

Raciocínio Moral (*Moral Reasoning*) e Raciocínio Jurídico (*Legal Reasoning*) no Exercício da Jurisdição Constitucional

Moral Reasoning and Legal Reasoning in the Exercise of Constitutional Jurisdiction

Rafael de Oliveira Costa*

Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte – MG, Brasil

Bruno Starke Buzetti**

Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro – RJ, Brasil

Lanaira da Silva***

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo – RS, Brasil

1. Introdução

O presente estudo pretende analisar a relação existente entre o raciocínio moral e o raciocínio jurídico nos processos de tomada de decisão, objetivando solucionar o embate entre validade e legitimidade no exercício da jurisdição constitucional. Para tanto, assume-se como premissa o fato de

* Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG/Universidade de Wisconsin (EUA). Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor Visitante na Universidade da Califórnia-Berkeley. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. E-mail: rafaelcosta22000@gmail.com.

** Assistente Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo. Graduado em Direito, pela UNESP, e Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal, pela Universidade Gama Filho. E-mail: brunodireitounesp@yahoo.com.br.

*** Mestranda em Direito Público pela UNISINOS, inserida na Linha de Pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”. Bolsista de Mestrado financiada pela CAPES/PROEX. Membro do Grupo de Pesquisa “DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos”. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Advogada. E-mail: laanaira@yahoo.com

que o Direito deve ser racional. As decisões jurídicas precisam ser dotadas de uma pretensão de correção, integridade e coerência, permitindo ao aplicador do Direito sustentar a sua opção não apenas na própria autoridade (o que lhe confere certo grau de legitimidade formal), mas na adoção de procedimento adequado (o que também contribui para sua legitimação formal), na racionalidade da argumentação (legitimação formal) e no conteúdo da norma a ser aplicada (legitimação material).

A utilização de métodos, em primeiro lugar, não é suficiente para garantir racionalidade e legitimidade ao Direito¹. Isso porque a legitimidade da decisão não decorre apenas da autoridade que a prolatou, mas também de uma justificação racional e adequada dos juízos realizados pelo intérprete. Dito de outro modo, as razões que justificam a decisão devem ser publicamente fundamentadas em discursos racionais, não bastando o argumento de que “assim decido porque ocupo o cargo que detém a prerrogativa de decidir”².

Ademais, a decisão só será legítima se, além de proferida por aquele investido da atribuição de julgar, considerar as decisões anteriores, ou seja, se estiver fundamentada “nas decisões políticas do passado”³. Há uma conexão incindível entre justificação e universalização da decisão. A integridade apresenta-se como a necessidade de que o Estado atue de modo coerente perante os cidadãos, estendendo a todos os mesmos “padrões fundamentais de justiça”⁴. Assim, cada juiz deve analisar, na pureza da consciência fenomenológica, sua própria interpretação, perguntando-se se a decisão poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse todas as decisões judiciais proferidas em um dado Estado, em um dado país, ou até mesmo todas as decisões judiciais prolatadas no contexto global, consolidando uma verdadeira espiral hermenêutico-decisional e evitando que o provimento jurisdicional seja sinônimo da “subjetividade avassaladora do intérprete”⁵. Em outras palavras, é preciso testar a validade da norma

1 GADAMER, 2002.

2 “Studying legal reasoning shows us that ‘the law’ does not substitute for politics, it is politics. Unless the parties agree that ‘the law’ automatically resolves a case, the judge will make and defend choices. That is, the judge uses his or her political power to change people’s lives.” (CARTER, 2007, p. 21).

3 DWORKIN, 1999.

4 MOTTA, 2010.

5 MOTTA, 2010, pp. 143-160.

geral do caso concreto⁶ em relação aos casos semelhantes (*universalização da argumentação*), legitimando a decisão pela sua forma e pelo seu próprio conteúdo⁷.

