

IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO,
DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO**

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Paulo Cezar Dias; Fabio Fernandes Neves Benfatti; Paulo Campanha Santana – Florianópolis: CONPEDI, 2026.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-564-4

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

Tema: Constituição, Processo e Justiça Social: o papel da jurisdição constitucional na efetivação de direitos

2. Teorias da justiça. 3. Argumentação e realismo jurídico. IX Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2026: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito — CONPEDI realizou o IX Encontro Virtual do CONPEDI, que aconteceu de 22 a 26 de junho de 2026, em formato integralmente on-line, com o tema “Constituição, Processo e Justiça Social: o papel da jurisdição constitucional na efetivação de direitos”.

A realização de mais uma edição virtual reafirma o compromisso do CONPEDI com a promoção do conhecimento jurídico acessível, democrático e plural, fortalecendo a integração da comunidade acadêmica nacional e ampliando os espaços de apresentação e debate da produção científica em Direito.

Nesta edição, o evento propõe uma reflexão sobre os desafios contemporâneos da jurisdição constitucional na efetivação de direitos, especialmente diante das demandas sociais, institucionais e democráticas que atravessam o cenário jurídico brasileiro, no TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO I, teve a apresentação dos seguintes artigos:

A CONSTRUÇÃO ARGUMENTATIVA NO DISCURSO DO INQUÉRITO NO. 4.781/19: UMA NARRAÇÃO MARCADA POR INTENÇÕES PERSUASIVAS, Audrey do Nascimento Sabbatini Martins , Cassiana Anunciata Caglioni. A discussão que se instaura a partir da análise do discurso do Inquérito no. 4.781/19, conhecido como Inquérito das Fakes News remete a um aglomerado de vozes que, a partir da modalização enunciativa, consagra o direcionamento do olhar do intérprete de modo que o enunciador, no caso o relator, dita o

AGENDA 2030 E AMARTYA SEN: A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA TEORIA DAS CAPACIDADES HUMANAS E LIBERDADES SUBSTANTIVAS, Luciana Raposo Mota , Maria Paula Santos dos Santos , José Claudio Monteiro de Brito Filho, A Agenda 2030 a partir da teoria de Amartya Sen, a qual abrange as capacidades humanas e as liberdades substantivas. Observa-se que há uma articulação teórica entre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e a abordagem do autor, razão pela qual se mostra relevante a discussão acerca dos reflexos efetivamente produzidos nas políticas públicas alinhadas às metas globais. Além disso, a pesquisa se justifica pela lacuna existente entre os estudos de Filosofia Política, Amartya Sen e os objetivos da Agenda 2030. Desse modo, busca-se responder à seguinte pergunta-problema: em que medida a Agenda 2030 instrumentaliza, de modo coerente e eficaz, a teoria das capacidades e das liberdades substantivas de Amartya Sen em seus Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)? Isso porque, ao compreender o pensamento filosófico de Sen, torna-se possível traçar semelhanças entre as pautas de desenvolvimento humano da Agenda e os conceitos formulados pelo autor.

EFETIVIDADE JURÍDICA POLICÊNTRICA: O ESTADO CATALISADOR COMO ORQUESTRADOR DOS VETORES NORMATIVO, PRAGMÁTICO E SOCIOLÓGICO, Mario Marrathma Lopes de Oliveira , Rommel Oliveira Bezerra , Tatila de Jesus Alcântara Duarte. A crise crônica de efetividade do Direito contemporâneo, evidenciada pelo abismo entre as promessas legais e a realidade fática, fenômeno conceituado como constitucionalização simbólica. O objetivo central consiste em propor um modelo teórico integrativo, denominado efetividade jurídica policêntrica, destinado a superar as limitações de abordagens unidimensionais, a exemplo do normativismo dogmático e da análise econômica ortodoxa.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM REDES SOCIAIS E RACIONALIDADE DECISÓRIA: O PROBLEMA DA APLICAÇÃO DOS PARÂMETROS DO STF PELAS INSTÂNCIAS INFERIORES, Aline Bespalez Rodrigues, A judicialização de conflitos

Miyamoto, Investiga as transformações das tradições e seus impactos na subjetividade e na esfera pública na modernidade, com foco nas dinâmicas democráticas contemporâneas. A modernidade, caracterizada por rupturas e reconfigurações constantes, desafia a consolidação da democracia, especialmente na América Latina.

O DILEMA DO ADVOGADO-PROFESSOR FRENTE À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E À LIQUIDEZ DISCENTE: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NO ENSINO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO, Viviane Cristina Martiniuk , Bárbara Sachse , Danilo de Oliveira Silva. A docência jurídica brasileira atravessa um momento de crise silenciosa. Advogados que também lecionam enfrentam, cotidianamente, a desatenção discente e o uso superficial da Inteligência Artificial (IA) como substituto do esforço intelectual. Partindo da perspectiva de quem transita entre a prática forense e a sala de aula, o trabalho investiga o perfil do "aluno líquido", marcado pela dificuldade com a leitura densa e pelo declínio do comprometimento com o estudo aprofundado, fenômenos potencializados pela cultura digital e pela busca incessante por gratificações imediatas. Discute-se, ainda, como a IA tem sido frequentemente empregada como atalho para tarefas acadêmicas, gerando implicações éticas sérias, como o plágio, e comprometendo o desenvolvimento de competências jurídicas essenciais. As inquietações desses profissionais são ancoradas em doutrina especializada, pesquisas em pedagogia e sociologia da educação, estudos sobre comportamento acadêmico na era digital e relatórios de órgãos como OAB e MEC.

O JUIZ NO PROCESSO PENAL: HERMENÊUTICA, PARTICIPAÇÃO E SUPERAÇÃO DO MODELO INQUISITÓRIO À LUZ DO CPC/2015, Arthur Ricardo Silva Travaglia , Elve Miguel Cenci , Felipe Hiroaki Ikeda, Uma releitura crítica do papel do juiz no processo penal brasileiro à luz da hermenêutica contemporânea e dos paradigmas cooperativos introduzidos pelo Código de Processo Civil de 2015. Sustenta-se que, embora destinado ao processo civil, o CPC/2015 inaugura uma virada normativa capaz de influenciar outras esferas processuais, em especial a penal, por meio da analogia e da integração principiológica. A análise percorre a persistência de traços inquisitórios na atuação judicial

passo, o presente artigo investiga a atuação do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) sob a perspectiva metodológica da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, buscando compreender como o Judiciário tem aferido a validade procedimental do sistema de cotas.

POR QUE AS DEMOCRACIAS ELEGEM BARRABÁS? O CONSTITUCIONALISMO DE RESENTIMENTO E A ASCENSÃO DO LÍDER-ESPELHO, Alexander Fabiano Ribeiro Santos, O fenômeno de erosão endógena das democracias liberais contemporâneas, caracterizado pela eleição de lideranças autocráticas. O problema de pesquisa investiga de que maneira o insulamento técnico e contramajoritário das cortes constitucionais atua como catalisador do ressentimento social, impulsionando o eleitorado a abdicar de suas garantias fundamentais em favor de uma identificação carismática com o "Líder-Espelho".

PREVENÇÃO E REPARAÇÃO NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO: UMA ANÁLISE RAWLSIANA DA CULTURA EMPRESARIAL BRASILEIRA, Paula Silva de Castro Ribeiro , Vanessa Rocha Ferreira. A relação entre prevenção e reparação no meio ambiente de trabalho, utilizando como marco teórico a teoria da justiça como equidade de John Rawls. O objetivo central consiste em analisar como a cultura jurídica e empresarial brasileira, historicamente focada na reparação pecuniária pós-dano em detrimento da prevenção, afeta a concretização de um ambiente seguro e saudável, bem como sua aderência aos princípios rawlsianos. Ao priorizar a saúde, a segurança e a equidade, o trabalho consolida-se como um espaço de ampla promoção humana, permitindo a materialização do ideal rawlsiano de sociedade verdadeiramente justa.

