

X CONGRESSO DA FEPODI

**DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E TRANSFORMAÇÕES
NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA (ON-LINE)**

A532

Anais do X Congresso da Fepodi [Recurso eletrônico on-line] organização X Congresso da Fepodi: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande;

Coordenadores: Abner da Silva Jaques, João Fernando Pieri de Oliveira e Lívia Gaigher Bósio Campello – Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-798-4

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

Tema: Desenvolvimento, responsabilidade e justiça: a função da ciência jurídica no aperfeiçoamento da sociedade.

1. Desenvolvimento. 2. Responsabilidade. 3. Justiça. I. X Congresso da Fepodi (1:2023 : Campo Grande, MS).

CDU: 34



X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA (ON-LINE)

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 07, 08 e 09 de agosto de 2023, o X Congresso Nacional da FEPODI, em formato híbrido, adotando o seguinte eixo temático: “Desenvolvimento, Responsabilidade e Justiça: A função da Ciência Jurídica no aperfeiçoamento da Sociedade”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável da UFMS e do Centro Universitário UNIGRAN Capital.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 13 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na décima edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 273 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 11 Grupos de Trabalhos, sendo 9 deles presenciais e 2 on-lines, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito, além de mais de 700 acadêmicos inscritos como ouvintes para o evento.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Abner da Silva Jaques

Presidente da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI

João Fernando Pieri de Oliveira

Vice-presidente da Comissão de Acadêmicos e Estagiários da OAB/MS

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável

**MUDOU O SISTEMA? OU MUDOU O DIREITO?: A RELAÇÃO ENTRE
ORDENAMENTO JURÍDICO E SISTEMA E A QUESTÃO DA APLICAÇÃO DO
DIREITO**

**HAS THE SYSTEM CHANGED? OR HAS THE LAW CHANGED?: THE
RELATIONSHIP BETWEEN THE LEGAL SYSTEM AND THE SYSTEM AND THE
ISSUE OF APPLYING THE LAW**

**Gabrielle Valeri Soares
Regina Vera Villas Boas**

Resumo

O estudo ora desenvolvido centra-se na análise de possíveis relações entre ordenamento, sistema e relações de poder. Tenciona, assim, responder ao questionamento, à luz das mudanças inevitáveis trazidas pela globalização: mudou o sistema ou mudou o direito? Objetiva-se, assim, demonstrar a relação entre a temática do poder e a mutabilidade do sistema e do direito. A metodologia de pesquisa utilizada envolve procedimento histórico, observacional e documental, a partir de objetivo explicativo e abordagem qualitativa, de natureza básica. Sob a ótica da globalização e dos seus inerentes impactos na ordem social e econômica, notadamente diante das relações de poder entre os Estados, faz com que surja a importância de se compreender como o direito reage a tais mudanças. Os resultados cotejados pela presente pesquisa demonstram que tanto o direito quanto o sistema mudaram, notadamente quando se analisa o microcosmo da decisão judicial.

Palavras-chave: Ordenamento, Sistema, Mutabilidade, Poder

Abstract/Resumen/Résumé

The study developed here is centered on the analysis of possible relationships between planning, system and power relations. It intends, therefore, to answer the question, in the light of the inevitable changes brought about by globalization: has the system changed or has the law changed? The objective is to demonstrate the relationship between the theme of power and the mutability of the system and the law. The research methodology used involves a historical, observational and documental procedure, based on an explanatory objective and a qualitative approach, of basic nature. From the perspective of globalization and its inherent impacts on the social and economic order, notably in the face of power relations between States, the importance of understanding how the law reacts to such changes arises. The results collated by this research show that both the law and the system have changed, especially when analyzing the microcosm of the judicial decision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ordering, System, Mutability, Power

INTRODUÇÃO

O que é “poder”? Ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior, por meio da obra “*Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*” (SP: Atlas, 2002, p. 16), que o “uso linguístico induz a pensar o “poder” como substância, como coisa, como *res*, como algo que temos e detemos, como temos e detemos um martelo para pregar pregos”; afirmando que, enquanto comportamento, “o uso linguístico aponta menos para uma substância, e faz pensar antes numa relação, a relação de poder. Aqui se torna complexo, mostra-se em relações, forma redes intrincadas, é sistema, tem estrutura e conecta elementos”.

