

RACIOCÍNIO JURÍDICO E JUSTIFICAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS: ASPECTOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA OCIDENTAL

*LEGAL REASONING AND JUSTIFICATION OF JUDGMENTAL
DECISIONS: ASPECTS OF WESTERN LEGAL HERMENEUTICS*

Débora Ferrazzo^I 

Daniel Raizer Fiamoncini^{II} 

^IUniversidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Criciúma, SC, Brasil. Doutora em Direito. E-mail: dferrazzo@hotmail.com

^{II}Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Criciúma, SC, Brasil. Mestrando em Direito. E-mail: daniel.fiamon@hotmail.com

Resumo: Três grandes estágios caracterizam a cultura jurídica ocidental: o jusnaturalismo, o juspositivismo e o pós-positivismo, ou neoconstitucionalismo. Cada uma dessas etapas é marcada por formas próprias de raciocínio jurídico e legitimação das decisões na resolução de conflitos. Considerando a importância recobrada pela ideia de justiça, como fundamento de legitimidade, apesar da complexidade e das controvérsias que revestem o tema, propõe-se uma reflexão a respeito de como a cultura e a ciência jurídica vêm lidando com os embaraços que a justiça – ou o seu preterimento em favor da segurança jurídica – acarretam aos sistemas de direito, notadamente, o positivo. Para analisar o tema, adota-se a proposta de Perelman – identificar a racionalidade em que a justiça ou fundamento de validade jurídica se insere –, dividindo essa racionalidade nos termos propostos por Ferrajoli, que delimita a cultura jurídica ocidental nos três períodos mencionados: Estado jurisprudencial (jusnaturalista); legislativo (juspositivista) e constitucional (pós-positivista ou neoconstitucionalista). A percepção à qual o estudo conduziu é a de que a complexa ideia de justiça é uma constante: um desafio que o direito precisa enfrentar, mas um problema ainda maior quando tal questão se tenta evitar.

Palavras-chave: Cultura jurídica ocidental. Raciocínio jurídico. Justiça.

Abstract: Three stages characterize Western legal culture: jusnaturalism, juspositivism, and postpositivism, or neoconstitutionalism. Each of these steps is marked by its own forms of legal reasoning and the legitimation of decisions in conflict resolutions. Considering the



DOI: 10.20912/rdc.v15i36.26

Recebido em: 14.12.2019

Aceito em: 02.03.2020



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons
Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

importance recovered by the idea of justice, as a ground of legitimacy, despite the complexity and controversies covering the theme, it is proposed to reflect on how culture and legal science have been dealing with the embarrassments that justice – or their negligence for legal certainty - lead to systems of law, notably the positive. To analyze the theme, we adopt Perelman's proposal – to identify the rationality in which justice or ground of legal validity is inserted – dividing this rationality in the terms proposed by Ferrajoli, which delimits Western legal culture in the three mentioned periods: State jurisprudential (jusnaturalist); (juspositivist) and constitutional (post-positivist or neoconstitutionalist). The perception to which the study led is that the complex idea of justice is a constant: a challenge that law needs to face, but an even bigger problem when trying to avoid it.

Keywords: Western legal culture. Legal reasoning. Justice.

Introdução

Os sistemas jurídicos predominantes no Ocidente podem ser sinteticamente descritos e sistematizados, em largos traços, em três etapas: a primeira que perdurou até o início da modernidade, denominada, jusnaturalista; a segunda que se inicia com a crise do primeiro modelo, num processo se chega ao seu ápice entre os séculos XVII e XVIII, momento em que se inicia o período do juspositivismo e o momento atual, denominado pós-positivismo ou neoconstitucionalismo. Em cada um desses momentos, verificou-se ou se verifica uma forma peculiar de raciocínio jurídico, na qual se projetam expectativas específicas acerca dos elementos de justificação das decisões judiciais. Dentre as inúmeras controvérsias que permearam essas três etapas da hermenêutica jurídica ocidental, propõe-se uma reflexão a respeito de como a ideia de justiça impactou cada uma.

Um dos aspectos que sublinha a importância de refletir sobre essa questão está associado à proeminência recuperada pela questão

da correção material – justiça – enquanto elemento constitutivo da legitimidade esperada das decisões proferidas pelas autoridades, ainda que a respeito da justiça, pouco se possa afirmar e, desproporcionalmente, muito se possa divergir. O propósito geral é discutir como o problema da justiça vem sendo um problema constante com o qual o raciocínio jurídico e as modernas pretensões de cientificidade precisam lidar. No primeiro momento destacado, verifica-se o compromisso moral do julgador em identificar a solução correta, do ponto de vista da justiça, independente da uniformidade ou neutralidade das decisões. No segundo momento, uma transformação importante impõe a regularidade – previsibilidade e segurança jurídica – como fatores determinantes no ordenamento jurídico, todavia, as implicações dessa perspectiva, quando levada ao extremo, se mostraram desastrosas e impuseram uma nova percepção do direito.

As circunstâncias históricas e teóricas, então, conduzem ao momento atual – e não isento de crises, afinal ainda complexo – que é o modelo constitucional. No estágio atual pode ser verificada uma diversidade importante de teorizações a respeito dos elementos indispensáveis ao raciocínio jurídico, bem como, tendências hermenêuticas a respeito da correta justificação da decisão. Delimita-se assim, o campo de estudo e seu marco teórico à racionalidade ocidental hegemônica, de modo a esclarecer que são reconhecidas outras racionalidades e outras possibilidades epistemológicas, embora a proposta dessa análise, seja apresentar *uma descrição* com elementos de reflexão crítica, mas sem adentrar, aqui, no campo epistemológico periférico.

Considerando o recorte proposto para a análise, faz-se uma delimitação a partir da percepção do papel da justiça, adotando-se a proposta de Perelman, adiante discutida, de identificar a racionalidade específica em que a justiça ou fundamento de validade do direito está inserido. Para definição geral dessas racionalidades jurídicas, adota-se a divisão nos termos propostos por Ferrajoli, que delimita a cultura

jurídica ocidental nos três períodos mencionados: Estado jurisprudencial (jusnaturalista); legislativo (juspositivista) e constitucional (pós-positivista ou neoconstitucionalista). A percepção à qual o estudo conduziu é a de que, nos limites do pensamento hegemônico ocidental, a complexa ideia de justiça é uma constante: um desafio que o direito precisa enfrentar, mas um problema ainda maior quando tal questão se tenta evitar.

