque se asoma a los fenómenos desde una perspectiva artificialmente estrecha* (Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, p. 50). Este tema do *modelo de regras* viria a ocupar lugar especial nas preocupações dos juristas da atualidade, frequentando as discussões sobre os conteúdos jurídicos das decisões judiciais e também municiando os debates sobre a própria estrutura do Direito, *geralmente formulando poderosas críticas abertas à estreiteza da visão legalista.*

As restrições e as oposições ou reservas ao *modelo de regras*, que impunha, nas soluções judiciais dos problemas jurídicos, a aplicação pura e simples da *teoria do tudo ou nada*, cresceram constantemente, sobretudo a partir dos anos 50 do século passado e se pode dizer que essas restrições se ampliam em marcha acelerada. Na referida obra do Professor Luís Recaséns Siches, ele já apontava que *são de vários tipos as falhas da lógica tradicional*

aplicada à interpretação jurídica. Apontava esse escritor essas deficiências, para demonstrar que a compreensão material do Direito não dispensa e, pelo contrário, veementemente requer o emprego do *logos humano*, rejeitador do uso, no domínio da interpretação jurídica, da denominada *lógica matemática*, que teve largo uso nos domínios da hemenêutica.

Para ele, propositos da poderosa *lógica do razoável*, na identificação dos conteúdos do Direito, *las fallas de la lógica tradicional empleada para la interpretación jurídica son de varios tipos. Uno de los tipos de fracaso de la lógica tradicional ao servicio de la interpretación jurídica, y a la vez uno de los estragos teóricos y prácticos que ella produce, consiste en que, como se ha mostrado anteriormente, la manía o fetichismo de lo general impide ponderar los elementos relevantes de cada caso concreto, e impide también, por lo tanto, crear la norma individualizada que sea la pertinente y la debida para dicho caso concreto.*

E anotava o Professor Recaséns Siches que *otro de los tipos de fracaso y de desaguado a que lleva la aplicación de la lógica tradicional al tratamiento de los contenidos jurídicos consiste en que la lógica de tipo matemático es, según ya expuse antes, la condición y el instrumento para el conocimiento de ideas y de los fenómenos de la naturaleza. Por lo tanto, la lógica tradicional no contiene puntos de vista axiológicos, ni contiene tampoco las armazones adecuadas para la conexión en que se da la experiencia vital e histórica* (op. cit., p. 163).

Em obra editada pela primeira vez em 1957, o jurista argentino Professor Santiago Sentis Melendo (1900-1979), já advertia que *cuando el juez aplica el derecho que corresponde ao caso controvertido, porque lo conoce, haya sido alegado o no por las partes, cuando el juez investiga el hecho alegado, pero quizá no bien probado, contribuye a una mejor justicia.* (El Juez y el Derecho. Buenos Aires: Espósito, 1957, p. 11). Com estas palavras, o autor expressava que, assim agindo, *el juez contribuye a que nunca, o raras veces, la ley impida hacer justicia.* O Professor Santis Melendo não aceitava que o juiz pudesse se *escudar na lei escrita* para emitir uma decisão injusta ou mesmo inadequada à realidade ou à verdade do caso concreto posto em julgamento.

O jurista gaúcho Professor Juarez Freitas, em aula voltada à prevalência dos *princípios de Direito* sobre as normas positivas, evidencia a

urgência de buscar *paradigmas transnormativos*, para se vencer a exiguidade das dicções das regras positivas, quando contrapostas aos ditames da justiça. Aponta esse doutrinador que *o problema da injustiça das leis torna-se, não raro, central, mormente quando é imenso o contraste entre os valores do ordenamento jurídico positivo e o sentimento de justiça preponderante na sociedade, a qual é — ou deveria ser — epistemologicamente, a fonte jurídica por excelência. Em semelhante contexto, o jurista tem de dar oportuna resposta no campo específico da hermenêutica e da aplicação do Direito, diante do falacioso conflito armado entre a sua condição de servidor do jurídico e de seguidor da moral.*

Na lição do Professor Juarez Freitas, a resposta judicial, em casos dessa espécie, *há de ser, necessariamente, de conteúdo ético, por mais que queiram impregnar a moralidade de uma equivocidade semântica ou por mais que desejem justificar a injustiça menor para evitar a maior. Não há, em essência, injustiça que se justifique, nem há injustiça maior ou menor, pois a intensidade da mesma é sempre e em todos os casos subjetiva e variável. Por outra parte, não se podem aceitar os sofismas e as falácias que, durante séculos, fizeram da lei, ou da ideia de lei, um instrumento exterior ao homem, alheio ao seu íntimo consentimento. O correto é sustentar que a lei, quando rechaçada pela maioria da população, sobretudo pelos espíritos mais desinteressados, é a tal ponto despótica que falecem seus atributos de lei ou se os infirmam parcialmente, por não conseguir ser uma imagem física da lei social. Na linha de Santo Tomás, afirmamos que uma lei tirânica, como não é conforme à razão, não é lei, absolutamente falando, senão certa perversão da lei, ou seja, irracionalidade e opressão* (A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta. Petrópolis: Vozes, 1989, p. 13).