Nesse contexto, não mais prevalece a “tese da neutralidade”⁸ compartilhada por inúmeros positivistas, de que a validade das normas jurídicas podia ser definida independentemente de seu conteúdo. A decisão não será legítima pelo simples fato de o julgador competente sustentar que dada norma deve incidir em dado caso concreto. Isso porque o intérprete não pode escolher “livremente” o sentido que lhe parece adequado. Ao contrário, deverá indicar as razões pelas quais optou por um (e não por outro) dos sentidos passíveis de serem depreendidos do enunciado normativo, universalizando o decidido para todos os casos similares e legitimando a decisão em razão da competência que lhe foi atribuída, pelo procedimento adotado e pelo seu próprio conteúdo⁹.

Em síntese, a decisão, para ser legítima, não pode decorrer de uma escolha arbitrária do julgador. Os sentidos das proposições normativas não podem ser produto da vontade daquele que, embora competente, aplica a norma de forma desvincilhada da intersubjetividade e dos precedentes. A decisão judicial para um dado caso deve ser “universalizável” (norma geral da decisão) e legítima (pela sua forma e conteúdo), afastando a subjetividade daquele que decide¹⁰.

Evidencia-se, assim, a importância metodológica de se buscar uma teoria não meramente descritiva dos processos de tomada de decisão, mas analítico-hermenêutico-argumentativa, no sentido de ser capaz de fixar parâmetros para o julgador avaliar a correção do raciocínio adotado na solução de um dado caso concreto. É o que passaremos a analisar nos próximos tópicos deste trabalho.

6 MÜLLER, 2000.

7 MOTTA, 2010, pp. 143-160.

8 HOERSTER, 2000.

9 MOTTA, 2010; DWORKIN, 2002, 1999.

10 MOTTA, 2010.

2. Breve Introdução à (Onto)Gnosiologia do Raciocínio Jurídico

O raciocínio jurídico assumiu formas diversas segundo os momentos históricos pelos quais passou o Direito¹¹. Antes do advento do Código Civil de Napoleão, predominava a ideia de que a função jurisdicional seria uma “projeção das ciências exatas”. Ao juiz não cabia, no momento da sentença, nenhuma função de criação, mas tão só de “aplicação” das leis¹². A teoria da decisão judicial como silogismo acabou incorporada pela Ciência do Direito: a premissa maior seria a lei aplicável; a premissa menor a constatação dos fatos; e, a conclusão, seria a própria decisão. Nesse contexto, Laurent chegou a afirmar que:

Os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete; este não tem por missão fazer o Direito: o Direito está feito. Não existe incerteza, uma vez que o Direito está escrito em textos autênticos. Mas para que os Códigos realizem essa tarefa, é preciso que os autores e os juízes aceitem sua nova posição em vista do Código [...] Diria que devem resignar-se a ela¹³.

Ainda hoje, juristas como MacCormick¹⁴ e Atienza¹⁵ sustentam que o raciocínio judicial segue o modelo lógico-dedutivo, salvo para a solução de casos complexos.

Em *Legal Reasoning and Legal Theory*, MacComick apresenta uma teoria do raciocínio jurídico (*legal reasoning*) descritiva e normativa, compatível com o positivismo jurídico de Hart¹⁶. O método utilizado parte da reconstrução racional de casos concretos, uma vez que a análise das decisões

11 No que concerne à classificação clássica das formas de raciocínio científico no Direito, sustentam Gustin e Dias (2006, pp. 72-77) que podemos dividi-las basicamente em quatro categorias: (1) indutivo; (2) dedutivo; (3) hipotético-dedutivo – desenvolvido principalmente na obra de Karl Popper, leva em consideração a existência de expectativas prévias, o que nos remete ao problema de conflitos com teorias já existentes. Para tanto, busca solucionar os conflitos entre as teorias através de testes da falseabilidade; e (4) dialético. Não bastasse isso, conferir ainda o inovador método genético-estrutural-imputacional proposto por Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo (2001).

12 LACERDA, 2006.

13 Laurent apud SICHES, 1986, p. 199.

14 1978.

15 2002.