1 Ordenamentos pluralistas e justiça como fundamento do direito

O termo *raciocínio* frequentemente indica i. uma operação mental para chegar a uma conclusão, ii. um discurso de argumentação ou justificação da conclusão alcançada. Dito isso, é possível entender raciocínio como sequência de enunciados em que um é a tese e os demais premissas, argumentos ou razões de sustentação da tese. Tal definição caracteriza um (micro) *raciocínio atômico*, entretanto, é comum diversos raciocínios desse tipo se entrelaçarem, dando origem a um (macro) *raciocínio molecular*, em que a conclusão de um raciocínio funciona como premissa de outro. Os raciocínios podem ser classificados mediante distintos critérios. Podem ser aléticos (em que premissas e conclusões são enunciados de um discurso cognoscitivo ou descritivo, podendo ser verdadeiros ou falsos) ou normativos (em que a conclusão é uma norma, enunciado de discurso prescritivo ou diretivo, nem verdadeiro, nem falso) ao tipo normativo tipo pertence o raciocínio jurídico. Além disso, os raciocínios podem ser dedutivos (em que a conclusão decorre logicamente das premissas) ou não dedutivos (em todos os demais casos). O raciocínio jurídico se submete a certas condições de validade, como a necessidade de existência de ao menos uma norma entre as premissas, já que não se pode inferir conclusão normativa de premissas descritivas – lei de Hume (GUASTINI, 2014, p. 225-228). Propondo-se essa caracterização geral do raciocínio jurídico e, apesar da vastíssima gama de construções teóricas a respeito do tema, pretende-se aqui apresentar um panorama de três horizontes hermenêuticos

que frequentemente são adotados como síntese ou sistematização da cultura jurídica ocidental e que podem ser denominados: horizonte jusnaturalista, juspositivista e neoconstitucionalista. Em cada um deles, entende-se haver predominância de tendências hermenêuticas na justificação da *correta* decisão judicial.

Em 1957 Hans Kelsen publicava sua obra *O que é Justiça?* e opinava que nenhuma outra questão havia sido tão intensamente discutida quanto essa. Segundo Kelsen (2001, p. 1), o problema da justiça, apesar de mobilizar as mentes mais brilhantes há milhares de anos, como as de Platão a Kant, persistia sem resposta em meados do século XX – e assim continua. Até hoje, uma das principais contribuições a respeito do tema é tributada à obra de Aristóteles, sua *Ética a Nicômaco*, em que o filósofo, ao afirmar que a justiça era frequentemente reconhecida como a maior das virtudes, a relacionou com a equidade e distinguiu essa justiça como equidade de justiça legal. Sobre essas bases, esclareceu que a justiça legal – fundada na lei, expressa-se de modo universal, e por isso, eventualmente a lei se depara com casos concretos cujas peculiaridades escapam da simplicidade das declarações universais, as quais precisam ser “corrigidas”. O fato de a equidade corrigir a lei que se mostra deficiente em função de sua universalidade faz do equitativo justo, uma forma superior de justiça em relação àquela que erra por ter caráter absoluto (ARISTÓTELES, 1987, p. 82; 96).

Foi essa ideia que permeou a atuação dos magistrados por longo período, até o início do século XIX, quando o horizonte hermenêutico do direito deixa de ser o ideal de justiça, dando lugar ao ideal da segurança jurídica, base do juspositivismo, conforme se discutirá no item seguinte. Mas antes dessa transformação caracterizada especialmente pelo monismo jurídico, era a *justiça* a principal fonte de justificação das jurisprudências, num sistema de direito caracterizado pelo pluralismo jurídico, conforme se nota em Grossi (2014; 2010) e Hespanha (2012; 2013). Ou seja: mesmo com a vigência de algum código de normas,

tal código poderia ser preterido na decisão para garantir que essa fosse justa. A percepção de Perelman era vívida na ordem jurídica medieval:

A noção de justiça é uma das noções mais prestigiosas de nosso universo espiritual. Seja-se crente ou incrêdo, conservador ou revolucionário, cada qual invoca a justiça, e ninguém ousa renegá-la. A aspiração à justiça caracteriza as objurgações dos profetas judeus e as reflexões dos filósofos gregos. Invoca-se a justiça para proteger a ordem estabelecida e para justificar as reviravoltas revolucionárias. Nesse sentido, a justiça é um valor universal (PERELMAN, 1996, p. 146).

Na sua relação com a lei, a variação da cultura normativa através dos tempos (desde leis divinas, lei do soberano, até vontade do indivíduo) produz impacto no sentido de justiça. Historicamente verificam-se quatro fontes de legitimidade de normas e mandamentos: costume, vontade divina, vontade dos indivíduos ou vontade da nação, e para identificar eventual critério objetivo de justiça, Perelman sustenta a necessidade de definir esse conceito conforme a racionalidade específica em que a ideia de justiça está inserida (PERELMAN, 1996, p. 150-152). Apesar do risco de distorcer a realidade na tentativa de sistematizá-la, considera-se necessária a periodização¹ da cultura jurídica para buscar uma compreensão dos distintos fundamentos de legitimidade que o direito foi assumindo no curso da história ocidental. Ferrajoli (2015, p. 17-18) sintetiza essa trajetória – mais precisamente a do continente europeu – em três grandes modelos, ou paradigmas: jurisprudencial, legislativo e constitucional e a cada um corresponde uma específica norma de reconhecimento, ou, uma específica noção de validade. Como já apontado e como explica o jurista italiano, é o primeiro modelo, do direito jurisprudencial pré-moderno, concretizado no direito romano e no direito comum, que assume como norma de reconhecimento uma

1 A respeito disso, Dussel (1997, p. 11-12) alerta que toda divisão histórica em períodos é artificial e chega mesmo a interferir nos seus conteúdos, todavia, a periodificação é um recurso necessário para que se possa alcançar a compreensão da continuidade dos fatos, do movimento da história, daí o conhecimento histórico, seja ele científico ou vulgar, apoiar-se nessa estrutura própria (eras, épocas, etapas).

noção intrínseca de justiça ou racionalidade e sua noção de validade confundia direito e moral ou justiça e validade.

A crença na existência de uma ordem universal, que reconduzia todas as criaturas ao Criador, dominou o pensamento político europeu até o século XVIII. Foi a narrativa da criação que inspirou o pensamento social medieval e moderno. Até mesmo a filosofia clássica, no pensamento grego, sustentava a ideia de um universo naturalmente organizado. E, assim como a organização da sociedade, o direito tinha como fundamento a manutenção desta ordem, inscrita na natureza ou ordem divina da Criação. Esta racionalidade levava à identificação da justiça com a natureza e da natureza com Deus. A honestidade, honra, bondade e verdade eram valores centrais na vida política e jurídica da Idade Média. Viver de modo honrado e honesto consistia na correspondência entre a natureza das coisas e sua aparência. Por isto, por exemplo, um nobre jamais poderia se comportar como um plebeu. Já a bondade, era a principal qualidade de quem tinha o encargo de julgar e o julgador deveria ser capaz de intuir a natureza das coisas. Assim é que o modelo “jurisdicionalista” se fortaleceu, pois, a função do poder era “fazer justiça” (HESPANHA, 2012, p. 97-103).

