

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E FILOSOFIA  
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA

UMA INVESTIGAÇÃO JUSFILOSÓFICA SOBRE OS CASOS DIFÍCEIS DO DIREITO

RÁFAGA BARBOSA DE MELLO

NITERÓI  
2019

RÁFAGA BARBOSA DE MELLO

**UMA INVESTIGAÇÃO JUSFILOSÓFICA SOBRE OS CASOS DIFÍCEIS DO  
DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal Fluminense como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. Diogo de França Gurgel

NITERÓI

2019

Mello, Ráfaga Barbosa.

Uma Investigação Jusfilosófica Sobre os Casos Difíceis do Direito / Ráfaga Barbosa de Mello. – 2019.

Orientador: Diogo de França Gurgel.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Programa de Pós Graduação em Filosofia. 2019.

Referências Bibliográficas: f. 109-110.

1. Filosofia. 2. Direito. 3. Filosofia do Direito. 4. Casos Difíceis do Direito. I. França Gurgel, Diogo (Orientador). II. Universidade Federal Fluminense - Programa de Pós-Graduação em Filosofia. III. Uma Investigação Jusfilosófica Sobre os Casos Difíceis do Direito.

CDD

RÁFAGA BARBOSA DE MELLO

UMA INVESTIGAÇÃO JUSFILOSÓFICA SOBRE OS CASOS DIFÍCEIS DO DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal Fluminense como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. Diogo de França Gurgel

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

---

Presidente, Prof. Dr. Diogo de França Gurgel (orientador) – UFF

---

Prof. Dr. Luís Felipe Bellintani Ribeiro - UFF

---

Prof. Dr. Fernando Augusto da Rocha Rodrigues - UFRJ

NITERÓI

2019

A todos aqueles que já lutaram por alguém ou algo em que acreditam.

## AGRADECIMENTOS

À minha família, que suporta meus silêncios e que hoje já faz alguma ideia sobre o que eu de fato estudo.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Diogo de França Gurgel, que aceitou esta penosa tarefa de me orientar, eu agradeço toda boa vontade, interesse e afinidades acadêmicas que enriqueceram meus dias.

Prof. Dr. Luís Felipe Bellintani, pela liberdade e inspiração que suscita desde o primeiro dia de aula.

Ao Prof. Dr. Fernando Augusto da Rocha Rodrigues, que muito gentilmente aceitou o convite para compor a banca.

Aos professores Noel Struchiner, Fabio Shecaira mestres admiráveis que suscitaram muitos dos meus questionamentos filosóficos desde a época da graduação.

E finalmente, aos outros professores do departamento de filosofia da UFF e de direito da UFRJ que contribuíram de inúmeras maneiras para que esse trabalho fosse finalmente realizado.

Aos meus queridos amigos que suportaram todos os dramas, as crises existenciais e as tragédias da vida: Alan Buchard, Willian Lizardo, Rhamon de Oliveira, Daniel Costa e ao Kolaghan (Isadora Ribeiro) que nunca me deixaram desistir ou titubear e, com muito amor, iluminaram os meus dias.

Ao meu eterno companheiro dessa e de outras vidas, Alberto Rafael.

Enquanto os seres humanos puderem conseguir a suficiente cooperação de alguns, de forma a permitir-lhes dominar os outros, utilizarão as formas do direito como um dos seus instrumentos. Os homens perversos editarão regras perversas que outros obrigarão a cumprir. O que seguramente é mais necessário para dar aos homens uma visão clara, quando enfrentarem o abuso oficial do poder, é que preservem o sentido de que a certificação de algo como juridicamente válido não é concludente quanto à questão da obediência e que, por maior que seja a aura de majestade ou de autoridade que o sistema oficial possa ter, as suas exigências devem no fim ser sujeitas a exame moral.

*Hart, H. L. A.*

## RESUMO

A partir do momento em que o direito é analisado como um fenômeno de linguagem parece inconcebível pensá-lo fora de uma estrutura que envolva um discurso, pois a racionalidade do que é jurídico depende do inter-relacionamento humano que só é possível através da linguagem. Assim, pretende-se demonstrar que o fenômeno da textura aberta da linguagem proporciona um espaço que é passível de ser preenchido e dá ensejo ao surgimento de um notório espaço para a teoria da argumentação e da retórica, sendo hodiernamente, um assunto de suma importância que perpassa diretamente o direito e a filosofia. A presente monografia visa, portanto, investigar a natureza filosófica dos casos difíceis, bem como seus problemas filosóficos e conceituais, utilizando-se para tanto, da teoria do direito proposta pelo jusfilósofo H. L. A. Hart, além de demonstrar que ao admitir a necessidade da discricionariedade, constrói um modelo de positivismo mais difícil de se refutar; um modelo que adota uma via intermediária entre o formalismo radical, de acordo com o qual as regras existentes no sistema jurídico seriam totalmente claras e capazes de dar conta da realidade jurídica como um todo, e o ceticismo em relação a capacidade das regras de oferecerem uma determinação legal. Hart defende a posição intermediária dizendo que no âmbito do direito surgem casos simples que podem ser resolvidos por regras claras e os *hard cases* que devem ser resolvidos por critérios que estão além das regras válidas que compõem o direito. Assim, o que torna possível essa postura de Hart é o conceito de textura aberta da linguagem. Portanto, ao constatarmos que a linguagem é construtora das normas jurídicas, cunhadas por seres humanos falíveis, existe a possibilidade de que haja estratégias argumentativas mais ou menos eficientes. Neste momento a Teoria da Argumentação e a Retórica são retomadas: é a partir delas que os operadores do direito tenderão a escolher um discurso, dinamizando regras que tendem a ser estáticas, imperfeitas e contraditórias.

**Palavras-chave:** Casos difíceis do direito; Textura aberta da linguagem; Positivismo Conceitual; Teoria da Argumentação; Retórica.

## ABSTRACT

From the moment law is analyzed as a language phenomenon, it seems inconceivable to think of it out of a structure involving a speech, because the rationality of what is legal depends on human interrelationship that is only possible through language. Thus, it is intended to demonstrate that the phenomenon of the open texture of the language provides a space that is possible to be filled and gives rise to the appearance of a notorious space for the theory of the argumentation and of the rhetoric, being nowadays a subject of great importance that pervades directly the right and the philosophy. The present monograph aims at investigating the philosophical nature of difficult cases, as well as their philosophical and conceptual problems, using for that purpose, the theory of law proposed by the H.L.A Hart, besides showing that in admitting the necessity of discretion, it constructs a model of positivism which is more difficult to refute; a model that adopts a middle ground between radical formalism, according to which the existing rules in the legal system would be totally clear and capable of accounting for the legal reality as a whole, and skepticism about the ability of the rules to offer a legal determination. Hart defends the middle position by saying that within the scope of law arise simple cases that can be solved by clear rules and hard cases that must be solved by criteria that are beyond the valid rules that make up law. Thus, what makes Hart's posture possible is the concept of open texture of language. Therefore, when we find that language is the construct of legal norms, coined by fallible human beings, there is a possibility that there are more or less efficient argumentative strategies. At this moment the Argumentation Theory and Rhetoric are resumed: it is from them that the operators of law will tend to choose a discourse, dynamizing rules that tend to be static, imperfect and contradictory.

**Keywords:** Hard Cases; Open Texture; Conceptual Positivism; Argumentation Theory; Rhetoric.

## SUMÁRIO:

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 - OS CASOS DIFÍCEIS DO DIREITO E O POSITIVISMO JUDÍDICO .....</b>	<b>16</b>
1.1 – <b>O Jusnaturalismo .....</b>	<b>24</b>
1.2 - <b>O Juspositivismo.....</b>	<b>27</b>
1.2.1 - <b>O Positivismo Jurídico como Ceticismo Ético .....</b>	<b>28</b>
1.2.2 - <b>O Positivismo Jurídico como Positivismo Ideológico.....</b>	<b>29</b>
1.2.3- <b>O Positivismo Jurídico como Formalismo Jurídico .....</b>	<b>32</b>
1.2.4- <b>O Positivismo Jurídico como Positivismo Conceitual.....</b>	<b>33</b>
1.3 – <b>A Escolha do Positivismo Conceitual.....</b>	<b>35</b>
<b>2 - TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM E O CONCEITO DE DIREITO DE H. L. A. HART .....</b>	<b>42</b>
2.1 - <b>A Filosofia Analítica.....</b>	<b>42</b>
2.2 - <b>Waismann e Wittgenstein: A Textura aberta da linguagem.....</b>	<b>45</b>
2.3 - <b>Hart e a Textura aberta da Linguagem .....</b>	<b>54</b>
<b>3 - DISCRICIONARIEDADE, TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E RETÓRICA.....</b>	<b>67</b>
3.1 - <b>Teoria da Argumentação .....</b>	<b>75</b>
3.2 - <b>Retórica e suas origens.....</b>	<b>79</b>
3.3 - <b>A Retórica e o Direito.....</b>	<b>87</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>103</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>108</b>

## INTRODUÇÃO

A partir do momento em que o direito é analisado como um fenômeno de linguagem parece inconcebível pensá-lo fora de uma estrutura que envolva um discurso, pois a racionalidade do que é jurídico depende do inter-relacionamento humano que só é possível através da linguagem. O problema surge quando aquilo que é de fato um instrumento de comunicação torna-se um instrumento de manipulação jurídica e política.

Quando se reconhece que as regras que regem o direito são passíveis de falhas (como por exemplo, a existência de regras contraditórias e inconsistentes, regras constituídas por uma linguagem vaga ou ambígua, ou até mesmo a não existência de uma regra para o tratamento da questão), e que em algum momento o juiz não poderá recorrer às normas somente, ele deverá usar seu poder discricionário para chegar a uma decisão.

Ao admitir a necessidade da discricionariedade, Hart constrói um modelo de positivismo mais difícil de refutar; um modelo que adota uma via intermediária entre o formalismo radical e o ceticismo em relação à capacidade das regras de oferecerem uma determinação legal. Hart defende a posição intermediária dizendo que no âmbito do direito surgem casos simples que podem ser resolvidos por regras claras e os casos difíceis que têm que ser resolvidos por critérios que estão além das regras válidas que compõem o direito.

O que torna possível essa postura de Hart é o conceito de textura aberta da linguagem que faz com que as regras apresentem a possibilidade de estarem em uma região nebulosa ou em penumbra de dúvida, onde não temos clareza quanto a possibilidade da regra ser ou não aplicada.

Assim, ao constatarmos que a linguagem é passível de falhas e que nem sempre as normas serão claras o suficiente para um processo decisório, recorrer-se-á a Teoria da Argumentação e a Retórica, que através de argumentos, em alguns momentos, de caráter persuasivos auxiliará os juristas a encontrar a melhor solução para a lide.

Diante da possibilidade de ocorrência das regras serem inconsistentes, de não existirem ou serem vagas em razão da linguagem por meio da qual foram escritas é que surgem os casos difíceis do direito (*hard cases*). Nestas situações, as regras não demandam por si só, de forma lógica, uma única resposta correta. Afinal, no âmbito jurídico, ao se analisar um caso concreto, é possível constatar que não há verdades irrefutáveis e sim argumentos menos ou mais fortes. Cabe ao julgador interpretar as fontes de direito para posteriormente decidir qual seria a tese ou argumentos mais adequados em determinada situação.

Assim, a pretensão aqui é de destacar os chamados "casos difíceis" do direito. São eles que trarão dúvidas morais, processos argumentativos mais complexos, a busca de definições mais precisas e maior dedicação de tempo ao lidar com conceitos labirínticos.

Para tal empreitada, deve-se primeiramente investigar a natureza filosófica dos casos difíceis. Assim, para a elucidação e investigação das consequências desta definição serão desenvolvidas dentro de um contexto positivista, que concebe o direito como sistema de regras.

De acordo com Hart, o direito é um sistema de regras e a sua principal função é fornecer pautas de conduta para possibilitar o controle social. O direito qualifica deonticamente (permite, obriga, proíbe) certos comportamentos em certas circunstâncias, ele regula as ações de indivíduos que pertencem a certo grupo social.

Desta forma, ele pretende exercer pressão no mundo, canalizar comportamentos. Para que ele seja eficaz, é necessário que as pautas de conduta (regras) sejam expressas em uma linguagem clara, que elas possam ser obedecidas e conhecidas de maneira prévia. Se não fosse possível comunicar critérios gerais de conduta, que um grande número de pessoas pudessem entender nada daquilo que nós conhecemos como direito poderia existir.

Vale ressaltar que aquilo que é considerado um caso difícil do direito vai variar em função da concepção que se tem sobre natureza do direito. Ao adotar um viés positivista, Hart coloca o direito como um conjunto de regras. E neste contexto, os casos difíceis aparecerão quando existirem problemas com essas regras.

O primeiro defeito que pode existir em um sistema jurídico é a inexistência de uma norma, o que é chamado de "lacuna normativa". Neste caso, há uma falta de

correlação entre as normas existentes e o caso concreto, pois não existe uma regra prévia para tratar este caso, gerando a ausência de solução para ele. O problema, aqui, é lógico ou conceitual e, para que um sistema não apresente lacunas normativas, no sentido de ausência total de preocupação jurídica com tal caso, ele deve apresentar princípios, termos vagos para mostrar que o direito, de alguma forma, tocou nessa questão.

Pode haver, também, inconsistência normativa, que é a existência de normas incompatíveis entre si, resultando em uma pluralidade de soluções incompatíveis para um mesmo caso.

Portanto, o surgimento de casos difíceis em um contexto positivista está relacionado à existência de possíveis defeitos no sistema de regras ou à problemas no momento da adequação das regras aos fatos concretos de um caso determinado. Os casos difíceis são desta forma, acompanhados de lacunas, mas estas apresentam naturezas distintas e vão variar em função da razão para surgimento deste caso. Isto quer dizer que a incompletude, relacionada à ausência de solução, está exclusivamente relacionada à lacuna normativa.

O estudo dos casos difíceis é importante por trazer consequências para o direito, para filosofia do direito e para a atividade dos juízes. Quando reconhecemos que o fenômeno dos casos difíceis do direito não pode ser afastado, o direito se mostra indeterminado em certos casos, apresentando lacunas. Mas o grande problema surge com os casos concretos que não podem ser abarcados pelas regras, quando consideramos a concepção de regras exaustivas dentro de um contexto positivista.

Neste caso, o formalismo radical dos positivistas tradicionais defende que as regras sempre oferecem uma única resposta correta para todos os casos concretos, basta encontrá-la. Por outro lado, a escola realista norte-americana adota uma postura cética com relação às regras, segundo a qual, na prática, é o juiz quem decide todos os casos em última instância, criando assim o direito.

Hart desenvolve uma teoria intermediária, na qual o juiz deve aplicar o direito nos casos claros, mas nos casos de penumbra, a atividade criativa e construtiva tem que entrar em cena. Toda regra pode apresentar uma penumbra de dúvida, em que não sabemos se deve ou não ser aplicada, é neste caso que cabe ao juiz exercer seu poder discricionário e, assim, tornar a regra menos vaga. Desta forma, os modelos descritivos, teóricos e normativos sobre como lidar com regras também são objetos investigativos,

na medida em que, tentam explicar a maneira pela qual os responsáveis por tomar decisões jurídicas justificam, devem ou podem justificar as suas decisões nesses casos específicos.

As regras jurídicas não seriam critérios confiáveis de julgamento se na maioria dos casos não tivéssemos segurança sobre o significado dos termos gerais utilizados nas regras.

A consequência da teoria da textura aberta da linguagem para o direito é que: a) as regras jurídicas apresentam instâncias em que as suas aplicações são claras; b) a possível existência de casos fronteira nos quais não sabemos se as regras devem ser aplicadas ou não e; c) instâncias nas quais claramente não devem ser aplicadas.

De acordo com Hart, o direito funciona porque a maioria dos casos a serem decididos pelos tribunais podem ser facilmente enquadrados dentro do núcleo de significado dos termos gerais que compõem as regras.

As nossas convenções linguísticas possibilitam que, na maioria dos casos possamos aplicar os termos gerais com um alto grau de segurança e confiabilidade. Porém, às vezes, diante de casos incomuns, que extrapolam as situações ordinárias, temos que decidir se um termo se aplica ou não. Precisamos exercer o nosso poder discricionário, tarefa exercida principalmente pelos operadores do direito, seja na esfera do judiciário ou legislativo.

A primeira impressão que podemos ter em relação à textura aberta dos termos gerais que compõem as regras jurídicas e das próprias regras, é que ela constitui um empecilho para o bom funcionamento do direito. Entretanto, pode ser positivo o fato de existir esse potencial maleável das leis. Afinal, o poder judiciário pode usufruir de uma certa liberdade decisória. Não está completamente subordinado ao poder legislativo, cabendo também aos juízes um papel criativo, caso contrário, todo o direito coincidiria com a lei e o trabalho do juiz se reduziria a estabelecer os fatos, subsumi-los sob um texto legal e a tirar conclusões disso por via de silogismos judiciários.

A argumentação dos magistrados teria sim seu viés retórico, ponto crucial para o desenvolvimento de jurisprudências, mas, ao mesmo tempo, traria certa inovação a esfera jurídica. Inovação que pode ser positiva ou negativa dependendo de como e se foi bem fundamentada. Porque, apesar de haver possibilidade criativa na decisão dos

magistrados, eles não são necessariamente legisladores. Não representam a vontade da maioria. É inconstitucional extrapolar a fundamentação com decisionismos.

Neste sentido, concluindo, diz Perelman:

Afinal, se cada vez que se submete uma questão a deliberação e à discussão, faz-se indispensável o recurso à argumentação, é muito comum que o discurso não vise a chegar a uma decisão, e sim a criar um estado de espírito, uma disposição para reagir desta ou daquela maneira. É esse o caso das discussões teóricas, tanto políticas como filosóficas. As obras de doutrina, de teoria, mesmo quando se trata de doutrina jurídica, visam a influenciar a opinião, mas não necessariamente a tomar uma decisão. [...] Portanto, o papel da retórica se torna indispensável numa concepção do direito menos autoritária e mais democrática, quando os juristas insistem sobre a importância da paz judiciária, sobre a ideia de que o direito não deve somente ser obedecido, mas também reconhecido, que ele será, aliás, tanto mais bem observado quanto mais largamente for aceito.

A aceitação de um sistema de direito implica que se reconheça a legitimidade das autoridades que têm o poder de legislar, de governar e de julgar; essa legitimidade é fundamentada na tradição, e também na religião, nas mais variadas ideologias e filosofias políticas. Mas, se há abuso de poder, se as decisões tomadas pelo poder parecem desarrazoadas, contrárias ao bem comum, se não são aceitas, mas impostas pela coerção, o poder se arrisca a perder sua autoridade: far-se-á ainda temer, mas já não será respeitado. (PERELMAN, 2005, p.554)

A constatação de que certos casos caem dentro dos contornos lingüísticos das regras, mas fora de seus propósitos, mostra que a prática jurídica é um cenário de escolhas sobre como lidar com essa situação. E para situações como estas recorreremos a Teoria da Argumentação e da Nova Retórica do Chaïm Perelman para que determinados critérios lingüísticos de ênfases sejam postos a prova.

## 1. OS CASOS DIFÍCEIS DO DIREITO E O POSITIVISMO JUDÍDICO

Quando se investiga a natureza jusfilosófica do direito, estamos preocupados com a sua origem, sobre o que é o direito e como devemos observar as regras. E por ser um trabalho de filosofia do direito, dentro desse contexto, delimitaremos nosso tema aos *hard cases*, o modo como H. L. A. Hart os identifica através do fenômeno da textura aberta da linguagem e, além disso, se seria possível, através da retórica e da teoria da argumentação, obter uma maior clareza na discussão e na resolução dos casos difíceis.

Assim, para que seja possível a análise do direito, o situaremos dentro do contexto da concepção utilizada pelo jusfilósofo H. L. A. Hart. Ou seja, o direito como um sistema de regras legais e válidas que compõem o sistema jurídico de acordo com o modelo do positivismo conceitual.

A partir do momento em que se reconhece que as regras que regem o direito são passíveis de falhas (como por exemplo, a existência de regras contraditórias e inconsistentes, regras constituídas por uma linguagem vaga ou ambígua, ou até mesmo a não existência de uma regra para o tratamento da questão), e que em algum momento o juiz não poderá recorrer às normas somente, ele deverá usar seu poder discricionário para chegar a uma decisão.

Ao admitir a necessidade da discricionariedade, Hart constrói um modelo de positivismo mais difícil de refutar; um modelo que adota uma via intermediária entre o formalismo radical e o ceticismo em relação à capacidade das regras de oferecerem uma determinação legal. Hart defende a posição intermediária, dizendo que no âmbito do direito surgem casos simples que podem ser resolvidos por regras claras e os casos difíceis que têm que ser resolvidos por critérios que estão além das regras válidas que compõem o direito.

O que torna possível essa postura de Hart é o conceito de textura aberta da linguagem que faz com que as regras apresentem a possibilidade de estarem em uma região nebulosa ou em penumbra de dúvida, onde não temos clareza quanto à possibilidade da regra ser ou não aplicada.

Diante da possibilidade de ocorrência das regras serem inconsistentes, de não existirem ou serem vagas em razão da linguagem por meio da qual foram escritas é que surgem os casos difíceis do direito (*hard cases*). Nestas situações, as regras não demandam por si só, de forma lógica, uma única resposta correta. Afinal, no âmbito jurídico, ao se analisar um caso concreto, é possível constatar que não há verdades irrefutáveis e sim argumentos menos ou mais fortes. Cabe ao julgador interpretar as fontes de direito para posteriormente decidir qual seria a tese ou argumentos mais adequados em determinada situação.

De acordo com Hart, o direito é um sistema de regras e a sua principal função é fornecer pautas de conduta para possibilitar o controle social. O direito qualifica deonticamente (permite, obriga, proíbe) certos comportamentos em certas circunstâncias, ele regula as ações de indivíduos que pertencem a certo grupo social.

Neste sentido, segundo Hart:

Em qualquer grande grupo, as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controlo social, e não as directivas particulares dadas separadamente a cada indivíduo. Se não fosse possível comunicar padrões gerais de conduta que multidões de indivíduos pudessem perceber, sem ulteriores directivas, padrões esses exigindo deles certa conduta conforme as ocasiões, nada daquilo que agora reconhecemos como direito poderia existir. Daí resulta que o direito deva predominantemente, mas não de forma alguma exclusivamente, referir-se a categorias de pessoas, e a categorias de actos, coisas e circunstâncias, e o seu funcionamento com êxito sobre vastas áreas da vida social depende de uma capacidade largamente difundida de reconhecer actos, coisas e circunstâncias particulares como casos das classificações gerais que o direito faz. (HART, 1998, p.137).

Desta forma, ele pretende exercer pressão no mundo, canalizar comportamentos. Para que ele seja eficaz, é necessário que as pautas de conduta (regras) sejam expressas em uma linguagem clara, que elas possam ser obedecidas e conhecidas de maneira prévia. Se não fosse possível comunicar critérios gerais de conduta, que um grande número de pessoas pudessem entender, nada daquilo que nós conhecemos como direito poderia existir.

Vale ressaltar que aquilo que é considerado um caso difícil do direito vai variar em função da concepção que se tem sobre natureza do direito. Ao adotar um viés positivista, Hart coloca o direito como um conjunto de regras. E neste contexto, os casos difíceis aparecerão quando existirem problemas com essas regras.

Portanto, o surgimento de casos difíceis em um contexto positivista está relacionado à existência de possíveis falhas no sistema de regras ou a problemas no momento da adequação das regras aos fatos concretos de um caso determinado.

O estudo dos casos difíceis é importante por trazer consequências para o direito, para filosofia do direito e para a atividade dos juízes. Quando reconhecemos que o fenômeno dos casos difíceis do direito não pode ser afastado, o direito se mostra indeterminado em certos casos, apresentando lacunas. Mas o grande problema surge com os casos concretos que não podem ser abarcados pelas regras, quando consideramos a concepção de regras exaustivas dentro de um contexto positivista.

Para demonstrar o que foi dito, traremos o exemplo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 que autorizou a interrupção de gestação com feto anencéfalo.<sup>1</sup>

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), sob a autoria do então advogado Luiz Roberto Barroso (atualmente ministro do STF), ajuizou uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF-54), a qual foi proposta em 17 de junho de 2004 perante o STF, com intuito de obter do judiciário o reconhecimento da validade da prática abortiva em se tratando de feto anencéfalo.

Esta ADPF - 54 visava justamente abreviar o tempo despendido pelas gestantes ao buscarem, através do poder judiciário, uma autorização para a interrupção da gestação nos casos de anencefalia fetal. Almejava-se, com isso, reconhecer o direito subjetivo da gestante de antecipar o parto caso o feto tivesse esta anomalia, que seria incompatível com a vida extrauterina.

Ou seja, diante deste caso, houve inúmeros argumentos contra e a favor. Se por um lado, foram defendidos os direitos à privacidade, à autonomia e à dignidade humana dessas mulheres, por outro lado a Igreja Católica, através da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) defendeu o direito à vida do feto, e utilizou, dentre outros argumentos, por exemplo, a abertura de precedente para a legalização ampla e irrestrita

---

<sup>1</sup> ADPF - 54/DF – DISTRITO FEDERAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 1/07/2008. Publicação DJe em 14/08/2008. Partes: Argte: Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde – CNTS. Advs: Luís Roberto Barroso e outro(s). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf> > e <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 17 maio. 2019

do aborto no Brasil.

Ocorre que, o direito precisa sofrer mudanças que acompanhem a evolução da sociedade. Não havia regras claras que dessem conta dos casos de fetos anencéfalos, e foi necessária certa provocação do judiciário para que fosse criada uma exceção na lei penal, para que não houvesse punição para este caso específico de aborto.

Por ora, precisamos apenas constatar o que já foi dito anteriormente: em alguns casos, o poder judiciário terá o arcabouço necessário para que o conflito seja sanado. Porém, quando questões que extrapolam o quadro conceitual vigente, somente as leis não serão suficientes. Será necessário recorrer a outras fontes de direito.

E, para que seja dado prosseguimento à nossa investigação, diante do exposto acima, deve-se primeiramente investigar a natureza filosófica dos casos difíceis. Assim, para a elucidação e investigação das consequências desta definição serão desenvolvidas dentro de um contexto positivista, que concebe o direito como sistema de regras.

Assim, ao se escolher um movimento jusfilosófico, é pertinente mostrar que a sua escolha não foi realizada a esmo. Existe certa primazia e sofisticação ao argumentar o porquê de elegermos o positivismo conceitual. E, a razão para tal está em sua plasticidade suficiente para a acomodação dos casos difíceis.

E, para tal, utilizaremos o trabalho do Noel Struchiner que esclareceu e sistematizou os movimentos jusfilosóficos; destacando que a possibilidade de decidir sobre os hard cases depende da escolha e comprometimento filosófico sobre a natureza jusfilosófica entre direito e moral.

Assim, diz :

Portanto, para aqueles que adotam uma visão jusnaturalista do direito, isto é, para aqueles que identificam direito e moral, que consideram que a aplicação do direito deve estar norteada por critérios morais e de justiça, um caso difícil vai ser aquele no qual não se sabe qual é a solução justa ou moralmente correta. Se o direito é analisado sob o ponto de vista econômico, então um caso difícil sob essa ótica ocorre quando não se consegue estabelecer a solução mais interessante do ponto de vista econômico. (STRUCHINER, 2005, p. 15).

O foco do presente capítulo será na elucidação e investigação dos desdobramentos dessa definição de casos difíceis do direito dentro de um contexto positivista, que concebe o direito como um sistema de regras.

Logo, ao se conceber o direito desta forma, os casos difíceis ocorrem justamente em decorrência de certas características pertencentes às regras. E por isso, quando as

regras, “tomadas abstratamente ou no momento de aplicação, não são capazes de resolver satisfatoriamente um caso concreto, então surge um caso difícil ou insólito.” (STRUCHINER, 2005, p. 15). O estudo da indeterminação do direito e dos *hard cases* é importante porque traz consequências para o direito, para a filosofia do direito e para a atividade dos juízes.

Inicialmente, será explicitado o cenário a partir do qual a discussão sobre os casos difíceis será feita e a sua escolha como ponto de partida será explicada. Este cenário é o do “positivismo conceitual”. E, para tal, será necessário distinguir o positivismo jurídico do jusnaturalismo e do realismo jurídico. Também se faz necessário diferenciar o positivismo conceitual de outras versões do positivismo jurídico, como o “positivismo ideológico”, o “formalismo jurídico” e o “ceticismo ético”. (STRUCHINER, 2005, p. 15).

Nesse sentido, diz o Noel:

A conclusão é que o positivismo conceitual apresenta uma tese sobre como identificar o direito existente de uma determinada sociedade. Trata-se de uma tese descritiva que diz que o direito deve ser identificado recorrendo-se às suas fontes e não ao seu mérito. Dessa forma, o direito pode ser visto como um conjunto de regras (em sentido amplo, incorporando regras e princípios) colocadas por uma autoridade. Entretanto, como a tese do positivismo conceitual é normativamente inerte, ela nada nos diz sobre como trabalhar com as regras que foram identificadas como sendo o material. (STRUCHINER, 2005, p. 16).

