

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO
JURÍDICO II**

VALTER MOURA DO CARMO

MANUEL FONDEVILA MARÓN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Manuel Fondevila Marón, Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-381-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Decisão. 3. Realismo Jurídico.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO II

Apresentação

A presente obra compila os artigos do Grupo de Trabalho “Teorias do Direito, da Decisão, e do Realismo Jurídico II”, avaliados e aprovados para apresentação no XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI em parceria com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, realizado em Curitiba, no dia 8 de dezembro de 2016.

Os anais compilam os textos de autores de diferentes áreas do Direito. Todos dignos de uma leitura que aponte uma solução para os problemas enfrentados pela comunidade jurídica e não jurídica.

A problemática dos trabalhos não poderia ser mais atual diante dos conflitos nacionais porque passa o Brasil, e internacionais. Nesta situação cabe esperar dos juristas, especialmente quando reunidos em conclaves com tamanha dimensão dialógica, a aplicabilidade das propostas apresentadas.

Aos leitores cabe a oportunidade de refletirem sobre questões da envergadura de: neoconstitucionalismo e ativismo judiciário, interpretação e hermenêutica das normas jurídicas, a ideia de justiça, a cláusula de retrocesso dos direitos sociais, a independência e o mérito na toma de decisões administrativas, a liberdade de expressão e, finalmente, a unidade do Direito Público (nacional e internacional).

Boa leitura!

Prof. Dr. Manuel Fondevila Marón - UFMA

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR

A DECISÃO JUDICIAL COMO FONTE NORMATIVA EM CONTRAPOSIÇÃO À LÓGICA DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

A JUDICIAL DECISION AS SOURCE NORMATIVE IN CONTRSDISTINCTION TO LOGIC OF DEMOCRATIC PROCESSUALITY

Helena Patrícia Freitas ¹

Resumo

O artigo trata das decisões judiciais, analisadas em sua formulação a partir do estudo do Direito, da Ciência Jurídica e de algumas Teorias do Direito (idealismo, realismo e positivismo), que deram ensejo à atuação discricionária dos Juízes e Tribunais, de forma a criar normas nos casos concretos levados à sua apreciação. Inexistindo norma específica para que a autoridade judiciária decida, há que se questionar se a proibição ao non liquet seria a via mais adequada para se resolver o litígio, pela lógica da processualidade democrática.

Palavras-chave: Direito, Ciência jurídica, Decisão, Discricionariedade, Decisionismo, Idealismo, Realismo, Positivismo

Abstract/Resumen/Résumé

The article deals with judicial decisions, analyzed in its formulation from the study of law, Legal Science and some law of theories (idealism, realism and positivism), which gave rise to the discretionary actions of judges and courts in order to create standards in specific cases brought to its attention. If there is no specific standard for the judicial authority to decide, one must question whether the prohibition of non liquet, would be the most appropriate way to resolve the dispute, by the logic of democratic processuality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law, Legal science, Decision, Discretion, Decisionism, Idealism, Realism, Positivism

¹ Advogada militante, graduada em Direito (2000) pela PUC-Minas, Pós-graduada em Direito Processual Constitucional pelo Instituto Metodista Izabela Hendrix, Mestranda em Direito Processual na Puc-Minas (DI)

1) INTRODUÇÃO

O artigo trata das decisões judiciais, analisadas em sua formulação a partir do estudo do Direito, da Ciência Jurídica e de algumas Teorias do Direito (idealismo, realismo e positivismo), que deram ensejo à atuação discricionária dos Juízes e Tribunais, de forma a criar normas nos casos concretos levados à sua apreciação. Inexistindo norma específica para que a autoridade judiciária decida, há que se questionar se a proibição ao *non liquet*, prevista no art. 4º da Lei de Introdução às Normas Brasileiras - LINB, seria a via mais adequada para se resolver o litígio, pela lógica da processualidade democrática.

O problema que se apresenta é a abertura que a própria lei concede à autoridade judiciária, quando há omissão legislativa a respeito da demanda colocada à sua apreciação, ocasião em que as decisões judiciais são formadas com base em analogia, costumes e princípios que não passaram por uma instituição processualizada. Ou seja, a base decisória é axiológica, respaldada em valores, costumes e não com base em LEI, que deve ser produzida, no Estado Democrático de Direito, através do **devido processo** alicerçado em direitos fundamentais líquidos e certos da isonomia, contraditório e ampla defesa.

A lei, com suas lacunas e incompletudes, foi preservada pela autoridade, nos estados autocráticos, liberais e sociais – dentro de um paradigma idealista, realista ou positivista - como justificativa para atuação da autoridade da maneira que lhe parecer mais conveniente, havendo, assim, atuação de forma a extrapolar os poderes dos legitimados ao processo (povo).

