

COERÊNCIA E *EPIEIKEIA*

Direção Editorial

Lucas Fontella Margoni

Comitê Científico

Prof. Dr. Fabio Caprio Leite de Castro

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

Prof. Dr. Luis Fernando Barzotto

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Prof. Dr. Elton Somensi de Oliveira

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

COERÊNCIA E *EPIEIKEIA*

FUNDAMENTOS DE UMA
DECISÃO *PRAETER LEGEM*

Matheus Teixeira da Silva

φ editora fi

Diagramação e capa: Lucas Fontella Margoni

Arte de capa: Alfredo Hilario

www.instagram.com/alfredohilariophotografia

www.facebook.com/alfredohilariophotografia

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SILVA, Matheus Teixeira da.

Coerência e *epieikeia*: fundamentos de uma decisão *praeter legem*. [recurso eletrônico] / Matheus Teixeira da Silva -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

142 p.

ISBN - 978-85-5696-165-5

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Praeter legem. 2. Contra legem. 3. Coerência. 4. Equidade. 5. *Epieikeia*. I. Título.

CDD-100

Índices para catálogo sistemático:

1. Filosofia 100

AGRADECIMENTOS

A presente publicação, como resultado de dissertação de mestrado apresentada ao PPG em Filosofia da PUCRS, precisa contemplar o necessário agradecimento ao professor Fabio Caprio Leite de Castro pelo dedicado, atencioso e profícuo exercício da orientação.

Também aos professores Luis Fernando Barzotto, Elton Somensi de Oliveira e Luciano Brasil pela contribuição ao aperfeiçoamento do trabalho.

Ainda, ao corpo docente do PPG em Filosofia e aos colegas de curso por todas as contribuições.

Sixto Martínez cumpriu o serviço militar em um quartel de Sevilla. No meio do pátio desse quartel, havia um banquinbo. Junto ao banquinbo, um soldado fazia guarda. Ninguém sabia por que se fazia a guarda do banquinbo. A guarda se fazia porque se fazia, noite e dia, todas as noites, todos os dias, e de geração em geração os oficiais transmitiam a ordem e os soldados a obedeciam. Ninguém nunca duvidou ou nunca perguntou. Se assim se fazia, e sempre havia feito, por algo seria.

E assim seguiu sendo até que alguém, não sabe se general ou coronel, quis conhecer a ordem original. Teve que remexer a fundo os arquivos. E depois de muito procurar, encontrou. Fazia trinta e três anos, dois meses e quatro dias, um oficial havia mandado montar guarda junto ao banquinbo, que estava recém-pintado, para que não ocorresse alguém sentar-se sobre a pintura fresca.

(Eduardo Galeano, in Livro dos abraços)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. POSITIVISMO JURÍDICO	15
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS	15
1.2 EVOLUÇÃO DOGMÁTICA	32
2. COERÊNCIA NO DIREITO	47
2.1 UNIDADE	52
2.2 SISTEMA	58
2.3 INTEGRIDADE	64
3. ATUAÇÃO PRAETER LEGEM.....	75
3.1 A EPIEIKEIA A PARTIR DE ARISTÓTELES.....	75
3.2 A AEQUITAS EM TOMÁS DE AQUINO	88
3.3 COERÊNCIA E ATUAÇÃO PRAETER LEGEM.....	92
3.4 EXEMPLIFICAÇÃO	106
4. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E DEDUTIVISMO.....	115
4.1 DISCRICIONARIEDADE.....	115
4.2 DEDUTIVISMO	122
CONSIDERAÇÕES FINAIS	127
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	131

INTRODUÇÃO

A temática que versa sobre a possibilidade de uma atuação judicial *praeter legem* é bastante interessante, atraindo a atenção de juristas e filósofos há milênios. A presente dissertação tem por objetivo, pois, a análise de um particular aspecto decorrente da incongruência inexorável que advém da natureza geral das regras jurídicas e da natureza particular e contingente dos casos, de modo a legitimar a tomada de decisão contrária à lei. Deste modo, o tema central da investigação – atuação jurisdicional *praeter legem* – circunda este conflito existente entre generalidade e particularidade, como será visto em diversas oportunidades ao longo da dissertação.

Deve-se esclarecer ao leitor, desde o princípio do texto, que a temática que aqui se denomina *praeter legem* (e que pode ser associada à decisão *contra legem*) em absoluto deve ser compreendida como a defesa de uma autonomia judicial que admita sejam as regras rasgadas e substituídas por uma aristocracia togada e voluntarista; utiliza-se a denominação “*praeter legem*” para indicar que uma decisão que não guarde necessária relação com a previsão normativa. Não se defenderá, gize-se, a possibilidade de atuação judicial contrária à lei, senão em casos especialíssimos – nestes, sim, de forma legítima e adequadamente fundamentada, como será exposto.

O trabalho estrutura-se em quatro blocos. Inicia-se com a abordagem da evolução histórica e dogmática do positivismo jurídico e sua dicotomia com o jusnaturalismo, destacando-se as principais características atribuídas a ambas as correntes de pensamento – em que pese as dificuldades conceituais observadas na literatura em razão das divergências existentes entre diferentes autores. Em um segundo momento, percebem-se as diversas possibilidades de compreensão coerentista do direito, constituindo a coerência um postulado de nossa dissertação. Examinam-se, deste modo, as três principais ideias que se podem associar à coerência, quais sejam: integridade, sistema e unidade. Trata-se de seleção fundada na proeminência de tais ideias, todas elas ilustrativas de desdobramentos possíveis das diversas compreensões coerentistas do direito existentes. Nossa pretensão, em relação ao tema da coerência, cinge-se à demonstração da sua

necessidade, sem preocuparmo-nos com filiação a uma linha específica dentre as apontadas.

Adentra-se, então, ao tema central do trabalho, iniciando-se pelo resgate da equidade aristotélica (*epieikeia*), a fim de demonstrar a existência de sólidos fundamentos para o reconhecimento da importância do tema que concerne à problemática da generalidade das leis e da singularidade dos casos. Nesse sentido, dedicam-se algumas páginas à explicitação do conceito de *epieikeia*, com revisão bibliográfica de diversos autores que sobre o tema escreveram. Ato contínuo, procede-se à tentativa de atualização da ideia aristotélica, dentro de um contexto contemporâneo positivista, a partir da necessidade de coerência dentro do âmbito normativo, com farta exemplificação para melhor exposição da ideia. Defende-se que o “corretivo” que por Aristóteles era associado à equidade ainda pode – e deve – se fazer presente no direito contemporâneo, com as devidas adaptações, evidentemente.

Ao fim, em breves linhas, perquire-se sobre a extensão possível da discricionariedade judicial, defendendo-se tanto sua existência como sua rígida limitação, sem que haja contradição entre estes dois aspectos; ainda, discute-se a possibilidade/necessidade do uso do raciocínio dedutivista no âmbito decisório e a inadequação da limitação do raciocínio ao silogismo do tipo “regra-caso”, pelas razões apontadas desde Aristóteles.

A multiplicidade de assuntos que perpassam pelo conjunto da dissertação indica, com certa naturalidade, que a simples conclusão do texto não pode implicar no encerramento da pesquisa: esta deve prosseguir, com as revisões e os aprofundamentos necessários em cada um dos tópicos que integram a estrutura geral desta investigação.

O método empregado para a pesquisa volta-se sobretudo à revisão bibliográfica, almejando-se à exposição das principais contribuições existentes na doutrina jusfilosófica sobre os diferentes tópicos que integram o trabalho, com leitura crítica.

1

POSITIVISMO JURÍDICO

Este capítulo tem por objetivo explicitar aspectos acerca da origem e da forma como se deu o desenvolvimento do chamado positivismo jurídico ao longo da história, para então abordar as questões contemporâneas que o cercam. Nesse sentido, faz-se necessário, de modo preambular, proceder a uma tentativa de conceituação preliminar do positivismo jurídico (não se pretende aqui abordar o positivismo filosófico)¹, o que, certamente, só pode ser feito a partir de uma análise histórica entre o juspositivismo e sua antítese, o jusnaturalismo.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Muito embora se afirme comumente que o juspositivismo nasce no final do século XVIII (ou no século XIX) tal questão há de ser perquirida com acentuado cuidado: como poderia o juspositivismo ter nascido no século XVIII se Aristóteles já expusera a distinção existente entre a lei positiva e a lei natural?² Se a pólis grega já fazia uso da lei escrita?³

¹ “A expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França.” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 15.) “É inegável que os partidários do positivismo jurídico foram influenciados pelo positivismo filosófico, como se percebe na tendência de rejeitar teses metafísicas e/ou idealistas sobre a natureza do direito, concentrando-se em fatos demonstráveis, tais como a criação de normas jurídicas pelo legislador político. Mas isso não significa que os partidários do positivismo jurídico aceitem todas as ideias historicamente designadas como positivistas. Isso seria impossível em razão da multiplicidade das abordagens positivistas tanto no direito como em âmbito científico e/ou filosófico.” (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 66.)

² “A distinção conceitual entre direito natural e direito positivo já se encontra em Platão e Aristóteles.” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 16.)

³ “A lei escrita alcançou entre os judeus uma posição sagrada, como manifestação da própria divindade. Mas foi na Grécia, mais particularmente em Atenas, que a

A resposta a ser dada é no sentido de que a afirmação de que “o juspositivismo nasce no século XVIII” só pode ser tomada como verdadeira se não for tomada como sinônimo de que apenas no século XVIII nasce a lei escrita: ocorre que a lei escrita é de fato muitíssimo anterior ao juspositivismo, e tal aspecto deve ser gizado para evitar confusões terminológicas. Se é certo que o juspositivismo está associado à lei escrita, também é certo que não são sinônimos, o que se pretenderá demonstrar ao longo do capítulo.

Uma resposta adequada à questão formulada deve compreender como nascimento do juspositivismo o momento a partir do qual apenas o direito positivo passa a ser visto como direito, isto é, quando não mais se reconhece na figura do jusnaturalismo a qualidade do “direito”. Significa dizer que este momento é aquele no qual o direito positivo é direito, mas o direito natural não; ou, como sustenta Bobbio, o momento em que o adjetivo “positivo” ao termo “direito” passa a ser um pleonasma.⁴

Há relevantes distinções entre o sentido atualmente atribuído à lei e aquele existente no contexto sobre o qual repousam as análises de Aristóteles, o que igualmente torna imprópria a identificação da lei escrita grega com o conceito de juspositivismo. Nesse sentido é o esclarecimento de Comparato:

O sentido e a importância política que os gregos clássicos atribuíam ao *nomos* eram incomparavelmente mais amplos

preeminência da lei escrita tornou-se, pela primeira vez, o fundamento da sociedade política. Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas suplantou, desde logo, a soberania de um indivíduo ou de um grupo ou classe social, soberania esta tida doravante como ofensiva ao sentimento de liberdade do cidadão. Para os atenienses, a lei escrita é o grande antídoto contra o arbítrio governamental, pois como escreveu Eurípedes na peça *As Suplicantes*, ‘uma vez escritas as leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual; o fraco pode responder ao insulto do forte, e o pequeno, caso esteja com a razão, vencer o grande’. Mas ao lado da lei escrita (*nomos éngraphos*), havia também entre os gregos uma outra noção de igual importância: a lei não escrita (*nomos ágraphos*).” (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 25.)

⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 26.

e profundos do que aqueles conferidos à lei moderna. Em sua essência, como definiu Aristóteles, o *nomos* é uma regra que emana da prudência (*phrónesis*) e da razão (*noos*), não da simples vontade, seja do povo, seja dos governantes.⁵

Em uma mesma direção, Bittar afirma que a partir do pensamento aristotélico se funda então uma dicotomia através da qual se opõem os valores do justo legal e do justo natural - muito embora o justo legal deva ser, para Aristóteles, mera decorrência do justo natural.⁶ Veja-se o que expôs Aristóteles em sua *Ethica Nicomachea*:

A justiça política é em parte natural, em parte convencional. Uma regra de justiça natural é aquela que apresenta idêntica validade em todos os lugares e não depende de nossa aceitação ou inaceitação. Uma regra convencional é aquela que, em primeira instância, pode ser estabelecida de uma forma ou outra indiferentemente, ainda que uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente. (...) as regras da justiça que não são ordenadas pela natureza, mas pelo ser humano, não são as mesmas em todos os lugares, visto que as formas de governo não são as mesmas (...).⁷

Para Aristóteles, o direito natural é, pois, o direito existente em todos os lugares, em oposição ao direito positivo, assim compreendido como aquele direito cuja eficácia se faz presente exclusivamente na comunidade política na qual está

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 54.

⁶ BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico**. Barueri: Manole, 2003, p. 1054-1056. Conforme exposto por Bittar, “o justo natural prevalece além do direito escrito e vigente como sendo o fundamento implícito de legitimidade de toda decisão convencional que vise à regulação da vida social.”

⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2002, p. 151/152, Livro V, cap. VII.

posto.⁸ Esta distinção pode ser compreendida a partir das noções de lei geral e lei particular, conforme exposto na Retórica.⁹

A propósito, na tragédia *Antígona*, Sófocles retrata com precisão e maestria a colisão destas duas formas de compreensão do fenômeno normativo (justo legal x justo natural) na passagem em que Creonte reprime Antígona por ter desobedecido à ordem para que não sepultasse o cadáver de seu irmão Polinices, o qual é tido por traidor.¹⁰

Após Antígona ser apresentada a Creonte pelo guarda que havia flagrado a desobediência, assim dá-se o diálogo, no qual Antígona “afronta com plena consciência o decreto tirânico do rei”¹¹, culminando na valiosa argumentação realizada por Antígona em sua defesa.¹²

(...)

GUARDA – Ela estava dando sepultura ao morto por suas próprias mãos, já te disse.

⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 17.

⁹ “Ora, a lei é ou particular ou geral. Por lei particular entendo a lei escrita que regula a vida de um Estado particular; por lei geral, entendo todos os princípios não escritos que parecem ser reconhecidos por todos os povos.” (ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2013, p. 88, 1368b1.)

¹⁰ “Sem dúvida, a proibição de se enterrarem os cadáveres dos cidadãos que se haviam revoltado contra o governo, com a cominação da pena de morte para o transgressor, era um simples decreto (*pséfisma*) de Creonte, não uma lei autêntica (*nomos*), votada pelo povo; muito embora Sófocles, sem dúvida ignorante dessa distinção técnica, empregue sempre a palavra *nomos*. Mas a oposição substancial, denunciada por Antígona diante do tirano, continuaria a mesma, caso se tratasse realmente de uma lei.” (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 26.)

¹¹ JAEGER, Werner. **Paideia: a formação do homem grego**. Tradução Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 330.

¹² “A palavra “leis” aparecerá durante todo texto, tanto na fala de Creonte, quanto na fala de Antígona. Cada um deles defenderá o seu ponto de vista, usando como argumento uma legislação. Creonte defenderá a do estado, Antígona, a divina.” (OLIVEIRA, Janio Davila. O discurso de Creonte na *Antígona* de Sófocles. In **Fragmentum**, n. 38, Vol. 1. Jul./ Set. 2013, p. 88.) “O direito de Antígona é tranquilo. Basta dizer ‘meu Zeus...’ para todo mundo concordar que ela deveria dominar e dar as leis nesse palácio.” (ROSENFELD, Kathrin. **Antígona, intriga e enigma**: Sófocles lido por Hölderlin. São Paulo: Perspectiva, 2016, p. 53.)

CREONTE – Tens noção do alcance da tua afirmação?
Tens absoluta certeza do que dizes?

GUARDA – Sim! Foi ela que, violando tua proibição, deu sepultura ao morto... Não é claro o que digo?

(...)

CREONTE – Sabias que eu havia proibido, por uma proclamação, o que fizeste?

ANTÍGONA – Sim, eu sabia! Nem o poderia ignorar, pois era coisa pública!

CREONTE – E contudo, tiveste a ousadia de desobedecer a essa determinação?

ANTÍGONA – Sim, pois não foi a decisão de Zeus; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém pode dizer desde quando vigoram! Decretos como o que proclamaste, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecer a punição dos deuses! (...)¹³

Esta passagem da obra de Sófocles é de especial valia ao teatro, à filosofia e ao direito, por envolver conflitos humanos de dimensões assaz complexas, qualificadas historicamente.¹⁴ A distinção que ora se faz entre o justo legal e o justo natural a

¹³ SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 94-96. Foram consultadas também as traduções de Millôr Fernandes (Editora Paz e Terra) e Donaldo Schüler (L&PM).

¹⁴ “Este mito grego, que na versão de Sófocles data do ano 490 a.C., é representado, comentado e publicado até os nossos dias, inclusive em lugares distantes dos grandes centros culturais do ocidente, precisamente porque o conflito que apresenta está longe de ser resolvido.” (CULLETON, Alfredo. O morto, corpo do morto e nós. In **Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck**. Org. Alexandre Morais da Rosa [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 525.)

partir da personagem de Antígona é objeto de análise por Aristóteles¹⁵, em sua obra *Retórica*:

Quando falo de dois tipos de direito ou lei, refiro-me à lei particular e à lei comum. A primeira varia segundo cada povo e é aplicável aos membros de cada povo, sendo parcialmente escrita, parcialmente não escrita; a lei comum é a lei natural, visto que há, de fato, uma justiça e uma injustiça das quais todos têm, de alguma maneira, a intuição, e que são naturalmente comuns a todos, independentemente de todo Estado e de toda convenção recíproca. É isso que a Antígona de Sófocles expressa com clareza ao declarar que o sepultamento de Polinices fora um ato justo por ser o direito natural...¹⁶

Dando continuidade a essa tese, o pensamento medieval, em especial o escolástico, procedia à distinção entre o direito natural e o direito positivo através das figuras da *lex naturalis* e da *lex humana*, correspondentes do direito natural e positivo, respectivamente. Assim como apontado por Aristóteles, aqui também há um nexos de derivação (*per conclusionem* ou *per determinationem*)¹⁷ entre lei natural e lei positiva, sendo tal operação obrada pelo legislador¹⁸:

¹⁵ “Notavelmente, Aristóteles não discute a possibilidade de um conflito [do direito natural] com o direito positivo; somente na *Retórica* (I 13) ele a admite com respeito à *Antígona*, de Sófocles.” (HÖFFE, Otfried. **Aristóteles**. Tradução Roberto H. Pich. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 204.)

¹⁶ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2013, p. 105, 1373b1.

¹⁷ “Tem-se derivação *per conclusionem* quando a lei positiva deriva daquela natural segundo um processo lógico necessário. (...) Tem-se a derivação *per determinationem* quando a lei natural é muito geral (e genérica), correspondendo ao direito positivo determinar o modo concreto segundo o qual essa lei deve ser aplicada.” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 20.) Também sobre esta distinção: HORN, Norbert. **Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica**. Tradução Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 264; LEITE, Flamarion Tavares. **Manual de filosofia geral e jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 125/126.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 20.

A positivação da lei humana pressupõe, portanto, um processo de derivação e integração em relação aos preceitos da lei natural, o que indica a necessidade de um ajustamento concreto das normas jurídicas que venham a ser postas pela vontade humana, a qual deve buscar compatibilizar-se, da melhor forma possível, com as exigências da racionalidade prática que compõem as três instâncias da lei natural (...).¹⁹

De acordo com Fábio Konder Comparato, os escolásticos e canonistas medievais compreendiam que quaisquer leis positivas que estivessem em dissonância ao direito natural deveriam ser sumariamente reconhecidas como carecedoras de vigência.²⁰ Em resumo, o direito pensado pelos medievais é sustentado de modo independente de elementos volitivos, como afirma Ferreira Filho, segundo o qual “de modo explícito e elaborado, o pensamento medieval sustentou a existência de um Direito independente da vontade dos homens e superior aos comandos de qualquer autoridade.”²¹

Durante o período da Idade Média surgem germes de mudanças nos contextos político e jurídico, aparecendo a necessidade de alguma regulação do poder constituído (por exemplo, a Magna Carta, em 1215) e de inovações comerciais, viabilizando a abertura de portas ao capitalismo e à Revolução Industrial que séculos depois ocorreria.²²

¹⁹ FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015, p. 340.

²⁰ “No *Decretum* (*Dist.* 9, cânon 1), Graciano, o pai do direito canônico, afirmou que ‘as normas positivas, tanto eclesíásticas quanto seculares, uma vez demonstrada a sua contrariedade com o direito natural, devem ser totalmente excluídas’”. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 33.)

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8.

²² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 60.

O direito romano²³, a seu turno, igualmente distinguia o direito natural do direito positivo, associando o primeiro à figura do *jus gentium* e o segundo à figura do *jus civile*: enquanto o *jus gentium* não encontra limites territoriais e é dado pela natureza dos homens, o *jus civile* apenas possui validade em um determinado contexto comunitário, sendo dado pelo próprio povo que a ele se submete. Losano complementa, consignando que “o termo [positivo] aparece já no direito romano, como *ius positivum* contraposto ao *ius divinum, naturale, gentium* etc.”²⁴ A propósito do termo *ius positivum*, Dimitri Dimoulis sustenta que dele advém a terminologia do “positivismo jurídico” (*ius positum* - juspositivo), e não da visão positivista das ciências humanas.²⁵

O modo pelo qual se tem acesso ao conteúdo dos direitos (se natural ou positivo) é aspecto utilizado nos séculos XVII e XVIII como critério distintivo, na medida em que através da razão se pode conhecer o direito natural e através da declaração do legislador se conhece o teor do direito positivo.²⁶

²³ Considerando que “a história do direito romano é uma história de 22 séculos”, como pondera Gilissen, remete-se à obra do autor para uma compreensão detalhada da complexa evolução do direito romano: GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 80 e seguintes.

²⁴ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito** - volume 2. Tradução Luca Lambert. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 27.

²⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 67.

²⁶ “Em primeiro lugar, devemos notar uma inversão sofrida no processo de definição de direito natural e de direito positivo. Até o século XVIII, o primeiro tinha precedência e o segundo definia-se negativamente. Isto é, direito era, por excelência, algo imanente à natureza e compulsório para o homem. Direito positivo era o não natural, isto é, o estabelecido por arbítrio e, pois, sem permanência, mutável de acordo com condições sociais variáveis. Após o século XIX, cada vez mais, direito é posto, o direito é estabelecido por autoridade do Estado ou pela sociedade, e direito natural define-se negativamente com o direito que não é posto.” (FERRAZ JÚNIOR. **Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2015, p. 135.) “As leis *naturae* são conhecidas pela razão: ninguém, que tenha uso d’esta faculdade, as póde ignorar; estão, para assim dizer, publicadas na consciencia dos indivíduos. As positivas precisam ser publicadas externamente, de modo que chegam á noticia d’aquelles, a quem devem obrigar. [sic]” (ROCHA, M. A. Coelho. **Instituições de direito civil portuguez**. Rio de Janeiro: Livreiro Editor, 1907, p. 3.)

Montesquieu, em seu clássico “O espírito das leis”, assevera, no capítulo II do Livro I, que antes de todas as leis, “estão as da natureza, assim denominadas por derivarem unicamente da constituição de nosso ser”²⁷. Para o filósofo, as quatro leis naturais básicas são: (a) a paz; (b) a lei que induz a procurar alimentar-se; (c) a procura natural pelos semelhantes e (d) o desejo de viver em sociedade. Na sequência, expõe no capítulo seguinte que, tão logo os homens estejam vivendo em sociedade, perdem o sentimento de fraqueza e a igualdade cessa, dando início ao estado de guerra. Deste modo, fazem-se necessárias as leis positivas: o direito das gentes para regular o relacionamento dos povos entre si, o direito político para regular a relação entre os governantes e governados e, por fim, o direito civil para regular os cidadãos em seus relacionamentos entre si.²⁸

Ante este panorama histórico, Bobbio lista seis traços distintivos do direito natural e positivo, os quais podem ser assim sintetizados: (a) a antítese universalidade/particularidade; (b) a antítese imutabilidade, associada ao direito natural, e a mutabilidade própria do direito positivo; (c) a fonte do direito, isto é, a natureza ou a *potestas populus*; (d) o modo pelo qual o direito é conhecido pelo seu destinatário, ou seja, a *ratio* ou a declaração; (e) o objeto dos direitos, de modo que “os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes”²⁹; (f) o critério de valoração das ações, sendo que o direito natural estabelece o que é bom, ao passo que o direito positivo estabelece aquilo que seja útil.³⁰

O jusnaturalismo apresenta diversas formas de compreensão possíveis, dentre as quais a cosmológica, a teológica

²⁷ MONTESQUIEU, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 82.

²⁸ MONTESQUIEU, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 84.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 23.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 23.

e a racionalista. A compreensão cosmológica do jusnaturalismo “relaciona o conceito de natureza como um sistema cósmico, que alberga em si mesmo sua lei.”³¹ Todas as coisas, em tal visão, ocorrem de acordo como uma cosmovisão (lei universal) da qual decorrem as leis humanas. Já para a compreensão teológica, predominante na Idade Média, as leis são derivadas de Deus, ainda que existam diferentes compreensões teológicas do jusnaturalismo, sendo Santo Agostinho e São Tomás de Aquino seus expoentes.³² O jusnaturalismo racionalista, por sua vez, tenta eliminar a questão deíctica, em busca de uma base independente e, nesse sentido, racional.³³

Em nosso escopo e para os fins de nossa investigação, o que releva, entretanto, é o traço comum das diferentes concepções jusnaturalistas, aqui reunidas pela doutrina de Melgaré:

Não obstante a pluralidade de concepções, destacamos como termo, traço comum, pertencente a todas essas

³¹ MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 72.

³² “Para o primeiro, a ordem do mundo decorre da lei eterna, oriunda de Deus e definida como a razão divina e a vontade de Deus. Essa lei eterna encontra-se refletida na consciência dos homens, devendo ser o fundamento das leis humanas, positivadas. (...) Em São Tomás de Aquino destacamos a divisão categorial da lei em lei eterna, lei natural e lei humana. (...) Essa *lex aeterna* não poderia ser plenamente conhecida pelo homem, mas apenas parcialmente, por meio de suas manifestações.” (MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 73.)

³³ António Braz Teixeira destaca que, da influência do Iluminismo, resultava “uma antropologia eminentemente naturalista, que se pretendia liberta do teocentrismo aristotélico-escolástico e marcada por um pendor utilitarista, quando não mesmo hedonista (...). Na verdade, o naturalismo e o racionalismo que caracterizam a antropologia iluminista e a tendência para a quantificação, a simplificação e a generalização que igualmente individualizam esta forma de pensamento, conduzem, por um lado, a uma atitude eminentemente antropocêntrica, em oposição ao teocentrismo ou teologismo escolástico (...). Assim, do seu antropocentrismo e do seu particular tipo de razão e racionalismo resultava que a fonte do Direito natural [sic], mais do que a razão e a vontade divinas, era a própria razão humana (...). Esta decorrência directa, imediata e exclusiva do Direito Natural da natureza racional do homem permitirá até sustentar, como o fez Grócio, que, mesmo que Deus não existisse, o Direito Natural existiria.” (TEIXEIRA, António Braz. **O pensamento filosófico-jurídico português**. Lisboa: Instituto de Cultura e Língua Portuguesa, 1983, p. 38-40.)

mesmas concepções, a ideia de um conjunto de princípios, valores, válidos por si mesmos, aptos a materializar os ideais de justo e injusto. Acrescente-se ainda a pretensa característica de imutabilidade e universalidade de tais princípios. E da pretensão ora referida, decorre outro carácter do jusnaturalismo, qual seja sua ahistoricidade, é dizer, a negação de relacionar suas ideias e preceitos com as coordenadas oferecidas pelo momento histórico vivificado, com o acontecer da história.³⁴

No paradigma do direito natural, portanto, a compreensão do justo confunde-se com princípios advindos da natureza, sendo viável sua apreensão de sentido pelo homem. Por serem princípios naturais, suas características inextricáveis são a imutabilidade e a universalidade.

A despeito da força jusnaturalista verificada ao longo da história, a Idade Média representou, por força do direito romano, um importante marco para sua gradual perda de força.³⁵ Com a introdução de um sistema normatizado e predeterminado, o direito passa a ser um objeto: “nessa contextualização, encontramos os primeiríssimos sinais condicionadores de um futuro pensamento jurídico expressamente normatizado”³⁶, dando espaço a um sistema de normas, o normativismo.

Nesse percurso, o carácter sagrado do direito é progressivamente abandonado, à luz do Renascimento, e igualmente o conteúdo ético do direito é reduzido – em atendimento aos pressupostos epistemológicos do contexto histórico –, conduzindo o direito, deste modo, ao Direito Racional, com intensa influência dos sistemas racionais sobre a teoria jurídica. Como afirma Ferraz Junior, “existe aqui,

³⁴ MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 74.

³⁵ “Chegaram a produzir regras jurídicas escritas. E, desde então, nas sociedades evoluídas, dispomos do instrumental do direito positivo. Como utilizá-lo? *That is the question!*” (VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 379.)