Depois da descrição do cenário no qual o tema dos casos difíceis do direito será analisado, e tendo como ponto de partida a concepção do direito como um sistema de regras, será realizada uma investigação dos tipos de problemas que se encontram atrelados às regras jurídicas: o problema das lacunas normativas; o problema do conflito de normas (a questão lógica); e o problema das indeterminações linguísticas (questão semântica).

A compreensão de que de fato existem lacunas normativas, antinomias e indeterminações linguísticas no direito norteia todo o arcabouço da teoria da argumentação jurídica e conseqüentemente da retórica.

De tal maneira que a argumentação jurídica é indispensável, na medida em que os problemas inerentes às regras jurídicas fazem com que em certos casos não exista uma única solução correta. Pode ser que não exista nenhuma solução adequada ou existam duas ou mais soluções conflitantes.

Diante disso, temos uma dificuldade. Nem sempre as regras jurídicas serão

suficientes. E por isso, recorre-se à discricionariedade. E como proceder diante dos casos difíceis já que o juiz não pode se abster de decidir o litígio? É necessário que haja algum critério normativo.

O legislador, já prevendo a possibilidade das normas não darem conta da realidade jurídica, constituiu regras prescritivas que coadunassem a obrigatoriedade do juiz de decidir o litígio em questão e a existência de lacunas jurídicas.

Assim, é no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Brasileira de 1988, que é consagrado o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. É assegurado o direito de agir, o direito de ação e também o direito de obter do Poder Judiciário a apreciação do pedido jurídico. Diz o referido artigo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;<sup>2</sup>

Portanto, uma vez provocado, o órgão jurisdicional não pode eximir-se de decidir a questão submetida à sua apreciação, havendo sempre de manifestar-se sobre os pedidos que lhe sejam endereçados, sob pena de violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, o Poder Judiciário é obrigado a efetivar o pedido de prestação jurisdicional requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação jurisdicional é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

Respaldado por a esta obrigatoriedade, o artigo 35 da Lei Orgânica da Magistratura em seu inciso I, indica que são deveres do magistrado: “cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício.”<sup>3</sup> e no inciso III que o juiz deve “determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais.” Ou seja, a tarefa do magistrado é

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 17 maio. 2019.

<sup>3</sup>BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 35, DE 14 DE MARÇO DE 1979. LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm)> Acesso em: 17 maio. 2019.

a de interpretar e aplicar a legislação, dada pelo Poder Político Constituinte.

Portanto, o juiz está obrigado a julgar. Não lhe é permitido eximir-se de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade na lei. Cabe-lhe aplicar as normas e, inexistindo estas, incumbir-se do encargo recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

E, se a lei for clara, é dever do magistrado interpretá-la e aplicá-la, apesar de não encontrar dificuldades. Se a lei for obscura ou ambígua, deverá interpretá-la empregando certa engenhosidade intelectual.

Em seu trabalho de aplicador, o juiz pode ser levado a revelar o direito, integrar a norma jurídica. É vedado ao juiz eximir-se da decisão alegando o clássico brocardo latino “*non liquet*”.<sup>4</sup>

A expressão “*non liquet*” é usual na ciência do processo, para significar o que hoje não mais existe: o poder de o juiz não julgar, por não saber como decidir.

Neste sentido, o novo Código de Processo Civil de 16 de março de 2015 (lei nº13.105) ampliou a aplicação do Direito, quando em seu art. 8º, permitiu ao juiz aplicar o ordenamento jurídico atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando, por conseguinte, a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. *Ipsis litteris*:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.<sup>5</sup>

É oportuno lembrar, que, na vigência do antigo Código de Processo Civil, seu art. 126 trazia a seguinte redação: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

É importante observar que a redação do art. 8º do novo Código de Processo Civil, além de inovadora, é muito mais abrangente. Ao ampliar os deveres do juiz,

---

<sup>4</sup> *Non liquet* (do latim *non liquere*: "não está claro") é uma expressão advinda do Direito Romano que se aplicava nos casos em que o juiz não encontrava nítida resposta jurídica para fazer o julgamento e, por isso, deixava de julgar. É discutível se poderia ser uma fórmula de sentença com a qual o juiz, por uma incerteza no direito (como uma lacuna) ou na reconstrução dos fatos, não decidia a causa.

<sup>5</sup> BRASIL. CÓDIGO CIVIL DE 2002. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 17 maio. 2019.

atendendo de forma expressa aos fins sociais e às exigências do bem comum, o Código também trouxe uma redação inovadora prevista no art. 140, segundo o qual “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.<sup>6</sup>

Antes, pela redação do art. 126, do velho Código, hoje revogado, “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Assim, percebemos que, antigamente, o Código de 1973 tratava de “lacuna ou obscuridade da lei”. Hoje, de “lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. Implica dizer que estamos diante de uma cláusula mais ampla, onde o ordenamento jurídico prevalece para que seja ainda mais claro o dever do juiz de não se omitir na aplicação do Direito.

Lacuna e obscuridade da lei ocorrem porque a sociedade está diante de constantes mudanças, progresso e evolução. E o direito deve acompanhar essas mudanças. Porém, nem sempre o tempo para que o direito se adeque e acompanhe a sociedade é o ideal. Em algum momento da vida é possível que ocorra algum fato não previsto em lei, cabendo ao juiz decidir para não deixar o jurisdicionado sem uma resposta.

O novo Código de Processo Civil (CPC) impôs ao magistrado o dever de, em cada caso concreto, buscar a solução para preencher as omissões, as lacunas e as obscuridades da lei. Primeiro, o imperativo infere-se do art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.<sup>7</sup>

Por analogia, entende-se em aplicar uma disposição legal a um caso não qualificado normativamente, mas que possui algo semelhante com o fato típico por ela previsto. O uso do costume, por sua vez, entrará em cena quando a lei for omissa e não for possível a utilização da analogia. E os princípios gerais do direito serão invocados pelo juiz quando não houver lei ou costume aplicável ao ponto controvertido.<sup>8</sup>

Neste sentido, conforme exposto anteriormente, cabe neste momento, descrever

---

<sup>6</sup>BRASIL. CÓDIGO CIVIL DE 2002. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 17 maio. 2019.

<sup>7</sup>BRASIL. CÓDIGO CIVIL DE 2002. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De14657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm)> Acesso em: 17 maio. 2019.

<sup>8</sup> Os conceito de analogia, costumes e princípios gerais de direito serão aprofundados no próximo capítulo em momento oportuno.

cenário a partir do qual a discussão sobre os casos difíceis será feita. Este cenário é o do “positivismo conceitual”. E, para tal, será necessário distinguir o positivismo jurídico do jusnaturalismo. Assim como, diferenciar o positivismo conceitual de outras versões do positivismo jurídico, como o “positivismo ideológico”, o “formalismo jurídico” e o “ceticismo ético”.

A defesa do positivismo conceitual do Hart nos direcionará para a utilização da discricionariedade, consequência de textura aberta da linguagem. Para que se esclareça, é necessário entender que a discricionariedade é o espaço assegurado aos juízes para decidirem conforme a sua consciência e vontade, quando as regras, as lei e os princípios do direito não forem suficientes para fazê-lo. Assim, diz Hart:

A textura aberta do direito deixa aos tribunais um poder de criação de direito muito mais amplo e importante do que o deixado aos marcadores, cujas decisões não são usadas como precedentes criadores de direito. Seja o que for que os tribunais decidam, quer sobre questões que caem dentro daquela parte da regra que parece simples a todos, quer sobre as questões que ficam na sua fronteira sujeita a discussão, mantém-se, até que seja alterado por legislação; e sobre a interpretação de tal, os tribunais terão de novo a tenha, como outras regras, a sua área de textura aberta em que o marcador deve exercer uma escolha, possui contudo um núcleo de significado estabelecido. (HART, 1998, p.157).

Ou seja, ao optarmos pelo modelo positivista, inevitavelmente, a autoridade judicial teria de recorrer, dada a insuficiência ou as brechas existentes nas regras, à discricionariedade para criar nova regra.

## **1.1 O Jusnaturalismo**

Antes de caracterizar e definir o jusnaturalismo é preciso esclarecer que cada um dos movimentos mencionados a seguir reconstrói acertadamente alguns aspectos da realidade jurídica. Tanto o jusnaturalismo quanto o juspositivismo e o realismo jurídico têm o seu mérito quanto ao esclarecimento do fenômeno jurídico e na análise do conceito de direito.

A melhor forma de entender o que é o direito, de identificar a sua natureza, de se reconstruir de maneira racional o seu conceito ou realizar alguma transformação é por meio da investigação dinâmica, de maneira a relacionar dialogicamente os movimentos

mencionados. A filosofia do direito não é estática, mas uma conversa incessante.

De acordo com o filósofo do direito argentino, Carlos Santiago Nino<sup>9</sup>, uma dissecação das inúmeras versões do Direito Natural nos levaria a perceber que todos os chamados jusnaturalistas estão agrupados sob o mesmo rótulo por defenderem pelo menos uma das seguintes teses:

- 1) Uma tese de filosofia ética que sustenta que existem princípios morais e de justiça que são universalmente válidos e acessíveis à razão humana; ou seja, as leis naturais não são o produto de instituições humanas. (Tese Metafísica).<sup>10</sup>
- 2) Uma tese sobre a definição do conceito de Direito, segundo a qual um sistema normativo ou uma norma não podem ser qualificados de jurídicos se contradizem ou não passam pelo crivo de tais princípios. (Tese da Inseparabilidade).
- 3) Tanto os juízes quanto os sujeitos jurídicos têm a obrigação moral de obedecer ao direito. (STRUCHINER, 2005, p. 23).

Com base nas duas primeiras teses expostas acima, extrai-se a terceira, concernente à questão da obediência moral ao direito por parte dos juízes e operadores do direito.

Neste sentido, diz o Noel Struchiner:

Afinal, se os princípios morais e de justiça universalmente válidos existem e podem ser conhecidos, e se o direito deve necessariamente se identificar com esses princípios morais (versão forte da tese jusnaturalista), ou pelo menos não contradizê-los (versão fraca da tese jusnaturalista), então, não seria sensato para os jusnaturalistas que os juízes e cidadãos não tivessem a obrigação moral de obedecer ao direito. Para os jusnaturalistas, a expressão “direito justo” é um pleonasmo e a expressão “direito injusto”, uma contradição. A obrigação de obedecer ao direito decorre do próprio conteúdo moral das normas jurídicas (ou pelo menos da não ocorrência de conteúdo imoral, na versão fraca). (STRUCHINER, 2005, p. 23).

Embora as teses caracterizem o substrato comum de todas as vertentes do Jusnaturalismo, ainda assim existem diferenças significativas dentro desta própria

<sup>9</sup> NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel derecho, 1999, p. 28.

<sup>10</sup> Essa tese pode ser desdobrada em uma tese de caráter ontológico, acerca da existência dos princípios morais universalmente válidos, e uma tese de caráter lógico ou epistemológico sobre a possibilidade de conhecimento desses princípios.

corrente. A primeira divergência está no âmbito da origem ou fonte dos princípios morais e de justiça universalmente válidos, ou seja, divergem acerca da suposta natureza da qual emanam os princípios do Direito Natural.

Além disso, mesmo quando concordam a respeito da fonte do Direito Natural, muitas vezes divergem sobre o conteúdo que emana dessa fonte. Por isso, indaga-se: qual seria a natureza da qual se extrai o Direito Natural? Teria provindo de uma divindade? Teria sido fruto da razão humana?

Corroborando a argumentação, Hart traz críticas ao direito natural:

Estes factos sugerem o ponto de vista de que o direito é mais bem compreendido como um "ramo" da moral ou da justiça e de que a respectiva congruência com os princípios da moral e da justiça é da sua "essência", mais do que a sua integração por ordens e ameaças. Esta é a doutrina característica não só das teorias escolásticas do direito natural, mas também de alguma teoria jurídica contemporânea que se mostra crítica face ao "positivismo" jurídico herdado de Austin. Porém, aqui de novo as teorias que fazem esta assimilação estreita do direito e da moral parecem, no fim, confundir frequentemente uma espécie de conduta obrigatória com a outra e deixar espaço insuficiente para as diferenças em espécie entre as regras jurídicas e as morais e para as divergências nas suas exigências. Estas são, pelo menos, tão importantes como a semelhança e a convergência que também podemos descobrir. Assim a asserção de que "uma lei injusta não é lei" tem o mesmo timbre de exagero e paradoxo, se não de falsidade, que as afirmações "as leis do parlamento não são leis" ou "o direito constitucional não é direito". (HART, 1998, p.12)

Assim, como crítica a Tese da Inseparabilidade poderíamos dizer que uma lei injusta não deixa de ser, apenas por ser injusta, uma lei. Mas, podemos sempre nos perguntar que razões temos para, diante de uma lei injusta, agirmos em conformidade com aquilo que é prescrito pela lei. Em algumas circunstâncias, quando somos ameaçados pelo poder da autoridade política vigente, temos uma boa razão para agirmos em conformidade com a lei. Mas a única razão que temos para obedecer a lei, nesse caso, é o medo da punição, ou seja, leis injustas, a rigor, não geram obrigações, mas coações.

A obrigação depende, antes, do fato de a lei positiva ser conforme a alguma norma moral. Punições ou sanções, instituídas socialmente, podem funcionar como uma espécie de estímulo para cumprirmos nossas obrigações, mas elas não seriam constitutivas das próprias obrigações. Se esse tipo de punição fosse realmente constitutivo da obrigação que temos de obedecer a lei, então deixaríamos de ter tais

obrigações sempre que, agindo em segredo, sem testemunho de outras pessoas, pudéssemos estar certos de que não seríamos punidos.

Mas, no que diz respeito às divergências dentro do próprio jusnaturalismo, acrescenta Struchiner:

Os jusnaturalistas divergem radicalmente acerca da origem ou fonte dos princípios morais e de justiça universalmente válidos, ou seja, divergem acerca da suposta “natureza” da qual emanam os princípios do direito natural. Além disso, mesmo quando concordam a respeito da fonte do direito natural, muitas vezes divergem sobre o conteúdo que emana dessa fonte. Qual a natureza da qual se extrai o direito natural? Teria provindo da vontade de uma divindade? Teria sido fruto da razão humana? Seria a lei natural fisicamente co-natural a todos os seres animados à guisa de instinto (FASSÓ, 1986, p.655)? Nesse último caso, o homem seria naturalmente (instintivamente) “bom”? Ou “mau”? Dadas essas diferenças relevantes é que se pode falar em um direito natural teológico, um direito natural racional, e um direito natural em sentido estrito. (STRUCHINER, 2005, p. 24).

## 1.2 O Juspositivismo

Se por um lado não existem maiores dificuldades no momento de identificar as teses definidoras da corrente jusnaturalista, por outro, não se pode dizer o mesmo das características do positivismo jurídico.

Não é surpresa alguma que a expressão “positivismo jurídico” gera uma série de ambiguidades. Trazer uma tese dessas é trazer toda uma enxurrada de significados de teses heterogêneas e até incompatíveis.

Diz Nino:

O termo geral classificatório “positivismo jurídico” é utilizado para se referir a posições inconsistentes, a posições que muitas vezes foram explicitamente rechaçadas por aqueles que são considerados os principais expoentes do positivismo, e a posições que muitas vezes foram defendidas pelos positivistas, mas não como teses essenciais ou características da posição positivista (NINO, 1999, p.130) (trata-se de teses incidentais ou contingentes).

Assim, é possível perceber que estas teses são incidentais ou contingentes. Não faz muito sentido criticar um positivista sem argumentar ou indicar em que sentido ele é um positivista.

Por esta razão, alguns jusfilósofos se esforçaram na tentativa de dissipar o anuviamento que atrapalhou uma visão mais clara do conceito de positivismo jurídico.

Primeiro, esses pensadores tentaram mostrar quais eram as possíveis teses apresentadas de maneira oculta sob o rótulo “positivismo jurídico”, para depois destacar quais dentre essas teses foram as que realmente poderiam ser consideradas como as teses mínimas características do positivismo jurídico.

Fato é que o jusfilósofo Herbert Lionel Adolphus Hart foi o primeiro a impulsionar essa discussão com seu artigo, publicado na Harvard Law Review de 1958, “Positivism and the Separation of Law and Morals”. Mas este foi apenas o início dessa tentativa de lançar luz sobre esse conceito tão ambíguo.

### **1.2.1 O Positivismo Jurídico como Ceticismo Ético**

Uma das teses, frequentemente atribuída aos positivistas como constituindo o traço distintivo dessa posição é a tese do ceticismo ético. Esta proposição representa uma rejeição explícita à primeira tese dos jusnaturalistas e pode ser elaborada da seguinte forma:

- 1) Ou não existem princípios morais e de justiça universalmente válidos ou, mesmo que existam, há dúvidas sobre se podem ou não ser conhecidos pela razão humana. (STRUCHINER, 2005, p. 27).

Contudo, essa não pode ser a tese distintiva única do positivismo jurídico, já que nem todos os positivistas aderem à posição cética. Filósofos como Jeremy Bentham e John Austin, não podem ser vistos como céticos em matéria ética, pois sustentam um princípio moral universalmente válido: o princípio da utilidade.

Além disso, mesmo aqueles positivistas jurídicos que, influenciados por concepções filosóficas empiristas e pelos postulados do positivismo lógico (como Alf Ross e Hans Kelsen), adotaram uma postura cética em relação à possibilidade de se justificar racionalmente a verdade ou falsidade de juízos morais, não identificavam o

positivismo com essa posição.

Como diz o jusfilósofo escandinavo Alf Ross: “... é perfeitamente possível, sem nenhuma auto-contradição, negar a objetividade dos valores e da moral, e ao mesmo tempo ser uma pessoa decente e um companheiro de luta digno de confiança contra um regime de terror, corrupção e desumanidade”. Adiante, Alf Ross explica que o ceticismo da sua posição positivista “não se refere à moral, mas sim à lógica do discurso moral; não se refere à ética mas sim à metaética” (ROSS, 2001, p. 21).

Portanto, a tese do ceticismo ético deve ser descartada como uma possível candidata a expressar a essência do positivismo jurídico. Como se isso não bastasse para rejeitá-la como a nota característica da posição positivista, cabe ainda apontar para uma outra deficiência dessa tese: ela nada nos diz sobre o direito, apenas nega a existência e a possibilidade de conhecimento de princípios morais universais. A única coisa que se pode inferir a partir da informação de que alguém é cético em matéria ética é a conclusão de que não pode ser um jusnaturalista (em função da primeira tese que define o jusnaturalismo). Ainda resta saber qual é a sua concepção sobre o direito. Assim, faz-se necessário abrir mão da ideia de que essa tese pode definir o positivismo jurídico. A tese do ceticismo ético não é nem necessária nem suficiente para circunscrever essa posição.

### **1.2.2 O Positivismo Jurídico como Positivismo Ideológico**

Aqui, temos um positivismo definido como uma atitude valorativa em relação ao direito posto. Ou seja, os positivistas ideológicos seriam aqueles que defendem um posicionamento ideológico em relação ao direito positivo. Os ditos positivistas ideológicos, - rótulo este utilizado por Norberto Bobbio e Carlos Santiago Nino para classificar esses pensadores que transformam o positivismo jurídico em uma posição ideológica, (STRUCHINER, 2005, p. 29). - afirmam que qualquer que seja o conteúdo das normas do direito positivo, este tem validade ou força moral obrigatória. O que significa que os operadores do direito e os juízes têm o dever moral de obedecer ao direito positivo independentemente do seu conteúdo.

Desta forma, segundo Struchiner, o positivismo ideológico pressupõe as seguintes teses:

- 1) Para que um determinado sistema normativo receba o nome de “direito”, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma como jurídica e, portanto, como existente e válida, devem-se investigar as suas fontes e não o seu mérito.
  
- 2) Os juízes e sujeitos jurídicos têm a obrigação moral de obedecer ao direito positivo. O direito positivo é dotado de força moral obrigatória. (STRUCHINER, 2005, p. 30).

Os positivistas ideológicos elaboram uma combinação entre uma tese puramente descritiva, que permite identificar e descrever o direito válido, e uma tese normativa ou prescritiva acerca do dever moral de obediência ao direito. (STRUCHINER, 2005, p. 30).

Temos neste momento o problema clássico da filosofia do direito e da ética: a questão sobre a possibilidade de se extrair o dever-ser do ser. Segundo os positivistas ideológicos, o direito, pelo simples fato de ser posto, tem mérito. Falta apenas saber se há legitimidade para derivar conclusões normativas sobre o dever de obedecer ao direito.

Existe um fator de suma importância no que concerne a essa tese ideológica do positivismo: a possibilidade de que a transformação do positivismo jurídico em uma ideologia<sup>11</sup> pudesse gerar uma concepção incongruente e equivocada.

Quando o positivista ideológico defende sincronicamente as duas teses supramencionadas, ele diz que podem existir regras jurídicas injustas. Já que a primeira

---

<sup>11</sup> Sabendo da dificuldade de se conceituar a palavra “ideologia”, esclarecemos que a concepção aqui é fundamentalmente, de um conceito crítico-negativo, que indica uma falsa representação, um conhecimento invertido da realidade, que tem por consequência a justificação de relações de dominação e poder. Por "ideologia" neste sentido, consideram-se ideias como instrumento de dominação, agindo por meio de convencimento (persuasão ou dissuasão, mas não por meio da força física) de forma prescritiva, alienando a consciência humana.

tese do positivismo ideológico diz que as regras jurídicas podem ser válidas ainda que moralmente dubitáveis.

E mais, ao comparar a tese do positivismo ideológico com a do jusnaturalista ortodoxo – segundo a qual não seria possível existir regra injusta - nos deparamos com a força moral obrigatória do direito.

Neste ponto, o que distinguiria o jusnaturalista do positivista ideológico é que enquanto para o primeiro o dever moral de obedecer ao direito decorre do conteúdo moral das regras jurídicas, para o segundo, o dever moral de obediência ao direito decorre da validade do direito positivo. (STRUCHINER, 2005, p. 30). Os positivistas normativos identificam validade e justiça: o direito válido é automaticamente justo.

Neste sentido, diz Alf Ross: “Essa é a atitude que se revela no slogan: Gesetz ist Gesetz (A Lei é a Lei), que significa que toda ordem jurídica é direito e, como tal, quaisquer que sejam seu espírito e suas tendências, deve ser obedecido.” (ROSS, 2001, p.22).

Neste sentido, quando os juízes decidem de acordo com o direito vigente, assume-se uma posição valorativa que sustenta que eles devem levar em conta em suas decisões sob o seguinte princípio moral que prescreve a observância do direito vigente e exclusivamente do direito vigente.

Para o positivista ideológico, o direito, pelo simples fato de existir, é justo e deve ser obedecido. Ele privilegia e opta por certos valores, como a segurança e a previsibilidade, em detrimento de outros valores que poderiam entrar em choque com estes. Ao mesmo tempo, está fechando as portas para qualquer possibilidade de crítica ao direito positivo pelos sujeitos jurídicos e pelo judiciário.

Portanto, não é fácil se deparar com algum positivista jurídico que efetivamente apoie essa concepção. De fato, muitos a rejeitam explicitamente. Segundo Farrel “o positivismo ideológico não passa de uma caricatura do positivismo jurídico e os principais caricaturistas são os jusnaturalistas e os juristas práticos.” (FARREL, 1998, p.123).

A despeito dos expoentes positivistas não defenderem ou aderirem ao positivismo ideológico, essa é a posição que com maior frequência tem sido atribuída aos positivistas pelos jusnaturalistas, que conferem essa tese aos positivistas e vão criticá-los por aderirem a ela ao dizer que o positivismo serve para legitimar qualquer

regime de força, por exemplo, o nazismo. O que de fato é uma falácia, visto que os mais destacados positivistas não defendem as teses do positivismo ideológico.

Como argumento, os jusnaturalistas deturpam as teses do positivismo jurídico para tornar mais fácil a sua oposição.<sup>12</sup> Desta forma, pode-se perceber que não é a dita corrente positivista ideológica aquela que melhor se identifica com o rótulo do positivismo jurídico.

### 1.2.3 O Positivismo Jurídico como Formalismo Jurídico

Além das teses supracitadas, é comum atribuir ao positivismo jurídico, como uma de suas características, a concepção de que o ordenamento jurídico possui certa composição e estrutura. E a essa concepção dá-se o nome de “formalismo jurídico”.

Segundo Struchiner, constitui-se das seguintes teses:

- 1) O direito é composto exclusivamente ou predominantemente por normas promulgadas explícita e deliberadamente por órgãos legislativos e não por normas consuetudinárias ou jurisprudenciais.
  
- 2) Esse sistema de normas possui as seguintes propriedades: O sistema é fechado, ou seja, o conjunto de normas promulgadas pelo legislativo é exaustivo do direito; o sistema é completo, isto é, não existem lacunas no sistema de normas; o sistema é consistente, o que significa que não há contradições e antinomias normativas; e as normas do sistema são precisas, não existe nenhuma espécie de indeterminação lingüística, como ambigüidades sintáticas ou intoxicações semânticas como a vaguidade e a textura aberta da linguagem. (STRUCHINER, 2005, p. 32).

Desta forma, é concebido que o ordenamento é autossuficiente para oferecer

---

<sup>12</sup> Esse tipo de estratégia argumentativa falaciosa é conhecido como a “falácia do espantalho” (*straw man fallacy*). Ela consiste em defender ou atacar uma posição similar, mas diferente da posição defendida ou atacada pelos seus opositores. Primeiro a versão do seu oponente é distorcida e depois se ataca essa versão deturpada. Ver: KAHANE, 1971, p.33-36.

para cada caso uma única solução correta. A partir desta afirmativa, conclui-se que o formalismo jurídico e o positivismo ideológico seguem um mesmo caminho.

Nesse sentido, diz Struchiner:

O positivismo ideológico determina que os juízes devem aplicar e as pessoas devem obedecer ao direito vigente em todas as circunstâncias. O formalismo jurídico mostra como isso é possível: o direito é completo, consistente e preciso. No entanto, o positivismo jurídico também não pode ser identificado com o formalismo. Os principais positivistas contemporâneos, como Hart, Carrió, Raz, Alchourrón e Bulygin, se destacam justamente por explicitarem as insuficiências do sistema jurídico (mostrando a existência indelével de imprecisões lingüísticas e antinomias no direito) e a necessidade de se recorrer, em certos casos, a critérios que estão fora do direito (critérios que não contam como direito válido) para justificar uma decisão jurídica. (STRUCHINER, 2005, p. 32).

É exatamente no sentido oposto ao formalismo jurídico, constatando a imperfeição das regras jurídicas, que segue o presente trabalho.

### **1.2.3 O Positivismo Jurídico como Positivismo Conceitual**

A pergunta que o Struchiner tentou responder, acerca do positivismo conceitual, em sua tese de doutorado, foi a seguinte:

Se filósofos do direito como Bentham, Austin, Kelsen, Hart, Raz, Carrió, Alchourrón e outros não podem ser todos classificados como céticos, como formalistas jurídicos, ou positivistas ideológicos, então o que justifica que todos sejam agrupados sob um mesmo rótulo comum? Qual é a tese compartilhada por todos os jusfilósofos mencionados acima? Qual é a tese que subjaz a toda e qualquer versão do positivismo jurídico? (STRUCHINER, 2005, p. 32).

Assim sendo, a tese compartilhada por todos os positivistas é a do positivismo conceitual, tal qual o direito não deve ser identificado utilizando critérios valorativos, mas sim critérios fáticos, empíricos, objetivos.

A característica que distingue o positivismo conceitual de todas as outras teses acima expostas é a neutralidade com a qual se pode descrever e identificar o direito de um grupo social sem imiscuir-se valorativamente no conteúdo das normas jurídicas. A ideia é de que o direito não está comprometido axiologicamente com as normas

jurídicas. (STRUCHINER, 2005, p. 33).

Portanto, uma norma ou um sistema de normas podem ser injustos e, todavia, ser qualificados como jurídicos - o que jamais seria plausível para a corrente jusnaturalista.

Segundo Struchiner, a proposição que expressa a tese do positivismo conceitual é a primeira parte da tese do positivismo ideológico:

1) Para que um determinado sistema normativo receba o nome de “direito”, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma como jurídica e, portanto, como existente e válida, devem-se investigar as suas fontes e não o seu mérito. (STRUCHINER, 2005, p. 33).

À exceção do ceticismo ético, que se trata somente de uma tese sobre a existência e possibilidade de conhecimento dos princípios universais de moral e de justiça, tanto o positivismo ideológico quanto o formalismo jurídico pressupõem a tese do positivismo conceitual. (STRUCHINER, 2005, p. 33).

