

A CRIAÇÃO JUDICIAL DE NORMAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE CONCRETA DA ATUAÇÃO JUDICIAL

MARCELO FORLI FORTUNA

UniFAJ – Centro Universitário Jaguariúna

Resumo: O presente artigo tem por finalidade analisar concretamente a importância do Judiciário na criação do Direito em um Estado Constitucional. Para tanto, além do enfoque teórico não deixaremos de lado uma análise concreta do que efetivamente ocorre no sistema jurídico brasileiro. Defenderemos que a criação de normas pelo judiciário é inerente ao Estado de Direito, enfrentando concretamente esses desafios.

Palavras-chave: normas de estado; direito; atuação judicial.

Abstract: The purpose of this article is to analyze concretely the importance of the Judiciary in the creation of Law in a Constitutional State. Therefore, in addition to the theoretical approach we will not leave aside a concrete analysis of what actually takes place in the Brazilian legal system. We will argue that the creation of norms by the judiciary is inherent to the rule of law, facing concretely these challenges.

Keywords: state standards; law; judicial action.

INTRODUÇÃO

O Brasil é um Estado Constitucional e Democrático de Direito como proclamado em nossa Constituição Federal. Segundo ainda nossa Constituição, todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Ademais, são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Aprendemos ao longo de nossos estudos que a Constituição é a norma suprema de um determinado sistema jurídico. É da Constituição que devem emanar todas as demais normas, que devem ser material e formalmente compatíveis com a norma suprema.

Dentro do sistema constitucional, temos inúmeras normas disciplinando questões organizacionais, estabelecendo limitação dos poderes, aclamando

direitos fundamentais, estabelecendo programas e aquelas que visam a manutenção da própria estabilidade constitucional.

Estudamos a Constituição não mais como uma simples carta de intenção, mas sim como verdadeira norma jurídica, dotada de eficácia e efetividade. Não há que se falar em promessas não cumpridas, pois a constituição não é um simples discurso simbólico. Devemos postular direitos concretizados.

Além disso, a Constituição não ignorou as mudanças culturais. Podemos dizer que até mesmo antecipou-se ao que estava por vir. Pluralismo Político, direitos difusos, dignidade da pessoa humana, solidariedade são exemplo de normas postas em 1988 que hoje assumiram esplendorosa importância não só no desenvolvimento do direito, mas também da própria vida em sociedade.

O Multiculturalismo, entendido como uma pluralidade cultural com características e costumes próprios, a luta pelo reconhecimento, a substituição da tradição pela inovação, novas tecnologias, a sociedade de consumo, a preservação do meio ambiente, tudo isso acabou por gerar verdadeira revolução na sociedade na qual vivemos e essa revolução, gostemos ou não, acabou por refletir no direito.

A Constituição, preocupada com sua concretização e não só com sua estética, dotou o cidadão de vários “remédios” que visam garantir não só direitos individuais como habeas corpus e mandado de segurança, por exemplo, mas também direitos difusos como a ação popular, o mandado de segurança coletivo e a Ação Civil Pública. Ainda nesse enfoque, nossa Constituição criou e instrumentalizou instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública que passaram a ter um papel imprescindível na manutenção do prestígio das normas constitucionais.

Essa “revolução constitucional” refletiu em vários campos ou searas do direito. Dificilmente encontraremos um civilista que não conhece a Constituição, pois a compreensão do direito privado deve ter como ponto de partida a Constituição. Não se atua de forma adequada no direito penal se não se

conhece os direitos e garantias fundamentais. A base do direito Administrativo está no artigo 37 da Constituição Federal. Poderíamos citar vários outros exemplos, mas nos limitamos a esses para não ficarmos cansativos, pois não se trata propriamente do objeto do trabalho.

Tudo isso não é novidade, a doutrina praticamente de forma unânime, aponta tais alterações, existem dezenas e centenas de obras que tratam sobre essas mudanças no constitucionalismo contemporâneo. A questão já vem sendo aventada até mesmo em concursos públicos.

Mas a questão que queremos tratar no presente artigo é como enfrentarmos essa mudança no dia-a-dia e não somente no plano doutrinário.

Para cumprir com êxito a nossa empreitada, deveremos demonstrar que a concretização de direitos por parte exclusivamente do Legislativo não é eficaz em uma sociedade pluralista. Destacaremos a importância do Judiciário na criação do direito e o motivo pelo qual esse Poder não só pode como deve possuir discricionariedade. Trataremos tal discricionariedade como elemento necessário em um Estado Democrático e não como um elemento repugnante. Mostraremos como uma linguagem contrária, que acredita na ausência de discricionariedade e sustenta a existência de uma resposta correta, pode não só enfeitiçar, mas trazer sérios problemas a uma democracia constitucional como a brasileira.

O nosso ponto de partida é o Estado de Direito e o dogma da plenitude da legislação.

O ESTADO DE DIREITO

Em lição primorosa com a qual concordamos, Lon Fuller explica que “um sistema legal só pode realizar o Estado de Direito se suas promulgações forem gerais, públicas, previdentes, claras, logicamente coerentes, praticamente possíveis, relativamente constantes e aplicadas com previsibilidade”.¹ Todas essas exigências se ligam à importância de três valores fundamentais: Liberdade, Igualdade e segurança. Ao lado desses três valores

¹ FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New Haven: CT, Yale University Press, 1969.

acrescentaríamos dois, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a democracia.

Essa primeira reflexão tem a finalidade de impor um ponto de partida, ou seja, uma premissa de nossa análise: O Estado de Direito é preservado por regras formais que visam a manutenção de valores fundamentais. Em outras palavras, o Estado de Direito não se coaduna somente com regras formais, pois essas visam a preservação dos valores que sustentam a ordem jurídica.

O núcleo do Estado Democrático de Direito passa a ser a democracia conjugada com a preservação dos direitos humanos. Assim, são preservados os direitos individuais, há uma promoção dos direitos sociais, uma difusão dos direitos metaindividuais, protegendo-se as minorias, garantindo-se o pluralismo e desenvolvendo programas visando atingir os objetivos do Estado Constitucional. Em simples palavras, os valores de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, que devem ser preservados pelas regras formais, são: a liberdade, a igualdade, a segurança, a dignidade e a democracia. Esses valores, inclusive são transformados em enunciados normativos na própria Constituição Federal.

Dito isso, já podemos realizar uma primeira conclusão. O Estado de Direito não se confunde com o Estado Legal, baseado na legislação pura. Trata-se de um Estado Constitucional que para sua manutenção exige a preservação dos valores acima elencados, e não simplesmente de leis que regem a vida em sociedade.