Assim, com o objetivo de expor e argumentar acerca deste assunto, busca-se a pesquisa básica, a ser realizada através do método racional-crítico, visando demonstrar, de forma expositiva-argumentativa, de que forma a aplicabilidade das normas e de que forma as decisões judiciais foram (e estão sendo) utilizadas como fonte do Direito na produção normativa ante a compulsoriedade decisória, contrapondo-se à processualidade democrática preconizada pelo Estado Democrático de Direito.

2) DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA

A origem da humanidade, embora controvertida quanto à sua primogenitura, trouxe consigo a convivência intersubjetiva, de onde decorre a necessária criação de regras, sem as quais prevaleceria a absoluta barbárie¹. Em cada momento histórico vivenciado pela

¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2003, p. 33: “As normas de uma ordem juridical regulam a conduta humana. É certo que, aparentemente, isto só se aplica às ordens sociais dos povos

humanidade, houve a necessidade do estabelecimento de estruturas capazes de regular os interesses prevalentes, de forma a criar, modificar, extinguir e impor um direito assegurador do convívio do homem em sociedade², estabelecendo-se a paz social.

Niklas Luhmann (1983) defendeu o entendimento de que o sistema do Direito, assim como outros sistemas sociais, surgem de forma autopoietica. Na Teoria dos Sistemas luhmanniano, o sistema é aquilo que o próprio sistema reproduz, de forma que este é aberto às causalidades externas, que alimentam internamente o próprio sistema, gerando, dessa forma, novas estruturas. Chamon Junior (2005) explica que, para Luhmann, o Direito moderno descreve a si mesmo como sendo direito positivo, afirmando ainda que essa positividade advém de um decisionismo, na medida em que o Direito é fruto de decisões fixadas em dada contingência, que em circunstância diversa poderia ter se feito opção em outro sentido.

A Teoria dos Sistemas de Luhmann, que colocou o Direito em nível de autocriação, não pode prosperar, sobretudo considerando-se que houve situações em que o Direito fundou-se em bases políticas e mesmo ideológicas, com escopo de dominação, a exemplo do que ocorreu no contexto de desenvolvimento do Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático e, em cada um destes paradigmas, o Direito, assim como o processo, foram manejados para atender a interesses específicos de classes privilegiadas ou grupos de Poder. Assim, desbanca-se o mito da autopoieses do Direito, bem como do Direito como estrutura criada unicamente para estabelecer a ordem da conduta humana, caracterizada pela coação, e com vista à segurança coletiva, como entendeu Kelsen. Com escopo de aumento de poder ou de manipulação política e social, o Direito e o processo foram utilizados como manobra pelo ditador alemão Adolf Hitler, que venceu as eleições pelo Partido Nazista em 1932. Em 1933, fundou-se na Alemanha a Escola de Direito Livre, com discurso de renovação dos ideais do Direito, atribuindo-se aos juizes um senso inato, no sentido de um positivismo exacerbado da vontade do Führer. As violações de direitos ocorridas na Alemanha nazista ocorreram todas dentro da legalidade instaurada naquele país, naquele momento histórico. Houve processo e proferimento de decisões judiciais a amparar as arbitrariedades praticadas. As decisões, no

civilizados, pois nas sociedades primitivas também o comportamento dos animais, das plantas e mesmo das coisas mortas é regulado da mesma maneira que o dos homens.”

² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo : primeiros estudos*. 12a Rio de Janeiro, RJ : Forense, 2014, p. 2 “O direito é construído pela humanidade como necessidade inapartável desta, e produzido pela atividade humana em incessante elaboração de estruturas formais diferenciadas e adequadas à regulação dos interesses prevalentes em cada época e, por via de sua qualidade ordenativa e sistêmica, para criar, extinguir, impor, manter ou ocultar, em convenientes padrões de legalidade (licitude ou incolumidade), as ideologias (de repressão, dominação, permissão) e teorias adotadas nas diversas quadras da história dos privilégios, conflitos e insatisfações humanas.”

entanto, eram fundamentadas no senso inato do juiz. Resta evidenciado, neste contexto, a manipulação do processo judicial decisório como forma de dominação e de repressão. Ingeborg Maus (2010) explica que nas “Cartas dos Juízes” publicadas pelo Ministério da Justiça do Reich, que diziam respeito às decisões judiciais proferidas com base no direito nazista, os juízes alemães são colocados em esfera mítica e autoritária, sendo exortados a não se prestarem a escravos das muletas da lei, devendo interpretá-las de acordo com o que chamavam de senso popular. Ou seja, o chamado “senso popular” abriu uma magistral lacuna de atuação da autoridade, que, com este fundamento, poderia agir de forma absolutamente discricionária e de acordo com os interesses do Führer³.