Aquele poder não tinha as características atuais (centralizado no Estado, soberano e monista), mas era um aglomerado de autonomias. Uma pluralidade. A civilização medieval era comunal, com rede de autonomias e seria desastroso, induzindo a uma interpretação equivocada, pressupor Estado ou hierarquia de normas (sendo que a hierarquia pressupõe o Estado). Utilizando os modelos modernos, estranhos ao período medieval, não se pode compreender a essência da ordem jurídica daquele tempo; com organização pluralista e livre das limitações estatais, o direito se desenvolvia livremente, manifestando diversas dimensões da sociedade. A norma particular do florentino não invocava métodos modernos de hermenêutica, interpretação extensiva ou analógica, mas sim, apoio no ordenamento produzido pelos juristas. Diferentemente da construção juspositivista, o direito

medieval reconhecia a insuficiência do ordenamento e sua ordem não era garantida pela coerção, mas pelos costumes (GROSSI, 2010, p. 17-42).

Graças a relativa indiferença do poder político para com o direito, este último não registrava a vontade imperiosa do detentor do poder, mas sim a pluralidade de forças circunstantes na sociedade, uma das quais – mas somente uma – é o comando de quem governa. Ao contrário, o direito pode registrar e registra a complexidade do social. Não a oprime, não a reduz, como acontece debaixo daquela capa de chumbo potestativa que chamamos Estado, poder político voraz e totalitário, que será a presença que caracteriza a modernidade europeia continental [...] (GROSSI, 2010, p. 98).

Ainda para Grossi (2014, p. 37-39; 47-49), a ordem jurídica medieval foi extremamente coesa em sua unidade. Exprime, entretanto, vivamente as forças históricas, cujo instrumento de especificação e concretização é o ordenamento jurídico, ou, “ordenamentos jurídicos”. O Direito era desagregado do poder político, inclusive do Estado, que era um dos milhares de ordenamentos manifestados no curso da história humana. Portanto, o direito era ligado à sociedade, não como coerção, mas como dimensão vital. Era um direito rico, centro do social, que foi empobrecido, afastado do social e vinculado ao poder pelo mundo moderno, pelo Jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII e pelas codificações do século XIX. A unidade do Direito na Idade Média identifica-se na condição do mesmo não enquanto comando, mas enquanto grande experiência que abriga diversos ordenamentos, sendo ordem social, movimento espontâneo desde as bases. E dentre as características gerais do período, Grossi indica a incompletude do poder jurídico e, conseqüentemente a esta, a indiferença relativa do poder político pelo direito. Ou seja, em decorrência da relativa autonomia do direito no período, desenvolvia-se um acentuado pluralismo jurídico, evidenciando a factualidade e historicidade do direito que Grossi define como uma unidade experiencial, mas com certa diversidade.

Em todo caso, essa autonomia à qual Grossi se refere perdeu-se com o desenvolvimento das ciências pelas diversas áreas do saber, especialmente a “ciência jurídica”, e com a emergência do juspositivismo, a identificação entre direito e justiça sofreu duro golpe, de modo que a justiça deixa de ser elemento de justificação do direito, dando lugar ao ideal de segurança jurídica. Apesar dessa transição, traços da antiga racionalidade subsistiram como tarefas sobre as quais juristas tiveram e têm precisado se debruçar, um desafio que não passou despercebido pelo principal teórico do direito positivo, que assim respondeu à questão:

Libertar o conceito de direito da ideia de justiça é difícil porque eles são constantemente confundidos no pensamento político e na linguagem comum, e porque essa confusão corresponde à tendência de permitir que o Direito positivo afigure-se como justo. Em vista dessa tendência, o esforço para tratar o Direito e a justiça como dois problemas diferentes incorre na suspeita de dispensar a exigência de que o Direito positivo deva ser justo. Mas a Teoria Pura do Direito simplesmente declara-se incompetente para responder tanto à questão de se dado Direito é justo ou não como à questão mais fundamental do que constitui a justiça. A Teoria Pura do Direito – uma ciência – não pode responder a essas questões porque elas absolutamente não podem ser respondidas cientificamente (KELSEN, 2001, p. 261-262).

Com a transformação da racionalidade moderna, com o início de uma nova fase, agora fundada na ciência, conceitos como “justiça”, por mais importantes que pudessem ser à comunidade, não eram mais compatíveis com as exigências de certeza e segurança buscadas por meio das ciências, inclusive a ciência jurídica. E como se nota do fragmento acima, foi na teoria de Hans Kelsen, precisamente na *Teoria Pura do Direito*, que os juristas modernos buscaram o principal aporte para substituir o horizonte da justiça pelo da segurança jurídica, uma transformação tão profunda que permitiu falar em um novo paradigma.

2 Monismo estatal e cientificidade: elementos do positivismo jurídico

O segundo paradigma identificado por Ferrajoli é o do direito legislativo, ou paleopositivista (a modernidade jurídica nasce com este modelo), que assumiu como norma de reconhecimento o princípio da legalidade e a noção de validade era vinculada ao modo de produção da norma e não ao conteúdo, pelo que, operou-se a separação entre direito e moral, justiça e validade. Tal modelo de direito inicia-se com a primeira revolução institucional, onde se consagra o monopólio estatal da produção normativa e é o que Kelsen chama nomodinâmico, assim entendido exclusivamente o direito que emana das autoridades habilitadas para produzi-lo, independentemente de seu conteúdo normativo e independentemente de ser justo ou injusto tal direito (FERRAJOLI, 2015, p. 108). Esse paradigma é denominado “positivismo jurídico”, sendo assim definido por Paolo Grossi (2014, p. 18):

Entende-se por “positivismo jurídico” aquela atitude que reconhece como normas jurídicas apenas as normas formalmente válidas – promulgadas por uma autoridade formalmente investida de poder – sem se preocupar com seu conteúdo e sua efetiva observância por parte dos membros da sociedade. Na essência, positivismo jurídico significa estatismo e também formalismo.

No positivismo jurídico, o fundamento de validade do direito passa a ser a lei, a segurança jurídica buscada na unificação das fontes normativas. Não é mais o intérprete, o magistrado, o protagonista da cultura jurídica, mas sim, o legislador, do qual emanam as ordens às quais a sociedade deverá obedecer. Hespanha (2012, p. 91-95) explica que a visão moderna rompe com a visão “selvagem”, “primitiva” da época precedente, que desenvolvia-se segundo equilíbrios naturais e particulares. E a visão moderna vai impor a impiedosa repressão da cultura jurídica pluralista medieval, com a redução dos “selvagens de dentro” – camponeses europeus, e a submissão dos “selvagens de fora” –

nativos das colônias, ambas fundadas na mesma missão: cristianizadora ou civilizadora.