Além disso, a tese do positivismo conceitual é compartilhada também pelos positivistas jurídicos que não são nem formalistas nem positivistas normativos.

Como resume John Gardner:

Aqueles normalmente conhecidos por constituírem as figuras históricas dominantes da “tradição do positivismo jurídico” – Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen e Herbert Hart – não convergem em muitas proposições acerca do direito. Mas, sujeitos a algumas diferenças de interpretação, eles convergem de forma unânime a respeito da proposição (LP).

Em segundo lugar, a proposição (LP) é aquela que “positivistas jurídicos” contemporâneos – Joseph Raz e Jules Coleman – creditam a si mesmos qua positivistas jurídicos e sobre cuja correta interpretação eles debatem quando discutem entre si que positivistas jurídicos. Finalmente, o meu uso do rótulo condiz com o sentido literal do próprio rótulo.

Em quê deveria acreditar um “positivista jurídico”, se não que as leis são positivadas (*posited*)? E isso é o que, grosso modo, (LP) diz sobre as leis. Ela diz, para ser mais exato, que, em qualquer sistema jurídico, uma norma é válida enquanto uma norma daquele sistema somente em virtude do fato de que em algum tempo e lugar relevantes, algum agente ou agentes relevantes a anunciaram, a praticaram, a evocaram, a reforçaram, a endossaram ou de alguma forma se engajaram nela. Não se pode usar como objeção à sua consideração como lei o fato de que era uma norma aberrante, na qual aqueles agentes nunca deveriam ter se engajado. De modo inverso, se nenhum agente relevante tivesse se engajado nela, então ela não seria considerada como uma lei, muito embora possa ser uma excelente norma, na

qual todos os agentes relevantes deveriam ter se engajado sem reservas. Como Austin notoriamente expressou: “a existência da lei é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra” (GARDNER, 2001, p.200).

### 1.3 A Escolha do Positivismo Conceitual

Recapitulando os itens anteriores, podemos perceber, que a primeira vantagem do positivismo conceitual em relação às outras teses, é que esta é a única tese compartilhada por todos os positivistas jurídicos. Isto é, a tese segundo a qual o direito é identificado por meio de um critério de fonte e não um critério de mérito.

Portanto, a primazia do positivismo conceitual se dá enquanto nota definitiva característica da posição positivista.

E, além disso, verificamos também que a tese do ceticismo ético<sup>13</sup> não é compartilhada por todos os positivistas, e aqueles que aderem a ela não a consideram necessária para que alguém seja um positivista. (STRUCHINER, 2005, p. 35).

Nesse sentido, argumenta Struchiner:

Além disso, a tese do ceticismo ético nem sequer é uma tese sobre o direito, mas como o próprio rótulo indica, uma tese pertencente à filosofia moral ou à metaética. Já o positivismo ideológico, assim como seu companheiro inseparável, o formalismo jurídico, não passam de caricaturas do positivismo jurídico. Mas, ainda que sendo deturpações do mesmo, incorporam no seu âmago a tese do positivismo conceitual. Assim, se o que se pretende é tratar dos positivistas enquanto um grupo, a única tese legítima, capaz de descrever de forma fidedigna aquilo que todo e qualquer positivista aceita enquanto tal, é a tese do positivismo conceitual. (STRUCHINER, 2005, p. 35).

Por conseguinte, tanto o positivismo quanto o jusnaturalismo apresentam uma primazia em relação às outras teses filosóficas sobre o direito. O que dá substância a esse argumento é o fato de que ambas as teorias privilegiam a ideia de regras na explicação do conceito de direito. Tanto o positivismo quanto o jusnaturalismo reconhecem e partem do truísimo mais básico acerca do direito para construir as suas

---

<sup>13</sup> "Ou não existem princípios morais e de justiça universalmente válidos ou, mesmo que existam, não podem ser conhecidos pela razão humana." (STRUCHINER, 2005, p. 28).

teorias: a ideia de que o direito é, mesmo quando não exaustivamente, um sistema de regras. (STRUCHINER, 2005, p. 35).

Neste sentido, diz Shiner:

Pré-filosoficamente, ou pré-analiticamente, existem no mundo leis, regras jurídicas, doutrinas jurídicas, instituições jurídicas e sistemas jurídicos. [...] A filosofia do direito, nesse sentido, não é diferente da filosofia da ciência, filosofia da arte, ou filosofia da mente. A ciência e a arte existem, enquanto empreendimentos humanos, antes de qualquer tentativa dos filósofos de entender sua natureza. De forma um pouco mais controversa, mas igualmente verdadeira, a mente existe anteriormente à filosofia da mente, no sentido em que uma pessoa diz para a outra que sente dor ou o que ela está pensando, antes mesmo de qualquer tentativa feita pelos filósofos, sejam eles reducionistas ou dualistas, de entender o que significa existir mentes, dores e pensamentos. Assim sendo, teorias filosóficas que rejeitam a existência de entidades pré-filosóficas devem ceder lugar para aquelas que assumem a existência de tais entidades e procuram analisar, entender, ou interpretá-las, mesmo que de forma reducionista. Logo, no caso presente, tanto o positivismo quanto o antipositivismo assumem diretamente a existência do direito, de regras jurídicas, instituições e sistemas, apesar de cada um ter idéias muito diferentes sobre como realizar a sua representação de maneira perspicaz. O realismo jurídico e os seus associados negam, se não a existência, pelo menos o significado para a teoria do direito de regras jurídicas, doutrinas, instituições e sistemas. (SHINER, 1992, p.5).

Se por um lado, o direito, de acordo com os positivistas, é um artifício humano, resultante de uma escolha, convenção e práticas sociais; por outro lado, para os jusnaturalistas, o direito é naturalmente justo, ético e moralmente superior. Eles admitem a existência de regras postas por um critério de fonte, mas também vislumbram um conjunto de regras logicamente anteriores e eticamente superiores às normas positivadas.

Quando, em nota definitiva, dizemos que o positivismo conceitual pressupõe que a existência do direito depende de um critério de fonte, admitimos que a fonte pode estabelecer, como direito, um conjunto de informações divergentes das informações utilizadas em outros âmbitos de tomada de decisões onde impera a razão prática<sup>14</sup>.

Como exemplo, trago a luz a seguinte situação:

Todos nós acreditamos que as faculdades de direito ensinam coisas diferentes do que as faculdades de ciências sociais e de ciências políticas, isso para não falar das faculdades de administração e medicina; aquilo que ocorre no

<sup>14</sup> Para Kant, a razão pura prática apresenta-se como o único e exclusivo fundamento para a moral, nenhum outro é suficientemente capaz de impor, totalmente a priori, à vontade humana uma lei válida objetivamente à conduta de todo ente racional.

âmbito legislativo é diferente daquilo que acontece diante de um tribunal; o Exame da Ordem dos Advogados e o Provão do MEC para os bacharéis em direito testam um conhecimento mais específico do que outros testes de aptidão; e as pessoas que atuam na prática do direito, de uma forma geral, costumam afirmar que retiram as suas informações jurídicas de fontes especiais como o diário oficial ou as diversas compilações e organizações de atos jurídicos preparados pelas editoras jurídicas. Apenas para aprofundar a discussão, quando se escuta que apenas 12,5% dos candidatos foram aprovados no exame da Ordem dos Advogados de São Paulo, isso significa que o restante dos inscritos deixaram a desejar em certos aspectos. O mais provável é que os reprovados não deixaram a desejar em termos morais ou políticos, mas sim porque não sabiam certas informações jurídicas relevantes. O fato de ser reprovado na prova da OAB não torna alguém, necessariamente, moralmente inapto nem mesmo significa, necessariamente, que essa pessoa não domina certos mecanismos de raciocínio, como a indução e a dedução. O mais plausível é que os candidatos reprovados simplesmente não conheçam o direito, que é constituído por um domínio limitado e diferenciado de informações.

Se o que é testado é um conhecimento moral, então deveríamos esperar ver atuando no direito apenas pessoas moralmente qualificadas. Esse certamente não é o caso. As pessoas provavelmente não precisariam fazer cursos preparatórios específicos de direito penal, civil, empresarial ou qualquer outro, se a prova testasse um conhecimento moral. Além disso, quando as pessoas dizem que a prova foi muito difícil, isso não quer dizer que, do ponto de vista moral, as perguntas não tinham respostas claras. O fato é que aqueles que foram reprovados supostamente não estão aptos a entrar no mundo jurídico porque não têm conhecimento de informação jurídica. (STRUCHINER, 2005, p. 36).

Diante disso, precisamos retomar os seguintes pontos: primeiro que, para um jusnaturalista, chamar de “sistema jurídico” de sistema imoral, ou uma norma injusta de “norma jurídica” é cometer um erro conceitual. Segundo, que, conforme as teses jusnaturalistas, direito e moral estão analiticamente entrelaçados de forma a priori. Portanto, para o jusnaturalista, a moral é um critério de identificação do direito em todo e qualquer mundo possível. (STRUCHINER, 2005, p. 43).

Assim, para que se possa prosseguir o raciocínio é necessário investigar os argumentos do positivista conceitual de forma mais lapidada. O discurso do positivista conceitual é revelado como um discurso teórico sobre possibilidades. Quando se defende que o direito é uma questão de fonte e não de mérito, que depende de uma escolha social ou daquilo que determina o soberano, não se está necessariamente se referindo a um único sistema jurídico específico, espaço-temporalmente situado, mas a todo e qualquer sistema jurídico.

Cabe, necessariamente à fonte, poder decidir incorporar critérios morais e de justiça ou não no processo de identificação do direito.

Neste sentido diz Struchiner:

A diferenciação empírica entre direito e moral pressupõe a diferenciação conceitual entre eles. Porém, a diferenciação conceitual não garante a diferenciação na prática. O direito é uma questão de fonte, e é plausível que, por uma questão de fonte, critérios morais sejam incorporados ao direito. A co-extensão entre o domínio do direito e o domínio da moralidade em uma sociedade qualquer, ou até mesmo em todas as sociedades existentes (desde que não em todas as sociedades possíveis), não significa que o conceito de moral e o conceito de direito são co-intensionais. O ponto aqui é destacar a admissibilidade da diferenciação entre direito e moral pelo positivismo conceitual, que explica tanto a diferenciação intensional (o direito é sempre, em última instância, uma questão de fonte e a moral é sempre uma questão de mérito) quanto a diferenciação na extensão entre o campo do direito e o campo da moral (a fonte pode decidir incorporar critérios morais). É de máxima importância perceber que a tese do positivismo conceitual, nota característica do positivismo jurídico e expressão mais autêntica da corrente juspositivista, por si só é normativamente inerte. Ser normativamente inerte significa que não pode servir como um guia para a ação. Apesar de a tese do positivismo conceitual estabelecer as condições que tornam uma norma válida juridicamente (condições que recorrem às fontes e não ao mérito da norma), ela por si só não determina que as normas jurídicas válidas devem ser seguidas. (STRUCHINER, 2005, p. 49)

Desta forma, fica evidente que o positivismo conceitual não é uma tese moral do direito ou de como se deve obedecer a lei. Por si só a tese é normativamente inerte. Ela identifica as normas que devem ser obedecidas pelo critério da fonte, mas não acrescenta nada em termos de conteúdo ou matéria das normas.

Assim, não é surpresa alguma que os positivistas jurídicos reconheçam a necessidade da realização de debates morais substantivos que ultrapassem a mera aceitação da tese afim de que seja possível agir ou tomar algum curso de comportamento em relação ao direito.

O que pode e deve ser esclarecido é que os positivistas não deixam de avaliar o direito do ponto de vista moral, como muitas vezes é pintado pelo cenário tradicional, simplório e errôneo, construído pelos jusnaturalistas e juristas práticos.

Assim como os defensores do jusnaturalismo, os positivistas avaliam as normas do ponto de vista moral. A diferença entre eles se dá no *momento* da avaliação.

Se por um lado, os jusnaturalistas avaliam as normas com as quais se deparam, para decidir se elas podem ou não ser qualificadas como normas jurídicas, por outro, os

positivistas identificam as normas jurídicas recorrendo à tese do positivismo conceitual e depois as avaliam do ponto de vista moral para decidir se elas devem ou não ser aplicadas ou seguidas.

De fato, para entendermos melhor, devemos pensar que a diferença no *momento* em que ocorre a avaliação não é significativa. As consequências práticas da sua ocorrência antes ou depois de uma avaliação moral são as mesmas: o jusnaturalista conclui que normas imorais ou injustas não devem ser obedecidas porque não são direito, enquanto o positivista jurídico conclui que uma norma imoral ou injusta, ainda que seja juridicamente válida, não deve ser obedecida justamente porque é imoral ou injusta.

Assim, diz Farrell:

O que se deve discutir, então, não é quando se avalia moralmente o direito, mas sim qual é a melhor teoria moral com a qual o direito deve ser comparado; mas isso – suponho – é um tópico da ética, e não da filosofia do direito. De onde – talvez – possa concluir mostrando um dilema: o tema de discussão aparentemente mais importante na filosofia do direito não tem a importância que lhe é imputada, e o tema realmente importante não é um tema da filosofia do direito. (FARREL, 1998, p.124)

Essa afirmativa acaba gerando um certo desconforto filosófico. Ora, se não cabe à filosofia do direito decidir o que seria uma lei moralmente justa ou injusta, em que instância devemos recorrer? A filosofia ética? As novas teorias da argumentação?

Essas questões serão investigadas nos capítulos seguintes, neste momento, cabe apenas a conclusão de que, diante da inércia normativa do positivismo jurídico, consubstanciado na tese do positivismo conceitual, entendemos que esta tese não constitui uma teoria completa sobre a natureza do direito. Segundo o que já foi dito, a tese básica do positivismo conceitual apenas permite o reconhecimento da existência ou validade de uma norma jurídica, sendo exclusivamente uma tese sobre a validade do direito.

O que nos resta questionar em seguida seria que após a identificação de uma norma válida ela deve ser obedecida pelos sujeitos jurídicos? Deve ser aplicada pelos juízes? A norma ajuda a realizar os propósitos do direito? Ela justa? E etc. Atribuir

validade a uma determinada norma não significa, automaticamente, que essa norma não deva ser repudiada afastada, ou declarada inútil.

O mais importante é deixar claro que a tese do positivismo conceitual deixa as portas abertas para o aparecimento de outras teorias acerca da lida com o direito e quanto a sua interpretação.

Portanto, em conclusão, segundo o Struchiner:

Quando alguém adere ao positivismo conceitual não está aderindo a muita coisa, porque o positivismo conceitual é normativamente inerte. Porém, está fazendo uma opção metodológica importante. O positivismo conceitual é um exercício analítico de identificação do direito sem qualquer pretensão de realizar, necessariamente, um insulamento da prática jurídica. Sendo assim, ele deixa as perguntas certas para o momento certo. Conforme mencionado, ele deixa as portas abertas para investigações adicionais sobre como lidar com o direito identificado como válido. O positivismo conceitual permite a realização de experimentos controlados acerca do material normativo identificado de acordo com o critério de fonte. Talvez o leitor não concorde que o critério de fonte seja um critério suficiente para qualificar algo como jurídico. Não obstante, ainda assim vale a pena investigar esse material, já que ele apresenta uma pretensão forte de autoridade em nossas sociedades contemporâneas. (STRUCHINER, 2005, p. 54).

Deste modo, já foi dado o cenário do positivismo conceitual, a partir do qual a discussão sobre os hard cases será realizada. Distinguimos o positivismo jurídico do direito natural; diferenciamos o positivismo conceitual de outras versões do positivismo jurídico, como o “positivismo ideológico”, o “formalismo jurídico” e o “ceticismo ético”, e concluímos que o positivismo conceitual apresenta uma tese sobre como identificar o direito existente de uma determinada sociedade. Vimos que é uma tese descritiva que diz que o direito deve ser identificado recorrendo-se às suas fontes e não ao seu mérito. Temos o direito como um conjunto de regras - em sentido amplo e incorporando regras e princípios- colocadas por uma autoridade.

Porém, vimos também, que como a tese do positivismo conceitual é normativamente inerte, ela nada nos diz sobre como trabalhar com as regras que foram identificadas.

No próximo capítulo, serão descritas, de forma aprofundada, as fontes do direito brasileiro: as leis, o costume, a analogia, os princípios, a doutrina e a equidade. Em seguida, veremos como a filosofia do direito do Hart lida com os conceitos de regra, textura aberta da linguagem, casos difíceis e discricionariedade. Para tal, mostraremos que assim como na filosofia, o direito também passou por uma virada linguística a partir do momento que as normas passaram a ser analisadas juntamente com conceitos como, os de “uso”, “jogos de linguagem”, “semelhanças de família”, de acordo com o que foi apresentado por Wittgenstein sobre a concepção de linguagem.

No terceiro e último capítulo investigaremos a possibilidade da argumentação jurídica e da retórica como ferramentas de raciocínio para se pensar o direito a partir do positivismo conceitual do Hart.

Afinal, se o Hart não aprofunda a investigação sobre os limites do raciocínio jurídico levado a cabo nos casos difíceis do direito, os teóricos da argumentação, assim como Hart, reconhecem também que o poder discricionário que é deixado para o juiz pela linguagem é, em certas ocasiões, tão amplo, que se ele aplicar a regra, a conclusão constitui, na verdade, uma escolha. O que não quer dizer que essa escolha seja arbitrária. Contudo, ao contrário de Hart, os teóricos da argumentação vão desenvolver modelos, que indicam os problemas que podem surgir e as possíveis formas de se trabalhar racionalmente dentro da região de penumbra dos casos difíceis do direito.

## 2. A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM E O CONCEITO DE DIREITO DE H. L. A. HART

### 2.1 A Filosofia analítica

É necessário entender que para começar a falar das ideias de Hart acerca do direito e a noção de textura aberta da linguagem é imprescindível visualizar o contexto filosófico fervilhante em que estava inserido o jusfilósofo. E este contexto é o da filosofia analítica.

Desta forma, podemos entender filosofia analítica de dois modos:

- 1) De forma mais ampla, entendemos filosofia analítica como uma maneira de se fazer filosofia recorrendo-se ao método analítico para o tratamento das questões filosóficas.
- 2) De forma mais específica e determinada historicamente, a filosofia analítica é uma corrente filosófica que adota o método analítico. Surgiu no final do século XIX, desenvolveu-se ao longo do século XX até os tempos atuais, caracterizando-se como uma das principais correntes do pensamento contemporâneo.

Neste sentido mais específico, a filosofia analítica inclui também diferentes tendências, desde as suas origens no contexto da crítica ao idealismo então dominante até as várias linhas do pensamento contemporâneo.

O método analítico pode se desdobrar, por sua vez em diferentes modos de se interpretar o que vem a ser ‘análise’ em um sentido filosófico. Se nos perguntarmos, portanto o que significa filosofia analítica e como podemos entender a noção de ‘análise’, veremos que não há uma resposta única a estas questões.

Neste sentido diz Danilo Marcondes:

A filosofia surge na Grécia antiga como busca de resposta específica a um sentimento de necessidade de se compreender melhor o mundo de nossa experiência. 'Compreender melhor' significa compreender a realidade diferentemente de como o fazemos e de forma mais satisfatória, dados certos objetivos práticos e teóricos. Isso acarreta um sentimento de que o mundo de nossa experiência não é transparente, não se revela a nós espontaneamente. Compreendê-lo melhor significa, assim, *analisá-lo*. Analisar, por sua vez, equivale a decompor, separar certos conceitos básicos, para então defini-los. Esses conceitos básicos servirão de ponto de partida para a *definição* e a compreensão dos demais. Definir consiste em estabelecer o significado de certos conceitos básicos e, na tradição analítica contemporânea, conceitos são entendidos como entidades linguísticas, dão o apelo à linguagem na análise filosófica, e daí a filosofia analítica ser confundida com frequência com a filosofia da linguagem. [...] A filosofia analítica contemporânea, na medida em que define sua tarefa como a análise dos conceitos, visando desse modo elucidar os problemas filosóficos, tem demonstrado muito pouco interesse pela formação histórica da tradição filosófica. A análise do conceito como parte da tentativa de solução de um problema filosófico não depende de uma compreensão da história do conceito, de suas origens e evolução, mas sim, na concepção tipicamente analítica apenas da determinação da definição desse conceito da forma mais clara e precisa possível. (MARCONDES, 2004, p. 9)

Recentemente, filósofos analíticos como Michel Dummett, preocuparam-se em entender melhor a formação da tradição analítica: sua origem, sua ruptura com a tradição filosófica anterior e seus desdobramentos mais recentes. Assim, Michael Dummett divide a tradição filosófica em três grandes períodos. O primeiro, vai da filosofia antiga até o final do pensamento medieval, ou seja, do século VII a.C. até o século XIV. Este período é marcado pelo interesse central na ontologia, pela questão sobre o Ser, sobre no que consiste a realidade, qual a sua natureza última; sua essência. (MARCONDES, 2004, p. 10)

O segundo período é caracterizado por uma ruptura radical com o primeiro e marca o surgimento da filosofia moderna, tendo como questão central a epistemologia, a investigação sobre o conhecimento. Este período vai do século XVI ao XVII e tenta responder à questão sobre o conhecimento do Ser, a natureza desse conhecimento e a sua possibilidade.

O terceiro período é marcado pela ruptura da filosofia contemporânea com a filosofia moderna e vai do final do século XIX ao início do século XX. Esta nova ruptura introduz a questão lógico-lingüística, ou seja, o conhecimento não pode ser entendido independentemente de sua formulação e expressão em uma linguagem. A questão primordial passa a ser a análise da linguagem, da qual dependerá todo o

desenvolvimento posterior da filosofia. A filosofia analítica surge nesse momento, respondendo diretamente a essa necessidade.

Embora a análise seja um procedimento básico adotado na filosofia analítica, este recurso é encontrado na tradição filosófica desde a sua origem:

Platão por exemplo empreende uma análise conceitual em sua busca da definição do 'sofista' no diálogo homônimo, quando pela *diairesis* (divisão, separação, decomposição), busca os vários elementos que entram na definição de um conceito e as várias distinções que podem ser feitas a partir da consideração de um conceito geral. A discussão por Aristóteles da causalidade dos *Segundos analíticos* e na *Física*, mostrando que o conceito de 'causa' pode ser entendido de quatro modos diferentes – formal, material, eficiente e final -, consiste em uma análise do conceito de causa, da qual resultam essas distinções, permitindo assim uma definição mais precisa e desfazendo equívocos. [...] Portanto, mesmo antes da centralidade que a filosofia analítica atribui à análise conceitual, já a encontramos como parte fundamental da investigação filosófica. (MARCONDES, 2004, p. 10)

Assim, a análise filosófica não é, portanto, uma análise linguística apenas, mas uma análise que se faz através da linguagem. Não é possível separar a linguagem da realidade sobre a qual essa linguagem fala, como se fossem duas naturezas distintas; ao contrário. Quando se examina a linguagem já se está necessariamente examinando esta realidade e não se tem como analisá-la diretamente, independentemente da linguagem.

O uso da linguagem é uma forma de ação no real e não uma simples maneira de descrever a realidade que se observa. Ao se perscrutar o uso da linguagem examinamos a própria experiência do real. Em outras palavras, a linguagem ordinária é o horizonte último onde a experiência se constitui. (MARCONDES, 2004, p. 36).

Portanto, uma vez que a análise tem como seu objeto a linguagem ordinária e como finalidade a caracterização dos elementos envolvidos em seu uso para assim explicitar o significado dos termos e esclarecer os problemas filosóficos a eles associados, esse tipo de análise é sempre provisório, nunca definitivo ou completo. Os problemas podem ser retomados, novos usos levados em consideração, novas relações podem ser estabelecidas. A análise é sempre parcial e deve proceder de forma minuciosa, sem pretensão alguma de um resultado definitivo.

## 2.2 Waismann e Wittgenstein: A Textura aberta da linguagem

Neste momento da dissertação, cabe ressaltar, diante do exposto, que a noção de “textura aberta da linguagem”<sup>15</sup>, foi empregada pela primeira vez pelo filósofo da linguagem Friedrich Waismann.<sup>16</sup> O conceito surgiu como resposta à tentativa dos positivistas lógicos de identificar o significado de uma afirmação com o seu método de verificação. O que o filósofo percebe é que existe uma falha capaz de comprometer algumas noções dos positivistas lógicos. Dado que, se o método de verificação confere o próprio significado da afirmação, a consequência lógica é que as afirmações deveriam poder ser traduzidas nas experiências que constituem o método de verificação. Ou seja, segundo o próprio Waismann:<sup>17</sup> “o significado de uma afirmação aduz o seu método de verificação.” (WAISMANN, 1978, p. 117)<sup>18</sup>

Neste sentido, evitando adentrar no mérito da questão sobre a concepção de “método de verificação” das proposições, é importante lembrar que os positivistas lógicos argumentavam que através do método de verificação das proposições seria possível conhecer o significado por ela expresso, especialmente, quando a aplicação do conceito a ser analisado ainda fosse desconhecida. Para isso, faz-se necessário que a linguagem apresente como característica a univocidade de seus termos. Somente a partir de critérios linguísticos rígidos seria possível verificar afirmações como: “há um lápis sobre a cômoda”, o que seria feito através da verificação por meio de constatação de que existe uma cômoda que contém um lápis sobre si.

Embora o positivismo lógico pretendesse apresentar uma linguagem analítica cuja característica principal fosse o rigor linguístico, Waismann observou que não é

---

<sup>15</sup> O termo “textura aberta da linguagem” (“open texture of language”) foi sugerido a Waismann pelo professor Kneale, como tradução do termo criado por Waismann no alemão, “porosität der begriffe” (“porosidade dos conceitos”)(STRUCHINER, 2005, p. 99).

<sup>16</sup> É importante lembrar que Waismann fazia parte do Círculo de Viena, tendo conviado com importantes estudiosos e lógicos de sua época, entre eles Wittgenstein, por quem foi fortemente influenciado. Entre as noções wittgensteinianas das quais Waismann valeu-se para apresentar a noção de “textura aberta” como resposta ao idealismo lógico também está a de semelhanças de família.

<sup>17</sup> Waismann, seguindo as idéias de seu mestre Moritz Schlick, traz para o centro de sua teoria as ideias de significado e verificação. Agregava ele ao seu viés teórico, portanto, a visão schlickiana segundo a qual “o significado de uma afirmação é fornecido pelo método de verificação, que consiste em fornecer as condições que devem ser obtidas para que ela seja verdadeira”.(STRUCHINER, 2001, p. 9.)

<sup>18</sup> WAISMANN, Friedrich. Verifiability. In: FLEW, Antony (Coord.). Logic and language. Oxford: Balckwell, 1978. p. 117.

possível delimitar um conceito de modo completo, sem que sejam suscitadas novas dúvidas quanto a sua significação.

Waismann observa, em seu artigo "Verifiability", de 1978 que, em muitos casos, tal redução não é possível e que, em função da textura aberta da linguagem, o significado das afirmações não se esgotaria com o fornecimento de um conjunto finito de experiências. Ou seja, embora a verificação de um conjunto finito de experiências possa funcionar como “condição de assertibilidade” (assertability condition) de uma afirmação, muitas vezes não é logicamente suficiente para esgotar o significado da mesma. A relação entre significado e método de verificação é mais sutil, como é possível perceber a partir de alguns exemplos do Waismann:

Suponha que eu tenho que verificar a afirmação 'Tem um gato no quarto ao lado'; suponha que eu vá para o quarto ao lado, abra a porta e, de fato, veja um gato. Será que isso é suficiente para provar minha afirmação? Ou, devo, além disso, tocar no gato, acariciá-lo e induzi-lo a ronronar? ...Mas, o que devo dizer se mais tarde aquela criatura crescer assumindo um tamanho gigantesco? Ou se aquela criatura vier a mostrar um comportamento esquisito, que não se encontra nos gatos, como, por exemplo, sob certas condições essa criatura ressuscitasse da morte, enquanto gatos normais não fariam isso? Devo eu, nesse caso, dizer que passou a existir uma nova espécie de animal? Ou que aquela criatura era um gato com propriedades extraordinárias? (WAISMANN, 1978, p.119)

Suponha que eu me depare com um ser que se parece com um homem, fala feito um homem, se comporta como um homem e tem só um palmo de altura – devo eu dizer que se trata de um homem? (WAISMANN, 1978, p.120)

Para Waismann, o método de verificação deve-se submeter a determinadas condições necessárias, condições capazes de atribuir-lhe veracidade. O fato é que esse método verificacionista muitas vezes se confunde diante das ilusões da linguagem; isso significa dizer que determinadas palavras podem se combinar de uma forma tal que sejam geradas significações inéditas, sendo esse ineditismo comprometedor ao significado da expressão.

Neste exemplo, temos “gato” e “homem” descrevendo conceitos empíricos. Contudo, ambos apresentam uma textura aberta. O que quer dizer o seguinte: por mais que possamos circunscrever esses conceitos em determinadas direções, contrastando esses termos com outros termos, deixaremos, na maior parte das vezes, de delimitá-los em outras direções, resultando em lacunas na forma como seu uso deve ser efetivado.