Dessa primeira conclusão uma questão vem à tona: se o Estado de Direito se relaciona com valores, que muitas vezes se tornam enunciados normativos seria a lei, fruto do exercício do Poder Legislativo, apta, por si só, para preservar a liberdade, a igualdade, a segurança a dignidade e a democracia? Se a resposta for positiva, falhamos em nosso artigo. Por outro lado, se conseguirmos mostrar que não, e que para isso o papel do Juiz no caso concreto é fundamental, atingiremos nosso objetivo.

A questão não é tão simples quanto aparenta ser. Isso porque dependendo do caminho que seguirmos, deveremos enfrentar

necessariamente o dilema se o juiz é um mero aplicador da lei ou um verdadeiro produtor de normas, se interpreta uma norma existente ou se a norma é o produto de sua interpretação.

A PLENITUDE DA LEGISLAÇÃO

É bom seguir regras? Em um primeiro momento poderíamos dizer que sim. As regras nos trazem uma segurança sobre o que podemos fazer, quais as consequências sobre os nossos atos, facilitam a vida em sociedade², garantem direitos subjetivos de forma evidente, preservam direitos de participação cidadã. Tudo isso, está relacionado aos ideais do Estado de Direito (dignidade, liberdade, igualdade, segurança e democracia).

Mas e se não existir uma regra a respeito de determinada circunstância? E se quando aplicada a um caso concreto, formando a norma decisão, essa norma se mostrar contrária aos valores?

É melhor exemplificarmos.

Em primeiro lugar, o problema da ausência de lei ou enunciado normativo que possa ser usado para a solução de um determinado caso concreto, formando-se a norma decisão.

Imaginemos uma academia. Nessa academia há um vestiário masculino e outro feminino. Um dos frequentadores da academia é transgênero. Vamos chama-lo de M. M. começa a utilizar o vestiário feminino, o que causa certo alvoroço nas mulheres que ali frequentam com seus filhos. Essas mulheres fazem um abaixo-assinado para que o dono da academia não permita mais que M. frequente o vestiário feminino. Colocam como condição de permanência de todas na academia a proibição de tal frequência. Vamos chamar o dono da academia de J. J. conversa com M. e propõe a construção de um terceiro banheiro, proposta essa não aceita por M. J. se encontra no seguinte dilema: ou não permite que M. frequente o banheiro feminino ou simplesmente perde todas as demais clientes que assinaram o abaixo-

² Imaginemos se não existissem regras de trânsito, por exemplo, estabelecendo o “pare” em cada esquina, a preferência, a faixa de pedestre entre outras questões.

assinado. J. decide não renovar a matrícula de M. M., por sua vez, ingressa em juízo visando a condenação da academia na obrigação de fazer de aceita-la, impondo de forma coercitiva a utilização do vestiário feminino. Pleiteou tutela antecipada e requereu ainda a condenação em danos morais.

Pois bem, geralmente esse tipo de pedido vem conclusos às 18:45 de uma sexta feira. Como juiz o que fazer? Sem dúvida não encontraremos de forma expressa em um enunciado normativo a resposta para a presente questão. Podemos encontrar padrões que nos auxiliem na formação de uma compreensão do evento, mas a resposta pré-construída não existe. Exatamente, por isso, concordamos com o eminente jurista e ex-membro da Suprema Corte dos Estados Unidos Benjamin N. Cardoso, que em lição primorosa, esclarece que “não há dúvida de que o sistema ideal, se pudesse ser alcançado, seria um código ao mesmo tempo tão flexível e minucioso a ponto de fornecer antecipadamente a norma justa e adequada a toda situação imaginável. A vida, porém, é complexa demais para colocar a conquista desse ideal ao alcance das capacidades humanas”³

Por outro lado, a lei muitas vezes aparenta ser adequada aos ideais do Estado de Direito, porém, quando aplicada se mostra desproporcional.

Para fugirmos dos exemplos triviais, interessante questão foi aventada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1946-DF, julgada em 2003, na qual o Supremo tribunal Federal constitucionalidade da incidência do limite dos benefícios previdenciários de R\$ 1.200,00, estabelecido pela Emenda Constitucional nº 20, sobre o salário-maternidade. A consequência da aplicação do referido teto sobre o salário maternidade seria a transferência, para o empregador da gestante, da responsabilidade pelo pagamento da diferença entre o seu salário e o referido limite durante o período da licença maternidade. No bojo da ementa do julgamento ficou expressamente consignado que:

³ CARDOSO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Ed. Martins Fontes, 2004 p. 106

(...)E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. ***Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal.*** Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. ⁴(grifo nosso)

Esses dois exemplos são importantíssimos para continuarmos o desenvolvimento de nossa tese: o legislador, por si só, não é capaz de garantir os valores do Estado de Direito, seja pelo fato de que a lei não consegue regular todas as relações sociais, ou ainda porque ela embora em seu estado de latência aparente ser compatível com a constituição, quando da construção da norma se mostra contrária aos ideais Constitucionais.

Mas isso não significa dizer que estamos simplesmente ignorando o legislador. Pelo contrário. O Legislativo é uma função precípua do nosso sistema Constitucional, conforme já salientado acima. Porém, isso não significa dizer que o juiz não tem um papel criativo ou que esse papel afronta o Estado de Direito ou a democracia.

⁴ (ADI 1946, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003, DJ 16-05-2003 PP-00090 EMENT VOL-02110-01 PP-00123)

O JUDICIÁRIO E SEU REAL PAPEL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO

Qual a função concreta de um juiz em um Estado de Direito?

O professor da Universidade de Minnesota Rolf E. Sartorius leciona que “numa democracia constitucional em que existe um compromisso de julgar disputas em vez de tê-las decididas por um decreto judicial, o estado de direito exige que a função e responsabilidade constitucionais do juiz sejam mais a de aplicar a lei de preferência a produzi-la”.⁵

Em consonância com a referida lição, o professor Steven Burton informa que:

“o estado de direito é um ideal político... O ideal é a parte de uma teoria política moderna que indica certas condições para a ação legítima de funcionários do governo. É a base, na teoria política e para exigências específicas, que a lei constranja juízes e outros funcionários públicos. O estado de direito supõe que os constrangimentos legais sobre a ação oficial são necessários ao apoio de um governo de poder limitado, uma separação de poderes entre suas partes e uma cidadania que seja realizadora de um alto grau de liberdade”⁶.