16 “My own view of jurisprudence is within the same school as Hart’s and derives in the greatest measure, though by no means solely, from reflection on his work. (...) Hence, the present work, though critical, aims at friendly and constructive criticism” (MACCORMICK, 1981, p. 7).

judiciais indica o foco de sua teoria sobre o raciocínio jurídico: o estudo do processo de justificação judicial¹⁷. MacCormick sustenta que a lógica pode ser aplicada ao Direito por meio do modelo dedutivo – mais especificamente, pela via do “silogismo hipotético misto” – como modelo de justificação judicial. O raciocínio jurídico assume caráter lógico-dedutivo, pois a decisão judicial adequada é aquela que subsume as variáveis do caso concreto à norma jurídica, derivando como conclusão a consequência normativa prevista na norma¹⁸. O jurista escocês sustenta, ainda, que o juiz contribui para a concretização da segurança jurídica e para a previsibilidade das decisões judiciais ao estruturar a decisão dedutivamente, porque utiliza regras jurídicas predeterminadas como razões para decidir (premissa maior do raciocínio), e o uso dessas espécies normativas na fundamentação judicial viabiliza uma antecipação razoável das consequências jurídicas por parte dos jurisdicionados¹⁹. Segundo Lacerda:

Embora variadas as posições doutrinárias, pode-se compreendê-las caso se pense que os juristas, não obstante recusarem validade à concepção que vê o raciocínio judicial puramente como silogismos e o juiz como mero realizador desse raciocínio, continuam a dar algum crédito à dedução no processo de concretização jurídico, embora sobre pontos de vista diferentes: ou concebem que a dedução tem lugar no raciocínio do juiz sempre, embora em alguns casos mais difíceis ela tem seus limites, ou crêem que, embora não desempenhe nenhum papel fundamental no raciocínio jurídico propriamente, a dedução tem importância quando o juiz constrói argumentativamente seu raciocínio, sua conclusão, através da redação da sentença. Assim, embora não tenha utilidade enquanto instrumento de raciocínio, a dedução possui papel importante na fundamentação ou justificação das decisões judiciais²⁰.

As críticas ao modelo silogístico de raciocínio jurídico foram muitas, perpassando pela doutrina de François Gény, pelo Movimento do Direito Livre (Kantorowicz e Erlich), pelo realismo de Jerome Frank, pela perspec-

17 MACCORMICK, 1978, p. 12.

18 MACCORMICK, 1978; LACERDA, 2006.

19 MACCORMICK, 1978, pp. 223-260.

20 LACERDA, 2006.

tiva de Cardozo e Holmes e, posteriormente, pela doutrina de Perelman²¹. Não obstante existirem defensores da decisão judicial como silogismo, a maior parte da doutrina faz alusão ao papel criativo do juiz no processo de aplicação do Direito. A tarefa do magistrado é, nesse diapasão, encontrar as peculiaridades do caso particular e situá-lo em face da ordem geral. “A sentença deve ser compreendida como uma experiência axiológica concreta, e não apenas como um ato lógico redutível a um silogismo”²².

Nesse contexto, Kaufmann advoga a natureza analógica do raciocínio jurídico²³. A analogia, segundo o jusfilósofo, não possui apenas o papel de recurso supletivo de lacunas, mas está presente em todo processo de concretização das normas. Isso porque o texto normativo não é o Direito plenamente realizado, mas uma potência, um critério de julgamento emanado do legislador, que se tornará jurídico no momento em que existir um fato a ser regulado e que tenha, assim, sua concretização a partir da situação fática, consolidando a “norma de decisão”. O jurista romeno distingue três etapas no processo de realização do Direito: a primeira abrange os princípios jurídicos gerais-abstratos (ideia jurídica); a segunda, as leis positivo-formais, válidas em um determinado período (norma jurídica); e, por fim, o Direito concreto, material e histórico (decisão jurídica)²⁴. A sequência lógica, seria, portanto, a seguinte: ideia jurídica – norma jurídica – decisão jurídica²⁵.