Assim, para esclarecer, o que Waismann pretende dizer quanto à textura aberta da linguagem, é que os conceitos empíricos – e não somente eles<sup>19</sup>-, não estão delimitados de forma a priori, em todas as direções possíveis. Os conceitos empíricos não apresentam uma definição exaustiva, ou seja, nenhum conceito se encontra delimitado de forma que não surjam oportunidades para dúvidas a respeito do seu significado.

Fato é que a textura aberta da maioria dos conceitos empíricos ocorre devido à "incompletude essencial" das descrições empíricas. O exemplo que Waismann apresenta ao tentar explicar a noção de incompletude essencial das descrições empíricas é este:

Se eu tivesse que descrever a minha mão direita, que eu agora estou levantando, eu poderia dizer coisas diferentes sobre ela: eu posso dizer o seu tamanho, o seu formato, a sua cor, o seu tecido, a composição química dos seus ossos, suas células e adicionar outros detalhes; porém, não importa o quanto eu me estenda, eu nunca vou alcançar um ponto em que a minha descrição será completa: falando de forma lógica, sempre é possível estender a descrição adicionando algum ou outro detalhe. Toda descrição se estende para um horizonte de possibilidades abertas: não importa a distância que eu percorra, eu sempre carregarei esse horizonte comigo... não existe completude no caso em que eu descrevo a minha mão direita, ou o caráter de uma pessoa; eu nunca posso exaurir todos os detalhes ou prever todas as circunstâncias que me fariam modificar ou retirar a minha afirmação. (Isso já havia sido notado por Leibniz quando ele disse que qualquer coisa real é inesgotável nas suas propriedades e uma verdadeira imagem da Mente Infinita.) (WAISMANN, 1978, p.122)

Assim sendo, ainda que tentemos construir uma definição capaz de antecipar todos os usos dos conceitos empíricos, essa tarefa é impossível, uma vez que sempre podem surgir casos novos que requeiram uma reformulação da definição. É exatamente por esta razão que diz Waismann: "...nós nunca podemos ter certeza de que nós incluímos na nossa definição tudo aquilo que deveria ter sido incluído, e portanto o processo de definição e refinamento de uma ideia vai continuar sem nunca atingir um estágio final" (WAISMANN, 1978, p.123).

Um raciocínio possível é o de que provavelmente nós nunca conseguiremos conceber um modelo ou uma definição capaz de antecipar todos os usos dos conceitos empíricos, simplesmente pelo fato de que nunca poderemos ter cem por cento de certeza de que incluiremos na definição tudo aquilo que deveríamos incluir.

<sup>19</sup> Para Waismann, os termos psicológicos (inteligente, sábio, ciumento) também apresentam uma textura aberta. A assertiva: "ele é um homem sábio" não pode ser verificada de forma conclusiva em função da textura aberta do termo "sábio". Essas afirmações psicológicas não podem ser traduzidas por um conjunto de comportamentos.

Logo, em decorrência dos motivos expostos acima, poderemos concluir que as afirmações que possuem conceitos dotados de textura aberta – afirmações empíricas ou sobre objetos materiais não podem ser reduzidas às suas verificações.

É, portanto, em função da característica da textura aberta da linguagem que a verificação das afirmações empíricas não poderá ser conclusiva. Essa característica de alguns conceitos, que tem origem na incompletude das nossas descrições empíricas, significa que eles não podem ter uma definição exaustiva. Se a definição dos termos dotados de textura aberta não pode ser completa, já que não sabemos todas as situações em que eles podem ser ou não usados com segurança, então, tampouco as afirmações que possuem esses conceitos poderão ser verificadas de forma conclusiva. (STRUCHINER, 2001, p. 22)

Podemos concluir que o resultado lógico da infinidade de combinações possíveis por meio do uso da linguagem se dá na textura aberta. Podemos dizer que ela é uma decorrência da abordagem da linguagem a partir dos jogos de linguagem de Wittgenstein, como veremos posteriormente, e que a partir dessa afirmação, torna-se claro o paralelo da teoria de Waismann com o legado wittgensteiniano.

O próprio conceito de semelhanças de família remete à vagueza dos conceitos linguísticos, o que pode ser percebido na dinamicidade dos termos que se combinam nos jogos de linguagem. No mais, percebe-se que tanto as expressões submetidas à região da textura aberta como aquelas submetidas às semelhanças de família possuem contornos imprecisos.

Para introduzirmos as ideias e conceitos de Wittgenstein, se faz necessário esclarecer que para Gordon Baker, em seu artigo "Verehrung und Verkehrung: Waismann and Wittgenstein" de 1979<sup>20</sup>, o conceito de textura aberta da linguagem proposto por Waismann nasceu do conceito de "hipótese" elaborado por Wittgenstein. Diz Baker:

Uma hipótese admite múltiplas verificações independentes, mas nenhuma delas, e nenhuma combinação delas, é conclusiva. No máximo, uma hipótese se torna provável em função das evidências que servem para confirmá-la, mas nunca certa. (BAKER, 1979, p.270).

---

<sup>20</sup> BAKER, G. Verehrung und Verkehrung: Waismann and Wittgenstein. In: LUCKHARDT, C. G. (ed.). Wittgenstein – Sources and Perspectives. Sussex:Harvester Press, p.243-285, 1979.

Podemos verificar, que o conceito de hipótese de Wittgenstein, claramente se aproxima do conceito de textura aberta da linguagem. A hipótese traz consigo a noção de incerteza, de probabilidade, e principalmente, a ideia de textura aberta. Assim como uma hipótese só pode se tornar mais ou menos provável em função das evidências, e jamais absolutamente certa, a afirmação empírica não pode ser verificada de forma conclusiva, em decorrência da textura aberta da linguagem. Nesse sentido, Wittgenstein e Waismann comungam numa mesma posição.

Segundo Guilherme Silva<sup>21</sup>, essa mesma conceituação, atrelada às predileções wittgensteinianas, se dá do seguinte modo:

A hipótese é a regra por meio da qual conectamos diferentes aspectos fenomênicos, dados no constante fluxo presente da experiência imediata, em formas ‘inalteráveis e estáveis’, que denominamos de objeto físico, passíveis de serem situados no tempo homogêneo fisicalista. Além, disso, o uso das hipóteses também tem em vista fazer predileções. Por essa razão ele [Wittgenstein] afirma que “uma hipótese é uma lei para formar expectativas.” Em resumo, a hipótese é uma regra que permite conectar os dados imediatos em formas que perduram e obter proposições a serem comparadas futuramente com a experiência imediata””. (SILVA, 2009, P. 141)

Este conceito vem reiterar o fato de que a incerteza é a força motriz do ideal wittgensteiniano de hipótese. São expectativas, desconhecimento e incansáveis verificações que formam esse universo hipotético, o mesmo universo hipotético que serviu de projeção à ideia de Waismann de textura aberta da linguagem.

A noção de textura aberta da linguagem é derivada do pensamento da fase intermediária de Wittgenstein, correspondendo ao período da composição das obras *Philosophical Remarks* e *Philosophical Grammar*, e dos próprios ditados feitos por Wittgenstein sobre o conceito de hipótese (BIX, 1995, p.14).

De fato, a filosofia do segundo Wittgenstein, do Wittgenstein das Investigações Filosóficas, preserva algumas idéias que apresentam semelhanças marcantes com a noção de textura aberta da linguagem e merecem ser mencionadas. Essas idéias são derivadas das noções de "jogos de linguagem" e "semelhança de família".

---

<sup>21</sup> SILVA, Guilherme Ghizoni. Wittgenstein, hipótese e uso: as análises do tempo e a pragmática da linguagem, no início da década de trinta. *Cognitio-Estudios*, São Paulo, v. 6, p. 139-146, 2009. p. 141.

Ludwig Wittgenstein influenciou decisivamente as duas principais vertentes da filosofia analítica da linguagem contemporânea, a primeira: semântica formal, e a segunda: pragmática, embora ele próprio não tenha utilizado esta terminologia.

Apesar da radical mudança de Wittgenstein em sua concepção de linguagem, é possível notar que suas preocupações temáticas permanecem muito próximas: condições de sentido da linguagem, crítica à metafísica e o entendimento da filosofia como atividade de esclarecimento filosófico. No *Tractatus Logico-Philosophicus*<sup>22</sup> ele já havia apresentado a concepção de que a filosofia deve esclarecer as confusões geradas pelo não-entendimento da lógica da nossa linguagem. Na sua segunda fase, o que Wittgenstein faz, é mudar a sua compreensão do que seria essa lógica da linguagem.

Pode-se dizer que as *Investigações Filosóficas* não só apresenta uma nova concepção da linguagem, mas pretende mostrar como a tradição das teorias analíticas *stricto sensu* estava enganada em suas considerações. E nesta obra que Wittgenstein irá tratar da linguagem natural, levando em conta toda sua riqueza e complexidade.

Ele incorpora as noções de jogos de linguagem e semelhança de família na sua filosofia e abandona a ideia de um modelo atomista de busca do elemento simples - espécie de essencialismo - e tenta demonstrar como que, apesar da heterogeneidade da linguagem, ela funciona.

Conforme o segundo Wittgenstein, a linguagem não é sempre uma representação dos fatos do real, mas sim uma atividade, capaz de exercer uma pletera de funções divergentes. Consequentemente, os termos que compõem as proposições deixam de ser substituições dos objetos do real no âmbito da linguagem e passam a ser considerados como ferramentas, que podem ser usadas de maneiras diferentes.

Wittgenstein, neste sentido, aponta que existem palavras que, para serem compreendidas, exigem um conhecimento prévio sobre seu uso. A elucidação dessas palavras só pode vir à tona por meio de outras palavras. Ou seja, a compreensão dessa palavra depende do modo pelo qual alguém faz o seu uso.

---

<sup>22</sup> WITTGENSTEIN, L. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Ed.Universidade de São Paulo, 1994.

Assim, evidencia-se um dos problemas da tradição semântica combatida por Wittgenstein: a tendência a se deixar enganar pela aparência das palavras que se assemelham num primeiro momento, a outras palavras de uso simples que designam ou ações ou objetos conhecidos que são tomados como padrões. Haveria uma espécie de “visão ontologizante” das teorias filosóficas, que vê escondido atrás de cada palavra um objeto. Segundo o filósofo, essa concepção combatida busca uma essência oculta na linguagem, algo que esteja por trás dela e que determina toda a sua estrutura.

Esta seria a cadência de raciocínio pela qual em sua primeira fase, Wittgenstein teria chegado: ao agir como lógico, à sua concepção de forma lógica da proposição; uma estrutura simples que explicaria toda a essência da linguagem. Agora, o filósofo afirma que não há nada de oculto na linguagem, a sua essência é aquilo que está diante de nossos olhos:

§90. É como se tivéssemos que penetrar os fenômenos: mas nossa investigação não se dirige aos fenômenos, e sim, como poderia dizer às ‘possibilidades’ dos fenômenos. Isto quer dizer que meditamos sobre a espécie de asserções que fazemos sobre os fenômenos. Daí que também Santo Agostinho medita sobre as diferentes asserções que se faz sobre a duração dos acontecimentos, sobre o seu passado, o seu presente ou o seu futuro. (Estas não são, naturalmente, asserções filosóficas sobre o tempo, passado, presente e futuro.)

Por isso nossa reflexão é uma reflexão gramatical. E esta reflexão ilumina o nosso problema, removendo mal-entendidos. Mal-entendidos que dizem respeito ao uso de palavras, provocados, entre outras coisas, por certas analogias entre as formas de expressão em diversas áreas de nossa linguagem. – Alguns podem ser eliminados, substituindo-se uma forma de expressão por outra; a isto se pode chamar “análise” de nossas formas de expressão, porque o processo se assemelha muitas vezes a uma decomposição.

§91. Mas isto pode dar agora a impressão de que existe algo assim como uma última análise de nossas formas de linguagem, portanto, uma forma de expressão perfeitamente decomposta. Quer dizer: como se as nossas formas usuais de expressão ainda não estivessem analisadas em sua essência, como se nelas houvesse algo oculto que deve ser trazido à luz. Se isto aconteceu, então a expressão está esclarecida e nossa tarefa resolvida. Isto pode ser dito também da seguinte forma: nós eliminamos mal-entendidos ao tornarmos nossa expressão mais exata: pode parecer, no entanto, que aspiramos a um estado determinado, à exatidão perfeita; e que isto é a meta propriamente dita da nossa investigação. (WITTGENSTEIN, 2004, p.65).

Assim, a função da filosofia é vista como análise: uma investigação gramatical que busca dissolução de abusos teóricos. Muitas vezes isso é feito substituindo-se uma expressão por outra, ou seja, uma decomposição. Porém, parece que as expressões do uso comum não são analisadas, que trazem algo oculto. Com isso, busca-se uma

elucidação exata, um estado de perfeição. Isso seria o que busca o lógico, a essência da linguagem e da proposição. Contudo, essa busca lógica seria uma busca vã, pois procura sublimar a linguagem e os próprios signos proposicionais:

§133. Não queremos aprimorar ou completar o sistema de regras para o emprego de nossas palavras de maneira exorbitante.

Pois a clareza a que aspiramos é, todavia, uma clareza completa. Mas isto significa apenas que os problemas filosóficos devem desaparecer completamente.

A descoberta real é a que me torna capaz de deixar de filosofar quando eu quiser. – A descoberta que aquietta a filosofia, de tal modo que ela não seja mais açoitada por questões que coloquem a ela mesma em questão. – Mas vai-se mostrar agora um método à mão de exemplos, e pode-se interromper a série desses exemplos. – Problemas são solucionados (dificuldades eliminadas), não um problema.

Não existe um método em filosofia, o que existe são métodos, por assim dizer, diferentes terapias. (WITTGENSTEIN, 2004, p.76).

Nesse sentido, pode-se até desdobrar alguns conceitos fechados, mas, muitas vezes o que se precisa é de conceitos abertos, pois a compreensão depende de saber empregar a palavra ou a expressão adequadamente. Os limites não são definitivos, são determináveis:

§68. Muito bem; assim está explicado para você o conceito de número como a soma lógica daqueles conceitos individuais aparentados: número cardinal, número racional, número real etc. e, igualmente, o conceito de jogo como a soma lógica dos conceitos parciais correspondentes. “-Não, necessariamente. Pois assim eu posso conferir limites rígidos ao conceito ‘número’, isto é, usar a palavra ‘número’ como designação de conceito limitado rigidamente, mas posso usá-la também de tal modo que a extensão do conceito não seja fechada por um limite. E é assim que empregamos a palavra “jogo”. De que modo está fechado o conceito de jogo? O que é ainda um jogo e o que não o é mais? Você pode indicar os limites? Não. Você pode traçar alguns: pois ainda não se traçou nenhum. (Mas isto jamais o incomodou ao empregar a palavra “jogo”).

“Mas então não está regularizado o emprego da palavra; não está regularizado o ‘jogo’ que jogamos com ela.” – Não está delimitado por regras em toda parte; mas também não há, no jogo de tênis, regras que determinem, p. ex., a que altura ou com que força se é permitido arremessar a bola, mas o tênis é de fato um jogo, e também possui regras. (WITTGENSTEIN, 2004, p.53).

É precisamente este o ponto central dos jogos de linguagem de Wittgenstein: o significado de uma palavra ou de uma expressão é justamente o seu uso, e este é regido pela prática social. O significado não é mais estabelecido pela forma da proposição, nem pela primazia da mesma, mas pelo uso que fazemos das expressões linguísticas nas diferentes situações em que as empregamos. Assim só se deve empregar pelo

significado dentro de um dado contexto. A palavra só pode ter seu significado explicitado quando se conhece o seu uso: “§ 340. Não se pode adivinhar como uma palavra funciona. É preciso que se veja a sua aplicação e assim se aprenda.” (WITTGENSTEIN, 2004, p.149).

O significado passa a ser visto como indeterminado, só podendo ser compreendido através da consideração do jogo de linguagem, o que envolve mais do que a simples análise da expressão linguística enquanto tal. Os jogos de linguagem se caracterizam por sua pluralidade, por sua diversidade. Novos jogos surgem, outros desaparecem, a linguagem é dinâmica e só pode ser entendida a partir das formas de vida, das atividades de que é parte integrante. O uso da linguagem é uma prática social concreta: “§ 7. [...] Chamarei de ‘jogo de linguagem’ também a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada.” (WITTGENSTEIN, 2004, p.19).

Os jogos de linguagem se constituem a partir de regras de uso, que se constituem espontaneamente a partir das demandas práticas de uma comunidade linguística. A linguagem não é privada: não é a subjetividade, a estrutura de nossa mente que constitui o significado, mas as práticas. “Por isso, ‘seguir a regra’ é uma prática. E *acreditar* seguir a regra não é: seguir a regra. E por isso não se pode seguir a regra ‘privatum’, porque, do contrário, acreditar seguir a regra seria o mesmo que seguir a regra.” (WITTGENSTEIN, 2004, p.14).

Então, pode-se dizer que seguir uma regra é um jogo de linguagem semelhante a compreender uma frase. Compreender significa saber se comportar de determinada maneira numa determinada situação, saber como usar a linguagem num jogo de linguagem dado. Do mesmo modo, para se seguir uma regra deve-se saber o que ela significa. Seguir uma regra, obedecer ou dar uma ordem não é algo que se possa fazer uma única vez na vida. Essas atividades são hábitos, instituições da linguagem vivida e praticada em sociedade.

Mas, da mesma forma que os conceitos, os jogos de linguagem não podem ser precisos. Suas regras podem estar sujeitas a dúvidas na aplicabilidade, pois estabelecem os critérios de familiaridade, e não de precisão. Para se dizer que uma regra é seguida deve existir um padrão reconhecido. Contudo, o uso de uma regra se aplica quando tem

uma semelhança, uma relação de familiaridade com o caso padrão. De acordo com Wittgenstein, um jogo inteiramente limitado por regras seria um jogo com regras que fechem todas as lacunas, e que não gerem dúvidas.

Neste raciocínio, não pode existir uma linguagem privada. Isso não quer dizer que não existam sensações privadas, mas que o significado não advém de processos privados e que as sensações só adquirem sentido porque podem fazer parte de um jogo de linguagem, que é sempre público.

É a partir do domínio desses jogos de linguagem que se pode criar outros mais complexos, tais como a representação e a mentira. Uma vez que as condições semânticas de significado são dadas pelos jogos de linguagem nos quais estão engajadas expressões, não é de se estranhar que Wittgenstein defenda que a linguagem baseia-se num acordo de modos de vida dos homens. É só a partir desse acordo de modos de vida que aquilo que os homens dizem pode ser caracterizado como correto ou falso.

Enfim, o que importa na linguagem para Wittgenstein é uma semântica de cunho filosófico, a compreensão dos usos que se faz das palavras dentro de jogos de linguagem. Estes dão as condições semânticas dos signos e não precisam ser justificados. E a tarefa do filósofo é descrever esses jogos e identificar quando as palavras passam a ser usadas fora desses jogos, criando confusões linguísticas.

### **2.3 Hart e a Textura aberta da Linguagem**

Herbert Lionel Adolphus Hart, conhecido como H. L. A. Hart, foi um influente e conceituado jusfilósofo que inaugurou uma nova forma de se analisar filosoficamente o direito e sua constituição linguística. Herdeiro e crítico de John Austin<sup>23</sup> e sucessor

---

<sup>23</sup> John Austin (1790-1859) neste caso, é o jurista inglês. Sua obra inclui “The Province of Jurisprudence Determined” (1832) e “Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law” (1863). Fundador da jurisprudência analítica anglo-saxã, é geralmente entendido como um dos precursores do positivismo jurídico do século XIX. Neste sentido, diz Nino: “Bentham e Austin, que podem ser considerados fundadores do positivismo jurídico moderno, acreditavam na possibilidade de justificar racionalmente um princípio moral universalmente válido do qual derivavam todos os outros juízos valorativos: é o chamado ‘princípio da utilidade’, o qual sustenta, substancialmente, que uma conduta é moralmente correta quando contribui para incrementar a felicidade do maior número de pessoas” (NINO, 1999, p.31).

intelectual de inúmeras ideias de Wittgenstein, como tivemos a oportunidade de ver na seção anterior, Hart deve ser considerado, conjuntamente com Kelsen e Alf Ross um dos maiores nomes da teoria do direito do século XX. Ainda hoje suas formulações são discutidas e muito influentes no círculo universitário ocidental, como se pode notar com o debate que dentre outros, travou com Dworkin. (SGARBI, 2006. p. 103.)

A importância das ideias de Hart comporta uma tradição positivista acerca do direito, conforme a qual o conceito de direito e o conceito de moral não estão logicamente entrelaçados. A relação entrelaçada entre direito e moral é, para tradição que ele representa, na melhor das hipóteses, inconsistente e contingente. Isso significa que Hart se enquadra dentro desta tradição de pensadores, que englobam filósofos como Bentham (1748-1832), Austin (1790-1859) e Kelsen (1881-1973).

Estes filósofos defendem a chamada “tese da separação” entre direito e moral. Como vimos no primeiro capítulo, eles são considerados positivistas, o que quer dizer que a tese compartilhada por todos eles é a do positivismo conceitual, segundo o qual o direito não deve ser identificado utilizando critérios valorativos, mas sim critérios fáticos, empíricos, objetivos.

Só para recapitularmos, segundo Struchiner, a proposição que expressa a tese do positivismo conceitual é a primeira parte da tese do positivismo ideológico:

1) Para que um determinado sistema normativo receba o nome de direito, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma como jurídica e, portanto, como existente e válida, devem-se investigar as suas fontes e não o seu mérito. (STRUCHINER, 2005, p. 33).

Posto isso, é interessante acrescentar que Bentham fez uma teoria ética consequencialista, na qual se definem anteriormente os bens a serem atingidos ou protegidos. Austin, no que lhe concerne, diferenciou uma investigação normativa do direito e uma investigação analítica do direito. Já Kelsen, sustentou a viabilidade e necessidade de uma teoria pura do direito. Hart, seguiu a mesma tradição: ele rejeita toda e qualquer relação apriorística entre direito e moral. Ele percebeu que a identificação entre direito e moral não só não esclarece o conceito de direito, mas ao

mesmo tempo, ofusca qualquer tentativa de fazer uma análise crítica ou valorativa do mesmo.

Descrever o direito de uma maneira objetiva, livre de juízos morais, utilizando apenas critérios fáticos para identificar o que conta como o direito válido de uma sociedade é o que Hart pretende. Segundo Struchiner:

Para fazer isso, ele retoma as investigações de Austin apresentadas em *The Providence of Jurisprudence Determined* (1955), e monta sua discussão sobre o conceito de direito no mesmo espírito de Austin, mas apontando e corrigindo os erros do mesmo. Vale lembrar a já mencionada divisão feita por Austin da filosofia do direito em duas áreas distintas, cada uma com o seu campo próprio de atuação: por um lado a jurisprudência (*jurisprudence*) analítica e por outro a jurisprudência normativa. Cabe à jurisprudência analítica dizer o que é o direito. Constitui o escopo da jurisprudência normativa realizar uma análise valorativa e crítica do direito. Trata-se de duas tarefas distintas que ocorrem em momentos diferentes. Nas palavras de Austin: “Uma coisa é a existência do direito; outra coisa é a questão sobre o seu mérito ou demérito”. (AUSTIN, 1955, Lecture V) (STRUCHINER, 2005, p. 57).

Ambos os filósofos, Hart e Austin destacam-se especialmente pelas contribuições feitas para a filosofia do direito sob um viés analítico. Hart pretende detalhar e descrever o que é o direito e como ele funciona.

De acordo com as suas ideias, a sua teoria do direito é geral e descritiva na medida em que ela, respectivamente, a) não está ligada a nenhum sistema jurídico ou cultura jurídica particular; b) é moralmente neutra, sem ambições de justificação (HART, 2005, p.249). Trata-se, portanto, de uma teoria explicativa, e não justificativa do direito.

O que de fato, notoriamente assinala a diferença entre Hart e os outros juspositivistas são os métodos empregados por ele para investigar o conceito de direito. O jusfilósofo utiliza não só os métodos analíticos tradicionais, mas engloba na sua análise os mais novos métodos de análise da linguagem introduzidos por Wittgenstein e Friedrich Waismann, assim como pela filosofia da linguagem ordinária de Oxford, que o próprio Hart ajudou a desenvolver.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Dado o caráter jurídico dos exemplos do filósofo da linguagem John Langshaw Austin, conjuntamente com o fato de que o seu colega H. L. A Hart estava, na mesma época, interessado nos aspectos operativos e constitutivos da linguagem jurídica, é bem possível que não só os exemplos, mas também o conceito de

E como tivemos a oportunidade de elucidar previamente, na primeira seção deste capítulo, em relação aos dois métodos tradicionais da filosofia analítica de significado da palavra análise, podemos dizer que Hart utiliza ambos:

1) a palavra “análise” no sentido de decomposição englobando a ideia de um método de decomposição das partes mais complexas nas partes mais simples;

2) a palavra “análise” no sentido de tradução, elucidação, clarificação, englobando o método de tradução de explicações que não estão claras em termos mais precisos. (MARCONDES, 2004, p. 9)

Ademais, temos que Hart é o primeiro jusfilósofo a assumir, na construção de sua jurisprudência analítica, noções da filosofia da linguagem contemporânea, sendo assim, merecedor de um destaque especial, especialmente no presente trabalho, por conta do seu emprego da ideia de textura aberta da linguagem. Ideia de suma importância para a discussão sobre a potencial vaguidade das regras jurídicas.

A preocupação e a seriedade com que Hart descreve o fenômeno do direito por meio da investigação da natureza da linguagem fazem com que ele seja considerado o precursor da abordagem conhecida como *linguistic jurisprudence*. (STRUCHINER, 2005, p. 59).

Para entendermos melhor a teoria do direito de Hart, é necessário lembrar que sua obra principal, o livro *O Conceito de Direito*, foi publicado no ano de 1961, oferecendo uma revisão às teorias de John Austin. Na realidade, sob diversos aspectos, Hart segue a temática de Austin. No centro de seu argumento, o jusfilósofo considera o modelo de Austin um modelo simples de se descrever o direito, insuficiente em diversos pontos, devendo, portanto, ser substituído por um modelo aprimorado.

Em sua teoria, Austin via o objeto de estudo do direito como direito positivo, e direito positivo como o direito imposto por superiores políticos aos seus súditos. Nas palavras do jusfilósofo: “Toda lei ou regra (no significado mais amplo que se lhe pode dar) é uma ordem. Ou, melhor dito, as leis ou regras propriamente ditas são uma espécie de ordens”. (AUSTIN, 1832 *apud* SGARBI, 2006, p.4)

---

proferimentos performativos, tenham surgido por influência do próprio Hart. (STRUCHINER, 2005, p. 59).

Para Austin pode-se definir o direito do seguinte modo:

[...] ou a diferença essencial do direito positivo (ou a diferença que o distingue de um direito positivo) se pode enunciar geralmente da seguinte maneira: todo direito positivo, ou todo direito simples e estritamente assim chamado, é estabelecido, direta ou indiretamente, por um indivíduo ou corpo soberano a um membro ou membros da sociedade política independente na qual o seu autor é supremo. Por outras palavras, é estabelecido, direta ou indiretamente, por um monarca ou grupo soberano a uma pessoa ou pessoas em um estado de sujeição com respeito ao seu autor. (AUSTIN, 1832 *apud* SGARBI, 2006, p.4)

Após esta breve síntese da teoria do comando de John Austin, será evidenciado o propósito do Hart, que é, fundamentalmente, a análise estrutural do ordenamento jurídico na busca de descrever seu funcionamento da melhor forma possível. Ou seja, ainda que este modelo proposto por Austin seja atraente exatamente na medida em que é tão direto e simplificado, é submetido por Hart a uma crítica minuciosa. Crítica esta que possui três momentos: a) o primeiro é distinguir um comando de uma regra; b) o segundo é mostrar que existem distintos tipos de regras, nem todas elas semelhantes aos comandos de que fala Austin; c) o terceiro é mostrar que as noções de soberano, súdito e hábito de obediência não são capazes de explicar como funcionam as regras jurídicas.

Assim, levando em consideração as influências de Austin, verificamos que Hart busca: a) preocupar-se com o direito numa perspectiva de clarificação dos seus conceitos relevantes; b) adotar uma perspectiva de análise que tenha como ponto de partida o foco naquele que participa do sistema; c) diferenciar direito e moral, explicitando os pontos em que ambos caminham inseparáveis; e pode-se dizer ainda que ele buscou d) tratar da interpretação das regras nessa esteira que ele aborda o tema, a partir do conceito da textura aberta do direito.

É exatamente este último pressuposto, da textura aberta da linguagem, que deve ser esmiuçado para explicitar a possibilidade de auxílio interpretativo que a teoria da argumentação e a retórica possibilitam neste contexto jurídico apontado por Hart. Já foi visto que Hart está inserido na matriz epistemológica da filosofia da linguagem e que a sua análise do direito pressupõe contextos e usos imprecisos da linguagem.