³⁶ MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 101.

manifestamente, uma preocupação em secularizar a teoria jurídica, evidenciando uma ruptura com a prudência romana e com a grega.”³⁷

Se outrora se tinha na argumentação e na ideia de plausibilidade, ancoradas na força da retórica, um importante referencial, nesta quadra da história surge a pretensão da certeza científica e de progresso, o que se acreditava viável através dos postulados dados pelo normativismo.³⁸ Nas palavras de Melgaré, “a compreensão do direito despede-se de uma dimensão metafísica para se afirmar como ordem das sociedades históricas.”³⁹

Aqui, o direito é um conjunto de normas jurídicas (preponderantemente escritas)⁴⁰ de um determinado local em um determinado momento – e sem vinculação necessária com a sua concretização no plano sociológico:

Na busca dessa exatidão de raciocínio, os positivistas do direito não podiam considerar objeto da teoria jurídica as ações humanas, em razão de sua variabilidade imprevisível e de sua extrema complexidade. Restavam, assim, como objeto próprio de uma análise que se pretendia científica do direito, unicamente os textos normativos, considerados sob dois aspectos: na precisão semântica de seus conceitos técnicos e no encadeamento lógico das proposições. O direito reduzir-se-ia, inelutavelmente, a puras formas normativas. O conteúdo político, econômico, religioso

³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 45.

³⁸ MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 102.

³⁹ MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 103.

⁴⁰ “Um dado importante da experiência jurídica entre os séculos XVI e XVIII é o fato de o direito ter-se tornado cada vez mais direito escrito, o que ocorreu quer pelo rápido crescimento da quantidade de leis emanadas do poder constituído, quer pela redação oficial e decretação da maior parte das regras costumeiras.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 48.)

etc. deveria ser expurgado da teoria jurídica, a fim de que ela pudesse pretender a algum rigor científico.⁴¹

Está-se ante o período de influência do Iluminismo: é a época da razão e do racionalismo, na qual a Igreja perde força e a compreensão humana dos fenômenos rejeita explicações não-científicas. As ciências demonstrativas são a expressão de seu tempo e, na tentativa de acompanhar as ideias do momento, o direito cede ao jusracionalismo⁴², aderindo aos métodos ditos científicos: “o mesmo pensamento demonstrativo utilizado para as ciências naturais foi transposto para o universo jurídico”.⁴³ O provável, o plausível e o presumível não têm espaço; apenas a certeza é bem-vinda.⁴⁴ O que se almeja, em síntese, é a segurança total, constitutiva do *ethos* da filosofia das luzes.⁴⁵

Surge, em tal circunstância, o rigor da norma e de um sistema racional: se o normativismo jurídico afasta elementos outros (jurisprudência, valores etc.), sua apreensão somente pode

⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 356.

⁴² “Foi nas novas universidades do iluminismo que o jusracionalismo foi transmitido às futuras camadas burocráticas dirigentes do absolutismo e penetrou, portanto, desde cedo na administração e legislação (...). Na ciência jurídica técnica e nos tribunais superiores, ele estabeleceu-se de forma mais lenta mas igualmente eficaz.” (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 356.)

⁴³ MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Breves palavras acerca do Iluminismo e do direito**. In Programa de hermenêutica jurídica. Org. Maren Taborda; Plínio Melgaré. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 173.

⁴⁴ “Ao contrário do que se tornou padrão epistemológico imposto pelo Racionalismo, Aristóteles afirmava que o Direito não tratava de verdades necessárias, operando, ao contrário, com verdades contingentes, com juízos de razoabilidade, que jamais atingem a pretendida certeza das verdades científicas.” (SILVA, Ovídio Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 8.)

⁴⁵ “A busca de segurança, tão constante nas filosofias políticas do século XVII, contribuiu sobremodo para o abandono definitivo, nos séculos posteriores até nossos dias, do pensamento clássico, de origem aristotélica, para o qual a compreensão do direito e as soluções dos problemas jurídicos haveriam de ser necessariamente contingentes, sujeitas a juízos de verossimilhança, nunca a juízos de certeza, próprios das ciências da natureza, inaplicáveis à moral e ao direito, enquanto ciências do espírito.” (SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 91.)

se dar por um rígido método lógico-dedutivo, “posto que somente assim poder-se-á objetivar a articulação do enunciado geral e abstrato expresso pela normatividade jurídica com os casos decidendos”.⁴⁶ O silogismo formal, portanto, é a melhor solução possível para análise do caso concreto, sendo, pois, a subsunção a metodologia jurídica de excelência do normativismo⁴⁷, porquanto, como sustenta Comparato:

Compete à ‘ciência do direito’, segundo a concepção positivista, tão só dizer o que o direito é, sem cuidar minimamente de dizer o que o direito deve ser. Em outras palavras, os juízos próprios de uma teoria ‘científica’ do direito não são juízos de valor; são silogismos (...).⁴⁸

Melgaré critica fortemente o normativismo das rígidas concepções formais e seus pressupostos, merecendo transcrição de seu argumento:

Sem embargo, temos, especificamente, que o normativismo percebe o direito como uma totalidade de normas, onde a juridicidade firma-se através de uma razão teórica. E o direito como um elemento a ser descoberto por um processo de demonstração, passível de conhecimento, tal qual um objeto. Corolário desses postulados, foi um inexorável distanciamento da realidade fática que, diante da plasticidade da estrutura social, apresentava novos anseios e expectativas inatingíveis pelo

⁴⁶ MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 106.

⁴⁷ “De qualquer forma, a racionalidade jurídica não ultrapassa, assim, um simples operar silogístico. Um simples proceder formal que parte da norma para pretensamente obter juízos jurídicos.” (MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 107.)

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 357.

processo subsuntivo, referente a uma hermenêutica exegética, oferecido pelo normativismo.⁴⁹

Sendo o jusracionalismo o tempo da pretensão de clareza e de segurança, constitui-se, conseqüentemente, como o período da codificação na Europa continental⁵⁰ (com o Code Civil iniciando sua vigência em 1804), na medida em que seus pressupostos e objetivos estão contemplados na ideia de edificação de um sistema de leis com pretensão de completude e racionalidade, as quais, necessariamente associadas à submissão passiva do julgador à letra da lei, conduziria à adequada e racional aplicação do direito. Karl Engisch comenta:

Houve um tempo em que tranquilamente se assentou a ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os actos administrativos. Esse tempo foi o do Iluminismo.⁵¹

Trata-se, nas palavras de Ovídio Baptista, do “velho sonho do Iluminismo de criar um direito tão seguro, que fosse, ao mesmo tempo, compreensível por todos, sem necessidade de interpretação e que assegurasse o máximo de segurança”, na medida em que “o direito assim concebido já deveria vir pronto e

⁴⁹ MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 111.

⁵⁰ “É interessante observar como o predomínio da *segurança* sobre os ideais de *justiça* que, na Europa continental, deu ensejo à era das codificações, foi igualmente uma constante na doutrina jurídica inglesa, embora a Inglaterra, fiel ao mesmo princípio, tivesse procurado idêntica segurança para o direito no sistema de precedentes.” (SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 89.) “A ligação do jusracionalismo com o iluminismo produziu, primeiro nos estados absolutos do centro e do sul da Europa, depois na Europa ocidental após o processo revolucionário francês, uma primeira grande onda das codificações modernas.” (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 365/366.)

⁵¹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 206.

acabado da fábrica legislativa, cabendo ao juiz apenas a tarefa de declará-lo.”⁵² É, assim, no contexto do fortalecimento do poder político estatal e do capitalismo que se consolidam as premissas juspositivistas.⁵³

O direito, destarte, atinge a necessária previsibilidade almejada pela sociedade (*rectius*, pela elite) de então, em sintonia com os preceitos iluministas vigentes⁵⁴, chegando Ovídio Baptista a afirmar que “o esforço da ilustração para obter um direito perfeitamente determinável e previsível não teve limites.”⁵⁵

Nesse contexto, a lei tem a pretensão de ser clara o suficiente para dispensar a necessidade de sua interpretação. O texto legal se basta, e o juiz lhe deve obediência servil: “Certamente, com essa redutora compreensão do sentido da lei, toda a aplicação que procurasse ir além de texto, usaria fundamentos estranhos ao campo jurídico, portanto ilegítimos e arbitrários.”⁵⁶

Nessa quadra, escancara-se a plena separação entre o direito e a moral, competindo ao jurista obrar com as leis escritas, apenas; há, com rigor, um propósito que não permite a análise da ação humana, já que esta carece de previsibilidade. Reduz-se, assim, o direito às formas normativas, com absoluta separação

⁵² SILVA, Ovídio Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 80.

⁵³ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 70.

⁵⁴ “Os códigos da época – e descortina-se em nossa visão especialmente o da Prússia – denotam os preceitos caracterizadores do Iluminismo. A cega fé numa razão, instalada no homem, possibilitaria a existência de um direito totalmente justo e, portanto, conduziria o legislador a elaboração de regras que norteariam plenamente a sociedade, disciplinando, todas as situações possíveis.” (MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Breves palavras acerca do Iluminismo e do direito**. In Programa de hermenêutica jurídica. Org. Maren Taborda; Plínio Melgaré. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 176.)

⁵⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 89.

⁵⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 45.

dos conceitos morais.⁵⁷ A contextualização de Ovídio Baptista merece transcrição:

Enfim, a justiça cristaliza-se no texto da lei escrita. Logo, não haverá lei injusta, por definição, nem caberá ao juiz a tarefa de encontrar outros critérios de justiça, para o caso concreto, que já não venham indicados no texto legal aplicável. Trata-se, portanto, como tarefa atribuída ao julgador a determinação da verdade dos fatos submetidos a julgamento, de modo que, esclarecidas as questões probatórias, nada mais lhe resta a fazer senão proclamar (declarar) a solução previamente dada pela lei.⁵⁸

Como o direito deve ser, pouco importa para o pensamento normativista, já que sua análise deve cingir-se àquilo que o direito posto é. Em certo sentido, o poder Judiciário é reduzido a uma função meramente burocrática,⁵⁹ cuja consequência inequívoca é o fortalecimento da estrutura legiferante, na medida em que o centro do direito passa a ser a produção legal, já que a fonte do direito é apenas a lei.⁶⁰

Muito embora seja correta a compreensão de que o positivismo busca a certeza e a previsibilidade, a partir do momento em que o direito encontra sua identidade na lei

⁵⁷ “Contrariando a tradição multisseular de todas as civilizações, os positivistas consideram que o direito existe sem ligação com a justiça, e o os juristas não têm que julgar a ordem jurídica de acordo com os grandes valores éticos, porque essa não é uma tarefa científica e sim política.” (COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 357.)

⁵⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 100.

⁵⁹ “A busca de *certeza do direito*, como ideal do racionalismo, exacerbada pela desconfiança com que a Revolução Europeia encarava a magistratura, em virtude de seus compromissos com o *Ancien Régime*, que conduziu à era das grandes codificações do direito europeu, acabaram criando um *sistema burocrático* de organização judiciária que, por sua vez, contribuiu igualmente para a assimilação da função judicial à carreira de um funcionário público comum (...)” (SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 88.)

⁶⁰ FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49.

escrita⁶¹, o consectário de tal redimensionamento é o fato de que o direito mudará sempre que mudar a lei, ou seja, a mutabilidade do direito é inserida como característica intrínseca à compreensão positivista, em contraponto à imutabilidade do jusnaturalismo.⁶²

Uma vez alçada a comunidade ocidental à esfera do juspositivismo, percebeu-se sua alta complexidade e, pode-se dizer, a dificuldade de sua operacionalização, ensejando os mais variados debates e as mais diversas tentativas de conceituação, sem que, até hoje, se possa atribuir um significado unívoco e consensual àquilo que denominamos positivismo jurídico.

1.2 EVOLUÇÃO DOGMÁTICA

Como visto na seção precedente, a principal característica histórico-evolutiva do positivismo jurídico reside no fato de que este refuta ser permeado por juízos valorativos em seu raciocínio. Assim, apenas as normas postas possuem relevância à sua operacionalidade, sem espaço à esfera da normatividade própria da ética;⁶³ portanto, há um verdadeiro “relativismo em relação aos valores”⁶⁴, já que se afigura cientificamente impossível demonstrar quais valores sejam os melhores ou mais adequados. Há, deste modo, à luz da doutrina positivista, necessidade de compreensão do direito sob um enfoque empírico, como aduz Ferreira Neto:

O direito passa a ser definido a partir de um enfoque empírico, sem referência a qualquer princípio ou valor que

⁶¹ “Não há outro modo da decisão judicial obter legitimidade senão vinculando-se estritamente à lei.” (BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 21.)

⁶² FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49.

⁶³ LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. O mundo assombrado pelo jusnaturalismo – Parte I: O positivismo jurídico como uma vela acesa no escuro. In DANNER, Leno Francisco; OLIVEIRA, Vinícius. (Orgs.) **Filosofia do Direito e contemporaneidade**. Porto Alegre: Editora Fi, 2015, p. 187.

⁶⁴ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito** - volume 2. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 30.

possa ser compreendido como dotado de objetividade e carente de qualquer composição existencial que possa ser reconduzida à realidade. O direito, com isso, limita-se apenas àquilo que está, de fato, positivado (...).⁶⁵

Deste modo, pode-se afirmar que a definição basilar do positivismo jurídico é dada em sentido negativo, isto é, a partir da categórica exclusão do direito natural enquanto realidade jurídica.⁶⁶ O positivismo jurídico é, pois, uma teoria monista, no sentido de que admite apenas a sua própria existência singular, em contrapartida à teoria que aceita a coexistência do direito natural e do direito legislado pelo homem.⁶⁷

Esta compreensão, obtida a partir da análise da evolução histórica da filosofia do direito efetuada na seção precedente, permite traçar a distinção principal do positivismo jurídico em relação à teoria adversa (jusnaturalismo); todavia, muito embora seja bastante relevante a oposição entre juspositivismo e jusnaturalismo, sendo tal dicotomia a origem das principais características juspositivistas, é igualmente certo que outras análises devem ser feitas, agora dentro do espectro doutrinário do próprio positivismo jurídico – para além da dicotomia com o jusnaturalismo, portanto.

Ferreira Neto agrega quatro premissas básicas constitutivas do positivismo jurídico, quais sejam: (i) definição do direito de modo a deixá-lo totalmente separado do conceito da

⁶⁵ FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015, p. 228.

⁶⁶ “Podemos caracterizar as tendências positivistas pelo fato de rejeitarem qualquer metafísica jurídica, qualquer justiça transcendente e qualquer ideia de direito natural (...)” (BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução Maria Ementina Galvão. São Paulo: Martins Fontes: 2006, p. 15.)

⁶⁷ “O dualismo jurídico é típico de sociedades teocráticas e comunitaristas, como era o caso dos ordenamentos jurídicos da Europa Medieval fortemente influenciados pela religião católica. Em um mundo secularizado que reconhece a primazia do indivíduo e a legitimidade da ação política organizada, como ocorre nas atuais sociedades capitalistas, é impossível continuar afirmando que, além do direito socialmente criado, existe um outro direito, melhor e potencialmente superior, como pretende ser o direito natural.” (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 83.)

moral; (ii) existência de critério apenas para identificar o que torna o direito formalmente válido, mas não para identificar o correto/justo/adequado; (iii) os indivíduos devem obedecer o direito, independentemente dos inconvenientes daí decorrentes; e (iv) apenas pela positividade através de um legislador competente há direito.⁶⁸

Nas próximas linhas, pretende-se traçar uma breve distinção entre as principais correntes de pensamento que, dentro do paradigma juspositivista, apresentaram divergências conceituais relevantes sobre o tema⁶⁹, adotando-se, como ponto de partida, a conceituação de Dimitri Dimoulis, para quem “o positivismo jurídico é uma teoria explicativa do fenômeno jurídico, isto é, uma das possíveis, historicamente presentes e atualmente defendidas teorias do direito.”⁷⁰

O início do efetivo desenvolvimento dogmático do positivismo jurídico na Alemanha tem início ao término do século XVIII, com o movimento jurídico-filosófico do historicismo, em um contexto de polêmica anti-racionalista.⁷¹ Na Alemanha, o positivismo jurídico possui como predecessora a Escola Histórica, cujo expoente é Savigny, para o qual o conceito de direito pressupõe fundamentalmente a ideia de positividade.⁷² Nesse sentido, assim como a linguagem de um povo (ou mesmo seus costumes sociais), o direito deveria estar associado ao “espírito do povo” (*Volkgeist*)⁷³: nesta perspectiva, a função do

⁶⁸ FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015, p. 228.

⁶⁹ “Na verdade, a ampla escola do positivismo jurídico possui diversas vertentes e inúmeras diferenças teóricas que impede seja ela caracterizada com base em um esquema explicativo comum.” (FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015, p. 223.)

⁷⁰ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 66.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 45.

⁷² ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 112.

⁷³ “Pero que fue Hegel, en un escrito juvenil publicado en 1793, quien primero empleó la palabra *Volkgeist*, si bien en un sentido distinto del que le daría la Escuela histórica. En dicha escuela, quien la consagró fue Puchta, en su *Derecho consuetudinario* (1828-37),

povo é predominante na formação do direito, porquanto a evolução do direito se daria de acordo com as modificações da vida de cada sociedade singularmente considerada. Para estes pensadores, portanto, a codificação poderia representar um problema, na medida em que inviabilizaria a evolução do direito rente às mudanças sociais eventualmente existentes.⁷⁴

Bobbio traça as linhas gerais que orientam a escola histórica representada por Savigny, destacando os seguintes pontos:⁷⁵ (i) *variedade do homem*: o direito não é uma ideia da razão, mas sim um elemento histórico e, portanto, o direito não será único para todos os lugares, já que terá variações de acordo com o desenvolvimento histórico e social; (ii) *irracionalidade das forças históricas*: uma vez que o direito não é resultado de um cálculo racional, reconhece-se a existência de um sentimento de justiça, originado já em formas jurídicas primitivas e populares, subjacentes à sociedade; (iii) *pessimismo antropológico*: entende-se que o projeto de codificação é nocivo, porque consolidaria o direito em um único diploma legal, de modo que toda proposta de inovação jurídica deve ser vista com ressalvas; (iv) *amor pelo passado*: tentativa de readaptação do antigo direito germânico, em contraposição à ideia de recepção do direito romano, tido por inadequado à sociedade alemã; (v) *sentido da tradição*: o costume do povo exprime de modo legítimo o *Volksgeist*, sendo, portanto, um importante elemento a ser considerado.

A rejeição de Savigny ao projeto de codificação⁷⁶ e sua preocupação de que aquela codificação inviabilizasse o avanço da

adoptándola Savigny, en su *Sistema* (1840), quien, antes, había escrito ‘fe del pueblo’, ‘convicción común del pueblo’, y, en especial, ‘conciencia común del pueblo’, expresiones de las que, em el *Sistema*, siguió empleando la primera y la terceira.” (GOYTISOLO, Juan B. Vallet. **Metodología de las leyes**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 120.)

⁷⁴ “Foi sobretudo na Alemanha que a Escola histórica conheceu um grande sucesso. Reagindo contra a influência francesa e sobretudo contra a ideia de codificação, juristas eminentes enfatizaram a ideia de *Volksgeist* (...).” (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 515.)

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 51.

⁷⁶ HORN, Norbert. **Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica**. Tradução Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 161.

ciência jurídica mostrou-se fundada: com o advento da Escola da Exegese, na França, sob marcada influência do racionalismo, a compreensão do fenômeno jurídico fica absolutamente limitada à singela e passiva interpretação mecânica do que está posto no Código.⁷⁷ A Escola da Exegese surge justamente em razão da codificação – e com impulso do regime napoleônico –, a fim de criar mecanismos que corroborassem a utilidade dos códigos, os quais se bastariam à aplicação do direito:

A criação de um corpo sistemático de normas capaz de uniformizar o direito, suprimindo a obscuridade, a ambiguidade, a incompatibilidade e a redundância entre os vários preceitos normativos regionais e setoriais, objetivando sua aplicação, revela uma vitória da razão sobre outras formas espontâneas de expressão cultural.⁷⁸

Há, neste ponto, nítida influência do momento político-filosófico vivenciado à época, no sentido de que a doutrina da separação dos poderes (*rectius*, separação de funções), fundamento constitutivo do Estado moderno, não permite que a atividade judiciária se sobreponha à atividade legislativa: “o juiz não podia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera de competência do poder legislativo, mas devia, de acordo com a imagem de Montesquieu, ser somente a boca através da qual fala a lei.”⁷⁹ De igual modo, contribui para a rigidez da doutrina o postulado da certeza do direito, a partir do qual o jurista deveria renunciar a qualquer criatividade possível, submetendo-se apenas à explicitação do teor da lei, em um procedimento apenas formal.⁸⁰

⁷⁷ LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. O mundo assombrado pelo jusnaturalismo – Parte I: O positivismo jurídico como uma vela acesa no escuro. In DANNER, Leno Francisco; OLIVEIRA, Vinícius. (Orgs.) **Filosofia do Direito e contemporaneidade**. Porto Alegre: Editora Fi, 2015, p. 205.

⁷⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 65.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 79.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 80.

Para os adeptos da Escola da Exegese, qualquer resposta judicial a um caso só poderá encontrar a resposta na lei – daí porque falar-se em um “positivismo legalista”⁸¹. Não há possibilidade/necessidade de recorrer-se a elementos alheios à lei posta. Toda normatividade, nesse sentido, há de ser emanada do próprio Estado⁸² (ou pelo menos por ele reconhecida), o que, nas palavras de Bobbio, redundava em um *princípio da onipotência do legislador*.⁸³

Interessante notar que nasce no bojo da Escola da Exegese a interpretação fundada na intenção do legislador, ainda hoje utilizada largamente:

Trata-se de uma concepção da interpretação que tem uma grande importância na história e na prática da jurisprudência, sendo acatada até os nossos dias. É perfeitamente coerente com os postulados fundamentais da escola da exegese: se o único direito é aquele contido na lei, compreendida como manifestação escrita da vontade do Estado, torna-se então natural conceber a interpretação do direito como a busca da vontade do legislador naqueles casos (obscuridade ou lacuna de lei) nos quais ela não deflui imediatamente do próprio texto legislativo (...).⁸⁴

Em suma, para os seguidores da Escola da Exegese existe um verdadeiro culto à letra da lei escrita pelo legislador, à qual o

⁸¹ “Sob influência das ideias filosóficas de Kant na Alemanha, de Saint-Simon e, sobretudo, de Auguste Comte em França, deu-se o nome de positivismo legal, ou *Gesetzpositivismus*, às teorias da Escola da Exegese.” (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 516.)

⁸² “O fundamento da nova concepção do estudo do direito era a doutrina legalista: todo o direito está na lei. Só o legislador, agindo em nome da nação soberana, tem o poder de elaborar o direito. Não pode, portanto, existir outra fonte de direito senão a lei.” (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 516.)

⁸³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 86.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 87.

jurista deve guardar necessária obediência (senão subserviência); e isto porque a autoridade é objeto de respeito absoluto, guardando o princípio da autoridade, até os dias de hoje, ressonância no debate jurídico.⁸⁵

Os excessos da Escola da Exegese viabilizam o surgimento da chamada Escola Científica, ao término do século XIX e início do século XX. Para esta nova doutrina, a lei não seria a única fonte do direito, abrindo-se espaço para outros elementos, tais como a jurisprudência, a doutrina e até mesmo a equidade. Com efeito, a livre investigação científica permite que o jurista revele o direito de seu tempo, analisando assim todos os elementos constitutivos do direito da época: “o direito é, em si mesmo, coisa diferente da lei; se esta continua a ser o elemento principal para o conhecimento do direito, não exclui os outros elementos.”⁸⁶ Assim, o jurista passa a ter o papel de maior destaque, tomando o lugar que até então era apenas do legislador:

Os juristas alemães, como os franceses e os ingleses, eram premidos pela quantidade de material jurídico confuso e disperso, mas sustentavam que a obrigação de trazer ordem ao caos cabia a eles mesmos e não a um legislador mais ou menos sagaz.⁸⁷

Com efeito, seria função do jurista obrar para simplificar o material jurídico, em dupla dimensão: em perspectiva quantitativa, deveria trabalhar para reduzir o volume de material jurídico, pois quanto menor seu tamanho mais fácil seu manuseio; no tocante à simplificação qualitativa, compreende-se a individualização dos institutos jurídicos, de modo que, a partir da individualização dos corpos jurídicos, se pode executar a teoria a

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 88.

⁸⁶ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 518.

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 123.

partir da definição do instituto, até sua relação com os demais institutos, viabilizando sua inserção no sistema.⁸⁸

Como se percebe, o positivismo jurídico é forjado a partir de intensos debates e evoluções, não possuindo uma definição precisa, senão alguns pontos comuns que permitem a sua identificação/catalogação. Há, entretanto, autores que merecem destaque maior e, neste ponto, o nome de Kelsen deve ser mencionado por ser considerado o principal positivista contemporâneo:

Kelsen realiza a aspiração, dos juristas do final do século XIX, de fazer ciência, no conceito positivista da ciência, dotada de rigor, axiomatizada. O clima positivista do final do século XIX clamava por uma ‘ciência do direito’. Todo o conhecimento, então, era expressado em termos de ciência positiva. Natural que os juristas, artífices da jurisprudência, também reclamassem para si a qualidade de ‘cientistas’. Kelsen os satisfaz, construindo, porém, não uma ciência do direito, porém a ciência das normas jurídicas. O objeto da teoria pura, assim, não é o direito, porém as normas jurídicas.⁸⁹

Como defende Eros Grau, em posição crítica, a opção de Kelsen por dedicar-se à norma faz com que o autor escape do desafio de enfrentar um objeto ético, substituindo-o por um objeto estético.⁹⁰ Isto se deve ao fato de Kelsen abordar o direito a partir da já conhecida ideia de pirâmide jurídica, a qual é tida pela doutrina como “o maior exemplo de construção lógico-

⁸⁸ Para uma completa análise das simplificações quantitativas e qualitativas: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 124-127.

⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 34.

⁹⁰ “Não exagero: é à consideração de relações formais, com sentido estético – abandonada qualquer meditação de ordem ética –, que se volta a análise das normas jurídicas, objeto da teoria pura do direito.” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 34.)

estrutural do ordenamento jurídico até o momento”⁹¹. Como expõe Luis Fernando Barzotto, a respeito da construção kelseniana:

As normas não existem de forma isolada. Elas estão unidas em um sistema. No ordenamento jurídico, as normas distribuem-se em camadas hierárquicas, que descem da norma fundamental até as normas individuais prolatadas pelos órgãos aplicadores.⁹²

Nesse perspectiva, o ordenamento jurídico é escalonado e o grau supremo é a constituição, a partir da qual se formam os diversos níveis de tal escalonamento: “La relación entre una grada superior y otra grada inferior del orden jurídico – como la que se da entre constitución y ley (...) – es una relación de determinación o de obligación.”⁹³

Kelsen almeja, com sua teoria pura, objetividade e exatidão, assumindo a postura de cientista (portanto limitado à observação); nesse contexto, a “pureza” de sua teoria deriva do fato de não ser permeada por ideologias políticas.⁹⁴ Veja-se como o próprio autor justifica a “pureza” de sua teoria, logo nas primeiras linhas de sua obra:

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar

⁹¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 101.

⁹² BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 40.

⁹³ GOYTISOLO, Juan B. Vallet. **Metodología de las leyes**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 209.

⁹⁴ LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. O mundo assombrado pelo jusnaturalismo – Parte I: O positivismo jurídico como uma vela acesa no escuro. In DANNER, Leno Francisco; OLIVEIRA, Vinícius. (Orgs.) **Filosofia do Direito e contemporaneidade**. Porto Alegre: Editora Fi, 2015, p. 211.

como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.⁹⁵

Há, portanto, uma consciente opção efetuada por Kelsen, o qual, mesmo reconhecendo expressamente⁹⁶ a conexão entre direito e outras disciplinas (psicologia, sociologia, ética e teoria política), opta por aderir a uma metodologia que não permite a (con) fusão entre tais ramos⁹⁷ – opção esta que, aos críticos, pode ser vista como reducionismo inadequado, seja em perspectiva metodológica, seja em perspectiva normativa.⁹⁸

Assim, Kelsen funda sua teoria pura a partir da compreensão de que, sendo o direito pertencente ao mundo do dever-ser, não se deve pensar juridicamente com base naquilo que se possa verificar fora do sistema jurídico.⁹⁹ É por esta razão que se pode afirmar com segurança que no pensamento kelseniano “a validade de uma norma não está ligada, portanto, a uma conformidade com elementos de natureza ética ou metafísica”¹⁰⁰, o que pode ensejar o reconhecimento de que o raciocínio

⁹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (edição de 1960). Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 01.

⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (edição de 1960). Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 02.

⁹⁷ “O direito, portanto, deveria ser objeto de estudo de uma ciência própria e específica, absolutamente separada daqueles outros campos do conhecimento que se voltam à apreensão da moral ou da política.” (FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015, p. 230.)

⁹⁸ Em relação ao reducionismo metodológico: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117. Em relação ao reducionismo normativo: FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015, p. 232.

⁹⁹ “No curso da exposição de suas ideias, no entanto, Kelsen nem sempre consegue manter-se fiel ao princípio de absoluta separação lógica entre o que é e o que deve ser.” (COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 361.)