As teorias acerca da questão do poder usualmente são teorias de ordem normativa, tendo em vista que perquirem uma explicação/justificação teórica da obediência. Nesse sentido, por qual razão o poder deve ser obedecido? E a resposta pode apontar uma relação causal, ligada à questão da legitimidade do poder em sua origem (teorias da soberania), ou para uma relação finalista, cuja causa final da obediência residiria no denominado “bem comum” (teorias da função estatal), conforme lecionado por Tércio Sampaio (2002, p. 21/22).

As teorias da soberania implicam uma necessária relação entre *poder* e *ordenamento*, porquanto “se é verdade que um ordenamento jurídico é definido pela soberania, também é verdade que o que é a soberania em determinada sociedade é definido pelo ordenamento”, sendo tratado o “poder”, em face dessas teorias, como fonte do direito. Importante a recordação de que, a partir da Revolução Francesa, a sociedade enfrenta transformações, em que os homens passam a se reunir sob o conceito de “nação”, seguindo-se, assim, uma abstrativização de determinados conceitos, como segurança, política e administração. (SAMPAIO, 2002, p. 24 e 30/31), crescendo a complexidade social e tornando determinados conceitos mais abstratos e operacionais, conforme se extrai da afirmação, a seguir:

A concepção de estrutura, processo, função social, por exemplo, implica certa abstração no conceito de poder, que passa a designar algo que determina, por função estrutural, num processo, a obediência. Por exemplo, se a violência preenche a mesma função que o poder, isto é, faz com que as pessoas obedeçam, então a violência pode ser também poder. Ou seja, poder é tudo o que faz com que as pessoas obedeçam. (SAMPAIO, 2002, p. 31).

Ensina Tércio Sampaio (2002, p. 40 e 45) que a teoria dos sistemas, a seu turno, conduz a possibilidade de o poder ser entendido como um meio de comunicação, generalizado simbolicamente, eis que ele o “poder”, nas sociedades modernas, é ampliado e assume uma conotação de regulação que “não se impõe contra a vontade, mas faz que essa vontade seja dominada, antes de exercer-se (...)”. Exemplifica com as mulheres que podem escolher entre o

aborto ou a concepção final, não decorrendo tal *escolha* de um arbítrio puro, mas sim de uma *concessão do poder*. Nesse sentido, o “poder” (e o direito) tem a função de *imputar consequências* e não *impor uma vontade*, sendo que o submetido prefere evitar as sanções mais a àquele que detém o “poder”, já que “o evitar sanções é incontornável para a função de poder”, de sorte que a inevitabilidade das sanções implica na destruição do próprio poder.

O esquematismo binário, que se refere à condição dos códigos generalizados simbolicamente, é indispensável à combinação entre universalismo e especificação, o que faz com que o “poder” dependa de outras estruturas capazes de formalizá-lo: é, assim, que surgem os esquemas binários próprios da estrutura jurídica, tal como o esquema “lícito/ilícito”. Todavia, há que se atentar para a realidade de que o poder antijurídico também é “poder”, de maneira que o esquematismo jurídico binário só tem validade para o *poder formal*. (SAMPAIO, 2002, p. 50/53).

E ao enfrentar a inevitável questão da *legitimidade*, Tércio Sampaio (2002, p. 57) leciona que o “poder” e o direito não podem ser idealisticamente identificados, sob pena de o poder antijurídico ser visto, tão somente, como pura força: em verdade, o “poder” se revela como legítimo quando é “desconhecido como violência”, assim como se “um código-poder que desvendasse, em sua própria constituição, a força que está em seu fundamento, seria autodestrutivo”.