RESGATE DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO ESTADUNIDENSE: A LEGISPRUDENCE DE JULIUS COHEN COMO CRÍTICA À TEORIA DO DIREITO CENTRADA NOS TRIBUNAIS, Marcelo Raimundo da Silva Lemes, A contribuição de Julius Cohen para a formação de uma teoria jurídica da legislação, a partir da reconstrução analítica de seus textos “Towards Realism in Legisprudence” (1950) e “Legisprudence: Problems and Agenda” (1983). Sustenta-se que, antes da consolidação europeia do conceito teórico de

DEMOCRACIA, Igor Emanuel de Souza Marques , Alice Sophia Franco Diniz , Noemi Duarte Silva, Investiga a relação entre verdade, argumentação e legitimidade democrática no contexto da comunicação digital contemporânea. Compreender de que maneira a reorganização algorítmica da esfera pública compromete as condições hermenêuticas, discursivas e políticas indispensáveis à democracia deliberativa. Sustenta-se que o problema contemporâneo não se reduz à disseminação de desinformação ou à intensificação da polarização política, mas envolve uma transformação estrutural das condições públicas do razoável e da própria possibilidade de construção compartilhada da legitimidade democrática. buscando compreender os impactos da fragmentação digital sobre a racionalidade pública, a experiência democrática do reconhecimento e as estruturas contemporâneas de produção da legitimidade política.

Fabio Fernandes Neves Benfatti

Paulo Cezar Dias

Paulo Campanha Santana

**RESGATE DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO ESTADUNIDENSE: A
LEGISPRUDENCE DE JULIUS COHEN COMO CRÍTICA À TEORIA DO DIREITO
CENTRADA NOS TRIBUNAIS**

**RECOVERING AMERICAN LEGISLATION THEORY: JULIUS COHEN'S
LEGISPRUDENCE AS THE CRITIQUE OF COURT-CENTERED
JURISPRUDENCE**

Marcelo Raimundo da Silva Lemes

Resumo

O artigo examina a contribuição de Julius Cohen para a formação de uma teoria jurídica da legislação, a partir da reconstrução analítica de seus textos “Towards Realism in Legisprudence” (1950) e “Legisprudence: Problems and Agenda” (1983). O problema investigado consiste em saber em que medida a legisprudence coheniana permite reconsiderar a teoria da legislação como objeto próprio da teoria do direito, para além da tradição predominantemente centrada na decisão judicial. A pesquisa adota metodologia teórica, de natureza bibliográfica e qualitativa, com revisão qualificada dos textos de Cohen, juntamente com diálogo crítico com a literatura contemporânea sobre legisprudência. Sustenta-se que, antes da consolidação europeia do conceito teórico de “legisprudência” por Luc J. Wintgens, Cohen já havia formulado uma agenda realista para o estudo da produção legislativa, dos fatos legislativos, da justificação parlamentar, da interpretação da lei e da avaliação da legislação. Conclui-se que a recuperação de Cohen nos permite reconstruir uma genealogia mais rigorosa do conceito de “legisprudência”, evitando que os usos e aplicações do termo no Brasil sejam reduzidos exclusivamente à matriz europeia contemporânea.

Palavras-chave: Teoria da legislação, Legisprudência, Julius cohen, Realismo jurídico, Teoria do direito

Abstract/Resumen/Résumé

This article examines Julius Cohen's contribution to the formation of a legal theory of legislation through an analytical reconstruction of his texts “Towards Realism in

a more rigorous genealogy of the concept of “legisprudence,” preventing the uses and applications of the term in Brazil from being reduced exclusively to the contemporary European framework.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legislation theory, Legisprudence, Julius cohen, Legal realism, Legal theory

1 INTRODUÇÃO

Os estudos jurídicos brasileiros ainda se caracterizam por um déficit de tratamento teórico e metodológico acerca da decisão legislativa, sobretudo quando se pretende compreender a legislação como prática institucional situada, atravessada por constrangimentos constitucionais e por dinâmicas políticas, mas que ainda assim deve ser submetida a padrões de racionalidade, justificabilidade e controle compatíveis com um sistema constitucional de garantias.

De fato, ainda hoje, em muitos trabalhos, a decisão legislativa aparece apenas como “fonte” ou resultado normativo final a ser interpretada, ou como “fato político” externo ao Direito. Torna-se urgente, pois, o acesso analítico ao processo decisório que produz a norma e às condições que explicam sua forma, sua matéria, seus limites e seus efeitos, de maneira a reorientar o olhar dos constitucionalistas da “norma-produto” para a “norma-processo”, indagando-se sobre a gênese normativa sob a dinâmica constitucional contemporânea que é “político-jurídica”.

Como provoca Mauro Zamboni (2026), desde os estudos escandinavos de *Law and Politics*, a teoria do direito contemporânea sofre de um vício de origem, relacionado à ênfase em uma análise exaustiva da validade e da eficácia apenas da lei posta, o que faz manter os estudos legislativos na periferia da doutrina constitucional, além de conservar a lei tão-somente como pressuposto para atuação judicial, e não como objeto de análise teórica.

Por essa razão, pensamos que as produções doutrinárias de direito constitucional, mesmo na atualidade ainda se concentram, em geral, na sistematização de jurisprudência e de decisões judiciais, ao estilo – como assinala Dimoulis (2021, p. 25-26) – de um “noticiarismo forense”, o que, aliás, é visto também no tratamento analítico das normas legais pela mesma doutrina, a qual tende ao resumo enumerativo ou tipologizante de leis, com a finalidade de “noticiarismo legislativo”.

No Brasil, a literatura jurídica recente sobre teoria da legislação, especialmente em pesquisas de mestrado e doutorado entre 2015 e 2025, tende a assumir orientação predominantemente normativista, o que abre espaço para novas frentes de investigação sobre a decisão legislativa. Essa literatura, em quase sua totalidade, encontra-se focada na operacionalização da racionalidade do agir legislativo como um “ponto de vista hermenêutico”, a partir de uma perspectiva mais “jusfilosófica” do que “justeórica”, para analisar a qualidade da legislação sob o Estado Democrático de Direito, e a racionalidade da justificação jurídica do ator parlamentar. Por tais razões, em tal literatura, predomina, como marco teórico, a famosa

proposta de “legisprudência” desenvolvida pelo filósofo do direito belga Luc J. Wintgens, para nomear o campo autônomo da teoria da legislação dentro dos estudos jurídicos em geral¹.

Nesse quadro, destaca-se que, mais recentemente, foi publicada uma revisão sistemática da literatura europeia e anglo-saxã sobre teorias jurídicas da legislação, em que se fez um balanço da legisprudência wintgensiana. Nessa revisão, foi conceituada a “legisprudência” como uma “disciplina”, portanto, crítico-normativa voltada à racionalidade e à justificação da legislação, a qual deveria constituir capítulo central de uma teoria do direito voltada à produção legislativa (Wintgens; Oliver-Lalana, 2023, p. 2092; 2095).

Mesmo nessa revisão, não se imputa o conceito de legisprudência ao seu autor original, que foi Julius Cohen (1950), o que, automaticamente, faz que a literatura brasileira desconheça esse autor². Essa lacuna é relevante pois, como será melhor entendido neste artigo, Cohen não apenas utilizou a expressão *legisprudence* antes de sua consolidação europeia, como também a vinculou a uma crítica específica ao monopólio judicial da teoria do direito, propondo uma agenda própria para o estudo dos fatos legislativos, da hermenêutica legislativa, da justificação parlamentar e da avaliação da legislação, que vai se desenvolver em linhas de pesquisa próprias do Direito e Economia (*Law and Politics*).

À vista disso, o presente artigo parte, então, do seguinte problema: *em que medida a legisprudence formulada por Julius Cohen permite reconsiderar a teoria da legislação como objeto próprio da teoria do direito, para além da tradição predominantemente centrada na decisão judicial?* A hipótese sustentada é que a contribuição de Julius Cohen permite

¹ A revisão dessa literatura foi feita a partir da base de dados da Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações, disponível em: <https://bdtd.ibict.br/vufind/>. No referido site, usamos o descritor <”legisprudência”>, sem indicar campos de busca, para o período de 2015 a 2025. Esse levantamento resultou na identificação de 12 trabalhos, sendo 8 dissertações de mestrado e 4 teses de doutorado. Constatou-se que, ao passo que todos os estudos analisados citam expressamente Wintgens, apenas uma pesquisa, especificamente a tese de Chevitarese (2015, p. 158), mencionou Cohen na discussão teórica referente à legisprudência, e, ainda assim, de maneira indireta, por intermédio da obra de Ferreira Filho (2012). O *corpus* de análise foi composto pelos seguintes trabalhos: Chevitarese (2015), Kaitel (2016), Prete (2016), Aleixo (2017), Gomes (2017), Santos (2017), Gontijo (2018), Jorge (2018), Velasco (2021), Braga (2022), Boselli (2023) e Shaw (2023).