Nesse sentido, precisamos entender que o jusfilósofo caracteriza o direito como um fenômeno social que deve ser distinguido dos fenômenos da moral e da coerção,

mas também devemos entender que o direito deve ser analisado em seus pontos de contato, clarificando em que medida o direito não pode se apartar desses fenômenos.

Não há uma “essência” do direito, uma definição propriamente dita. Como um jogo de linguagem, a possibilidade da definição de direito está aberta ao questionador. O que significa dizer que, sob uma perspectiva wittgensteiniana, o direito seria formado por diferentes jogos de linguagem, criados por semelhança de família, de tal modo que a possibilidade de definição do conceito de direito estaria aberta ao questionador.

É com base em Wittgenstein – em notas tímidas da obra - e Waismann que Hart propõe-se a discutir um conceito que não se pretenda preciso e determinado, mas que possibilite a compreensão do fenômeno do direito e suas diferenças com relação a outras normatizações sociais. Como visto, na sua segunda fase, Wittgenstein rejeita o ideal de precisão próprio do logicismo e afirma que os conceitos podem muito bem ser abertos e indeterminados. A linguagem é naturalmente vaga e a precisão depende do contexto.

Entretanto, deve-se esclarecer que não é intento de Hart estabelecer critérios para o “uso correto” da palavra direito. O que ele procura é a identificação de critérios gerais que permitam a identificação do direito como uma instituição social normativa diferenciada dos outros sistemas de regras. Ele pretende delinear os traços distintivos entre os jogos de linguagem próprios do direito de outro jogo de linguagem de caráter normativo, por exemplo, a moral.

Desta forma, para que um observador externo pudesse compreender as normas jurídicas de uma sociedade como algo mais que meras regularidades do comportamento social a serem descritas de maneira causal, ou seja, para que fossem percebidas como regras às quais os sujeitos se sentem vinculados, ele precisaria ser capaz de compreender os jogos de linguagem do direito.

Para tanto, deve aprender outros jogos de linguagem - ou outros jogos de linguagem jurídicos, que o permitam compreender as ideias de regra, ordem, sanção, etc.-. Contudo, para a compreensão efetiva das normas de um determinado sistema jurídico, o observador tem de ser também capaz de participar do jogo, sob pena de imputar uma regra para um padrão de comportamento verificado, ou de descrever como espontâneo um comportamento regrado.

Assim, Hart explora dois fenômenos que geram lacunas no direito. O primeiro fenômeno decorre da sua ideia da “regra de reconhecimento”. De acordo com Hart, a regra de reconhecimento é a regra fundamental para distinguir um direito primitivo, ou uma situação pré-jurídica, de um sistema jurídico desenvolvido.

A função desta regra de reconhecimento é determinar quais são as regras legais válidas de uma comunidade. Para que uma regra seja considerada como uma regra válida, e conseqüentemente uma regra do sistema jurídico, é necessário que ela passe em todos os testes exigidos pela regra de reconhecimento. Sendo assim, é concebível que possa surgir um caso particular que não esteja regulado por nenhuma das regras que satisfizeram os testes exigidos pela regra de reconhecimento.

Nas palavras de Hart:

Num moderno sistema jurídico, em que existe uma variedade de ‘fontes’ de direito, a regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais. Na maior parte dos casos, estabelece-se uma solução para conflitos possíveis, através da ordenação destes critérios numa hierarquia de subordinação e primazia relativas. [...] Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores. Naturalmente que existe uma diferença entre o uso feito pelos tribunais dos critérios facultados pela regra e o uso que os outros fazem deles: porque quando os tribunais chegam a uma conclusão concreta com o fundamento de que uma regra concreta foi correctamente identificada como regra de direito, o que eles dizem tem um estatuto de autoridade especial, que lhe é conferido por outras regras. (HART, 2005, p. 113)

A regra de reconhecimento comporta um conjunto de regras finito e quando o caso concreto que pode surgir não estiver regulado por nenhuma dessas regras, haverá uma lacuna no direito. Nesse caso, o juiz não poderá recorrer a uma regra legal para resolução da disputa, mas terá que aplicar critérios que estão além das regras legais válidas. As regras legais exaurem e delimitam as fronteiras do direito e quando elas não são capazes de resolver um caso legal, recorre-se a elementos extralegais.

O segundo fenômeno responsável pelas lacunas no direito decorre, como já foi brevemente explicado, da textura aberta da linguagem. Assim, defende Hart:

Boa parte da teoria do direito deste século tem-se caracterizado pela tomada de consciência progressiva (e, algumas vezes, pelo exagero) do importante fato de que a distinção entre as incertezas de comunicação através da

linguagem geral dotada de autoridade (legislação) é de longe menos firme do que sugere este contraste ingênuo. Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas. [...] Os cânones de 'interpretação' não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las; porque estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação. Eles, tal como outras regras, não podem fornecer a sua própria interpretação. (HART, 2005, p. 139)

A primeira impressão que podemos ter em relação à textura aberta dos termos gerais que compõem as regras jurídicas e das próprias regras, é que ela constitui um empecilho para o bom funcionamento do direito. Hart nos mostra que a textura aberta da linguagem significa uma potencial vagueza; a possibilidade de que as regras jurídicas se mostrem indeterminadas para o tratamento de certas situações concretas encontradas na região de penumbra de aplicação da regra.

Essa indeterminação das regras jurídicas torna impossível prever todas as situações em que uma regra deverá ou não ser aplicada. A consequência da imprevisibilidade a respeito da aplicação das regras traz um risco à segurança jurídica.

Afinal, se não sabemos de todas as ocasiões em que uma regra deve ser aplicada ou não, então, não temos como saber previamente qual a solução correta para todos os casos que podem surgir.

Acontece que, quando se decide sobre a aplicação da regra em um caso concreto, muitas vezes essa escolha recai na questão sobre o significado ou abrangência de um termo geral classificatório encontrado na regra.

O exemplo clássico utilizado por Hart é a regra: "É proibida a entrada de veículos no parque". A aplicação dessa regra vai depender se um determinado objeto é ou não é um veículo (e se um determinado local é ou não um parque). (HART, 2005, p. 140-142).

Todos concordam que tal regra foi criada visando a barrar a entrada de certos veículos no parque, como carros de passeio. Porém, quando o juiz se depara, pela primeira vez, com um caso concreto no qual a discussão é sobre se um skate é ou não um veículo, o juiz está diante de um impasse. O skate pode ser tratado da mesma maneira que o carro de passeio, ou não.

Como o caso não foi antecipado pelo legislador no momento da criação da regra, cabe ao juiz decidir se o caso em questão é semelhante, em todos os aspectos relevantes, ao caso paradigmático para receber o mesmo tratamento. Existem razões tanto para tratá-lo da mesma forma como para tratá-lo de maneira diferente. Ao mesmo tempo em que o juiz faz a sua opção pela forma de tratamento do caso, ele torna a regra mais clara para os casos futuros.

Hart, conseqüentemente acaba utilizando a noção de textura aberta da linguagem cunhada por Waismann, para explicar alguns casos de penumbra quanto à aplicação das regras jurídicas. No tocante ao que pode ser entendido pela noção de textura aberta do direito, Hart diz que:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. Seja como for, a vida do direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações padrões variáveis, não exigem deles uma apreciação nova de caso para caso. (HART, 2005, p. 148)

Ainda que a maior parte da tradição jurídica tenha apontado o fenômeno da textura aberta da linguagem como a causa da impossibilidade de estabelecer de antemão todas as regras que formam o sistema jurídico, a visão de Hart sobre a questão pode ser considerada menos pessimista. Isso porque, para o jusfilósofo, o direito não deve ser compreendido sob a ótica de uma ciência exata e inflexível, mas sim, como um sistema articulado. Se novas normas forem criadas e ainda sim forem seguidas de acordo com a demanda de cada caso de sua aplicação, isto não faria do direito uma ciência vaga ou menos normativa.

Outro exemplo que podemos mencionar quanto às lacunas no direito é o relatado por Alchourrón e Bulygin (1971, p.115). Ele versa sobre um problema originado pela textura aberta dos termos empregados no código comercial alemão.

O código regulava os contratos celebrados de duas formas diferentes, dependendo se eles eram realizados por partes presentes ou partes ausentes. Quando o telefone foi inventado, surgiu um caso de penumbra: será que o contrato celebrado por telefone é um contrato entre partes presentes ou partes ausentes? Existem razões tanto

para classificar esse novo caso como um contrato realizado por pessoas ausentes quanto presentes. Da mesma forma que os contratos celebrados por carta, os contratos celebrados por telefone não envolvem a presença física das partes contratantes dentro do mesmo ambiente. Por outro lado, da mesma forma que os contratos celebrados pelas partes presencialmente, nos contratos feitos por telefone o acordo também ocorre de forma simultânea.

A dificuldade de se aplicar a regra no caso concreto, ou de se encontrar uma solução para ele, é consequência de uma incerteza intrínseca, já que não se deve a uma carência de informação, mas depende, das regras de formação do sentido dos termos “ausente” e “presente”. As regras de formação do sentido são imprecisas em função do fenômeno da textura aberta da linguagem. As dúvidas não são provenientes de defeitos no sistema, mas são concernentes à classificação dos casos particulares dentro dos casos genéricos previstos pelo código.

O obstáculo encontrado é decorrente da natureza da linguagem, que é sempre potencialmente vaga. Existe uma solução para o contrato feito por telefone, que é necessariamente um contrato celebrado entre partes ausentes ou presentes, embora não saibamos em qual predicado factual o caso particular deva ser incluído. Alchourrón e Bulygin dizem:

O fato de um sistema normativo ser completo (normativamente), no sentido de que ele resolve todos os casos possíveis, tanto genéricos quanto individuais, não exclui a possibilidade de lacunas de reconhecimento... Sempre existe a possibilidade de que um caso individual cuja classificação é duvidosa possa surgir. Mas isso não significa que o caso não é resolvido pelo sistema; nós podemos saber que o caso é resolvido sem saber como ele é resolvido (ALCHOURRON e BULYGIN, 1971, p.33).

O método como Hart investiga se um termo geral da regra se aplica ou não foi chamado por Brian Bix de uma "abordagem criteriológica e paradigmática do significado" (BIX, 1995, p.9). Bix enfatiza que o primeiro passo, na análise de Hart, para definir o termo geral e saber se ele engloba o caso em questão, é pensar nos casos "paradigmáticos" para os quais a regra foi construída.

Assim, se os fatos em questão se encontram no núcleo de certeza da aplicação dos termos gerais contidos na regra, então a aplicação da norma se dá de uma maneira "mecânica". Assim como Waismann diz que a verificação só é necessária quando as

palavras que compõem as afirmações extrapolam seus usos ordinários, Hart parece indicar que a interpretação do juiz só é necessária quando existe dúvida ou divergência a respeito da aplicação dos termos gerais.

Segundo Hart, as interpretações criativas só devem ocorrer quando as nossas convenções linguísticas não são capazes de determinar, seguramente, como deve ser efetivado o uso dos termos gerais. A passagem de Hart que sustenta esse ponto de vista é a seguinte:

"O caso claro, no qual os termos gerais não parecem precisar ser interpretados e o reconhecimento das instâncias parece ser não-problemático ou automático, são os casos familiares, onde existe um acordo geral sobre a aplicação dos termos classificatórios" (HART, 2005, p. 126).

Bix, na tentativa de demonstrar a abordagem paradigmática e criteriológica de Hart, diz que esta análise "criteriológica" deve ser feita para saber se o fato em questão é suficientemente semelhante aos casos paradigmáticos, em aspectos relevantes, para receber o mesmo tratamento:

Nós começamos com o caso claro ou com o paradigma (o carro) e depois consideramos uma lista de critérios que nos permitem começar a avaliar qual é o grau de semelhança de uma possível extensão. Por exemplo, da mesma forma que carros fazem barulho, patins também fazem barulho (apesar do barulho dos patins não chegar nem perto do barulho do carro) e ameaçam a segurança e a ordem (apesar de causarem isso numa escala muito menor que o carro). Outras diferenças são os fatos dos patins serem muito menores do que os carros e não poluírem o ar. Existem tanto semelhanças quanto diferenças; alguns critérios são preenchidos e outros não. Na linguagem de Hart, 'existem razões tanto a favor quanto contra o uso de um termo geral e nenhuma convenção ou acordo geral dita seu uso...' (Hart 1998, p.127). Isso é a 'textura aberta' das regras, o fato de surgirem situações particulares sobre as quais não pensamos no momento do proferimento da regra e que são diferentes em certas formas da situação que tínhamos em mente (o paradigma) naquele tempo (BIX, 1995, p.8).

Desse modo, quando um juiz se depara com um caso situado na região de penumbra do significado da regra, a sua atividade não consiste em uma mera tarefa dedutiva. Hart diz que, quando a regra se mostra indeterminada, a subsunção e a derivação de uma conclusão silogística deixam de caracterizar o cerne do raciocínio jurídico (HART, 1998, p.27).

Nesses casos, os juízes não podem apenas deduzir, dizer, ou aplicar mecanicamente o direito. Se espera dos juízes certa, mas interpretação do direito. O papel da interpretação é eliminar a indeterminação da regra para o caso em questão.

Portanto, a necessidade da interpretação está vinculada à ocorrência dos casos dos casos difíceis. Quando o juiz interpreta a regra, escolhendo e argumentando a favor de um dos significados possíveis que podem ser atribuídos a ela, ele está exercendo o seu poder discricionário. Trata-se de uma atividade criativa e construtiva, às vezes chamada de legislação intersticial (HART, 1998, p.274) para contrastar com aquelas ocasiões nas quais o juiz simplesmente aplica a regra legal ao caso concreto, sem ter que antes se posicionar em relação à extensão do objetivo da regra, elegendo o seu significado.

O que está sendo apontado por Hart é o fato de que a discricionariedade não pode ser confundida com a arbitrariedade. Alguns casos necessitam mais do que uma mera aplicação mecânica do direito, mas isso não significa que a sua solução será inteiramente arbitrária. A discussão sobre a abordagem criteriológica e paradigmática pode ser vista como uma plausível e possível origem da teoria da argumentação jurídica. Afinal de contas, ela sugere, incipientemente, uma forma de se proceder na atividade de justificação dos casos difíceis do direito.

Apesar da exigência de que os juízes apliquem, nos casos difíceis, a abordagem paradigmática e criteriológica, e que demonstrem certas virtudes judiciais como a imparcialidade e que façam uso de princípios gerais aceitáveis, que empreguem os cânones de interpretação, Hart não examina detalhadamente esses critérios, e apresenta uma análise superficial da atividade discricionária. Hart nos deixa a seguinte afirmação:

No caso das regras jurídicas, os critérios de relevância e semelhança dependem de fatores muito complexos que atravessam o sistema jurídico e das finalidades ou do propósito que possam ser atribuídos à regra. Caracterizá-los seria caracterizar tudo o que é específico ou peculiar ao raciocínio jurídico (HART, 1998, p.127).

Assim, podemos constatar que é justamente isso que trata a teoria da argumentação jurídica: discutir as peculiaridades do raciocínio jurídico. Se Hart não aprofundou a investigação sobre os limites e as pautas do raciocínio jurídico levado a cabo nos casos difíceis do direito, essa tarefa é de suma importância para a filosofia do

direito. Além de ser prontamente acolhida pelos teóricos da argumentação jurídica. Estes, assim como Hart, reconhecem que o poder discricionário que é deixado para o juiz pela linguagem é, em certas ocasiões, tão amplo, que se ele aplicar a regra, a conclusão constitui, na verdade, uma escolha (HART, 1998, p.127). O que não quer dizer que essa escolha seja arbitrária.

Portanto, são os teóricos da argumentação que irão desenvolver modelos, principalmente modelos teórico-normativos, que, de forma minuciosa, indicarão os problemas que podem surgir e as possíveis formas de se trabalhar racionalmente dentro da região penumbra dos casos difíceis do direito.

Por fim, é importante destacar que, se existe nos casos de discricionariedade em face de termos cuja textura é aberta, e estando os juízes sujeitos a julgar a lide, estarão eles também sujeitos a atuação de forças persuasivas. É a partir dessa natureza, que ocorre a extrapolação do núcleo de certeza dos juristas que pretendemos fazer uma breve análise de como a teoria da argumentação jurídica, assim como a retórica, poderiam auxiliar os operados do direito.

### 3. DISCRICIONARIEDADE, TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E RETÓRICA

#### 3.1 Disriconariedade: um possível encontro entre Hart e Cappelletti

Percebemos que a esta altura temos conceitos suficientes para adotar uma perspectiva um pouco mais crítica sobre o direito. Para tal, precisaremos nos aprofundar e esclarecer o conceito de discricionariedade partindo de uma recapitulação ao primeiro capítulo desta dissertação.

Quando reconhecemos que as regras que regem o direito são passíveis de falhas (como por exemplo, a existência de regras contraditórias e inconsistentes, regras constituídas por uma linguagem vaga ou ambígua, ou até mesmo a não existência de uma regra para o tratamento da questão), e que em algum momento o juiz não poderá recorrer às normas somente, ele deverá usar seu poder discricionário para chegar a uma decisão.

Escolha, como bem define o jusfilósofo Mauro Cappelletti, significa discricionariedade:

Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e balanceamento; significa ter presentes os resultados práticos e não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. (CAPPELLETTI, 1993, p. 33)

Ao admitir a necessidade da discricionariedade, Hart constrói um modelo de positivismo mais difícil de refutar; um modelo que adota uma via intermediária entre o formalismo radical e o ceticismo em relação à capacidade das regras de oferecerem uma determinação legal. Hart defende a posição intermediária dizendo que no âmbito do direito surgem casos simples que podem ser resolvidos por regras claras e os casos difíceis que têm que ser resolvidos por critérios ou princípios que estão além das regras válidas que compõem o direito.

O que torna possível essa postura de Hart é o conceito de textura aberta da linguagem que faz com que as regras apresentem a possibilidade de estarem em uma região nebulosa ou em penumbra de dúvida, onde não temos clareza quanto à possibilidade da regra ser ou não aplicada.

Diante da possibilidade de ocorrência das regras serem inconsistentes, de não existirem ou serem vagas em razão da linguagem por meio da qual foram escritas, é que surgem os casos difíceis do direito (*hard cases*). Nestas situações, as regras não demandam por si só, de forma lógica, ou claramente codificada, uma única resposta correta. Afinal, no âmbito jurídico, ao se analisar um caso concreto, é possível constatar que não há verdades irrefutáveis e sim argumentos menos ou mais fortes. Cabe ao julgador interpretar as fontes de direito para posteriormente decidir qual seria a tese ou argumentos mais adequados em determinada situação.

Neste sentido, aponta Hart:

Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam 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. As línguas naturais como o inglês têm irredutivelmente uma textura aberta, quando usadas desse modo. (HART, 2005, p.140-141)

Assim, a argumentação jurídica é indispensável, na medida em que os problemas inerentes às regras jurídicas fazem com que em certos casos não exista uma única solução correta. Lida-se com convicções (em sua força variável) e não com axiomas. Pode ser que não exista nenhuma solução adequada ou existam duas ou mais soluções conflitantes. Em determinados momentos, o direito simplesmente se esgota.

Diante disso, temos uma dificuldade. Nem sempre as regras jurídicas serão suficientes. E por isso, recorre-se à discricionariedade. E como proceder diante dos casos difíceis já que o juiz não pode se abster de decidir o litígio? É necessário que haja algum critério normativo.

Para Hart, o poder discricionário, deve ser exercido de forma equilibrada, pautando-se nos melhores valores a serem aplicados ao caso concreto, tendo como

escopo primordial encontrar respostas legais aptas a regulamentar determinadas situações atípicas. De acordo com o filósofo:

Em qualquer sistema jurídico, deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade. Seja como for, estas actividades, embora importantes e insuficientemente estudadas, não devem dissimular o facto de que quer a estrutura em que ocorrem, quer o seu produto final principal são uma das regras gerais. Trata-se de regras cuja aplicação os indivíduos podem eles próprios descobrir caso a caso, sem ulterior recurso a directiva oficial ou a um poder discricionário. (HART, 2005, p. 149)

Hart, ao se defrontar com a possibilidade de inexistência de uma solução jurídica para um caso concreto, não prevê alternativa, senão a utilização do poder discricionário por parte do julgador:

Nestes casos, é claro que a autoridade autora do regulamento deve exercer um poder discricionário, e não há possibilidade de tratar a questão suscitada pelos variados casos, como se houvesse uma única resposta correcta a descobrir, distinta de uma resposta que seja um compromisso razoável entre muitos interesses conflitantes. (HART, 2005, p. 144-145)

Portanto, observamos que a criatividade no âmbito jurídico é demonstrada através da interpretação realizada pelos juízes e de fato é uma evidente demonstração da possibilidade de se alcançar ideias e decisões inéditas para situações concretas que surgem no universo jurídico.

A permissão para que um intérprete crie um direito novo, ainda que limitado por um direito anterior, dá origem à discricionariedade judicial; é uma escolha, pautada em crenças e valores do universo jurídico.

Neste sentido, assevera Colontonio<sup>25</sup>:

A doutrina do poder discricionário, portanto, vem como uma doutrina *ad hoc* para solucionar a questão de decisões de direito baseadas em questões ajurídicas. Ela afirma que, quando não há uma resposta jurídica, o magistrado poderá optar por qualquer das respostas exteriores ao corpo do direito e utilizá-la para motivar a sua decisão, incorporando, nesse movimento, aquela alternativa ao direito, pois dota a norma criada por sua decisão judicial das qualidades necessárias para que ela passe pelo crivo do teste de reconhecimento (se torna válida pela autoridade). Essa solução, invés de modificar o critério de demarcação dual de Hart, modifica a qualidade das

---

<sup>25</sup> Carlos Ogawa Colontonio é Procurador do Estado de São Paulo, Procurador Jurídico Legislativo da Câmara Municipal de Poá-SP, Professor de Direito Público (Constitucional, Administrativo e Tributário), de Direito Internacional e de Filosofia e da Pós-Graduação (Direito Público e do Estado). O trecho citado é da sua dissertação de mestrado. “A questão da racionalidade jurídica em Hart e Dworkin.” de 2011, Universidade de São Paulo, São Paulo.

normas não jurídicas, para adaptá-las ao sistema de direito. (COLONTONIO, 2011, p. 49)

Este caráter criativo exercido pelos aplicadores do direito do poder judiciário manifesta-se de modo mais claro sempre que se está diante de conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, quando se verifica a constatação da textura aberta do direito.

A textura aberta do direito, condição para a discricionariedade judicial, não pode se apresentar como motivo determinante para que se possa vislumbrar o ordenamento jurídico como um emaranhado de decisões desprovidas de qualquer juízo de valor e fundamentadas nas escolhas pessoais dos magistrados. As decisões proferidas pelo julgador são o próprio freio ao livre discernimento pessoal do aplicador do direito, que as vê como um padrão a ser seguido nas novas decisões a serem tomadas. Sobre essas previsões, a respeito das decisões judiciais, afirma Hart:

Quando se atinge a área de textura aberta, muito frequentemente tudo o que podemos com proveito oferecer em resposta à questão «Qual é o direito neste assunto?» é uma predição cautelosa sobre o que os tribunais farão. Além disso, mesmo quando o que é exigido pelas regras é claro para todos, a sua afirmação pode frequentemente fazer-se na forma de predição das decisões dos tribunais. Mas é importante notar que, de forma predominante no último caso e de grau variável no primeiro, a base para tal predição consiste no conhecimento de que os tribunais não consideram as regras jurídicas como predições, mas antes como padrões a seguir na decisão, suficientemente determinados, apesar da sua textura aberta, para limitar o seu caráter discricionário, embora sem o excluir. Daí que, em muitos casos, as predições sobre o que fará um tribunal sejam semelhantes à predição que poderíamos fazer de que os jogadores de xadrez movimentarão os bispos em diagonal: baseiam-se em última análise numa apreciação do aspecto não-previsível das regras e do ponto de vista interno das regras como padrões aceites por aqueles a quem as predições se referem. (HART, 2005, p. 160-161)

Desta forma, Hart não prevê a existência de um poder discricionário desvinculado de qualquer forma interpretativa ligada ao direito. Afinal, a própria legislação existente no ordenamento jurídico, seria um limite importantíssimo a uma irrestrita forma de se criar direito.

Ao considerarmos a possibilidade de textura aberta do direito como empecilho para a completude jurídica, teríamos como consequência a constatação inevitável da discricionariedade judicial. Entretanto, ao contrário do que muitos críticos afirmam, não é o poder discricionário um mecanismo que permite dar ampla liberdade de legislar ao julgador. Existe um limite à discricionariedade do juiz que, para Hart, estaria na verificação das normas jurídicas como padrões a serem seguidos pelos tribunais, como

ele diz na seguinte passagem:

Não há dúvida de que a retórica familiar do processo judicial encoraja a ideia de que não existem, num sistema jurídico desenvolvido, casos juridicamente não regulados. Mas com que grau de seriedade se deve aceitar tal ideia? Há, claro, uma longa tradição europeia e uma doutrina de divisão de poderes que dramatizam a distinção entre o Legislador e o Juiz e insistem em que o Juiz deve aparecer, em qualquer caso, como sendo aquilo que é, quando o direito existente é claro, ou seja, um mero «porta-voz» do direito, que ele não cria ou molda. Mas é importante distinguir a linguagem ritual utilizada pelos juizes e juristas, quando os primeiros decidem os casos nos tribunais, das suas afirmações mais reflexivas sobre o processo judicial. Juizes da estatura de Oliver Wendell Holmes e de Cardozo, nos Estados Unidos, ou de Lorde Macmillan, de Lorde Radcliffe ou de Lorde Reid, na Inglaterra, e um conjunto de outros juristas, não só académicos como práticos, têm insistido em que há casos deixados incompletamente regulados pelo direito, em que o juiz tem uma tarefa inevitável, embora «intersticial», de criação de direito, e que, tanto quanto diz respeito ao direito, muitos casos podiam ser decididos num sentido ou noutro. (HART, 2005, p.337)

O juiz está obrigado a julgar. Não lhe é permitido eximir-se de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade na lei. Cabe-lhe aplicar as normas e, inexistindo estas, incumbir-se do encargo recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

E, se a lei for clara, é dever do magistrado interpretá-la e aplicá-la, apesar de não encontrar dificuldades. Se a lei for obscura ou ambígua, deverá interpretá-la empregando certa engenhosidade intelectual.

Porém, precisamos investigar o que significa dizer que existe de fato a criatividade da função jurisdicional. Afinal, seria o juiz mero intérprete-aplicador do direito, ou ele participaria, *lato sensu* da atividade legislativa, ou seja, da criação do direito? Tentando responder essa questão, o jusfilósofo Mauro Cappelletti escreveu sua obra “Juízes Legisladores?” e assim nos esclarece:

Quanto ao primeiro campo de investigação, desejo antes de tudo recordar que a própria expressão direito judiciário (“judiciary Law”) foi usada há mais de século e meio pelo grande filósofo e jurista Jeremy Bentham para definir (e condenar) o fato de que, no ordenamento inglês, “embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade criador do direito”. A reprovação de Bentham era motivada pelo fato de que ele via (e acentuava) sobretudo os “vícios” do direito judiciário: a sua incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade na verificação. Daí ter-se batido sem sucesso, como sabido, pela codificação do direito inglês, na qual vislumbrava um instrumento para lhe assegurar maior grau de certeza. (CAPPELLETTI, 1993, p. 17-18)

Ou seja, percebemos certa preocupação acompanhada pelo reconhecimento de que a interpretação judiciária do direito legislativo seria inerente de um certo grau de

criatividade. Assim como Hart, Cappelletti reconhece que o “uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.” (CAPPELLETTI, 1993, p. 21)

Cappelletti esclarece que o verdadeiro problema não advém da oposição entre interpretação e criação do direito. O que de fato o preocupa é o grau de criatividade, os modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais.

Neste sentido, elucida o filósofo quanto ao conceito de interpretação:

Especialmente no fim do século passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do interprete, certo grau de discricionariedade, e, pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações, e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo, reproduzi-los, aplicá-los e realizá-los em novo e diverso contexto de tempo e lugar. (CAPPELLETTI, 1993, p. 21)

Assim, ainda que o intérprete do direito se esforce e permaneça fiel ao texto da lei, ele será forçado a ser livre, afinal não existe texto musical ou poético, tampouco legislativo, que não seja passível de variações, nuances e esteja sujeito à criatividade interpretativa.

Neste sentido, o reconhecido juiz norte americano Oliver Wendell Holmes escreveu em 1899: “onde existe dúvida, não é suficiente o simples instrumento da lógica, e os juízes, mesmo de maneira inata ou oculta, são chamados a exercer a soberana prerrogativa da escolha”.<sup>26</sup>

Há de se fazer, portanto, uma distinção para que sejam evitados equívocos. Ao reconhecermos que é intrínseco a todo ato de interpretação, certo grau de criatividade, discricionariedade e conseqüentemente de uma escolha, não podemos confundir essa afirmação com a possibilidade de total liberdade do intérprete.