Pode-se, claramente, observar que, se os julgamentos judiciais afastarem as preocupações com os valores da justiça e da equidade, *em benefício dos juízos legalistas ou imediatistas, de fácil e rápida elaboração, além de fortemente sedutores*, é muito pouco o que resta à jurisdição. Talvez tão só e apenas a *técnica calcada na teoria meramente administrativa* de solucionar casos e dissídios do ponto de vista das leis escritas. E esse ponto de vista coincide com o do poder, que recalca as realidades da vida social mediante o emprego das *categorias conceituais e abstratas das leis*. Apreender

os princípios reitores do ordenamento jurídico e, portanto, das soluções judiciais das controvérsias jurídicas concretas, por meio da sua invocação, é mais *produto da intuição do julgador e do seu sentimento de justiça do que mesmo do conhecimento científico esmerado e academicamente laureado*. Julgar é, sobretudo, sentir ou, como diz o poeta português Manuel Gonçalo Tavares, *são importantes as teorias, mas convém não esquecer os sentimentos* (Uma Viagem à Índia. São Paulo: Leya, 2010, p. 287).

A jurisdição formalista, ao ver do constitucionalista mineiro Professor Raul Machado Horta (1923-2005), leva a magistratura a tolerar o alastramento da *desestima constitucional*. Na sua observação, *é de verificação corriqueira a afirmação de que o sentimento constitucional, exprimindo a adesão popular à Constituição, não é generalizado, nem constante*. E frisa que o sentimento constitucional, *para assegurar a permanência da Constituição, não se resolve exclusivamente no mundo das normas jurídicas (...), mas decorre também da adesão à Constituição, que se espraia na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional*, assim se conjurando os colapsos paralisadores do acatamento ao texto fundamental (Direito Constitucional. Belo Horizonte: DelRey, 1999, p. 99).

Sob essa visão, dar-se efetividade aos comandos constitucionais é, na mesma medida, promover a *eficácia da Constituição* e assegurar a proteção das pessoas e dos seus direitos, mediante a aplicação judicial das suas várias garantias, inclusive a interpretação judicial das suas liberdades. Mas essa tarefa, como aponta o jurista platino Professor Augustín Gordillo, nem sempre é cumprida com pertinácia, por parte dos tratadistas do Direito Público e dos órgãos da jurisdição. Diz este estudioso que, *neste aspecto pode encontrar-se amiúde — em livros, decisões, acórdãos — variados reflexos de uma certa insensibilidade humana e uma certa insensibilidade em relação à justiça*.

Para o Professor Gordillo, *quando quem analisa a controvérsia concreta entre o indivíduo e o Estado se deixa levar pela comodidade da solução negativa para o primeiro; quando na dúvida condena, resolvendo contra o particular ou administrado; quando na dificuldade de problema jurídico se abstém de abordá-lo e o resolve favoravelmente ao poder público, certo de que essa simples circunstância lhe dará alguma cor de legalidade; quando cria,*

propaga e desenvolve supostas teorias que, sem fundamento nem análise, dão estes e aqueles poderes ao Estado; quando desconfia, evita e nega os argumentos que em certo caso parecem reconhecer um âmbito de liberdade; quando, como os débeis, se inclina para o sol dos poderosos — no caso o Estado — então, está sendo destruída uma das mais belas e essenciais tarefas do Direito Público: a proteção da liberdade humana (Princípios Gerais de Direito Público. Tradução de Marco Aurélio Greco e Reilda Meira. São Paulo: RT, 1977, p. 50).

No entanto, essa proposição ainda não foi acolhida em toda a sua extensão, de modo que o sistema jurídico-judicial ainda se acha preso nas algemas da subsunção e da preocupação ordenadora, ignorando o *riquíssimo mundo dos princípios em dos valores jurídicos e a sua força normativa*. Há, porém, razões para se esperar que aquelas algemas serão quebradas e o pensamento jurídico em favor dos princípios e valores, na solução de controvérsias jurídicas conduzirá, no futuro da jurisdição, a uma *revolução francesa* na dinâmica das atividades dos julgadores.

Se fosse necessário resumir numa única frase ou num só pensamento a ideia do *pragmatismo judicial ordenador*, que preside e domina o cenário da jurisdição legalista se diria que ele *representa o oposto da jurisdição garantidora*. A tentativa de reduzir a atividade judicial à aplicação de regras prévias é o apogeu do *mecanicismo judicial*, que tem caracterizado a atuação dos julgadores e imposto uma forma de *disciplina férrea* quanto às possibilidades da inovação e da renovação do Direito, *pela via da jurisdição*.

3. QUESTÕES DIFÍCEIS DECISÕES ORIGINAIS

O legalismo pode ser estudado de diferentes pontos de vista, mas o que se mostra mais desafiador é, talvez, aquele do qual o pesquisador ou o analista contempla a questão das decisões judiciais a serem aplicadas na solução de casos *inéditos ou complexos, os chamados casos difíceis*. São assim considerados, em princípio, aqueles para os quais o julgador não encontra, no arsenal das regras escritas, um dispositivo legal ou um precedente judicial que possa incidir, diretamente, na elaboração da sua solução, *seja essa solução a mais justa ou somente a mais legalista*.

Esta é uma *questão* que, na sua formulação *tradicional*, diz respeito, sobretudo, à *liberdade de julgar*, nas situações em que ocorre o *vácuo legal* ou a *lacuna normativa*. Mas essas ocorrências *não esgotam o surgimento dos casos difíceis, complexos ou sensíveis*, porquanto outros fenômenos, além das famosas lacunas ou dos tais vácuos, podem surgir, como efetivamente surgem, no dia a dia dos julgamentos judiciais. As legislações têm dado tratamento diferenciado a essa questão – *na verdade, uma questão bastante antiga* – segundo reconheçam maior ou menor amplitude ao exercício da jurisdição, pelos julgadores.