Ainda segundo Hespanha (2013, p. 50-57), esse paradigma do direito, que o autor denomina “paradigma estadualista” funda-se em alguns axiomas que repercutem consequências específicas: ao individualismo e contratualismo (do pacto social) corresponde a crença de que o direito decorre da vontade geral, e deve corresponder às vontades individuais; ao legalismo (da vontade geral) corresponde a identificação entre direito e lei, com inexistência de critérios para avaliar se a lei corresponde ao direito e com adoção dos silogismos legislativos no judiciário; ao estadualismo corresponde a sobreposição do interesse geral aos privados, crê-se que o Estado é racional e neutro e equilibra interesses individuais, radicando-se nesta habilidade a sua legitimidade, e tal equilíbrio racional é garantido por meio de um direito geral e abstrato e, finalmente, ao cientificismo doutrinal corresponde a sistematização do pensamento legislativo por meio de princípios gerais, o impacto nas teorias da interpretação e integração e a automatização de decisões casuísticas. Posteriormente esse paradigma entra em crise, sendo que Hespanha sintetiza citando os regimes políticos autoritários do século XX e suas leis injustas, as quais conduziram à busca por critérios supraleais de legitimação da própria lei, reforçando a percepção ética e moral das constituições e da ideia de controle das leis por meio dessa, mas também suscitando novas problemáticas, como a questão de identificar os padrões válidos implícitos nas constituições, ou o problema da composição da jurisdição constitucional. Aspectos que serão debatidos no item seguinte.

Por ora importa refletir sobre o papel do julgador na nova cultura jurídica e como foram se modificando as bases do raciocínio jurídico. Bobbio busca discutir a passagem da concepção jusnaturalista à juspositivista, de uma sociedade – a medieval: pluralista, com diversos ordenamentos jurídicos próprios, apresentando o direito como fenômeno social e não como criação do Estado – para a sociedade moderna, na

qual surge o Estado moderno, que vai monopolizar a produção jurídica. Bobbio considera a função do magistrado é própria de sociedades que possuem direito em senso estrito e não vivem somente de acordo com usos e costumes. No cenário medieval, o “terceiro” incumbido de dirimir conflitos entre dois sujeitos, ou seja, o magistrado, não estava obrigado a escolher somente normas emanadas do Estado, mas poderia deduzir regras dos costumes, ou proposições de juristas, ou equidade, entre outros meios. Já no Estado moderno, o juiz passa de livre órgão da sociedade para verdadeiro e autêntico funcionário do Estado (BOBBIO, 1995, p. 26-29).

Com essa transformação, o magistrado fica vinculado a padrões mais rigorosos de justificação de suas decisões. Não apenas seu catálogo de recursos fica restrito – à legislação apenas – mas também suas possibilidades hermenêuticas, restando pouco espaço para interpretações não estritamente literais das normas. Bobbio denomina “teoria da interpretação mecanicista” essa característica do positivismo jurídico e seus termos modificam a antiga tendência, já que faz prevalecer o teor declarativo sobre o criativo. No positivismo a função da jurisprudência é reproduzir (interpretar) o direito e não o produzir. Assim, o positivismo impõe ao intérprete o limite da lei, ele pode fazer interpretação textual ou mesmo extratextual, mas nunca antitextual. A interpretação textual opera pelos meios: léxico ou gramatical, teleológico, sistemático, histórico. Os meios extratextuais fundam-se no raciocínio por analogia. Este método é semelhante ao silogismo, só que substitui a premissa de identidade por uma de semelhança. A analogia é um recurso de autointegração do ordenamento, pois busca sua completude a partir de elementos internos ao ordenamento – a lei (BOBBIO, 1995, p. 135; 211-222; 1989, p. 146-147; 150). Ao positivismo jurídico, é naturalmente preferível a autointegração à heterointegração, pois essa complementa o ordenamento com elementos externos.

A respeito da interpretação, é interessante notar a posição de Kelsen, que definiu a interpretação como “uma operação mental

que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.” (KELSEN, 1984, p. 463). Trata-se de uma operação realizada não apenas pelo órgão jurídico aplicador, mas também pelos indivíduos que devem observar e compreender as normas que devem seguir, assim como pela a ciência jurídica, a qual incumbe descrever o direito positivo. É, todavia, possível distinguir o tipo de interpretação realizado por uma autoridade – que é um ato de vontade, do qual decorrem novas normas jurídicas, a qual cria direito – dos tipos realizados pelos indivíduos ou pela ciência jurídica – que são atos de conhecimento, não produtores de outras normas ou vinculantes de condutas. Por isso, ainda que dotado de menos liberdade que o legislador, para Kelsen o juiz também cria direito: nos casos de indeterminação, surge o “Direito como moldura” que comporta várias possibilidades, uma delas, pelo ato de vontade do julgador, se torna Direito positivo. Ocorre que a jurisprudência tradicional crê encontrar a única forma correta de fazer isto, quando na verdade, não existe método no direito positivo capaz de identificar, dentre as várias significações verbais de uma norma, aquela que seria correta; os métodos de interpretação conduzem a um resultado possível e não ao resultado correto. Por isso, conclui Kelsen, crer na significação correta é crer numa ficção utilizada pela jurisprudência tradicional para viabilizar o ideal da segurança jurídica. E essa plurissignificação faz com que a decisão sobre qual solução adotar não seja uma questão de conhecimento dirigida ao Direito positivo, mas sim, um problema de política do Direito (KELSEN, 1984, p.468-473).

Pode-se dizer que as razões da rejeição à teoria da interpretação de Kelsen sejam óbvias, afinal, o autor que, com sua *Teoria Pura do Direito*, ofereceu as maiores contribuições ao desenvolvimento teórico do positivismo jurídico, conclui sua obra prima desafiando o ideal da segurança jurídica, um ideal tão caro à modernidade que preteriu o próprio ideal da justiça, ou quando não preteriu, transformou, aproximando o sentimento de justiça à conduta de respeito à lei, uma

perspectiva que Perelman (1996, p. 146) define como conservadora e com a qual demonstra como a justiça não é um valor exclusivamente revolucionário.