John Hart Ely defendeu que os Tribunais são menos capazes de decifrar melhores respostas para as controvérsias sociais do que os Legisladores, uma vez que esses atuam democraticamente. Nesse sentido esclarece que:

“não nos surpreendemos nem um pouco ao constar que a história refuta a tese de que o judiciário isento tem sido mais capaz de falar em nome dos melhores princípios morais (...) a experiência nos diz que, na verdade, haverá sim uma distorção sistemática na escolha de valores fundamentais pelos juízes, uma distorção que privilegia os valores dos profissionais liberais de alta classe média,

⁵ SARTORIUS, Rolf E., *Individual Conduct and Social Norms*. Encino, CA, Dickenson Publishing Co, 1975, 179

⁶ BURTON, Steven J. *Particularism, Discretion, and the rule of Law*. em *Nomos XXXVI: the Rule of Law*. Ed Ian Shapiro. Nova York e Londres: Nova York University Press, 1994, p. 179-180.

da qual provém a maioria dos juristas, dos juízes e também dos filósofos.⁷

Na verdade, esses argumentos de prejuízo à democracia, lesão à separação de poderes e falta de capacidade instrucional surgem quase que como um reflexo patelar quando se fala em criação judicial do direito. Não que tais argumentos sejam simples falácias. Pelo contrário, admitimos que são argumentos de peso, porém, não são argumentos impeditivos, mas apenas críticos e esse ponto é fundamental.

Parte da doutrina, por mais que tente, por mais que fundamente, não conseguiu transformar o juiz como simples funcionário burocrático aplicador do enunciado normativo ao caso concreto. E isso não porque a tese que aqui defendo seja melhor ou pior, mais fundamentada ou menos fundamentais, mais válida ou não. Na verdade, o juiz cria o direito não pelo fato de teorias realistas ou do direito livre, mas pelo simples fato de que a o Estado de Direito e a sociedade na qual vivemos impõe tal comportamento.

Assim, podemos responder à questão que fizemos no início do tópico. A função do juiz em um Estado de Direito é preservar os seus valores fundamentais. Para isso, o juiz não é um simples aplicador do enunciado normativo. O juiz cria a norma-fundamento e a norma decisão do caso concreto. A lei, em seu estado de latência, produz o enunciado normativo. O juiz, em um caso concreto, a partir da compreensão de todo o evento e utilizando-se dos enunciados normativos, dos precedentes e da dogmática, cria a norma-fundamento e decide o caso concreto, sempre visando a preservação do Estado de Direito.

Mas essa questão nos parece um tanto quanto abstrata, e isso, por si só, não garante um resultado positivo em nossa empreitada. Precisamos aprofundá-la, concretizando nossas ideais. Isso porque estamos com Friedrich Müller quando o mesmo leciona que “o problema normativo da relação

⁷ ELY, Jhon Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle Judicial de Constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010 p. 76-78.

existente entre direito e realidade somente pode ser entendido por uma teoria da prática jurídica (aqui jurídico-constitucional) que investigue as condições essenciais da realização do direito, sem perder-se em uma análise limitada exclusivamente aos pormenores da técnica metodológica”⁸

Iniciaremos por uma análise da distinção entre norma e enunciado normativo.

NORMA E ENUNCIADO NORMATIVO

O texto normativo não contém imediatamente a norma. A norma é construída, pelo interprete, no decorrer do processo de concretização do direito.

Embora essa afirmação nos pareça evidente, a questão não é tão tranquila assim. Entendemos que um profissional do direito tem que ter em mente a distinção entre enunciado normativo (disposição normativa) e norma como ponto de partida de qualquer análise jurídica.

Assim, podemos definir enunciado normativo como qualquer enunciado que foi aprovado pelo legislativo e faça parte de uma Lei ou outro documento normativo. Nesse sentido, temos como enunciado normativo, por exemplo o art. 422 do Código Civil que dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”.

Por outro lado, a norma deve ser definida como o sentido ou significado atribuído a um ou mais enunciados normativos dentro de um determinado contexto fático. Nesse contexto, do enunciado normativo contido no artigo 422 do Código Civil, mais de uma norma poderia ser criada. Aliás, tal criação, dependeria do caso concreto.

Vamos analisar um caso importante. Imaginemos que N. faz um contrato de empréstimo junto ao Banco X. Nesse contrato ficou expressamente constando as parcelas mensais que seriam pagas em trinta vezes. O custo

⁸ MULLER, Friedrich. *O Novo paradigma do direito*. 3. Ed. Ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 20.

integral do contrato de empréstimo, com juros, correção monetária, taxas de serviço, imposto, seguro e manutenção constou expressamente na avença. Pois bem, após o início do cumprimento contratual, N. escuta uma propaganda de rádio de um suposto escritório P. no qual seria possível reduzir o valor do financiamento em até 70% (setenta por cento) do valor pago. N. se empolga procura o escritório que ingressa com uma ação judicial alegando juros extorsivos, ilegalidade das taxas, inviabilidade dos seguros e requer a revisão do contrato. O juiz recebe o processo e tem ainda um pedido de liminar para que o consumidor deposite em juízo somente aquilo que entende devido, suspendendo o direito do Banco de enviar o nome do autor da demanda aos órgãos de proteção ao crédito.

E agora? O que diz a lei? O Código de Defesa do Consumidor em constante diálogo das fontes com o Código Civil aclama o princípio da boa-fé nas relações entre fornecedor e consumidor (art. 4º, III do CDC). Será que o enunciado normativo do artigo 422 do CC em diálogo com o artigo 4º, III do CDC resolveriam a questão. Com certeza não. Não é o enunciado normativo que será aplicado simplesmente ao fato chegando-se a uma conclusão (veremos em seguida a questão das inferências lógicas). O juiz terá que avaliar se o banco agiu contrariando a boa-fé objetiva, deverá avaliar as circunstâncias do negócio, se as informações foram efetivamente prestadas, como os Tribunais vêm decidindo as questões, a ideologia aclamada pela Constituição, as consequências de sua decisão, para só então construir a norma do caso concreto.

Feito isso, damos mais um passo para sustentarmos que o juiz cria o direito no caso concreto. Mas não podemos parar por aqui, pois poderíamos ser criticados no sentido de que nosso exemplo se trata de mero jogo de linguagem, porque na verdade o que o juiz fez foi descobrir simplesmente o que o legislador já tinha previsto de forma apriorística. Em outras palavras, o juiz nada criou, apenas reproduziu algo que estava latente, construindo concretamente o que o legislador só poderia ter feito de modo abstrato.

Para enfrentarmos essa questão, precisamos continuar nosso percurso e para demonstrar que o juiz cria o direito no Estado de Direito, podemos afirmar que, muitas vezes o juiz cria a norma sem qualquer enunciado normativo apriorístico. Sim, isso é possível.

Essa questão poderia ser assustadora, mas mais assustador é crer que a maioria reconhece que o dogma da lei sem lacuna é impossível, por outro lado, tem dificuldade de reconhecer que há norma sem disposição normativa.