No entanto, o pesquisador que sair à cata de conceituação para a expressão *casos difíceis*, aplicada à pré-identificação doutrinária de questões judiciais complexas, irá se surpreender com a parca reflexão dos autores a seu respeito. Contudo, constatará, na doutrina e nas leis, a aguda divergência relativa aos *modos de solucioná-los*, na via judicial. Apesar de ser uma *questão antiga*, os casos difíceis continuam a interessar os grandes juristas da atualidade, inclusive os que são celebrados como autores dedicados aos estudos jusfilosóficos e mesmo políticos. Podem ser referidos, nessa classe, o jurista inglês Professor Herbert Hart e o jurista americano Professor Ronald Dworkin, frisando-se que ambos os autores focaram a sua atenção no que se relaciona com a posição ou a atitude do juiz, quando se defronta *casos difíceis*.

Na verdade, os dois escritores explanam o pensamento relativo à compreensão de como – ou em qual medida – podem (ou devem) atuar os julgadores, quando da elaboração da decisão que lhes cabe proferir, para solucionar um *caso complicado ou difícil*, do ponto de vista jurídico, por ser inédito, por exemplo, para o qual não há lei apontando uma resposta imediata e nem precedente jurisprudencial fornecendo pistas seguras. Esses casos difíceis são intensamente frequentes na rotina dos julgadores, mas permanecem na sombra e no silêncio, porque são tratados, em geral, segundo a clássica metodologia da solução legalista das questões, ignorando, de certo modo, a sua complexidade, *pelo recurso à sempre disponível razão legalista*.

Conforme sustenta o Professor Herbert Hart, os casos difíceis devem ser solucionados pelo julgador, seguindo o livre critério da

discricionariiedade judicial razoável e fundamentada, não havendo, portanto, para os tais casos difíceis, uma única solução possível ou aceitável. Constatada esse autor que *haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer o seu poder de criar o direito. Mas não deve fazê-lo arbitrariamente: isto é, deve ser sempre capaz de justificar a sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com as suas próprias convicções e valores* (O Conceito de Direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 351).

O Professor Eros Grau discorda frontalmente do Professor Hart, pois, a seu ver, a elaboração de soluções jurídicas *não abrange a criação do direito*, porquanto, segundo leciona, *a abertura dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça a serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará sempre, permanentemente por eles atado, retido* (O Novo Velho Tema da Interpretação do Direito. Ontem, os Códigos! Hoje, as Constituições! São Paulo: Malheiros, 2016, p. 28).

Também argumentando em sentido contrário ao Professor Herbert Hart, expõe o Professor Ronald Dworkin que a proposta hartiana implica, além do mais, em *retroatividade da regra jurídica que vai reger o conflito concreto*, já que, no domínio da discricionariiedade judicial, seria realmente impossível sequer estimar qual a solução a ser dada. Na opinião desse escritor, os juízes devem elaborar as suas decisões tendo em conta a realidade da hipótese concreta em apreciação, *mas não podem inovar a ordem legal*, criando uma norma nova, *que se destine a regular fatos pretéritos*. Para ele, os casos complexos podem ser solucionados por meio da incidência ponderada dos *princípios jurídicos*, que se encontram dentro do sistema legal, convivendo, em harmonia, com as suas regras (Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 309).

A posição do Professor Hart é inovadora e revolucionária, atribuindo ao juiz a oportunidade de atuar criativamente, em condições que permitem a produção de *decisões judiciais timbradas de originalidade*, isso

quando o julgador tem de decidir um *caso difícil*. Já o Professor Dworkin se mostra afeito à visão *mais tradicional* da atuação judicial, apesar de abri-la ao ingresso da *normatividade dos princípios*, o que é, sem dúvida, uma mudança significativa. Este é, igualmente, o ponto de vista do Professor Eros Grau.

Porém, antes de se pensar na *adequada solução judicial dos casos difíceis*, o que importa, na verdade, em adotar (i) a teoria da atividade judicial ou da jurisdição *mais aberta*, conforme a proposta do Professor Herbert Hart, ou (ii) a sua compreensão *mais restritiva*, segundo a metodologia sugerida pelo Professor Ronald Dworkin. Será da maior conveniência e utilidade fixar algumas *premissas* que possam efetivamente ajudar a identificar os *casos difíceis*. Esses são, invariavelmente, desuniformes e assumem distintas configurações, embora todos possam ser classificados sob o mesmo rótulo geral. Desse modo, *os casos difíceis não são somente aqueles para os quais não haja regra jurídica (legal ou jurisprudencial) disponível aplicável à sua solução, ou para os quais haja mais de uma regra jurídica aplicável, seja essa regra legal ou jurisprudencial*, embora estes casos sejam, sem dúvida alguma, passíveis de ser incluídos na categoria de *difíceis*.

Repetindo esses conceitos, pode-se categorizar como *difíceis* os casos judiciais que cabem em alguma das seguintes situações:

(i) os casos em que *não há* uma regra diretamente aplicável à sua solução, seja essa regra legal (regra legislada ou positiva, ou regra de feitio doutrinário ou jurisprudencial); pode-se denominar essa hipótese de *anomia* ou de ausência de regra;

(ii) os casos em que há *mais de uma regra* aplicável à sua solução ou disponível para esse efeito, ocorrendo o chamado *conflito positivo de regras jurídicas*, em face de veicular cada uma delas conteúdo distinto das demais;

(iii) os casos em que a regra existente, legal ou jurisprudencial, se aplicada como soam as suas palavras, produzirá um resultado claramente indesejável, por ser *injusto* ou *inadequado*, por exemplo, ou por ser, evidentemente, avesso ao sentimento de equidade ou de legitimidade aceito pela maioria da comunidade ou pelo aplicador; e, finalmente;

(iv) os casos em que, *havendo no sistema jurídico uma regra legal ou jurisprudencial aplicável à sua solução*, haverá, no entanto, mais de uma leitura possível ou legítima do *contexto factual* em que deverá incidir.