Mas, o "direito permite, assim, a *reprodução* simplificada do poder sem a necessidade de se repetirem as condições de sua produção. Por meio do esquematismo jurídico, o poder não apenas se vê aliviado da carga de reprodução [...]”, podendo ser movido para outros contextos (SAMPAIO, 2002, p. 59); sendo o poder legítimo - caracterizado pela combinação “lícito/ilícito” e pela presença de práticas dissimuladoras - aquele que possui autoridade, reputação e liderança, sendo a *autoridade* neutralizadora das diferenças de tempo; a *reputação* faz-se presente quando os destinatários do “poder” recebem os conteúdos transmitidos pelo seu detentor, de maneira acrítica, deixando de ser praticado o questionamento; a *liderança* implica influência e na estabilidade do espírito de grupo, com a consequente marginalização do dissenso; aponta, nessa seara, como exemplo microssocial, a decisão de um juiz que se traduz em um ato de poder juridicizado, capaz de criar condições para que o uso da força não seja necessário, neutralizando decepções - e não criando consenso - e controlando a seletividade do sujeito - e não quebrando a sua vontade (SAMPAIO, 2002, p. 60/63 e 70).

A presente pesquisa extrai, das expostas lições de Tércio Sampaio, a existência de uma relação entre *poder* e *ordenamento* e entre *poder* e *decisão judicial*, e pretende traçar a relação entre *ordenamento* e *sistema*, bem como responder à indagação sobre a ocorrência de uma mudança no sistema ou uma mudança no direito. Objetiva, notadamente, refletir sobre a relação existente entre a temática do “poder” e a mutabilidade do sistema e do direito. A metodologia de pesquisa utilizada envolve procedimento histórico, observacional e documental, a partir de objetivo explicativo e abordagem qualitativa, de natureza básica. Os resultados esperados se colocam no cenário da globalização e seus inerentes impactos provocados nas ordens social, econômica e ambiental, em face das relações de poder entre os Estados, fato este que destaca uma crescente importância da compreensão da reação do “direito” diante das mudanças apreciadas.

ORDENAMENTO, SISTEMA E REGRAS DE CALIBRAÇÃO

No que consiste um “ordenamento”? Sabe-se que a validade de uma norma depende do ordenamento, do contexto em que ela se encontra inserida. Em um primeiro momento, pode-se dizer que um ordenamento se refere a um conjunto de normas e, também, a um conjunto de classificações, definições, preâmbulos e exposições de motivos (elementos não normativos), constituindo, ainda, uma estrutura, ou seja, um conjunto de regras aptas a determinarem as relações entre os elementos, assim afirmando Tércio Sampaio, sobre o ordenamento entendido como sistema:

[...] Note bem a diferença: uma sala de aula é um conjunto de elementos, as carteiras, a mesa do professor, o quadro-negro, o giz, o apagador, a porta etc.; todavia, esses elementos, todos juntos, não formam uma sala de aula, pois pode tratar-se de um depósito da escola; é a disposição deles, uns em relação aos outros, que nos permite identificar a sala de aula; essa disposição depende de regras de relacionamento; o conjunto dessas regras e das relações por ela estabelecidas é a *estrutura*. O conjunto dos elementos é apenas o *repertório*. Assim, quando dizemos que a sala de aula é um conjunto de relações (estruturas) e de elementos (repertório), nela pensamos como um *sistema*. O sistema é um complexo que se compõe de uma estrutura e um repertório. Nesse sentido, ordenamento é sistema. (SAMPAIO, 2001, p. 171-172).

Nessa seara, explica Tércio Sampaio (2001, p. 173-174) que o ordenamento, como sistema, é dotado de repertório e estrutura, nem sempre concordando a filosofia e a teoria geral do direito acerca da estrutura e do repertório. Nessa linha, as teorias zetéticas (críticas) do ordenamento “ora estreitam o repertório, considerando elementos do ordenamento apenas as normas (Hans Kelsen), ora reconhecendo nele normas, fatos e valores (Miguel Reale)” e, com

relação à estrutura, podem lhe conferir um caráter lógico-formal Hans (Kelsen) ou dialético (Miguel Reale).