Nesse sentido, podemos afirmar que uma norma existe independente de qualquer enunciado normativo, quando tal norma não puder ser extraída mediante interpretação de alguma disposição normativa específica ou de combinações de disposições que possam ser encontradas nas fontes.

Em um sistema constitucional e legal brasileiro, no qual temos uma constituição analítica e não sintética, bem como um *boom* legislativo, com edição de um número indeterminável de leis, fica até difícil afirmar que é possível uma norma sem um enunciado normativo. Até mesmo porque enunciados do tipo “dignidade da pessoa humana”, igualdade e liberdade acabam servindo de verdadeiros “soldados de reservas”, no sentido de que na falta de um enunciado específico, nos socorremos destes. Mas aquele exemplo do transgênero da academia é um típico caso no qual o juiz é que irá criar a norma do caso concreto, partindo diretamente dos valores acalmados pelo Estado de Direito e não de qualquer enunciado normativo.

Mas ainda temos um ponto complexo na nossa empreitada: a interpretação e as formas de inferências lógicas. Isso porque, um astuto doutrinador poderia novamente sustentar que tudo isso que aqui narramos não passa de uma tentativa de sedução pela ideia de um “ativismo judicial necessário”, mas que na verdade, tudo seria resolvido pelas técnicas de interpretação. Para não “morrermos na praia”, precisamos, nesse momento, avaliar tal questão.

A INTERPRETAÇÃO

O que é interpretar?

Poderíamos dizer que interpretar é uma atividade por força da qual buscamos o sentido, o significado e o alcance do conteúdo de um texto. Mas será que tal conceito seria suficiente para o objetivo que almejamos no presente artigo? A resposta só pode ser negativa.

A interpretação, se por um lado é uma atividade, por outro também é o resultado de tal atividade.

Nesse sentido, a norma, em princípio, não é o objeto da interpretação. Na verdade, o objeto da interpretação é o enunciado normativo que não pode ser visto separado do caso concreto. O resultado da interpretação é exatamente a norma. Esse é o ponto chave, embora a questão não seja pacífica. Para analisarmos esse ponto, vamos verificar três teorias da interpretação que irei denominar de teorias interpretativas cognoscitivas, teorias céticas e teoria intermediária⁹

a) TEORIA COGNOSCITIVA.

Para essa teoria a interpretação nada mais é do que a averiguação empírica do significado objetivo dos textos normativos ou da intenção subjetiva de seus autores.

Nesse sentido, para esses teóricos observamos que termo interpretação é empregado para referir-se à atribuição de significado ao dispositivo normativo, considerando que há dúvidas em torno de seu leque de aplicação. Nesse sentido, a interpretação só seria necessária quando o significado do texto é obscuro ou contraditório.

Esse conceito nos faz lembrar da famosa máxima “interpretativo cessati in claris”.

Em regra, aqueles que adotam a presente noção de interpretação, acreditam sinceramente que as palavras têm um significado próprio,

⁹ Nesse sentido, GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes as normas*. Ed. Quartier Latin, 2005 p. 139.

independente do contexto que está sendo utilizada. Não é o operador que atribui um significado. A palavra tem seu significado próprio e esse é o limite.

Para esses, sem dúvida, a atividade interpretativa é uma simples atividade cognoscitiva, que consiste em descobrir um significado preexistente do texto, e não em decidir qual o melhor significado do texto.

Difícilmente um defensor dessa teoria poderia imaginar uma inferência que não a dedutiva. Não que estejam totalmente vinculados ao formalismo jurídico, mas um defensor desta teoria da interpretação, mesmo que de forma inconsciente, raciocina o direito a partir de premissas. Uma premissa maior, geralmente o enunciado ou o resultado de sua interpretação gramatical, histórica ou doutrinária, uma premissa menor, caracterizada pelos fatos e, por fim, uma conclusão.

Tudo nos leva a crer que a teoria cognoscitiva da interpretação está intimamente relacionada à doutrina da separação de poderes, ao princípio da sujeição do juiz à lei e ao mito da certeza do direito.

Sem dúvida, embora essa teoria seja negada pela grande maioria dos juristas, ao menos na doutrina, ela acaba por penetrar o pensamento jurídico comum e o estilo argumentativo de muitos.

Como resolveríamos, por exemplo, a partir dessa teoria a questão da boa-fé na relação fornecedor e consumidor. Sem dúvida, a questão seria de difícil resolução, pois o teórico dessa corrente, por intuição ou uma crença exagerada teria muita dificuldade de partir da compreensão dos fatos inter-relacionada com o direito, tentando a todo tempo construir uma premissa maior. Por isso que, a crítica desses teóricos partem do ponto de que o juiz legislado, pois imaginam que o juiz sempre precisa de uma premissa legislativa para resolver as questões jurídicas, o que é um grande erro.

b) TEORIA CÉTICA

Essa teoria sustenta que a interpretação é atividade de valoração e decisão e não simples conhecimento. Na verdade, para esses teóricos não

existe um significado próprio das palavras, sendo que esse surge sempre no contexto de sua análise.

As normas não preexistem, mas são o resultado da interpretação jurídica. Por óbvio, para esses o sistema jurídico não é completo e dificilmente coerente. Há sim lacunas, ambiguidades e palavras vagas. O contexto de compreensão e aplicação é fundamental para o surgimento da norma.

As inferências abduativas e indutivas ganham destaque, e a dedução é praticamente abandonada.

Na verdade, a interpretação sempre requer valorações, escolhas e decisões. A interpretação, portanto, não pode ser tida como uma atividade cognoscitiva, pois, como dito, não existe uma coisa com um significado próprio das palavras.

Nesse ponto, a distinção entre textos claros e obscuros é extremamente discutível. Afinal a clareza e a obscuridade são frutos da própria interpretação, entendida como atribuição de significado. Somente depois da compreensão e interpretação de um texto em determinado contexto é que poderíamos concluir se é obscuro ou não.

Esses teóricos estão aptos a distinguir de forma efetiva entre enunciado normativo e norma, deixando de lado o raciocínio por premissas.

c) TEORIAS INTERMEDIÁRIAS

Os doutrinadores que tentam conciliar as teorias anteriormente estudadas fazem parte desse terceiro grupo. Na verdade, sustentam que a interpretação é em determinadas hipóteses uma atividade de conhecimento e em outras uma atividade discricionária.

Segundo Guastini,

“essa teoria sublinha a irredutível trama aberta (isto é, a vagueza, a indeterminação) de quase todos os textos normativos, os quais são habitualmente formulados em linguagem natural ´por meio de termos classificatórias gerias. (...) no seio do significado de todo texto normativo pode se distinguir um núcleo luminoso e, em torno dele, uma zona de penumbra indefinida.