Os casos da classe (iv) ocorrem com *intensa frequência*, mas os julgadores tendam a minimizar esse episódio ou minimizar a importância dos fatos. Os julgadores de formação juspositivista preferem, na maioria dos eventos dessa espécie, ignorar as diferentes leituras factuais. Acostam-se à compreensão que contorna a dificuldade ou passa à sua margem, mesmo sabendo que essa atitude produz resultados que se distanciam da realidade ou *são adversos às exigências da justiça e da equidade*, como denuncia o Professor José Castán Tobeñas (La Formulación Judicial del Derecho. Madrid: Reus, 1954, p. 146).

Nesses casos, em que há diversidade de leitura do contexto factual, isto é, havendo mais de uma leitura legítima e razoável dos fatos relevantes da questão, deverá preponderar a *justiça do caso concreto*. Deve-se adotar a solução que o caso comporta ou admite, *ainda que em divergência com a orientação predominante*, mas sem a pretensão de ser a solução assim adotada reproduzida em casos futuros, havidos por similares àquele. A situação fática de uma questão deve preponderar sobre as suas visões normativas e *cada caso, nesse sentido, tem a sua própria estrutura e a sua sempre irrepetível singularidade*.

Isso leva à ponderação de que, nas ciências humanas, como o Direito, a adoção do método dedutivo é simplesmente desastrosa e carreadora de consequências *infinitamente lastimáveis*. Esse método é destrutivo das possibilidades de justiça do caso concreto e igualmente implantador dos *formalismos positivistas* que apenas se prestam para encobrir as enormes misérias em que vivem as multidões de pessoas excluídas dos benefícios do desenvolvimento social.

O dedutivismo juspositivista veicula a incidência rigorosa de dicções postas em regras prévias, *o que produz a ilusão de que o seu aplicador procede com exemplar isenção de ânimo, com neutralidade ou com a austeridade de um varão de Plutarco*. E também inculca, sorateiramente, a ideia de que *os contrários à postura legalista se orientam por diretrizes blandiciosas ou mesmo conspurcadas*. A fachada das leis escritas e do seu exato cumprimento

serve para esconder muitos comportamentos e muitas condutas tortuosas. Só a interpretação criativa das leis escritas pode conduzir a *resultados justos*, devidamente fundamentados, sob a responsabilidade do julgador.

As leis escritas e a sua aplicação fiel fornecem poderosos álibis às mais cruéis injustiças, inclusive as injustiças de matriz judicial. A aplicação cega e surda das disposições das leis escritas leva a que os juízes sejam vistos e estimados como os agentes efetivos, talvez inocentes ou ingênuos, talvez conscientes ou voluntários, dessas mesmas enormes injustiças. No entanto, a ortodoxia legalista e normativista aderiu de tal sorte ao pensamento jurídico, que os seus cultores nem sequer desconfiam do papel apenas repetitivo que desempenham e nem da função política conservadora que efetivamente exercem.

Isso foi percebido pelo jurista gaúcho Professor Eros Grau, ao assinalar que no normativismo legalista *não apenas se consagra o radicalismo mais exacerbado do positivismo, mas também se apresta o cientista do Direito para ser colocado a serviço do arbítrio e da opressão, visto que todo e qualquer conteúdo pode ser Direito, ainda que arbitrário e opressivo* (Direito/Conceito e Normas Jurídicas. São Paulo: RT, 1988, p. 31), o que ele rejeita com vigorosa veemência.

Sobre este tema, escreveu o jurista e filósofo paulista Professor Dalmo de Abreu Dallari que, *para os adeptos dessa linha de pensamento o Direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico que tem sido praticado em vários países europeus e em toda a América Latina. Desse modo a procura do justo foi eliminada e o que sobrou foi um apanhado de normas técnico-formais, que sob a aparência de rigor científico, reduzem o Direito a uma superficialidade mesquinha.*

Essa concepção do direito – diz o Professor Dallari – é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do Direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes (O Poder dos Juízes. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 85).

E diz que *aí está a primeira grande reforma que se faz necessária, pois, de fato, a adesão ao positivismo jurídico significa a eliminação da Ética, como pressuposto do Direito ou integrante dele. E a partir daí a assunção da condição de juiz, a ascensão na carreira judiciária, a indiferença perante as injustiças sociais, a acomodação no relacionamento com os poderosos de qualquer espécie, o gozo de privilégios, a busca de prestígio social através do aparato, a participação no jogo político-partidário mascarada de respeitável neutralidade, tudo isso fica livre de barreiras éticas e de responsabilidade social. É por esse caminho que os tribunais de justiça se reduzem a tribunais de legalidade e a magistratura perde a grandeza que lhe seria inerente se os juízes realmente dedicassem sua vida a promover justiça* (op. cit., p. 86).

Um exemplo ilustrará a assertiva da inadequação do juspositivismo judicial para resolver os casos difíceis. Há uma regra legal previdenciária que atribui a percepção da pensão por morte apenas aos *filhos, enteados ou adotados pelo segurado falecido*. Esta é a premissa maior da questão judicial em que uma criança, mantida por um segurado, não se enquadra, porém, em nenhuma daquelas categorias racionais. Neste caso, a premissa menor é a afirmação de que essa criança *não é filho, nem enteado e nem adotado pelo segurado*. Pelo método dedutivo, a conclusão só poderia ser uma: *logo, essa criança não tem direito àquela pensão*. Qualquer comentário a essa conclusão apontará, em primeiro lugar, que se trata de uma rematada *injustiça*. Alguns dirão apenas isso, mas os legalistas pontuarão que a sua elaboração é exata. E estarão certos, do ponto de vista formal ou da lógica puramente dedutivista ou subsuntivista.