Indubitavelmente, o Direito surge para regular as relações entre os seres humanos e sua criação, aplicação, modificação e extinção advém de uma técnica, que compreende os procedimentos manejados para a busca de um resultado útil. Ao discorrer acerca da relação entre técnica e ciência, Aroldo Plínio Gonçalves (2001) explica que a técnica, que decorre da prática, precede a ciência. A partir da racionalização da técnica, há viabilização de que a ciência se torne um saber aplicado. A ciência é, dessa maneira, conjunto de conhecimentos fundamentados obtidos através de investigação, a fim de se explicar a realidade. Maria Helena Diniz, ao tratar da ciência jurídica, não logrou êxito em estabelecer uma demarcação conceitual de ciência jurídica e trouxe à baila questionamentos da seguinte ordem: “Tem a ciência jurídica uma atitude teórica ou prática? Ou ambas ao mesmo tempo? Teria uma função crítica?” (DINIZ, 1995, p. 28). A resposta a estes questionamentos veio de maneira esclarecedora pelos ensinamentos de Aroldo Plínio Gonçalves (2001), que trata a ciência jurídica do direito positivo como se subdividindo em Dogmática Jurídica e Teoria Geral do Direito. A Dogmática Jurídica presta-se ao estudo do direito positivo, investigando a conduta através dos procedimentos e modelos jurídicos constantes do ordenamento em vigor. A Dogmática Jurídica cuida da subsunção do fato à norma. Já a Teoria Geral do Direito busca a comparação de conceitos e proposições de ordenamentos jurídicos diversos, traçando suas correlações lógicas, distinções e semelhanças estruturais. Assim, a ciência jurídica, que tem por objeto o direito positivo, investiga aspectos teóricos e práticos. Com relação ao

³ MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2010, p. 66-67: “A grande liberdade da heurística jurídica, já diretamente codificada em 1935, era, todavia, apenas um correspondente da plena anulação da programação legal no próprio direito nazista. Também essa verificação vale para leis de ambas as categorias. Se o direito tradicional se tornou mais aplicável por meio do emprego extensivo de cláusulas gerais existentes e por intermédio da introdução de novas cláusulas para objetivos nazistas, as novas leis do nazismo eram, de antemão, tão *breves e confuses*, providas em tal proporção com preâmbulos ideológicos e conceitos jurídicos indefinidos, que bastou plenamente à tese programática de Freisler de que haveria de *contrariar o entorpecimento do direito escrito através da própria lei*.”

questionamento formulado acerca da existência ou não de função crítica da ciência jurídica, Rosemiro Pereira Leal (2015), partindo da racionalidade crítica de Karl Popper, entende que a Ciência Jurídica deve seguir uma epistemologia quadripartite (Técnica Jurídica, Ciência Jurídica, Teoria Jurídica e Crítica Jurídico-científica) como esforço de sua desdogmatização. Sustenta que a ciência é atividade que visa o esclarecimento da técnica e das teorias através da testificação teorizada dos enunciados técnico-teóricos. A ciência jurídica deve ter como objetivo o permanente esclarecimento, o que se faz por meio da investigação, da ressemantização, refutação, testificação de técnicas e teorias. A crítica deve aferir o grau de certeza do conhecimento científico. E assim, Rosemiro Pereira Leal (2015, p. 18) explica:

A ciência sem a crítica seria a alavanca sem o ponto de apoio, não teria força de razoável demonstrabilidade em função da ausência de justificação prolongadamente testificada. A crítica, como recinto teórico de concorrenciais proposicional, é a atividade intelectual testificadora, enquanto a ciência é a atividade relevantemente esclarecedora, embora não seja de se esperar que a própria conclusão crítica obtenha, necessariamente, crescimento de conhecimentos, mas é certo que poderá escaloná-los em termos comparativos.

Karl Popper (1999) ensina com precisão que toda ciência e filosofia são senso comum esclarecido e que, neste sentido, o ponto de partida para progredir é a crítica, através da qual poderão ser reveladas as fraquezas de uma teoria, o que aguça a produção de outras teorias.

2) O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE NA FORMULAÇÃO DECISIONAL NA PERSPECTIVA DAS TEORIAS DO DIREITO

Incursionando-se por algumas Teorias do Direito – **idealismo, realismo, positivismo** – deve-se buscar a averiguação acerca da forma pela qual as decisões judiciais são formuladas no contexto de cada uma das referidas doutrinas, na medida em que observou-se uma abertura para a atuação da autoridade, que busca, através de escopos metajurídicos⁴, suprir as eventuais lacunas da lei. A discricionariedade na formação das decisões, neste sentido, torna-se exacerbada, ferindo a lógica da processualidade democrática, sobretudo, a partir da promulgação da Constituição da República de 1988. Nas lições de Rosemiro Pereira Leal:

⁴ DINAMARCO, CR. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo : Malheiros, 1993, p. 155: “Não é casual o recente surgimento da ideia de um escopo metajurídico da jurisdição, geralmente localizado na paz social. Ao Estado social contemporâneo repugna a inércia do juiz espectador e conformado; o juiz há de ter a consciência da função que, como agente estatal, é encarregado de desempenhar perante a sociedade.