E continua o nobre jurista

“disso conclui-se que, para toda norma, há casos fáceis que seguramente caem dentro do seu campo de aplicação, como também casos marginais, difíceis, em relação aos quais a aplicabilidade da norma é controvertida, já que esses casos caem na zona de penumbra. Ora, os juízes não exercem alguma discricionariedade quando aplicam uma norma a casos claros; exercem discricionariedade somente quando aplicam uma norma nos casos de penumbra, uma vez que nesses casos a decisão da controvérsia exige uma escolha entre, ao menos, duas soluções alternativas”

Poderíamos então dizer que, para esses teóricos, o ponto fundamental é saber distinguir o ponto de penumbra do núcleo luminoso. Quanto ao ponto de penumbra, a função do interprete seria a de decidir o significado do texto, o passo que no caso do núcleo luminoso ao interprete bastaria uma simples descrição.

Poderíamos exemplificar da seguinte forma. Nos termos do artigo 421 do CC “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Para compreendermos se um dos contratantes cumpriu com a função social do contrato, somente diante de um caso concreto, avaliando as circunstâncias do descumprimento contratual é que poderíamos chegar a uma resposta (ou mais desde que sejam todas razoáveis) sobre tal zona de penumbra.

Por outro lado, um segundo exemplo nos mostra a questão do núcleo iluminado. Um cidadão de nome L. é multado por um radar que fotografa o mesmo em velocidade incompatível com o local. A multa só chega na sua residência oito meses após ao evento. L. indignado ingressa na justiça visando anular a multa. Cita dois artigos do Código de trânsito como fundamento legal: artigo 281, II que dispõe:

*Art. 281. A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível.
Parágrafo único. O auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente:*

II - se, no prazo máximo de trinta dias, não for expedida a notificação da autuação.

Ora, nessa hipótese o juiz não teria qualquer dificuldade de simplesmente descrever o que está na lei e julgar o caso concreto.

Não queremos aqui tomar partido de uma ou outra teoria, mas devemos afirmar que a primeira teoria não é compatível com o Estado de Direito, pois tenta retirar do juiz o seu poder-dever de construir a norma do caso concreto. Na verdade, um dos primeiros argumentos que os teóricos dessa corrente sustentam é que só essa forma de se interpretar garante a separação de poderes.

Porém como leciona Eros Grau,

É que o pleno discernimento de que a norma é produzida pelo interprete instala inefável transtorno na estrutura do pensamento liberal, em especial na teoria da separação de poderes. A dificuldade que os juristas enfrentam para admitir que texto e norma não se suporõem opera como recusa inconsciente da ideia de que a construção das normas possa ser mais importante que a redação dos textos, de que a hermenêutica jurídica é mais relevante que a técnica legislativa.

O fato é que os arquétipos teóricos que constituem base e ponto de partida do raciocínio so juristas já não são mais adequados à compreensão – que dirá à explicação – da realidade. A chamada separação dos Poderes é assumida como dogma. Quem a conteste é tido como herege. Especialmente os administrativistas e constitucionalistas de velha cepa continuam presos a ela, como se o tempo não houvesse passado. Como não costumam ler os clássicos no original, não se dão conta de que Montesquieu jamais cogitara de uma separação de poderes, de que Montesquieu propõe a divisão com harmonia (autentica interdependência entre eles), nada mais.¹⁰

Essas questões, tão óbvias na teoria, não se refletem na prática. Ainda há grandes dificuldades para aceitarmos que o poder é uno e que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário exercem funções harmônicas e equilibradas entre si e, principalmente, que o Poder Constituinte surgiu antes do que as funções constituídas e, por isso, a lei e a decisão judicial devem respeito à constituição em primeiro lugar.

¹⁰ GRAU, Eros. *Porque tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, São Paulo Ed. Malheiros. P. 41

Portanto, mais um obstáculo em nossa caminhada foi superado. A compatibilidade da criação judicial em um Estado de Direito.

O passo anterior ao ingresso da análise da discricionariedade é trabalharmos as denominadas inferências lógicas.

7. AS FORMAS DE INFERÊNCIA LÓGICAS

Quando falamos em inferências, podemos conceitua-las como a forma de passagem de uma proposição para outra. Assim, passamos da aceitação de uma proposição para aceitação de outras, como base em conexões existente entre elas.

Vamos aqui citar três formas de inferências muito utilizadas no direito: a dedução, a indução e a abdução.

Em primeiro lugar na dedução temos a inferência do geral para o particular. O exemplo clássico é Todos os homens são mortais; Sócrates é homem, logo Sócrates é mortal. Note-se que essa modalidade de inferência clássica é aquela mais adotada por aqueles que sustentam que o juiz não tem espaço para criar o direito. O juiz deve encontrar uma premissa maior, partir dessa premissa, subsumir o fato a tal premissa e encontrar a conclusão.

Esse método, infelizmente é falho e deve ser criticado exatamente pelo fato de não sabermos se as premissas são verdadeiras.

Sobre a questão Ricardo Guastini leciona que “em síntese: os juízes, exceto se pronunciarem decisões arbitrárias, aplicam sempre normas gerais nas suas decisões. O ponto é: quais normas gerais aplicam? Normas pré-constituídas, de fonte legislativa, ou normas novas que eles próprio criaram?

É fácil burlar a inferência dedutiva, quando por exemplo um falso argumento é utilizado para convencer o auditório de que a premissa maior é verdadeira. Podemos, nesse caso até conseguir realizar um raciocínio internamente válido, porém, injustificado do ponto de vista externo, diante da falsidade das premissas.

Já no raciocínio indutivo temos a inferência do particular para o geral. Considerando que a indução parte do problema, a observação de todo o

problema é essencial para o resultado satisfatório. Se houver falha na observação do evento, o resultado poderá ser inadequado. Um exemplo de raciocínio indutivo é: Essas goiabas são dessa caixa. Essas goiabas são brancas. Logo todas as goiabas da caixa são brancas.

Por fim, temos a inferência abdutiva. Segundo Peirce, a

“abdução é o processo de formação de uma hipótese explanatória. É a única operação lógica que apresenta uma ideia nova, pois a indução não faz além de determinar um valor, e a dedução meramente desenvolve as consequências necessárias de uma hipótese pura. A dedução prova que algo deve ser; a indução mostra que alguma coisa é realmente operativa; a abdução simplesmente sugere que alguma coisa pode ser”¹¹.

Na abdução partimos da observação de um resultado para concluir que algo ocorreu como sua causa dada a assunção de uma regras que se correlaciona aquela causa¹². Trata-se de um ajuste mútuo de proposições para explicar um determinado conjunto de evidencias, em um verdadeiro sentido de melhor explicação possível.