Ao se considerar o ordenamento como um sistema, a decisão de nele incluir os elementos não normativos é uma questão zetética, tendendo a dogmática a considerar o direito como um conjunto sistemático, considerado esse sistema como *dinâmico*, eis que as normas que o compõe, convivem em processo de constante mudança. (SAMPAIO, 2001, p. 173/174). Todavia, nem sempre o ordenamento é visto como sistema. Tanto que, o surgimento dessa ideia, situa-se na gênese do Estado moderno, com o desenvolvimento do capitalismo, ocorrendo uma mudança no que tange à questão do *poder*: a noção de soberania, ínsita a um Estado diverso dos indivíduos, desenvolve-se a partir da relação entre súdito e soberano, não havendo mais, somente uma relação de poder sobre objetos, “mas um poder também sobre o corpo e seus atos, poder sobre o trabalho”, tratando-se do *poder disciplinar*, que é mais contínuo e permanente, matéria esta complementada, conforme a seguir, exposto:

As populações passam a ser, simultaneamente, o *sujeito* das necessidades, das aspirações, e o *objeto* nas mãos do governo. Assim, a soberania, antes uma relação externa entre o senhor e o súdito, toma agora a forma de um exercício interno de comando e de organização. Ela burocratiza-se. Multiplicam-se as agências estatais. O *direito de soberania transforma-se também num direito de sistematização centralizada das normas de exercício do poder de gestão*. (SAMPAIO, 2001, p. 174 a 176).

O ordenamento como sistema dinâmico guarda relação com esse “direito de sistematização centralizada das normas de exercício do poder de gestão”: a positivação certifica a mutabilidade do direito, porquanto “criou-se a possibilidade de uma manipulação de estruturas contraditórias, sem que a contradição afetasse a função normativa (...)”. aceitando-se, assim, a mudança, as inconsistências e as divergências sem grandes críticas (SAMPAIO, 2001, p. 176). O conceito que permite conceber o direito de maneira dinâmica é o conceito de “validade”, observado que se uma norma vale, ela vale *em relação a algo*, surgindo as relações de validade enquanto relações de imunização, em que *uma norma é imunizada por outra, sendo, portanto, válida*. A validade pode ser condicional ou finalística, demandando a validade condicional uma observância aos meios, exibindo a validade finalística uma necessidade de adequação dos meios aos fins, com o fito de estes sejam atingidos. (SAMPAIO, 2001, p. 177/181).

Tércio Sampaio (2001, p. 183- 185) leciona que a problemática da validade faz com que surja a nova questão sobre “se existe um ponto de Arquimedes no ordenamento, capaz de fundar a validade de todas as normas”, lembrando Kelsen que afirma ser a norma fundamental

pressuposta e que exsurgiria como uma condição do pensamento dogmático; Hart que cogita acerca da existência de uma norma de reconhecimento, assumida, do ponto de vista interno, por aqueles que aplicam o direito; Bobbio que defende a noção de identificação entre a última norma e um ato de poder. Pragmaticamente, porém, é possível considerar que o sistema do ordenamento não se reduz a “uma (única) unidade hierárquica, não tendo estrutura de pirâmide, mas estrutura circular de competências referidas mutuamente, dotada de coesão”, afirmando, ainda, a existência de variadas séries hierárquicas no sistema, que podem surgir ao despontar a necessidade de uma mudança no padrão de funcionamento do sistema; sendo a criação dessas novas normas-origem designadas por “regras de calibração”, conforme a seguir exposto:

Pois bem, nossa hipótese é de que os ordenamentos ou sistemas normativos jurídicos são constituídos primariamente por normas (repertório do sistema) que guardam entre si relações de validade reguladas por regras de calibração (estrutura do sistema). Como sistema, eles atuam num meio ambiente, a vida social, que lhes impõe demandas (pede decisão de conflitos). Para essa atuação ou funcionamento, as normas têm de estar imunizadas contra a indiferença, o que ocorre pela constituição de séries hierárquicas de validade, que culminam em uma norma-origem. Quando, porém, uma série não dá conta das demandas, o sistema exige uma mudança em seu *padrão* de funcionamento, o que ocorre pela criação de uma nova norma-origem e, em consequência, uma nova série hierárquica. O que regula essa criação e, portanto, a mudança de padrão, são suas regras de calibração. Graças a elas, o sistema muda de padrão, mas não se desintegra: continua funcionando. (SAMPAIO, 2001, p. 188).