A discricionariedade não pode ser confundida necessariamente com arbitrariedade. O juiz, ainda que inevitavelmente seja criador de direito, não é completamente livre para interpretar a legislação como bem entender. Ele não está livre

---

<sup>26</sup> O.W. Holmes, *Law in Science and Science in Law*, Collected Legal Papers, nota 19, supra, p. 210 – 239. *Havard Law Rev.* 12,1989, p. 443.

do vínculo jurídico, que prevê limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.

Por esta razão, atentou Cappelletti para o grau do teor interpretativo dos juízes.

Mas a verdadeira discussão se inicia apenas nesse ponto. Ela verte não sobre a alternativa criatividade-não criatividade, mas (como já disse) sobre o grau de criatividade e os modos, limites e legitimidade da criatividade judicial. [...] Mas também é verdade que existe, pelo menos, um baluarte extremo, digamos uma fronteira de bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação do case law, quanto no do direito legislativo, ao menos porque também as palavras têm frequentemente um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo. Por isso, deve ser firmemente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente “direito livre”, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta. (CAPPELLETTI, 1993, p.49)

É claro que diante de tais esclarecimentos, resta-nos certos questionamentos. Afinal quais seriam os riscos diante de uma possível criatividade desmedida por parte dos juízes? Se por um lado há criação do direito para que a sociedade evolua da maneira mais harmônica e justa possível, existe por outro lado, a possibilidade de correremos o risco de nos depararmos com situações de inúmeras formas de abuso. Autoritarismo, lentidão, inacessibilidade e irresponsabilidade.

Além disso, Cappelletti atenta para outros tipos de problema, como o perigo da inefetividade e o problema da legitimação democrática. Ou seja, para ele, é na criatividade jurídica dos legisladores democraticamente eleitos e dos administradores públicos politicamente responsáveis que reside maior grau de legitimação, ou seja, os representantes do legislativo foram eleitos para uma função específica: legislar. E que, em teoria, não deveria ser esta função atribuída ao poder judiciário sob pena do Estado Democrático de Direito ser apenas uma ficção. Já que os três poderes se confundiriam entre si. Neste sentido afirma Cappelletti:

Deixo por enquanto em aberto as difíceis questões de se essa “responsabilização” acentuada e, assim, a “politicização” do juiz constituem uma evolução “boa” ou “má” e se esse desenvolvimento transforma o juiz em legislador, minando desta maneira a ideia fundamental da separação dos poderes, trazendo ameaça talvez mortal a legitimação democrática da função jurisdicional, e definitivamente conduzindo, mais cedo ou mais tarde, “ao estado totalitário”. (CAPPELLETTI, 1993, p. 34)

De acordo com Cappelletti, há uma clara (e providencial) incompetência da magistratura ao agir como força criadora do direito. O juiz seria um “caprichoso criador

do direito pessimamente equipado para a tarefa: um legislador aleijado.” (CAPPELLETTI, 1993, p.87)

Com efeito, para a criação do direito são necessários instrumentos que não estão à disposição dos tribunais. Os juízes não dispõem dos recursos, inclusive financeiros, mediante os quais os parlamentos, comissões legislativas e ministérios estão em condições de encarregar terceiros para efetuar pesquisas e que nem os legisladores e administradores saberiam desenvolver por si.

Outro problema apontado por Cappelletti é quanto ao serviço prestado à justiça em relação às partes do processo. Ou seja, os juízes devem se reportar, para suas informações à argumentação dos advogados, e esses devem servir aos interesses dos seus clientes, que estão preocupados e interessados na decisão da controvérsia e não no desenvolvimento filosófico do direito.

É claro que a criatividade do judiciário não é de todo negativa. Existem sim aspectos positivos como bem ressalta o jusfilósofo. O principal argumento, é de que, embora haja um déficit nos planos da certeza e da previsibilidade, existe no direito jurisprudencial um potencial benefício, justamente pela possibilidade de se dar um maior peso à equidade e à justiça.

E afinal, os tribunais demonstraram amplamente que são capazes de evitar tais consequências – justamente com o acréscimo de imaginação e criatividade -. E, quando a mudança improvisada da jurisprudência comportasse resultados iníquos, poderia ser adaptada, moderando e também limitando ou postergando os efeitos de tal mudança, evitando assim, injusto prejuízo às partes do caso concreto e aos sujeitos em situações similares. (CAPPELLETTI, 1993, p.86)

Cabe, neste momento, acrescentar que, se a natureza jurisdicional da atividade do magistrado não deve ser pervertida, cabe a esse magistrado: a) passividade processual, ou seja, o juiz não pode por vontade própria iniciar um processo por sua própria iniciativa; b) o juiz deve ter uma atitude processual de imparcialidade, neutralidade e distanciamento, no sentido de que deverá estar em posição de superioridade e neutralidade em relação às partes, sendo impedido de decidir uma questão de seu próprio interesse; c) o juiz deve ter comportamento de equânime tratamento das partes do processo. Ele deve garantir às partes de forma igual, a oportunidade de fazer valer a elas, as próprias razões. (CAPPELLETTI, 1993, p.82-83)

### 3.2 Teoria da Argumentação<sup>27</sup>

Entendemos que o lugar da interpretação no direito é um corolário da importância conferida às razões de autoridade nos argumentos jurídicos. É possível que ocorra um caso de lacuna normativa, que as regras que fornecem as razões de autoridade sejam incompatíveis umas com as outras, ou pode ser que elas apresentem intoxicações linguísticas graves.

Nestes casos, o agente decisório compromissado com o direito se vê diante de um dilema: as determinações do direito devem ser observadas com rigor, mas o direito não determina com rigor. Obviamente, nos casos em que o direito se esgota, se o órgão decisório pretende não abrir mão da sua função institucional e moral de decidir, então terá de recorrer a elementos extra-jurídicos. Nesse contexto é que a teoria da argumentação se faz mais presente, tentando colocar parâmetros de racionalidade nas argumentações realizadas nos casos difíceis do direito. (NOEL, 2005, p.177)

Assim, levando em consideração o caráter contemporâneo da Teoria da Argumentação Jurídica e reconhecendo a sua importância para esta dissertação, podemos dizer que serão trazidos a luz, a título de brevemente justificar a sua relevância, teóricos como Robert Alexy e Chaim Perelman.

Assim, um dos mais importantes teóricos da argumentação jurídica, Robert Alexy, menciona, em alguns dos seus trabalhos, o fenômeno da textura aberta e o problema da vaguidade na linguagem jurídica como pressuposto da teoria da argumentação.

A sua obra *Theorie der Juristischen Argumentation*, de 1978<sup>28</sup>, suscitou grandes discussões, consolidando o mais novo e sofisticado ramo da filosofia do direito: A teoria da argumentação jurídica. Afinal, todo aquele que pretende sustentar um ponto de vista jurídico e que tenha a pretensão de que sua posição seja aceita pelos demais, deve

---

<sup>27</sup> É preciso esclarecer que argumentar é o ato de produzir argumentos. No tocante a argumentação jurídica, dizemos, entre tantas outras definições que produzir argumentos é apresentar razões em defesa de uma conclusão.

<sup>28</sup> Outra obra de tamanha importância para a disciplina e também responsável pelo espaço atualmente ocupado pela teoria da argumentação no cenário jusfilosófico, é o livro de Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, de 1994, publicado no mesmo ano em que saiu a primeira edição da obra de Alexy, de 1978. Além, claro a obra do jusfilósofo Chaim Perelman, que mesmo preconizando a Retórica, trouxe novas abordagens teóricas sobre a teoria da argumentação no *Traité de l'argumentation - la nouvelle rhétorique*, de 1958, escrito em conjunto com Lucie Olbrechts-Tyteca.

apresentar argumentos de justificação.

A teoria da argumentação jurídica tem por objetivo descrever, discutir e determinar quais são os critérios, sejam eles formais, materiais ou procedimentais, que explicam, pautam ou que deveriam nortear a justificação jurídica. Portanto, esta nova disciplina se debruça sobre questões de cunho filosófico<sup>29</sup> cujas respostas representam consequências fundamentais para a prática do direito. (STRUCHINER, 2005, p. 119)

Assim, em sua obra, traduzida para o português em 2001 como “Teoria da Argumentação Jurídica”, Alexy enumera quatro causas que impossibilitam que a decisão jurídica, em certos casos, expresse a conclusão de um mero silogismo jurídico:

Em um grande número de casos, a decisão jurídica que põe fim a uma disputa judicial, expressa em um enunciado normativo singular, não se segue logicamente das formulações das normas jurídicas que se supõe vigentes, juntamente com os enunciados empíricos que se devam reconhecer como verdadeiros ou provados.

Para tanto, há no mínimo quatro motivos: 1) a imprecisão da linguagem do Direito, 2) a possibilidade de conflitos entre as normas, 3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente, bem como 4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da norma. (ALEXY, 2001, p.19)

Notadamente, as principais contribuições de Alexy apresentam-se em relação à chamada “teoria padrão da argumentação jurídica” que trata, entre outras coisas, do contexto de justificação das decisões judiciais nos casos mais difíceis. Isso significa que a teoria padrão da argumentação jurídica não está interessada no processo cognitivo perpassado pelo juiz para alcançar sua decisão, mas sim no processo de legitimação dessa decisão. O que importa são os critérios e métodos capazes de justificar, de forma racional, uma decisão que pode, inclusive, ter sido engendrada como narram os realistas jurídicos: por meio de intuições, preconceitos, ideologias. (STRUCHINER, 2005, p. 119)

Como podemos observar, no ponto anterior do presente trabalho, os juízes deveriam apresentar um compromisso genuíno com a melhor leitura do direito. Através da teoria da argumentação, eles supostamente irão, na maioria dos casos, utilizar apenas as premissas que aceitarem e com as quais conseguirem realizar sua função.

O dever-ser ideal regulador da atividade judiciária seria de encontrar a solução

---

<sup>29</sup> Apenas para exemplificar: para lidar com as questões materiais da argumentação, faz-se necessário realizar incursões em teoria ética ou filosofia moral; os aspectos formais da argumentação clamam por um conhecimento de lógica; e os elementos processuais do discurso argumentativo são mais bem conhecidos ou elaborados quando se possui uma habilidade em filosofia política. (STRUCHINER, 2005, p. 119)

jurídica mais racional de acordo com os preceitos, regras e normas do direito. Uma ênfase especial seria conferida às decisões das cortes ou tribunais superiores, por quatro motivos: 1) em primeiro lugar, porque, do ponto de vista empírico, as opiniões escritas pelos juízes de última instância caracterizam-se como os melhores exemplos jurídicos de tentativas de agentes responsáveis e metodologicamente conscientes de justificarem suas decisões. Como seria o caso dos Superiores Tribunais no Brasil. 2) Em segundo lugar, devido à natureza dos procedimentos jurídicos, os tribunais de hierarquia mais alta recebem um caso que já foi amplamente debatido e, portanto, ficam expostos a um maior número de interpretações e fundamentações incompatíveis. Tal circunstância maximiza a oportunidade para a confecção de argumentações mais meticulosas, além de fornecer justificativas mais completas. 3) Em terceiro lugar, as decisões dos mais altos tribunais possuem maior autoridade, sendo, na maioria dos casos, de caráter definitivo, aumentando ainda mais a responsabilidade em relação à qualidade da argumentação. 4) Finalmente, são cortes superiores que lidam com os casos mais difíceis e controversos, os casos nos quais a questão da argumentação capaz de justificar a decisão realmente vem à tona.

Portanto, temos o último elemento característico da teoria padrão da argumentação jurídica: o interesse pelos casos difíceis, tema central deste trabalho. Como já foi esclarecido no capítulo anterior, faz-se necessário acrescentar que a conceituação da noção de casos difíceis não é pacífica, mas é em si mesma um caso difícil.

No presente momento, basta que se tenha em mente uma concepção ampla de casos difíceis, podendo englobar tanto as definições de casos difíceis que apelam a alguma noção de indeterminação, quanto aquelas para as quais os casos difíceis do direito são os casos para os quais não existe uma única solução correta. Esta é a concepção de Hart, ao menos na sua obra *O Conceito de Direito*.

Ou também, podemos entender os casos difíceis sendo aqueles, diante dos quais, habilitados juristas estão em desacordo sobre como eles devem ser resolvidos. Esta é a abordagem de Dworkin<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Pode ser que cause certo desconforto ao leitor o fato de que, a primeira vista, o jusfilósofo Ronald Dworkin foi suprimido do presente trabalho. Foi necessária uma escolha metodológica, um corte cirúrgico, que nos fez optar por trabalhar com os conceitos do Hart. Cabe nesta nota, dizer que obviamente reconhecemos a importância cabal do jusfilósofo Ronald Dworkin, porém, infelizmente não houve momento adequado ou tempo hábil para que sua teoria do direito fosse discutida e detalhada sem que pecássemos pela falta. Para que ele não passe em branco, cabe destacar o seguinte: sua teoria busca

Independente da visão pela qual optamos, o importante é que é nos casos difíceis a questão da argumentação se faz imprescindível.

Neste sentido, podemos dizer que a teoria padrão da argumentação jurídica se interessa principalmente pelo aspecto teórico-normativo da justificação externa ou justificação de segunda ordem.

Quanto aos casos rotineiros do direito, que não apresentam maiores dificuldades ou controvérsias, onde todos concordam a respeito das premissas normativas e factuais, além das suas respectivas interpretações, que devem ser utilizadas para se alcançar a decisão no caso concreto, podemos dizer que a construção de um silogismo jurídico, de forma mecânica, é condição suficiente para que o ponto de vista jurídico sustentado seja aceito por todos.

Porém, o problema da argumentação jurídica apresenta-se de forma desafiadora, quando não existe um acordo sobre quais são as premissas que estão em jogo ou como elas devem ser interpretadas. Nesses casos, torna-se necessária a justificação externa, que não se esgota na análise da forma do silogismo (se ele é ou não formalmente válido), mas requer o emprego de teorias sobre a interpretação da norma e valoração da prova, para discutir os aspectos materiais das premissas invocadas como sustentáculo da decisão judicial. (STRUCHINER, 2005, p. 121)<sup>31</sup>

O objetivo do presente capítulo não foi entrar nos pormenores da teoria da argumentação jurídica. O que se pretendeu aqui foi fazer uso de algumas pistas encontradas para tratar do tema da argumentação jurídica de uma forma mais ampla, afinal o direito sem a interpretação consiste tão somente num desarranjado emaranhado de textos esparsos sem significação alguma. É inconcebível a existência de um universo jurídico desprovido de teorias interpretativas que possibilitem a aplicação da norma ao caso concreto. Em teoria, a figura do juiz traduziria ao campo fático a análise da pretensão versada no litígio, dando a este, o resultado mais equânime possível, através da sua fundamentação, pautada numa boa argumentação jurídica.

---

compreender o direito envolvendo elementos morais. Para ele, a norma jurídica não é o único elemento constitutivo do direito, é necessário apelar aos princípios que, diferentemente das normas seriam também constitutivos do direito, possuindo inclusive uma posição hierárquica superior à das normas. Portanto, para Dworkin, o direito não apenas consiste de regras, mas também de princípios.

<sup>31</sup> Para que possamos entender melhor a questão da justificativa interna e externa, basta saber o seguinte: um argumento está externamente justificado se tem premissas verdadeiras. Em contrapartida, um argumento está internamente justificado se suas premissas constituem uma defesa logicamente adequada da sua conclusão – o que não exige que as premissas sejam verdadeiras.

### 3.3 Retórica e suas origens

Retomando o que foi dito no capítulo anterior, contextualizamos a concepção de direito utilizada pelo jusfilósofo H. L. A. Hart, e a partir desta noção, reconhecemos que as regras que regem o direito são passíveis de falhas, e que em alguma hora o juiz não poderá recorrer somente a estas regras, ele deverá usar seu poder discricionário para chegar a uma decisão.

Assim, existe uma grande possibilidade de as regras serem inconsistentes, de não existirem ou serem vagas em razão da linguagem por meio da qual foram escritas. De tal maneira que a argumentação jurídica é indispensável, na medida em que os problemas inerentes às regras jurídicas fazem com que em certos casos não exista uma única solução correta. Pode ser que não exista nenhuma solução adequada ou existam duas ou mais soluções conflitantes.

Diante disso, Hart, ao se defrontar com a possibilidade de inexistência de uma solução jurídica para um caso concreto, não prevê alternativa, senão a de utilizar o poder discricionário por parte do julgador. Assim, o juiz vai interpretar os argumentos utilizados por aqueles que buscam na controvérsia, a solução da lide. Além claro, de ter que embasar argumentativamente a sua decisão, sobretudo no caso dos colegiados de tribunais superiores.

Assim, veremos nesse ponto a importância da retórica no âmbito jurídico e como ela está intrinsecamente ligada à teoria da argumentação.

Neste sentido, acentua Atienza:

Se a democracia e o Direito [...] estão na origem da concepção pragmática da argumentação, não é de estranhar que a vinculação da retórica e da dialética com o Direito (ou com a democracia) esteja também muito presente nos autores do século XX que mais contribuíram para recuperar essa tradição: tanto Perelman como Toulmin ou Gadamer consideram o Direito como o campo da argumentação por antonomásia, a argumentação dirigida a persuadir. (ATIENZA, 2014, p.322)

Podemos notar que quando se trata de filosofia do direito, conceitos como dialética, retórica e teoria da argumentação, não estão dissociados, mas estão de conectados de inúmeras maneiras.

Sobre a busca da origem da retórica, acrescenta Ricoeur:

A retórica liga-se à teoria do discurso e ao poder da linguagem, que se relaciona à filosofia da linguagem, pelo que a busca de sua conceituação é muito mais importante. Ela é tão antiga como a filosofia a que se vincula, sendo sua mais velha inimiga e sua mais antiga aliada. (RICOEUR, 2000, p.19)

É por esta razão que, ao situarmos a retórica no contexto jurídico, parece adequado defini-la recorrendo a Chaïm Perelman:

A Retórica clássica, a arte de bem falar, ou seja, a arte de falar (ou de escrever) de modo persuasivo se propunha estudar os meios discursivos de ação sobre um auditório, com o intuito de conquistar ou aumentar sua adesão às teses que se apresentavam ao seu assentimento. (PERELMAN, 2004, p. 177).

Portanto, ao se definir a retórica como “a arte de persuadir pelo discurso” e discurso como “toda produção verbal, escrita ou oral, constituída por uma frase ou por uma sequência de frases, que tenha começo e fim e apresente certa unidade de sentido” (REBOUL, 2004, p. XIV), deduz-se que não basta convencer a nós mesmos, precisamos do olhar do outro, de sua presença e seu assentimento, para que possamos convencê-lo. Diz Reboul:

“[...] aquele que fala ou escreve para convencer – nunca está sozinho, exprime-se sempre em concordância com outros oradores ou em oposição a eles, sempre em função de outros discursos. [...] Para ser bom orador, não basta saber falar; é preciso saber também a quem se está falando, compreender o discurso do outro, seja esse discurso manifesto ou latente, detectar suas ciladas, sopesar a força de seus argumentos e sobretudo captar o não-dito.” (REBOUL, 2004, p. XIX.),

É perceptível que ao retor não é vedada a demonstração de certo sentimento. Na realidade, a função persuasiva da retórica, conta com isso, pois “em retórica, razão e sentimento são inseparáveis.” (REBOUL, 2004, p. XVII.)

Neste sentido, Reboul complementa:

Os meios de competência da razão são os argumentos. [...] Ora, como já notava Aristóteles, o exemplo é mais afetivo que o silogismo; o primeiro dirige-se de preferência ao grande público, enquanto o segundo visa a um auditório especializado, como um tribunal. [...] Os meios que dizem respeito à afetividade são, por um lado, o etos, o caráter que o orador deve assumir

para chamar a atenção e angariar a confiança do auditório, e por outro lado *o pathos*, as tendências, os desejos, as emoções do auditório das quais o orador poderá tirar partido. (REBOUL, 2004, p. XVII)

Desta forma, para entender a importância da retórica no âmbito jurídico é importante fazer um breve relato histórico, para que se esclareça que a sua origem não é propriamente filosófica, mas sim jurídica.

A origem da retórica é anterior à sua própria definição, mas é com Córax e Tísias que surge a primeira obra, ainda que rudimentar, sobre retórica. Córax e seu discípulo enumeram exemplos de argumentos para serem utilizados pelas pessoas para se recorrer a justiça, e é justamente um desses argumentos, o córax, que os leva ao notório conhecimento público da época.

Diziam eles que o argumento retórico é capaz de ajudar os defensores das causas piores. Assim, diz Reboul:

Retórica Judiciária, portanto, sem alcance literário ou filosófico, mas que ia ao encontro de uma enorme necessidade. Como não existiam advogados, os litigantes recorriam às queixas que eles só tinham de ler diante do tribunal. Os retores, com seu senso agudo de publicidade, ofereceram aos litigantes e aos logógrafos um instrumento de persuasão que afirmavam ser invencível, capaz de convencer qualquer pessoa de qualquer coisa. Sua retórica não argumenta a partir do verdadeiro, mas a partir do verossímil (*eikos*). Observemos que isso é inevitável. Tanto entre nós quanto entre os gregos. De fato, se no âmbito judiciário se conhecesse a verdade, não haveria mais âmbito judiciário, e os tribunais se reduziriam a câmaras de registro. Mas o problema, tanto para nós quanto para os gregos, é que as más causas precisam dos melhores advogados, pois quanto pior a causa, maior o recurso à retórica. É constrangedor. Ora, em vez de se constrangerem, os primeiros retores se gabavam de ganhar as causas menos defensáveis, de ‘transformar o argumento mais fraco no mais forte’, slogan que domina toda essa época. [...] Consiste em dizer que uma coisa é inverossímil por ser verossímil demais. Por exemplo, se o réu for fraco, dirá que não é verossímil ser ele o agressor. Mas, se for forte, se todas as evidências lhe forem contrárias, sustentará que, justamente, seria tão verossímil julgarem-no culpado que não é verossímil que ele o seja. [...] O mais maçante é que o córax pode ser voltado contra seu autor, afirmando que ele cometeu o crime por achar que pareceria suspeito demais para que dele suspeitassem, e que chegou a acumular propositalmente acusações contra si mesmo, para depois refutar as com facilidade. (REBOUL, 2004, p. 3)

Portanto, é inegável que os sofistas representam o ápice da democracia ateniense, já que eram eles os retores por excelência. Aqui já é possível notar que a visão mitológico-religiosa grega, onde apenas os aristocratas poderiam participar da política já estava ultrapassada. A participação popular em discussões de interesses

comunitários era feita na assembleia pública e os discursos políticos e jurídicos já assumiam uma posição central na Grécia.

Ao exigir de todos os cidadãos que se dedicavam à atividade política o domínio de conhecimentos retóricos, além de certa facilidade na eloquência, as assembleias públicas foram essenciais para que a retórica se desenvolvesse através dos sofistas.

O sucesso dos sofistas ocorreu devido à quebra do tradicionalismo filosófico e do caráter absoluto das coisas. A verdade agora se tornava relativa distanciando-se de conceitos absolutos e imutáveis. Foram eles os primeiros educadores a receberem pagamento para ensinar aos jovens conhecimentos retóricos, preparando-os dinamicamente para embates argumentativos, fornecendo instrumentos oratórios para o cuidado das próprias causas e aprimorando técnicas para aqueles que pretendessem alcançar funções públicas notáveis.

De certo modo, foi a democracia grega que trouxe esta transformação na natureza da liderança. Nas assembleias, espaço-tempo onde o povo poderia tomar decisões, a genealogia deixava de importar. Como o objetivo era vencer argumentativamente, um bom político deveria desenvolver a própria arte de persuadir e de convencer o povo, fazendo com que a sua proposta preponderasse sobre as outras. Daí, a necessidade de se aprender a argumentar, ou melhor, fazer do argumento fraco um argumento forte, tarefa dos sofistas por excelência.

Cabe, neste momento, esclarecer que a necessidade da menção aos antigos sofistas é necessária, já que de que ainda que não exista hoje em dia a ‘profissão’ de sofistas propriamente dita, existem profissões que beberam em sua fonte, como os advogados, certos profissionais do direito e da esfera pública.

Assim, os advogados e profissionais do direito assemelham-se - e muito – aos sofistas, seja cobrando e recebendo para o embate técnico-jurídico, ou vencendo através de um discurso argumentativo e persuasivo.

Assim, falaremos brevemente do movimento sofista no contexto da democracia ateniense, fato que criou um espaço significativo não só para a permanência, como também para a difusão do saber retórico.

Antes de se buscar uma definição para este movimento originado na Grécia Antiga, é necessário recapitular e distinguir quatro pontos já superficialmente mencionados anteriormente.

Primeiro, que os sofistas ocupavam um espaço de extrema importância em Atenas e que o seu surgimento só foi possível devido ao contexto histórico favorável. Segundo, que as fontes conhecidas sobre os fragmentos dos sofistas são parciais e nem sempre precisas; terceiro, que sendo os sofistas mestres da arte da retórica e da oratória, tiveram um papel imprescindível na formação política do cidadão Grego.

E por último, o que os caracteriza é muito mais uma prática ou uma atitude comuns do que uma doutrina única, ou seja, apesar de participarem ativamente da polis grega como filósofos e educadores, possuíam doutrinas e opiniões divergentes uns dos outros.

Desta forma, os principais sofistas foram Protágoras, Górgias, Hípias, Pródicos, Licofron, Antifonte e Trasímaco dentre outros. Assim, cabe ressaltar que os sofistas transformaram a educação numa técnica ou numa arte. Eles foram mestres capazes de transmitir e de ensinar. Seus alunos, bem instruídos que fossem capazes de dominar a *technê* política obteriam a *aretê* política.

A má reputação dos sofistas se deve ao fato de que o movimento, como um todo, foi amplamente criticado, sobretudo pelos filósofos Platão e Aristóteles, que devido as ideias amplamente opostas aos mecanismos sofistas, condenavam amplamente as concepções relativistas, o não comprometimento dos sofistas com a verdade, a cobrança financeira para ensinar, o distanciamento dos “reais” ideais filosóficos de verdade, conhecimento e virtude.

Afinal, os ideais sofísticos eram voltados para a busca do sucesso, do embate argumentativo vitorioso, independente dos artifícios necessários, fossem estes, falaciosos ou não.

Protágoras de Abdera, nascido por volta do ano 490 a. C, é o mais famoso dos sofistas e segundo sugere Platão, foi o primeiro a cobrar pelos ensinamentos.

E tão grande é a confiança que tens em ti mesmo, que, enquanto outros ocultam esse talento, tu te fazes proclamar abertamente diante de todos os helenos sob a denominação de sofista e te apresentas como mestre de

educação e virtude, sendo que foste o primeiro que exigiu pagamento por tuas lições. Como fora possível não convidar-te para a discussão de tais problemas, de interrogar-te e de aconselhar-me contigo? (PLATÃO, 1970, p.270, 349a)

Pertence a ele o famoso fragmento do diálogo Teeteto de Platão: “o homem é a medida de todas as coisas, da existência das que existem e da não existência das que não existem.” (PLATÃO, 2001, p.49, 152a)

E desta forma, Guthrie complementa acerca deste fragmento de Protágoras:

[...] a doutrina de Protágoras segundo qual nada existe a não ser o que cada um de nós percebe e conhece. [...] São nossos próprios sentimentos e convicções que medem e determinam os limites e a natureza da realidade, que só existem em relação a elas e é diferente para cada um de nós. [...] Podemos concluir que Protágoras adotou extremo subjetivismo segundo o qual não havia nenhuma realidade atrás e independente das aparências, nenhuma diferença entre aparecer e ser, e cada um de nos é o juiz de nossas próprias impressões. O que me parece é para mim, e nenhum homem está em condições de chamar o outro de errado. Se o que eu sinto como quente tu sentes como frio, não podemos argumentar sobre isto: é quente para mim e frio para você. Nenhum filósofo natural foi assim tão longe, pois é uma negação do próprio sentido de *physis*. (GUTHRIE, 1995, p. 176)

Como todos os sofistas, ele estava familiarizado com suas teorias, mas se afastou para ensinar a única coisa que importava: como cuidar dos próprios negócios e ocupar-se com o Estado, como bem explicita este trecho do diálogo Protágoras, de Platão:

Sabes formular questões, Sócrates, e eu sinto especial prazer em responder aos que bem perguntam. Na minha companhia, Hipócrates não terá de suportar as massadas a que ficaria sujeito se viesse a frequentar outro sofista. Os demais sofistas abusam dos moços; quando estes já se julgam livres do estudo e das artes, a seu mau grado os sofistas os reconduzem para elas, ensinando-lhes cálculo, astronomia, geometria e música – assim falando, lançou um olhar para Hípias -; vindo ele, porém, estudar comigo, não se ocupará senão com o que se propusera a estudar, quando resolveu procurar-me. Essa disciplina é a prudência nas suas relações familiares, que o porá em condições de administrar do melhor modo sua própria casa e, nos negócios da cidade, o deixará mais do que apto para dirigi-los e para discorrer sobre eles. (PLATÃO, 1970, p. 237, 318 e – 319 a)

Assim, Protágoras não buscava a dicotomia verdade/falsidade, mas sim uma noção mais pragmática de melhor ou pior. Do mesmo modo, completa Guthrie:

Diagnosticar a situação particular e prescrever o melhor curso de ação para um homem ou um Estado sob dadas condições, como o médico faz para seu paciente, é como o viu Protágoras, a tarefa do sofista. Assegurar que aquele curso seja seguido é o interesse do retórico. Protágoras era ambas as coisas e ensinava ambas as artes. Sua integridade pessoal, talvez o preveniu de ver que a sua arte de defender ambos os lados, e de fazer o argumento mais fraco parecer o mais forte, era a espada de dois gumes nas mãos de homens menos escrupulosos. A média dos retóricos estava satisfeita com os meios e não se

incomodava com os fins. Virou as cabeças dos jovens, dizendo-lhes que lhes bastava dominar a arte da persuasão para conseguirem ter o mundo a seus pés: o que faziam com isso era assunto deles. (GUTHRIE, 1995, p. 177)

Portanto, longe daquela concepção reducionista de que o mundo dos sofistas seria aquele sem verdade, distante da própria concepção de logos, percebe-se aqui a possibilidade de desenvolvimento de uma retórica que também possuía, ainda que minimamente, fundamentos éticos.