Posteriormente, Herbert Hart (2011) também passa a se ocupar da questão da decisão judicial, apontando a existência de graus de imprecisão em todas as normas, o que impõe ao juiz escolher entre alternativas, sendo que algumas normas, por serem mais gerais (e esse tipo de norma é necessária, caso contrário, avalia o jurista, o direito não existiria enquanto sistema), ensejam a atuação judicial na produção do direito. Tratam-se das regras de textura aberta, uma formulação teórica que esteve no cerne do famoso debate que, na segunda metade do século XX, contribuiu para novas tendências hermenêuticas, modificando o raciocínio jurídico e os padrões de aceitabilidade das decisões judiciais. Quanto às múltiplas possibilidades de interpretação, dizendo de outro modo, Hart vai ao encontro da percepção de Kelsen²:

Os cânones de “interpretação” não podem eliminar incertezas, embora possam diminuí-las; porque estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios exigem interpretação. Eles, tal como outras regras, não podem fornecer a sua interpretação (HART, 2011, p. 139).

Em ambos, portanto, figura a recusa em aceitar que a interpretação possa conduzir a um resultado unívoco, o que contraria

2 Embora, quanto à questão da justiça ambos tenham divergência, visto que, para Kelsen trata-se de um tema que integra a dimensão material da norma, portanto, passível de juízos de valor e, por isso, que escapa à ciência jurídica. Mas para Hart (2011, p. 173), os termos justo e injusto são mais específicos que outras designações de aprovação ou desaprovação. Enquanto outros termos, lei boa ou má; conduta perversa, moralmente errada, entre outros, designam juízos de valor, a ideia de justiça guarda especificidades, tanto que se pode dizer que uma lei é boa por ser justa, mas não pode-se dizer que uma lei é justa por ser boa. Para Hart, a justiça traz em si a noção de equidade (embora não seja completa a ideia de que basta tratar de modo igual casos semelhantes e diferentemente os distintos, é necessário saber quando serão semelhantes e quais as diferenças relevantes). Ou seja: a justiça está relacionada à ponderação entre interesses coletivos a serem atendidos ou conflitantes a serem conformados. Dessa forma, a justiça mantém ou restaura o equilíbrio entre os interesses. O tema da justiça é importante, pois retorna de modo mais evidente no terceiro paradigma de análise, o paradigma constitucional.

a crença predominante entre os juristas de que a hermenêutica jurídica pode revelar – a única – interpretação correta. Entretanto, Hart, ao defender o seu “modelo de regras”, descreve a existência das regras de reconhecimento, as quais permitem identificar outras regras válidas e expurgar do sistema jurídico as regras inválidas. E as regras de reconhecimento permitindo reconhecer mesmo regras de textura aberta como válidas ou inválidas, seriam um aporte importante para coesão do sistema jurídico. Debatendo com essa percepção, Ronald Dworkin propôs novos padrões de normas – as políticas e os princípios – e uma nova percepção acerca da posição e fundamentação das decisões judiciais.

Em síntese – a qual se permite em função da capilarização ocidental desse debate jurídico – Dworkin (2002) refuta a teoria de Hart apontando que de fato, as regras jurídicas são aplicadas no “tudo-ou-nada” e ao entrarem em conflito, são válidas ou não o são, e, portanto, podem ou não fundamentar a decisão da autoridade. Nesse caso, seriam passíveis de um teste de reconhecimento. Mas além dessas normas, existem as de outro tipo, os princípios jurídicos³, definidos como padrões a serem observados, exigências de justiça ou equidade, ou ainda moralidade. Os princípios, ao entrarem em conflito, não operam do mesmo modo que as regras, pois são aplicados com forças relativas e ponderadas entre si, nunca na base do “tudo-ou-nada”. Dessa forma, não podem ser submetidos ao teste de validade fornecido pela regra de reconhecimento de Hart. Dworkin ainda reforça a ideia de que o fato de um princípio não se submeter ao teste de validade, não implica na possibilidade de um juiz invocar qualquer princípio para fundamentar qualquer decisão, nem mesmo quando tal autoridade conta com um poder discricionário, porque esse poder discricionário não pode depender das preferências do juiz. Então, defende a existência de

3 Esses, ainda diferem-se das “políticas” que indicam metas, objetivos que a autoridade precisa alcançar.

princípios mais ou menos importantes, questão que posteriormente será refutada por Alexy.

Em suma, mencionando a teoria de Dworkin a respeito dos padrões de normas, adentra-se já num terceiro momento da hermenêutica jurídica ocidental, visto que tal cultura inseriu principalmente nos textos constitucionais, ainda que sem prejuízo de outras leis e códigos, os tipos de norma que, por excelência, se identificam com a descrição do jurista norte-americano de “princípios jurídicos”. Com a síntese de grandes contribuições acumuladas por diversos juristas – alguns dos quais foram discutidos até aqui – foram sendo definidas novas tendências no que se refere ao raciocínio jurídico e à justificação de decisões judiciais.

Desde tal debate, observa-se uma frequente no âmbito da teoria geral do direito, que é a identificação de dois tipos de normas: regras e princípios. Todavia, é necessário diferencia-las e a diferenciação depende do conceito de cada um dos tipos. Partindo do pressuposto que as regras são enunciados condicionais pelos quais conectam-se classes de fatos a consequências jurídicas, Guastini analisa o segundo tipo, mais complexo e controvertido. Quanto aos princípios, a cultura jurídica ocidental lhes atribui duas características básicas: um caráter fundamental (que se refere à posição que o princípio ocupa no ordenamento ou em um de seus campos específicos, sendo que o princípio pressupõe uma eleição de valores num dado conjunto de normas, bem como, fundamenta tais normas, mas não está fundamentado, ou não requer fundamentação, pois é percebido como uma norma evidentemente justa ou correta) e uma *peculiar* forma de indeterminação⁴, sendo *peculiar* um adjetivo

4 A peculiaridade da indeterminação dos princípios pode se manifestar de três modos: a. normas “com suposição de fatos abertos” (ao contrário das regras, cujos antecedentes são fechados, já que são taxativamente numerados. Os princípios, por sua vez, não enumeram, ou enumeram exemplificativamente, os antecedentes diante dos quais poderá produzir consequências.); b. normas afastáveis (pois admite exceções não previstas no ordenamento, enquanto que as regras, inafastáveis, só admitem as exceções expressamente previstas no ordenamento. As normas afastáveis não podem ser aplicadas mediante raciocínio dedutivo) e c. normas genéricas (diferente das regras que são circunstanciadas ou precisas e por isso, passíveis de silogismo judicial operando como premissa maior; já os princípios

conveniente, porque indeterminação, em geral, qualquer norma possui. A indeterminação, talvez seja o único consenso a respeito dos princípios, mas é insuficiente para lhes descrever, já que, por exemplo, não capta o componente axiológico dos princípios. Tal característica não se relaciona à posição, mas sim ao conteúdo das normas (GUASTINI, 2014, p. 183-186). Por isso propõe-se discutir a justificação das decisões e o papel dos princípios jurídicos, contextualizando-os no novo paradigma, o modelo constitucional.