Em face da teoria constitucional legalmente adotada na Constituição brasileira de 1988, o *momento decisório* não é mais a oportunidade de o juiz fazer justiça ou tornar o direito eficiente e prestante, mas é o instante de uma DECISÃO a ser construída como resultante vinculada à estrutura procedimental regida pelo PROCESSO constitucionalizado. (LEAL, 2002, p. 69)

O ponto comum entre as Teorias do Direito mencionadas é a imputação aos juízes de uma atribuição que extrapola os limites de atuação preconizados hodiernamente em nível de constitucionalidade. Há séculos atrás, de alguma forma, se justificariam os poderes sobrenaturais, extramundanos e superiores dos julgadores de senso inato, o que não mais deveria se justificar na atualidade, no contexto do Estado Democrático de Direito, que exige que as decisões sejam pautadas numa estrutura procedimental de processo constitucionalizado (democrático).

2.1) O idealismo

A doutrina do **idealismo** foi sustentada pelos jusnaturalistas dos séculos XVII a XVIII, que entendiam o direito como sagrado, exterior ao homem e vincado em uma força sobrenatural. Nesta concepção, o direito tem raízes teológicas, concebendo a natureza humana como originariamente social (Locke) ou como ser naturalmente individualista (Hobbes e Rousseau). Na concepção de direito natural de Kant, formalmente houve a separação de direito e moral, de maneira que a norma seria de direito natural acaso reconhecida pela razão pura, independentemente de uma lei exterior ou da existência de um direito positivo. Para Kant, o direito natural vincula-se à ideia de liberdade, orientada pela razão pura, que se preocupa tão somente com os princípios gerais em si mesmos (KANT, 2002)

Baseavam-se em um direito intuitivo de justiça e equidade, eivado de racionalidade e justificado por uma razão a que denominavam razão natural. A partir disso, a atuação dos juízes, naqueles casos em que se admitia a aplicação da equidade, invocava um ideal de justiça, no qual construía o direito a partir das lacunas existentes. Os critérios decisoriais eram teológicos, divinos, sobrenaturais.

Partindo da perspectiva da epistemologia quadripartite de Popper, a ciência jurídica, no contexto do idealismo, torna-se irrefutável, na medida em que, por tratar de um direito sobrenatural, torna-se absolutamente blindado à testificação ou crítica, não podendo, cientificamente, ser falseado⁵.

⁵ POPPER, KR. *Conhecimento objetivo : uma abordagem evolucionária*. Belo Horizonte: Itatiaia; [São Paulo]: Ed. Univ. S. Paulo, 1999, p. 47: “Em sua mais simples forma, o idealism diz: o mundo (que inclui minha

2.2) O realismo jurídico

O **realismo jurídico** desenvolveu-se com maior aptidão nos países anglo-saxões (*common law*), com o objetivo de desmitificação da doutrina do idealismo, colocando a razão como produtora do direito e não mais como reveladora do direito (LEAL, 2014. p. 8), afastando-se investigações metafísicas ou ideológicas, de forma que somente a realidade jurídica, com os fatos sociais e históricos que lhe deram origem, eram considerados. No realismo jurídico, a ideia central é a base de formação do direito a ser aplicado, afastando-se da uma realidade idealizada. Para os realistas, o direito verdadeiro e efetivo é aquele que o tribunal declara ao tratar do caso concreto (DINIZ, 1995, p. 68-69). Assim, no realismo jurídico, o direito pautou-se em um pragmatismo/empirismo exacerbado, com espeque em realidades sócio-culturais e históricas, que deram azo à atuação dos Juízes como produtores do direito, como fonte do direito e sendo vistos como entes carismáticos, que, através de seu senso inato, eram capazes de criar soluções justas para os casos levados à apreciação.

Para o **realismo jurídico norte-americano**, defendido, sobretudo, por Karl Llewellyn, Jerone Frank e John Chipmann Gray, o direito tem como fonte a decisão judicial, sendo, portanto, elaborado pelo Poder Judiciário e consolidado pelo entendimento proferido pela Suprema Corte de Justiça. O magistrado interpreta as normas jurídicas, a partir do caso levado à sua apreciação e a aplicação da lei ou criação de solução a partir da inexistência de norma específica, vão incorporar o realismo jurídico norte-americano. Há absoluta imprevisibilidade das decisões judiciais proferidas neste contexto, pois, segundo Diniz (1995, p. 69), para se conceituar o direito, há necessidade de investigação da efetiva conduta dos juízes, analisando a forma que se comportam, na medida em que o direito efetivo e real é aquele declarado pelos magistrados – independentemente do que expõem em sentença - e não o estabelecido nas normas. Ou seja, o procedimento é estabelecido pelos juízes, da mesma forma que o direito aplicado será por eles formulado. Há, assim, no realismo jurídico, absoluta entrega do destino à autoridade.

audiência presente) é apenas meu sonho. Ora, é claro que esta teoria (embora saibais que é falsa) não é refutável: tudo quanto vós, da minha audiência, puderdes fazer apra convencer-me de vossa existência – falando-me, escrevendo uma carta ou dano-me um pontapé – não tem possibilidade de assumir a força de uma refutação; poise u continuaria dizendo estar sonhando que me falais, ou que recebi uma carta, ou levei um pontapé. (Poder-se-ia dizer que todas essas respostas são, de vários modos, estratégias imunizadores. Assim é, e isto é, um forte argumento contra o idealism. Mas, também, o fato de uma teoria ser auto-imunizante não a refuta.).