² Para informação, parece-nos que Luc Wintgens nunca atribuiu o conceito que lhe deu importância teórica, ou seja, o conceito de legisprudência a Cohen. Comprovamos isso a partir de sistemática leitura sua produção entre 1992 e 2012. Confirma-se esse fato que o seu primeiro texto público sobre o tema não cita Cohen em nenhum momento. Isso ocorreu no texto *Création d’une banque de données en legisprudence* [tradução livre: “Criação de uma base de dados em ‘legisprudência’”] do ano de 1992, em que Wintgens, pela primeira vez na sua produção acadêmica, usa o conceito de “legisprudência” para nomear a sua teoria da legislação, emulando a discussão estadunidense desenvolvida por Cohen (1983), porém sem referencia-la diretamente. Corrobora essa nossa interpretação a afirmação do próprio Wintgens no artigo “*Rationality in legislation - legal theory as legisprudence: an introduction*” de 2002, no qual se menciona expressamente que foi ele, Wintgens, que originalmente cunhou o conceito de “legisprudência”, sendo “seu” este conceito quando publicou o texto “*Création d’une banque de données en legisprudence*” de 1992. Para informação, ver Wintgens (2002, p. 01-02). Desde 1992, portanto, Wintgens utiliza o conceito de “legisprudência” como sinônimo, em geral, de “teoria da legislação” como disciplina própria dentro da teoria e filosofia do direito.

reconstruir uma genealogia real da “legisprudência”, anterior à sua consolidação europeia, vinculada ao realismo jurídico estadunidense e à crítica da teoria do direito centrada nos tribunais, apesar de isso ser desconhecido ou desconsiderado pelos estudos europeus e, por consequência, pelos estudos brasileiros sobre teoria da legislação em sentido amplo.

O objetivo geral do artigo é reconstruir a contribuição de Julius Cohen para a teoria da legislação, demonstrando sua relevância para o debate contemporâneo sobre legisprudência. Como objetivos específicos, busca-se: i) examinar o sentido da crítica de Cohen ao monopólio judicial da jurisprudence estadunidense na década de 1950; ii) analisar os principais argumentos apresentados por Cohen em etapa posterior, precisamente nos anos 1980; e iii) analisar os legados imediatos da legisprudência coheniana nos estudos jurídicos no final dos anos 1980.

Metodologicamente, a pesquisa caracteriza-se como estudo teórico, de natureza bibliográfica e qualitativa, situado no campo da teoria do direito. Trata-se, portanto, de uma investigação conceitual e reconstrutiva, voltada à delimitação de um problema teórico, referente à possibilidade de tratar o legislador, a decisão legislativa e a justificação parlamentar como objetos próprios da teoria jurídica.

O corpus principal é composto pelos dois artigos de Cohen sobre o tema: “*Towards Realism in Legisprudence*”, publicado em 1950, e “*Legisprudence: Problems and Agenda*”, publicado em 1983. A análise foi desenvolvida por meio de revisão qualificada da literatura, sem pretensão de revisão sistemática, consistindo na reconstrução conceitual dos argumentos de Cohen. A escolha desses textos justifica-se porque ambos permitem reconstruir a formulação inicial e a posterior reabilitação da proposta coheniana, em dois momentos distintos da teoria jurídica estadunidense: i) primeiro, no contexto do realismo jurídico e de sua crítica ao formalismo judicial; e, depois, ii) no cenário pós-realista, marcado pela retomada de problemas ligados à interpretação e à institucionalidade da legislação.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Contextualização teórico-conceitual

Especialmente no século XVIII na França, houve um pensamento “nomófilo iluminista” em favor das qualidades que a lei deveria possuir enquanto expressão racional da vontade geral ou da nação, a exemplo de Jean-Jacques Rousseau, Charles-Louis de Secondat (Barão de Montesquieu), Denis Diderot, Marie-Jean-Antoine-Nicolas de Caritat (Marquês de Condorcet) e Cesare Beccaria. Desta forma, a *bonne loi* deveria ser geral, abstrata, clara, precisa e pública, constituindo corpos normativos editados em vista do bem comum, sendo derivadas dos ditames

da razão humana, e não de uma autoridade política suprema. Ao mesmo tempo, essas discussões foram realizadas na Inglaterra, a partir da perspectiva jus-analítica de Jeremy Bentham, que defendeu uma racionalização legislativa para fins de reforma social, em função da supremacia do Parlamento no *common law* (Chiassoni, 2019; Herzog, 2024).

Na verdade, essa perspectiva “legicêntrica” não implicava uma teorização acerca do processo legislativo em si, haja vista que a legislação, à época, não era concebida como instrumento automático para reformar a sociedade, e sim como uma estratégia normativa para que o Estado pós-Antigo Regime monopolizasse as fontes jurídicas, em prol da segurança jurídica e da igualdade formal, objetivos inerentes ao *ethos* burguês, além de limitar os poderes dos atores judiciais, que à época representavam e pertenciam à nobreza (Herzog, 2024).

Sob a ótica analítica deste artigo, essa incursão histórica no sistema de *civil law* permite, em suma, identificar, na história moderna ocidental, a gênese de uma lacuna teórica que se projeta até a contemporaneidade. No século XX, ao mesmo tempo em que um conjunto de teóricos passaram a trazer a racionalidade legislativa para o centro da discussão, como foram, na Europa, os casos de Norberto Bobbio (1971), Jerzy Wróblewski (1979) e Aulis Aarnio (1983), especificamente nos EUA esse questionamento da hegemonia de uma “teoria do direito centrada apenas na decisão judicial” (*judge-centered jurisprudence*) é muito mais anterior que as discussões europeias. Esse foi o caso da teorização proposta por Julius Cohen no ano de 1950 e reabilitada nos anos 1980.

Como se vê, em síntese, a partir da segunda metade do século XX tanto nos EUA quanto na Europa ocidental, notamos uma virada fundamental do direito como “dado” para o direito como “prática institucional nomogenética”, o que foi decisivo para a apreensão da “lei” como objeto de pesquisa jurídica, agora enfatizando os aspectos, antes negligenciados, relacionados à qualidade racional do próprio processo legislativo. Contudo, é de notar que as produções acadêmicas brasileiras sobre o tema acabam trazendo debates mais predominantes no contexto europeu, haja vista a similitude de nosso sistema jurídico com os sistemas de *civil law*.

Isso ocorre, pois, a discussão de uma teoria da legislação como uma área disciplinar autônoma proveio, majoritariamente dos principais paradigmas alemão (Meßerschmidt, 2008a; 2008b), espanhol (Atienza, 2022) e belga (Wintgens), e, de certa forma, quando se busca analisar a arena parlamentar/legislativa, as discussões acerca da “dignidade da legislação” (Waldron, 1999). Igualmente, teorizações interpretativistas ou pós-positivistas, como a de Ronald Dworkin (1986), nos EUA, e de Robert Alexy (2001), na Alemanha, trouxeram a necessidade da justificação e da integridade na produção normativa, o que trouxe novos aspectos para se pensar a dimensão justificatória também da produção legislativa.

No todo, essas contribuições levaram ao surgimento, nos anos oitenta e noventa, de uma nova frente de estudos centrados na produção racional da legislação, que passou a ser conhecida, mesmo com certa impropriedade conceitual, de “legisprudência”. Como explicam Wintgens e Oliver-Lalana (2023, p. 2094):

É nesse contexto que a legisprudência [*legisprudence*] emerge como um projeto distinto, buscando compreender a legislação como uma atividade racional integrante do sistema jurídico em si mesma, superando, assim, a cisão entre a produção (política) e a aplicação e interpretação (jurídicas) do direito. Nessa tarefa, a legisprudência herda o legado do Iluminismo, mas sua pergunta fundacional — o que implica legislar racionalmente? — exige uma resposta atualizada. (tradução livre do original em inglês)

Entendida atualmente como uma disciplina ao mesmo tempo voltada à racionalidade e à justificação axiológica e jurídica da legislação, sendo, portanto, um ramo da teoria do direito (*jurisprudence*) cujo objeto é a teoria da legislação, a legisprudência aparece, portanto, no contexto europeu continental no final do século XX, como uma abordagem justeórica “crítico-normativa” (Wintgens; Oliver-Lalana, 2023, p. 2092-2094).