Além disso, cabe neste momento, uma digressão ao conceito de textura aberta do jusfilósofo Hart para relatar o seguinte caso paradoxal atribuído a Protágoras, que segundo o físico e matemático Douglas Hofstadter (1982), em seu artigo escrito para a revista *Scientific American*<sup>32</sup>, seria um dos casos difíceis mais antigos do direito:

O caso envolveu o mais proeminente professor de retórica, do séc. V a.C., o inventor da antilógica e das técnicas erísticas, Protágoras de Abdera, e um indivíduo chamado Euatlo. De acordo com a história, Euatlo teria procurado Protágoras para aprender retórica, a arte do “bem falar”, para se tornar um advogado. Entretanto, os sofistas cobravam quantias exorbitantes pelas suas aulas. Diz Olivier Reboul, em seu livro *Introdução à Retórica* (1998, p.6), que os sofistas ganhavam por dia de trabalho o fabuloso salário de cem minas, o equivalente ao que recebiam dez mil operários como salário diário. Portanto, Protágoras e Euatlo estabeleceram o seguinte contrato entre eles: Euatlo disse que iria pagar a primeira metade do valor do curso assim que começasse suas lições, e que pagaria a outra metade assim que ganhasse o primeiro caso na justiça. Todavia, após ter completado o curso de retórica, Euatlo ficou procrastinando o exercício da advocacia. Em função disso, Protágoras, preocupado tanto com sua reputação quanto em receber o restante do pagamento, e sendo o sofista sagaz que era, resolveu iniciar um processo contra Euatlo.

O argumento formulado por Protágoras perante a corte do Areópago. O argumento formulado por Protágoras perante a corte do Areópago consistia na seguinte colocação: “Ou eu vou ganhar essa causa ou vou perdê-la. Se eu ganhar, então Euatlo terá que me pagar por determinação da corte. Se eu perder, Euatlo terá que me pagar em função do contrato. Portanto, ganhando ou perdendo o litígio, Euatlo deverá me pagar”.

Euatlo, demonstrando que havia assimilado bem os conhecimentos passados por seu mestre durante o curso de retórica, respondeu: “O que Protágoras propõe é um absurdo, já que eu também vou ganhar ou perder esta causa. Se eu ganhar, não precisarei pagar, por determinação da corte, e se eu perder, não precisarei pagar, em função do contrato. Portanto, ganhando ou perdendo, não precisarei pagar”.

Diante das argumentações expostas acima, a corte do Areópago ficou extremamente perplexa e não conseguiu encontrar uma solução. O paradoxo criado pela estratégia argumentativa dos envolvidos fez com que a corte do Areópago entrasse em recesso durante cem anos. (HOFSTADTER, 1982, p.16-28)

---

<sup>32</sup> HOFSTADTER, D. About Nomic: A Heroic Game that Explores the Reflexivity of Law. *Scientific American*, no 246, p.16-28, 1982.

É possível notar, portanto, que a capacidade argumentativa é atemporal. Mesmo diante da possibilidade de regras aparentemente claras, os argumentos utilizados no caso descrito acima chamam atenção por serem todos verdadeiros e fazerem parte de uma conclusão lógica. Como o sistema jurídico moderno exige que o juiz tome uma decisão, alguma decisão haveria de ser tomada se por ventura essa situação fosse descrita dentro das regras de direito hodiernas.

Assim, é importante lembrar, que a maior parte dos fragmentos dos sofistas provém de Platão e Aristóteles, e devido a isto, não temos uma precisão em relação aos textos categorizados e uma interpretação devidamente imparcial. É somente através dos grandes comentadores que podemos esmiuçar certas ideias dos filósofos para não tratarmos injustamente e pejorativamente os sofistas.

Além disso, temos a barreira da língua grega, que apesar das traduções excelentes, algumas palavras na sua origem poderiam suscitar interpretações múltiplas, fato que enriquece ainda mais os diálogos e os torna tão complexos.

Após estes esclarecimentos, podemos perceber que os sofistas contribuíram de forma inigualável para o desenvolvimento da linguagem na tradição grega. O interesse ininterrupto pelo discurso correto, belo, e na maioria das vezes eficaz para convencer, os guiou para a investigação da língua grega, assim como seu posterior estudo sistemático.

E, além da própria retórica, a poesia épica de Homero e Hesíodo também decorreu dessa ânsia grega dos estudos do discurso originando não só a poética, como também a gramática, tornando a oratória uma espécie de ‘prosa poética’.

A retórica já havia demarcado seu lugar através dos sofistas. É a argumentação nos seus primórdios. É persuadir e convencer como hábito, sendo aprendida e ensinada como arte.

Portanto, longe de julgar as intenções dos sofistas, se boas ou más, o que de fato se destaca é a possibilidade de escolha diante de discursos e sua eficácia. Górgias, tomando voz no diálogo platônico que carrega o seu nome, ao invés de revelar imediatamente os defeitos da retórica, diz simplesmente que a postura retórica é poderosa. Isso bastará a esta investigação. O que se pretende, em seguida, é investigar como a retórica se desenvolve dentro do direito de acordo com Chaïm Perelman.

### 3.4 A Retórica e o Direito

Antes de se fazer os devido esclarecimentos sobre a importância da retórica para o direito, é necessário situar a obra “Retórica” de Aristóteles como o ponto de partida para que teoria do direito do jusfilósofo Chaïm Perelman possa ser melhor explicada e entendida.

Assim, a definição aristotélica discorre:

É, pois evidente que a retórica não pertence a nenhum gênero particular e definido, antes se assemelha à dialética. É também evidente que ela é útil e que a sua função não é persuadir, mas discernir os meios de persuasão mais pertinentes a cada caso, tal como acontece em todas as outras artes. (ARISTÓTELES, 1998, p. 11, 1355 b).

Para tanto, pode-se dizer que seu objeto “é o estudo das técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento.” (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 1999, p. 4.) Porém, é preciso complementar essa definição através de quatro esclarecimentos.

Primeiro, a retórica procura persuadir por meio do discurso. Portanto, recorrer à experiência para obter a adesão desejada não se trata necessariamente de retórica. (Por exemplo, os experimentos científicos devidamente comprovados.) Segundo, que a demonstração e as relações da lógica formal com a retórica são problemáticas. Por exemplo, os racionalistas deixaram a retórica de lado no exato momento em que a evidência se tornou imperativa. As ideias tão claras e distintas que não permitiam discussão. Ao pressupor a evidência do ponto de partida, os racionalistas desinteressaram-se pelos problemas levantados pelo manejo da linguagem. Diante, porém, da possibilidade de uma palavra poder ser tomada em vários sentidos, ou de aclarar uma noção vaga ou confusa, surge um problema de escolha e de decisão, que a lógica formal é incapaz de resolver. (PERELMAN, 2004, p. 142)

Terceiro é que a adesão a uma tese pode ter intensidade variável, essencial quando se trata de valores e não de verdades, pois quando se trata de aderir a uma tese ou a um valor, a intensidade da adesão sempre pode ser utilmente aumentada, afinal, nunca se sabe com qual tese ou valor ela poderá entrar em competição em caso de incompatibilidade e, portanto, de uma escolha inevitável. A quarta distingue a retórica

da lógica formal e das ciências positivas: ela diz respeito mais à adesão do que à verdade. As verdades são impessoais, e o fato de serem, ou não, reconhecidas nada muda em seu estatuto. Mas a adesão é sempre a adesão de um ou mais espíritos aos quais nos dirigimos, ou seja, de um auditório. (PERELMAN, 2004, p. 143)

Temos aqui a noção de auditório, que é central na retórica, pois um discurso só possui eficácia se é adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer. Assim, diz Perelman:

A nova retórica, por considerar que a argumentação pode dirigir-se a auditórios diversos, não se limitará, como a retórica clássica, ao exame das técnicas do discurso público, dirigido a uma multidão não especializada, mas se interessará igualmente pelo diálogo socrático, pela dialética, tal como foi concebida por Platão e Aristóteles, pela arte de defender uma tese e de atacar a do adversário, numa controvérsia. Englobará, portanto, todo o campo da argumentação, complementar da demonstração, da prova pela inferência estudada pela lógica formal. (PERELMAN, 2004, p. 144)

Neste momento, para que seja possível esclarecer que a retórica clássica reconhecia as relações de específicos gêneros oratórios, cabe distingui-los, através de Aristóteles, em: gênero deliberativo, epidíctico e judiciário.

Quanto ao último gênero, que é o que de fato se destaca no presente trabalho, na obra do peripatético, explica-se:

No que diz respeito à acusação e à defesa, poderemos em seguida falar do número e da qualidade das premissas de que se devem construir os silogismos. Importa considerar três coisas: primeiro, a natureza e o número das razões pelas quais se comete injustiça; segundo, a disposição dos que a cometem; terceiro, o caráter e a disposição dos que a sofrem. Falaremos ordenadamente destas questões, depois de haver definido o que é cometer uma injustiça. Entendamos por cometer injustiça causar dano voluntariamente em violação da lei. Ora, a lei ou é particular ou comum. Chamo particular à lei escrita pela qual se rege cada cidade; e comuns, às leis não escritas, sobre as quais parece haver um acordo unânime entre todos. (ARISTÓTELES, 1998, p. 52, 1368 b).

Temos, dessa maneira, com Aristóteles, a noção de que a lei está intimamente atrelada a valores morais de justiça, pelo menos do que diz respeito a esta obra especificamente. Neste contexto, se por acaso houvesse uma lei que fosse de encontro a esses princípios, essa lei não deveria ser cumprida, ou melhor, não serviria como uma lei de fato, por não expressar nela a justiça. Superficialmente, estas proposições dão ensejo a algumas ideias de um possível jusnaturalismo incipiente.

Portanto, cabe, neste momento, expor os motivos pelos quais Perelman dedicou toda sua vida ao estudo da teoria do direito, filosofia do direito, lógica, ética, retórica e filosofia da linguagem, auxiliando assim com suas ideias, nossa investigação sobre a natureza dos casos difíceis do direito.

Ele acreditava, primeiro, que a paz judicial só se restabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida. A busca de tais argumentações, graças aos esforços conjugados da doutrina e da jurisprudência, é o que possibilita e favorece a evolução do direito.

Em suas palavras:

Essa é a principal razão de ser das novas teorias, das construções jurídicas aceitas arduamente pelos tribunais, para melhor justificar sua prática. Uma destas teorias será a nova concepção do direito positivo, especialmente do papel atribuído ao poder judiciário e, mais particularmente, à Corte de Cassação que, para aplicar o direito de modo judicioso, deve fazê-lo progredir.[...] Cada vez que se apresenta uma incompatibilidade entre o que a lei aparentemente prescreve e o que a solução sensata de um caso particular parece exigir, será estabelecida a distinção bem conhecida entre a solução justa *de lege lata* e a de *lege ferenda*. A Corte dá claramente a entender qual é a solução que teria sua preferência, se devesse levar em conta unicamente o que considera justo e razoável; inclina-se entretanto, a contragosto, para conformar-se à vontade do legislador, indicando ao mesmo tempo seu desejo de mudança. Essa ambivalência é quase sempre a expressão de uma Corte dividida, em que a minoria se inclina diante de uma decisão que lhe parece dificilmente aceitável, mas solicitando a permissão de manifestar seu descontentamento. (PERELMAN, 2004, p. 191-192)

Em consonância com o trecho previamente citado da *Retórica* de Aristóteles (1368b), Perelman assevera que, se o direito é de fato um instrumento flexível e capaz de adaptar-se aos valores considerados prioritários, neste caso, através do judiciário, não será necessário, em tal perspectiva, que este juiz decida em função de diretrizes vindas do governo, mas em função dos valores dominantes na sociedade, sendo sua missão conciliar esses valores com as leis e as instituições estabelecidas, de modo que ponha em evidência não apenas a legalidade, mas também o caráter razoável e aceitável de suas decisões.

É por este motivo que ele deve diversificar a análise do raciocínio jurídico de acordo com as inúmeras funções que precisa desempenhar quanto aos domínios a que se aplica e às instâncias que constituem o aparelho judiciário. (PERELMAN, 2004, p. 200)

De fato, para instaurar-se na controvérsia e fazer valer todos os interesses em pauta, é preciso que, como em um processo, as partes contrárias possam fazer-se ouvir. Apenas uma argumentação em sentido diverso permite compreender o processo dialético da formação do direito.

Entretanto, no processo legislativo, conforme a posição do jusfilósofo:

[...] os legisladores são juízes e partes, é inevitável, pois não há poder político neutro superior às partes. Admitir que houvesse um seria o mesmo que negar a importância e o valor do processo democrático, voltar à concepção do rei-filósofo, do déspota esclarecido. Se rejeitarmos esta utopia, devemos aceitar o caráter indispensável de uma pluralidade de interesses e valores, entre os quais se instaura uma dialética que resulta em uma decisão tomada por maioria de votos. (PERELMAN, 2004, p. 200)

Cabe aqui esclarecer que a existência de controvérsias, teoria da argumentação e da retórica propriamente dita, se desenvolve plenamente num Estado democrático de direito. Em sociedades fechadas, nas quais o povo não pode se manifestar, se há censura em todos os meios de comunicação e se a nação está sob a égide de um regime totalitário, uma ditadura, a voz é limitada e a viabilidade de diálogo restrita, portanto a possibilidade de argumentar sofre limitações, estando a retórica sujeita a uma morte precoce, antes mesmo da sua possibilidade de nascer.

De fato, em sociedades fechadas há menos espaço para debate e, portanto, é restrito o uso de uma retórica mais complexa. Mas, mesmo em regimes fechados há argumentações e tentativas – pelos menos entre aqueles que concentram poder político – de convencer-se a respeito, por exemplo, das melhores estratégias para atingir fins políticos e jurídicos comuns.

Assim, para Perelman, a visão contemporânea do direito não nega a autoridade do legislador, admite-se que sua vontade não pode ser arbitrária, que os textos da lei devem cumprir uma função reconhecida que não é meramente formal. Para que o direito positivo seja aceito e aplicado, ele deve ser, antes de tudo, razoável: “noção vaga que expressa uma síntese que combina a preocupação da segurança jurídica com a da equidade, a busca do bem comum com a eficácia na realização dos fins admitidos.” (PERELMAN, 2005, p. 463)

Para Perelman o direito seria “a expressão de um consenso político e social sobre uma solução razoável numa sociedade em rápida evolução”. (PERELMAN, 2005, p. 463)

O direito só ganha forma através de conflitos e de controvérsias em todos os níveis e já não transparece a imagem tranquilizadora de uma ordem estável e garantida por um poder imparcial.

Assim, conseqüentemente, versando sobre o conflito dos juízos de valor, que segundo Perelman, está no centro de todos os problemas metodológicos criados pela interpretação e aplicação do direito, surge a lógica jurídica.

Para o jusfilósofo, se em determinado processo houver acordo sobre a descrição dos fatos, os litigantes, buscando fazer prevalecer a concepção do direito que é a cada um mais favorável, demonstrarão a preponderância de um determinado valor específico.

Se uma das partes defende a segurança jurídica e a conformidade ao texto da lei, o outro lhe oporá os fundamentos, ou seja, a finalidade, o espírito do direito. Ou seja, cada um deles argumentará a favor da primazia de outro valor, que considerado mais importante, será sacrificado se o alcance da regra discutida não tiver sido limitado.

Entretanto, na medida em que problemas de qualificação conduzem a ampliação ou restrição do alcance de uma regra, essa ampliação ou essa restrição será assumida ou rejeitada de acordo com os valores que a evidenciam. Quando se estabelece o consenso sobre uma prática ou sobre um tipo de solução, sua vinculação ao sistema, mesmo sendo desejável, será considerada secundária. (PERELMAN, 2005, p. 464)

Perelman diz que é “apenas nos casos duvidosos do ponto de vista da solução a ser adotada é que as razões puramente metodológicas poderiam impor uma dada solução”. Isso, porque, segundo ele, “a única boa solução de um conflito de valores só se impõe raramente - se assim fosse, o caso se resolveria o mais das vezes fora dos tribunais – que o papel do juiz é central e determinante.” (PERELMAN, 2005, p. 464)

Afinal, é o juiz que deve decidir a controvérsia jurídica, é ele quem decidirá o conflito em favor deste ou daquele valor. Os princípios jurídicos e as teorias jurídicas aos quais ele invocará em sua motivação decisória não se caracterizam por serem verdadeiros ou falsos, mas tem como função proteger o valor prioritário.

Compreende-se que numa visão do direito cuja função seria fornecer soluções não somente coercitivas, mas também socialmente aceitáveis, de conflitos e valores, o papel do juiz seja primordial, fornecendo a legislação e a doutrina indicações, mais ou menos imperativas, para a determinação da solução razoável em cada caso litigioso.

Diz Perelman: “Essa tese não resulta de uma filosofia do direito teórico, mas da análise minuciosa do raciocínio jurídico.” (PERELMAN, 2005, p. 465)

Neste ponto, ao intentar uma breve comparação entre Chaïm Perelman e H. L. A. Hart, no que diz respeito às lacunas no direito, temos que, para o primeiro, “estas podem surgir em decorrência da interpretação restritiva, por vezes contrárias ao texto explícito, de uma disposição legal.” (PERELMAN, 2005, p. 465) Enquanto que, para o segundo, como já foi abordado anteriormente, a linguagem é naturalmente vaga e a precisão depende do contexto. As duas posições se complementam, não são excludentes. Hart propõe uma investigação analítica, chegando à noção de textura aberta da linguagem, enquanto que, para Perelman, as lacunas do direito têm origem hermenêutica, interpretativa.

Ao fazer este retorno ao Hart, é necessário lembrar que o filósofo explora dois fenômenos que geram lacunas no direito. O primeiro decorre da “regra de reconhecimento”. De acordo com Hart, a regra de reconhecimento é a regra fundamental para distinguir um direito primitivo, ou uma situação pré-jurídica, de um sistema jurídico desenvolvido. A função desta regra de reconhecimento é determinar quais são as regras legais válidas de uma comunidade. Para que uma regra seja considerada como uma regra válida, e conseqüentemente uma regra do sistema jurídico, é necessário que ela passe em todos os testes exigidos pela regra de reconhecimento.

Sendo assim, é concebível que possa surgir um caso particular que não esteja regulado por nenhuma das regras que satisfizeram os testes exigidos pela regra de reconhecimento.

A regra de reconhecimento comporta um conjunto de regras finito e quando o caso concreto que pode surgir não estiver regulado por nenhuma dessas regras, haverá uma lacuna no direito. Nesse caso, o juiz não poderá recorrer a uma regra legal para resolução da disputa, mas terá que aplicar critérios que estão além das regras legais

válidas. As regras legais são exaustivas do direito e quando elas não são capazes de resolver um caso legal, recorre-se a elementos extralegais.

O segundo fenômeno responsável pelas lacunas no direito decorre, como já foi brevemente explicado, da textura aberta da linguagem. Assim, dispõe Hart:

Boa parte da teoria do direito deste século tem-se caracterizado pela tomada de consciência progressiva (e, algumas vezes, pelo exagero) do importante fato de que a distinção entre as incertezas de comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade (legislação) é de longe menos firme do que sugere este contraste ingênuo. Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas. [...] Os cânones de 'interpretação' não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las; porque estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação. Eles, tal como outras regras, não podem fornecer a sua própria interpretação. (HART, 2005, p. 139)

A primeira impressão que podemos ter em relação à textura aberta dos termos gerais que compõem as regras jurídicas e das próprias regras, é que ela constitui um empecilho para o bom funcionamento do direito. A textura aberta da linguagem significa uma potencial vagueza; a possibilidade de que as regras jurídicas se mostrem indeterminadas para o tratamento de certas situações concretas encontradas na região de penumbra de aplicação da regra. Essa indeterminação das regras jurídicas torna impossível prever todas as situações em que uma regra deverá ou não ser aplicada.

Ou seja, ao recapitular a noção de lacunas para Hart, vemos que para Perelman essa questão é passível de ser solucionada através da comparação de argumentos sobre valores jurídicos que podem ser mais ou menos razoáveis.

Assim, é necessário ainda esclarecer que, para Perelman, uma lei sempre é feita para um determinado período e para um determinado regime. A lei se adapta às circunstanciais que a motivaram e não pode ir além disso. A lei é concebida em função de sua necessidade e utilidade, nas suas palavras:

"[...] uma boa lei não deve ser intangível, pois só vale para o tempo que quis regular. A teoria pode considerar abstrações. A lei, obra essencialmente prática, só se aplica a situações essencialmente concretas. É isso que explica que, se a jurisprudência pode ampliar a aplicação de um texto, há limites para essa ampliação, e estes são atingidos toda vez que, à situação que o autor da lei havia considerado, vêm substituir-se outras, fora de suas previsões. [...] A limitação da aplicação da lei às situações normais cria uma lacuna quando se está numa situação anormal. O caso de força maior que daí resulta obriga a

preencher da melhor forma a lacuna da Constituição criada por esse fato. Vê-se imediatamente que a primazia concedida ao princípio da continuidade do Estado, que implica a do poder legislativo, prevalece sobre o respeito aos mais imperativos textos constitucionais.” (PERELMAN, 2005, p. 466)

Assim, para Perelman, as teorias jurídicas elaboradas no século XX (como a monista, a dualista, aquelas de ordem pública internacional, e etc) visam, em sua maioria, a consequências práticas e a primazia de determinados valores em casos de conflitos. Essas teorias são úteis para estabelecer princípios que guiarão os juízes na busca de uma solução razoável. Mas, quando a solução razoável se impuser, não se hesitará em adotá-la, mesmo que se seja incapaz de justificá-la em direito.

Neste sentido Perelman, lança os seguintes questionamentos:

Assim também práticas, longamente seguidas por algumas instituições, mesmo que, à primeira vista não tenham elas fundamento jurídico, se imporão aos juízes que se esforçaram, com enorme sutileza, por encontrar-lhe uma justificação no direito. Se a solução dos conflitos de valores é essencial no direito, como se poderão motivar, justificar em direito, as decisões tomadas? Que espécie de raciocínio o juiz vai utilizar nesses casos uma vez que o recurso ao raciocínio dedutivo e indutivo é nitidamente insuficiente? [...] O conhecimento e a utilização desses lugares poderão bastar ao jurista? Certamente o catálogo dos lugares pode ajudar um advogado a encontrar argumentos para defender a sua tese, mas o papel das faculdades de direito deve limitar-se a formar pleiteantes? Não terá a mesma importância formar legisladores, administradores e sobretudo juízes? (PERELMAN, 2005, p. 468)

Ora, a solução não é simples. Para os operadores do direito, neste caso os juízes, trata-se de encontrar a melhor solução para o caso, a solução mais razoável levando em conta o direito em vigor. Segundo o jusfilósofo: “um simples catálogo dos lugares, os tópicos jurídicos, não permite julgar da força dos argumentos, dirimir, em favor de ou daquele valor, um conflito axiológico. Pra consegui-lo é necessária uma teoria da argumentação, uma nova retórica.” (PERELMAN, 2005, p. 468)

Pra consubstanciar sua teoria da nova retórica, percebemos que a argumentação é essencialmente adaptação ao auditório e para tanto, mostra-se indispensável um conhecimento deste. É na medida em que o juiz busca uma solução aceitável para os postulantes, para seus superiores e para a opinião pública esclarecida, que ele deve conhecer os valores dominantes na sociedade, suas tradições, história, metodologia jurídica, as teorias que nela são reconhecidas, as consequências sociais e econômicas

deste ou daquele posicionamento, os méritos respectivos da segurança jurídica e da equidade da situação dada.

Nesse sentido, esclarece o jusfilósofo:

A extrema sensibilidade dos valores, tais como eles estão vivos em determinada sociedade, condiciona o bom funcionamento da justiça, ao menos o de uma justiça que vise o consenso, condição da paz judiciária. Ora, a melhor, ou uma das melhores, forma de adquirir isso é pelo ensino, tanto teórico quanto prático, da argumentação. Assim é que a concepção do direito que parece ganhar um número crescente de juristas europeus – e que se nesse ponto às tradições americanas – impõe a inclusão, no ensino do direito, de cursos teóricos e práticos consagrados à argumentação. (PERELMAN, 2005 p.468)

Cabe salientar que ao utilizar a palavra “sensibilidade”, Perelman não o faz ao acaso. Coincidência ou não, em notícia veiculada em 14 de fevereiro de 2011 sobre o princípio da moralidade na “lei da ficha limpa”, Luiz Fux, ministro do STF pronunciou-se:

“Se existe algo que o juiz tem que ter para decidir as causas é sensibilidade. O juiz trabalha com menos paixão que o advogado, o que não significa dizer que ele seja inanimado. Tem que ter emoção nessa decisão. Primeiro deve-se construir uma solução justa e depois dar a esta solução justa uma roupagem jurídica. Justiça é algo que se sente.”<sup>33</sup>

Ou seja, será que adentramos a época em que a razoabilidade perelmaniana justifica simultaneamente o ativismo judicial que se sobrepõe de forma exagerada ao conteúdo expresso no direito positivo?

É neste sentido que este assunto é debatido e esclarecido na última obra publicada em conjunto pelos professores Fábio P. Shecaira e Noel Struchiner. A recomendação dos jusfilósofos é que o termo “ativismo” seja utilizado com bastante cautela. Dessa maneira, é ativista, o juiz:

[...] que dá prioridade a suas convicções substantivas, em detrimento das regras e procedimentos jurídicos. O juiz pode ser abertamente ativista ou, o que é mais comum, esconder o seu ativismo por trás de uma retórica legalista (no segundo caso, ele também dá prioridade a suas considerações substantivas, embora não o admita publicamente). É importante notar que o mero fato de um juiz pensar sobre questões substantivas no contexto de um processo legal não faz dele um ativista. Tudo depende, mais uma vez, das

<sup>33</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/02/lei-da-ficha-limpa-conspira-em-favor-da-moralidade-diz-luiz-fux.html>> Acesso em 18 de mar. 2019.

considerações (substantivas ou institucionais) a que ele dá prioridade. (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p.42)

Para esclarecer o que foi aludido, utilizamos o argumento do ministro do STF Marco Aurélio Mello, que disse que “diante de um caso concreto, primeiro ele considera qual é a decisão mais justa para, em seguida, buscar um fundamento legal que possa justificá-la.” (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p.43) Essa afirmação pode ser interpretada como uma espécie de confissão ativista. A sua retórica legalista seria apenas uma máscara das verdadeiras razões substantivas que motivam suas decisões.