¹⁰⁰ BARZOITTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.

kelseniano “permite sempre enquadrar o totalitarismo no âmbito de um Estado de Direito”, como afirma Paulo Otero.¹⁰¹

Foi exposto em linhas anteriores que, à luz do positivismo jurídico, sustenta-se a tese de separação entre direito e moral; deve-se consignar, entretanto, que a moral nem sempre estará totalmente desvinculada dos elementos constitutivos do direito na teoria juspositivista – ao menos em determinada corrente juspositivista. Nesse sentido, é interessante a análise sobre a distinção dos denominados “positivismo jurídico exclusivo” e “positivismo inclusivo”, aos quais dedicam-se as próximas linhas.¹⁰²

A teoria do “positivismo jurídico exclusivo” é associada à ideia de positivismo radical (*hard positivism*), já que, para os adeptos de tal compreensão, em nenhuma hipótese a moral poderá configurar critério identitário do direito positivo: seja para aferição da validade do direito, seja para aferição da eficácia ou interpretação, nenhum papel é concedido à moral.¹⁰³ A validade do direito, na doutrina exclusivista, possui cunho meramente formal, importando tão-somente a análise da origem da norma – e nunca seu conteúdo.¹⁰⁴

É bem verdade que aos críticos do positivismo é sempre mais conveniente proceder à crítica tomando por alvo o

¹⁰¹ OTERO, Paulo. **A democracia totalitária** - do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI. Cascais: Princípiá, 2010, p. 41.

¹⁰² Waluchow dedica extenso capítulo de sua obra à demonstração da distinção entre positivismo inclusivo e exclusivo: WALUCHOW, W. J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 80-141. Dimoulis, a seu turno, dedica algumas páginas a esta distinção: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 134-147. MacCormick, todavia, não vê relevância nesta questão, assim afirmando: “considero o debate entre positivismo incluyente e excluyente (*inclusive and exclusive*) árido e infrutífero, e não entrei nele”. (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 365.)

¹⁰³ “Encontramos aqui uma versão rigorosa da tese da separação entre direito e moral.” (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 135.)

¹⁰⁴ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 103.

positivismo jurídico exclusivo, já que o radicalismo da teoria evidentemente se mostra mais suscetível de ataque; desse modo, muitas vezes a crítica ao positivismo é feita como se todas as correntes positivistas correspondessem àquilo que é compreendido pelo positivismo jurídico exclusivo, o que é reducionista e, por vezes, beira à desonestidade intelectual.¹⁰⁵

Por outro lado, os partidários do “positivismo jurídico inclusivo” (positivismo moderado, ou *soft positivism*), ainda que mantenham a percepção genérica de que existe separação entre direito e moral, atribuem a esta separação uma dimensão menos rígida: os inclusivistas compreendem que a moral pode desempenhar em determinado sistema jurídico um importante papel na aferição da validade da norma e de sua respectiva interpretação/aplicação. Em outras palavras, esta compreensão do direito admite que elementos materiais possam fazer parte de um critério de validade do direito, afastando-se do positivismo radical mas mantendo, ainda assim, a tese positivista central da separação entre direito e moral. Nas palavras de Dimoulis, “o positivismo jurídico inclusivo sustenta que a moral não é *conditio sine qua non* da definição do direito, mas *pode* funcionar como tal em determinados sistemas jurídicos.”¹⁰⁶

As ideias centrais do mencionado *soft positivism* por vezes aparecem sob a denominação de pós-positivismo¹⁰⁷ (ou

¹⁰⁵ “Talvez a aceitação de um positivismo radical de direito e de Estado seja no fundo um mito: uma invenção que, em parte, se deve atribuir aos filósofos da justiça que estão à procura de um adversário facilmente refutável (...)” (HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 92.); “Os partidários do pós-positivismo, como, em geral, os críticos do positivismo jurídico, constroem uma imagem caricatural de seu adversário teórico que não encontra correspondência nos escritos dos mais conhecidos juspositivistas do século XX.” (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 53.) Para uma extensa crítica à inadequada compreensão do positivismo: STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 79-88.

¹⁰⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 139.

¹⁰⁷ “Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as

neoconstitucionalismo). A terminologia de “pós-positivismo” pode soar descabida, já que não se trata de um momento posterior ao positivismo, senão de uma de suas variantes, qual seja, aquela que entende necessária uma compreensão valorativa do direito, sobretudo através da via dos princípios constitucionalmente estabelecidos.¹⁰⁸

À guisa de conclusão do capítulo, e na esteira do debate que subjaz à dicotomia dos inclusivistas e exclusivistas acima indicada, pretende-se apontar para a distinção entre as visões fundacionalista e coerentista do direito.

As teorias fundacionalistas, geralmente associadas à posição dos positivistas exclusivistas¹⁰⁹, consideram que o processo interpretativo (ou a aplicação do direito propriamente dita) deve levar em consideração o conteúdo textual das regras, e não sua *ratio*, isto é, sua “razão de ser”, ou, nas palavras de Maranhão, seu “princípio justificador”¹¹⁰. Nesse diapasão, os adeptos da visão fundacionalista entendem que a aplicação da *ratio* da norma – em detrimento de sua própria expressão literal –, conduziria a uma significativa alteração do direito, o que, evidentemente, a teoria reputa nefasto.¹¹¹

ideias de justiça e legitimidade.” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 328.)

¹⁰⁸ Para uma defesa ponderada do pós-positivismo, conjugada com o reconhecimento de diversos problemas dele decorrentes: PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 29-72.

¹⁰⁹ “A orientação geral adotada pelos positivistas exclusivistas coincide com as teorias fundacionalistas absolutas, ou seja, o tratamento da ‘exceção implícita’ (...) como produto do exercício da discricionariedade.” (MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 159.)

¹¹⁰ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 155.

¹¹¹ “Em visão mais branda estariam as ‘teorias fundacionalistas moderadas’ que consideram a aplicação da razão oferecida pelo princípio subjacente como alteração da razão pertencente ao direito, porém concedem que condições mais específicas de aplicação não previstas explicitamente na regra seriam ‘situações não reguladas’. Isso faz com que a *ratio*, nesses casos, seja uma espécie de colmatação de lacuna, portanto, *alteração* do ordenamento, mas não *revisão* da uma solução já presente.” (MARANHÃO, Juliano

Em contrapartida, para os que aderem à visão coerentista (geralmente adeptos do positivismo jurídico inclusivo), a razão subjacente à norma deve ser considerada,¹¹² porquanto é parte integrante do direito, além do elemento textual. Não haveria, portanto, alteração do ordenamento se considerada a *ratio* da norma.¹¹³ Para uma melhor exposição da ideia de coerência, à qual aderimos, dedicar-se-á a próxima seção.

Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 157.)

¹¹² “Quando estamos em dúvida acerca do correto significado da norma num determinado contexto, uma consulta ao princípio pode nos ajudar a explicar como ela deve ser entendida.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 197.)

¹¹³ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 155.

2

COERÊNCIA NO DIREITO

Este capítulo tem por objetivo introduzir a noção de “coerência”, aplicável ao Direito a partir de diferentes perspectivas já desenvolvidas por estudiosos da Filosofia do Direito.¹ Almeja-se, com a reflexão, também compreender e responder à questão formulada por MacCormick em sua obra: “por que um conjunto de normas jurídicas pode, às vezes, parecer incoerente, mesmo quando, em conjunto, elas não são inconsistentes?”²

Buscar-se-á, para tanto, a leitura de alguns autores cujos textos, cada qual a seu modo³, contribuem para o assentamento da ideia da coerência, ainda que alguns dos autores não compartilhem da mesma terminologia de “coerência”, na medida em que alguns criam categorias próprias para tratar do tema, como adiante será consignado.

A importância da análise da coerência é inequívoca, na medida em que se fez objeto de estudo de muitos jusfilósofos, chegando-se a afirmar que “a ideia de coerência como uma virtude especial de interpretação no raciocínio jurídico desempenha um papel importante no trabalho de vários grandes

¹ Bobbio apresenta ressalva digna de nota: “É inexacto falar, como se faz frequentemente, de coerência do ordenamento jurídico no seu complexo: pode-se falar de exigência de coerência somente entre as suas partes singulares. Num sistema dedutivo, se ocorre uma contradição, desaba todo o sistema. Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, no caso de incompatibilidade de duas normas, a queda não de todo o sistema, mas somente de uma das duas normas ou, no máximo, de ambas.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 87.)

² MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 249.

³ “Asimismo en la teoría del Derecho, el concepto de coherencia no se emplea de modo absolutamente unívoco.” (PINTORE, Anna. **El Derecho sin verdad**. Madrid: Dykinson, 2005, p. 131.); “This concept [coherence] has inspired much discussion and disagreement in legal theory.” (AARNIO, Aulis. **Essays on the doctrinal study of law**. Dordrecht: Springer, 2011, p. 144.)

filósofos do direito continental.”⁴ Coerência, em um sentido amplo, pode ser compreendida, conforme Dicionário de Filosofia de Abbagnano, como a ideia de “ordem, conexão, harmonia de um sistema de conhecimento”. Deste modo, coerência “implica, com efeito, não só a ausência de contradição, mas a presença de conexões positivas que estabeleçam harmonia entre os elementos do sistema”.⁵

Nesse sentido, Robert Alexy e Aleksander Peczenik, ao tratarem do conceito de coerência, corroboram, ao afirmar que “muitos pensadores também concordam que coerência é mais do que consistência lógica. Eles estão certos. Para ser mais preciso, a consistência é uma condição necessária mas não suficiente de coerência.”⁶ Em idêntico sentido, Jullie Dickson afirma: “A coerência em questão deve representar mais do que consistência lógica entre proposições.”⁷ Não se pode, portanto, associar coerência à mera ausência de contradição; ela é mais do que isso, como afirma, dentre outros⁸, Anna Pintore:

⁴ Conforme original em inglês: “The idea of coherence as a special virtue of interpretation in legal reasoning plays an important role in the work of several major continental legal philosophers.” (DICKSON, Jullie. Interpretation and Coherence in Legal Reasoning. In **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>)

⁵ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 172.

⁶ Conforme original em inglês: “Many thinkers also agree that coherence is more than logical consistency. They are right. To be more precise, consistency is a necessary but not sufficient condition of coherence.” (ALEXY, Robert. PECZENIK, Aleksander. The concept of coherence for discursive rationality. In **Ratio Juris**, volume 3, número 1-bis, março 1990, páginas 130-147.)

⁷ Conforme original em inglês: “The coherence in question must amount to more than logical consistency amongst propositions.” (DICKSON, Jullie. Interpretation and Coherence in Legal Reasoning. In **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>)

⁸ “Assim, interpreto a consistência como sendo satisfeita pela não-contradição. Um grupo de proposições é mutuamente consistente se cada uma puder ser, sem contradição, afirmada em conjunto com cada uma das outras e com a conjunção de todas as outras. Em contraste, coerência, como disse, é a propriedade de um grupo de proposições que, tomadas em conjunto, ‘faz sentido’ na sua totalidade.” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 248.) “Em geral, há o entendimento compartilhado de que a coerência não se deve reduzir à consistência. Esta se trata de

Parece que está fuera de toda discusión el hecho de que ningún teórico de la coherencia haya sostenido en ningún momento que sea pura y simple *consistency*, o ausencia de contradicciones. Por el contrario, siempre han sustentado que es la ausencia de contradicciones unida a algún otro requisito.

En las diversas concepciones coherentistas se apela de esta forma a dos tipos fundamentales de relaciones: la relación negativa, de no contradictoriedad, y la positiva, de mutuo apoyo implicativo.⁹

Há, de forma muito clara, uma preocupação de muitos autores em expor suas ideias sobre a coerência no Direito, ainda que cada qual proceda à sua própria análise, com particularidades e, por vezes, sequer mencionando o termo “coerência”. O que é comum a todos estes autores, entretanto, é a compreensão de que a justiça necessita de um sistema coeso e coerente.¹⁰

Nesse sentido, Anna Pintore fala em “congruência”, assim definindo sua terminologia:

La congruencia, entonces, hace referencia a la racionalidade instrumental: una norma jurídica (o un

um critério de caráter lógico, envolvendo apenas ausência de contradições. A coerência, ao contrário, tem um significado muito mais amplo, sendo sinônimo de ‘ajuste’, ‘consonância’. Nesse sentido, a coerência relaciona a decisão a um sistema que já está estruturado e teoricamente reconstruído, à luz de princípios unificadores e valores que tornem aquela parte do sistema jurídico, se não possível o sistema inteiro, um todo dotado de significação.” (COL, Juliana Sípoli. **Coerência, ponderação de princípios e vinculação à lei: métodos e modelos**. Orientador Juliano Souza de Albuquerque Maranhão. São Paulo: USP, 2012, p. 58.) “A coerência exige mais do que a simples consistência ou compatibilidade lógica entre as normas que compõem o Direito Positivo. É sempre possível imaginar um conjunto heterogêneo de normas que não entrem em contradição, mas que reunidas não se direcionem para nenhum valor ou orientação política inteligível.” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 275.)

⁹ PINTORE, Anna. **El Derecho sin verdad**. Madrid: Dykinson, 2005, p. 126.

¹⁰ “Justice requires that legal justification is embedded in a fairly coherent system.” (ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The concept of coherence for discursive rationality. In **Ratio Juris**, volume 3, número 1-bis, março 1990, páginas 130-147.)

conjunto de normas jurídicas) contribuye positivamente a la congruencia de un Derecho si su contenido representa un medio idóneo para la persecución de fines o de valores aceptados por el ordenamiento (por ejemplo, proclamados por otras normas suyas o ‘vigentes’ bajo la forma de principios implícitos). Además, este nexo de racionalidade instrumental subsiste si una norma simboliza la especificación o la explicación de un fin o un valor del sistema.¹¹

Relevante notar que a chegada à noção de coerência só se fez possível após o rompimento - ou melhor, superação - da visão de ordenamento enquanto mero conjunto formal de normas.¹² Em outras palavras, significa dizer que se reconhece que as normas não são um mero amontoado de prescrições, senão um todo dentro do qual existe alguma ordenação, ou seja, coerência. Como expõe Bobbio, “as normas jurídicas não existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas que guardam relações particulares ente si”¹³.

Ainda em perspectiva generalista, pode-se notar que as teorias coerentistas admitem ser classificadas em fortes e fracas: em relação às teorias coerentistas fortes, tem-se a coerência como condição necessária e suficiente para a justificação jurídica, compreendendo além das normas jurídicas também os princípios morais¹⁴, havendo nítida correlação entre direito e moral, de

¹¹ PINTORE, Anna. **El Derecho sin verdad**. Madrid: Dykinson, 2005, p. 140.

¹² Alguns autores sustentam que isso significaria uma superação do positivismo: “A proposta das teorias coerentistas no Direito, conforme Amalia Amaya, está ligada à emergência do paradigma pós-positivista.” (COL, Juliana Sípoli. **Coerência, ponderação de princípios e vinculação à lei: métodos e modelos**. Orientador Juliano Souza de Albuquerque Maranhão. São Paulo: USP, 2012, p. 53.) “Este tipo de teorias suelen pertenecer a la órbita de lo que se ha dado en llamar ‘postpositivismo’.” (ZORILLA, David Martínez. **Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 253.)

¹³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 35.

¹⁴ “Nesse sentido, princípios morais e de políticas públicas que justificam a criação de uma norma, com determinado conteúdo, em dada interpretação, são condições de inteligibilidade, não propriamente do conteúdo da norma, mas da norma como

modo a se preservar a coerência em relação a ambos; já no tocante às teorias coerentistas fracas, postula-se que a coerência é condição necessária mas não suficiente à justificação jurídica, porquanto outros elementos seriam necessários à justificação jurídica.¹⁵

Também no que diz respeito às classificações possíveis das teorias coerentistas, podem-se subdividir estas em relação ao papel desempenhado pela coerência na justificação jurídica: tem-se, assim, o modelo de coerência ‘local’ e o de coerência ‘global’. Para os adeptos das teorias coerentistas que advogam pelo modelo ‘local’, a justificação da decisão jurídica dá-se pela análise da coerência existente apenas em relação a uma área determinada do direito¹⁶; em contrapartida, à luz do modelo ‘global’ de coerência, esta deve ser verificada a partir de uma justificação jurídica que comporte a coerência com a totalidade do ordenamento jurídico, globalmente considerado, e não apenas através de um ramo do direito.¹⁷

A fim de examinar com maior acuidade o elemento da coerência, analisar-se-ão na sequência as três grandes ideias que melhor representam o postulado coerentista, quais sejam, as noções de unidade, sistema e integridade – as quais podem ser compreendidas como consectários da aplicação da noção de coerência ao Direito. Optam-se por trabalhar tais visões por serem as que melhor refletem a ideia de coerência como aplicável ao objeto da pesquisa, não se olvidando, todavia, que múltiplas

conteúdo de um ato racional e, portanto, do que se quis dizer com a norma (naquela interpretação).” (MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 141.)

¹⁵ COL, Juliana Sípoli. **Coerência, ponderação de princípios e vinculação à lei: métodos e modelos**. Orientador Juliano Souza de Albuquerque Maranhão. São Paulo: USP, 2012, p. 54.

¹⁶ “Além de ser local o problema, é também local a construção interpretativa, no sentido de que basta determinado subconjunto de normas ou precedentes relevantes que se refiram à ação, direta ou indiretamente.” (MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 153.)

¹⁷ COL, Juliana Sípoli. **Coerência, ponderação de princípios e vinculação à lei: métodos e modelos**. Orientador Juliano Souza de Albuquerque Maranhão. São Paulo: USP, 2012, p. 55.

outras compreensões de coerência se fariam possíveis, como alertam Alexy e Peczenik, para os quais “uma vez que o conceito de coerência é vago e controvertido, é possível conceber a coerência de diferentes maneiras.”¹⁸

2.1 UNIDADE

Um dos aspectos mais básicos pelos quais se pode compreender a ideia de coerência é através do princípio da unidade, de modo que tal visão resta compartilhada por diversos jusfilósofos brasileiros e estrangeiros. Jullie Dickson elenca dentre os que vislumbram na unidade um marco relevante Neil MacCormick, sobre o qual consigna que “enxerga a coerência em termos de unidade de princípio no sistema jurídico”¹⁹; ainda, menciona Joseph Raz.²⁰ A unidade, pode-se dizer, é o elemento mais básico da coerência.²¹

Na perspectiva da hermenêutica filosófica, a unidade também se mostra relevante, como expõe Emerich Coreth em suas “Questões fundamentais de hermenêutica”, para quem a compreensão se move em uma pluralidade de sentidos possíveis, a partir da qual o texto pode ser compreendido em diversas

¹⁸ Conforme original em inglês: “Since the concept of coherence is vague and contested, it is possible to conceive coherence in different ways.” (ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The concept of coherence for discursive rationality. In **Ratio Juris**, volume 3, número 1-bis, março 1990, páginas 130-147.)

¹⁹ DICKSON, Jullie. Interpretation and Coherence in Legal Reasoning. In **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>.

²⁰ “Raz also characterises coherence in law in terms of unity of principle. On his view, the more unified the set of principles underlying those court decisions and legislative acts which make up the law, the more coherent law is.” (DICKSON, Jullie. Interpretation and Coherence in Legal Reasoning. In **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>)

²¹ “What motivates coherence theories, especially normative coherence theories? Coherence seems desirable – or necessary – in a theory because what is coherent is intelligible and forms a rational, understandable unity rather than a patchwork quilt.” (KRESS, Ken. Coherence. In PATTERSON, Dennis. **A companion to philosophy of law and legal theory**. Oxford: Blackwell Publishers, 1999, p. 536.)

perspectivas, mas alinhadas a alguma unidade possível.²² Nas palavras de Coreth:

Enquanto essas maneiras de interpretar não se contradizerem e, portanto, não se excluírem, pode ser conjuntamente válidas, completar-se ou superpor-se mutuamente. Logo, tanto mais se alcançará o sentido pleno quanto mais se levarem em conta os vários planos de sentido, mas integrados numa unidade.²³

Com efeito, o autor sustenta em sua obra que “a fixação de um determinado princípio hermenêutico não abre, mas sim fecha a compreensão, estreitando o olhar para um determinado ponto de vista e não o deixando abrir para outras dimensões”²⁴.

O ponto nevrálgico da ideia de unidade, como se depreende da afirmativa de Coreth, reside na percepção de que, havendo unidade no todo, haverá uma orientação interpretativa/hermenêutica que conduzirá o processo de descoberta, não deixando margem para que aspectos estranhos ao núcleo desta unidade possam ter proeminência inadequada no processo de compreensão do agente – o que deturparia o processo de descoberta.

Norberto Bobbio é estudioso do tema da unidade do ordenamento jurídico, o que se faz necessário, segundo o autor, em virtude de multiplicidade de fontes e elementos normativos existentes²⁵, bem como sua inerente e inafastável complexidade.²⁶

²² CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1973, p. 147.

²³ CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1973, p. 147.

²⁴ CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1973, p. 147.

²⁵ “Os ordenamentos são compostos por uma miríade de normas que, tal como as estrelas do céu, ninguém jamais foi capaz de contar. Quantas são as normas que compõem o ordenamento jurídico italiano? Ninguém sabe.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 51.)

²⁶ “A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de a necessidade de regras de conduta numa sociedade ser tão grande que não há qualquer poder (ou órgão)

Nesse diapasão, sustenta Bobbio que a complexidade não é antagonista à *unidade*: justamente porque há unidade é que se pode falar em um ordenamento. Para Bobbio, “a primeira característica do ordenamento jurídico é, pois, a unidade.”²⁷

Conforme lição de Bobbio, a unidade provém de uma norma fundamental, a qual confere unidade a toda a gama de outras normas dela decorrentes: “sem uma norma fundamental, as normas, das quais falamos até agora, constituiriam um acumulado de normas, não um ordenamento”²⁸. O raciocínio efetuado pelo autor é no sentido de que apenas pela existência de uma norma fundamental, “pressuposto lógico-transcendental do direito”²⁹, de nítida inspiração kelseniana³⁰ (muito embora existam remissões outras possíveis)³¹ se pode dar unidade ao

em condições de satisfazê-la isoladamente.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 52.)

²⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 199.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 61.

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 362.

³⁰ “Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, seu fundamento de validade comum.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (edição de 1960). Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 217.)

³¹ A validade das convenções sociais demanda sempre a existência de algum fundamento de legitimidade. Há quem identifique um paralelo entre a normal fundamental aqui exposta e o contrato social. Fábio Comparato consigna que “tal como as categorias racionais de Kant ou o contrato social de Rousseau, Kelsen reconhece que [a norma fundamental] se trata de um fato.” (COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 362.) Juan Goytisolo consigna que em Hobbes (*Leviathan*, cap. XV.) já existe menção ao fato de que a validade das convenções estaria vinculada a uma prévia constituição de um poder civil, isto é, o contrato social. (GOYTISOLO, Juan B. Vallet. **Metodologia de las leyes**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 255.) Michel Villey aponta o contrato social como origem do direito: “Através do contrato social, os homens instituem acima deles uma superpotência, encarregada de criar a

ordenamento, porquanto todas as normas poderiam, de algum modo, ser deduzidas de uma única norma originária: “parece-nos inevitável formular a teoria de uma norma fundamental que está na base do ordenamento jurídico. Somente assim se pode fechar o sistema, assegurar a unidade formal do ordenamento.”³²

Tal norma fundamental, sem ser expressa – mas sim pressuposta³³ – asseguraria a possibilidade de uma *reductio ad unum*, isto é, a redução do ordenamento à unidade.³⁴ Prosseguindo nas explicações, Bobbio consigna:

Então, diremos que a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer a pertinência de uma norma a um ordenamento, em outras palavras, é o fundamento de validade de todas as normas do sistema. Não somente, portanto a exigência da unidade do ordenamento, mas também a exigência de fundamentar a validade do ordenamento nos induzem a postular a norma fundamental, a qual é ao mesmo tempo o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento.³⁵

É com tais considerações que Bobbio responde à pergunta efetuada por Kelsen em sua Teoria Pura (“o que é que

ordem social. Esta será a origem do direito, que não existia por natureza.” (VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 141.)

³² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 200.

³³ “Esta norma-base não é positivamente verificável, visto que não é *posta* por um outro poder superior qualquer, mas sim *suposta* pelo jurista para poder compreender o ordenamento: trata-se de uma *hipótese* ou um *postulado* ou um *pressuposto* (...)” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 201.)

³⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 69.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 71.

fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas?”³⁶, aderindo à resposta dada por Kelsen a respeito da *Grundnorm*: “Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas.”³⁷

Dentre os brasileiros que estudam o princípio da unidade, destaca-se a obra de Luís Roberto Barroso, o qual inicia sua abordagem ao tema enfatizando que “a despeito da pluralidade de domínios que abrange, a ordem jurídica constitui uma unidade”³⁸. Isto porque, em que pese a pluralidade normativo-axiológica inerente a qualquer sistema normativo, o Direito não é um simplório conjunto de regras justapostas, senão, nas palavras do autor, “um sistema normativo fundado em determinadas ideias que configuram um núcleo irredutível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes”.³⁹

Em tal sentido é também a lição proveniente da obra de Canotilho, *verbis*:

A ordem jurídica ou ordenamento jurídico é, pois, um conjunto de normas jurídicas. Mas não se trata de um conjunto qualquer. Ele transporta uma certa unidade e uma certa coerência intrínseca – unidade da ordem jurídica. Não se compreenderia, com efeito, que uma simples soma de normas jurídicas, esparsas e desprovidas de conexão, fosse erguida a ordem e tivesse virtualidades para assegurar unidade e coerência àquilo que se apresenta de forma desarticulada e até contraditória.⁴⁰

³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (edição de 1960). Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 215.

³⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (edição de 1960). Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 228.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 202.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 202.

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1144.

Relacionando a ideia de unidade com a de sistema, Luís Roberto Barroso realiza raciocínio aglutinador, argumentando que “o princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas”.⁴¹ O autor remete, ainda, à obra de Konrad Hesse e a precedentes da corte constitucional alemã a fim de corroborar a tese de que as regras não de estar em consonância umas às outras, representadas por uma unidade interna.⁴² Percebe-se, pois, que existe um propósito subjacente à unidade, qual seja, a fuga das contradições e, de modo ainda mais relevante, a busca da coerência.

A compreensão de Barroso sobre o princípio da unidade pode ser assim resumida, nas palavras do próprio autor:

O papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões – reais ou imaginárias – que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou ‘otimização’ das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas.⁴³

Para o jusfilósofo Karl Engisch, “uma das faces do princípio da unidade é justamente o postulado da exclusão das contradições no seio da ordem jurídica”⁴⁴. O autor expõe as cinco contradições possíveis: a primeira delas corresponde à contradição de técnica legislativa, a qual decorre de atecnia

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 202.

⁴² “Konrad Hesse assinalou que a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma.” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203.)

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 206.

⁴⁴ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 310.

terminológica por parte do legislador; a segunda contradição é a normativa, sendo exemplificada pelo conjunto normativo que, ao mesmo tempo, trata uma mesma conduta como proibida e permitida; a terceira contradição é de ordem axiológica e emerge da ausência de observância do legislador aos valores por ele próprio estabelecidos; em quarto lugar, as contradições teleológicas ocorrem quando os meios prescritos pela norma não sejam adequados ao fim almejado pela própria norma; em quinto lugar vem a contradição principiológica, a qual é oriunda da desarmonia provocada pela multiplicidade de princípios e ideias fundamentais.⁴⁵

Deste modo, múltiplos pensadores, não obstante suas divergências teóricas, desenvolvem ideias a respeito da noção possível de unidade, sendo ponto comum entre todas a vinculação à coerência do sistema normativo.

2.2 SISTEMA

Dentre as mais afamadas leituras coerentias, possui grande relevo a ideia de sistema, usualmente associada à obra de Claus-Wilhelm Canaris, o qual apresentou consistente teoria sobre o tema em 1968, a partir de estudo decorrente de seu processo de habilitação na Universidade de Munique.

Thomas Bustamante, ao estudar o que denomina de “postulado da coerência”, inicia sua abordagem asseverando que tal postulado está na raiz da própria noção de sistema: nas palavras do autor, sem o postulado da coerência “é impossível sequer uma ordenação sistemática do raciocínio jurídico”⁴⁶.

Não é fácil a tarefa de definir ou conceituar o que se possa entender por “sistema”. Como adverte Norberto Bobbio, “o termo ‘sistema’ é um daqueles termos com muitos significados, que cada um usa segundo suas próprias

⁴⁵ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 311-318.

⁴⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 274.

conveniências”⁴⁷. Pois a despeito da dificuldade, Bobbio não se furta à missão e procede à sua própria definição: “Entendemos por ‘sistema’ uma totalidade ordenada, isto é, um conjunto de entes dentre os quais existe uma certa ordem.”⁴⁸

Encontra-se, no Dicionário de filosofia de Thomas Mautner, junto ao verbete ‘sistema’, a seguinte definição: “um todo organizado, estruturado”⁴⁹. Já André Comte-Sponville, ao verbete ‘sistema (*système*)’, deu a seguinte significação: “Um conjunto ordenado, em que cada elemento é necessário à coesão do todo e dela depende.”⁵⁰ Abbagnano, a seu turno, consigna que a palavra “passou a ser usada em filosofia para indicar principalmente um discurso organizado dedutivamente, ou seja, um discurso que constitui um todo cujas partes derivam umas das outras”⁵¹, associando o vocábulo, ainda, a “qualquer totalidade ou todo organizado”.⁵²

A fim de que se proceda à análise da ideia de “sistema” trabalhada pela Filosofia do Direito, mostra-se necessária a leitura da obra de Canaris, dado seu grau de fundamentalidade em relação à temática.