No entanto, como indicado na nossa introdução, faz-se estranho que Wintgens e Oliver-Lalana (2023), em sua revisão teórica sobre o tema, não tenham assumido, em nenhum momento, que o termo “legisprudência”, na verdade, é uma criação do contexto do realismo jurídico estadunidense, sendo originalmente cunhada por Julius Cohen. Esse é o objeto da próxima seção.

2.2 A *legisprudence* como invenção conceitual da teoria do direito estadunidense

Com efeito, como sustentam Chiassoni (2019, p. 256), e Ferraro e Zorzetto (2022, p. 01), o uso do termo “legisprudência” para nomear a “teoria da legislação” não deve ser visto como uma inovação europeia-romano-germânica, pois o conceito foi cunhado originalmente por Julius Cohen, no ano de 1950, no artigo “*Towards Realism in Legisprudence*” [tradução livre: “*Rumo ao realismo na Teoria do Direito centrada na Legislação*”].

Neste artigo, circunscrito à teoria do direito dos EUA, e devido ao foco principal do realismo jurídico na decisão judicial, Cohen já criticava a falta de atenção devida à legislação por parte dos teóricos realistas, os quais buscavam a superação do raciocínio jurídico formalista,

considerado por demais “mecanicista”, embora não empreendesse a mesma crítica ao direito produzido pelo Parlamento, ou seja, ao “direito legislado” (*legislative law*)³.

Assim, o realismo jurídico concentrou sua crítica ao formalismo exclusivamente na esfera do direito judicial (*judge-made law*), tendo seus méritos ao desmistificar a suposta neutralidade do magistrado ao produzir o direito, de maneira que era necessário tornar tal processo de criação judicial da norma mais transparente e mais controlável e previsível, a fim de trazer ao lume, por exemplo, a intromissão judicial no processo decisório que deveria pertencer ao Executivo ou ao Legislativo, no caso das políticas públicas (*policy-making*). Sob essas premissas realistas, o próprio conceito de *jurisprudence* se fazia muito genérico, pois compreendia toda e qualquer teorização jurídica ou justeórica a apenas a partir da centralidade dos tribunais (Cohen, 1950, p. 886).

Exatamente nesse ponto, Cohen já denunciava a unilateralidade do movimento realista, que atacava apenas o formalismo referente às decisões judiciais e não às decisões legislativas. Deste modo, tendo em vista que os realistas tratavam como “direito genuíno” apenas aquilo que recebia o rótulo de direito feito judicialmente, pelos magistrados, deixando em segundo plano a racionalização da produção legislativa, Cohen defendia a mesma virada realista (*realist turn*) para a análise de instâncias legislativas e deliberativas, como as casas legislativas federal, estaduais e locais, que se caracterizavam por ser arenas em que o escopo da formulação de políticas é consideravelmente maior (Cohen, 1950, p. 886-887).

Cohen constatou, assim, que os realistas consideravam o “direito” (*law*) tão-somente como sinônimo de “decisões judiciais” (*decisions of courts*), esquecendo-se de que o direito legislado (*legislative law*) também funcionava como fonte normativo-jurídica na formulação de políticas, e não apenas um fator que o tribunal deverá considerar na adjudicação.

De fato, o alerta de Cohen à limitação da unidade de análise apenas ao Judiciário por parte dos teóricos à época empobrecia o projeto realista, visto que (i) deslocava a análise da racionalidade jurídica para um ponto tardio do processo nomogenético, quando a política, na formulação, já se converteu em texto, e o conflito já chegou ao Judiciário, (ii) além de obscurecer o fato de que grande parte da regulação social e das escolhas distributivas ocorre

³ Brian Bix (2020, p. 233-234) elucida essa questão no contexto da teoria jurídica dos EUA: “A análise sobre o direito que era dominante à época em que os realistas escreviam era objeto de crítica, tido como sendo ‘formalista’ [...]. A noção de que a maior parte das decisões judiciais deveria ou poderia ser deduzida de conceitos ou regras gerais, sem qualquer atenção às condições e consequências do ‘mundo real’, era chamada pelos críticos [realistas] de ‘teoria mecânica do direito’ (*mechanical jurisprudence*). Um exemplo disso é a decisão da Suprema Corte [...], no caso *Sugar Trust, United States v E. C. Knight Co.* [156 U.S.1, 1895]”.

sem litígio, por cumprimento, conformidade, fiscalização administrativa ou simples adaptação estratégica dos destinatários

Nesse sentido, fazia-se lógica e teoreticamente contraditório que os realistas não consideravam também a realidade da decisão legislativa, em que se produzia determinada lei, em geral, que independe, em geral, de ação judicial para ser obedecida, produzindo, portanto, impactos e consequências práticas para o jurista profissional, pois não era possível, teórica e metodologicamente, reivindicar um “realismo genuíno”, se se ignorava a realidade da decisão legislativa, que produz impactos sociais muito antes de qualquer judicialização. É nesse horizonte, pois, que se fazia pertinente a sugestão de Cohen para que a formação jurídica igualmente abandonasse o “monopólio do ponto de vista judicial”:

À medida que a disciplina de “Legislação” passe rapidamente a ocupar posição de destaque nos programas de ensino de nossas faculdades de Direito, e à medida que o ensino jurídico comece a se afastar do tradicional método centrado exclusivamente em “estudos de caso”, cresce o reconhecimento de que os juristas precisam ser capacitados para lidarem com a formulação de políticas em diferentes arenas decisórias, tanto na esfera judicial quanto na legislativa [...] Ao menos, já percebemos sinais de que as próprias faculdades de Direito, que por décadas sustentaram o predomínio da perspectiva judicial, tendem a reduzir o apoio ao “monopólio do ponto de vista judicial”. (Cohen, 1950, p. 888; tradução livre do original em inglês).

Assim, como se desconhece como é o processo legislativo de formulação de políticas públicas devido à ênfase na decisão judicial, o realismo jurídico deveria desenvolver ferramentas científicas para tal mensuração, como por meio da apuração independente dos “fatos”⁴ que surgem no âmbito legislativo, ou de “fatos” durante as audiências públicas em comissões técnicas.

Como sustenta Cohen (1950, p. 889-890), nessas instâncias, não há neutralidade informacional, porque a formulação, por via legislativa, de políticas públicas resulta de uma conjugação de interesses e de disputas interpretativas, de modo que os chamados “fatos”, os quais instruem a deliberação parlamentar, raramente se apresentam como dados simplesmente “objetivos” e “consensuais” *a priori*. Ademais, nesses espaços, também há seleção de evidências, disputas narrativas e incentivos estratégicos; por isso, uma agenda realista consistente implicaria tratar o “levantamento de fatos” (*fact-finding*) no Legislativo como

⁴ Importa observar que Cohen não categoriza tais fatos como “*legislative facts*” (fatos legislativos) como tratou Kenneth Culp Davis (1942) em trabalho anterior intitulado “*An approach to problems of evidence in the administrative process*”. Além disso, Cohen traz, aqui, três possibilidades de estudo de caso referentes à Lei Taft-Hartley (*Labor-Management Relations Act*, 1947), aos pontos-base (*basing points*) e ao problema dos deslocados e refugiados da 2ª Guerra Mundial (*displaced persons*).

objeto próprio de pesquisa, desenvolvendo critérios e métodos para avaliar a qualidade, a representatividade e a confiabilidade do material que possa subsidiar a deliberação parlamentar.

Consequentemente, na ótica do magistrado, a avaliação da medida não deveria ficar refém apenas dos “fatos” selecionados pelas partes em litígio, com base, unicamente, nos interesses políticos das mesmas “partes” expostos em debates parlamentares e audiências públicas, muitas vezes atravessados por disputas estratégicas e por interesses conjunturais e de ordem eleitoral. Portanto, a ausência de neutralidade na produção da prova ou na arguição dos fatos contamina tanto o processo de decisão do legislador quanto do juiz.

Nesse sentido, como já alertava Jeremy Bentham no início do século XIX, quando defendia, na Inglaterra, a criação de um “Ministério da Justiça” como solução institucional para melhor preparar os legisladores na função de formuladores de políticas e de responsáveis pela orientação normativa das escolhas públicas (vide Pound, 1943, p. 331-332), faz-se “realista” justeiramente que também os atores judiciais busquem informações confiáveis e fidedignas, com base em métodos científicos aplicados.