Referidas regras de calibração possuem diversas funções, sendo uma delas a conservação da relação “autoridade-sujeito” de forma dinâmica, em que os sistemas normativos seriam, assim, autopoieticos e capazes de se estabilizar frente a perturbações externas. (SAMPAIO, 2001, p. 189); não se devendo, todavia, menosprezar a importância de tais “perturbações externas”, eis que nas teorias da soberania, o ordenamento é definido pela soberania e a soberania pelo ordenamento e, em sendo constituído o “poder”, como uma fonte do direito, não é exequível prescindir – ao pretender pensar se o sistema mudou ou não – da análise das relações de poder que permeiam determinada sociedade. Sob a égide da teoria da comunicação, o direito permite a reprodução simplificada do poder – e o poder surge como legítimo, havendo a congruência dos esquematismos binários (lícito/ilícito) e das práticas dissimuladoras que o embasam: a “combinatória dos esquematismos forte/fraco e lícito/ilícito nos permite dizer que o código-poder tende a reproduzir o predomínio de um arbitrário cultural, contribuindo, desse modo, para a reprodução das relações de força que colocam esse arbitrário em posição dominante” (SAMPAIO, 2002, p. 57).

Dizer se o direito mudou ou se o sistema mudou depende, em grande medida, inferir se as relações de poder em determinada sociedade sofreram ou não alguma mudança, conferida uma pista sobre referida relação que “explica, no direito moderno, a preponderância do padrão constitucional, fundado no princípio da legalidade, e que conduz a dogmática a pensar o ordenamento como um sistema unitário, é uma razão de ordem ideológica: a forte presença do Estado e a concepção liberal do direito”. (SAMPAIO, 2001, p. 192).

Repisada a questão da abstrativização relacionada ao surgimento da “Nação”, em detrimento da figura do “rei”, volta-se as observações à seara do Judiciário, considerado um dos três poderes, embora, num primeiro momento, neutralizado politicamente, mormente o fortalecimento da lei enquanto fonte do direito. O controle de constitucionalidade (1801-1835), sob a influência de Marshall, não “fazia do Judiciário um poder político, mas lhe dava competência para atuar como um freio às aspirações políticas dos outros Poderes (...)”, assim, o “Judiciário não concentra a força, mas filtra o seu uso (...)”. Com o advento do Estado do Bem-Estar Social, os juízes passam a ter a função de examinar se os demais poderes estão ou não concretizando os resultados previstos nas normas garantidoras das liberdades positivas, o que repolitiza o Judiciário, na medida em que o Estado passa a poder ser responsabilizado pela violação dos direitos subjetivos dos cidadãos, cabendo ao Judiciário efetuar referido julgamento. (SAMPAIO, p. 17-18 e 20/22).

Diversos foram os autores que se debruçaram no estudo da decisão judicial, sendo vários os paradigmas de “juiz ideal” e de “modelo de decisão judicial ideal”. Hans Kelsen, especificamente no capítulo VIII da obra “Teoria Pura do Direito”, aborda o tema da decisão judicial, inferindo, em um primeiro momento, que a interpretação é “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. (KELSEN, 2009, p. 387). Kelsen explica que a norma do escalão superior (por exemplo, a Constituição seria uma norma superior se confrontada com uma lei) regula “o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer [...]” (KELSEN, 2009, p. 388).

Entretanto, infere Kelsen, que a norma do escalão superior “tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.” (KELSEN, 2009, p. 388-390 e 399). Em virtude do exposto, Kelsen conclui que “todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica

quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado”. A indeterminação pode ser intencional ou não intencional, sendo relevante, na opinião de Kelsen, que a indeterminação oferta diversas possibilidades à aplicação do Direito, não sendo capaz a interpretação de conduzir para uma única solução correta, mas sim a diversas soluções, cada qual dotada de igual valor, extraíndo-se da lição:

Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo. (KELSEN, 2009, p. 391).

Constata que, na visão de Hans Kelsen, não existiria qualquer método interpretativo que pudesse atingir uma única interpretação da norma, considerada “correta, de sorte que todos “os métodos de interpretação, até o presente elaborados, conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”. Kelsen entende que perquirir sobre qual é a interpretação “correta” não é nem mesmo uma questão de Ciência Jurídica ou de Teoria Geral do Direito, mas sim de política do Direito e, em virtude deste fato, “a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é uma função voluntária, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral”; além de que no exercício dessa função voluntária, ainda é possível ao órgão jurídico “produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN, 2009, p. 392-394).