Isso se explica porque a apreensão legalista do problema, posto neste exemplo, simplesmente deixa de levar em conta o essencial de sua compreensão, que é o *sentido imoral* da regra legal excludente do benefício à criança. Ou o descarte de sua finalidade, que é *suprir a manutenção da criança*, na falta de quem o fazia. Ou, ainda, o menosprezo do seu fundamento, que é *a justiça*. Só descobre isso o jurista que absorve a constatação *empírica, natural ou fática* de que a criança postulante era dependente do segurado e que a pensão pedida *substitui a manutenção que recebia do seu protetor*. Como tal raciocínio não está na regra positiva, o juiz legalista apenas não o aplica. Para esse julgador *ser juiz* é, tão só,

aplicar a lei e aplicá-la rigorosamente. Esse passará ao largo dessa questão e não lhe trará qualquer incômodo moral a situação de abandono da criança, *porque a sua conclusão está apoiada na regra legal escrita.*

Quantos julgadores se *recusariam* a subscrever a decisão adversa a esse entendimento e a rejeitar o seu injusto conteúdo denegatório? Quantos julgadores acolheriam a argumentação criativa de que essa criança se acha na condição de *filho afetivo*, para reconhecer-lhe o subsequente direito pensionário? Este é um caso em que a *solução justa* deverá se basear em elementos coletados *fora das regras legais e, na verdade, contra uma regra legal expressa.* Este é um *caso difícil*, ao qual a legalidade *dá a resposta errada e a criação judicial, apoiada na justiça, dá a resposta moralmente correta.*

A propósito de deduções e dedutivismo, disse o filósofo alemão Hans Albert que *de um conjunto de enunciados só se pode tirar, através do processo dedutivo, a informação que já está contida nele. Um tal procedimento serve para espremer uma série de enunciados, e não para produzir novas informações. Isto significa, entre outras coisas, que enunciados de conteúdo não podem ser deduzidos de enunciados analíticos. Mas, ao contrário, de enunciados de conteúdo podem ser deduzidos enunciados analíticos, pois eles são dedutíveis de quaisquer enunciados* (Tratado da Razão Crítica. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, p. 25).

O próprio método dedutivo, apesar de sua elaboração intelectual formalmente sofisticada, apresenta furos inevitáveis, quais os que se manifestam, por exemplo, quando a primeira premissa (maior) é condicional (ou mesmo falaciosa), que conduz, necessariamente, a uma conclusão *igualmente falaciosa.* A aplicação do dedutivismo à solução de casos judiciais complexos ou difíceis produz autênticos *desastres jurisdicionais*, por eliminar a possibilidade de realização da justiça. O dedutivismo não leva em conta, porém, esse aspecto, porque a *questão da justiça* não pertence às preocupações primárias dos juspositivistas. Para esses juristas, *a justiça é a justiça da lei.* E essa concepção envolve a convicção de que a solução das questões *já se acha elaborada e pronta.* O juiz deve, apenas e só, localizá-la no ordenamento.

4. GARANTISMO JUDICIAL PRIMEIROS FUNDAMENTOS

O pensamento judicial garantista *nasceu, há muito tempo, nos arraiais do Direito Sancionador* e de lá se espalhou por todas as searas jurídicas. Mas, na experiência da contemporaneidade, o garantismo é, ainda, um recém-nascido. E o garantismo não cabe na angústia de uma fórmula ou nos limites de um conceito, coisas que são tão do agrado das elaborações legalistas. Como ideia expansiva, o garantismo judicial é mais do que as garantias legais e processuais das pessoas submetidas à temível jurisdição estatal sancionadora, embora aí tenha a sua nascente. A primeira exigência do pensamento garantista é a permanente disposição intelectual dos juristas para acolher, nas suas reflexões jurídicas, *o universo inesgotável dos valores e dos princípios do Direito e a complexidade dos inumeráveis fatos da vida humana*. Sem essa disposição, torna-se impossível a apreensão da ideia garantista.

Essa disposição não se esgota, obviamente, no enaltecimento dos meios de defesa contra imputações vácuas, postos como *obras de arte* no âmago do sistema jurídico. Pelo contrário, o garantismo se alarga e se aprofunda, constantemente, graças, sobretudo, às *criações tópicas* dos juristas advogados, que ampliam, com as suas defesas judiciais, a eficácia dos meios de controle e de limitação do poder estatal punitivo. As barreiras mais altas contra a sua expansão erguem-nas os seguidores do legalismo, que têm à mão argumentos afiados e precisos para impedir os seus avanços. E têm, ainda, além da poderosa doutrina jurídica, o peso da tradição legalista e o abono estatal.

Os conteúdos das garantias jurídicas, na perspectiva da *ideologia do garantismo*, não são definíveis *a priori*, em termos abstratos, mas somente e apenas no *contexto objetivo e na análise de cada caso concreto submetido a julgamento judicial*. O garantismo sempre atua na fase judicial da compreensão dos direitos das pessoas e do Direito como referência de justiça, como o *antídoto judicial* contra o *inquisitorialismo* e contra a *epidemia do punitivismo*. Esses dois fenômenos se identificam com a aceitação da narrativa da acusação como elemento bastante à *configuração do ilícito imputado à pessoa* e vê, de logo, no acionado a presença de um *inimigo*

social, mesmo antes de concluído o respectivo processo condenatório. Outro efeito desses mesmos fenômenos é o acolhimento da palavra dos delatores como *verdades suficientes*, enquanto os reptos são considerados falsos ou não merecedores de crédito. Os delatores são elevados, sem mais nem menos, ao posto de *salvadores* e os delatados são jogados, do mesmo modo, no abjeto rol dos *traidores*.