Vemos que a crítica de Cohen e a proposta de Bentham convergem, embora situadas em épocas distintas, para a necessidade de que a racionalidade normativa, por via judicial e por via legislativa, depende de decisões amparadas em evidências, ou, mais precisamente, da capacidade institucional de produzir, selecionar e processar informação relevante. Do ponto de vista legisprudencial, isso significa que a qualidade da legislação não é um dom natural presumível do agente político, sendo a lei, ao contrário, oriunda de uma decisão que exige estruturas de suporte técnico. Assim, a “decisão legislativa”, que ocorre ao longo da trajetória institucional de uma proposição, deve ser analisada pelos mecanismos que produzem, filtram e estabilizam razões públicas e justificativas também no processo legislativo.

Diante disso, os teóricos do direito não podem considerar que os fatos legislativos sejam um “dado” apriorístico “verdadeiro”, considerando que o âmbito legislativo-parlamentar é um espaço de representação de interesses políticos, e não apenas de interesses “jurídicos” ou “legais”.

Portanto, o realismo jurídico deve sair da naturalização *apriorística* dos fatos legislativos, haja vista que a produção da legislação é um processo inerentemente politizado, muitas vezes sujeito a manipulações com base em interesses imediatistas, uma dinâmica que, muitas vezes, escapa à capacidade de análise até mesmo dos corpos técnicos dos parlamentos,

frequentemente limitados à técnica legislativa formal e carentes, à época dos 1950, de instrumentos para a investigação empírica mais complexa⁵.

Dito isto, o Parlamento pode também ser dominado por uma espécie de “princípio do barulho” (“*noise principle*”) enquanto lógica dominante na produção da legislação. Esse princípio sinaliza a predominância, no processo legislativo, de uma postura reativa casuística por parte dos parlamentares, que, na prática, gestionam e canalizam pressões sem atacar as causas estruturais dos problemas, ao ensejar a produção de legislação volátil e simbólica, feita para recompensar ou silenciar grupos de pressão, distante de uma agregação juridicamente fundamentada dos interesses coletivos⁶.

Por fim, Cohen aponta, que nos anos cinquenta, eram raros os estudos sobre a produção legislativa, tanto no plano federal quanto no plano estadual, que investigassem o “antes e o depois” das leis em execução, à distinção do âmbito executivo federal, em que se conduziam estudos exemplares sobre políticas públicas agrícola, laboral, financeiro-orçamentária e econômica, o que já fornecia aos congressistas *inputs* empíricos para melhores resultados em deliberações sobre políticas.

Em outras palavras, se algo análogo a um “Ministério da Justiça”, no sistema de *common law*, era necessário para auxiliar os tribunais na aferição da eficácia da política judicial aprovada e em tramitação, algo semelhante, porém de escopo consideravelmente maior, seria necessário para a ocorrência de uma produção normativa efetivamente racional e científica, o que pressupunha a necessidade de se estudar justeoricamente a produção da legislação, por meio de uma “legisprudência realista” (*realism in jurisprudence*), *i.e.*, através das lentes de uma “teoria jurídica da produção da legislação” (Cohen, 1950, p. 897).

Ressaltamos, então, que o conceito “legisprudência” foi formulado no contexto específico da *jurisprudence* estadunidense dos anos cinquenta, como uma proposta teórico-analítica para os teóricos realistas estudarem a produção do direito desde o Poder Legislativo, incluindo aspectos referentes a “fatos” que exsurtem ao longo do processo legiferante e que

⁵ “Os Serviços de Referência Legislativa, tanto na Câmara quanto no Senado, não estão estruturados para conduzir esse tipo de pesquisa. Sua função principal consiste em reunir materiais secundários de consulta e prestar apoio ao trabalho técnico de redação de projetos de lei. [...] Em algumas ocasiões, os “consultores” das comissões técnicas são enviados a campo para coletar informações pertinentes. Muitos desses chamados “consultores” não têm competência para realizar pesquisas de alto nível, sobretudo quando ela envolve o estudo de fenômenos sociais, econômicos e psicológicos complexos. Entre tais profissionais, é comum encontrar advogados, autoproclamados economistas, jornalistas, profissionais de relações públicas e comissionados indicados pelos parlamentares, sem formação acadêmica.” (Cohen, 1950, p. 894; tradução livre do original em inglês).

⁶ “É certo supor que, em termos bem gerais, o [...] ‘princípio do barulho’ (*noise principle*) [...] ainda é a lógica predominante na formulação legislativa de políticas públicas [nos EUA]. [...] o princípio [significa] esperar para ver quem berra e, então, confortar o berro da melhor maneira possível, apenas para observar quem vai berrar depois.” (Cohen, 1950, p. 895; tradução livre do original em inglês).

possuem valor para o labor advocatício. Enfatiza-se que tal proposta foi direcionada expressamente aos realistas, que “lamentavelmente” investigavam – conforme diz literalmente Cohen – o processo decisório de produção do direito apenas a partir de dados judiciais, deixando de lado os dados legislativos⁷.

2.3 Reabilitação e desenvolvimento do projeto “legisprudencial” de Cohen na década de 1980

Em artigo posterior, produzido depois de 33 anos da publicação de “*Towards Realism in Legisprudence*”, e com o intuito de indicar uma agenda de pesquisa sugestiva e não exaustiva, Cohen trará novamente o tema da legisprudência no artigo “*Legisprudence: problems and agenda*” (1983) [tradução livre: “*Teoria do Direito centrada na Legislação: problemas e agenda de pesquisa*”], que será, para a época, o texto que veio a consolidar a teoria da legislação como área específica da teoria jurídica norte-americana já em um período pós-realista, de predomínio do interpretacionismo.

Nesse novo estudo, a “legisprudência” é definida como uma teorização do direito centrada na legislação, em contraposição terminológica com o estudo justeórico do componente judicial da ordem jurídica, que, por sua vez, se refere à teoria jurídica centrada no magistrado e na decisão judicial, o que Cohen denomina como “*judicativeprudence*”, isto é, a teorização jurídica circunscrita ao componente judicial da ordem jurídica (juiz e a decisão judicial), em contraposição, do lado legislativo, à “legisprudence”, que, por sua vez, designa a teorização do direito centrada na legislação enquanto componente próprio do sistema jurídico (Cohen, 1983, p. 1163).

Denunciando a negligência em relação à análise jurídica da normogênese por via parlamentar, o que legitima a centralidade unilateral da arena judicial para a resolução de conflitos políticos, Cohen observa o diminuto avanço do entendimento justeórico e jusfilosófico acerca da produção de normas pelo legislador entre as décadas de 1950 e 1980, razão pela qual busca propor algumas agendas de pesquisa⁸.

⁷ Contemporaneamente, isso não significa dizer que o realismo jurídico norte-americano não possuía uma “teoria da legislação” (ver Chiassoni, 2019, p. 258-266. Ver também Brunet; Millard; Mindus, 2013).

⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2025, p. 307-308) lembra com propriedade que Cohen fazia parte do desenvolvimento da “arte legística” dos EUA desde 1949, pois, neste ano, ele publicou um manual que sistematizou práticas empiricistas - não científicas - a partir de práticas e roteiros de *drafting* [redação legislativa], incluindo discussões extralegísticas. Esse manual foi o “*Materials and Problems on Legislation*”, que continha seis capítulos: Capítulo 1 - “*Gauging the efficacy of proposed legislation*” [“Medindo a eficácia da legislação proposta”], cujo objeto era a “predição” dos efeitos, inclusive no que se denomina hoje de avaliação *ex post*; Capítulo 2 - “*Ascertaining the ‘meaning’ of legislation language*” [“Aferindo o ‘sentido’ da linguagem da lei”]; Capítulo 3 - “*The integration of public policy: statutes as principles*” [“A integração da política pública: as leis

Observamos que uma motivação adicional para isso residia na conjuntura justeórica anglo-saxã à época, na qual as abordagens interpretativistas de orientação dworkiana acabariam por recolocar os princípios como elementos normativos vinculantes também ao processo legislativo e não apenas judicial, o que deslocava a discussão do controle judicial *ex post* para a racionalidade *ex ante* do próprio legislar.

Por consequência, superando a visão de que a integridade e a coerência de princípios seriam exigências restritas apenas à decisão judicial, passa a haver uma moralidade comunitária, em que valores coletivos também fundamentam as decisões no domínio parlamentar. Portanto, passam a existir evidências quanto a vinculações e responsabilidades principiológicas-morais na produção do direito em geral, alcançando a seara legislativa.