Assim, com a presente inferência podemos descrever a estrutura de um processo de geração e escolha de hipóteses para explicar uma observação surpreendente, que leva a uma conclusão com grau aceitáveis de garantia, diante de um corpo de proposições aceitas e um conjunto de evidencias.

O interprete terá em seu poder uma coleção de dados, verificando qual a melhor e mais provável hipótese de explicação dos dados. Aquela que for melhor é provavelmente a verdadeira. Dentro dessa inferência surgirão elementos confirmadores e refutadores, devendo o interprete refletir a partir de uma teoria de fundo que lhe dará suporte para avaliação crítica de cada hipótese.

O processo de interpretação pragmática é estruturado por meio do processo de inferência abdutiva, levando-se em conta o que o falante quis

¹¹ PEIRCE, Charles S. *Semiótica*. São Paulo: Ed. Perspectiva. p 222

¹² MARANHÃO, Juliano. *O positivismo jurídico lógico inclusivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons. P. 83

dizer, do que ele disse e de todas evidencias que estão no contexto do jogo da linguagem.

Nesse sentido, agora em um contexto processual, o juiz irá analisar todas as hipóteses fáticas e enunciados normativos, sempre pautado naqueles fatos trazidos pelas partes (daí a importância da cooperação por parte do advogado em trazer o que efetivamente interessa). Dessa análise, o juiz deve ter como suporte teórico toda a bagagem constitucional e os valores do Estado de Direito – liberdade, igualdade, dignidade, segurança e democracia. Passará então a realizar movimentos reflexivos, se pautando nos fatos e no contexto dos enunciados normativos, sem deixar, contudo, de avaliar as consequências de sua decisão em conformidade.

Dessa forma, o juiz a todo tempo estará realizando um processo comparativo de coerência das conclusões que poderia tomar naquele caso, avaliando as consequências de cada conclusão. E a todo tempo, as hipóteses formuladas são constrangidas pelo conjunto de razões práticas já aceitas como vinculantes e pela teoria de fundo sobre ações e consequenciais. Assim, a inferência é um processo controlado no qual a razão para aceitar e agir conforme a conclusão é resultado de aceitação das premissas como razões dotadas de autoridade para a ação e de um método de raciocínio.¹³

Assim, entendemos que o raciocínio abduutivo, dentro de todas as premissas antes analisadas é aquele que mais se amolda ao Estado de Direito. Mesmo reconhecendo que existe uma dificuldade de construirmos uma única resposta correta, mas pelo menos a resposta mais razoável ou mais provavelmente certa. Aliás essa questão é fundamental em nosso ultimo tópico.

8. O JUIZ E A DISCRICIONARIEDADE.

O que significa discricionariedade?

De plano, discricionariedade não significa arbitrariedade.

¹³ MARANHÃO, Juliano. Op. Cit. P. 89

Ronald Dworkin, um dos doutrinadores mais citados por aqueles que insistem em afirmar que um juiz não tem discricionariedade, elenca três formas de discricionariedades: duas em sentido fraco e uma em sentido forte.

Nesse sentido, segundo Dworkin¹⁴ a discricionariedade em sentido fraco possui dois sentidos. O primeiro relaciona-se com os padrões que uma autoridade pública deve aplicar e que não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar.

O segundo, no sentido de que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário

Por outro lado, o sentido forte, que é aquele no qual funcionário não está limitado pelos padrões da autoridade. Empregamos a expressão nesse sentido não para comentar a respeito da dificuldade ou do caráter válido dos padrões ou sobre quem tem a palavra final na aplicação deles, mas para comentar sobre seu âmbito de aplicação e sobre as decisões que pretendem controlar.

A partir dessas lições, nos interessam duas possíveis formas de discricionariedade. A primeira relacionada àquelas hipóteses nas quais existe um campo de penumbra e uma segunda na qual não há um padrão de enunciado normativo antes da decisão.

Vamos construir um exemplo que envolva discricionariedade sem padrão normativo prévio, zonas de penumbra e até superação de precedentes. Tentaremos agora realizar uma análise de um caso prático, integrando a atividade criativa com o raciocínio abduutivo e a análise das consequências da decisão.

X é um bancário que sonha em adquirir sua primeira casa própria. Então verifica um empreendimento denominado “E.S” e resolve verificar o custo da aquisição. Vai ao stand e negocia o imóvel. Após adquirir o imóvel pelo preço de R\$ 150.000,00, verifica que uma das cláusulas no contrato era a

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, p 50-62

de corretagem. Isso mesmo uma cláusula narrando que R\$ 5.000,00 pertenceria ao corretor. X, então, indignado procura um advogado para buscar em juízo seu direito, uma vez que em nenhum momento contratou um corretor. Na verdade, ele foi no stand do empreendedor e ali adquiriu o imóvel. Pois bem, ajuizada a demanda, pugnou pela condenação das rés – E.S e corretora – na devolução do valor em dobro e dano moral. Em contestação a E.S alegou ilegitimidade para a causa, pois quem recebeu os valores foi a corretora. No mérito pugnou pela improcedência. No mesmo sentido a corretora que acrescentou que a cláusula de corretagem é válida. Juntou ainda decisão da turma de uniformização do Juizado no sentido de que a conduta era válida.

O processo foi concluso e o juiz passou a avaliar todos os eventos. Era preciso então elencar os fatos, que não eram poucos, os argumentos e avaliar qual a melhor explicação, além das consequências da decisão. Por partes, como toda sentença deve ser produzida, o juiz começou a analisar a legitimidade para a causa. Teria a empreendedora legitimidade? E a resposta dada pelo Judiciário foi positiva, uma vez que a legitimidade era analisada em *status assertionis*, ou seja, de acordo com as alegações do autor na inicial. A responsabilidade seria questão de mérito. Essa parte da decisão, já avalia, sem dúvida as consequências de uma extinção sem resolução de mérito. É muito melhor o juiz julgar o mérito para cumprir com uma das finalidades da jurisdição que é a pacificação social, do que extinguir o processo sem resolução de mérito e permitir o ajuizamento de nova demanda.

Em continuidade, um segundo dilema foi lançado: a cláusula de corretagem seria nula? A propósito, preceitua o art. 725 do Código Civil: “A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes”. Tal artigo, não deixa dúvida que a simples mediação já é capaz de obrigar o vendedor a proceder o pagamento do percentual devido de corretagem. Então a demanda deveria ser julgada improcedente? Acabou o raciocínio? Talvez o raciocínio dedutivo implicaria em uma tomada imediata de decisão. Mas é preciso colher os dados do feito e

analisar suas explicações. O autor insistia em dizer que não viu qualquer corretor. Mas qual o motivo de estar no contrato tal cláusula?