A partir dessas premissas, sustenta Kaufmann que o raciocínio jurídico não é lógico-dedutivo. Ao contrário, trata-se de uma forma de pensar analógica: só há Direito quando o julgador, no ato da decisão, verifica as semelhanças existentes entre a prescrição abstrata e geral, de um lado, e o fato concreto, de outro, colocando em correspondência a norma e o fato²⁶.

21 LACERDA, 2006.

22 REALE, 2001.

23 KAUFMANN, 1976.

24 KAUFMANN, 1976, p. 79.

25 KAUFMANN, 1976, p. 80.

26 Instituto originário do Direito Norte-americano, o *distinguishing* no Brasil é adotado principalmente pelos constitucionalistas para se referir à diferenciação entre os fatos do caso *sub judice* dos fatos do precedente com o qual existe uma similaridade aparente. A partir de uma diferenciação bem-sucedida de um caso, a decisão ou a *causa decidendi* do precedente não será aplicada ao caso submetido a julgamento.

Ordem – também ordem jurídica – existe só sobre o fundamento da analogia do ser, que é um ponto médio entre identidade e contradição, entre igualdade e diferença²⁷.

Assim, toda investigação jurídica apresenta não o que se convencionou chamar de “subsunção dos fatos à norma”, em um silogismo perfeito, mas sim uma estrutura analógica. A aplicação do Direito não deriva da lógica-dedutiva pura, mas, ao contrário, da analogia:

Porque quando se diz que a interpretação chega até “o sentido possível das palavras”, se está desde já no centro da analogia, porque “o sentido possível das palavras” não pode ser unívoco ou equívoco, senão somente análogo²⁸.

A estrutura analógica do raciocínio jurídico não é, em última análise, uma aplicação atemporal da lei, mas uma tentativa histórica de solucionar o conflito com justiça, segundo os meios e procedimentos disponíveis. Por isso, conclui Kaufmann que:

O Direito vive e cresce somente devido a esta analogicidade, decorrente desta “polaridade” entre a situação de vida e o pressuposto normativo. Por isto, o Direito tem ontologicamente a estrutura da historicidade²⁹.

Gadamer, seguindo a Fenomenologia Hermenêutica Heideggeriana³⁰, ressalta o caráter histórico-hermenêutico do raciocínio jurídico. Ao expor os traços fundamentais da sua hermenêutica filosófica, parte do conceito de compreensão. O homem compreende e “todo compreender acaba sendo um compreender-se”³¹. O ser humano, como ser-no-mundo que desde

27 KAUFMANN, 1976, pp. 72-73.

28 No original: “Porque cuando se dice que la interpretación llega hasta el “sentido posible de la palabra”, se está desde ya en el centro de la analogía, porque este “sentido posible de la palabra” no puede ser unívoco ni equívoco, sino solamente análogo.” (KAUFMANN, 1976, p. 40).

29 No original: “El derecho vive e crece solo a causa de esta analogicidad, de esta “polaridad” entre la situación de la vida y el presupuesto normativo. Por ello, el derecho tiene ontológicamente la estructura de la historicidad.” (KAUFMANN, 1976, p. 88).

30 Para Habermas (1998, p. 59), “Heidegger vai colocar de novo o discurso da modernidade numa corrente de pensadores genuinamente filosófica – e, sem dúvida, é também isto que sinaliza o título de ‘Ser e Tempo’”.

31 GADAMER, 2002, p. 394.

já compreende a si mesmo, só se compreende efetivamente porque já antecipou sempre uma compreensão do ser³².

Antes a hermenêutica era o compreender de textos, compreender determinados universos culturais, era, no fundo, um interpretar que tratava de objetos. Agora o compreender é um compreender que se constitui como totalidade, porque é um compreender do mundo, mas não do mundo como um continente de conteúdos, mas de um mundo que a própria transcendência. Este mundo ao mesmo tempo somos nós e projetamos sobre tudo que deve se dar³³.