Inobstante a isso, apesar do giro interpretativo (*interpretive turn*) desde Dworkin já apontar elementos de coerência e integridade, influenciado pela Ciência Política à época Cohen entendia que, no âmbito legislativo, a teoria do direito deveria lidar com questões de ordem não jurídica em sentido estrito, como a questão das “negociatas” (*logrolling*) e da “politicagem” (*wheeling and dealing*), ou seja, das “manobras” e “barganhas de poder” (*horse trading*), o que exigia a inclusão, por parte do pesquisador, de variáveis de ordem ideológica e partidárias. Nessa acepção, os juristas tradicionais tendiam a entender que o “terreno” específico e problemático da “província” jurídica parlamentar movido pela lógica do poder eleitoral e da patronagem (*pork barrel*) se diferenciava, radicalmente, do lado judicial, entendido como “nobre”, “reflexivo”, “deliberativo” e “objetivo”.

A esse respeito, essa contraposição existente entre os próprios juristas entre um legislador “irracional” e um juiz “racional” era assaz caricatural e exagerada, visto que também o juiz lidava com política em seus *decisi*, enquanto o legislador também decidia com base em normas jurídicas no oferecimento de proposições legislativas.

No entanto, assiste razão a Cohen (1983, p. 1166) quanto à indispensabilidade de modelos teóricos jurídicos para analisar a criação do direito no Parlamento. Tal necessidade justifica-se pois: i) o processo legislativo pode ser, em muitos aspectos, até mais complexo que o judicial, pois o primeiro exige a redução de múltiplas vozes dissonantes a um consenso a ser formalizado em norma jurídica; e ii) o próprio processo decisório judicial não se encontra imune

como princípios”]; Capítulo 4 - “*The drafting of Legislation*” [“A redação dos projetos”], com utilização expressa de manuais de redação legislativa, como o do Estado de New Jersey, incluindo relatórios do Poder Executivo, da década de 1930, que tratavam da escrita de leis; Capítulo 5 - “*The legislative lawyer: lobbyist, strategist and advocate*” [“O advogado legislativo: o lobista, o estrategista e o advogado”], com foco no letramento jurídico sobre o processo legislativo; e Capítulo 6 - “*Problems relating to investigations under Legislative authority*” [“Problemas relativos a investigações pelo Legislativo”], que trata dos limites constitucionais ao poder fiscalizatório legislativo.

à política, uma vez que considerações de ordem pragmática e valorativa relacionadas ao “bem comum” ou a “bens coletivos” permeiam a adjudicação. Consequentemente, dado que a decisão judicial e a decisão legislativa ocorrem a partir de processos decisórios distintos, porém complementares, a doutrina deve contrastar, analiticamente, as funcionalidades específicas de ambos os processos de decisão jurídica, sem hierarquizá-los de antemão, ou seja, sem um estudo empírico prévio.

Tendo isso em mente, nos anos oitenta, Cohen (1983, p. 1172-1178) propunha, em conclusão, a seguinte agenda de problemas para o desenvolvimento da pesquisa jurisprudencial: i) o “controle sobre o significado legislativo” (*control over legislative meaning*), como é o caso das interpretações judiciais da legislação, as quais ocorrem, muitas vezes, de maneira politizada e não apenas “judicante”, o que faz que magistrados atuem como legisladores, mesmo sem terem o mandato representativo ínsito ao Parlamento, sobretudo quando a legislação possui linguagem abstrata ou vaga, fruto de compromissos e de barganhas político-partidárias no âmbito legislativo; ii) o problema analítico do princípio do “interesse público” (*the public interest*) como padrão de avaliação ou de justificação no processo legiferante, seja na dimensão substantiva, seja na dimensão procedimental; iii) a questão do Judiciário e do Legislativo como “guardião institucional último dos direitos subjetivos” (*the problem of legislative or judicial supremacy*), em que se “captura” o modelo de regras II de Dworkin para justificar, politicamente, que Judiciário deveria se preocupar com princípios e direitos fundamentais ao passo que o Legislativo deveria se circunscrever a decidir sobre políticas públicas e bens coletivos. Tal alegação acaba, novamente, por ser caricatural e falaz, considerando que ambas as decisões, judiciais e legislativas, tratam de políticas e de princípios jurídico-morais, a depender do caso concreto.; iv) a necessidade de serem levados a sério também os “precedentes legislativos” (*integration of legislation and adjudication*), em analogia à centralidade dos “precedentes judiciais” no *common law*, como mostram os casos de *overruling* legislativo de julgados; e vi) o desenvolvimento de pesquisa empírica para se avançar estudos sobre a avaliação da legislação (*problems of criticism*), nos planos da “efetividade legislativa”, da “coerência legislativa” e da “justificação moral” ou “moralidade” da lei.

Especificamente no tema da moralidade da legislação, Cohen (1983, p. 1180-1181) torna tal dimensão central para compreender os meios e os fins legislativos. Nessa linha, podemos defender a adoção dos critérios procedimentais de Lon Fuller (2022 [1964]), como clareza, publicidade como balizas éticas fundamentais e substantivas e não apenas de ordem técnica.

Pode-se pensar, assim, em uma “moralidade dos meios”, na qual o déficit de racionalidade legislativa, a exemplo de leis ambíguas, contraditórias ou inexecutáveis, configura, na verdade, uma violação da própria integridade do direito, longe de representar apenas falhas de “técnica legislativa” formal. Ainda hoje, trata-se de orientação útil pois nos permite uma avaliação juridicamente controlável da qualidade da lei, sem depender de juízos sobre a “vontade do legislador” ou sobre a adesão do legislador a objetivos políticos determinados.

2.4 Legados imediatos da *legisprudence* coheniana

Na mesma época, William Eskridge Jr. e Philip Frickey (1987), em “*Legislation Scholarship and Pedagogy in the Post-Legal Process Era* [tradução livre: “*Doutrina e Pedagogia da Legislação na Era Pós-Processualista*”], adotaram o legado de Julius Cohen referente à inovadora conceitualização da “legisprudência” na teoria do direito. Para tanto, a partir do ponto de vista do ensino do Direito, Eskridge Jr. e Frickey (1987, p. 690-691) verificaram, com lamentação, que o tema da legislação permanecia relegado a uma disciplina acadêmica de segunda classe, o que exigia a construção de uma abordagem doutrinária mais sistemática e “realista”.

Logo, tendo em vista que o *common law* norte-americano se tornava cada vez mais formalizado por leis, transformando o Estado em um sistema cada vez mais “legislado” (*statutorified*) e dependente de “legislação” positivada, os programas de ensino jurídico deveriam também incluir cursos e disciplinas sobre legislação, porém de maneira mais teórico-analítica (*theory-driven*) e menos técnica, capaz de dotar o futuro jurista de competências fundamentais para compreender as dinâmicas e as características político-institucionais da produção normativa estatal, abarcando tanto a interpretação da lei já “posta” (*statutory law*) quanto a análise das proposições em elaboração e do processo decisório político subjacente (*lawmaking*).

Igualmente, Eskridge Jr. e Frickey (1987, p. 693) já enfatizavam que os estudantes de Direito deveriam aprender a raciocinar juridicamente de forma abrangente, de maneira a saber mobilizar tanto o raciocínio para interpretar decisões judiciais quanto o raciocínio para interpretar a legislação positivada (*statutes*)⁹. A despeito disso, dado que as disciplinas e o

⁹ “O raciocínio jurídico que se depreende da lei (*statute*) não equivale ao raciocínio jurídico que se depreende quando se analisa uma decisão judicial (*judicial opinion*). Um tribunal deve fundamentar juridicamente a sua decisão, ao passo que o Legislativo, muitas vezes, se limita a uma linguagem de comando (*imperative language*),

ensino negligenciavam a interpretação legislativa, os estudantes reforçavam o entendimento de que raciocinar a partir de estatutos era menos relevante, menos interessante ou menos exigente intelectualmente do que raciocinar a partir de acórdãos judiciais.

Uma solução proposta pelos autores, no sentido de valorização acadêmica dos estudos de legislação, era entender tais estudos como parte necessária da teoria e da prática profissional do direito, razão pela qual se fazia essencial a incorporação da abordagem legisprudencial como eixo obrigatório no ensino jurídico, em conjunto com as tradicionais abordagens focadas na decisão judicial.