Propõe Canaris a necessidade da inserção dos princípios junto à rede normativa para conferir-lhe uma “função aglutinadora”,⁵³ já que esta não pode ser compreendida exclusivamente por regras em sentido estrito. Deste modo,

47 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 84.

48 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 79.

49 MAUTNER, Thomas. **Dicionário de filosofia**. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 691.

50 COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário filosófico**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 555.

51 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 1076.

52 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 1077.

53 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito** – 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 81.

sublinha Canaris que “os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas (...)”.⁵⁴

Nesse sentido, afirma que o sistema é modificável e, por isso, tem capacidade para evoluir, o que lhe confere a característica da “abertura”,⁵⁵ associando-a à inegável e evidente “provisoriade do conhecimento científico”⁵⁶; assim, em decorrência da dita abertura, conduz-se à conclusão de que a ordem jurídica é modificável, sendo, portanto, plástica.

Em que pesa a bastante complexa dicotomia entre *justiça* e *segurança jurídica*, o autor defende seu sistema por compreendê-lo como benéfico nos seguintes termos:

O sistema móvel representa um compromisso particularmente feliz entre os diversos postulados da ideia de Direito – e também a segurança jurídica sempre é garantida em maior medida do que perante uma mera cláusula de equidade – e equilibra a ‘polaridade’ deles numa solução ponderada e ‘intermédia’; tanto se afasta do rigorismo das normas rígidas como da ausência de contornos da pura cláusula de equidade.⁵⁷

Deste modo, Canaris almeja a uma leitura sistemática do direito, através da qual se deixe de buscar a *ratio legis* para focar-se na *ratio juris*.⁵⁸ a divergência entre as duas formas de se pensar o

⁵⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito** – 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 88.

⁵⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito** – 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 104.

⁵⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito** – 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 106.

⁵⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito** – 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 145.

⁵⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito** – 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 159. Idêntica conclusão é exposta por Juarez Freitas, segundo o qual “releva mesmo é a vontade do sistema, assim como percebida pelo intérprete, não a original ‘voluntas

direito bastante significativa, significando a proposta de Canaris uma mudança importante na medida em que inclui no raciocínio do hermeneuta⁵⁹ o elemento teleológico, sem dissociar, deste modo, o sistema normativo de elementos axiológicos.

No mesmo diapasão, Juarez Freitas defende a compreensão do sistema jurídico, “inacabado e inacabável”,⁶⁰ como uma rede hierarquizada de elementos, a saber, princípios, regras e valores, manifestando o anacronismo do raciocínio silogístico-formal ante à necessária inclusão da dimensão axiológica no contexto do direito:

Com efeito, improdutivo se revela qualquer critério de subsunção mecânica assim como o dogma da automática vinculatividade das normas jurídicas (princípios ou regras), pois uma abordagem estrita – situada no plano silogístico-formal ou baseada na autoridade de quem estatuiu os comandos normativos – esbarra nas necessárias considerações acerca da mínima legitimidade e da nuclear correção valorativa do ordenamento.⁶¹

Outrossim, defende Juarez Freitas, em conformidade à lição de Canaris, que o Direito é aberto, o que significa, para o autor, a ideia de que as regras não são auto-suficientes, nem em teoria, tampouco na prática.⁶² Assim, sustenta que “a validade do sistema jurídico (...) funda-se, em última instância, sobre valores,

legislatoris’. A vontade do sistema excede a própria ‘voluntas legis’, não sendo possível discernir a intenção do legislador ou da lei com plena exatidão nem flagrã-la, contemporaneamente, com alta dose de certeza.” (FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito** – 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 75.)

⁵⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito** – 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 266.

⁶⁰ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito** – 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 47.

⁶¹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito** – 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 26.

⁶² FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito** – 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 32.

mostrando-se inegável a concorrência de múltiplos elementos axiológicos em todas as construções jurisprudenciais, justificando-se a multiplicidade como sinal de pluralismo democrático”.⁶³ Expressa, ainda, que o sistema não possui contornos definitivos em razão da superação do dogma da completude.⁶⁴ Para Juarez Freitas o sistema jurídico é, pois:

(...) uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.⁶⁵

Consigne-se que Ricardo Aronne apresenta perspectiva similar, anotando que o sistema é “previsível em sua dinâmica caótica”.⁶⁶ Para o autor, deve-se compreender o sistema jurídico como uma rede axiologicamente hierarquizável, composta por regras, princípios e valores, os quais podem se apresentar positivados de forma explícita ou implícita.⁶⁷

A seu turno, Gomes Canotilho leciona no sentido de que, em consonância ao já afirmado, o sistema jurídico é um “sistema normativo aberto de regras e princípios”. Confira-se o texto do jusfilósofo português:

(1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma

⁶³ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito** – 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38.

⁶⁴ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito** – 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 39.

⁶⁵ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito** – 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 54.

⁶⁶ ARONNE, Ricardo. **Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 69.

⁶⁷ ARONNE, Ricardo. **Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 204.

estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.⁶⁸

Como expôs Bobbio, “a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento”.⁶⁹ O direito, a partir de tal perspectiva, portanto, é mais que a lei em sentido estrito, já que necessita ser compreendido em perspectiva ontológica, em sua totalidade⁷⁰:

Chama-se ‘interpretação sistemática’ aquela forma de interpretação que extrai seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (...) constituem uma totalidade ordenada (...) e, portanto, possa-se esclarecer uma norma obscura ou até mesmo integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado ‘espírito do sistema’, ainda que indo de encontro ao que resultaria de uma interpretação meramente literal.⁷¹

⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** – 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 114.

⁷⁰ “A ideia de totalidade orgânica já é presente nas reflexões de Aristóteles, no sentido de que o conhecimento formasse uma unidade, que mesmo evoluindo não perderia a unidade.” (ROESLER, Ednilson José. **Justiça como integridade: interlocuções entre Dworkin e Hegel**. Orientador Thadeu Weber. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 55.)

⁷¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 83.

Assim, mostra-se a relevância da compreensão sistemática do ordenamento, que não pode ser associado exclusivamente à lei, como já demonstrado por Chaïm Perelman.⁷²

2.3 INTEGRIDADE

Como último elemento dos possíveis desdobramentos da coerência dentre os que elencamos, apresenta-se a integridade. Ronald Dworkin, em sua obra “O Império do Direito” (*Law’s Empire*, originalmente publicada em 1986), dedica dois capítulos à abordagem sobre aquilo que denominou “integridade”. Em sua obra, não imune à crítica⁷³, o autor realiza a construção de um raciocínio através do qual preconiza a compreensão do Direito pela perspectiva da integridade, o que faz a partir de uma estrutura principiológica, mediante a qual atribui à coerência um “conceito central”⁷⁴ em seu pensamento.

Nas palavras de Juliana Col, em dissertação destinada ao tema, “o direito como integridade amplia a base coerentista, para além das regras, fazendo inserir razões políticas e, sobretudo, razões de princípios nas quais se baseia a concepção de

⁷² “Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça.” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 95.)

⁷³ “A teoria coerentista de Ronald Dworkin está abarcada em sua teoria do direito como integridade, a despeito das críticas que lhe são dirigidas, seja por sua abordagem não apresentar efetivamente o conceito de coerência e tampouco os critérios de coerência; seja porque, como diz Joseph Raz, um de seus maiores críticos, levanta-se dúvida sobre o real compromisso de Dworkin com a coerência.” (COL, Juliana Sípoli. **Coerência, ponderação de princípios e vinculação à lei: métodos e modelos**. Orientador Juliano Souza de Albuquerque Maranhão. São Paulo: USP, 2012, p. 76.)

⁷⁴ DUTRA, Delamar José Volpato. Justiça como integridade: Dworkin e o princípio da coerência na aplicação do direito. In **Phrónesis**, Campinas, v. 8, número 22, p. 11-32, jul/dez, 2006, p. 12.

coerência”⁷⁵. Convém ponderar, entretanto, como adverte Juliano Maranhão, que não é qualquer conjunto coerente de normas que pode ser albergado no conceito de integridade dworkiana, porquanto este exige mais do que isso, uma vez que requer um “arranjo coerente de princípios de moralidade política”⁷⁶, de modo que há inextricável conexão da integridade dworkiana com uma dimensão político-principiológica.

Para Anna Pintore, a “integridade” de Dworkin pode ser claramente associada à ideia de coerência no sentido aqui proposto, uma vez que, para a autora, a coerência em Dworkin assume “papel central”⁷⁷ no pensamento através do signo da integridade, porquanto as decisões judiciais sempre pressupõem “armonía con la totalidad de la historia jurídica y con el sistema de los principios ético-políticos”⁷⁸. Explicitando a relação de dependência existente entre as normas jurídicas e os princípios ético-políticos da justiça, imparcialidade e igualdade, Roesler assim define a “integridade” dworkiana:

A integridade é um conceito ligado às razões que constituem o substrato das normas jurídicas e se conecta diretamente com os conceitos de justiça, de imparcialidade (*fairness*) e de igualdade. Para isso, defenderá a existência de uma virtude política não tradicional: Ao lado da justiça e do devido processo legal, Dworkin colocará uma terceira virtude, a qual denomina integridade.⁷⁹

⁷⁵ COL, Juliana Sípoli. **Coerência, ponderação de princípios e vinculação à lei: métodos e modelos**. Orientador Juliano Souza de Albuquerque Maranhão. São Paulo: USP, 2012, p. 76.

⁷⁶ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 143.

⁷⁷ “El mencionado autor, como se advierte en una serie de escritos, culminan en la obra *El imperio de la justicia*, ha ido elaborando una teoría del *Derecho como integridad* en la que la idea de *coherencia* juega un papel central, si bien no del todo claro.” (PINTORE, Anna. **El Derecho sin verdad**. Madrid: Dykinson, 2005, p. 144.)

⁷⁸ PINTORE, Anna. **El Derecho sin verdad**. Madrid: Dykinson, 2005, p. 145.

⁷⁹ ROESLER, Ednilson José. **Justiça como integridade: interlocuções entre Dworkin e Hegel**. Orientador Thadeu Weber. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 59.

O termo, deste modo, restou associado à obra de Dworkin, fazendo-se objeto de estudo por diversos pesquisadores, de modo que Jullie Dickson resume a tese de Dworkin no tocante à coerência, expondo-a da seguinte forma:

Assim, para Dworkin, devemos interpretar o direito como coerente, no sentido de falar com uma só voz, porque ao fazê-lo, nós entendemos o direito como a voz de uma comunidade de princípio, e assim como capaz de fornecer uma justificação geral para o exercício de coerção estatal.⁸⁰

A tese de Dworkin, todavia, se mostra mais complexa do que sugere a síntese apresentada. A premissa de Dworkin para expor a ideia de integridade é de que “é preciso chegar a um acordo sobre o sistema de justiça a ser adotado”⁸¹, na medida em que não se poderia, a partir de múltiplos sistemas de justiça, adotar-se um padrão coerente de conduta estatal, já que, como afirma o autor, “o que a integridade condena é a incoerência de princípio entre os atos do Estado”⁸². Assim, a base sólida e transparente de um sistema de justiça, cuja principiologia seja conhecida e não-contraditória, é essencial para que se erija uma estrutura jurídico-normativa estatal em consonância à integridade dworkiana⁸³:

⁸⁰ Conforme original em inglês: “So for Dworkin, we must interpret law as coherent, in the sense of speaking with one voice, because by so doing, we understand law as the voice of a community of principle, and so as capable of providing a general justification for the exercise of state coercion.” (DICKSON, Jullie. Interpretation and Coherence in Legal Reasoning. In *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>)

⁸¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 218.

⁸² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 223.

⁸³ Conforme Roesler, uma preocupação subjacente ao raciocínio de Dworkin é a dicotomia entre liberalismo e comunitarismo: “É visível o confronto, especialmente no mundo anglo-saxão da década de 80, entre o liberalismo e o comunitarismo, ou seja, grosso modo, aqueles que justificam uma doutrina do pensamento político que defende a maximização da liberdade individual mediante o exercício de direitos e da lei, bem como sua prevalência sobre os direitos coletivos em oposição àqueles que enfatizam a multiplicidade de identidades sociais e culturas étnicas presentes na sociedade

La concepción del Derecho como integridad requiere una coherencia de principio, o sea, exige que el Derecho se interprete y las decisiones jurídicas se tomen en armonía con la totalidad de la historia jurídica y con el sistema de los principios ético-políticos.⁸⁴

Fala Dworkin em uma “coerência lógica elementar”⁸⁵, a partir da qual se faz necessária uma obediência “não apenas às regras, mas às teorias de equidade e justiça que essas regras pressupõem como forma de justificativa.”⁸⁶ Como expõe Roesler, em dissertação:

A integridade deve ser entendida como a necessidade de se construir uma coerência interna capaz de se fortalecer uma decisão sob o juízo de que ela está intimamente ligada à totalidade orgânica da comunidade. A construção da integração perpassa o amplo conhecimento de todas as virtudes e princípios norteadores da comunidade, ao mesmo tempo em que resulta numa implicação integral destes valores morais como constituintes do Direito.⁸⁷

Desta forma, Dworkin apresenta a ideia de que, pelo princípio da integridade, a comunidade deve criar suas normas expressando um sistema único e coerente de justiça, fundado nos

contemporânea, na qual estabilidade social, a legitimação política e a cidadania derivam das ações coletivas. Como solução a essa imbricada tecedura de teorias e anseios, Dworkin propõe que a justiça seja considerada na sua integridade, de maneira independente e sucedânea às outras virtudes, numa clara proposta de superação dialética do confronto exposto acima.” (ROESLER, Ednilson José. **Justiça como integridade: interlocuções entre Dworkin e Hegel**. Orientador Thadeu Weber. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 54.)

⁸⁴ PINTORE, Anna. **El Derecho sin verdad**. Madrid: Dykinson, 2005, p. 145.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 225.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 225.

⁸⁷ ROESLER, Ednilson José. **Justiça como integridade: interlocuções entre Dworkin e Hegel**. Orientador Thadeu Weber. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 58.

mesmos ideais e sem contradições valorativas.⁸⁸ Há, aqui, uma necessária coerência de princípio, ou “integridade principiológica”⁸⁹. Destarte, exsurge o “princípio judiciário de integridade”, o qual é assim explicado nas palavras de Dworkin:

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.⁹⁰

Em tal contexto, Dworkin estabelece uma diretriz para aferição das proposições jurídicas, afirmando que estas serão verdadeiras quando constatarem ou derivarem dos princípios de justiça e equidade. A integridade requer, pois, coerência de princípios.⁹¹ Os princípios, deste modo, conduzem à coerência do conjunto normativo.⁹² Como bem pontua Ednilson José Roesler, a integridade é “a chave para a melhor interpretação possível das ações jurídicas que se apresentam aos tribunais, especialmente no que se refere às mais difíceis.”⁹³ Nas precisas palavras de Dworkin, tem-se que:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 264.

⁸⁹ CAMPOS, Adriana; ARDISSON, Daniel Piovanelli. O direito como integridade na jurisdição constitucional. In **Sequência**, Florianópolis, número 67, p. 251-276, dez. 2013, p. 257.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 271/272.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 274.

⁹² “Ronald Dworkin’s theory of ‘integrity’ (that is, coherence) of law includes MacCormick’s idea that principles make rules coherent.” (ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The concept of coherence for discursive rationality. In **Ratio Juris**, volume 3, número 1-bis, março 1990, páginas 130-147.)

⁹³ ROESLER, Ednilson José. **Justiça como integridade: interlocuções entre Dworkin e Hegel**. Orientador Thadeu Weber. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 55.

conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.⁹⁴

Prossegue o autor, explicitando sua tese:

O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo.⁹⁵

Justamente porque Dworkin remete, como visto acima, à uma rede como um todo, Delamar Dutra afirma ser subjacente à ideia de integridade a noção de que “o direito contém não só um conteúdo explícito, mas um esquema de princípios para justificar esse conteúdo”.⁹⁶ Tal esquema principiológico é que permite que se enxergue a rede como um todo autojustificável.⁹⁷

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 291.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 294.

⁹⁶ DUTRA, Delamar José Volpato. Justiça como integridade: Dworkin e o princípio da coerência na aplicação do direito. In **Phrónesis**, Campinas, v. 8, número 22, p. 11-32, jul/dez, 2006, p. 26.

⁹⁷ Ao expor sua compreensão sobre a coerência em capítulo próprio em sua obra, MacCormick apresenta visão convergente, ao explicitar que as leis “não fazem sentido se não há nenhum valor ou grupo de valores comuns aos quais essas leis sirvam.” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Hübler Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 249.) A respeito, Maranhão assim afirma: “MacCormick acaba por submeter o valor de coerência a valores morais percebidos na comunidade. (...) Para Brusiin, cada norma não só dependeria da compreensão do ordenamento como um todo, como o direito deveria ser compreendido dentro de um todo representado pelos valores sociais de uma comunidade, tomados em sua historicidade.” (MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 149.)

Nesse sentido, a tese de Dworkin leva à conclusão de que, uma vez que assimilada pelo julgador, a integridade impõe um ideal interpretativo através do qual deve-se buscar, em um conjunto coerente de princípios, a melhor interpretação do contexto jurídico da comunidade⁹⁸:

A teoria do direito como integridade assume, assim, uma concepção do direito como um conjunto coerente de pautas em que não há qualquer prioridade entre as razões que compõem o direito, sejam elas derivadas de autoridade ou de moralidade.⁹⁹

Por tal razão, Dworkin sustenta que, para viabilizar uma decisão em casos difíceis, deve o julgador “fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis”¹⁰⁰, preferindo aquela que guarde maior proximidade com os ideais políticos e institucionais insculpidos pela comunidade. Há, pois, necessidade de uma solução que seja conforme à estrutura jurídico-normativa e, ao mesmo tempo, “defensável do ponto de vista da moralidade pública”¹⁰¹. MacCormick converge sobre esse aspecto, assim pontuando sobre a coerência:

Portanto, a coerência de normas (consideradas como um conjunto de algum tipo), depende de que elas ‘façam sentido’ em virtude de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns. (...) Em resumo, a coerência de um conjunto de normas é função de sua justificabilidade sob princípios e valores de

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 305.

⁹⁹ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 144.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 306.

¹⁰¹ COL, Juliana Sípoli. **Coerência, ponderação de princípios e vinculação à lei: métodos e modelos**. Orientador Juliano Souza de Albuquerque Maranhão. São Paulo: USP, 2012, p. 83.

ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória.¹⁰²

Para Dworkin, “os fundamentos do direito estão na integridade”¹⁰³, e é por esta razão que sua visão sobre a integridade se faz merecedora de mais de cem páginas em sua obra: para o autor, a integridade constitui “um ideal político porque queremos tratar nossa comunidade política como uma comunidade de princípios”¹⁰⁴, de modo que tais princípios desempenharão um papel fundamental na compreensão e na interpretação do direito, porquanto conferirão à totalidade normativa a coerência necessária à sua aceitação pela comunidade: “o direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’”.¹⁰⁵

Como arremata Roesler, ao explicitar o conteúdo da ideia dworkiana, “as divergências entre ideais são frequentes na política e, com mais frequência, no direito; enseja-se, para o bem da sociedade, que este conflito seja dirimido de forma harmônica”.¹⁰⁶ Eis, em suma, a razão pela qual a integridade dworkiana é compreendida como “a coerência de princípios dentro de um Estado”¹⁰⁷, e deve pautar a atuação jurisdicional.

A razão pela qual Dworkin pensa e apresenta teoria da integridade está associado ao combate efetuado pelo autor à

¹⁰² MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 252/253.

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 312.

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 314.

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 274.

¹⁰⁶ ROESLER, Ednilson José. **Justiça como integridade: interlocuções entre Dworkin e Hegel**. Orientador Thadeu Weber. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 56.

¹⁰⁷ ROESLER, Ednilson José. **Justiça como integridade: interlocuções entre Dworkin e Hegel**. Orientador Thadeu Weber. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 60.

discrecionariiedade¹⁰⁸: isto porque, com a introdução dos princípios no direito, através de um sistema positivo, conferem-se elementos normativos aptos a serem utilizados na tomada de decisão pelo julgador, com consequente e bem-vinda redução de subjetivismos¹⁰⁹ – especialmente para os denominados *hard cases*, real preocupação de Dworkin.

Percebe-se, assim, que a tese dworkiana conduz a uma aproximação entre integridade e coerência¹¹⁰, na exata medida em que objetiva uma interpretação fundada na *totalidade* da estrutura normativa, bem como com esteio no contexto histórico¹¹¹, podendo-se cogitar uma relação com os pressupostos da teoria política de Rawls.¹¹²

Deste modo, o que se pretende aclarar com o presente capítulo é que, muito embora não exista um consenso acerca de qual seja a definição precisa de coerência, muito menos acerca de quais sejam seus reflexos necessários no Direito, o fato é que há uma gama bastante relevante de jusfilósofos preocupados com a temática e, mais do que isso, autores que dedicam suas linhas à tarefa de explorar, cada qual a seu modo, mecanismos a partir dos

¹⁰⁸ “Contra a posição da discrecionariiedade, Dworkin apresenta a teoria da integridade.” (DUTRA, Delamar José Volpato. Justiça como integridade: Dworkin e o princípio da coerência na aplicação do direito. In **Phrónesis**, Campinas, v. 8, número 22, p. 11-32, jul/dez, 2006, p. 17.)

¹⁰⁹ DUTRA, Delamar José Volpato. Justiça como integridade: Dworkin e o princípio da coerência na aplicação do direito. In **Phrónesis**, Campinas, v. 8, número 22, p. 11-32, jul/dez, 2006, p. 15.

¹¹⁰ “O ideal da integridade, portanto, não é outra coisa senão a busca por uma coerência no que diz respeito à formulação e a aplicação de proposições jurídicas (...)” (FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015, p. 268.)

¹¹¹ DUTRA, Delamar José Volpato. Justiça como integridade: Dworkin e o princípio da coerência na aplicação do direito. In **Phrónesis**, Campinas, v. 8, número 22, p. 11-32, jul/dez, 2006, p. 18.

¹¹² “A melhor interpretação é aquela que melhor se articula com o corpo pertinente daqueles materiais constitucionais, e que se justifica nos termos da concepção pública de justiça ou de uma de suas variantes razoáveis.” (RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000, p. 286.) Essa questão, porém, exigiria um estudo específico que extrapola os limites dessa dissertação.

quais a coerência possa ser introduzida e observada no pensamento jusfilosófico – o que é necessário.

Assim, fica claro que, uma vez aceita a proposta coerentista – através de quaisquer de suas vertentes, ou mesmo em perspectiva generalista, como aqui se admite –, o arcabouço jurídico-normativo passa a ter relevo em sua totalidade normativo-principlológica, de modo que não mais se procede à valoração dos elementos normativos de modo isolado, senão no contexto normativo, em seu sentido mais amplo.

Seja para o legislador¹¹³, seja para o intérprete/aplicador, a observância do sentido do todo torna-se imperativo. Como pondera Bustamante sobre o postulado da coerência:

O seu bom funcionamento depende, entretanto, da adoção (pelo sistema jurídico) de certos valores fundamentais capazes de se espriar por toda as partes (normas) do sistema, criando um certa unidade de sentido. Num Estado Democrático de Direito, o postulado se torna peça fundamental no raciocínio jurídico.¹¹⁴

O que se busca com o coerentismo, em suma, é evitar a existência de um conjunto normativo que não possua razão de ser (isto é, que seja sem sentido)¹¹⁵; em outras palavras, significa dizer que o que se pretende é, através das teorias coerentistas, a atribuição de sentido ao todo¹¹⁶: uma estrutura jurídico-normativa

¹¹³ “Um legislador que respeita o Estado de Direito não pode escolher, arbitrariamente, exercer o poder legislativo sem considerar o modo pelo qual novas leis se sustentam dentro do sistema jurídico como um todo.” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 260.)

¹¹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 287.

¹¹⁵ “Um conjunto incoerente de normas pode ser tal que cada uma possa ser cumprida sem infringir qualquer outra, e, mesmo assim, o todo parece não fazer sentido na constituição de uma ordem razoável de conduta.” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 247.)

¹¹⁶ “(...) ‘coerência’ no sentido de que as numerosas normas de um sistema jurídico desenvolvido deveriam ‘fazer sentido’ quando consideradas em conjunto.”

que possa ser considerada adequadamente ordenada na exata medida em que possua uma orientação normativo-principiológica que lhe confira algum sentido “na sua totalidade”.¹¹⁷

O problema jusfilosófico trazido pela necessidade de coerência vem explicitado na pena de Maranhão: “em caso de conflito entre o princípio moral ou político que justifica a norma e o conteúdo da própria norma, qual prevalece?”¹¹⁸ Eis o desafio das próximas linhas.

(MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 197.)

¹¹⁷ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 248.

¹¹⁸ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 154.

3.1 A EPIEIKEIA A PARTIR DE ARISTÓTELES

O conceito aristotélico de justiça é bastante conhecido e sua análise não será objeto do presente tópico. Das ideias aristotélicas preocupamo-nos, por ora, com uma breve investigação a respeito do que seja a equidade (*epieikeia*), a qual possui um papel de relevo para o filósofo¹, sendo seu aparecimento considerado inédito a partir dos textos de Aristóteles.²

O significado de *epieikeia*, ordinariamente, pode ser associado à ideia de excelência, ou mesmo bondade, no sentido

¹ DAL MASS, Adroaldo. **A lei como fonte de justiça em Aristóteles**. Orientador Draiton Gonzaga de Souza. Porto Alegre: PUCRS, 2000, p. 115.

² “The earliest account of the nature of equity and equitable judgment is found in the writings of Aristotle.” (SHINER, Roger A. Aristotle’s theory of equity. In **Loyola of Los Angeles Law Review**, vol. 27, 1994, p. 1245-1264.); “A noção de equidade (*epieikeia*) tem origem aristotélica (...).” (DAVID, Tiago Bitencourt. O que ainda nos resta da *epieikeia* de Aristóteles: estudo sobre os conceitos e usos clássicos e contemporâneos de equidade. In **Revista Jurídica**, número 454, ago. 2015, p. 10-34.); “Foi todavia Aristóteles quem primeiramente fixou (...) os contornos do problema. A ele remonta a definição da equidade como a Justiça do caso concreto.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral** – uma perspectiva lusobrasileira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 496/497.); TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. A equidade na Filosofia do Direito: apontamentos sobre sua origem aristotélica. In **Revista Espaço Acadêmico**, n. 128, jan/2012, p. 88-92. Em sentido diverso, Alejandro Alvarez reconhece que Aristóteles é responsável por estabelecer os alicerces e a sistematização da discussão, atribuindo a Platão o papel de “preparar o terreno”. (ALVAREZ, Alejandro Montiel. **A epieikeia e o nōmos: uma análise do conceito de epieikeia a partir de uma tradição aristotélica**. Orientador Luis Fernando Barzotto. Porto Alegre: UFRGS, 2012, p. 23-25.) Colhe-se da obra de Platão o exemplo de alguém que recebesse armas de um amigo e este, posteriormente, tomado pela loucura, pedisse-as de volta. Platão reconhece que o justo seria a não-devolução, de modo que o exemplo se afeiçoa à ideia de *epieikeia*, dada a exceção que surge pela peculiaridade do caso. (PLATÃO. **A República**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 9, 331c.) António Menezes Cordeiro também discorda: “Cabe ainda recordar que a *epieikeia* não é de invenção aristotélica. Ela surgia já em Heródoto. Mas com um sentido diferente.” (CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 596.)

amplo de uma virtude.³ Aqui, porém, referimo-nos a uma noção mais específica de *epieikeia*, utilizada por Aristóteles, correspondente a um tipo particular de excelência, associado à capacidade de correção da lei; tal virtude específica desempenha, com efeito, uma função social específica de retificação da lei, como reconhece Shiner.⁴

Para toda lei elaborada presume-se a existência de uma relação lógico-intencional entre seu antecedente (suporte fático; hipótese normativa) e seu conseqüente (prescrição; cominação)⁵, no intuito de que, uma vez havido o antecedente, o conseqüente promova um fim legítimo e esperado pelo tecido social, ou seja, algo útil ao bem comum e harmônico à concepção de justiça adotada pela comunidade. Há casos, porém, nos quais uma vez verificado o antecedente, o conseqüente não atende à sua pressuposta finalidade.⁶ Em casos tais, que fogem à ordinariade, deve-se pensar em alguma solução para evitar a disfuncionalidade do sistema jurídico-normativo. A equidade aristotélica desempenha um papel de relevo justamente neste contexto⁷, já que pretende solucionar esta dissintonia.

³ “Le mot *équité* est susceptible de diverses acceptions. Quelquefois il ne désigne que la volonté constante d’être juste, et dans ce sens il n’exprime qu’une vertu.” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de Code civil**. Bordeaux : Éditions Confluences, 2004, p. 88.)

⁴ “Aristotle pithily characterizes *epieikeia* in the specific sense as an *epanorthoma nomou, hei elleipei dia to kathoulou*, ‘a correction of law, where law falls short because of its universality.’ The *Rhetoric* describes the equitable as *to para to gegrammenon nomon dikaion*, ‘that justice which lies beyond the written law’.” (SHINER, Roger A. Aristotle’s theory of equity. In **Loyola of Los Angeles Law Review**, vol. 27, 1994, p. 1245-1264.)