Partindo dessas premissas, o raciocínio jurídico assume natureza diversa da lógica dedutiva e da analogia, estando sujeito a características próprias. Vê-se em *Verdade e Método* que “O ser que pode ser compreendido é linguagem”³⁴, ou seja, a linguagem é o lugar de desvelamento do ser e, portanto, a abertura de horizontes para a compreensão e realização de qualquer raciocínio jurídico. Se em Heidegger a linguagem é a morada do ser³⁵, em Gadamer o raciocínio jurídico dá-se nessa relação do ser com o mundo e, “tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete tem um sentido do todo”³⁶. Assim, o sentido³⁷ manifesta-se para o intérprete porque comparece diante do texto com predisposição para compreendê-lo, surgindo “um projeto prévio”. Essa “opinião prévia”, contudo, deve ser emitida com cautela, a fim de que não se caracterize como arbitrária³⁸. Posteriormente, com a evolução da espiral hermenêutica, o raciocínio jurídico se desenvolve para novas concepções, que não excluem a análise

32 STEIN, 2004.

33 STEIN, 2004, p. 61.

34 GADAMER, 2002, p. 687.

35 HEIDEGGER, 2003, p. 127.

36 GADAMER, 2002, p. 492.

37 Daí a importância da Filosofia no Direito, já que “a palavra sentido toma aqui um significado preciso: condição de possibilidade, abertura que sustenta todo o contato com o real. Sentido pode identificar-se com transcendência. Ele será o âmbito, criticamente instaurado, em que qualquer dado real atinge a consciência. O filósofo descobre que, implicitamente, o sentido já é sempre um fato no homem, enquanto compreende a totalidade: o ser. O trabalho crítico-reflexivo consiste na elaboração explícita daquilo que o homem traz em si mesmo enquanto homem. O sentido é a própria capacidade de transcendência do homem. É a força negativa que permite ao homem tomar distância do real, experimentar a separação e produzir um corte que confirma em sua condição única e privilegiada diante do universo.” (STEIN, 2005, p. 24).

38 GADAMER, 2002.

em relação à parte e ao todo, ao local e ao global³⁹. Por este motivo, pensar o Direito é pensar sempre globalmente: para que o raciocínio jurídico seja legítimo, deve levar em consideração todos os precedentes existentes, confrontando o caso que se apresenta com uma fundamentação justificada de afastamento da tradição. Em síntese, a compreensão do Direito só se dá quando se compreende a pergunta para qual a resposta se encontra na proposição normativa. O raciocínio jurídico decorre do jogo de perguntas e respostas do intérprete com o texto e possui natureza infinita, porque infinita a própria tarefa de compreensão humana⁴⁰.

A relação entre realidade e direito não pode ser compreendida suficientemente nem em sua universalidade jurídica-filosófica, nem se baseando exclusivamente nos detalhes da metodologia prática para o tratamento de cada caso. Ao contrário, é preciso unir hermeneuticamente ambos os pontos de vista. “Hermenêutica” não se entende aqui como problemática geral de interpretação, senão como um conceito técnico no sentido de um exame das condições essenciais a partir das quais se realiza a interpretação jurídica; como teoria dos requisitos da metodologia e dogmática jurídicas, tendo sempre presente o papel que desempenha a realidade normatizada em relação ao conteúdo de validade que há na norma jurídica; como teoria dos requisitos da metodologia e dogmática jurídicas, tendo sempre presente o papel de validade que há na norma jurídica⁴¹.

Assumindo, com Wintgens⁴², que todo raciocínio jurídico parte de um “ponto de vista hermenêutico”, a forma de se pensar o Direito assume um papel relevantíssimo não só no exercício da função jurisdicional, mas também no exercício da função legislativa, uma vez que permite o diálogo *legislação-racionalidade-aplicação da norma* e a consolidação do fenômeno jurídico como *uno e indivisível*.