O **realismo jurídico escandinavo** teve como expoentes Hägerström, Lundstedt, Oliecrona e Ross, que sustentavam uma hermenêutica antinaturalista do direito, baseando-se em princípios gerais e ideais jurídicos empíricos resultantes da experiência concreta da coletividade (empirismo exegético). Os realistas jurídicos escandinavos eram bastante influenciados pela filosofia da linguagem, que explica o direito como meio de comunicação entre os seres humanos. Dessa forma, o sentido jurídico-normativo das expressões linguísticas era buscado no pragmatismo e dentro do contexto sócio-cultural e histórico, o que o caracteriza como um realismo linguístico. Segundo entendimento dos realista escandinavos, a vigência de uma norma é validada pela aceitação desta mesma norma pelos juízes e tribunais, entendendo ainda que a motivação das decisões do magistrado advém de sua consciência (psicologismo), já que o magistrado é influenciado por uma ideologia normativa. Segundo explica Bobbio (1995, p. 143), o comportamento dos juízes é o foco dos realistas e, para eles, as normas jurídicas são as aplicadas pelos magistrados no exercício de suas funções. A definição do direito não passa pela referência ao legislador que estabelece a norma, mas ao juiz que a aplica ao caso concreto⁶. A crítica a essa doutrina realista se faz no sentido de que a discricionariedade do juiz prevalece sobre a própria norma, gerando, assim, ausência de estabilidade da aplicação do direito, insegurança jurídica e incerteza acerca das decisões judiciais, que podem ser proferidas ao alvedrio e de acordo com o bom (ou mau) senso inato do juiz.

Herbert Hart (1994) trouxe novos contornos à ciência jurídica na Inglaterra, defendendo a superação da jurisprudência analítica e do realismo jurídico escandinavo, através da negação dos critérios empíricos de validade do direito e por acatar o entendimento de existência da ordem jurídica como fenômeno social. Hart colocou as aspirações do direito, inclusive a moral, como possíveis de verificação dentro do próprio ordenamento jurídico, o que expressa uma realidade social.

2.3) O positivismo jurídico

O termo positivismo abarca tanto o positivismo sociológico, quanto o positivismo jurídico. Este, por sua vez, reconhece e aplica apenas o direito positivo, vigente e eficaz em

⁶ BOBBIO, N; *O positivismo jurídico : lições de filosofia do direito*. São Paulo : Ícone, 1995, p. 144: “A escolar realista surgiu e se desenvolveu principalmente nos países anglo-saxônicos, enquanto o positivismo jurídico floresceu sobretudo na Europa continental – o que se explica perfeitamente, já que no mundo anglo-saxônico os juízes desempenham um papel de primeiro plano na produção das normas jurídicas, enquanto no mundo europeu continental a produção do direito é obra essencialmente do legislador. “

determinado ordenamento jurídico. Como explica Leonard Ziesemer Schmitz, para justificar um dos subtítulos de sua obra, qual seja, “Positivismo(s) Jurídico(s) – o mito da completude do ordenamento e o problema de discricionariedade”, o uso da palavra positivismo(s), no plural, foi uma opção didática escolhida, a fim de explicar a existência de mais de um positivismo jurídico, sendo o positivismo exegético e o positivismo normativista de Hans Kelsen (SCHMITZ, 2015, p. 52). Essa corrente positivista jurídica surge com o propósito de cindir o direito da moral ou do direito natural.

O problema da discricionariedade das decisões judiciais persiste ainda no **positivismo jurídico**, o qual exclui os valores ou juízos de valor da ciência jurídica, mantendo-se a essencialidade da aplicação da lei, num ato de subsunção, como ensina a Escola da Exegese, a uma operação silogística, em que a aplicação do direito pelo magistrado se dava a partir da lei como premissa maior, do caso concreto como premissa menor e da decisão como conclusão (GONÇALVES, 2001, p. 36). Essa Escola vincula todo o conteúdo do direito positivo à lei escrita, colocando o juiz em uma função de aplicador absoluto do texto legal, através de mero mecanicismo de subsunção do direito. Ainda na concepção do empirismo exegético, surgiu na Alemanha, no século XIX, o Pandectismo, sendo um de seus expoentes Windscheid. Com base no direito romano, essa escola buscou uma construção sistemática do direito, defendendo o uso do método dedutivo e buscando a aplicação da lei por um processo silogístico.