⁵ “(...) sua estrutura consiste em um antecedente ou condição de aplicação, que contém um conjunto fechado de propriedades; e um conseqüente ou solução normativa (...)” (ATTENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19.) Oliveira Ascensão afirma ser de difícil aceitação o termo ‘hipótese normativa’, refutando também *Talbestand* e *fattispecie*, aceitando apenas o termo latino *facti species*. (ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 423.)

⁶ MacDONALD, Paulo Baptista Caruso. **Lei, justiça e razão prática em Aristóteles**. Orientador Alfredo Carlos Storck. Porto Alegre: UFRGS, 2010, p. 99.

⁷ ALVAREZ, Alejandro Montiel. **A *epieikeia* e o *nómos*: uma análise do conceito de *epieikeia* a partir de uma tradição aristotélica**. Orientador Luis Fernando Barzotto. Porto Alegre: UFRGS, 2012, p. 28.

Como sintetiza Tiago David, o que ocorre é que “algo formalmente subsumível ao suporte fático da norma não enseja a aplicação da respectiva consequência jurídica”⁸, porque em tais casos excepcionais esta é a única forma de não se cancelar iniquidades quando da aplicação da regra, ainda que formalmente subsumível.

O pensamento peripatético, ao assentar a concepção de *epieikeia*, perpassa pela relevante noção da importância que deve ser atribuída às circunstâncias e particularidades dos casos concretos que se examinem.⁹ Nesse sentido, fundamental a análise da *Ethica Nicomachea*, porquanto seu Livro V apresenta a compreensão de Aristóteles sobre o assunto, que assim consigna:

A origem da dificuldade é que a equidade, embora justa, não é a justiça legal, porém retificação desta. A razão para isso é que a lei é sempre geral; entretanto, há casos que não são abrangidos pelo texto geral da lei ou por esta ou aquela regra legal geral. Em matérias, portanto, nas quais embora seja necessário discursar em termos gerais, não é possível fazê-lo corretamente, a lei toma em consideração a maioria dos casos (...). E isso não faz dela uma lei errada, pois o erro não se encontra na lei e nem no legislador, mas na natureza do caso, uma vez que o estofa das questões práticas é essencialmente irregular. Quando, portanto, a lei estabelece uma regra geral e, posteriormente, surge um caso que apresenta uma exceção à regra, será, então, correto (onde a expressão do legislador – em função de ser ela absoluta – é lacunar e errônea) retificar o defeito (preencher a lacuna) decidindo como o próprio legislador teria ele mesmo decidido se estivesse presente na ocasião em particular e teria promulgado se tivesse sido conhecedor do caso em questão.¹⁰

⁸ DAVID, Tiago Bitencourt. O que ainda nos resta da *epieikeia* de Aristóteles: estudo sobre os conceitos e usos clássicos e contemporâneos de equidade. In **Revista Jurídica**, número 454, ago. 2015, p. 10-34.

⁹ HOBUSS, João. *Epieikeia* e particularismo na ética de Aristóteles. In **Revista ethic@**. Florianópolis, v.9, n. 2, p. 163-174, dez. 2010.

¹⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2002, p. 160, Livro V, cap. X.

Como se verifica do trecho transcrito, Aristóteles sustenta que a equidade (*epieikeia*) é o mecanismo com o qual se pode proceder à correção da lei: a generalidade inerente à lei inviabiliza que esta possa regular a totalidade de casos possíveis.¹¹ Não se cuida, pois, de falha quanto ao conteúdo da regra, mas de efetiva “impossibilidade de haver uma legislação minimamente detalhista”¹² para todos os casos possíveis.¹³

Assim, justamente porque a lei é necessariamente genérica por natureza é que se reconhece sua inexorável precariedade.¹⁴ Deste modo, a lei, enquanto previsão hipotética (hipótese normativa), limita-se aos casos mais comuns, ou seja, à ordinaryidade, àquilo que se pode razoavelmente prever quando do âmbito da formulação das hipóteses normativas¹⁵ - correspondendo à ideia do exercício de uma função legislativa

¹¹ CHROUST, Anton-Hermann. Aristotle's conception of equity (*epieikeia*). In **Notre Dame Law Review**, v. 18, issue 2, article 3, 1942, p. 119-128.

¹² CAMPELO, Olívia Brandão Melo. **Justiça: prudência**. São Paulo: PUCSP, 2010, p. 29.

¹³ Bittar, entretanto, sustenta em duas obras uma hipótese mais ampla, mencionando “erros legislativos e demais hipóteses de produção de injustiça decorrente da generalidade do preceito legal aplicado à realidade fática (...)”. (BITTAR, Eduardo C. B. A teoria aristotélica da justiça. In **Revista da Faculdade de Direito da USP**. Volume 92, ano 1997, p. 69; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico**. Barueri: Manole, 2003, p. 1056.) Em outra obra, todavia, menciona que “não se trata de um erro legislativo, mas, sim, de um problema oriundo da própria peculiar conformação das coisas como são praticamente”, em consonância à nossa interpretação. (BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 165.)

¹⁴ “Tal como nas demais artes, também é impossível codificar exatamente tudo o que se aplica à organização da cidade: as regras escritas são necessariamente genéricas mas as acções referem-se a casos particulares.” (ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Antonio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998, p. 149, 1269a.); “A lei, por natureza genérica, não pode descer à infinita diversificação dos casos da vida.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral** – uma perspectiva luso-brasileira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 501.)

¹⁵ “Les lois ne sont donc instituées qu'en gros et pour la plupart des cas (*hós epi to polu*).” (MICHON, Cyrille. *L'épieikeia* aristotélicienne comme *correctif* de la loi. In **Annuaire de l'Institut Michel Villey**. Volume 2, 2010, p. 33-48.)

típica.¹⁶ Gadamer¹⁷ igualmente aponta nesse sentido da imperfeição da norma, ponderando que “a lei é sempre deficiente, não em si mesma, mas porque, frente ao ordenamento a que se destinam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas”.¹⁸ Há, inequivocamente, abstração e universalidade nos preceitos normativos, e é por esta razão que os vícios aparecem, sem que se possa imputar ao legislador um erro na formulação do comando geral.¹⁹

Em outras palavras, significa dizer que a *epieikeia*, “dirigida contra uma subsunção mecânica”²⁰, é um corretivo do justo legal, estando legitimada pelo reconhecimento da inexorável imprecisão da lei, defeito este decorrente da impossibilidade prática de legislar-se sobre todos os casos com nível de detalhamento suficiente: o legislador legisla para os casos cotidianos, presumíveis, previsíveis. Ainda, pode-se atribuir à *epieikeia* em uma “função atualizadora da lei”, no sentido indicado por Tiago David²¹, a fim de evitar um anacronismo da lei.

¹⁶ “Aristóteles mostra que toda lei é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção, na medida em que se encontra numa tensão necessária com relação ao concreto da ação.” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Tradução Flávio Meurer. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 419.)

¹⁷ “Gadamer foi um dos responsáveis pelo resgate da filosofia prática de Aristóteles no Século XX. Segundo ele, é impossível interpretar a regra de forma separada de sua aplicação; isso estaria no modelo Aristotélico: a união entre os três níveis hermenêuticos indissociáveis: compreensão, interpretação e aplicação.” (ALVAREZ, Alejandro Montiel. **A epieikeia e o nómos: uma análise do conceito de epieikeia a partir de uma tradição aristotélica**. Orientador Luis Fernando Barzotto. Porto Alegre: UFRGS, 2012, p. 44.)

¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Tradução Flávio Meurer. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 419.

¹⁹ “The mistake, Aristotle says, is really in neither the law nor the legislator, but ‘in the nature of the business’, - *enthus gar toiaute he ton prakton hule estin*.” (SHINER, Roger A. Aristotle’s theory of equity. In **Loyola of Los Angeles Law Review**, vol. 27, 1994, p. 1245-1264.)

²⁰ HÖFFE, Otfried. **Aristóteles**. Tradução Roberto H. Pich. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 205.

²¹ “Esta dimensão da equidade é menos conhecida e não aparece expressamente desenvolvida por Aristóteles, mas é plenamente compatível com a noção. Afinal, a atenção às singularidades do caso concreto, ao invés de subsunção acrítica e automática em face do comando geral do legislador, revela-se plenamente compatível com o

O objetivo do instituto da *epieikeia*, ou melhor, da *virtude* da equidade²², é bastante claro: fazer com que a regra previamente posta pelas instâncias legitimadas de modo geral possa ser adaptada/corrigida às particularidades do caso.²³ Höffe entende esta correção do que é ditado pela lei como um “melhoramento”.²⁴

A consequência, pois, é a atribuição de poder ao aplicador da lei, o qual deverá agir como se legislador fosse²⁵ quando tornar-se impossível a subsunção do particular ao universal²⁶. A equidade, assim, é alçada à condição de um instrumento utilizável pelo julgador para adaptar a norma ao caso, no intuito de que “da

reconhecimento da inaplicabilidade da norma quando esta tem o propósito de regular situação diversa, não mais existente. (...) é bastante razoável que dada a alteração das circunstâncias que ensejaram a edição da lei, esta não mais seja aplicada ante a mudança do contexto que se teve em vista quando editada a legislação. Uma lei em absoluto descompasso com a realidade não se presta a manifestar o modo pelo qual a comunidade deseja ver resolvida a questão (...).” (DAVID, Tiago Bitencourt. O que ainda nos resta da *epieikeia* de Aristóteles: estudo sobre os conceitos e usos clássicos e contemporâneos de equidade. In **Revista Jurídica**, número 454, ago. 2015, p. 10-34.)

²² MacDONALD, Paulo Baptista Caruso. **Lei, justiça e razão prática em Aristóteles**. Orientador Alfredo Carlos Storck. Porto Alegre: UFRGS, 2010, p. 100.

²³ “(...) to fit the circumstances of a particular case (...)” (CHROUST, Anton-Hermann. Aristotle’s conception of equity (*epieikeia*). In **Notre Dame Law Review**, v. 18, issue 2, article 3, 1942, p. 119-128.)

²⁴ HÖFFE, Otfried. **Aristóteles**. Tradução Roberto H. Pich. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 204.

²⁵ “Dans un cas, le juge envisage ce que le législateur aurait porté dans la loi s’il avait prévu le cas particulier qui lui a échappé, la lacune est involontaire, et le juge se glisse alors dans la peau du législateur, non pour légiférer (il n’a pas ce droit), mais pour faire comme s’il devait légiférer.” (MICHON, Cyrille. *L’epieikeia* aristotélicienne comme *correctif* de la loi. In **Annuaire de l’Institut Michel Villey**. Volume 2, 2010, p. 33-48.); “O sujeito, aqui, sub-roga-se na própria posição do legislador”. (BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 165); CAMPELO, Olívia Brandão Melo. **Justiça: prudência**. São Paulo: PUCSP, 2010, p. 29; SHINER, Roger A. Aristotle’s theory of equity. In **Loyola of Los Angeles Law Review**, vol. 27, 1994, p. 1245-1264; ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 250.

²⁶ CHROUST, Anton-Hermann. Aristotle’s conception of equity (*epieikeia*). In **Notre Dame Law Review**, v. 18, issue 2, article 3, 1942, p. 119-128.

observância de uma estrita legalidade não se venha a ser mais arbitrário do que onde as leis não estão presentes.”²⁷

Na Política, Aristóteles afirma a necessidade de se conceder supremacia aos magistrados tão-somente quando se verificar um caso no qual a lei não pudesse ter feito adequada previsão anterior, decorrente da já mencionada "dificuldade de promulgar leis que prevejam todos os casos".²⁸

A criatividade do aplicador da lei, todavia, é mitigada²⁹, já que este não deve aplicar ao caso o seu próprio entendimento sobre o que seja o melhor, mas deve, ao contrário, agir pensando em como o legislador teria prescrito a norma legal ao caso em exame se as particularidades do caso tivessem sido objeto de atenção quando da elaboração da regra geral, como destaca Chroust.³⁰ Há evidente espaço, porém, à crítica para um possível e nefasto subjetivismo – risco inerente à tarefa de julgar.³¹

Para Aristóteles, “não é propriamente o homem que governa, mas a lei”³², motivo pelo qual a solução do caso deve passar, senão pelo que o legislador disse, pelo que diria. Nas palavras de Hobuss:

²⁷ BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 167.

²⁸ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Antonio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998, pág 231, 1282b.

²⁹ Em sentido contrário, Morrall menciona “uma ampla gama de poderes discricionários”. (MORRALL, John. **Aristóteles**. Brasília: UnB, 2000, p. 60.)

³⁰ “(...) deciding as the lawgiver would himself decide if he were presente on the occasion, and would have legislated if he had been cognizant of the case in question.” (CHROUST, Anton-Hermann. Aristotle’s conception of equity (epieikeia). In **Notre Dame Law Review**, v. 18, issue 2, article 3, 1942, p. 119-128.)

³¹ “Les ennemis de l’équité diraient que l’arbitraire sentimental de la conscience du juge trouverait ici une porte d’entrée.” (MICHON, Cyrille. *L’epieikeia* aristotélicienne comme correctif de la loi. In **Annuaire de l’Institut Michel Villey**. Volume 2, 2010, p. 33-48.); “Às vozes favoráveis à primazia da justiça de caso concreto face à justiça de caso-regra opõem-se outras, que receiam que uma justiça de caso concreto conduza à arbitrariedade e à insegurança jurídica.” (ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 251.)

³² HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 247.

Deste modo, quando uma lei não prevê os casos particulares que podem ocorrer em dadas circunstâncias, em função da não previsão dos mesmos pelo legislador, é necessário que haja uma correção da lei, levando em consideração, é importante ressaltar, o que o próprio legislador teria dito quando confrontado a este caso particular, ou o que teria prescrito na lei se tivesse conhecido o que está em questão.³³

A esse respeito, Aristóteles é explícito ao tratar do equitativo em sua Retórica, assim dispondo: “Ser equitativo é mostrar indulgência ante as fraquezas humanas; é também levar em conta menos a lei do que o legislador; considerar não a letra da lei, mas a intenção do legislador”; ato contínuo, acrescenta o filósofo a importância de considerar “não tanto este ou aquele detalhe parcial, mas o todo”³⁴, mostrando consonância à ideia que associamos à noção de “coerência”.

Percebe-se, com clareza, que no pensamento aristotélico as apreensões do sentido da regra, bem como sua aplicação, não guardam limites estreitos. O filósofo parece nutrir um certo receio em relação à adequação/justeza da justiça legal, como se depreende de seus comentários: “Preferimos dirimir um desentendimento por meio da negociação do que mediante recurso à justiça; preferimos uma arbitragem a um litígio, já que o árbitro leva em conta a equidade, ao passo que o juiz leva em conta a lei.”³⁵ Isto porque Aristóteles reconhece a imperfeição da lei posta e o risco de sua aplicação conduzir a uma iniquidade.

O que caracteriza, portanto, a ideia de *epieikeia* é o reconhecimento de que qualquer regra genérica pode possuir uma exceção³⁶ e o não reconhecimento desta circunstância pode

³³ HOBUSS, João. *Epieikeia* e particularismo na ética de Aristóteles. In **Revista ethic@**. Florianópolis, v.9, n. 2, p. 163-174, dez. 2010.

³⁴ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2013, p. 108, 1374b1.

³⁵ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2013, p. 108, 1374b1.

³⁶ “This exception to the general rule of the strict Common Law constitutes the Aristotelian ‘Equity’ which is but a ‘rectification of the strict Common Law, particularly

ocasionar uma injustiça (um resultado não desejado)³⁷ quando da aplicação da lei, genérica por natureza:

Uma aplicação literal das leis existentes pode, sem dúvida, segundo Aristóteles, conduzir ocasionalmente a uma flagrante injustiça, motivo pelo qual ele considera como necessário corretivo uma justiça para o caso individual, a equidade (*epiikeia*: *Ética a Nicômaco*, V, 14).³⁸

Pertinente notar que Aristóteles não prega a desnecessidade da lei ao recorrer à equidade³⁹, uma vez que a norma geral se preocupa com a ideia de igualdade⁴⁰, o que é necessário. A propósito, Aristóteles vislumbra no governo das leis uma superioridade, na medida em que estas são livres de paixões, ao contrário dos homens – muito embora estes tenham melhores condições de tomar decisões para os casos particulares, o que viabiliza o uso da equidade.⁴¹

wherever the latter proves itself defective because of its generality” (CHROUST, Anton-Hermann. Aristotle’s conception of equity (*epiikeia*). In **Notre Dame Law Review**, v. 18, issue 2, article 3, 1942, p. 119-128.)

³⁷ “Apela-se ao seu [do juiz] senso de equidade quando a lei, aplicada rigorosamente (...), ou quando o precedente, seguido à letra, conduzem a consequências iníquas.” (PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 163.)

³⁸ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 247.

³⁹ “Ainda que advertindo a respeito da impossibilidade da aplicação de uma norma abstratamente considerada, obviamente Aristóteles não defendeu o caos, o casuismo e a anomia. Aristóteles defendia a existência de regras prévias, mas condicionava a aplicação a uma situação de normalidade (...).” (DAVID, Tiago Bitencourt. O que ainda nos resta da *epiikeia* de Aristóteles: estudo sobre os conceitos e usos clássicos e contemporâneos de equidade. In **Revista Jurídica**, número 454, ago. 2015, p. 10-34.) A respeito, também Alvarez: ALVAREZ, Alejandro Montiel. **A *epiikeia* e o *nómos*: uma análise do conceito de *epiikeia* a partir de uma tradição aristotélica**. Orientador Luis Fernando Barzotto. Porto Alegre: UFRGS, 2012, p. 46.

⁴⁰ HÖFFE, Otfried. **Aristóteles**. Tradução Roberto H. Pich. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 206.

⁴¹ “A lei é isenta de paixão ao passo que qualquer alma humana forçosamente a possui. Mas sem dúvida dir-se-á que, em compensação, um homem decide melhor em casos individuais. Vê-se que este homem deve ser necessariamente um legislador e que existir leis; mas estas não devem ter a supremacia quando se desviam da sua finalidade (evidentemente que devem ser supremas nos outros casos).” (ARISTÓTELES.

Nesse sentido, o equitativo não é o justo *segundo a lei*⁴², embora seja justo; é justo, porém, por ser a *correção da lei*⁴³, “abrandando o rigor ou sobrepassando as disparidades e iniquidades engendradas pelas leis obsoletas e descontextualizadas.”⁴⁴ E este direito corrigido, produto da *epieikeia*, é melhor do que a prescrição legal, como apontado por Gadamer.⁴⁵

Disso surge uma importante observação a ser feita: ao se adotar a compreensão aristotélica da *epieikeia* se faz uso de um elemento que está *fora da lei* para julgamento do caso posto à apreciação.

Há, neste ponto, uma divergência entre os intérpretes de Aristóteles: para alguns⁴⁶ (dentre os quais Goytisoló, Portalis⁴⁷ e

Política. Tradução Antonio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998, p. 251, 1286a.)

⁴² “Não é verdade que o équo seja o justo segundo a lei (*ou tò katà nómon dé*), de acordo com o que está consignado no corpo legislativo e foi posto pela vontade humana como vinculativo da conduta social, mas sim um corretivo do justo legal (*epanorthoma nomimou dikaiou*).” (BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 164.)

⁴³ DAL MASS, Adroaldo. **A lei como fonte de justiça em Aristóteles**. Orientador Draiton Gonzaga de Souza. Porto Alegre: PUCRS, 2000, p. 115.

⁴⁴ BITTAR, Eduardo C. B. A teoria aristotélica da justiça. In **Revista da Faculdade de Direito da USP**. Volume 92, ano 1997, p. 69.

⁴⁵ “Atenuando a lei não faz reduções à justiça, mas encontra um direito melhor. Em sua análise da *epieikeia*, a equidade, Aristóteles formula isso com a mais precisa das expressões: *epieikeia* é a correção da lei.” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Tradução Flávio Meurer. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 419.)

⁴⁶ Para um panorama mais abrangente, a tese de Alvarez: ALVAREZ, Alejandro Montiel. **A *epieikeia* e o *nómos*: uma análise do conceito de *epieikeia* a partir de uma tradição aristotélica**. Orientador Luis Fernando Barzotto. Porto Alegre: UFRGS, 2012, p. 40.

⁴⁷ “L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives.” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de Code civil**. Bordeaux : Éditions Confluences, 2004, p. 22.) Michon critica Portalis diretamente: “Mais contrairement à ce que dira Portalis, Aristote affirme que l'équitable est un *correctif (epanorthoma)* du juste légal, et le fondement de la correction ne renvoie pas à une loi naturelle, mais tout simplement à l'intention du législateur, à l'esprit contre la lettre de la loi.” (MICHON, Cyrille. *L'epieikeia* aristotélicienne comme *correctif* de la loi. In **Annuaire de l'Institut Michel Villey**. Volume 2, 2010, p. 33-48.)

Bittar⁴⁸), a *epieikeia* conduziria à busca pelo direito natural para corrigir a insuficiência do justo legal:

Podríamos calificar de ordenamiento abierto el integrado, en Grecia, por *cosmos*, *nomos* y *taxis*; y, en el campo del derecho, el inmerso en el de la justicia, ya sea natural, *to dikaion phisikon*, bien positiva, *to dikaion nomikon*, que tanto dimana la ley positiva como dela convención. Entre los mundos de ambas justicias, que eran comunicables, pues cada uno estaba abierto al otro, penetraba la *epiqueya* que, basada en lo justo natural, excluía la aplicación de lo justo positivo.⁴⁹

Em contrapartida, e em nosso entender com razão, alguns autores, dentre os quais Shiner⁵⁰ e Michon⁵¹ (além de MacDonald, em dissertação)⁵² sustentam que o texto aristotélico não legitima esta interpretação. Isto porque a própria ideia da *epieikeia* conduz o julgador à posição de alguém que deve agir como se legislador fosse, ou seja, deve pensar em como a lei deveria ter sido prescrita àquele caso, o que, salvo melhor juízo, não está necessariamente associado à busca do direito natural. Ao contrário, busca-se tão somente uma “correção” do justo legal para que este seja compatível ao caso concreto: não para refutar o justo legal em sua generalidade, portanto, mas para preservá-lo – com as devidas adaptações para o caso concreto.⁵³

⁴⁸ BITTAR, Eduardo C. B. A teoria aristotélica da justiça. In **Revista da Faculdade de Direito da USP**. Volume 92, ano 1997, p. 69.

⁴⁹ GOYTISOLO, Juan B. Vallet. **Metodologia de las leyes**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 279.

⁵⁰ SHINER, Roger A. Aristotle’s theory of equity. In **Loyola of Los Angeles Law Review**, vol. 27, 1994, p. 1245-1264.

⁵¹ “La doctrine aristotélicienne originale voit dans l’*epieikeia* non pas un *complément* mais une *correction* de la loi positive, et elle n’est pas fondée sur une quelconque référence à la loi naturelle.” (MICHON, Cyrille. L’*epieikeia* aristotélicienne comme *correctif* de la loi. In **Annuaire de l’Institut Michel Villey**. Volume 2, 2010, p. 33-48.)

⁵² MacDONALD, Paulo Baptista Caruso. **Lei, justiça e razão prática em Aristóteles**. Orientador Alfredo Carlos Storck. Porto Alegre: UFRGS, 2010, p. 102.

⁵³ SHINER, Roger A. Aristotle’s theory of equity. In **Loyola of Los Angeles Law Review**, vol. 27, 1994, p. 1245-1264.

Em síntese, no contexto do pensamento aristotélico o gênero do justo é constituído por duas espécies, quais sejam, o justo legal e a equidade: ambos possuem a mesma finalidade (promoção da justiça) e atuam de modo complementar, na medida em que, quando houver falha na lei, caberá ao julgador (ou mesmo ao cidadão)⁵⁴ agir como teria agido o legislador caso pudesse prescrever para aquele caso concreto.⁵⁵

Há, nesse sentido, uma rica complexidade no pensamento aristotélico, ao formular noções de sabedoria prática (aplicáveis à ética e ao direito) para contextos de modelação da universalidade formal da lei para a singularidade concreta e particular do caso.⁵⁶ Deste modo, é reconhecida a impossibilidade de encerramento da esfera da deliberação política no plano universal e abstrato da lei, por mais detalhista que esta pretenda ser.⁵⁷

No período da Modernidade, cumpre notar, o combate à tarefa interpretativa dos dispositivos legais (visando à certeza e à segurança) conduziu a um forte declínio do uso da noção de *epieikeia* aristotélica⁵⁸, porquanto redutora da previsibilidade,

⁵⁴ “Além dessa forma judicial de aplicação da equidade, outra há comum a todo homem, cultivável como qualquer virtude e disposição do caráter.” (BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 167.)

⁵⁵ DAL MASS, Adroaldo. **A lei como fonte de justiça em Aristóteles**. Orientador Draiton Gonzaga de Souza. Porto Alegre: PUCRS, 2000, p. 118.

⁵⁶ “Eis a razão pela qual a filosofia ética e política de Aristóteles pode, num certo sentido, contribuir para reabilitar aquela clássica noção de prudência ou sabedoria prática (*phronesis*) cujo exercício se traduz na modelação da universalidade formal de uma norma ou lei na singularidade material de uma situação concreta e particular em contextos decisórios de elevada densidade crítica, como a ética, a política e o direito, entre outros mais”. (AMARAL, José António Campelo de Sousa. **Modelação normativa no Direito e mesomorfologia da decisão em Aristóteles**. In Artigos LusoSofia. Universidade da Beira Interior: Covilhã, 2014, p. 17.)

⁵⁷ “(...) la prudence est la vertu de la raison dans son activité de délibération sur l'action à entreprendre. Elle ne peut se contenter d'appliquer des règles générales, car elle doit considérer des circonstances toujours particulières.” (MICHON, Cyrille. *L'epieikeia* aristotélicienne comme correctif de la loi. In **Annuaire de l'Institut Michel Villey**. Volume 2, 2010, p. 33-48.); MacDONALD, Paulo Baptista Caruso. **Lei, justiça e razão prática em Aristóteles**. Orientador Alfredo Carlos Storck. Porto Alegre: UFRGS, 2010, p. 105.

⁵⁸ “O fato, porém, é que a lição de Aristóteles foi esquecida: a equidade foi tragada pelo direito moderno, avesso a qualquer possibilidade de subjetivismo na aplicação da lei

transformando-se a equidade em um elemento totalmente distinto daquele que se fazia presente no contexto do estagirita⁵⁹, mostrando-se importante tal cautela terminológica a fim de não se atribuir à equidade aristotélica o conteúdo da “equidade contemporânea”, ou o contrário.

A compreensão que se firmou hodiernamente a respeito do que seja equidade (inclusive no direito brasileiro)⁶⁰ relaciona-se a uma ideia de “bom-senso”, a um poder discricionário explicitamente conferido ao julgador para às hipóteses de inexistência absoluta de norma para o caso⁶¹ – o que, com a devida vênia, não parece plausível em razão da força normativa dos princípios, sempre presentes, ainda que com concretude rarefeita. Não se trata, pois, da equidade aristotélica.

Por fim, cabe uma brevíssima ponderação sobre a correção da lei fundada na *epieikeia*: seria a decisão fundada na *epieikeia* uma decisão *contra legem* ou *praeter legem*? Alguns⁶²

pelo juiz.” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 282.)

⁵⁹ “Sendo a aplicação da premissa maior ao caso por mera conformação literal, tal como um encaixe gramático-conceitual, restava vazia a *epieikeia* aristotélica e inviabilizando o exercício da prudência, sendo tanto melhor juiz aquele mais subserviente.” (DAVID, Tiago Bitencourt. O que ainda nos resta da *epieikeia* de Aristóteles: estudo sobre os conceitos e usos clássicos e contemporâneos de equidade. In **Revista Jurídica**, número 454, ago. 2015, p. 10-34.)

⁶⁰ Veja-se o texto do Código Tributário Nacional: “Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; II - os princípios gerais de direito tributário; III - os princípios gerais de direito público; IV - a equidade.”

⁶¹ “A solução pela equidade é a solução de harmonia com circunstâncias do caso concreto, e não com quaisquer injunções, mesmo indiretas, do sistema normativo.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral** – uma perspectiva luso-brasileira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 355.); “Tal uso não encontra correspondente na tradição aristotélica, ainda que guarde uma certa relação com a função individualizadora. Na falta de uma especificação da solução a ser adotada, adota-se aquela aconselhada pelo bom senso, mas desta vez sem procurar uma coerência com as demais normas do ordenamento jurídico, podendo, inclusive, decidir contra a lei posta (*contra legem*).” (DAVID, Tiago Bitencourt. O que ainda nos resta da *epieikeia* de Aristóteles: estudo sobre os conceitos e usos clássicos e contemporâneos de equidade. In **Revista Jurídica**, número 454, ago. 2015, p. 10-34.)