3 Paradigma constitucional e tendências hermenêuticas contemporâneas

O complexo debate deflagrado no campo da teoria do direito positivo havia sido reduzido, até a primeira metade do século XX, a uma singela fórmula, a fórmula da legalidade, extraída da Teoria Pura do Direito, talvez, numa interpretação equivocada ou reducionista, das ideias de Kelsen. Segundo essa abstração, somente da lei poderia emanar o direito e, acima de tudo, qualquer que fosse a prescrição legal, essa deveria ser cumprida. Essa fórmula mostrou-se extremamente perigosa, sendo encampada como discurso de justificação dos regimes totalitários europeus e invocada como argumento de defesa dos oficiais nazistas durante os julgamentos de Nuremberg. Depois dessas experiências, a cultura juspositivista da legalidade estrita começou a enfrentar duras críticas, as quais lhe foram enfraquecendo.

Uma das mais emblemáticas, dentre essas críticas, foi a de Gustav Radbruch, denunciando a postura do jurista que, desde o desaparecimento do jusnaturalismo e seguindo a máxima “lei é lei”,

precisam de outras normas para sua concretização ou aplicação em casos concretos – por exemplo, as normas programáticas, mas por outro lado, podem ser executados de diversas formas). Com muita cautela, Guastini propõe uma síntese para conceituar os princípios com base nas duas características citadas, alertando que nenhuma das maneiras pelas quais se manifesta a indeterminação dos princípios, pode ser considerada característica exclusiva desse tipo de norma. Em função disso, considera a posição (fundamental) como única peculiaridade apta a efetivamente distinguir regras e princípios (GUASTINI, 2014, p. 187-190).

passou a ignorar certos limites, tais como a consciência de que todo dever chega ao seu limite se implicar em crime. Denunciou, de modo ainda mais enfático, a concepção *positivista*, para a qual a lei vale por si só, e que deixou indefeso o povo, sujeito a leis arbitrárias, cruéis e criminosas, equiparou direito e força, de modo que apenas onde houvesse força, haveria o direito. Em seu pronunciamento, Radbruch propõe a conciliação entre segurança jurídica e justiça como finalidades do direito, mas ciente de que eventualmente não há como conciliar ambas as finalidades e, em tais casos, defende que pode ser necessário ponderar entre a tolerância a uma lei má ou a rejeição a tal lei, dada sua nocividade. Mas nunca se pode ignorar que algumas leis são tão injustas e nocivas que nenhuma validade e nenhum caráter de jurídicas lhes podem ser atribuídos (RADBRUCH, 1979, p. 415-417). Trata-se da consciência de que, nos termos de Dworkin (2000, p. 8), a observância pelos Tribunais às leis previamente publicadas constitui um fator importante para que a comunidade política seja melhor. Entretanto, não basta que se observe a lei, pois “a aquiescência plena provocará injustiça muito séria se suas regras forem injustas”.

Essa transição, que conduziu ao modelo constitucional, passou pela redefinição do papel de uma Constituição no ordenamento jurídico e no comportamento das autoridades. O debate entre Ferdinand Lassale e Konrad Hesse é bastante interessante para compreender o processo. Konrad Hesse abriu sua fala na aula inaugural proferida em 1959 na Universidade de Freiburg, citando a tese de Ferdinand Lassalle⁵, segundo a qual, a essência da Constituição consiste em ela conter apenas questões políticas e não jurídicas, por condensar as questões de poder de um país. Das relações reais decorrentes destes poderes, decorre a *constituição real* e a *constituição jurídica* não passaria de um pedaço de papel, que só normatizaria a realidade se fosse compatível com a Constituição real, e na divergência entre ambas, sucumbiria a

5 Sustentada em conferência preferida em 16 de abril de 1862, na “associação liberal-progressista” de Berlin, segundo informa Hesse.

constituição escrita. Hesse reconhece que a simplicidade e evidência desta tese seduz. Mas alerta que, assumir como válida a tese da força determinante das relações fáticas, significa assumir como condição de eficácia da Constituição, a coincidência entre realidade e norma. Esta concepção pressupõe uma permanente situação de conflito, onde sempre preponderaria a Constituição *real*. Portanto, tal concepção implica na negação da Constituição jurídica e, neste caso, o direito constitucional encontra-se em contradição com a própria Constituição, descaracterizando-se e não podendo mais diferenciar-se da sociologia ou da ciência política. Mais que isto, com base nesta concepção, não somente o Direito Constitucional, mas também a Teoria Geral do Estado, teriam sua negação justificada (HESSE, 1991, p. 9-11).

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas (HESSE, 1991, p. 14-15. Grifo no original).

Um aspecto importante do modelo constitucional é o fato de ter de lidar com a contradição permanente entre os pressupostos da democracia representativa – decisão por maioria – e a primazia da Constituição, segundo a qual uma série de restrições é imposta como limitação democrática (MORESO, 1997, p. 165), por isso, o desenvolvimento teórico do terceiro paradigma, o do direito constitucional ou neopositivista, se dá pela adoção do princípio da legalidade como norma de reconhecimento quanto à existência e vigência das leis, mas quanto à validade das normas, adota o princípio

da legalidade substancial (direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos). Neste modelo, a validade passa a depender também do conteúdo e, portanto, passa a ser possível a existência de normas produzidas com base em normas formais, mas inválidas, por contrastarem com a constituição. Ou seja: é acrescentada uma diferenciação interna (diferenciação entre validade e existência) à diferenciação externa (diferenciação entre justiça e validade). Tal modelo tem início com a difusão das constituições rígidas e com o fim da Segunda Guerra mundial, implicando na subordinação do direito, da lei e do Estado de direito ao Estado Constitucional de Direito. Significa a resistência aos horrores do totalitarismo, relacionando-se à esfera do não decidível. Permanece como sistema nomodinâmico, pois as normas só existem se produzidas de acordo com a forma estabelecida pelo próprio sistema, mas introduzindo uma dimensão nomostática, em que normas indevidamente produzidas ou sem conformidade com a constituição são vícios (antinomias ou lacunas). Quer dizer que importam forma e substância e a ciência jurídica assume papel crítico frente ao direito ilegítimo (FERRAJOLI, p. 20-22).