2.3.1) O positivismo Kelseniano e a discricionariedade das decisões

Em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen sustenta que a interpretação ocorre pelo juiz ou órgão de aplicação do direito, assim como pelos destinatários das normas contidas no ordenamento jurídico, na medida em que pode haver relativa indeterminação da lei, uma indeterminação intencional ou até mesmo uma indeterminação não intencional. Ou seja, Kelsen admite uma abertura de atuação interpretativa pela autoridade, a fim de suprir eventual lacuna no ordenamento jurídico.

Kelsen realiza uma formulação relacional entre a Constituição e a lei e entre lei e sentença, admitindo que não é possível que uma norma tenha abrangência ampla o suficiente a abarcar todas as hipóteses de aplicação, dando ensejo a uma margem de livre apreciação do juiz. Explica ainda que, intencionalmente, a própria norma criada possa deixar em aberto possibilidades para sua interpretação e aplicação, podendo haver ainda situações em que um ato de aplicação do direito tenha uma indeterminação não intencional, gerada pela pluralidade

de significações de uma palavra ou texto em que a norma se manifesta, podendo-se dali extrair diversos significados possíveis.

O positivismo kelseniano, embora propugnador da subsunção da norma aos fatos, excluindo-se a moral da esfera do direito, acaba por dar margem à livre interpretação e criação do direito pela autoridade. Preconiza Kelsen que a Teoria Pura do Direito estabelece uma moldura dentro da qual há possibilidades de aplicação do direito. A crítica que se pode estabelecer é no sentido de que há uma opção política na formulação das normas do ordenamento jurídico, que viabilizam a criação de normas para o caso concreto pelos juízes, naquelas hipóteses em que há suposta lacuna da lei. A situação vai ensejar uma atuação do magistrado que fará opções de interpretação, de acordo com o bom senso, com costumes, analogia, com princípios gerais e equidade, colocando a autoridade em nível de criador de norma para o caso concreto. Esse decisionismo é assentado da seguinte forma:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. [...] Sendo assim, a interpretação de um alei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do Tribunal, especialmente. (KELSEN, 2003, p. 390-391)

Embora tenha sustentado a separação de Direito e moral, o próprio Kelsen acaba por contradizer-se, quando argumenta que no processo de criação do direito, tanto a moral, quanto ideais de justiça, juízos de valor podem incidir sobre a gênese normativa e sobre a aplicação do direito pelo juiz, vez que a própria lei viabiliza essa conduta através de expressões como bem comum e interesse do Estado. Ainda acerca da possibilidade de criação do Direito pelos órgãos julgadores, o que nada mais é que decisionismo, Kelsen articula:

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria o Direito. [...] A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. (KELSEN, 2003, p. 394)

Schmitz defende a importância da Teoria Pura do Direito de Kelsen como um avanço da ciência jurídica, na medida em que a Teoria extirpa conteúdos axiológicos, sociológicos, psicológicos e filosóficos de sua estrutura, afastando interferências de

relativismo valorativo, sem negação da Justiça como componente do Direito. Schmitz argumenta:

Kelsen não considera a aplicação prática do direito como uma questão de ciência jurídica, mas de política judiciária. Política, pois esta sim (ao contrário do Direito) poderia ser invadida por valores. Na verdade, Kelsen, para “proteger” a pureza da ciência do Direito, relega qualquer momento ideológico a planos sociais e políticos; eis a sofisticação de sua teoria.

Em contraposição a este entendimento, poder-se-ia sustentar que separar a prática jurídica (técnica) da ciência jurídica, em razão de opções de aplicação do Direito, a que se chama de política judiciária, não observa a melhor epistemologia, já que o direito positivo é composto pela dogmática jurídica e pela Teoria Geral do Direito, sendo o direito positivo objeto da ciência jurídica. A crítica feita por Schmitz à Teoria Pura de Kelsen vincula-se à decisão judicial e assim expõe que “o problema da teoria pura é, justamente, a discricionariedade e a subjetividade; a teoria pura conduz inevitavelmente à falta de controle do conteúdo das decisões judiciais.” (SCHMITZ, 2015, p. 66). No mesmo sentido, Luiz sustenta que a teoria kelseniana gera um déficit democrático, já que o ato decisório enseja a incidência de preferências pessoais vinculadas à consciência do julgador (Luiz, 2013, p. 51).

A primazia da constituição (garantismo), bem como a atuação judicial jurisprudencializada (ativismo) colocam a interpretação do direito em um falso paradigma de certeza do sentido da lei, que acaba ensejando a imposição das normas criadas pelos juízes quando da aplicação do Direito. Conforme ensina Leal:

No paradigma do Estado Democrático de Direito, [...] o juiz não é árbitro, mediador ou Estado, para individualmente dizer o que o direito legislado é, mas mero operador, como as demais partes e interessados, do sistema jurídico criado e estabilizado por direitos fundamentais líquidos e certos do PROCESSO (não por cláusulas pétreas do discurso prático-moral) desde seus âmbitos instituinte e constituinte. (LEAL, 2014. P. 247)

O processo deve se pautar nos ditamos do Estado Democrático de Direito, devendo ser instituído e desenvolvido pelas partes, com a participação do juiz, observando-se a ampla defesa, contraditório, devendo haver uma interpretação isomênica da lei e fiscalidade processual, garantidores do devido processo legal.