À luz desse diagnóstico, parece plausível tratar a abordagem legisprudencial (*legisprudential*) integrada com a tradicional (*jurisprudential*) como correção de uma assimetria formativa, pois, ainda hoje, o currículo jurídico tende a reforçar a percepção de que o direito se esgota no que emanaria das cortes e, com isso, subestima (i) os desafios próprios da interpretação da lei em meio a diversas fontes jurídicas, bem como (ii) a compreensão do processo de produção legislativa que condiciona a própria adjudicação, mormente no que se refere à reconstrução da racionalidade da lei a partir de seu iter decisório. Um indício contemporâneo disso é a predominância da doutrina com função de “noticiarismo judicial”, como bem colocado por Dimoulis (2021, p. 25-26).

Nesse horizonte, havendo maior letramento em interpretação legislativa na formação jurídica básica, espera-se maior capacidade de operar com o direito como prática de produção normativa, e melhoria de qualidade da análise do raciocínio judicial, visto que muitas controvérsias constitucionais e infraconstitucionais dependem, em grande medida, da compreensão adequada da função, do desenho institucional e da racionalidade da decisão legislativa.

Mesmo assim, Eskridge Jr. e Frickey entendiam que apenas a incorporação da legisprudência não seria suficiente para o melhoramento da formação justeórica e advocatícia, considerando que os guias doutrinários mais aclamados à época, como o manual “*The Legal Process: basic problems in the making and application of law*” [tradução livre: “*Processo Legal: problemas básicos na elaboração e na aplicação do direito*”] de Henry M. Hart e Albert M. Sacks – utilizado, em seus quatro volumes, como material de ensino básico nas *law schools*

com escassa fundamentação. Para se tornarem advogados competentes, os estudantes de Direito devem, então, ser capazes de dominar ambos os tipos de raciocínio jurídico.” (Eskridge Jr. e Frickey, 1987, p. 692; tradução livre do original em inglês). Importa entender que *statute*, no contexto do direito brasileiro, corresponderia à “lei” ou “legislação” posta, em sentido formal, como um ato normativo aprovado pelo Poder Legislativo e promulgado pelo poder Executivo, sendo, portanto, inferior à Constituição, como são os casos das leis ordinárias e leis complementares. Nesse sentido, “*statutory law*” pode ser traduzido como leis infraconstitucionais, em contraste com as normas constitucionais e com normas infralegais.

desde o ano de 1958 – estavam desatualizados, já que não incluíam também a teoria da legislação como tópico de estudo.

Portanto, a ampliação da teoria do direito nos manuais de Hart e Sacks era imperiosa e fazia parte do debate pós-*legal process* que já estava em andamento nos EUA, motivo pelo qual os mesmos autores, Eskridge Jr. e Frickey, propuseram, já em 1987, a adoção de um novo manual doutrinário, sob o título “*Statutes and the Creation of Public Policy*” [tradução livre: “*Legislação e formulação de políticas públicas*”]¹⁰.

Nesse novo manual, Eskridge Jr. e Frickey (1987, p. 725-730) defendiam uma reconceitualização dogmática da doutrina do *Legal Process*, a qual, embora predominante, ainda se mantinha limitada e, inclusive, anacrônica. Isso implicava substituir o ensino exclusivamente casuístico por módulos que expusesse os estudantes a: i) técnicas de redação e engenharia jurídico-normativa (*legislative drafting*); ii) mapeamento do ciclo de políticas públicas (*policy analysis*), em matriz legis-jurisprudencial; iii) métodos de interpretação em conflito, e seus custos institucionais; e iv) simulações legislativas, como simulações de comissões parlamentares, de audiências públicas legislativas, e de desenho e negociação de emendas, para que o futuro jurista pudesse compreender como normas jurídicas nascem, alteram e se estabilizam também desde a perspectiva legisprudencial, incluindo estudos de caso. Não é de surpreender que tais sugestões tiveram por base o aprendizado da Análise Econômica do Direito, na vertente da Teoria da Escolha Pública, assim como da Ciência Política, pois o foco estava no entendimento das dinâmicas decisórias:

Para tanto, Eskridge Jr. e Frickey propuseram uma virada metodológica pluralista realista, que se consolidou academicamente no ensino jurídico dos EUA, combinando *insights* da hermenêutica finalista (*purposive interpretation*) e do textualismo com aqueles da economia política via *public choice*, dos estudos empíricos do processo legislativo, da análise institucional e da avaliação de impacto. Diante dessa nova frente de entendimento das decisões jurídicas, o jurista poderia entender a interpretação de maneira dinâmica, com maior sensibilidade à política (*politics*) do desenho do processo de normogênese, buscando compreender a racionalidade, os critérios de validade e qualidade, o desenho de procedimentos, e as condições de legitimidade

¹⁰ Esta obra foi efetivamente publicada pelos referidos autores em 1988, sob o título “*Cases and Materials on Legislation and Regulation: Statutes and the Creation of Public Policy*” [tradução livre: “*Estudos de Caso e Materiais sobre Teoria da Legislação e da Regulação: as Leis e a Formulação de Políticas Públicas*”]. A obra também teve como coautores James J. Brudney, Josh Chafetz e Elizabeth Garrett. A publicação obteve o selo “*American Casebook Series*” [tradução livre: “*Coleção Americana de Manuais de Estudos de Caso*”], e sua última edição é a atual sétima edição, de 2025. É considerada, ainda hoje, a grande obra doutrinária após o manual de Hart e Sacks.

democrática da decisão legislativa, sem que se abdicasse dos critérios usuais de coerência e integridade ínsitos à Ciência Jurídica da época.

Do ponto de vista teórico-normativo, a guinada “dinâmica” de Eskridge Jr. e Frickey também recolocava a responsabilidade democrática no centro da interpretação, de modo que, quando a lei fosse um resultado de acordos, o estudante deveria analisar se o comportamento ou a decisão judicial também considerava o valor democrático do “compromisso político” legislativo, em conjunto com outras variáveis, como os custos de eventual judicialização, sob uma matriz combinada pós-*legal process* com “*Law and Politics*” e “*Law and Economics*”.

Dito de outra forma, em certos contextos, o melhor caminho para aperfeiçoar a norma não seria tão-somente a “criação” judicial, mas sim o diálogo pré-judicial com o legislador, inclusive por meio de decisões que sinalizassem defeitos remediáveis ou que respeitem espaços de revisão política interinstitucional. Sob essa perspectiva legisprudencial, a interpretação da legislação tornar-se-ia, assim, interativa e iterativa, refletindo a realidade da natureza dinâmica do processo legislativo.

Nessa seara, Eskridge Jr. e Frickey também adotaram uma agenda de pesquisa focada em avaliação empírica de impactos, estudo comparado de técnicas de redação e de controle de qualidade normativa, e análise do papel das agências na concretização e regulamentação (*regulation*) da legislação. Assim, em chave coheniana, porém com ferramentas metodológicas mais ampliadas, a proposta era a de consolidar a legisprudência como programa de pesquisa e de ensino em Direito Público, a partir de lentes juspolíticas e juseconômicas da criação de normas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto, o resgate da *legisprudence* de Julius Cohen nos permite ampliar a genealogia contemporânea acerca da teoria da legislação. Embora a literatura brasileira recente de pós-graduação ainda tenda a associar a legisprudência à tradição europeia desenvolvida por Wintgens, Cohen já havia formulado, desde 1950, uma crítica explícita ao predomínio da teoria do direito centrada nos tribunais.

No entanto, sua contribuição, portanto, não se limita à anterioridade terminológica no uso da expressão *legisprudence*. Para nós, o ponto decisivo é que Cohen propôs uma inflexão teórica mais profunda, que consistiu em deslocar o olhar do jurista da decisão judicial para a decisão legislativa, tratando a produção parlamentar do direito, os fatos legislativos, a

justificação pública, a interpretação da lei, e a avaliação dos efeitos da legislação como problemas próprios da teoria jurídica.

Em tese, a hipótese do artigo confirma-se na medida em que a proposta coheniana permite reconstruir uma matriz “jusrealista” da teoria da legislação. Nesse sentido, se o realismo jurídico estadunidense havia denunciado a insuficiência do formalismo judicial e a ficção de que juízes apenas aplicariam mecanicamente o direito, Cohen percebeu que essa crítica permanecia incompleta enquanto não fosse também dirigida à legislação.