⁶² DAVID, Tiago Bitencourt. O que ainda nos resta da *epieikeia* de Aristóteles: estudo sobre os conceitos e usos clássicos e contemporâneos de equidade. In **Revista Jurídica**, número 454, ago. 2015, p. 10-34.

defendem de forma plausível e compreensível que não se trata de uma decisão *contra legem* porquanto se preserva o espírito da norma, a qual não havia sido feita para aquele caso particular, o que configuraria decisão *praeter legem*; há, todavia, aqueles⁶³ que vislumbram na decisão fundada na *epieikeia* uma decisão *contra legem* propriamente dita. Isto porque, uma vez reconhecido que o antecedente normativo (suporte fático) esteja configurado, agir-se-ia de forma *contra legem* acaso se decidisse pela não-aplicação do conseqüente normativo. Não se trata de valorar negativamente a decisão ao denominá-la de *contra legem*, mas tão somente de classificá-la de *contra legem* porque não aplica a conseqüência legal mesmo reconhecendo que está preenchido o suporte fático da norma. Embora Aristóteles não o diga expressamente, depreende-se ser essa sua compreensão, já que classifica o equitativo como o justo, embora não o justo segundo a lei⁶⁴; ou seja, é um justo *contra legem*. No mesmo sentido aponta Tomás de Aquino, como adiante será demonstrado. Pode-se compreender, entretanto, que se cuide de uma decisão *praeter legem*, por preservar o espírito da norma.

3.2 A *AEQUITAS* EM TOMÁS DE AQUINO

O sentido da *aequitas* é fortemente marcado pelo pensamento grego.⁶⁵ A propósito, para Tomás de Aquino, a *aequitas* relaciona-se ao problema da generalidade das leis, servindo como mecanismo para aferição das exceções decorrentes.⁶⁶ Sua obra aborda a temática da *aequitas* em pelo

⁶³ MICHON, Cyrille. *L'epieikeia* aristotélicienne comme *correctif* de la loi. In **Annuaire de l'Institut Michel Villey**. Volume 2, 2010, p. 33-48.

⁶⁴ CARMIGNANI, Maria Cristina. A *aequitas* e a aplicação do direito em Roma. In **Revista da Faculdade de Direito da USP**. Volume 104, ano 2009, p. 116.

⁶⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 594.

⁶⁶ “A *epieikeia* está, em Aquino, intimamente ligada à ideia de exceção – inclusive esvaziando bastante os outros significados possíveis do conceito em Aristóteles.” (ALVAREZ, Alejandro Montiel. **A *epieikeia* e o *nómos*: uma análise do conceito de *epieikeia* a partir de uma tradição aristotélica**. Orientador Luis Fernando Barzotto. Porto Alegre: UFRGS, 2012, p. 34.)

menos duas oportunidades, quais sejam, na Suma Teológica, na questão 96, artigo 6 (I-II) e na questão 120 (II-II), sendo nesta última de forma direta.

Na primeira das passagens (Q 96), Tomás de Aquino articula, no artigo 6, sobre a possibilidade de se agir sem observância à letra da lei, naquilo que Giorgio Agamben menciona como o “poder do príncipe de dispensar a lei”⁶⁷. As três objeções que são apontadas pelo autor são as seguintes: (i) não é permitido ao súdito deixar de lado a letra da lei para salvar a intenção do legislador; (ii) apenas quem pode fazer as leis têm legitimidade para interpretá-las, razão pela qual se deveria agir de acordo com a letra da lei; (iii) sendo o legislador um sábio, ele sabe expressar o que pretende com o uso das palavras, portanto suas intenções devem ser aferidas pelas palavras que usou ao formular a regra. As objeções, como se vê, além de relevantes à época, guardam até os dias de hoje repercussão nas discussões jusfilosóficas.

À primeira das objeções, Tomás responde que aquele que em caso de necessidade age contra as palavras da lei não julga a própria lei, mas sim o caso particular no qual as palavras da lei não podem ser aplicadas. Em relação à segunda objeção, Tomás argumenta que a interpretação é sobre o caso, e não sobre a lei, quando se mostra patente a existência de dano que não era previsto pelo legislador; em contrapartida, se a existência de dano não for evidente, deve-se ater à letra da lei (ou consultar o superior). Quanto à terceira objeção, a resposta é no sentido de que ninguém é tão sábio que possa prever todos os casos particulares, tampouco expressar suficientemente com palavras tudo que deva conduzir ao fim almejado. Veja-se que o fundamento de Tomás de Aquino para refutar a terceira objeção é exatamente o mesmo utilizado nos dias atuais por relevantes

⁶⁷ “A teoria da necessidade não é aqui outra coisa que uma teoria da exceção (*dispensatio*) em virtude da qual um caso particular escapa à obrigação da observância à lei. A necessidade não é fonte de lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; ela se limita a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma.” (AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 41.)

justilósofos – como adiante será visto – muito embora não façam menção à obra de Tomás de Aquino.

Nesse sentido, na medida em que “os contratos, os testamentos e as próprias leis não devem ser entendidos segundo a letra, mas antes segundo o espírito subjacente a cada caso”⁶⁸, Daly comenta que a doutrina de Tomás de Aquino fundamenta-se no princípio de agir “*praeter verba legis*”, isto é, para além das palavras da lei:

E Sto. Tomás cita o exemplo de uma cidade sitiada onde a autoridade faz a lei de não abrir os portões, para proteger os cidadãos contra os inimigos exteriores. Então ele considera o caso excepcional em que um grupo de cidadãos, importante para a guarda da cidade, encontra-se fora e se dirige para os portões, perseguido de longe pelo inimigo. Nesse caso, ele diz que é preciso abrir os portões, pois mantê-los fechados seria “*damnosissimum civitati*” – injuriosíssimo para o bem comum querido pelo legislador.⁶⁹

Deste modo, a solução consignada por Tomás de Aquino indica que, com frequência, o cumprimento de uma norma é proveitoso para o bem comum na generalidade dos casos, ainda que um determinado caso particular seja nocivo; mas, considerando que o legislador não tem capacidade para prever todos os casos que podem suceder, formula a lei em consonância com a ordinaryidade dos casos. Como consequência, deve-se negar cumprimento à letra da lei se esta gerar danos ao bem comum quando de sua aplicação a um caso particular.⁷⁰ Nesse

⁶⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 593.

⁶⁹ DALY, John S. **Epiqueia** (conferência). Traduzido por F. Coelho. São Paulo, mar. 2012. Disponível em <http://wp.me/pw2MJ-1gK>.

⁷⁰ AQUINO, Tomás. **Suma de teología**. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1989, p. 753 (I-II, q. 96, a.6). A respeito, Barzotto comenta que “a ‘intenção do bem comum’ ou a ‘fidelidade à comunidade’ é o que autoriza um juiz a estabelecer uma exceção à aplicação de uma lei.” (BARZOTTO, Luis Fernando. Razão de lei: contribuição a uma teoria do princípio da legalidade. In **Revista Direito GV**. Vol. 3, n. 2, jul-dez. 2007, p. 219-260.)

contexto, a equidade, nas palavras de Alvarez, “não é a justiça que a lei determina”⁷¹.

John Finnis explica a posição de Tomás de Aquino argumentando que, para o Santo, os princípios gerais da razão prática possuem a mesma verdade e correção para todos (*apud omnes*), mas as conclusões específicas da razão prática não.⁷² Finnis apresenta o clássico exemplo de Tomás de Aquino de que a obrigação de devolver as coisas depositadas possui um sentido universal; entretanto, há ocasiões nas quais o mandamento não deve ser observado, “por outras obrigações de justiça”.⁷³

É na questão 120, porém, que Tomás de Aquino se dedica diretamente à equidade (ainda que muitas vezes reutilizando os argumentos anteriormente expostos). A questão 120 é composta por dois artigos: o primeiro questiona se a *epieikeia* é uma virtude; o segundo, se a *epieikeia* é parte da justiça.

Tomás de Aquino argumenta que a *epieikeia* não significa o oposto da severidade, uma vez que, quando a lei é rigorosa, deve-se pautar por tal rigor. Todavia, pondera que cumprir a letra da lei quando não se deve é pecado.⁷⁴ Aqui, novamente apresenta o argumento de que dizer que não se deve cumprir a lei quando sua aplicação provoque danos não é julgar a lei, mas sim o caso concreto.⁷⁵

Ao apresentar a solução em referência ao segundo artigo, Tomás de Aquino sustenta que se tomar-se por justiça legal a que

⁷¹ ALVAREZ, Alejandro Montiel. **A *epieikeia* e o *nómos*: uma análise do conceito de *epieikeia* a partir de uma tradição aristotélica.** Orientador Luis Fernando Barzotto. Porto Alegre: UFRGS, 2012, p. 36.

⁷² FINNIS, John. **Aquinas: moral, political, and legal theory.** Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 163.

⁷³ FINNIS, John. **Aquinas: moral, political, and legal theory.** Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 164. Finnis apresenta, em obra diversa, três elementos que seriam componentes da “reflexão moral clássica” para superação de “obrigação moral de obediência” à lei, elencando *epieikeia*, desuso da regra e injustiça. (FINNIS, John. **Philosophy of law.** Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 372.)

⁷⁴ AQUINO, Tomás. **Suma de teología.** Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1955, p. 609 (II-II, q. 120, a.1).

⁷⁵ AQUINO, Tomás. **Suma de teología.** Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1955, p. 609 (II-II, q. 120, a.1).

se ajusta à lei (seja sua letra, seja seu espírito), então a *epieikeia* é parte da justiça legal; entretanto, se a justiça legal é compreendida apenas pelo sentido da letra da lei, então a *epieikeia* não é parte da justiça legal, sendo superior a esta.⁷⁶

3.3 COERÊNCIA E ATUAÇÃO *PRAETER LEGEM*

Viu-se anteriormente que a compreensão aristotélica sobre a equidade (*epieikeia*), assim como a compreensão de Tomás de Aquino, permitem que o aplicador da regra, ao verificar as peculiaridades do caso concreto, afaste a incidência desta (na expressão de Agamben, “aplica desaplicando”)⁷⁷ ou, mais precisamente, reconheça o preenchimento do antecedente normativo (suporte fático) sem reconhecer a necessidade de automática aplicação do consequente normativo⁷⁸. Em nossa perspectiva, isso configuraria uma atuação *praeter legem* porque se recusa a aplicação do consequente mesmo verificado o inequívoco preenchimento do antecedente, mas preservando o sentido da norma.⁷⁹

Nesse sentido, o objetivo do tópico presente é o de verificar como se poderia, com as concepções contemporâneas de direito, falar em decisões *praeter legem*. Parece ser evidente que recorrer ao direito natural ou à mera intuição (ou bom-senso) do aplicador da regra (jugador em sentido amplo) não se mostra

⁷⁶ AQUINO, Tomás. **Suma de teología**. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1955, p. 611 (II-II, q. 120, a.2).

⁷⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 63.

⁷⁸ Na terminologia de Karl Engisch, fala-se em “hipótese legal” e “efeitos jurídicos”. (ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 29.) Pode-se referir ao antecedente normativo também como *protasis* (πρότασις) e ao consequente normativo como *apodosis* (ἀπόδοσις). (SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and life**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 23.)

⁷⁹ “Segundo Peczenik e Hage, o estabelecimento de exceções casuísticas às regras legais implica atuação *contra legem* do intérprete-aplicador, já que este cria exceções à hipótese de incidência não previstas no Direito legislado.” (ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. **Juridicidade *contra legem* no processo administrativo**: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 302.)

compatível com a quadra atual do pensamento jusfilosófico, o qual está vinculado ao positivismo jurídico; todavia, não é absurdo defender-se a possibilidade de decidir-se de forma *praeter legem* mesmo no esquadro juspositivista – desde que em determinadas circunstâncias. Pretende-se, assim, verificar neste tópico em quais circunstâncias e sob quais fundamentos isso seria possível, procedendo-se a uma releitura da *epiikeia* aristotélica a partir das premissas de nossa realidade jurídico-positiva.

Inicialmente deve-se reconhecer a insuficiência da lógica formal para o exercício da tarefa judicante, na medida em que “a ação de julgar não é um cálculo matemático”⁸⁰. Nesse sentido, o uso da lógica formal e das demonstrações silogísticas⁸¹, ainda que bastante úteis ao raciocínio prático, não podem, como pondera Hart⁸², ser alçados à condição de suficiência para o processo de interpretação/aplicação das regras, muito embora a tradição⁸³ tenha prestado devoção a tal mecanismo:

⁸⁰ BELINAZO, Elias da Costa. **A razoabilidade dos significados na decisão penal: a argumentação jurídica em Chaïm Perelman e o discurso em Habermas**. Orientador Fabrício Dreyer Pozzebon. Porto Alegre: PUCRS, 2009, p. 64.

⁸¹ “Aristóteles es el inventor de la teoría del silogismo, que él define de la siguiente manera: El silogismo es un discurso en el cual, sentadas algunas cosas, otra cosa deriva de aquellas necesariamente, por el solo hecho de que aquéllas estén sentadas.” (MORSELLI, Emilio. **Logica**. Montevideo: Ediciones Iniciacion Filosofica, 1957, p. 27.) “Uma ilação da razão (silogismo) é o conhecimento da necessidade de uma proposição pela subsunção de sua condição sob uma regra universal dada.” (KANT, Immanuel. **Manual dos cursos de lógica geral**. Campinas: Editora da Unicamp, 2003, p. 239, AK120.)

⁸² “A subsunção e a extracção de uma conclusão silogística já não caracterizam o cerne do raciocínio implicado na determinação do que é a coisa correcta a fazer-se.” (HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 140.)

⁸³ “A proposta de aplicação subsuntiva do direito inicialmente nasceu com o escopo de concretizar proposições político-jurídicas indispensáveis, segundo o ideário de sua época. E referimo-nos aos princípios que pretendiam estabelecer como titular único, privativo, da produção do direito o ente estatal, especificamente o Poder Legislativo. Se esse era o aspecto político, o jurídico apontava para a total impossibilidade de criação do direito por parte do órgão chamado a dizê-lo. (...) Mister destacar, entretanto, que, se originariamente a pretensão silogístico-subsuntiva nascera com as cores de uma concepção político-jurídica, de uma certa e determinada estrutura organizativo-funcional de uma nova tipologia estatal, posteriormente passou a ser um referencial jurídico-metodológico.” (MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão**

A análise formal desse juízo faz-nos pensar, inicialmente, em uma construção silogística. (...) a primeira imagem que nos vem à mente e a de uma operação dedutiva em que: a) a norma geral funcional como premissa maior; b) a descrição do caso conflitivo, como premissa menor; e c) a conclusão, como o ato decisório *stricto sensu*. (...) Entretanto, reduzir o processo decisório a uma construção silogística o empobrece e não o revela em sua maior complexidade.⁸⁴

Um dos principais problemas verificados no contexto de uma interpretação/aplicação do direito formalista reside na tentativa de redução da atividade hermenêutica à mera subsunção do fato a uma regra específica – como critica Perelman⁸⁵ –, já que tal procedimento, muitas vezes, conduz a um resultado inadequado ou enganoso.⁸⁶ Como sustenta Gerson Godinho da Costa em dissertação, pode ocorrer assim uma “flagrante e indiscutível injustiça pela aplicação automática de algumas regras jurídicas”.⁸⁷

Com efeito, uma das grandes dificuldades encontradas na tentativa de subsunção dos fatos às regras encontra-se na implicação de que o enunciado normativo não permite uma nítida

político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 114.)

⁸⁴ FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica.** Barueri: Manole, 2016, p. 11.

⁸⁵ “Uma vez estabelecidos os fatos, bastava formular o silogismo judiciário, cuja maior devia ser fornecida pela regra de direito apropriada, a menor pela constatação de que as condições previstas na regra haviam sido preenchidas, sendo a decisão dada pela conclusão do silogismo.” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 33.)

⁸⁶ “A aparência de argumentação puramente dedutiva ou demonstrativa, mesmo que exista, é quase sempre enganosa. Esse elemento dedutivo é raramente suficiente para concluir qualquer questão controversa no Direito (...).” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito.** Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 307.)

⁸⁷ COSTA, Gerson Godinho. **Justificação democrática da atividade jurisdicional: o contributo da lógica jurídica de Chaïm Perelman.** Orientador Thadeu Weber. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 59.

e evidente subsunção. Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁸⁸ recorda alguns dispositivos legais existentes no direito brasileiro que podem exemplificar bem a questão: o que se entende por *repouso noturno*? *Ruído excessivo*? *Perigo iminente*? Trata-se de um conjunto de expressões linguísticas cuja compreensão, embora seja fácil, torna-se obscura para fins de aplicação da regra, afinal, como saber, objetivamente, quando um ruído passa a ser *excessivo*? Por certo que a qualificação de “excessivo” será diferente para o sujeito que produz o ruído e para aqueles que são perturbados pelo ruído. Karl Engisch aponta nesse mesmo sentido, exemplificando a dificuldade da subsunção em relação aos conceitos normativos “baixo” e “traçoeiro”. O autor questiona, ainda, se a “energia elétrica” poderia ser subsumida ao conceito de “coisa”, identificando um problema recorrente em diversas jurisdições penais.⁸⁹ Engisch recorda, ainda, a discussão havida na jurisprudência alemã acerca da subsunção, ou não, do furto de itens do interior de um automóvel ao tipo penal (que previa furtar de dentro de um “espaço fechado”) já que alguns intérpretes consideravam que o automóvel não poderia ser enquadrado no conceito de espaço fechado, por não ser um espaço delimitado sobre o solo, ao passo que outros intérpretes subsumiam o fato (furto no interior do automóvel) à norma (furtar em um “espaço fechado”).⁹⁰

O mesmo se pode dizer a respeito dos princípios, na medida em que a estrutura de tal espécie de norma possui um baixo grau de concretude, o que torna, evidentemente,

⁸⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica**. Barueri: Manole, 2016, p. 15.

⁸⁹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 92. O direito penal brasileiro, ante o problema da subsunção da energia elétrica ao tipo penal do furto (“subtrair coisa”) explicitou que “equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.” Mesma solução foi adotada pela legislação penal alemã.

⁹⁰ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 93.

inadequada a tentativa de aplicação da normatividade principiológica a partir da técnica da subsunção.⁹¹

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, em caso de inequívoca relevância histórica, debruçou-se sobre a seguinte discussão no ano de 2003: a prática discursiva antissemita pode ser subsumida ao tipo penal de “racismo”? O Tribunal decidiu a questão de forma não-unânime, sustentando a minoria dos julgadores que não existe racismo em um discurso antissemita, porquanto – *em seu entendimento* – o racismo, em abstrato, estaria cingido ao preconceito dirigido às pessoas negras, apenas.⁹² Percebe-se, pois, que a dificuldade atinente ao processo de subsunção é capaz de provocar o dissenso nas mais respeitáveis Cortes, demonstrando que sua operacionalidade não é simples caso os conceitos objeto da subsunção não possuam sentidos claros e unívocos.

Nesse diapasão, a dificuldade interpretativa é fomentada pela equívocidade dos termos empregados pelo legislador, na medida em que a apreensão do sentido da regra também depende do tempo em que é lida pelo intérprete. A respeito, Ferdinand de Saussure leciona que o transcurso do tempo tem o efeito de “alterar mais ou menos rapidamente os signos linguísticos”⁹³, o que pode gerar natural alteração da norma, mesmo sem alteração da regra⁹⁴ (isto é, do *texto*)⁹⁵.

⁹¹ “No se trata de que la subsunción ya no desempeñe ningún papel en la aplicación judicial (...) sino que el razonamiento lógico-formal dice muy poco acerca de la aplicación de los principios.” (ARIZA, Santiago Sastre. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 241.)

⁹² Para uma análise crítica aprofundada sobre este caso, Celso Lafer dedica a “Parte II” da sua obra: LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole: 2005.

⁹³ SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix: 2006, p. 89.

⁹⁴ Eros Grau exemplifica: “Por certo que, na década dos 40, mulheres que fossem à piscina ou praia vestindo as estreitas tiras de tecido que hoje cobrem seus corpos – quando o fazem – estariam praticando o delito tipificado no art. 233 do Código Penal; hoje, no entanto, conduta como tal não configuraria ilícito penal, senão – dir-se-á – agradável manifestação da evolução da moda feminina. (...) O evoluir da vida social, sem que a redação do texto tenha sofrido modificação, conduziu à enunciação de novo significado, de outra norma, distinta daquela produzível nos anos 40.” (GRAU, Eros

Há, em síntese, uma imprecisão natural na linguagem, que pode se dar em decorrência da vagueza – quando se tem dúvida sobre o alcance do termo objeto de interpretação (como no exemplo do *repouso noturno*) –, da porosidade do termo – quando a diferença cronológica ou geográfica impuser diferentes resultados interpretativos – ou mesmo a eventual ambiguidade.⁹⁶ Podem-se associar tais características àquilo que Hart denomina de “textura aberta”:

Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*. Até aqui, apresentamos tal, no caso da legislação, como um aspecto geral da linguagem humana; a incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite a questões de facto.⁹⁷

O problema do silogismo, no pensamento defendido por Manuel Atienza, é que ele “não funciona”⁹⁸ quando aplicado a normas: este tipo de lógica formal se aplica com êxito aos atos de

Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 128/129.)

⁹⁵ “O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27.) “O texto da norma é o ‘sinal linguístico’; a norma é o que se ‘revela’ ou ‘designa’.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1218.)

⁹⁶ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 196.

⁹⁷ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 140.

⁹⁸ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2006, p. 29.

pensamento, isto é, aos aspectos teóricos, mas não para um silogismo prático no qual a premissa ou a conclusão seja uma norma (ou seja, um ato de vontade). Há, porém, espaço para uma leitura conciliatória, como propõe Fernando Vasconcellos, ao admitir a subsunção para casos fáceis; o autor, todavia, giza que para os casos de dificuldade maior a subsunção não será pertinente.⁹⁹

Para além da limitação intrínseca ao raciocínio silogístico, há uma indeterminação própria do ato da interpretação. Tal problema existe mesmo para os grandes positivistas, como Kelsen, que dentre as diferentes espécies de indeterminações possíveis, menciona a indeterminação decorrente dos diferentes graus de abstração entre os diferentes níveis da estrutura hierárquica das normas, já que as normas superiores possuem menor concretude, de modo que sempre haverá uma margem, “ora maior ora menor, de livre apreciação”¹⁰⁰.

Com efeito, entende-se que assiste razão os particularistas ao sustentarem que a relevância das razões não é invariável e universal, como querem os universalistas.¹⁰¹ De acordo com a visão particularista, a existência de razões é, pois, sempre relativa a um determinado caso concreto, e não às normas universais: significa dizer que, assim, quaisquer características particulares podem se mostrar relevantes e constitutivas de uma razão.¹⁰² Deste modo, a concepção particularista se mostra contextual, na medida em que confere relevância aos aspectos concretos dos

⁹⁹ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**. Orientador Cesar Antonio Serbena. Curitiba: UFPR, 2009, p. 37.

¹⁰⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (edição de 1960). Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 388.

¹⁰¹ REDONDO, María Cristina. **Dos modelos de norma y razonamiento práctico**. In LUQUE, Pau (org). *Particularismo: ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 61.

¹⁰² REDONDO, María Cristina. **Dos modelos de norma y razonamiento práctico**. In LUQUE, Pau (org). *Particularismo: ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 61.

casos singulares.¹⁰³ Em razão de tais premissas, defendem os particularistas que, em consonância com aquilo que sustentamos, “las condiciones establecidas en el antecedente no son condiciones suficientes para obtener el conseqüente”.¹⁰⁴ Deste modo, a leitura particularista pode ser desdobrada no reconhecimento de que as normas possuem um caráter inexoravelmente derrotável, como indica Redondo.¹⁰⁵

Assim, a partir da visão particularista, compreende-se que o que se deve fazer, ou como aplicar a norma, depende absolutamente do contexto¹⁰⁶ particular no qual a norma esteja sendo cogitada para ser aplicada.¹⁰⁷ Como consigna MacCormick, a obviedade de uma interpretação das palavras da lei deve depender dos princípios que fundamentam a regra.¹⁰⁸ Às normas reconhece-se, pois, o caráter de *derrotáveis* (ou *superáveis*, como prefere Humberto Ávila)¹⁰⁹, porquanto as exceções – implícitas

¹⁰³ REDONDO, María Cristina. **Dos modelos de norma y razonamiento práctico.** In LUQUE, Pau (org). *Particularismo: ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral.* Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 65.

¹⁰⁴ REDONDO, María Cristina. **Dos modelos de norma y razonamiento práctico.** In LUQUE, Pau (org). *Particularismo: ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral.* Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 67

¹⁰⁵ “El carácter derrotable explica por qué, aun si las condiciones del antecedente de una norma se concretan, a la luz de circunstancias nuevas o inusuales, la norma resulta inaplicable.” (REDONDO, María Cristina. **Dos modelos de norma y razonamiento práctico.** In LUQUE, Pau (org). *Particularismo: ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral.* Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 68.)

¹⁰⁶ “Ressalte-se, portanto, que a expressão *se P... então Q* não garante *per se* uma relação de sentido entre P e Q; a semântica do condicional deve ser implementada por seus efeitos pragmáticos, por seu uso no contexto.” (VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa.** Orientador Cesar Antonio Serbena. Curitiba: UFPR, 2009, p. 46.)

¹⁰⁷ REDONDO, María Cristina. **Dos modelos de norma y razonamiento práctico.** In LUQUE, Pau (org). *Particularismo: ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral.* Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 72.

¹⁰⁸ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 267.

¹⁰⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2009, p. 112.

ou explícitas – fazem parte da natureza da própria norma, como consigna Redondo.¹¹⁰

Michel Villey sustenta que o fato de o direito positivo ser “constituído de regras universais é uma das razões de sua debilidade”¹¹¹. Tal assertiva deve ser compreendida no sentido de que as regras universais não conferem nem a almejada segurança jurídica¹¹², tampouco o escorreito regramento de todos os casos possíveis: trata-se de uma insuficiência metodológica invencível, a qual, embora não possa ser solucionada, deve ser pelo menos assimilada.

Por outro lado, Frederick Schauer explica que, assim como as regras descritivas necessariamente fazem uso de uma generalização, as regras prescritivas (que aqui nos interessam especialmente) são, da mesma forma, igualmente gerais: isto porque, conforme Schauer, as regras, sejam descritivas ou prescritivas, falam sobre tipos, e não sobre os particulares.¹¹³

A debilidade proveniente das regras universais mencionada por Michel Villey dá-se, em certa medida, pela intrínseca natureza excepcionável das regras: elas sempre comportam exceções.¹¹⁴ Diferentemente da razão prática

¹¹⁰ “En cualquier caso, las excepciones impiden que un contenido normativo sea aplicable a un caso, i.e. al caso excepcional, y ello significa que impiden que el contenido normativo constituya una razón en dicho caso.” (REDONDO, María Cristina. **Dos modelos de norma y razonamiento práctico**. In LUQUE, Pau (org). *Particularismo: ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 73.)

¹¹¹ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 439.

¹¹² “O ideal de certeza jurídica, uma vez mais, se apresenta diante de nossos olhos. Pessoas de negócios e pessoas comuns têm fortes e óbvias razões para preferir, nas suas atividades cotidianas, situações em que o direito, ou pelo menos o direito que toca diretamente em suas atividades e interesses, seja claro e suscetível de ser claramente descrito.” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 308.)

¹¹³ SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and life**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 17/18.

¹¹⁴ “Most, if not all, normative formulations are defeasible, i.e., they usually have implicit exceptions, i.e., circumstances that defeat the norm though they are not explicitly stated.” (ALCHOURRÓN, Carlos. **On Law and Logic**. In: MACCORMICK,

kantiana, que trabalha com a lógica da universalização sem exceções¹¹⁵, aqui se vislumbra uma gama infindável de exceções possíveis, aferíveis sempre a partir da análise casuística.

O que justifica o fato de sempre ser possível a existência de uma exceção à regra é que, ainda que o antecedente normativo (suporte fático) seja preenchido adequadamente, as razões que justificam a existência da regra (isto é, as razões que lhe sustentam no ordenamento jurídico) podem ser incompatíveis com o caso cujas características identificam-se com o antecedente normativo.¹¹⁶ A respeito, Joseph Raz consigna no posfácio à segunda edição de sua obra “Razão prática e normas”:

Tipicamente, alguns casos estão ‘simplesmente’ fora do escopo da regra se as razões principais que sustentam aquela regra a eles não se aplicam. Os casos entram numa exceção à regra quando algumas das principais razões da regra se aplicam a eles, mas o ‘acordo refletido na regra’

Neil e ATRIA, Fernando. *Law and legal interpretation*. Aldershot: Ashgate, 2003, p. 293)

¹¹⁵ “A regra prática é, pois, incondicionada, por conseguinte apresentada a priori como uma proposição categoricamente prática, mediante a qual a vontade é de um modo absoluto e imediato objetivamente determinada (pela própria regra prática, que aqui constitui, pois, uma lei). Com efeito, a razão pura, prática em si, é aqui imediatamente legisladora. A vontade é concebida como independente de condições empíricas, por conseguinte, como vontade pura determinada pela simples forma da lei, e este princípio de determinação é visto como a condição suprema de todas as máximas.” (KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2013, p. 50, A 55.) “Para o filósofo de Königsberg, reconhecer a validade universal da lei moral e abrir uma exceção a seu favor é incorrer numa contradição. Há uma defesa da validade apriorística da lei, independente das circunstâncias.” (WEBER, Thadeu. *Direito, justiça e liberdade em Hegel*. In **Textos & Contextos**. Porto Alegre, volume 13, n. 1, p. 20-30, jan./jun. 2014.) “De qualquer sorte, e isso é claro em Kant, a imoralidade está na particularização do que é reconhecido como de validade universal; a imoralidade está nas exceções.” (WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 98/99.)