Outro ponto de discórdia é a criação de paradigmas jurídicos formais obrigatórios ou impositivos para orientar, disciplinar ou, em síntese, conter, *dentro de certas premissas puramente lógicas*, o exercício e o rumo da atividade judicial. Esses paradigmas espriam-se em direções horizontais e verticais complementares, que tendem a converter-se em *rotinas judiciais absolutas*, postas a salvo de alterações ou exceções, mesmo tópicas e restritas. Dentre tais paradigmas jurídicos formalistas, avulta, como um dos mais relevante, *a ideia de lei*, abstratamente considerada. A lei, em abstrato, é a entidade máxima do panteão legalista, a sua *deusa-mater*, a suprema criadora de todas as coisas.

A ideia de lei em abstrato e o seu culto – que levam à tirania da lei escrita – cumprem a função essencial de obstar que os julgadores, *cedendo a eventuais impulsos morais ou de justiça*, ou de qualquer outra natureza, se afastem, ao proferirem as suas decisões, dos padrões prévios, estabelecidos como de observância obrigatória. Este é o *princípio da legalidade*, geralmente visto na estreiteza das leis escritas, distanciado do universo dos valores jurídicos e dos próprios fatos da vida social. A ideia de princípio da legalidade é auto-suficiente e a sua menção tem a força de encerrar quaisquer controvérsias e também pôr termo a dúvidas.

A vertente dos paradigmas jurídicos diz respeito à decantada vinculação dos julgamentos judiciais aos preceitos das leis escritas, *impedindo que os julgadores criem soluções tópicas ou específicas para as questões jurídicas concretas*. É aqui que cabe a judiciosa observação do Professor Luís Recaséns Siches, aliás diariamente confirmada nos julgamentos da justiça judicial, de que *la manía o fetichismo de lo general impide ponderar los elementos relevantes de cada caso concreto, e impide también, por lo tanto, crear la norma individualizada que sea la pertinente y la debida para dicho caso concreto*.

Contudo, a aplicação, na solução dos casos controversos concretos, de uma regra dotada de generalidade (a lei escrita), com a subestimação dos *elementos factuais relevantes e dos valores e princípios envolvidos*, não produz, na mente dos julgadores legalistas, a inquietação que sugere. As possibilidades da argumentação jurídica parecem abrir infinitos caminhos à solução de casos jurídicos, com cada questão comportando variáveis soluções, de acordo com os seus elementos factuais. Essa variedade de soluções é um dado promissor, na busca da solução *mais justa*, por isso, quando o julgador adota, *ex ante*, a solução que a lei lhe indicou, *deixa todas as outras excluídas*, como se fossem irrelevantes ou erradas.

Isso não quer dizer que a solução legal seja, sempre, inadequada, injusta ou inconveniente, mas apenas que a sua *escolha antecipada* descarta o proveito do cotejo com outras escolhas também legítimas, igualmente possíveis e acatáveis. Quando o julgador recusa a *escolha apriorística da solução legalista*, a sua decisão se beneficiará de ter sido comparada com alternativas, *aumentando o índice de sua justiça*. E as soluções alternativas, por sua vez, abrem a oportunidade de inclusão de dados reais, eventualmente ausentes da elaboração da regra legal ou de soluções concorrentes.

A argumentação tópica (ou o discurso tópico) percorre, por sua vez, *caminhos* diferentes, que conduzem o seu prolator, porém, ao melhor resultado. Esses *caminhos*, cuja formulação remonta ao filósofo grego Aristóteles (384-322 a.C.), começam na *imaginação das coisas possíveis* (domínio da Poética), prosseguem na *demonstração das coisas verossímeis* (domínio da Retórica), passam pela *explicitação das coisas prováveis* (domínio da Dialética) e, depois, chegam à *revelação das coisas certas* (domínio da Analítica). Não se trata, porém, de *passos sucessivos ou evolutivos*, mas sim de *etapas – que podem ser sequenciais ou não – do próprio processo mental ou intelectual da argumentação em desenvolvimento*.

E isso se passa assim porque, como diz o jurista alemão Professor Theodor Viehweg (1907-1988), em livro publicado em 1953, as soluções dos casos jurídicos conflituosos *dependem da argumentação*, entendida como o confronto de opiniões voltadas para o equacionamento de *certo e determinado problema concreto*. Diz o Professor Viehweg que *o tecido jurídico total que efetivamente encontramos não é um sistema no sentido*

lógico. É antes uma indefinida pluralidade de sistemas, cujo alcance é muito diverso – às vezes não passa de escassas deduções – e cuja relação recíproca não é tampouco estritamente comprovável. Pois isso só ocorreria no caso de a pluralidade de sistemas ser reduzida a um sistema unitário. Não obstante, como esta pluralidade de sistemas, que não é totalmente apreendida com a vista, torna possível a produção de contradições, é necessário um instrumento que as elimine, que se oferece aqui por meio da interpretação. Sua tarefa, nesse aspecto, tem de consistir em criar uma concordância que seja até certo ponto aceitável (Tópica e Jurisprudência. Tradução do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora UnB, 1979, p. 80).

Na consideração do Professor Viehweg, *a tópica se infiltra no sistema jurídico através da mencionada interpretação, exigida pelo estado efetivo do direito. O pensamento interpretativo tem de mover-se dentro do estilo da tópica* (p. 81). Isso significa, portanto, que o processo interpretativo e, por consequência, a tópica, *faz parte do sistema jurídico*, não se podendo admiti-lo isolado de sua interpretação. Daí se dizer, hiperbolicamente, que *o sistema jurídico é a sua interpretação ou com ela se confunde*. E como o ordenamento jurídico – na voz do autor – *está submetido constantemente a modificações temporais, o papel da interpretação e, por isto, da tópica, torna-se ainda mais penetrante como provocador da coincidentia oppositorum* (op. cit., p. 81).