3) A PROIBIÇÃO AO *NON LIQUET* E A DISCRICIONARIEDADE DAS DECISÕES

A legislação brasileira é bastante vasta, contemplando uma infinidade de normas aplicáveis às mais diversas situações cotidianas. Ainda assim, considerando a diversidade ainda maior de situações não vislumbradas, o que já havia sido previsto pelo positivismo de Kelsen, podem surgir demandas para as quais não exista uma norma jurídica específica aplicável. Neste contexto, a LINDB dispõe, em seu art. 4º, que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Ocorre que o permissivo legal, para que a autoridade judiciária decida com base em analogia, costumes e princípios, enseja uma abertura decisória que vai permitir que essa autoridade crie norma naquele caso concreto colocado à apreciação. Para que a decisão judicial seja democrática, há que se observar o caminho discursivo em que as partes participantes do processo (autor, réu, Ministério Público, juiz, advogados) possam discutir criticamente, a partir dos direitos fundamentais líquidos e certos ao contraditório, ampla defesa e isonomia, desde o nível instituinte da lei, ou seja, desde a criação da lei, até o nível constituinte e constituído, qual seja, o da aplicação da lei ao caso concreto.

O problema da abertura decisória ao juiz, no caso da inexistência da lei específica para julgamento do caso concreto, é ainda agravado pelo art. 5º da mesma LINDB, na medida em que preconiza que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Ocorre que há conceitos vagos neste artigo, quais sejam, “fins sociais” e “bem comum”, o que garante à autoridade uma possibilidade de atuação que certamente dará ensejo a sequelas para a lógica da processualidade democrática, na qual a participação crítica-racional das partes é essencial para que haja a construção normativa e estabilização do sentido normativo.

Os artigos 4º e 5º da LINDB dão azo à violência da atuação da autoridade, que age de acordo com costumes, analogias, bem comum e finalidade social, que não são critérios decisórios crítico-racionais, mas conceitos de abertura a decisões incertas e perigosas para a processualidade democrática.

A Teoria Neoinstitucionalista do Processo coloca o processo como instituição que assegura o exercício de direitos fundamentais e, neste sentido, as decisões judiciais não devem ter cunho ativista-garantista, senão vejamos:

Quero esclarecer meu antagonismo ao garantismo e ativismo judicial manejados pela ciência dogmática do direito que tem seu fulcro na dogmática analítica, esta que, por sua vez, preconiza a perpetuação da proibição ao *non liquet* que foi objeto de estudos mais particularizados que fiz em minha obra “Teoria Processual da Decisão Jurídica”.

Ver-se-á que a teoria neoinstitucionalista do processo é uma proposição epistemológica-linguística-autocrítica que se candidata à enucleação de uma coinstitucionalidade em cujo bojo sistêmico o Estado é construído como uma instituição acessória e protossignificativa a se configurar (o que se concebe na pós-modernidade jurídica) como Estado de Direito Democrático já recepcionado na Constituição Brasileira de 1988 com a designação de Estado Democrático de Direito (art. 1º). Esse “Estado”, em minha teoria, é democrático, porque gestado (emerso) e atuado por um direito que não se entrega ao paradigma, em sua operacionalização, da albíca ciência dogmática do direito, logo é concebido como Estado não Dogmático. (LEAL, 2013, p. 3)

Pela Teoria Neoinstitucionalista do Processo, a decisão judicial deve ser fulcrada nos direitos fundamentais à liberdade, ampla defesa e contraditório, atestando direito líquidos e certos e com base em um processo co-instituído deste o nível instituinte do direito. As decisões judiciais devem ser previsíveis, na medida em que a imprevisibilidade propiciada pelas lacunas legislativas gera um vazio que dá azo à atuação da autoridade judiciária que decide de acordo com sua consciência e não com base instituída pela procedimentalidade jurídico-linguística democrática.

Quando há omissão legislativa a respeito da demanda levada à apreciação do órgão jurisdicional, há absoluta iminência da formulação de decisões judiciais ancoradas em analogia, costumes e princípios que não passaram por uma instituição processualizada. Ou seja, a base decisória é valorativa e não normativa. Esse critério decisório fere o preceituado pelo Estado Democrático de Direito, que preconiza a formação da LEI através do **devido processo** alicerçado em direitos fundamentais líquidos e certos da isonomia, contraditório e ampla defesa.

A lei, com suas lacunas e incompletudes, foi preservada pela autoridade, nos estados autocráticos, liberais e sociais como justificativa para atuação da autoridade da maneira que lhe parecer mais conveniente, havendo, assim, atuação de forma a extrapolar os poderes dos legitimados ao processo (povo).