¹¹⁶ “Portanto, quando falamos que uma regra é uma generalização, não estamos apenas dizendo que ela vale para todos os integrantes de um tipo, mas também estamos dizendo que ela não é necessariamente verdadeira para todos os casos que podem surgir.” (STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. Orientador: Danilo Marcondes de Souza Filho. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Filosofia, 2005, p. 152.)

considera outras razões conflitantes para que prevaleçam.¹¹⁷

O mesmo entendimento exposto por Raz é compartilhado por Neil MacCormick, para quem um determinado arranjo normativo é sempre excepcionável (*defeasible*), de modo que eventos invalidantes provocam a exceção (*defeasance*).¹¹⁸ A modalidade mais simples deste fenômeno é aquela que prevê uma expressa exceção (“*defeasibility* expressa”)¹¹⁹, isto é, quando a própria regra contém alguma(s) hipótese(s) de “autoinaplicabilidade”: trata-se da expressa ressalva de aplicação da regra, formulada pelo próprio legislador, o qual reconhece, ainda no plano da deliberação legislativa, que o preenchimento do suporte fático da regra não poderá ensejar a aplicação desta caso verifique-se alguma das situações descritas nas exceções expressamente previstas.¹²⁰ Tal hipótese não configura atuação *praeter legem*, já que a exceção faz parte da regra.

Para além dos casos de exceções expressas, há os casos de exceções implícitas: nestas, a regra não prevê uma hipótese de “autoinaplicabilidade”, competindo ao intérprete o múnus da verificação das condições fáticas e normativas, isto é, a verificação da possibilidade concreta de aplicação da regra ao caso em análise. Em tais hipóteses, nas quais se reconhece a existência de uma exceção implícita, opera-se, pois, a atuação *praeter legem*, que também pode ser entendida como *contra legem*.

¹¹⁷ RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 187.

¹¹⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 311.

¹¹⁹ “*Defeasibility* expressa é simplesmente a *defeasibility* fortemente previsível à luz do direito legislativo ou jurisprudencial.” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 321.)

¹²⁰ Pode-se cogitar até mesmo da “exceção da exceção”, como ocorre na previsão do artigo 824 do Código Civil brasileiro: “As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor. Parágrafo único: A exceção estabelecida neste artigo não abrange o caso de mútuo feito a menor.”

A eficácia *contra legem* é eficácia contra o sentido da lei, ou seja, em que pese existir uma regra legislativa regulando determinado caso, seja com base num juízo estrito, seja com base num juízo amplo acerca da hipótese de incidência, as consequências da regra não devem ser aplicadas ao caso na hipótese de ela não realizar a finalidade subjacente à sua estatuição ou contrariar princípio materialmente superior normalmente não violado com a aplicação da regra.¹²¹

A necessidade do reconhecimento de que as regras possuem exceções implícitas surge do fato – como apontado por Hart¹²² – de que é absolutamente impossível ao legislador prever todas as condições necessárias de aplicação, ou, melhor dizendo, todas as condições que possam ocasionar a não-aplicação do consequente normativo (*apodosis*), ainda que verificado o antecedente (*protasis*), podendo-se cogitar de uma deficiência na lei, como o faz Eros Grau.¹²³ Isto conduz Hart a sustentar que existem casos particulares que podemos claramente identificar com a regra geral e outros que, ante uma “dualidade de um núcleo de certeza e de

¹²¹ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. **Juridicidade *contra legem* no processo administrativo**: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 59.

¹²² “Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fosse por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicassem uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência ‘mecânica’. Simplesmente este mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer.” (HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 141.)

¹²³ “A lei é sempre deficiente, não porque o seja em si mesma, mas sim porque, em presença da ordenação a que se referem as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 38.)

uma penumbra de dúvida”¹²⁴, podemos negar que se lhes aplique a regra geral.

O problema, aqui, é o mesmo que Aristóteles já havia identificado ao tratar da *epieikeia*¹²⁵: a norma geral não reúne condições para que seja aplicável a quaisquer casos – ainda que compatíveis com o suporte fático –, fazendo surgir as exceções.¹²⁶ Schauer explica o problema apontando para o fato de que a generalização própria do antecedente normativo implica em uma “sobreinclusão”: o antecedente normativo engloba estados de coisas que podem, em casos particulares, não produzir a consequência que representa a justificativa subjacente da regra. Ainda que o suporte fático da regra guarde uma relação com os objetivos da regra, esta relação pode estar ausente em casos singulares.¹²⁷ Para Schauer, precisamente porque as regras são gerais sempre há o risco de que a generalização abrangida pela norma não seja aplicável a algum caso particular, em razão da “sobreinclusão”.¹²⁸

¹²⁴ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 134.

¹²⁵ “That rules, because of their intrinsic generality, could produce bad results in particular cases was noticed by Aristotle (...)” (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. London: Harvard University Press, 2012, p. 28.)

¹²⁶ “As regras são superáveis porque o legislador que as formula tem em mira disciplinar os casos normais delineados pelas suas condições de aplicação, não os casos atípicos, para os quais provavelmente teria estabelecido outra solução jurídica.” (ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. **Juridicidade contra legem no processo administrativo: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 300.)

¹²⁷ SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and life**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 32. Para uma abordagem mais detalhada acerca da compreensão de Schauer a respeito da “sobreinclusão”, o capítulo 8.3 da Tese de STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. Orientador: Danilo Marcondes de Souza Filho. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Filosofia, 2005.

¹²⁸ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. London: Harvard University Press, 2012, p. 26.

Como indica Eros Grau, “a *exceção* é o caso que não cabe no âmbito da *normalidade* abrangida pela norma geral”¹²⁹; o autor sustenta, nesse sentido, que o intérprete “aplica a norma à exceção *desaplicando-a*”¹³⁰, o que importa dizer, como afirmamos alhures, que o julgador atuará *praeter legem* por reconhecer a configuração do antecedente normativo mas negar a aplicação do consequente normativo, mantendo o sentido da norma.¹³¹

Pode-se sustentar, a propósito, que a configuração do suporte fático (antecedente normativo) é condição necessária mas não suficiente para a aplicação do consequente normativo.¹³² Como sustenta Raimundo Parente de Albuquerque Júnior:

¹²⁹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios – 6ª edição refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 124.

¹³⁰ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios – 6ª edição refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 124.

¹³¹ “(...) o Direito é um sistema de normas superáveis na prática decisória, no sentido de que as condições de aplicação (...) podem estar satisfeitas numa situação concreta; mesmo assim, a consequência dessas normas não é aplicada.” (ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. **Juridicidade contra legem no processo administrativo**: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 299.)

¹³² “Often, in ordinary language, conditional constructions of the form ‘if A then B’ are used in such a way that it is not intended to assert with them that the antecedent A is a sufficient condition of the consequent B, but only that the antecedent jointly with a set of assumptions accepted in the context of utterance of the conditional is sufficient for the consequent B.” (ALCHOURRÓN, Carlos. **On Law and Logic**. In: MacCORMICK, Neil e ATRIA, Fernando. *Law and legal interpretation*. Aldershot: Ashgate, 2003, p. 292.) “Verifica-se, assim, que a satisfação das condições de aplicação previstas na regra não é requisito suficiente para a sua aplicação aos casos concretos.” (ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. **Juridicidade contra legem no processo administrativo**: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 302.) Em sentido divergente, Schauer consigna: “This component of a rule, which I will refer to as its *factual predicate*, can be understood as its *hypothesis*, for prescriptive rules can be formulated in a way such that they commence with ‘If x’, where x is a descriptive statement the truth of which is both a necessary and a sufficient condition for the applicability of the rule.” (SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and life. New York: Oxford University Press, 2002, p. 23.)

Com efeito, não parece aceitável que determinada regra seja aplicada a toda e qualquer situação que reúna as características consideradas relevantes pelo legislador para a incidência da norma, ou seja, independentemente de quais sejam as outras circunstâncias que podem estar presentes no caso concreto, pois isso conduziria à suposição de que o legislador as tivesse de antemão considerado juridicamente irrelevantes, o que materialmente se mostra impossível.¹³³

Em suma, eis as razões pelas quais se entende que uma decisão possa ser *praeter legem*, no sentido de que nega a aplicação do consequente normativo mesmo reconhecendo o preenchimento do suporte fático – mantendo o sentido da norma. Cumpre, na sequência, proceder-se à exemplificação do fenômeno, sobretudo a partir de casos já consagrados pela doutrina.

3.4 EXEMPLIFICAÇÃO

Chaim Perelman¹³⁴ lembra do caso julgado pela Corte de Cassação da Bélgica, logo após o término da Primeira Guerra Mundial, oportunidade na qual o órgão judiciário belga teve de deliberar sobre a validade dos decretos-lei emanados pelo Rei durante o período em que a Bélgica esteve ocupada pelas tropas alemãs. Em tal situação, o Estado belga estava funcionando de modo anormal, porquanto havia a impossibilidade de reunir o parlamento (em decorrência da Guerra) para exercício regular da função legislativa nos termos constitucionalmente estabelecidos. Como consigna Perelman, se a Corte houvesse aderido a uma visão formalista – o autor remete a Kelsen –, haveria de reconhecer a nulidade dos decretos-lei, já que efetivamente emanados em dissintonia ao regramento constitucional, o que era

¹³³ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. **Juridicidade *contra legem* no processo administrativo**: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 300.

¹³⁴ PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 105.

inequívoco. A Corte, todavia, julgou válidos os decretos promulgados pelo Rei, ao argumento de que, nas circunstâncias excepcionais a que estava submetida a Bélgica, não se poderia exigir o inexecutável: ainda que a norma constitucional determinasse a reunião do parlamento, havia uma impossibilidade fática para tanto, o que legitimava os decretos emitidos em desacordo ao regramento jurídico, culminando, assim, em uma decisão *praeter legem* legítima, uma vez que reconhecido que os decretos não foram promulgados nos termos estabelecidos pelo regime jurídico vigente. Como explica Perelman, “uma lei – constituição ou lei ordinária – nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever.”¹³⁵ A impossibilidade de previsão prévia das circunstâncias atípicas legitima a decisão *praeter legem* em virtude da especificidade atípica do caso concreto sob exame; a decorrência da anormalidade é, pois, a não-aplicação do conseqüente normativo, justificadamente.¹³⁶

Semelhante problema é ilustrado por MacCormick através do exemplo bastante discutido pelos jusfilósofos a respeito do caso *Regina v National Insurance Commissioner*. Em tal caso, uma cidadã demonstrou ser viúva de um segurado e que, portanto, faria jus ao recebimento do benefício devido às viúvas. Efetivamente, a cidadã era viúva do segurado, de modo que todos os requisitos legais se faziam presentes para a concessão do benefício. Eis que o funcionário responsável pela análise do caso percebeu que diante de si havia um caso bastante particular: a viúva era a própria responsável pela morte do marido, havendo cometido o homicídio com punhaladas de uma faca – sobrevivendo condenação criminal. O funcionário recusou-se, então, a

¹³⁵ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 106.

¹³⁶ “A exceção é fato que, em virtude da sua anormalidade, resulta não incidido por determinada norma. Norma que, em situação normal, o alcançaria.” (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios – 6ª edição refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 125.) Ao explicar a eficácia da lei, conforme Carl Schmitt, Barzotto comenta que “a lei, como toda norma, pressupõe a normalidade da situação. Se esta se tornou anormal, a norma deixa de valer.” (BARZOTTO, Luis Fernando. Razão de lei: contribuição a uma teoria do princípio da legalidade. In **Revista Direito GV**. Vol. 3, n. 2, jul-dez. 2007, p. 219-260.)

conceder o benefício administrativamente, muito embora os pressupostos legais estivessem inequivocamente preenchidos em favor da viúva, ou seja, havia a morte do segurado e uma beneficiária devidamente cadastrada. O caso, então, foi submetido à apreciação jurisdicional: a Corte entendeu que, a despeito do direito reconhecido pela lei e do efetivo preenchimento dos seus pressupostos (isto é, a configuração do antecedente normativo com o preenchimento do suporte fático), a anormalidade do caso justificava o reconhecimento de que tal circunstância peculiar excepcionasse a regra geral, afastando a incidência do consequente normativo, legitimando a Corte, assim, a agir *praeter legem*, no sentido de que não concederia o benefício ainda que os pressupostos legais para tanto fossem reconhecidos. Havia razões para não se cumprir a lei.¹³⁷

De forma muito semelhante ao exemplo acima exposto, Dworkin rememora o caso Elmer: em tal precedente, o cidadão Elmer havia dolosamente matado seu avô, o qual havia deixado um testamento em seu benefício (Elmer). O caso foi à Corte, a fim de saber se o homicida e herdeiro Elmer poderia ser contemplado pelo testamento mesmo sendo o responsável pelo óbito do testador (seu avô) e instaurou-se a divergência, muito embora “todos os juízes da mais alta corte de Nova York concordavam que suas decisões deveriam ser tomadas de acordo com o direito”¹³⁸: a minoria de julgadores¹³⁹ entendeu que, pelo

¹³⁷ “O que excepcionou (*defeated*) o pleito foi um princípio que, nessas circunstâncias, gerou uma nova exceção às condições legais expressas para atribuição de um direito. Essa exceção foi produto de um julgamento discricionário referente à materialidade do princípio que está envolvido na situação. (...) Não houve nenhuma fraude neste ato. No entanto, o pleito foi apresentado com base no que se tornou (ou, pelo menos, no que se decidiu que era) um entendimento inadequado ou incompleto das condições jurídicas para a aquisição e gozo do direito. No contexto do caso, o equívoco decorreu do fato de que as condições legais expressas foram, equivocadamente, tratadas não apenas como necessárias (o que, de fato, elas são), mas também como suficientes para a aquisição do direito (*right*) conferido por lei.” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 314.)

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 21.

¹³⁹ “O voto dissidente, escrito pelo juiz Gray, defendia uma teoria da legislação mais aceita na época do que hoje em dia. A isso às vezes se dá o nome de teoria da

fato de não haver na lei sucessória nenhuma menção sobre as peculiaridades do caso, nenhuma exceção poderia ser aplicada à lei, de modo que a tese da defesa de Elmer haveria de ser aceita, pois o testamento seria de fato válido e a lei determinava sua aplicação, não podendo o juízo negar eficácia à lei válida; a maioria de julgadores, em contrapartida, entendeu por acolher o entendimento segundo o qual, mesmo não havendo nenhuma exceção expressa na lei sucessória para a hipótese de homicídio efetuado pelo beneficiário do testamento, a lei existe em um contexto (“direito como um todo”)¹⁴⁰, de modo que ao intérprete caberia a função de conferir a maior coerência possível a esse sistema, o que, em Dworkin, importa em integridade.¹⁴¹ Assim, de acordo com a Corte, a coerência do sistema não permitiria a aplicação da lei sucessória, ainda que válido fosse o testamento deixado em favor de Elmer.

Ainda a título de ilustração, o caso Kirby¹⁴² demonstra que a aplicação da lei não pode levar a consequências esdrúxulas sob o

interpretação ‘literal’. (...) O juiz Gray, portanto, insistia em que a verdadeira lei, interpretada da maneira adequada, não continha exceções para os assassinos.” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 22.)

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 25.

¹⁴¹ ROESLER, Ednilson José. **Justiça como integridade: interlocuções entre Dworkin e Hegel**. Orientador Thadeu Weber. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 58.

¹⁴² “Consider a case the Supreme Court decided a century ago, *United States v. Kirby*. Kirby was a country sheriff who had stopped a riverboat that was carrying the United States mail. He had done so in order to arrest a federal mail carrier, who was on duty; the sheriff had a warrant outstanding for the carrier’s arrest for murder. Despite the obvious good sense of arresting a wanted murderer wherever he could be found, Kirby was prosecuted under a federal statute making it a crime to ‘obstruct or retard the passage of the mail, or any driver or carrier’. By the ordinary meaning of the words ‘obstruct or retard’, Kirby both obstructed and retarded the United States mails. Furthermore, the purpose of the statute may plausibly be taken to be the promotion of the free flow of mail. Such a purpose would be furthered somewhat by preventing interferences such as that by Kirby. Yet obviously other values are important here. Society was surely bettered by getting a suspect murderer off the streets (or the river) even if the mail was a bit slower. And surely Kirby reasonably relied on just a judgment being morally correct. It would make society worse, and it would be unjust to Kirby, to interpret the statute not to cover his kind of case. Yet the only way not to include his case is to recognize that there is a general ‘safety-valve’ question of justice that must be asked in all interpretation. As described by the Court in Kirby, ‘all laws should receive a sensible construction. General terms should be so limited in their application as not to

pretexto de cumprir-se o comando legal. Ora, não há dúvidas de que a lei é estabelecida para que seja cumprida; a questão é que o cumprimento da lei deve ser pautado não apenas pelo que determina a lei singularmente considerada, senão pelo que se verifica de todo o contexto normativo¹⁴³, o qual impõe limites, dentre os quais, a limitação de uma interpretação legal que conduza ao ridículo por não servir ao propósito da norma – como discutido no caso Kirby.¹⁴⁴

O desejo fetichista pela obediência cega à lei, sem preocupação com as consequências e com os contextos fático e normativo, produz situações exóticas. Twining e Miers expõem o conflito interpretativo havido entre os bombeiros ingleses levado a julgamento em 1971: para os responsáveis pela *Fire Brigades' Union*, os motoristas de caminhões do corpo de bombeiros deveriam sempre parar os caminhões ante o semáforo vermelho: “no matter how urgent the call, he must wait till the lights turn green.”¹⁴⁵ Ante o absurdo da recomendação, o chefe da *London Fire Brigade* disse que não ordenaria a seus motoristas que aguardassem no sinal vermelho, bastando verificar a existência de condições seguras de tráfego para prosseguir, antes mesmo do sinal verde, haja vista o interesse público e a urgência intrínsecos às chamadas atendidas pelos bombeiros. Parece óbvio que uma regra tal como a que prevê a parada ante o sinal vermelho não deva ser obstáculo a um caminhão de bombeiros ou a uma ambulância – mesmo que a lei não contenha tais exceções de

lead to injustice, oppression, or an absurd consequence?’” (MOORE, Michael S. **A natural law theory of interpretation**. In MacCORMICK, Neil e ATRIA, Fernando. *Law and legal interpretation*. Aldershot: Ashgate, 2003, p. 222/223.)

¹⁴³ “Pode-se demonstrar que uma deliberação no direito está amparada por princípios e é desejável em suas consequências. Mesmo assim, deve-se provar que ela não entra em conflito com normas do direito já estabelecidas e de caráter compulsório.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 253.)

¹⁴⁴ Sobre o caso Kirby, Schauer afirma que a Suprema Corte entendeu que, se aplicasse a regra em seu sentido literal, não estaria servindo ao propósito subjacente da norma. (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. London: Harvard University Press, 2012, p. 26.)

¹⁴⁵ TWINING, William e MIERS, David. **How to do things with rules**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 51.

modo explícito.¹⁴⁶ A regra, em tal circunstância, deve ser evidentemente desobedecida, reconhecendo-se que há exceções implícitas decorrentes das vicissitudes dos fatos. Como defendem os autores, “mesmo a prescrição mais detalhada e cuidadosamente elaborada não contém uma formulação completa da norma. Por isso há a possibilidade de que ulteriores exceções possam ser verificadas”.¹⁴⁷

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁸, a seu turno, entendeu por bem não aplicar regra expressa do texto constitucional em razão da excepcionalidade do caso concreto examinado, indicando a possibilidade de exceções implícitas (ou seja, a atuação *praeter legem*) também no nível constitucional. Conforme entendimento sustentado pelo então Ministro Eros Roberto Grau, encaminhando voto no sentido de uma decisão *praeter legem* em nível constitucional:

(...) Ocorre, no entanto, que a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção. Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e, como observa CARL SCHMITT, as normas só valem para as situações normais. (...) De sorte que não é a exceção que se subtrai a norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica à norma a exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há

¹⁴⁶ “Even a very simple and clear rule like ‘every driver should stop at a red traffic light’ may have exceptions not explicitly formulated.” (ALCHOURRÓN, Carlos. **On Law and Logic**. In: MacCORMICK, Neil e ATRIA, Fernando. *Law and legal interpretation*. Aldershot: Ashgate, 2003, p. 293)

¹⁴⁷ Conforme original: “Even the most detailed and carefully drafted statutory provision does not contain a *complete formulation* of the rule. For there is the possibility that further exceptions may be implied.” (TWINING, William e MIERS, David. **How to do things with rules**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 135)

¹⁴⁸ Agravo Regimental na Reclamação 3034, julgado em 21/09/2006.

dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.

O que se disse aponta no sentido da necessidade da compreensão articulada das regras, para além da simples análise destas de forma singularmente consideradas, já que, como afirma Eros Grau, “não se interpreta o direito em tiras.”¹⁴⁹ Há que se compreender, portanto, o *contexto normativo*, a fim de, como menciona Canaris, “apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante”¹⁵⁰, o que importa dizer, na expressão de Dworkin, que se deve enxergar o “direito como um todo”.¹⁵¹

Nesse sentido, ainda que cada regra possa ter um propósito específico dentro do conjunto normativo de um sistema, há, para além deste conjunto de propósitos específicos, um “*telos* geral do sistema”¹⁵² que permite, frente ao caso concreto, melhor

¹⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios – 6ª edição refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 84.

¹⁵⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito** – 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 77. Na introdução à obra de Canaris, Antonio Menezes Cordeiro sustenta que “perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depor.”

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 266.

¹⁵² COL, Juliana Sípoli. **Coerência, ponderação de princípios e vinculação à lei: métodos e modelos**. Orientador Juliano Souza de Albuquerque Maranhão. São Paulo: USP, 2012, p. 30.

interpretar/aplicar o direito, sobretudo nos casos nos quais seja necessária uma decisão *praeter legem*, na medida em que o *telos* do sistema permite identificar a inadequação do conseqüente normativo da norma singular ao caso específico.

Justifica-se, assim, que a situação de exceção implícita, a qual enseja a atuação *praeter legem*, deve ser decidida em coerência com a totalidade dos instrumentos normativos do direito posto¹⁵³, porquanto as regras, singularmente consideradas, possuem expressão normativa limitada¹⁵⁴, apenas fazendo sentido pleno junto ao todo.

¹⁵³ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios – 6ª edição refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 125.

¹⁵⁴ “Insisto em que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.” (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios – 6ª edição refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 84.)

4

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E DEDUTIVISMO

4.1 DISCRICIONARIEDADE

Ao se sustentar que o julgador possui o dever de atuar contra o sentido literal da lei quando as circunstâncias do caso assim recomendarem, confere-se uma inegável margem de discricionariedade ao hermenêuta. Tal margem de discricionariedade é tema polêmico, assim como a definição do conceito¹, havendo quem defenda a mais absoluta impossibilidade de se conferir discricionariedade ao julgador² e quem a conceda.³ Pretende-se, pois, traçar um brevíssimo panorama sobre as visões acerca da temática, consignando também aquela que nos parece ser a melhor concepção de discricionariedade.

Em sua obra “Levando os direitos a sério” (1977) Dworkin assevera que “o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições”⁴, esclarecendo ser sempre necessário, ao se falar em poder discricionário, estabelecer em que sentido se o faz, dada a possibilidade de interpretações distintas do conceito.

O autor diferencia, nesse sentido, o poder discricionário em sentido fraco e forte. O sentido fraco denota uma impossibilidade de aplicação mecânica da ordem, exemplificando Dworkin com a ordem de um superior militar que determina que seu subordinado forme um grupo com os cinco homens mais experientes, tornando-se difícil ao subordinado aferir quais sejam de fato os

¹ “Mas o conceito de discricionariedade (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito.” (ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 214.)

² “Quase ao final deste meu Discurso, devo, também, preempitoriamente negar a discricionariedade judicial.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 56.)

³ “Many legal philosophers accept that discretion is the mode of reasoning employed in hard cases.” (WALUCHOW, W. J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 192.)

⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 51.

mais experientes (ou em que sentido de experiência pretendia o superior, poderíamos acrescentar, já que a experiência pode ser de vida, de carreira, de patente etc). Ainda em sentido fraco, Dworkin indica outra possibilidade, qual seja, a de um funcionário público cuja decisão se dá em última instância, sem possibilidade de revisão hierárquica. Em contrapartida, o sentido forte do poder discricionário, conforme Dworkin, aponta no sentido de uma ausência de limitação: tomando-se o exemplo do militar que deve escolher cinco homens, é como se agora a ordem não indicasse que a escolha fosse dos cinco mais experientes, mas apenas de cinco homens.⁵ Obtempera o autor⁶, todavia, ao afirmar que o sentido forte da discricionariedade não se confunde com licenciosidade.⁷

A tese de Dworkin é no sentido de que os juízes possuem poder discricionário apenas no sentido fraco, e não em sentido forte⁸, já que, como sentencia Waluchow a respeito da tese dworkiana, “o juiz deve aplicar a lei, não fazê-la”⁹, razão pela qual em tal circunstância tem o “dever de proceder com modéstia”¹⁰, já que não possui a legitimidade de uma eleição, diferentemente do legislador. Por tal razão, a “discricionariedade reclama que

⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 52.

⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 53.

⁷ “Pode-se dizer, portanto, que em qualquer caso em que adotado o poder discricionário, seja num sentido fraco, seja em sentido forte, as decisões não são livres, de maneira que o decisor tem que se basear em algum critério de racionalidade (...)” (DELATORRE, Rogério. **A interpretação/aplicação judicial do direito e a discricionariedade judicial: um diálogo com o pensamento de Ronald Dworkin e Herbert Hart**. Orientador Juarez Freitas. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 70.)

⁸ WEBER, Thadeu. Justiça e poder discricionário. In **Direitos Fundamentais & Justiça**. Número 2. Jan/Março 2008, p. 235.

⁹ WALUCHOW, W. J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 194.

¹⁰ POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 145.

juízes apelem aos princípios”¹¹. A respeito, Thadeu Weber explica:

É nesse sentido forte que Dworkin examina o poder discricionário. Sua posição é clara. Na ausência de regras ou diante de regras contraditórias o recurso do juiz deve ser aos princípios e valores, considerando que são parte constitutiva e essencial do Direito, mas que, também, podem ser não jurídico-positivos. Regras fundamentam-se em princípios e o juiz, portanto, não tem poder discricionário. (...) Não se pode dar liberdade ao juiz para decidir arbitrariamente os casos difíceis. Ele não está legitimado para ditar regras.¹²

Hart, a seu turno, sustenta em sua obra “O conceito de Direito” (1961) que sempre haverá casos não regulados pelo direito, de modo que, em relação a tais casos, nenhuma decisão judicial poderia ser embasada na lei. Para Hart, tal hipótese configura um cenário no qual o órgão julgador deve criar o direito, sendo tal criação o exercício legítimo de um poder discricionário: “em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo”¹³, mas em conformidade com as razões subjacentes do direito existente, diz Hart.¹⁴ Nesse sentido, Waluchow comenta que se verifica do contexto da obra de Hart que a discricionariedade passa a ser, além de necessária, desejável, na medida em que permite alcançar flexibilidade para o sistema.¹⁵

¹¹ DELATORRE, Rogério. **A interpretação/aplicação judicial do direito e a discricionariedade judicial: um diálogo com o pensamento de Ronald Dworkin e Herbert Hart**. Orientador Juarez Freitas. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 68.

¹² WEBER, Thadeu. Justiça e poder discricionário. In **Direitos Fundamentais & Justiça**. Número 2. Jan/Março 2008, p. 235.

¹³ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 335.

¹⁴ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 337.

¹⁵ WALUCHOW, W. J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 193.

Hart, entretanto, vislumbra a necessidade de limitação de tal poder criativo, de modo a estreitar a possibilidade de escolhas do julgador.¹⁶ O autor argumenta que, como este poder criativo está vinculado a um caso concreto que foi apresentado, não pode o juiz usar de sua posição para empreender amplas reformas ou gerar novos códigos.¹⁷ O procedimento do juiz em tal circunstância, de acordo com Hart, seria o de agir “como um legislador consciencioso agiria”¹⁸. Tais casos, reconhece Hart, poderiam ser decididos num sentido ou noutro.¹⁹

No cenário nacional, Lenio Streck sustenta posição crítica à discricionariedade: apregoa que a defesa da discricionariedade é uma aposta no protagonismo judicial, porquanto “a discricionariedade não se relaciona bem com a democracia”²⁰. Entretanto, convém esclarecer o que seja discricionariedade ao autor. Para Lenio, a discricionariedade não é um espaço dentro do qual há margem para fazer opções; é, ao contrário, um espaço no qual o julgador estaria legitimado a criar soluções.²¹ Esta também é a visão de Eros Grau.²²

Entretanto, não parece ser tal a melhor compreensão para discricionariedade. O poder discricionário vincula-se mais à ideia

¹⁶ “Hart reconhece que, quando juízes atuam como legisladores, estão sujeitos a limitações que não obrigam estes últimos.” (POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 149.)

¹⁷ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 336.

¹⁸ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 336.

¹⁹ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 337.

²⁰ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 348.

²¹ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 329; STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica** – 3ª ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: RT, 2013, p. 203-206.