No campo teórico, outra importante contribuição a essa nova perspectiva do direito pode ser encontrada em Robert Alexy, autor que, filiando-se ao entendimento de que o Direito compõe-se tanto de elementos de legalidade (procedimentos formais corretos), quanto elementos de legitimidade (correção material, ou seja, respeito e observância à dimensão substantiva de direitos que não pode ser violada), desenvolve uma teoria a respeito dos direitos fundamentais que avança em alguns aspectos em relação a posições anteriores. E o caso em que Alexy (2007, p. 63 e ss.) discute a formulação de Dworkin, segundo a qual, à primeira vista todos os princípios teria um mesmo caráter, assim como as regras também teriam um mesmo caráter definitivo. Para Alexy, esse modelo é demasiado simples, ainda que pertinente o carácter *prima facie*⁶ das regras e princípios. A distinção entre ambos os

6 Juan José Moreso (2018) alerta para a confusão de considerar *prima facie* como

padrões normativos é essencial para a teoria dos direitos fundamentais, mas insuficiente; isso porque, direitos fundamentais não se enquadram rigorosamente em nenhum dos padrões, e, eventualmente, um mesmo dispositivo que enuncie um direito fundamental, pode ser aplicado como princípio, ou como regra, a depender do tipo de raciocínio judicial adotado. E o raciocínio por sua vez, é influenciado pelas circunstâncias fáticas específicas do caso. Quando um direito fundamental em conflito opera como regra, a aplicação se dá pela opção de uma e detrimento da outra, mas a ideia de cláusula de exceção proposta por Dworkin como taxativamente prevista no ordenamento é rejeitada por Alexy em função das circunstâncias fáticas que pode indefinidamente revelar novas cláusulas de exceção. Por outro lado, quando a colisão se dá entre princípios, ou seja, direitos fundamentais operando como princípios, não pode ser inserida uma cláusula de exceção para exclusão de uma das normas, mas sim, devem ser ambos aplicados na maior medida possível, sendo essa a tarefa do julgador: ponderar sob quais condições um princípio precede ao outro, pois não há uma hierarquia pré-definida, em suma, entre esse padrão de normas existe uma relação de precedência condicionada⁷.

Se por um lado tal teoria parece dar importante abertura à relativização das decisões judiciais – e esse aspecto de fato vem sendo responsabilizado pelo crescente decisionismo judicial –, por outro, Alexy propõe a aplicação da máxima da proporcionalidade como método para construção de uma decisão coerente com um sistema de direitos mais complexo que aquele fundado na estrita legalidade formal. A justificação de uma decisão judicial a partir da máxima da proporcionalidade requer a observância de seus três subprincípios: idoneidade (meio adequado),

um princípio à primeira vista, sendo que, na verdade, referir-se a “princípios *prima facie*” significa reconhecer que não existem princípios absolutos.

7 Alexy assim formula a sua *Lei da colisão*: “As condições nas quais um princípio tem precedência sobre outro constituem o pressuposto de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente” (ALEXY, 2007, p. 75. Tradução livre).

necessidade (mandato do meio mais benigno) e proporcionalidade em sentido estrito (mandato da ponderação propriamente dito, que respeite o caráter de “mandado de otimização” dos princípios jurídicos). O último relaciona-se à possibilidade jurídica, enquanto os dois primeiros se relacionam às possibilidades fáticas do caso (ALEXY, 2007, p. 91-93).

Noutra perspectiva, essa noção de ponderação, é abordada por Guastini no âmbito das decisões judiciais. Para o jurista, sopesar, balancear ou ponderar princípios não é o mesmo que conciliá-los. Conciliar consiste em mesclá-los em justas proporções. Dito isso, Guastini fala em efeitos das ponderações, dividindo-os em sincrônico (cotejamento de dois princípios) e diacrônico (reiterada ponderação de um mesmo princípio na jurisprudência de um mesmo tribunal). Da observação das ponderações de princípios idênticos, a doutrina pode extrair um macrop princípio que concilie ambos que estejam em conflito. Além da concretização, os princípios também operam na orientação das decisões interpretativas, quando, por exemplo, a lei admite interpretações alternativas, sendo que harmonizar a interpretação com o princípio, preserva a harmonia do ordenamento e conserva a validade do texto legislativo (GUASTINI, 2014, p. 219-221). Aparentemente, ficou claro a partir da obra de Alexy, que um dos grandes desafios do modelo constitucional é harmonizar princípios que, por sua natureza, estão em frequente movimento de colisão.

Isso porque, esse modelo constitucional amplifica e torna mais complexas as bases da interpretação jurídica, impondo uma série de desafios à atuação judicial na solução dos conflitos. Surge a ideia de que o direito deve legitimar-se a partir da vontade dos sujeitos⁸ de sua

8 Häberle contextualizava, nos anos 1990, a condição da teoria da interpretação constitucional, a qual ainda não considerava, além dos problemas das tarefas e objetivos da interpretação constitucional e da indagação sobre seus métodos, o terceiro problema, a respeito dos participantes da interpretação, a qual, analisada genericamente, abrange um amplo círculo no processo de interpretação pluralista, o qual, muitas vezes, se mostra difuso, merecendo portanto, a atenção da doutrina, sendo que a interpretação constitucional demanda necessariamente o aporte das

regulação (HESPANHA, 2013, p. 29-31), o que leva a ciência jurídica a investigar um novo componente da decisão judicial: a *aceitabilidade*. Diante de tal elemento, pode ocorrer de um conjunto de normas válidas e eficazes não ser legítimo, não ser plenamente aceitável, se não satisfizer expectativas vinculadas à certeza jurídica.

A aceitabilidade jurídica é avaliada sobre bases de justificação que abrangem uma argumentação racional e uma base material. Entre os problemas na justificação, podem ocorrer desacordos linguísticos, se as partes usarem termos diferentes para designar as mesmas coisas, ou termos iguais para coisas diferentes, ou podem ocorrer ainda desacordos materiais – podem ser teóricos ou não teóricos – quando as pessoas têm pontos de vista diferentes. Como o texto legal normalmente não expressa inequivocamente a norma, a tarefa do intérprete é selecionar as alternativas normativas mais de acordo com a ordem jurídica e o alcance da interpretação pode estar mais vinculado à descrição dos fatos ou das consequências jurídicas, ou ainda, ambos. A situação mais problemática é quando, tanto os fatos, quanto as consequências jurídicas, são descritos de modo a permitir distintas interpretações. Entretanto, na percepção de Aarnio, há ainda os casos de ampla discricionariedade, nos quais não há pauta para a interpretação jurídica correta e a decisão pauta-se basicamente na discricionariedade judicial. É o tipo de decisão que escapa do campo de investigação sobre o raciocínio judicial, pois a ciência jurídica não abrange o problema das interpretações alternativas e respectivas eleições (AARNIO, 1991, p. 105-111; 154-157).