Após muita análise, perceber-se que a questão, no presente contexto, é outra, e envolve não o ato ilícito em si, mas sim o abuso de direito, a partir de uma cláusula contratual que não dá qualquer tipo de opção a autora (que foi quem adquiriu o serviço). Isso porque, o que se observa não foi dada opção de escolha, incluindo um serviço na contratação, que em concreto, nas circunstâncias do negócio, era totalmente desnecessário. A corretagem é imposta pelo empreendimento como forma necessária para a realização do negócio, funcionando como verdadeira etapa de assinatura do mesmo, em stands instalados no empreendimento. É evidente que no local pode até haver mais que uma corretora, porém, não é o consumidor que escolhe a mesma, havendo uma ordem de atendimento.

Que bom, o juiz poderia pensar nesse momento, resolvemos a questão. Mas a resposta não pode ser assim tão simples. Devemos avaliar as consequências de tal venda casada. A devolução deve ser em dobro? Na verdade, a devolução em dobro exige prova da má-fé. A conduta da empreendedora pode ser contrária a boa-fé comportamento, mas não é contrária à boa-fé crença, ensejando o dever de devolver dobrado. Aliás, nesse ponto, poderia se pensar que se condenasse todas as empreendedoras a devolver em dobro, a consequência, seria um aumento no custo dos empreendimentos e até um enriquecimento sem causa do consumidor. Isso acabaria por gerar uma expectativa indevida para os demais, e um aumento de feitos judiciais.

Ainda nos resta a questão dos danos morais. Essa conduta ensejou a lesão à moral do consumidor. A questão é complexa e acredito que somente a vivência do juiz nesses casos permitirá a resposta mais razoável. No caso, o mero desacordo comercial, que não ensejou qualquer desvio produtivo, por si só, não configuraria lesão à personalidade, se não fosse trazido para os autos provas contundentes em sentido diverso.

Por fim, uma questão tormentosa. Considerando que há decisão em sentido diverso da turma de uniformização, estaria o juiz obrigado a decidir da forma que ficou uniformizado? Nesse caso, penso que não. Isso porque, embora a Turma de Uniformização de jurisprudência tenha reconhecido a legitimidade da cobrança, tal posição contraria a própria posição do STF que no informativo n. 556 noticiou “que Inexistindo pactuação dispondo em sentido contrário, a obrigação de pagar a comissão de corretagem é daquele que efetivamente contrata o corretor”. E no caso, a contratação foi feita pelo empreendedor, apenas disfarçando por meio do contrato uma transferência de encargo para o consumidor.

Esse é um exemplo de como se decide e de como se usa a discricionariedade de forma responsável, sempre que a questão envolve uma zona de penumbra sem que se queira impor que o resultado final do que foi decidido é o único correto.

É preciso que fique claro que muitos partem de uma suposição falsa de que o juiz primeiro individualiza uma norma aplicável e, depois, simplesmente deduz de tal norma a decisão, subsumindo o caso concreto. Na verdade, como vimos não há norma pré-constituída, formada aprioristicamente. O que existe é somente um enunciado normativo caracterizado por expressões linguísticas vagas e, muitas vezes, imprecisas, que ganham concretude somente com a análise do caso concreto. A norma, nesse sentido, surge na fundamentação da sentença e não em momento anterior. Por isso, é preciso, aceitarmos que o juiz sempre levará em conta o enunciado normativo juntamente com o contexto fático, sem, contudo, deixar de avaliar os resultados de suas decisões.

O juiz não é um simples técnico jurídico. É um funcionário público responsável, inclusive politicamente responsável, que não pode decidir de uma forma constitucionalmente inaceitável, embora aparente se tratar de uma decisão legalmente válida.

Nesse sentido, deve ser incrementada uma análise pragmática da decisão. Conforme Guastini

“a análise consequencialista não presta a uma representação dogmática das normas válidas que os juízes deveriam aplicar, pela simples razão que dentro desse modo de ver não ocorrem normas “pré-constituídas” ao juízo jurisdicional, isto é, a análise consequencialista ou pragmática não se presta a fundamentar um discurso prescritivo (deontológico) em torno daquilo que os juízes deveriam fazer. A análise pragmática presta-se, ao contrário, a uma descrição empírica daquilo que os juízes efetivamente fazem”¹⁵.

Nesse sentido, embora a doutrina seja praticamente unanime em afirmar que o positivismo formalista já fora abandonado há muito, ainda é comum análises de decisões que partam do dispositivo para remontar a motivação. Nessa visão, o questionamento é se a decisão está fundada em uma norma e se tal fundamentação é correta. Talvez por isso, o fetiche pela existência de uma resposta certa é tão repetido por parte de nossa doutrina.

Vejamos o que diz, por exemplo, ABOUD em sua obra sobre discricionariedade judicial e administrativa. Como o próprio autor diz, partindo de um pano de fundo hermenêutico e *dworkiano* e ainda se utilizando das lições de Muller, ABOUD sustenta de forma impressionante que

“O grande trunfo da discricionariedade foi nos fazer acreditar que não há decisão correta. Mais do que isso, ela nos fez crer que não seria possível alcançar o acerto de uma decisão, posto que, perante uma gama de possibilidades, a escolha de qualquer uma delas seria válida, ainda que não fosse a melhor possível”. 16

Porém, embora faça essa crítica veemente à discricionariedade em seguida de forma surpreendente afirma,

“Todavia, na presente obra não apresentamos nenhum método ou fórmula para se alcançar a resposta correta do caso concreto. É indubitável considerar que, para se construir a resposta constitucionalmente adequada, primeiramente, é fundamental reconhecer que não há método ou fórmula em que seria criada automaticamente essa decisão. Aliás, se houvesse tal fórmula, que dispensasse o elemento hermenêutico, os julgados

¹⁵ Guatini, Riccardo. Op. Cit, p. 249

¹⁶ ABOUD, Georges. *Discricionariedade Administrativa e Judicial*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, p.45.

seriam desnecessários, ele poderia ser substituído por qualquer artificialidade”¹⁷.

Como assim, existe uma resposta certa e inexistente discricionariedade, mas não existe um método ou uma fórmula para isso? Só podemos imaginar que existe uma resposta certa se realizarmos exclusivamente uma análise normativa de coerência interna da sentença e não a partir de um contexto externo. O que existe é uma resposta mais razoável.

Na verdade, tal afirmativa acaba por negar a própria teoria de Muller que como vimos é uma teoria que se preocupa com a realização prática. Ora, simplesmente criticar e não apresentar a resposta não tem nada de realização prática.