Desse modo, a aludida *vinculação dos julgamentos judiciais aos preceitos das leis escritas* provoca, de um lado, o mutismo do julgador quanto aos aspectos morais e axiológicos das suas decisões e, de outro lado, põe em movimento a consciência jurídica da comunidade no sentido de *rejeitar* as soluções veiculadas naquelas decisões, por distantes dos seus sentimentos. Instaura-se, dessa maneira, a *crise da desatualização do direito escrito*, que conduz a jurisdição ao protagonismo judicial crescente e ao abono da *militância judicante solitária*, quer no sentido da exaltação das leis positivas, tais como redigidas e postas, quer no sentido da *resistência contra o vendaval que elas desencadeiam*. Mas em ambos os casos, criam-se situações que provocam tensões.

A outra vertente dessa história se refere à proibição de controle judicial do chamado *mérito* de determinadas decisões administrativas,

como as que veiculam conteúdo sancionador, por exemplo, impostas a servidores públicos. Essa interdição se efetiva, quando o procedimento de aplicação da sanção esteja dentro dos formalismos legais, *mas a reprimenda imposta se mostre estranha aos preceitos da razoabilidade jurídica ou da justiça do caso concreto*. Contudo, a exclusão da sindicabilidade judicial do mérito administrativo de certos atos oficiais também isola o julgador numa casamata de papel ou o oculta por trás de um biombo de palha ou o confina num círculo de giz.

Essa proibição gera a *silenciosa concordância judicial* com o alastramento do legalismo e da injustiça material. E produz outro resultado de notável efeito político, qual seja, o de impermeabilizar os tais atos administrativos, pondo-os à sombra da sua *legitimidade pressuposta*, criada pela doutrina jurídica como meio de os imunizar à crítica judicial que lhes poderia invalidar os fundamentos por *razões axiológicas* ou extra-formalistas. O sistema legalista termina, portanto, por favorecer e estimular a *tiranía das leis escritas*, ensejando que as estruturas e as funções jurídicas estatais possam assimilar e desenvolver práticas imorais, autoritárias ou despóticas.

No contraponto dessas constatações, é preciso assinalar e denunciar que os julgamentos que se efetivam por meio das instâncias administrativas *são eivados da própria visão executiva e operacional dos seus agentes e executores*. Desse modo é mínimo, ou mesmo nenhum, o *quociente de justiça* que se pode encontrar nesses pronunciamentos. A admissão de julgamentos administrativos é sobrevivência exótica de prática do *direito primitivo*, quando as funções executiva e judicial ainda se achavam confundidas ou cumuladas no mesmo órgão. De qualquer modo, com ou sem esta raiz histórica, os julgamentos administrativos *afastam ou excluem a força integrativa dos princípios jurídicos*. Elas atribuem eficácia incontrolável aos ditames propostos pelas leis escritas, o que, aliás, é próprio, típico e natural do agir administrativo ou executivo.

O jurista americano Professor Roscoe Pound (1870-1964) produziu página notável sobre este tema. Intrigado com a baixa presença de controles jurídicos efetivos dos arbítrios dos julgamentos administrativos do seu tempo, escreveu (em 1951) que *a diferença fundamental entre o julgamento administrativo e o da justiça judicial reside na falta de controles*

*contra a ação arbitrária, tendenciosa ou extrajurídica – se não ilegal, no sentido de falta de acordo com os direitos dos indivíduos – num caso, em comparação com os controles numerosos e eficazes no outro (Justiça Conforme a Lei. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1965, p. 85). A sua preocupação concentrava-se, ao expedir esta crítica, em fazer prevalecer, nos julgamentos, os vetores da *justiça judiciária*, para isolá-la daquela que chamava de *justiça administrativa* (op. cit., p. 67).*

Antes dessa observação, o Professor Pound analisara a função do *princípio jurídico* na elaboração das decisões judiciais, expressando convicção na sua superior utilidade, anotando que *o princípio é um ponto de partida autorizado para o raciocínio jurídico. Os princípios – diz ele – representam trabalho de juristas, organizando a experiência judicial pela diferenciação dos casos, formulando um motivo como base para a diferença e comparando a experiência longamente desenvolvida de decisões em algum campo, reportando alguns casos a um ponto de partida geral semelhante, ou descobrindo um ponto de partida mais compreensivo para o campo inteiro* (op. cit., p. 60).

Em outra obra, e ainda em dissertação sobre os princípios, o mesmo jurista pontuava que, nos tempos do processo judicial que podem ser chamados de etapa pré-principiológica, *supunha-se que a função do juiz consistia, simplesmente, em interpretar uma determinada norma de autoridade e de origem completamente extrajudicial, por um processo de dedução de seu conteúdo logicamente implícito, aplicando depois, mecanicamente, a norma assim dada e interpretada. Essa suposição tem a sua origem na fase de lei estrita, numa tentativa de evitar, de um lado, a excessiva pormenorização e, do outro, o sentenciosismo prolixo, que são características do Direito primitivo* (Introdução à Filosofia do Direito. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965, p. 55).

Qualquer jurista que devotar a mínima atenção a essas observações do Professor Roscoe Pound verá que, segundo o seu magistério, a decisão judicial deverá expressar uma *manifestação de justiça*, cuja determinação se encontra somente pelo trabalho reflexivo dos juristas julgadores, o que leva à conclusão que os julgamentos rasos ou lineares, superficiais ou rápidos, de forte conotação imediatista ou consequencialista, não captam o fundamento justo (ou de justiça) da questão jurídica examinada.