²² “Insisto nisso: o que se tem denominado de discricionariedade judicial é poder de criação de norma jurídica (...)” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 57.)

de um “espaço de livre apreciação”²³, como fala Engisch, do que de criação, como indicam Lenio e Eros Grau. Não se ignora a preocupação dos autores – da qual compartilhamos – de se confundir discricionariedade com arbitrariedade²⁴; todavia, tratam-se de situações distintas, não se podendo ignorar a discricionariedade pelo medo de seu abuso e consequente transmutação em arbitrariedade. A discricionariedade é inevitável; a arbitrariedade não.²⁵ Da mesma forma, discricionariedade não se confunde com o decisionismo²⁶, o qual assemelha-se com a arbitrariedade.

Com efeito, há um poder/dever de escolha dentre as várias alternativas interpretativas possíveis²⁷: significa que há, dentro do sistema normativo, uma indeterminação quanto à escolha a ser feita.²⁸ Não há, todavia, criação do direito²⁹, na medida em que a

²³ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 221.

²⁴ “Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariedade* e, quiçá (ou na maioria das vezes), *arbitrariedade*. Portanto, quando um jurista diz que ‘o juiz possui poder discricionário para resolver os ‘casos difíceis’, o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier...!’” (STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 105.)

²⁵ “O abandono da ilusão de que o raciocínio jurídico alcance a univocidade do pensamento matemático, não nos fará reféns das arbitrariedades temidas pelo pensamento conservador, porquanto não se deve confundir discricionariedade com arbitrariedade.” (SILVA, Ovídio Baptista. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 270.)

²⁶ De acordo com o dicionário de filosofia de Thomas Mautner, o decisionismo é “o ponto de vista de que numa dada área, como a moralidade, a política ou o direito, não há bases objetivas últimas para chegar a uma decisão”. (MAUTNER, Thomas. **Dicionário de filosofia**. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 182.)

²⁷ “(...) defendemos que a discricionariedade é possível no ato interpretativo em razão das múltiplas possibilidades de respostas corretas, e que esta é demonstrada através da devida justificação.” (DELATORRE, Rogério. **A interpretação/aplicação judicial do direito e a discricionariedade judicial: um diálogo com o pensamento de Ronald Dworkin e Herbert Hart**. Orientador Juarez Freitas. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 79.)

²⁸ “A tese da única solução possível a desentranhar do texto legislativo decorre de um tão elevado nível de axiomatização e de formalização dos enunciados que já nem nas ciências exactas existe.” (MONCADA, Luís S. Cabral. **Ensaio sobre a lei**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 127.)

resposta a ser dada tem a estrutura normativa posta previamente pelo Estado como fundamento e esteio de legitimidade. A discricionariedade existente é, portanto, absolutamente vinculada, como indica Engisch³⁰, já que deve estar necessariamente pautada pela vinculação dada pela estrutura normativa já posta. Nesse sentido, pode-se dizer que a necessária busca da coerência quando da aplicação das normas impõe um limite à atividade interpretativa, como aponta MacCormick.³¹

O que sustentamos, pois, está em relativa consonância àquilo que Kelsen apresenta em sua “Teoria pura do direito” no capítulo oitavo, dedicado à interpretação. O autor assim fala no subcapítulo intitulado “O Direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação”³²:

O Direito a aplicar forma (...) uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

(...) a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções (...).³³

²⁹ A não ser que se considere como *criação* a definição de uma norma concreta para o caso por meio da decisão jurisdicional. A propósito, Boggiano comenta: “Si crear derecho significa crear la norma individual en la sentencia, es cierto que se produce una creación jurídica en cada caso, pero la interpretación relevante es la de saber si los jueces crean derecho con independencia del silogismo de subsunción, sin estar vinculado legalmente a las normas generales.” (BOGGIANO, Antonio. **Por qué una teoría del derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 48.)

³⁰ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 220.

³¹ “Pode-se então entender melhor o requisito da coerência como um delimitador do campo dentro do qual tem legitimidade a fixação de jurisprudência.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 199.)

³² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (edição de 1960). Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390.

³³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (edição de 1960). Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390. Em outra oportunidade, Kelsen consigna: “a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica

Em tal perspectiva sustenta-se que se deve efetuar o processo decisório a partir do texto normativo, tomando-se como limite à discricionariedade os limites interpretativos ditados pelo próprio texto normativo (com cuidado para não se descambar para o legalismo rasteiro). Mas assim como a construção da solução jurídica não se ampara apenas em uma fração do direito (mas em todo o ordenamento, já que “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”³⁴) o limite da discricionariedade também está dado por todo o contexto normativo e, de modo especial, pelos princípios jurídicos – cuja normatividade impõe limite às interpretações aventureiras e “obriga o decididor ao *telos* geral do sistema”³⁵.

Assim, discricionariedade existe; todavia, não confere poderes para inventar direito, senão para navegar na rede normativa, com as limitações e possibilidades nela contidas. Isto porque a segurança jurídica é elemento essencial a ser preservado, revelando sua importância não apenas no aspecto da prévia regulação legislativa (com o fim de “imposição da ordem”³⁶ para

aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (edição de 1960). Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 393.)

³⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 44.

³⁵ FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica**. Barueri: Manole, 2016, p. 15. O autor ainda consigna, na mesma página: “Podemos falar ainda em um princípio de aplicação corretiva da norma como balizamento da concreção que flexibiliza a proibição *contra legem* (...)”

³⁶ “A função política da lei é a imposição da ordem.” (BARZOTTO, Luis Fernando. Razão de lei: contribuição a uma teoria do princípio da legalidade. In **Revista Direito GV**. Vol. 3, n. 2, jul-dez. 2007, p. 219-260.)

o cidadão pautar sua conduta)³⁷, mas também quanto à segurança da própria aplicação das normas, como aponta Humberto Ávila.³⁸

Como leciona Eros Grau, “o exercício da judicatura está fundado no direito positivo”³⁹. Portanto, apenas o direito positivo (adequadamente interpretado – o que exclui o legalismo e exige a coerência) pode orientar a tomada de decisão no âmbito da judicatura, sendo, assim, compreensível o medo de Eros Grau em relação aos juízes que atuam sem reverência alguma ao direito posto – medo que ensejou a revisão do conteúdo de sua própria bibliografia e a alteração do título de sua obra mais afamada.⁴⁰

4.2 DEDUTIVISMO

Encerra-se a investigação com este breve tópico, no qual se pretende esclarecer a forma pela qual se entende possível conciliar a impossibilidade de se aplicar a lei “mecanicamente” com a necessidade de uma vinculação do julgador ao direito positivo. Discute-se, portanto, em que medida se pode falar em

³⁷ “Com efeito, a vida corrente reclama insistentemente certeza. O leigo, sempre desajustado perante o caráter esotérico do direito do foro, reclama antes de mais linhas simples e precisas que lhe permitam a compreensão das regras e pelas quais possa pautar sem receio a sua actuação.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral** – uma perspectiva luso-brasileira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 503.)

³⁸ “Sem segurança de aplicação a segurança jurídica da norma seria anulada pela insegurança da sua aplicação. Com a devida licença poética, a segurança que havia entrado pela porta saíria depois pela janela.” (ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 142.)

³⁹ “Cada litígio há de ser solucionado de acordo com os critérios do direito positivo, que se não podem substituir por quaisquer outros.” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 290.)

⁴⁰ “(...) as coisas resultam terrivelmente perigosas quando juristas, juízes e tribunais à nossa volta danam-se a decidir a partir de valores, afastando-se do direito positivo. (...) Hoje, tenho medo. (...) tenho medo do direito alternativo, medo do direito achado na rua, do direito achado na imprensa...” (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios** – 6ª edição refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 138/139.)

dedutivismo⁴¹ para o raciocínio prático-jurídico, já que não o consideramos apenas em um sentido formal.⁴²

Adeodato expõe que o direito de algumas sociedades complexas estrutura-se a partir da necessidade de se considerar válidos apenas argumentos extraídos de um texto normativo preexistente no ordenamento estatal. Deste modo, este direito se apresenta com uma estrutura interpretativa/aplicativa silogística: a norma alegada figurando como premissa maior, o caso concreto como premissa menor e a norma individual aplicável ao caso (sentença, em sentido lato) como conclusão deste processo de subsunção⁴³ - ou “silogismo judicial”, como diz Atienza.⁴⁴ Nesse sentido, Adeodato indica que a hermenêutica atual ainda debate acerca da dicotomia entre subsunção e casuísmo.⁴⁵

Esta estrutura de pensamento é de fato utilizada amplamente e, em que pesem as críticas absolutamente plausíveis que se lhe podem opor - dentre as quais a de Adeodato⁴⁶ -, a dedução ainda se apresenta como único raciocínio em tese capaz de assegurar, ao mesmo tempo, (i) a necessária segurança jurídica (sem a pretensão iluminista de “certeza”, obviamente)⁴⁷ e (ii) a reverência

⁴¹ “Uma argumentação dedutiva é uma argumentação que se propõe a demonstrar que uma proposição, a conclusão da argumentação, está implícita em alguma outra proposição ou proposições, as ‘premissas’ da argumentação.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 26.)

⁴² “O raciocínio jurídico não é somente o arsenal de ardis dos advogados. Ele emprega aquelas formas de argumentação que desde Aristóteles foram aceitas como instrumentos úteis para orientar o discernimento em esferas impermeáveis à atuação dos métodos exatos da lógica ou da ciência.” (POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 395.)

⁴³ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 344.

⁴⁴ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2006, p. 35.

⁴⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 346.

⁴⁶ “Acontece que o processo de julgar raramente começa com uma premissa da qual se extrai uma conclusão; ordinariamente o juiz trabalha em sentido contrário: forma uma decisão de modo mais ou menos vago e só depois tenta encontrar premissas com as quais fundamentá-la.” (ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 346.)

⁴⁷ “A existência de um grau de indeterminação, contudo, não pode significar a falta de parâmetro normativo no direito positivo e tampouco a impossibilidade de extração de

ao legislativo, com consequente limitação de eventual usurpação de competências pela função jurisdicional⁴⁸, tendo em vista sua legitimidade limitada e vinculada à condição de não-criação de direito, como justifica Rodriguez.⁴⁹

Em outras palavras, o que ora se afirma é que as regras dadas de antemão pela estrutura normativa estatal condicionam o aplicador, o qual está vinculado a estas de modo inexorável. MacCormick assim explica a questão, em capítulo intitulado “em defesa do deducionismo”:

Há todas as razões possíveis para supor que o raciocínio dedutivo desse tipo forme um elemento significativo na justificação jurídica em qualquer concepção ou sistema de Direito dentro do qual o princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) seja aceito como vinculante, ou (mais provavelmente) como um ideal altamente importante. Onde o dever de um tribunal for o de implementar regras preestabelecidas e pré-declaradas de Direito (não importando se de aplicação absoluta ou estrita), qualquer argumento será uma justificação ao menos parcial de uma decisão se ele demonstrar que a conclusão que justificaria a decisão seria derivável de premissas apropriadas.⁵⁰

Entretanto, como visto ao longo da investigação, nem sempre um procedimento formal de dedução resultará em uma

soluções jurídicas, mesmo que *prima facie*, para assegurar previsibilidade e para permitir a regulação das condutas intersubjetivas.” (VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**. Orientador Cesar Antonio Serbena. Curitiba: UFPR, 2009, p. 43.)

⁴⁸ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 96.

⁴⁹ “Juizes não são legisladores: não detêm um mandato eletivo que os legitime como representantes da vontade popular. Por definição, sua atividade, por mais criativa e inovadora que possa ser, deve se enquadrar nos limites ditados pelo direito positivo e pelas estruturas de organização do poder do Estado.” (RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo**. In *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 282.)

⁵⁰ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 74.

aplicação adequada do direito, o que coloca em xeque o método dedutivo quando utilizado de forma imprópria. A propósito, mesmo MacCormick reconhece a limitação de tal raciocínio⁵¹, assim como Ferraz Júnior⁵². Cumpre, pois, esclarecer em que sentido se entende viável o método dedutivo.

A dedução que se entende possível (e nesse sentido necessária) no raciocínio jurídico não vincula a conclusão (decisão) necessária e exclusivamente à norma singularmente considerada, pois, como visto, há razões que podem, em casos especiais, excepcionar a incidência da regra (*defeat*, como diz MacCormick); entretanto nenhuma razão pode excepcionar a incidência do sistema normativo, pois a incidência deste é constante e inafastável.

Assim, toda atividade decisória deduzir-se-á do contexto normativo existente, globalmente considerado, como indica Antonio Boggiano.⁵³ Significa dizer, nas palavras de Sandro Subtil, que “ao invés de subsumir um caso concreto à previsão legal, trata-se de submeter um determinado problema ao sistema jurídico”⁵⁴, de modo que não se nega o raciocínio dedutivo enquanto condutor da atividade intelectual do processo decisório, mas se afasta por absoluta incongruência o simplismo do silogismo regra-caso.⁵⁵ Karl Engisch assim consigna sobre a

⁵¹ “De qualquer modo, ninguém supõe que o raciocínio jurídico dedutivo possa fornecer toda a informação requerida para a justificação de pretensões ou decisões jurídicas. A tese que sustento aqui não quer dizer mais que isto: uma vez que certa informação seja fornecida, o processo de argumentação que utiliza essa informação é dedutivo.” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 99.)

⁵² FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica**. Barueri: Manole, 2016, p. 11.

⁵³ “La vinculación se extiende al límite de sentido de la norma, y no sólo de la norma legal independiente, sino de la regulación legal como un todo.” (BOGGIANO, Antonio. **Por qué una teoría del derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 99.)

⁵⁴ SILVA, Sandro Subtil. **Raciocínio sistemático e raciocínio tópico**. In Programa de hermenêutica jurídica. Org. Maren Taborda; Plínio Melgaré. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 218.

⁵⁵ “Não deveria portanto ser considerado que o raciocínio e a argumentação num sistema codificado sejam sempre ou necessariamente ‘formalistas’ ou mecânicos.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 86.)

questão, apontando a necessidade de se enxergar os diversos elementos normativos:

Uma primeira e mais complicada tarefa de que o jurista tem de se desempenhar para obter a partir da lei a premissa maior jurídica consiste em reduzir a um todo unitário os elementos ou partes de um pensamento jurídico-normativo completo que, por razões técnicas, se encontram dispersas. Mais exatamente, é tarefa do jurista reunir e conjugar pelo menos aquelas partes constitutivas do pensamento jurídico-normativo que são necessárias para a apreciação e decisão do caso concreto.⁵⁶

Deste modo, defende-se a utilização de um método dedutivo (por absoluta ausência de outra alternativa) com o cuidado para que não se confunda tal raciocínio com o simplismo outrora pretendido da aplicação quase que matemática da regra ao caso, pelas razões já apontadas. Assim, se vislumbra no ordenamento jurídico-normativo como um todo o elemento positivo do qual se deduzirá a solução do caso, com observância ao dever de preservação da coerência do sistema, o que pode tornar imperfeito o silogismo do tipo regra-caso.

⁵⁶ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 116.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão desenvolvida ao longo da presente investigação teve dentre seus resultados a demonstração da complexidade que subjaz à tentativa de aplicação de uma regra, na medida em que as circunstâncias contextuais do caso concreto, particulares por natureza, ainda que formalmente subsumíveis à regra, podem dissociar-se das razões pelas quais (e para as quais) tal regra existe.

Deste modo, almejou-se também à demonstração da relevância do estudo da temática proposta, a qual desdobra-se na riqueza teórica da matéria – seguramente inesgotável – e nas consequências práticas possíveis, porquanto o método de compreensão/aplicação de uma regra, evidentemente, pode gerar decisões antagônicas a depender do modelo adotado, o que, quer para quem esteja na posição de decisor, quer para quem tenha seu caso a depender da interpretação da regra, traz consequências de extrema importância.

Consignou-se, no início do trabalho, que a evolução da filosofia do direito, em sintonia com os aspectos históricos que lhe circundavam, consolidou a superação do jusnaturalismo e o fortalecimento gradual do positivismo jurídico, o qual constitui o marco atual do pensamento jusfilosófico, ainda que se possa afirmar não haver consenso quanto à sua definição.

Na quadra positivista, explicitaram-se algumas das visões coerentistas do Direito, aqui limitadas exemplificativamente às ideias de unidade, sistema e integridade, por reputar-se serem estas as de maior relevo, correspondendo às posições, respectivamente, de Canotinho, Canaris e Dworkin. É somente sobre a premissa de uma leitura necessariamente coerentista do Direito que faz possível a defesa do argumento central da nossa monografia, qual seja, o de que a aplicação da regra deve levar em conta o contexto jurídico como um todo, isto é, o arcabouço normativo que dá sentido à ordem jurídica, em detrimento do sentido que se poderia atribuir intuitivamente à regra se esta fosse interpretada de forma apartada do conjunto que lhe dá sentido, o que ocorre, por exemplo, com a interpretação literal.

Sobre tal premissa perquiriu-se a possibilidade de se decidir *praeter legem*, isto é, de se decidir contra o sentido literal da regra – ou seja, negar-se a aplicação do consequente normativo mesmo

que reconhecido o inequívoco preenchimento do suporte fático. Para tanto, partiu-se da ideia de *epieikeia* (equidade) trabalhada sobretudo por Aristóteles, explicitando-se sumariamente seu contexto e suas posteriores análises por diferentes pensadores.

Sustentou-se, nesse sentido, que a noção de equidade aristotélica pode ser perfeitamente adaptada à atual configuração do pensamento jusfilosófico, vinculado ao positivismo. Deste modo, viabiliza-se a possibilidade de correção da lei pelo julgador quando da análise do caso concreto, orientando-se pelo conjunto do direito posto mas sem subserviência à literalidade da regra, o que implica, pois, na possibilidade de uma decisão *praeter legem* em casos específicos.

Destarte, a decisão, ainda que seja *praeter legem* não se pode reputar como contrária ao Direito, porquanto adequada ao sentido normativo do sistema. Evidentemente que decisões *praeter legem* são, geralmente, arriscadas; todavia, o tipo de decisão *praeter legem* que ora se entende cabível e adequado é bastante limitado e perfeitamente justificável, não se podendo confundir com decisões contrárias à ordem jurídica, sendo estas últimas verdadeiros atos de arbitrariedade.

Há de se ter cuidado, portanto, para que não se confundam decisões *praeter legem* fundadas na ideia de equidade aristotélica e adequadamente situadas dentro de um espectro de interpretação coerentista com decisões *contra legem* fundadas em pernicioso voluntarismo judicial.

A propósito, sustentou-se que a discricionariedade judicial é inafastável da tarefa judicante, desde que se compreenda por discricionariedade o poder de se decidir dentro dos limites impostos pela normatividade posta: fala-se em discricionariedade porque as respostas não são unívocas, mas múltiplas dentro de um quadro possível. As decisões tomadas fora de tal quadro deixam o espectro da legítima discricionariedade, adentrando à esfera da antijuridicidade.

Encerrou-se a investigação sustentando-se que o raciocínio jurídico haverá de ser sempre dedutivo, no sentido de que parte de uma estrutura normativa já posta para, a partir dela, encontrar a solução; todavia, destacou-se o perigo de se formularem juízos

silogísticos que tenham por premissa maior apenas uma regra apartada do seu contexto normativo, o que pode ensejar uma decisão com aparência de legalidade (porquanto subsumível à regra) mas com substancial antijuridicidade (porquanto contrário ao sentido do sistema).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. **Essays on the doctrinal study of law**. Dordrecht: Springer, 2011.
- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALCHOURRÓN, Carlos. **On Law and Logic**. In MacCORMICK, Neil e ATRIA, Fernando. *Law and legal interpretation*. Aldershot: Ashgate, 2003.
- ALEXY, Robert. PECZENIK, Aleksander. The concept of coherence for discursive rationality. In **Ratio Juris**, volume 3, número 1-bis, março 1990, páginas 130-147.
- ALVAREZ, Alejandro Montiel. **A *epieikeia* e o *nómos*: uma análise do conceito de *epieikeia* a partir de uma tradição aristotélica**. Orientador Luis Fernando Barzotto. Porto Alegre: UFRGS, 2012. Tese de doutorado.
- AMARAL, José António Campelo de Sousa. **Modelação normativa no Direito e mesomorfologia da decisão em Aristóteles**. In *Artigos LusoSofia*. Universidade da Beira Interior: Covilhã, 2014.
- AQUINO, Tomás. **Suma de teología**. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1955.
- AQUINO, Tomás. **Suma de teología**. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1989.
- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2002.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2013.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ARONNE, Ricardo. **Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral** – uma perspectiva luso-brasileira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2006.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARZOTTO, Luis Fernando. Razão de lei: contribuição a uma teoria do princípio da legalidade. In **Revista Direito GV**. Vol. 3, n. 2, jul-dez. 2007, p. 219-260.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

- BELINAZO, Elias da Costa. **A razoabilidade dos significados na decisão penal: a argumentação jurídica em Chaïm Perelman e o discurso em Habermas**. Orientador Fabrício Dreyer Pozzebon. Porto Alegre: PUCRS, 2009. Dissertação de mestrado.
- BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução de Maria Ementina Galvão. São Paulo: Martins Fontes: 2006.
- BITTAR, Eduardo C. B. A teoria aristotélica da justiça. In **Revista da Faculdade de Direito da USP**. Volume 92, ano 1997.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico**. Barueri: Manole, 2003.
- BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011.
- BOGGIANO, Antonio. **Por qué una teoría del derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação *contra legem*: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CAMPELO, Olívia Brandão Melo. **Justiça: prudência**. Orientador Marcio Pugliesi. São Paulo: PUCSP, 2010. Dissertação de mestrado.
- CAMPOS, Adriana; ARDISSON, Daniel Piovanelli. O direito como integridade na jurisdição constitucional. In **Sequência**, Florianópolis, número 67, p. 251-276, dez. 2013.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito** – 4ª ed. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** – 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARMIGNANI, Maria Cristina. *A aequitas e a aplicação do direito em Roma*. In **Revista da Faculdade de Direito da USP**. Volume 104, ano 2009.
- CHROUST, Anton-Hermann. Aristotle's conception of equity (*epieikeia*). In **Notre Dame Law Review**, v. 18, issue 2, article 3, 1942, p. 119-128.
- COL, Juliana Sípoli. **Coerência, ponderação de princípios e vinculação à lei: métodos e modelos**. Orientador Juliano Souza de Albuquerque Maranhão. São Paulo: USP, 2012. Dissertação de mestrado.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva: 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário filosófico**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016.
- CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1973.
- COSTA, Gerson Godinho. **Justificação democrática da atividade jurisdicional: o contributo da lógica jurídica de Chaïm Perelman**. Orientador Thadeu Weber. Porto Alegre: PUCRS, 2008. Dissertação de mestrado.

- CULLETON, Alfredo. O morto, corpo do morto e nós. In **Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck**. Org. Alexandre Morais da Rosa [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- DAL MASS, Adroaldo. **A lei como fonte de justiça em Aristóteles**. Orientador Draiton Gonzaga de Souza. Porto Alegre: PUCRS, 2000. Dissertação de mestrado.
- DALY, John S. **Epiqueia** (conferência). Traduzido por F. Coelho. São Paulo, mar. 2012. Disponível em <http://wp.me/pw2MJ-1gK>.
- DAVID, Tiago Bitencourt. O que ainda nos resta da *epieikeia* de Aristóteles: estudo sobre os conceitos e usos clássicos e contemporâneos de equidade. In **Revista Jurídica**, número 454, ago. 2015, p. 10-34.
- DELATORRE, Rogério. **A interpretação/aplicação judicial do direito e a discricionariedade judicial: um diálogo com o pensamento de Ronald Dworkin e Herbert Hart**. Orientador Juarez Freitas. Porto Alegre: PUCRS, 2008. Dissertação de mestrado.
- DICKSON, Jullie. Interpretation and Coherence in Legal Reasoning. In **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.
- DUTRA, Delamar José Volpato. Justiça como integridade: Dworkin e o princípio da coerência na aplicação do direito. In **Phrónesis**, Campinas, v. 8, número 22, p. 11-32, jul/dez, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica**. Barueri: Manole, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FINNIS, John. **Aquinas: moral, political, and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

FINNIS, John. **Philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito** – 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Tradução de Flávio Meurer. Petrópolis: Vozes, 2014.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

GOYTISOLO, Juan B. Vallet. **Metodología de las leyes**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008.

- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios** – 6ª edição refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2014.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- HOBUSS, João. *Epieikeia* e particularismo na ética de Aristóteles. In **Revista ethic@**. Florianópolis, v.9, n. 2, p. 163-174, dez. 2010.
- HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HÖFFE, Otfried. **Aristóteles**. Tradução de Roberto H. Pich. Porto Alegre: Artmed, 2008.
- HORN, Norbert. **Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica**. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- JAEGER, Werner. **Paideia: a formação do homem grego**. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- KANT, Immanuel. **Manual dos cursos de lógica geral**. Campinas: Editora da Unicamp, 2003.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2013.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (edição de 1960). Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole: 2005.
- LEITE, Flamarion Tavares. **Manual de filosofia geral e jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2013.

- LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. O mundo assombrado pelo jusnaturalismo – Parte I: O positivismo jurídico como uma vela acesa no escuro. In DANNER, Leno Francisco; OLIVEIRA, Vinícius. (Orgs.) **Filosofia do Direito e contemporaneidade**. Porto Alegre: Editora Fi, 2015.
- LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito** - volume 2. Tradução de Luca Lambertí. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MacDONALD, Paulo Baptista Caruso. **Lei, justiça e razão prática em Aristóteles**. Orientador Alfredo Carlos Storck. Porto Alegre: UFRGS, 2010. Dissertação de mestrado.
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- MAUTNER, Thomas. **Dicionário de filosofia**. Lisboa: Edições 70, 2011.
- MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Breves palavras acerca do Iluminismo e do direito**. In Programa de hermenêutica jurídica. Org. Maren Taborda; Plínio Melgaré. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.
- MICHON, Cyrille. *L'épieikeia* aristotélicienne comme *correctif* de la loi. In **Annuaire de l'Institut Michel Villey**. Volume 2, 2010, p. 33-48.
- MONCADA, Luís S. Cabral. **Ensaio sobre a lei**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MONTESQUIEU, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2004.

- MOORE, Michael S. **A natural law theory of interpretation**. In MacCORMICK, Neil e ATRIA, Fernando. Law and legal interpretation. Aldershot: Ashgate, 2003.
- MORRALL, John. **Aristóteles**. Brasília: UnB, 2000.
- MORSELLI, Emilio. **Logica**. Montevideo: Ediciones Inicacion Filosofica, 1957.
- OLIVEIRA, Janio Davila. O discurso de Creonte na Antígona de Sófocles. In **Fragmentum**, n. 38, Vol. 1. Jul./ Set. 2013.
- OTERO, Paulo. **A democracia totalitária** - do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI. Cascais: Princípia, 2010.
- PATTERSON, Dennis. **A companion to philosophy of law and legal theory**. Oxford: Blackwell Publishers, 1999.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PINTORE, Anna. **El Derecho sin verdad**. Madrid: Dykinson, 2005.
- PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011.
- PLATÃO. **A República**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de Code civil**. Bordeaux : Éditions Confluences, 2004.
- POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

REDONDO, María Cristina. **Dos modelos de norma y razonamiento práctico**. In LUQUE, Pau (org). *Particularismo: ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

ROCHA, M. A. Coelho. **Instituições de direito civil portuguez**. Rio de Janeiro: Livreiro Editor, 1907.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo**. In *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROESLER, Ednilson José. **Justiça como integridade: interlocuções entre Dworkin e Hegel**. Orientador Thadeu Weber. Porto Alegre: PUCRS, 2008. Dissertação de mestrado.

ROSENFELD, Kathrin. **Antígona, intriga e enigma: Sófocles lido por Hölderlin**. São Paulo: Perspectiva, 2016.

SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix: 2006.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and life**. New York: Oxford University Press, 2002.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. London: Harvard University Press, 2012.

SHINER, Roger A. Aristotle's theory of equity. In **Loyola of Los Angeles Law Review**, vol. 27, 1994, p. 1245-1264.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

- SILVA, Ovídio Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- SILVA, Sandro Subtil. **Raciocínio sistemático e raciocínio tópico**. In Programa de hermenêutica jurídica. Org. Maren Taborda; Plínio Melgaré. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.
- SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica – 3ª ed. reformulada da obra Jurisdição constitucional e hermenêutica**. São Paulo: RT, 2013.
- STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. Orientador Danilo Marcondes de Souza Filho. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Filosofia, 2005. Tese de doutorado.
- TEIXEIRA, António Braz. **O pensamento filosófico-jurídico português**. Lisboa: Instituto de Cultura e Língua Portuguesa, 1983.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. A equidade na Filosofia do Direito: apontamentos sobre sua origem aristotélica. In **Revista Espaço Acadêmico**, n. 128, jan/2012, p. 88-92.
- TWINING, William e MIERS, David. **How to do things with rules**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**. Orientador Cesar Antonio Serbena. Curitiba: UFPR, 2009. Dissertação de mestrado.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WALUCHOW, W. J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1994.

WEBER, Thadeu. Direito, justiça e liberdade em Hegel. In **Textos & Contextos**. Porto Alegre, volume 13, n. 1, p. 20-30, jan./jun. 2014.

WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia política**: Hegel e o formalismo kantiano. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

WEBER, Thadeu. Justiça e poder discricionário. In **Direitos Fundamentais & Justiça**. Número 2. Jan/Março 2008.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZORILLA, David Martínez. **Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa**. Madrid: Marcial Pons, 2007.