Negam também Dworkin que constrói a teoria da resposta certa não no sentido de uma resposta exclusivamente jurídica certa. Trata-se de uma filosofia muito mais complexa, que envolve direito, moral e política. Dworkin, desde o seu O modelo de regras I, discute a insuficiência no tratamento dado pelo positivismo aos chamados princípios jurídicos por meio do critério do *pedigree*, incapaz de captar a distinção conceitual entre princípios e regras bem como a importância daqueles nas decisões dos tribunais. O que Dworkin critica na discricionariedade é que o juiz ao criar uma regra nova, afastando aquelas existentes estaria aplicando o direito novo a fatos passados, impedindo que o indivíduo conheça de antemão o que pode ou não fazer.

Stephen Guest, um dos maiores estudiosos de Dworkin esclarece que talvez a ideia de interpretação para o direito extrair o melhor sentido moral das práticas jurídicas – pareça obscurecer para muito a extensão em que a teoria jurídica de Dworkin moraliza. Sua teoria – como posso dizer – é plenamente moral do começo ao fim. A interpretação, portanto, não é limitada pelos fatos da prática humana, embora ela faça uso de tais fatos conferindo-lhe um status moral especial.¹⁸

¹⁷ ABBOUD, Georges, op. Cit. P. 45.

¹⁸ GUEST Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

Assim, quem crê que a integridade do direito tão citada por Dworkin e afasta o direito da Moral está totalmente enganado. Mas essa questão voltaremos em outra oportunidade.

Tudo isso é plenamente aceitável, pois é certo que a maioria desses doutrinadores que sustentam essas teses, como acontece também com o Professor Lenio Streck¹⁹, nunca participaram do jogo processual de construção da norma. Ou seja, nunca sentenciaram concretamente um feito.

Acreditam que a decisão judicial é feita exclusivamente quando o juiz está sentado em sua cadeira no fórum. Não, na verdade o processo decisório inicia-se com primeira leitura da petição inicial, levantamento de dados e análise de probabilidade, leitura da contestação, audiência de conciliação, produção de provas em audiências. A sentença é somente a consolidação de tudo que foi acontecendo ao longo do processo.

É um ato que analisa os fatos em conformidade com o enunciado, todo o contexto do evento, sem deixar de lado a análise da consequência de suas decisões. Uma decisão que ignore o começo ou o fim é uma decisão não razoável.

Razoabilidade entendida não como uma capacidade abstrata para argumentar questões teóricas. Com Neil Maccormick²⁰, entendemos que a razoabilidade que o direito tem em vista é a razoabilidade prática. A pessoa razoável possui a virtude da *prudencia* e a utiliza em suas ações. É uma virtude incompatível com o fanatismo (o da resposta correta por exemplo) ou com a apatia (a descrença em se encontrar um método argumentativo real, outro exemplo), pois ocupa um lugar intermediário entre esses extremos. Pessoas razoáveis, e o juiz tem esse dever, levam em conta riscos previsíveis, possibilidade ou probabilidade sérias, não aquelas remotas ou fantasiosas. Elas não tiram conclusões precipitadas, mas consideram as provas e levam em conta pontos de vista diversos. Elas têm consciência de que qualquer dilema

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

²⁰ MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Ed Campus, 2008 p. 218-219.

prático pode envolver uma conjunção de diferentes valores e interesses. Elas levam a sério os valores conflitantes e convergentes e outras razões para a ação, buscando a sua reconciliação ou, em casos de conflitos inevitáveis, seguindo aquelas razões e valores que, no final das contas, são os mais cogentes ou mais importantes.

10. CONCLUSÃO

Diante de tudo isso, podemos concluir que embora a teoria tenha avançado e muito na concepção de Estado Constitucional de Direito, a prática ainda é tormentosa. É preciso mudar o enfoque da crítica, deixar de lutar contra algo que além de consolidado é inerente ao Estado de Direito: o papel do juiz como criador da norma jurídica.

Para tanto, é preciso ter em mente o que é interpretação e a inferência lógica que o juiz utiliza quando da decisão.

Aliás, alegações do tipo de desrespeito à separação de poderes, a democracia e falta de capacidade institucional soam como verdadeiro reflexo patelar, muitas vezes sem qualquer valor subjacente que efetivamente configure em crítica à atividade judicial. São argumentos que não se concretizam.

Por outro lado, a atuação judicial notoriamente é fundamental para o Estado de Direito. Se ao legislativo incumbe a promoção formal do Estado de Direito, ao Judiciário incumbe a preservação concreta de seus valores.

Aceitando essa premissa, poderíamos então trabalhar questões que efetivamente atormentam o judiciário, como o elevado número de feitos, a necessidade de construção de decisões padrões que atentam contra o dever de motivação, o “copia e cola”, a falta de estrutura, entre outros pontos.

Entendemos que conseguimos alcançar nosso desafio. Não o de criar uma nova teoria, mas o de mostrar que o Judiciário integra o Poder da nação e que tem papel fundamental na construção de um Estado de Direito substancial, no qual a dignidade, a liberdade, a igualdade, a segurança e a democracia sejam levadas à sério. Mas buscamos fazer isso não com simples palavras ao

vento, mas sim de forma concreta, mostrando-se o modo pelo qual o processo decisório é construído sempre pautado na razoabilidade.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, AULIS. **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Alexy, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Tradução: Thomas da rosa Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2014

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CANARIS, Claus-Willhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Tradução: Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CARDOSO, Benjamim. **A natureza do processo judicial**. Tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004

CROSS, Rupert, HARRIS, J.W, **El Precedente em el Derecho Inglés**. Tradução M^a Angelica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012.

DORF, Michael; TRIBE, Laurence. **Hermeneutica Constitucional**. Tradução: Amarilis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del rey, 2007

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, Jhon Hart. **Democracia e Desconfiança. Uma teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade**. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FINE, Toni M. **introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Tradução: Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes: 2011.

GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Quartir Latin, 2005.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução: Claudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JUST, Gustavo. **Interpretando as Teorias da Interpretação**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça**. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LARENS, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução: José Lamego. 7ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Teoria da Decisão Judicial. Fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revistas dos tribunais, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução: Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2008

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011

_____. *Julgamento nas Cortes Supremas precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

PALMER, Richard E. **Hermeneutica**. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições70, 2014

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010

_____. **A problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RADBRUCH, Gustavo. **Filosofia do Direito, 5. ed. rev. e acrescida** trad. L. Cabral Moncada. Coimbra: ed. A. Amado, 1974.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitro de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo, Editora Max Limonad, 1997.

WATZLAWICK, BEAVIN, JACKSON. **Pragmática da Comunicação Humana**. São Paulo, Cultrix, 1996.