O jurista dinamarquês Professor Alf Ross (1899-1979) destaca o problema da compreensão do Direito, máxime quando a sua interpretação se dá nas instâncias judiciais, apimentando a discussão entre as posturas positivistas e as que lhes são opostas – que ele chama de *livres*. E consigna que *as teorias positivistas ocultam a atividade político-jurídica do juiz, comparando-a à do jogador de xadrez, motivado não só pelas normas do xadrez, como também pelo propósito do jogo e pelo conhecimento de sua teoria*. O Professor Ross enuncia que *a lógica imanente que as teorias positivistas frisam é uma ilusão*, para concluir que *a razão jurídica imanente ou a própria regra de Direito não pode ser separada do propósito prático que se situa fora dela, nem as consequências formais podem ser separadas de um ajuste valorativo das regras, em relação com valores pressupostos* (Direito e Justiça. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007, p. 186).

O Professor Alf Ross rende-se, assim, à evidência de que as decisões inspiradas na equidade se contrapõem às leis escritas e estima que, quando houver reiteradas decisões por equidade, poderá ocorrer a mudança da norma escrita e, se não houver essa mudança, forma-se a *doutrina judicial* sobre aquele ponto jurídico decidido por equidade. E desse modo, como ele ensina, retorna-se à racionalidade formal. Na sua opinião, *o desacordo entre o direito formalizado e as exigências de equidade se torna mais aparente quando ocorre um desenvolvimento social sem que a legislação proceda a um ajuste das normas às novas condições. Sente-se, então, uma particular necessidade de decisões contrárias ao direito formal*.

E o doutrinador conclui que, *a princípio, tais decisões terão o caráter de equidade, precisamente porque não acatam as regras dadas, surgindo, sim, de uma apreciação intuitiva da situação concreta. Porém, no decorrer do tempo, lograr-se-á novamente a racionalidade formal. Através da prática dos Tribunais, surgirá uma nova doutrina e as decisões posteriores se fundarão nela, perdendo seu caráter de equidade* (p. 328). No magistério do Professor Ross, os conteúdos jurídicos, mesmo os das regras legisladas *têm os seus momentos de pura irracionalidade lógica ou de descontinuidade hermenêutica*, o que significa, concretamente, a oportunidade para a atuação criativa da *doutrina judicial do Direito*.

Essa oportunidade é, porém, muito mais do que apenas uma oportunidade fortuita, porquanto revela o *dever* de exercício judicial que conduza as normas escritas à sua verdadeira função e real destino. E a função e o real destino das normas escritas se resumem em prover – *numa situação de inadequação ou num confronto entre a lei e a justiça* – a solução jurídica e justa *exigida pela equidade*.

Quando os julgadores captam diretamente nas disposições das leis escritas os elementos definidores de suas decisões jurídicas, adotando-as como fontes suficientes ou aptas, por si mesmas, a fornecer a solução dos casos controversos que examinam, perfilham aquelas suas dicções genéricas e abstratas (das leis escritas) como se fossem *realidades ou ideias prontas para o consumo intelectual imediato*. Com essa atitude, deixam-se impressionar, e tão vivamente, por elas e com tanta sinceridade mental, que produzem decisões que apenas repetem, *com constante fidelidade*, os exatos conteúdos daquelas regras. E apregoam que assim *fazem justiça*.

Nesses casos, pode-se dizer que a solução judicial da questão jurídica se comporá de elementos *estranhos à justiça* ou à elaboração das instâncias judiciais. Desse modo, a formulação sentencial converte-se apenas e meramente em meio instrumental ou veiculante da *vontade do indefectível legislador*, como se fosse uma correia de transmissão mecânica. No limite do procedimentalismo juslegalista, os julgadores seriam até mesmo *dispensáveis*, porque os agentes administrativos poderiam implementar essas soluções de forma burocrática e eficiente, como acontece, por exemplo, com os chamados *julgamentos administrativos*, a que aludiu, para criticar e condenar, o Professor Roscoe Pound.

Contudo, apesar disso, acreditam sinceramente muitos desses julgadores positivistas que, assim agindo, *promovem a justiça*, por meio de julgamentos judiciais a que atribuem o valor de contribuições inéditas ao programa da pacificação dos conflitos sociais. Por outro lado, muitas soluções judiciais, porque assim adotadas, mostram-se tão distantes dos fatos que dão suporte às respectivas questões e demandas, que chegam até mesmo a parecer bem elaboradas peças de ficção. Falta a essas decisões a presença atuante do princípio da justiça, com a sua força transformadora.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERT, Hans. *Tratado da Razão Crítica*. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.
- ALEXY, Robert. *Direito, Razão e Discurso*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Lael, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Sólón. São Paulo: Edipro, 2011.
- CARRIÓ, Genaro Ruben. *Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GORDILLO, Augustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Tradução de Marco Aurélio Greco e Reilda Meira. São Paulo: RT, 1977.
- GRAU, Eros. *Direito/Conceito e Normas Jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da Decisão Judicial*. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2009.
- MACHADO HORTA, Raul. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: DelRey, 1999.
- POUND, Roscoe. *Introdução à Filosofia do Direito*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.
- POUND, Roscoe. *Justiça Conforme a Lei*. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1965.
- RECÁSENS-SICHES, Luís. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1980.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

SENTIS MELENDO, Santiago. *El Juez y el Derecho*. Buenos Aires: Espósito, 1957.

TOBEÑAS, José Castán. *La Formulación Judicial del Derecho*. Madrid: Reus, 1954.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora UnB, 1979.