Em outras palavras, a decisão legislativa, tanto quanto a decisão judicial, envolve seleção de fatos e de elementos probatórios, disputa de razões, formulação de políticas, uso estratégico de argumentos, compromissos institucionais e efeitos sociais relevantes. Por isso, uma teoria do direito que ignorasse a produção legislativa permaneceria prisioneira de uma visão tardia da normatividade, pois somente passaria a observar o direito quando a norma já foi posta ou quando o conflito já foi judicializado, ou seja, após o processo de decisão legislativa.

Isto posto, a originalidade de Cohen reside em sustentar que a legislação não deveria ser compreendida apenas como “fonte” formal, como objeto de interpretação judicial ou como fato político externo ao direito. Na verdade, Cohen defendia, então, que a legislação deveria ser analisada como prática institucional de produção normativa, dotada de racionalidade própria, de procedimentos específicos e de exigências próprias de justificação política e jurídica. Com isso, entendemos que a *legisprudence* coheniana antecipou problemas que se tornariam centrais na teoria contemporânea da legislação, como o tema dos “fatos legislativos”, o tema do devido processo legislativo, a relação entre deliberação e grupos de pressão e a avaliação da efetividade das leis.

Por fim, essa reconstrução também permite qualificar a recepção brasileira da legisprudência, implicando a “desfamiliarização” acerca da verdade única nos estudos segundo a qual a legisprudência/teoria da legislação deva ser identificada exclusivamente com sua vertente europeia a partir de Wintgens. Ademais, é interessante notar que a teorização sobre a legislação, a partir de Cohen, ensejou um rico debate trazido por Eskridge Jr. e Frickey em favor de um ensino jurídico que incluísse o direito cada vez mais “legislado” no *common law*.

Por consequência, os estudantes de Direito deveriam aprender também a raciocinar juridicamente a partir da legislação, a fim de se compreender a diferença entre interpretar uma decisão judicial, que geralmente vem acompanhada de fundamentação, e interpretar uma lei, que muitas vezes aparece apenas como linguagem de comando, resultado de compromissos políticos e institucionais. A partir da experiência estadunidense, o desenvolvimento de uma teoria da legislação como prática jurídica, política e econômica de produção normativa ainda

indica, para o debate brasileiro, a necessidade de incorporar aos estudos jurídicos sobre a lei as dimensões políticas, econômicas e institucionais, por meio de ferramentas da *Law and Politics*, da *Public Choice*, da análise institucional, da avaliação de impacto e da *Law and Economics*.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Towards a theory of legislation and its role in societal change.** Philosophical perspectives in jurisprudence. Helsinki: Akateeminen Kirjakauppi, 1983.

ALEIXO, Letícia Soares Peixoto. **Efetividade dos direitos humanos e a necessária elaboração legislativa em matéria de implementação das sentenças interamericanas no Brasil.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica.** São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. **Argumentação legislativa.** São Paulo: Contracorrente, 2022.

BIX, Brian. **Teoria do Direito: fundamentos e contextos.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

BLACKHAWK, Maggie. Equity outside the courts. **Columbia Law Review.** vol. 120, n. 8, december 2020.

BOBBIO, Norberto. Le bon législateur. In: **Le raisonnement juridique.** Brussels: Bruylant, 1971, p. 243-249.

BOSELLI, André Galego. **Práticas autoritárias em parlamentos democráticos.** 2023. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. DOI: 10.11606/D.2.2023.tde-04032024-090632.

BRAGA, Renê Moraes da Costa. **A vida armazenada em bancos de dados e sua influência na produção normativa.** 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022.

BRUNET, Pierre; MILLARD, Eric; MINDUS, Patricia (eds.). Realist Conceptions of Legislation. **The Theory and Practice of Legislation**, London, v. 1, n. 1, jun. 2013. Número especial.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. **O papel da jurisdição constitucional na nomogênese legislativa: diálogos prudenciais em torno do Estado Democrático de Direito.** 2015. 365 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Brasília, DF, 2015.

CHIASSONI, Pierluigi. **Interpretation without truth: a realistic enquiry.** Cham: Springer, 2019.

COHEN, Julius. Towards Realism in Legisprudence. **The Yale Law Journal**, v. 59, n. 5, p. 886-897, abr. 1950.

COHEN, Julius. Legisprudence: Problems and Agenda. **Hofstra Law Review**, v. 11, n. 4, p. 1163-1183, 1983.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito de igualdade**: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais. São Paulo: Almedina, 2021 (versão epub).

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P. Legislation Scholarship and Pedagogy in the Post-Legal Process Era. **The University of Pittsburgh Law Review**, 48, 1987, p. 698-99.

FERRARO, Francesco; ZORZETTO, Silvia. Introduction. In: FERRARO, Francesco, ZORZETTO, Silvia (eds) **Exploring the Province of Legislation**: theoretical and practical perspectives in legisprudence. Cham: Springer, 2022, p. 01-06.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A legística e o processo legislativo. In: MORAU, Caio; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Processo Legislativo**: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2025, p. 305-320.

FULLER, Lon L. **A moralidade do direito**. São Paulo: Contracorrente, 2022.

GOMES, Fernando Alves. **Aplicações da teoria social sistêmica no desenho normativo de políticas públicas**: o caso do Sistema Nacional de Educação. 2017. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

GONTIJO, Pedro Augusto Costa. **Os tratados internacionais comuns e a proteção da confiança**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

GUINIER, Lani; TORRES, Gerald. Changing the Wind: Notes Toward a Demosprudence of Law and Social Movements. **The Yale Law Journal**. v. 123, n. 8, June 2014.

HERZOG, Tamar. **Uma breve história do direito**: a matriz europeia nos últimos dois milênios e meio. São Paulo: Contracorrente, 2024.

JORGE, Ighor Rafael de. **A dimensão normativa das políticas públicas**: a política de formação de professores no Brasil. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

KAITEL, Cristiane Silva. **A efetividade e a elaboração legislativa do direito à alimentação**: política pública, educação e gestão participativa. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

MEßERSCHMIDT, Klaus. **Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik:** Entwicklungstendenzen der Legisprudenz - Teil 1. Zeitschrift für das Juristische Studium, n. 2, p. 111-122 , 2008a.

MEßERSCHMIDT, Klaus. **Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik:** Entwicklungstendenzen der Legisprudenz - Teil 2. Zeitschrift für das Juristische Studium, n. 3, p. 224-232 , 2008b.

POUND, Roscoe. A Ministry of Justice as a Means of Making Progress in Medicine Available to Courts and Legislatures. **University of Chicago Law Review**, v. 10 (3), Article 6, p. 323-334, 1943.

PRETE, Esther Külkamp Eyng. **Efetividade dos direitos sociais e sua dimensão econômica:** relação entre lei, inclusão e prosperidade. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

SANTOS, Flávia Pessoa. **Incorporação do conflito no processo legislativo para a conformação do discurso de justificação da lei.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

SHAW, Mariza Mendes Lacerda. **Nem tudo o que reluz é ouro:** análise das impropriedades técnicas dos projetos de lei ordinária em saúde originários da Câmara dos Deputados (55^a Legislatura). 2023. 169 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Políticas Públicas em Saúde) – Escola de Governo Fiocruz Brasília, Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, DF, 2023.

VELASCO, Lucas Cavalcanti. **Racionalidade legislativa e produção normativa de políticas públicas na Câmara Municipal de Goiânia.** 2021. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Goiás, Cidade de Goiás, 2021.

WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation.** Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WINTGENS, Luc J. Création d'une banque de données en légisprudence. **Gesetzgebung heute**, n. 2, 1992.

WINTGENS, Luc J. Legislation as an object of study of legal theory: legisprudence. *In*: WINTGENS, Luc J. (ed.). **Legisprudence: a new theoretical approach to legislation.** London: Bloomsbury Publishing, 2002, p. 09-39.

WINTGENS, Luc J.; OLIVER-LALANA, Daniel. Legisprudence. *In*: SELLERS, Mortimer; KIRSTE, Stephan (eds.). **Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy.** Dordrecht, 2023, p. 2092-2099.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. A model of rational law-making. **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, v. 65, n. 2, p. 188–201, 1979.

ZAMBONI, Mauro. From margins to mainstream: the place of legislative studies in legal scholarship. **Statute Law Review**, Volume 47, Issue 1, 2026, p. 01-19.