Nesse sentido, surge, então, a problemática do decisionismo ou do voluntarismo dos juízes, em que o paradigma positivista parece não ser capaz de explicar, com precisão, o momento da adjudicação/aplicação do direito; a ponderação de princípios seria uma técnica desenvolvida à margem do sistema, em que a determinação do princípio mais relevante pode dissimular relações de força; a aplicação do direito, assim, envolve um jogo de poder. (SAMPAIO, p. 08/09). O modo decisionista de pensar remete à ideia de que a fonte de todo o direito remete a uma decisão soberana (*Auctoritas, non veritas facit legem* – Hobbes).

Importante, a constatação de que a presença de uma ordem jurídica abstrata e formal permite a verificabilidade e o controle das decisões jurídicas e políticas: assim, governos totalitários dificilmente conseguem conviver com o positivismo jurídico, entendido que a decisão judicial *não pode consubstanciar-se em um ato de vontade do magistrado*: a discricionariedade leva ao ativismo. Tomado o pressuposto de que é no momento da aplicação

do direito, que se observa a convenção dos magistrados acerca das fontes, é especialmente relevante discernir como os juízes decidem os casos; e, então, como explicar, assim, as decisões tomadas nos chamados “*hard cases*”, nas quais os princípios de moralidade ou de políticas públicas prevalecem em face das regras com *pedigree*?, resposta essa, assim ofertada por Ronald Dworkin: “o direito seria um instrumento de controle do exercício da coerção pelo Estado por meio de decisões políticas prévias sobre quando esse exercício seria legítimo”, e tal conceito de direito poderia ser melhor trabalhado por meio das diferentes concepções de direito (MARANHÃO, p. 52/53 e 59/60).

Assim, em cada momento de aplicação do direito, o direito termina por ser moralmente justificado, observado que no “*Império do Direito*”, Dworkin também defende que os juízes não podem simplesmente criar direito novo, estruturando um modelo de decisão judicial dividido em duas dimensões: uma, preocupada com o fluir do texto quando comparado com as decisões pretéritas; outra, voltada para a pergunta sobre qual seria a melhor leitura, quando relacionada às possibilidades de decisões.

CONCLUSÃO

Das considerações tecidas, compreende-se que ocorreram mudanças tanto do sistema, quanto do direito: no microcosmo da aplicação do direito pelo juiz, entrevê-se que os mecanismos de controle de constitucionalidade, aliados à função do juiz de avaliar a concretização de direitos fundamentais (de ordem individual, coletiva, social ou mesmo difusa), e aliados à possibilidade de responsabilização dos demais poderes, revelam a exigência de uma *prestação de contas*: voluntarismos e decisionismos não permitem uma verificabilidade das decisões, mas sim a exigência de que se perquirira uma *resposta correta* aos conflitos submetidos à apreciação jurisdicional. Tal *prestação de contas* vincula e limita o próprio poder ao ordenamento, anotado às reflexões, o artigo intitulado “The Death Of Rules and Standards”, em que os autores propõem à imaginação dos homens “um mundo onde os legisladores promulgam um catálogo de leis precisamente adaptadas, especificando o comportamento exato que é permitido em cada situação” (CASEY e NIBLETT, 2017, p. 1042).

Mesmo se fosse o caso, a problemática da subsunção ainda persiste: “... a aceitação geral de que a justiça *deve ser feita* não leva, por si, à premissa de que a ação X é *injusta* e, portanto, *deve ser rejeitada*. É preciso dizer o que é a justiça e provar que a ação X é um caso de *ação injusta*. Eis o problema da subsunção” (SAMPAIO, p. 12).

REFERÊNCIAS:

CASEY, Anthony J. and NIBLETT, Anthony (2017) "**The Death of Rules and Standards**," Indiana Law Journal: Vol. 92: Iss. 4, Article 3.

FERRAZ JÚNIOR, TÉRCIO SAMPAIO. **Argumentação jurídica**. 2 ed. Barueri, SP: Manole, 2016

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S/A: 2012.