Especificando o tema, e, do ponto de vista da expectativa de segurança jurídica (decisão justa e racional), a interpretação apoia-se em dois pontos centrais: razoabilidade e aceitabilidade dos conteúdos. É com a aceitabilidade que está conectada a expectativa de justiça. E quando, ao aplicar a lei, o julgador se satisfaz com sua validade

ciências sociais e outras, com métodos orientados por contemplar o interesse público, democratizando a hermenêutica constitucional, já que não são apenas os intérpretes oficiais aqueles que sofrem os efeitos da interpretação (HÄBERLE, 1997, p. 11-13).

formal, e simplesmente a aplica, tem uma atitude, denominada por Aarnio, de *positivismo jurídico*. Diante disso alerta que a validade formal não é, nas sociedades modernas, a única base de legitimidade. Figuram, por exemplo, os valores aceitos ou aceitáveis, ou seja, a base de legitimidade está no mundo vital. Por isso, uma das patologias do sistema jurídico pode ser a crise de legitimidade, ou seja, crise do sistema de valores. O agravamento de tal crise, por exemplo, pode se dar por tribunais que não consideram os valores do mundo vital. “Nesse sentido, a fonte última da legitimidade se encontra na própria sociedade, somente aquela interpretação que considera as expectativas da maioria da sociedade pode, em última análise, obter a aceitabilidade dessa maioria” (AARNIO, 1991, p. 289-295). Em apertada síntese, verifica-se que o paradigma atual tem de lidar com um equilíbrio delicado entre a legitimidade, que é dimensão material do direito, e a legalidade, que é sua dimensão formal. Um problema não enfrentado pelo juspositivismo, enquanto modelo de legalidade estrita, mas que atualmente, tem se mostrado um fator de crise desse novo e jovem – com pouco mais de meia década – paradigma.

Considerações finais

Na periodização que frequentemente se propõe para a cultura jurídica ocidental, observa-se uma questão – e um problema possivelmente ainda negligenciado – comum: a ideia de justiça. Seja pela necessidade inafastável, seja pela negação epistemológica, a justiça vem se colocando com um aspecto com o qual o direito precisa lidar para se afirmar. Essa tríplice divisão histórica – jusnaturalismo, juspositivismo e pós-positivismo – tem sido amplamente adotada pelas academias na formação jurídica e, nesse uso corrente, tem privilegiado uma sucessão histórica específica: fatos e processos da cultura jurídica europeia.

Em breve síntese, associa-se a transição do jusnaturalismo ao juspositivismo aos processos revolucionários burgueses inglês,

americano e francês (iluminismo) e elege-se como marco, a publicação do Código Civil Francês, em 1804. Quanto à segunda transição, do juspositivismo ao pós-positivismo, reputa-se às experiências da Segunda Guerra Mundial, especificamente ao extremismo do regime nazista, os fatores de crise e transformação da cultura jurídica. Considera-se que a primazia dessa pretensão descritiva sob a perspectiva histórica tem desviado a atenção de outras questões que permanecem como desafios não superados gerando eventuais ocultamentos de temas importantes. Nesse sentido, observam-se crises profundas no sistema de direito, desde sua intersecção com o sistema político – crise democrática – até o momento de sua interpretação e aplicação – a técnica jurídica ou o momento de produção jurisprudencial.

Intentou-se perfazer o mesmo caminho da narrativa histórica, mas privilegiando uma reflexão que elege como fio condutor uma das questões que se considera não devidamente tratadas pela ciência jurídica (possivelmente como legado da teoria pura do direito, que de modo consciente ou não, parece ter oferecido uma alternativa mais cômoda do que enfrentar os embaraços do tema). Assim, buscou-se deslocar o enfoque histórico para uma abordagem teórico-filosófica a respeito do papel da justiça na legitimação do sistema de direitos, no âmbito da racionalidade ocidental hegemônica, ou, do raciocínio jurídico ocidental.

Nesse percurso se nota que, no modelo jusnaturalista, a justiça constituía um requisito necessário para justificar a *correta* decisão. No modelo juspositivista, a polissemia e complexidade, inabilitavam a justiça como elemento passível de conhecimento científico, pelo quê, restou excluída do campo epistemológico do direito e como resultado da abstração realizada pela comunidade jurídica, do próprio direito. Mas havia um propósito em sacrificar a justiça enquanto valor jurídico: garantir a segurança jurídica, a certeza e previsibilidade da aplicação da lei⁹. O extremo a que foi levado esse projeto no regime nazista – na

9 Uma melhor compreensão do tema pode ser alcançada por meio da narrativa

erradicação da justiça e no legalismo estrito – impulsionou a segunda transição na cultura jurídica, impondo a retomada da correção como elemento de justificação do direito e, portanto, das decisões proferidas pelas autoridades públicas.

Com isso, chega-se ao estágio atual, o pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, no qual se busca a difícil conciliação entre previsibilidade do direito – segurança jurídica – e correção material – justiça nos casos concretos. É um desafio agravado por fatores paradoxais, como a relativa subsistência do ideal hermenêutico juspositivista sobre a possibilidade de alcance *da correta decisão*, mediante a aplicação das técnicas adequadas de interpretação, ou as demandas sociais por legitimação democrática das decisões (vontade dos indivíduos ou vontade da nação). Ou ainda fatores não explícitos no sistema de direitos, como ingerências políticas que precedem e condicionam elaborações retóricas de justificação dentro desse sistema.

Diante de tais fatores, considera-se que a questão da legitimidade material (justiça) se coloca como tarefa urgente e ainda preterida em favor do formalismo. Isso fica mais claro na agudização das crises, como nos momentos em que demandas sociais colocam em risco mínimos invioláveis constitutivos do paradigma vigente – o constitucional, reprisando passos que levaram ao fracasso e à tragédia no passado. Nesses momentos, nota-se que, embora constitua um dos maiores desafios da racionalidade jurídica, negligenciar essa tarefa, pode converter-se em ausência da própria justiça.

Referências

ARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*: un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

histórico-crítica, que mostra como o ideal da segurança jurídica é assumida pela burguesia ascendente como forma de limitação do poder absoluto e condição para o desenvolvimento das liberdades política e principalmente econômica, reprimidas no antigo regime.

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*: Poética. Seleção de textos de José Américo Motta Peçanha. – São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989. 184p.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- DUSSEL, Enrique. *Oito ensaios sobre cultura latino-americana e libertação* (1965-1991). São Paulo: Paulinas, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Marin Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- GROSSI, Paolo. *O direito entre poder e ordenamento*. Trad. Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 6. ed. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2011.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Editora Annablume, 2013.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. trad. Dr. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça? a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MORESO, Juan José. *Sobre el razonamiento judicial*. Curso ministrado na Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). 17-20 set. 2018. Notas de aula. Apresentação em *Power Point*.

MORESO, Juan José. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1997.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. vol. 2 – O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. ver. e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: A. Amado, 1979.