Shecaira e Struchiner propõem duas maneiras diferentes de se interpretar o discurso do Marco Aurélio:

“1ª) ele pensa na decisão mais justa e depois busca um fundamento legal; quando percebe que as fontes do direito apontam em sentido contrário, insiste na decisão que lhe parece mais justa; 2ª) ele pensa na decisão mais justa e depois busca um fundamento legal; quando percebe que as fontes do direito apontam em sentido contrário, abandona a sua opinião original e aplica as fontes, por mais injusto que lhe pareça. Se Marco Aurélio complementasse a sua declaração original do modo 1, ele seria corretamente classificado como juiz ativista, isto é, como um juiz que dá prioridade a suas opiniões substantivas. Por outro lado, se Marco Aurélio complementasse sua declaração do modo 2, ele estaria afirmando que, embora seu processo de reflexão incluía considerações substantivas, não permite que essas considerações predominem em relação às prescrições do direito positivo. Sua argumentação seria efetivamente (não apenas retoricamente) institucional.” (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p.43)

Através de uma breve análise de como o ministro descreve o seu processo de tomada de decisão, percebemos que suas ideias são compatíveis com as do movimento do realismo jurídico norte-americano<sup>34</sup>, que desafiava às concepções tradicionais e

---

<sup>34</sup> Realismo jurídico é um conjunto de correntes doutrinárias da filosofia do direito que entendem o sistema jurídico como fato, distanciando-se da metafísica e de visões mais idealistas sobre o direito. Geralmente, seus teóricos costumam entender a decisão judicial como a verdadeira forma de determinação do direito. O fato que vai ser a referência para o realismo é a decisão judicial, pois, para esse conjunto de correntes doutrinárias, o direito é aquilo que os tribunais fazem e não o que se espera que ele faça ou o que as fontes do direito indiquem que ele faça. Nos Estados Unidos, o realismo jurídico começou a ser bastante discutido na primeira metade do século XX, passando a centralizar o estudo do direito na atuação do juiz, considerando o direito aplicado concretamente – e não a moral, a justiça ou as normas jurídicas – o objeto central de pesquisa do jurista. Dessa forma, para poder compreender o direito, bastaria compreender como o juiz pensa e decide: “direito é o que o juiz diz que é”. É importante esclarecer que o realismo jurídico não tem nada a ver com o realismo metafísico, realismo ético, ou qualquer outra posição filosófica classificada como “realista”. De certa forma, o realismo jurídico é radicalmente oposto às outras posições realistas, já que os realistas jurídicos argumentam que os juízes não estão compelidos a identificar o que é o direito por nenhuma força externa às suas próprias preferências (SCHAUER, 1998d, p.191). Ao contrário do positivismo jurídico, que sustenta que a

pueris que supunham que os juízes tomavam suas decisões partindo das fontes institucionais, sendo capazes de conter suas afetações e decidir de forma absolutamente imparcial.

Assim, os jusfilósofos supracitados apontam para o fato de que os realistas forjaram uma teoria descritiva da decisão judicial que poderia muito bem ser decomposta em uma hipótese de duas partes:

a maioria dos juízes tem inclinação para chegar a determinado resultado antes de consultar os materiais jurídicos; o juiz raramente terá dificuldade de encontrar a roupagem jurídica para a decisão tomada no vasto, complexo e amplamente indeterminado universo de materiais jurídicos existentes (Schauer, 2009: 138-140). Em suma, os materiais jurídicos não influenciaram a tomada de decisão jurídica, sendo apenas recrutados a posteriori, depois de tomada a decisão, em um processo chamado pelos realistas de ‘racionalização’ da decisão. (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p.161)

Cabe neste momento explicar a primeira parte da hipótese realista, ou seja, afirmar que existem diferenças significativas entre a forma como os operadores do direito julgam intimamente e como argumentam publicamente.

Dentre as proposições debatidas pelos realistas estavam: (1) o direito é indeterminado; (2) as regras jurídicas não guiam a tomada de decisão judicial; (3) se o direito é indeterminado e as regras jurídicas não guiam a tomada de decisão, então o juiz decide com base em algo diverso do direito; (4) logo, a atividade judicial é criativa/constitutiva do direito; e (5) a justificação consiste em uma racionalização post hoc. (NOEL; BRANDO, 2013, p. 174)

Se, no caso de o ponto de partida para se chegar a uma decisão judicial não envolvesse o recurso ao material jurídico, então quais seriam as verdadeiras fontes causais capazes de influenciar a decisão? Para realistas como Jerome Frank e Joseph

---

verdade das proposições jurídicas depende de fatos sociais ou institucionais, ou do direito natural, que defende que a verdade no direito corresponde a uma ordem natural superior ao mero capricho do legislador momentâneo, os realistas jurídicos clamam por uma nova atitude na análise do direito. De acordo com eles, não devemos estabelecer um critério a priori para decidir se uma proposição jurídica é ou não verdadeira. Ao invés disso, sugerem que para entender a natureza e funcionamento do direito, devemos realizar uma investigação empírica das atividades dos operadores do direito, principalmente da atividade dos órgãos decisórios. Apenas para esclarecimento, as proposições jurídicas são as proposições sobre o direito, como, por exemplo: “É proibida a entrada de carros no parque”. Dentro de uma concepção positivista do direito, essa proposição é verdadeira se ela estiver de acordo com alguma regra do sistema legal que tenha passado pelo crivo da regra de reconhecimento. Por outro lado, dentro de uma concepção jusnaturalista, essa proposição é verdadeira se estiver de acordo com os preceitos daquilo que é considerado a ordem natural das coisas. (STRUCHINER, 2005, p.38)

Hutcheson as decisões são fruto de impulsos psicológicos profundos, palpites ou intuições:

Acompanhando a opinião de Joseph Hutcheson, Jerome Frank acreditava que o juiz decidiria a partir de um palpite, uma intuição acerca do que constitui o resultado justo para um dado caso concreto. As decisões, sentenças e acórdãos formalmente produzidos pelos juízes não passariam de racionalizações post hoc de uma decisão tomada muitas vezes de maneira automática, intuitiva (Frank, 2009[1930]. pp. 31-34, 111/112 e 140-141). Por isso Frank armava que a chave para compreender a tomada de decisão judicial seria investigar como os juízes tinham seus palpites acerca do certo e do justo nos casos concretos. (NOEL; e BRANDO, 2013, p. 175).

Portanto, para Shecaira e Struchiner, ainda que os realistas não tenham participado de experimentos para justificar seus insights, os referidos professores acreditam que existem boas razões para se acreditar que eles estavam certos. As ciências psicológicas e cognitivas, de maneira geral, avançaram muito nos estudos sobre o processo de tomada de decisão e existem evidências que sugerem que, diante de uma série de contextos decisórios, realmente se parte de intuições para justificá-las posteriormente. (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p.163)

Isto é, a retórica como estratégia argumentativa e persuasiva ultrapassa aqui o direito, a filosofia, a história e adentra profundamente ao campo psicológico. Os efeitos gerados pelas questões morais transcendem a esfera racional responsiva e parecem alojar-se numa espécie de intuição moral inconsciente.

Por conseguinte, no domínio das ciências cognitivas, a visão que prevalece é a de que o processo decisório funciona através de sistemas dessemelhantes, que podem ser denominados implícito e explícito, ou intuitivo e deliberativo. O primeiro é automático e ágil, opera sem esforço e inconsciente. O que chega até nós a nível consciente é somente o seu produto final. Já o segundo sistema é lento, deliberativo, empenhado, controlável e consciente.

Embora o segundo sistema possa ser colocado como ferramenta de superação dos erros e desvantagens do primeiro, na prática isso nem sempre acontece. Jonathan Haidt<sup>35</sup>, psicólogo moral, atestou em experimentos desenvolvidos com outros colegas

---

<sup>35</sup> Jonathan Haidt é um psicólogo social estadunidense e professor e Liderança Ética na Stern School of Business da New York University. Seu trabalho de pesquisa foca em questões sobre as bases da

que o primeiro sistema tem certa primazia e que o segundo sistema funciona como seu porta-voz ao construir justificativas para comportamentos cuja motivação não chega à consciência.

Vejamos um de seus experimentos e as lições que podemos tirar dele para pensar a respeito do processo de tomada de decisão jurídica. Haidt apresenta a seguinte situação para os participantes do experimento seguido de algumas perguntas.

Julie e Mark são irmãos. Eles estão viajando juntos na França, durante as férias de verão da faculdade. Uma noite, estão hospedados sozinhos em uma cabana perto da praia. Eles decidem que seria interessante e divertido se tentassem fazer amor. No mínimo, seria uma nova experiência para cada um deles. Julie já estava tomando pílula anticoncepcional, mas Mark também faz uso de um preservativo por segurança. Ambos curtem fazer amor, mas resolvem não fazer novamente. Eles resolvem manter aquela noite em segredo, um segredo especial que faz com que se sintam ainda mais próximos um do outro. O que você pensa sobre isso? Você acha OK o fato de eles terem feito amor? (Haidt, 2001, p. 814)

Acontece que, a reação das pessoas à história fictícia trouxe dados interessantes: a maioria afirmou automaticamente que a prática sexual entre eles era moralmente condenável. Pressionados a justificar suas respostas, muitos recorreram a argumentos que já haviam sido explicitamente rejeitados como possibilidades na situação apresentada: a) a possibilidade de gravidez e o nascimento de uma criança com problemas genéticos (porém, duas formas de controle de natalidade estavam sendo usadas); b) a possibilidade de outros ficarem sabendo e as repercussões sociais negativas disso (mas, os dois resolveram manter a noite em segredo); c) a possibilidade de se afastarem como amigos (mas o segredo fez com que se sentissem ainda mais próximos). Quando o responsável por conduzir o experimento insistia e demonstrava que aquelas razões não eram adequadas, as pessoas frequentemente diziam que, embora não conseguissem explicar as razões, sabiam que o ato era errado. As pessoas emudeceram, ficaram estupefadas, defendiam uma posição que não eram capazes de justificar. Isso levou Haidt a questionar a proposta racionalista de explicação dos julgamentos morais. (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p.163)

---

moralidade em diversas culturas. Suas obras incluem títulos como “Social Intuitionists Answer Six Questions about Moral Psychology” In. SINNOTT-ARMSTRONG, W. (Ed.) *Moral psychology*. Cambridge: MIT Press; “A emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment”. *Psychological Review*, Vol. 108. No.4; “Righteous mind: why good people are deceived by politics and religion. Pantheon Books: New York; “Moral psychology and the law: how intuitions drive reasoning, judgment and the search for evidence”. 64 *Alabama Law Review*.

Através do experimento descrito acima é possível retirar três lições valiosas, a seguir:

1. Esse experimento e vários outros que foram formulados por ele e por outros psicólogos morais mostram que, em vários casos moralmente salientes e sensíveis, as pessoas respondem intuitivamente e só depois buscam as razões que serão usadas como premissas para sustentar a conclusão anteriormente dada pela intuição. Isso é relevante porque vários casos jurídicos são moralmente sensíveis.

2. O experimento mostra que o sistema 1 e as intuições produzidas por ele são extremamente suscetíveis a gatilhos afetivos. Como nossas intuições são alcançadas rapidamente por um flash, e sem uma avaliação de todos os elementos que seriam relevantes para a decisão, dizemos que as intuições e seus fatores geradores funcionam como atalhos. Fatores estranhos, muitas vezes são os responsáveis por essas intuições, e esses fatores não são utilizados na própria justificação. [...]

3. Finalmente, a intuição parece ter força significativa, já que é ela que parece direcionar a busca dos argumentos. Razão, muitas vezes, atua como uma espécie de porta-voz, assessora de imprensa ou advogada da intuição, e não como uma instância de deliberação e avaliação dos melhores argumentos contrários e a favor da tese que se discute. Em outras palavras, a intuição exerce pressão no contexto de justificação [...] ficamos com a ideia fixa de que a nossa intuição está correta e passamos a enxergar apenas argumentos que seriam capazes de justificar nossa intuição, mesmo que isso envolva algum tipo de confabulação (invenção de argumentos) ou o uso de argumentos que simplesmente não são adequados naquele contexto. [...] Infelizmente, a verdade é que enxergamos os argumentos que corroboram a nossa posição, mas ao mesmo tempo ignoramos aqueles que falam contra ela. Esse fenômeno é conhecido como viés confirmatório. Os atalhos frequentemente geram vieses: erros sistemáticos em nosso processo decisório.” (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p.166)

As pesquisas de Haidt dizem respeito a dilemas morais e no direito muitos casos são de valor moral salientes, como por exemplo, algumas questões acerca de pesquisas com células-tronco (ADI 3.510), igualdade racial (RE 597.285) e ou, como foi citado no primeiro capítulo da dissertação, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 que autorizou a interrupção de gestação com feto anencéfalo.

Visto isso, é necessário esclarecer que noção de caso difícil aqui toma uma outra proporção, e seguramente é analisada como uma espécie particular. Embora haja controvérsia na identificação de quais são os limites do domínio da moralidade, é concebível a existência de uma espécie particular de caso difícil: o caso difícil moralmente carregado. Alguns exemplos de casos difíceis moralmente carregados palpitantes e bastante conhecidos da literatura do direito foram postas em relevância no primeiro capítulo. É possível que o direito criminalize o aborto? E em qualquer circunstância? E quanto aos fetos anencéfalos?

Assim, se um juiz intuitivamente considera que o aborto de fetos anencefálicos é moralmente condenável, buscará exemplos ou dados que confirmem a hipótese em consideração: pesquisará o repertório de materiais jurídicos, discussões filosóficas e evidências científicas que se alinhem a essa visão; e deixará de fazê-lo em relação ao repertório de materiais jurídicos, discussões filosóficas e evidências científicas que não se alinhem a essa visão escolhida por ele.

Estes questionamentos têm como pano de fundo uma série de questões que gravitam em torno do domínio da moralidade, o que leva o debate ao seguinte problema: como os juízes solucionam esses casos difíceis do direito que inequivocamente envolvem dilemas morais?

Conforme foi visto, adotamos aqui uma visão positivista moderada. Acreditamos, assim como Hart, que nem todos os casos são difíceis. Entretanto, alguns poderiam avançar sob a égide de um argumento um pouco mais radical, segundo o qual as controvérsias e os casos difíceis podem ser potencialmente e moralmente carregados.

Aqueles que defendem a constitucionalização do direito sustentam que todas as decisões jurídicas deveriam passar por um filtro constitucional e entendem que este é formado pelos princípios fundamentais, como, por exemplo, o da dignidade da pessoa humana.

O problema surge a partir do momento em que a existência de uma constituição que incorpora princípios moralmente carregados e, em função disso, podem ser altamente vagos e contestados, acrescida de uma atitude generalizada no sentido de recorrer sempre a esses princípios para resolver casos jurídicos, pode conduzir a essa leitura mais radicalizada onde todo caso passa a ser potencialmente um caso difícil.

Desta forma, para os que defendem essa posição, nossos argumentos são ainda mais relevantes. Na medida em que todo caso é potencialmente um caso difícil do ponto de vista moral, uma teoria sobre como juízes de fato lidam com esses casos descreve não só o que acontece em certas situações especiais e isoladas, mas aquilo que é típico e característico do direito. (NOEL; BRANDO, 2013, p. 185)

Para concluir, quando pensamos nos casos difíceis do direito brasileiro e nas teorias normativas da tomada de decisão, alguns tópicos são recorrentemente citados. E, como vimos no decorrer da dissertação, é possível que todo material que verse sobre teoria da argumentação e retórica escorram pelos dedos. Afinal, se as decisões já são tomadas por inclinações morais, antes mesmo de sua justificativa, até que ponto o juiz

mudaria de ideia quanto à sua escolha?

Este é o questionamento que fica aberto para a próxima oportunidade de trabalho.

Concluimos, então, apontando o evidente desconforto criado em torno de como os juízes vêm tomando decisões, tal como observou Daniel Sarmento:

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e das possibilidades de, através deles buscarem justiça – ou o que entenderem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial<sup>36</sup>. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulho com jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.

Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham à suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. (Sarmento, 2006, p.200)

---

<sup>36</sup> O decisionismo jurídico sustenta um conceito político de lei segundo o qual as normas são sempre fruto de uma decisão do soberano (o monarca ou o povo) e expressa uma vontade política legítima. Contudo, na esteira do chamado ativismo judicial, o decisionismo figura na ponta do movimento pendular inerente às transformações jurídicas e socioculturais, de modo que ele precisa ser analisado à luz da separação de poderes e da coerência criteriosa da aplicação do direito. A crítica ao decisionismo é fundada na observação de que o Poder Judiciário, em casos semelhantes, ora invoca determinadas preocupações ora não as invoca. O seu critério, depende, ao que parece, da conjuntura política, econômica e social. Em outras palavras, percebe-se falta de coerência jurídica. Tal situação favorece, direta ou indiretamente, a sujeição de interferências políticas, por meio de juízos especulativos. Do ponto de vista político, o chamado discurso do “estamos numa crise” embasa boa parte do decisionismo. A aproximação entre o direito e a prática, consagra o princípio da praticabilidade, segundo o qual o jurídico não pode ignorar a realidade sobre o qual se aplica. Contudo, o prático não pode influenciar a decisão judicial a ponto de afastar a eficácia normativa do ordenamento ou, mais precisamente, a ponto de criar soluções desprovidas de legitimidade. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

## CONCLUSÃO

O problema jusfilosófico que se pretendeu elucidar no decorrer da dissertação foi a questão dos *hard cases* ou casos difíceis do direito. Como foi visto, os casos difíceis são aqueles para os quais não existe uma única solução correta ou os casos diante dos quais a comunidade jurídica fica perplexa a respeito da solução que deve ser oferecida. A discussão sobre os casos difíceis do direito tenha surgido dentro do cenário construído pelas obras de H. L. A. Hart e Ronald Dworkin.

Assim, procuramos esclarecer e investigar dos desdobramentos da definição de casos difíceis do direito dentro de um contexto positivista, que concebe o direito como um sistema de regras. Quando o direito é assim concebido, os casos difíceis ocorrem justamente em decorrência de certas características pertencentes às regras.

A tarefa inicial foi a busca pelas fontes dos casos difíceis. Os temas dos casos difíceis do direito e da indeterminação jurídica possuem grande relevância para todos que se interessam pela natureza do direito e pela prática jurídica. Como diz Timothy Endicott:

A natureza e as implicações (e até mesmo a existência) de indeterminações nos requerimentos do direito têm sido questões importantes na filosofia do direito [...] O assunto apresenta consequências importantes para o entendimento do direito, já que levanta questões fundamentais sobre o papel dos juízes e o Estado de direito: se os juízes não estão dando efeito aos direitos das partes em certos casos, então o que estão fazendo, e como isso pode ser justificado? E como pode uma comunidade alcançar o ideal do Estado de direito se os requerimentos do direito são indeterminados? (ENDICOTT, 2001, p.19)

A conclusão é que o positivismo conceitual apresenta uma tese sobre como identificar o direito existente de uma determinada sociedade. Trata-se de uma tese descritiva que diz que o direito deve ser identificado recorrendo-se às suas fontes e não ao seu mérito. Dessa forma, o direito pode ser visto como um conjunto de regras (em sentido amplo, incorporando regras e princípios) colocadas por uma autoridade.

Porém, como a tese do positivismo conceitual é normativamente inerte, ela nada nos diz sobre como trabalhar com as regras que foram identificadas como sendo o material.

A tese central que articulou esses pontos consiste na defesa de que, em função da inércia normativa do positivismo conceitual, a prática jurídica consiste em um terreno de opções diferentes sobre como trabalhar com as informações identificadas pela regra de reconhecimento. A prática jurídica está imersa em opções, todas elas concebíveis e compatíveis com o positivismo conceitual, mas nem todas elas compatíveis com a noção de regras como relações. O cerne da argumentação jurídica é constituído pelas escolhas por um ou outro modelo de tomada de decisões.

A percepção de que existem lacunas normativas, antinomias e indeterminações linguísticas no direito conduziu naturalmente ao tema da teoria da argumentação jurídica. A argumentação jurídica é necessária na medida em que os problemas inerentes às regras jurídicas fazem com que em certos casos não exista uma única solução correta. Pavimentado o caminho para a teoria da argumentação jurídica, algumas considerações gerais sobre a mesma foram realizadas.

Em suma, o estudo dos casos difíceis e da indeterminação do direito é importante porque traz consequências para o direito, para a filosofia do direito e para a atividade dos juízes.

Quanto à atividade do judiciário trouxemos a questão da discricionariedade. Para Hart, o poder discricionário, deve ser exercido de forma equilibrada, pautando-se nos melhores valores a serem aplicados ao caso concreto, tendo como escopo primordial encontrar respostas legais aptas a regulamentar determinadas situações atípicas.

Portanto, observamos que a criatividade no âmbito jurídico é demonstrada através da interpretação realizada pelos juízes e de fato é uma evidente demonstração da possibilidade de se alcançar ideias e decisões inéditas para situações concretas que surgem no âmbito do direito.

Assim como Hart, introduzimos o jusfilósofo Cappelletti, que reconhece que o “uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.”

(CAPPELLETTI, 1993, p. 21)

Cappelletti esclarece que o verdadeiro problema não advém da oposição entre interpretação e criação do direito. O que de fato o preocupa é o *grau* de criatividade, os modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais.

Ou seja, a discricionariedade não pode ser confundida necessariamente com arbitrariedade. O juiz, ainda que inevitavelmente seja criador de direito, não é completamente livre para interpretar a legislação como bem entender. Ele não está livre do vínculo jurídico, que prevê limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.

Assim, é necessário um equilíbrio, uma racionalidade, uma justificativa que fosse capaz de assegurar que as decisões a serem tomadas fossem pautadas nas regras de direito, justificadas sob a égide de uma eficiente argumentação jurídica. Afinal, o dever-ser ideal regulador da atividade judiciária seria de encontrar a solução jurídica mais racional de acordo com os preceitos, regras e normas do direito.

Destacamos também, a importância da retórica no âmbito jurídico e vimos como a Nova Retórica do Chaim Perelman trouxe conceitos como o da razoabilidade, considerada uma possível estratégia interpretativa para que o direito fosse aplicado de uma forma mais justa. E para consubstanciar a teoria da nova retórica, vimos que a argumentação é essencialmente adaptação ao auditório e para tanto, mostra-se indispensável um conhecimento deste. É na medida em que o juiz busca uma solução aceitável para os postulantes, para seus superiores e para a opinião pública esclarecida, ele deve conhecer os valores dominantes na sociedade, suas tradições, história, metodologia jurídica, as teorias que nela são reconhecidas, as consequências sociais e econômicas deste ou daquele posicionamento, os méritos respectivos da segurança jurídica e da equidade da situação dada.

Vimos também, que a noção de razoabilidade precisa ser ponderada e utilizada com sobriedade, tendo em vista que, se for adotada exageradamente, como justificativa para a maioria das decisões do judiciário, pode desencadear abusos, caindo assim no chamado ativismo judiciário.

Constatamos que a retórica como estratégia argumentativa e persuasiva ultrapassa aqui o direito, a filosofia, a história e parece adentrar profundamente ao campo psicológico. Os efeitos gerados pelas questões morais transcendem a esfera racional responsiva e parecem alojar-se numa espécie de intuição moral inconsciente.

Por conseguinte vimos que no domínio das ciências cognitivas, através do exemplo dos estudos do Jonathan Haidt que a visão que prevalece é a de que o processo decisório funciona através de sistemas dessemelhantes, que podem ser denominados implícito e explícito, ou intuitivo e deliberativo. E que a importância dele para os nossos estudos é a possibilidade de que as decisões, sentenças e acórdãos formalmente produzidos pelos juízes não passariam de racionalizações *post hoc* de uma decisão tomada muitas vezes de maneira automática, intuitiva. Assim diz Struchiner e Brando:

Ao enfrentar um caso difícil moralmente carregado, a maioria dos juízes tomaria uma decisão automática causada por uma intuição moral; em seguida, seja por conta de uma falha cognitiva, seja por motivação, o juiz daria início a uma busca enviesada por algum tipo de material jurídico existente capaz de embasar com um mínimo de plausibilidade a decisão tomada. Embora no contexto da filosofia moral o exame e discussão dos dilemas revelem infundáveis polêmicas, o juiz tenderia a examinar o problema partindo da premissa de que sua solução está correta, reforçando essa crença assim que encontrasse algum material jurídico. Nesse momento, a busca seria encerrada porque a decisão “faria sentido”. A decisão tomada de maneira automática estaria enfim fundamentada. (NOEL; BRANDO, 2013, p. 205)

Para concluir, se focarmos no STF, vemos que as decisões para os casos difíceis, inclusive os moralmente carregados são imensas e já vêm prontas, por escrito, para serem apresentadas na ocasião do julgamento. Cada ministro lê a sua decisão e o diálogo fica prejudicado, já que a dificuldade de alterarem as suas decisões já prontas é imenso. O desenho institucional simplesmente não promove o debate e o diálogo, sendo essas as condições, de acordo com Haidt, que teriam mais chances de melhorar o processamento de informações e evitar o raciocínio motivado e viés confirmatório. (NOEL; BRANDO, 2013, p. 213)

É claro que precisamos de uma solução para as questões que seriam levadas aos tribunais e as discussões não podem ser infundáveis, mas imagine o bem que mais uma rodada de debates e discussões nas quais os juízes pudessem ser questionados sobre as suas decisões antes de apresentá-las poderia gerar, pelo menos nos casos difíceis.

Finalmente, a melhor forma de comprovar o comprometimento de juízes no raciocínio motivado e no viés confirmatório seria por meio de uma pesquisa empírica cuidadosa analisando com que frequência eles se engajam com argumentos contrários aos que estão sustentando, ou apenas apresentam argumentos a favor do seu próprio

ponto de vista, sem levar em consideração os argumentos contrários. Embora não tenhamos feito tal análise, nossa experiência com a leitura de decisões é indicativa de que argumentos contrários raramente são enfrentados de frente e, quando a posição contrária é suscitada, não passa de uma mera menção a ela, ou uma reconstrução simplória da mesma, para gerar efeitos retóricos mostrando que a posição contrastante não deve ser levada a sério.

E, por fim, mais do que simplesmente pura argumentação vazia, é através do contexto jurídico que se tornam visíveis as grandes mudanças sociais. Dentro de um sistema jurídico, é possível perceber se a sociedade legitima as referidas leis.

Neste sentido, concluindo, diz Perelman brilhantemente:

Afinal, se cada vez que se submete uma questão a deliberação e à discussão, faz-se indispensável o recurso à argumentação, é muito comum que o discurso não vise a chegar a uma decisão, e sim a criar um estado de espírito, uma disposição para reagir desta ou daquela maneira. É esse o caso das discussões teóricas, tanto políticas como filosóficas. As obras de doutrina, de teoria, mesmo quando se trata de doutrina jurídica, visam a influenciar a opinião, mas não necessariamente a tomar uma decisão. [...] Portanto, o papel da retórica se torna indispensável numa concepção do direito menos autoritária e mais democrática, quando os juristas insistem sobre a importância da paz judiciária, sobre a ideia de que o direito não deve somente ser obedecido, mas também reconhecido, que ele será, aliás, tanto mais bem observado quanto mais largamente for aceito.

A aceitação de um sistema de direito implica que se reconheça a legitimidade das autoridades que têm o poder de legislar, de governar e de julgar; essa legitimidade é fundamentada na tradição, e também na religião, nas mais variadas ideologias e filosofias políticas. Mas, se há abuso de poder, se as decisões tomadas pelo poder parecem desarrazoadas, contrárias ao bem comum, se não são aceitas, mas impostas pela coerção, o poder se arrisca a perder sua autoridade: far-se-á ainda temer, mas já não será respeitado. (PERELMAN, 2005, p. 554)

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Quintín Racionero. Madrid: Gredos, 1990.

\_\_\_\_\_. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998.

\_\_\_\_\_. **Órganon**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2005.

ATIENZA, Manuel. **O Direito como Argumentação**. Trad. Manuel Poirer Braz Lisboa: Escolar Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. **As razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

BRAND, Jeffrey. **Philosophy of Law. Introducing Jurisprudence**. New York: Bloomsbury, 2013.

BIX, Brian. **Law, Language and Legal Determinacy**. New York: Oxford University Press, 1993.

ENDICOTT, Timothy A. O., **Vagueness in law**. New York: Oxford University Press, 2000.

FARREL, M. **Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico**. Doxa, no 22, p.121-128, 1998.

GARDNER, J. **Legal Positivism: 5 1/2 Myths**. The American Journal of Jurisprudence. no 46, p.199-227, 2001.

GUTHRIE, W. K. C. **Os Sofistas**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995.

HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

HOFSTADTER, D. About Nomic: **A Heroic Game that Explores the Reflexivity of Law**. *Scientific American*, no 246, p.16-28, 1982.

MARCONDES, Danilo. **A Pragmática na Filosofia Contemporânea**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Filosofia, Linguagem e Comunicação**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

NINO, C. **Introducción al Análisis del Derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 1999.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Lógica Jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaïm. e OLBRECHTS-TYTECA. **Tratado da Argumentação. A Nova Retórica**. Tradução de Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

REBUL, Oliver. **Introdução à Retórica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RICOUER, Paul. **A Metáfora Viva**. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

SHECAIRA, Fábio P. e STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016.

SHINER, R. **Norm and Nature – The Movements of Legal Thought**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

STRUCHINER, Noel. e Souza, Rodrigo (orgs). **Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da Filosofia Moral à Psicologia Experimental**. Rio de Janeiro: PoD, Editora: Puc-Rio, 2014.

STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. 2005. 191 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Departamento de Filosofia, PUC- Rio, Rio de Janeiro. 2005

WAISMANN, F. **Verifiability**. In: Flew, A. G. N. (ed.). *Logic and language* (first series). Oxford: Brasil Black-well, 1978. pp. 117-144.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução de Marcos G. Montagnoli 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.