4) CONCLUSÃO:

As relações intersubjetivas ensejaram o surgimento do Direito como instituição reguladora das normas de regulação e pacificação social. Embora seja este o propósito primordial de sua criação, o Direito acabou sendo manejado pelas autoridades, servindo de manobra para a justificação de aterradoras violações da dignidade humana, a exemplo do que ocorreu dos Estados Totalitários da Alemanha e Itália. Nos estados autocráticos, liberais,

sociais e até mesmo no estado democrático de Direito, invocou-se a LEI para a prática do bem e do mal.

A Ciência Jurídica tem como objeto o direito positivo, que compreende em seu bojo a dogmática jurídica e a Teoria Geral do Direito. A dogmática reflete os dogmas, as ideologias da sociedade, trazendo a práxis e os procedimentos adotados na aplicação do direito. A Teoria Geral do Direito, em seus paradigmas idealistas, realistas e positivistas, por exemplo, busca compilar, em cada um destes contextos, os conceitos comuns, a base estrutural consolidada e comum que forma os diversos sistemas jurídicos.

O idealismo jusnaturalista cultuou um direito natural fundado na crença de um poder supremo e extraterreno fundante da norma, que seria preexistencial e exterior ao próprio homem. Numa concepção kantiana, houve a separação entre direito e moral. Obviamente, esse idealismo divagador não foi suficiente para fomentar a necessidade e a busca de respostas pouco mais racionais pelo ser humano. Assim, surge o realismo jurídico norte-americano e escandinavo, que considera o direito existente e fundamentado a partir da realidade de fatos sociais e do historicismo. O positivismo, por sua vez, sobretudo o preconizado por Kelsen, criador da Teoria Pura do Direito, trata a subsunção da norma aos fatos. Houve avanço alavancado pela Teoria de Kelsen, por excluir a moral da esfera do direito. No entanto, a Teoria acaba por dar margem à livre interpretação e criação do direito pela autoridade (decisionismo discricionário), o que fere a lógica da processualidade democrática preconizada pelo Estado Democrático de Direito.

Continuando a amparar a criação normativa pelos juízes e Tribunais numa situação de absoluta discricionariedade, a própria lei brasileira prevê que, havendo omissão da lei, caberá ao juiz decidir o caso posto à sua apreciação de acordo com a analogia, costumes e princípios gerais do Direito. O art. 5º do mencionado diploma legal estabelece que o juiz, ao aplicar a lei, buscará o atendimento aos fins sociais e ao bem comum.

A problemática apresentada e a análise realizada tem dimensão importante, na medida em que o Poder Judiciário tem usurpado de sua função julgadora, com espeque nos artigos 4º e 5º da LINB, norma está que afronta a Constituição da República de 1988, ante o estabelecimento da possibilidade de produção normativa fora do que preconiza o devido processo legislativo e fora das bases da discursividade democrática. Referida usurpação de atribuição pelo Poder Judiciário tem gerado a produção de precedentes, que substituem a produção normativa democrática, em absoluta afronta aos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia. Há que se pensar em como evitar que a autoridade judiciária

legislar e criar normas com bases axiológicas, o que afronta o Estado Democrático de Direito infringindo o devido processo.

Essa abertura decisional à autoridade, que atua sem bases legais e com base em valores, deve ser combatida, vez que cria um ambiente social, econômico e político absolutamente instáveis e imprevisíveis. No Estado Democrático, deve haver previsibilidade das decisões, gerando, assim, segurança jurídica. A imprevisibilidade das decisões judiciais gera violência e insegurança, ante a abertura a uma autoridade mítica, que decide de acordo com seu sentimento e com carga de pessoalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico : lições de filosofia do direito*. São Paulo : Ícone, 1995

CHAMON JUNIOR, LA. *Filosofia do direito na alta modernidade : incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005

DIAS, RC; SOARES, CH. *Técnica processual*. Belo Horizonte, MG : Del Rey, 2015

_____. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte, MG : Del Rey, 2015

DINAMARCO, CR. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo : Malheiros, 1993

DINIZ, MH. *Compêndio de introdução à ciência do direito : introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito*. São Paulo, SP : Saraiva, 1995

GONÇALVES, AP. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro : Aide, 2001

HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo. Ed. Martin Claret, 2002

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2003

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2010

_____. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2014

_____. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. Ed. Landy: São Paulo, 2002

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lênio Streck*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2013

LUHMANN, N. *Sociologia do direito. Niklas Luhmann ; tradução de Gustavo Bayer*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1983

_____. *Introdução à teoria dos sistemas : aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate*. Petrópolis : Vozes, 2011

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2010

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Editora Itatiaias: Belo Horizonte, 1999, p. 193 *eq. seq.*

_____. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Ed. Itatiaia: São Paulo, 1987, Vol, 1 e 2

_____. *O mito do contexto*. Edições 70: Lisboa, 1996

_____. *A lógica da pesquisa científica*. Ed. Cultrix: São Paulo, 2013

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015