Desse modo, para que uma decisão seja legítima no contexto do Estado Democrático de Direito, não basta que o juiz esteja convencido: ele deve demonstrar as razões de seu convencimento. Isso permite o controle da atividade do julgador pelos jurisdicionados, visto que a sentença deve ser

39 GADAMER, 2002.

40 GADAMER, 2002, p. 460.

41 MÜLLER, 2008, p. 18.

42 2000.

o resultado de um raciocínio jurídico capaz de ser demonstrado racional e justificadamente⁴³. Ainda que exista margem de indeterminação em todo processo hermenêutico, ela faz parte da própria natureza do fenômeno jurídico. O que, ao contrário, se deseja rechaçar é a imprevisibilidade das decisões judiciais, que acaba levando à insegurança jurídica em seu aspecto subjetivo, em decorrência, especialmente, da ausência de parâmetros para o exercício do raciocínio jurídico⁴⁴.

Devidamente assentadas essas premissas, passemos à análise do impacto do raciocínio moral no Direito.

3. O Impacto do Raciocínio Moral no Direito

O Direito Natural confere, em apertada síntese, obrigatoriedade ao Direito ao vinculá-lo a valores morais⁴⁵, como a justiça, a ordem e o bem comum. Trata-se de uma “lei maior”, que pode ser alcançada por meio da razão e que confere força imperativa à lei positiva, na medida em que esta última estiver em sintonia com a primeira. Portanto, a teoria do Direito Natural sustenta, de forma simplista (i) a existência de uma conexão conceitual entre Direito e Moral e (ii) que os valores ético-morais e as regras existem independentemente da sua positivação pelo Direito. A autoridade moral do Direito faz parte do próprio conceito de Direito e a tese de que uma lei injusta não pode ser juridicamente válida, ou seja, não pode ser Direito (*lex injusta non est lex*), corrobora a premissa da relação intrínseca entre Direito e Moral.

De outro modo, o positivismo e o normativismo pretendem sedimentar teoria geral e descritiva do Direito, especialmente na visão de John Austin⁴⁶, Hans Kelsen⁴⁷, Herbert Hart⁴⁸ e Joseph Raz⁴⁹. Não se trata, ao con-

43 MARINONI, 2005, pp. 55-56.

44 COSTA, 2014.

45 Neste sentido, “[...] a Moral e a modificação dos valores a ela atribuídos envolve certamente um caráter histórico, ou seja, a Moral se constitui como produto de circunstâncias específicas que dependem de uma série de fatores sociais e seria, exatamente neste sentido, a possibilidade de ser verificar a mudança nas atribuições de sentidos morais aos fatos sociais.” (ABBOD; CARNIO; TOMAZ DE OLIVEIRA, 2013, p. 128).

46 1954.

47 1996.

48 1961.

49 1979.

trário do que podem pensar alguns, de teorias que pretendem “ensinar” ao magistrado o conteúdo da decisão, mas de “meta-teorias”, verdadeiras “teorias sobre teorias do Direito”, que pretendem estabelecer requisitos para qualquer análise adequada do ordenamento jurídico⁵⁰. Em outras palavras, os positivistas e os normativistas buscam excluir do Direito questões sobre valores morais, analisando o ordenamento sob “a égide meramente formal”⁵¹. Em suma, acreditam “*que todas as verdades de seu universo encontram-se nas normas, não sendo necessário sair delas para realizar as práticas sociais de justiça*”⁵².

Luhmann⁵³, sob a égide do funcionalismo, sustenta que o sistema do Direito é o conjunto de todas as comunicações produzidas na sociedade que se referam ao Direito. O autor faz uso da “regra de atribuição”, que permite indicar se uma comunicação possui, ou não, referência ao Direito. Essa comunicação se dá por meio de um código binário que, no sistema do Direito, é baseado na oposição lícito/ilícito⁵⁴. O código, então, garante a autonomia do sistema do Direito, a sua diferença em relação ao seu ambiente, o seu fechamento operacional⁵⁵. No âmbito do raciocínio jurídico, não se encontram abrangidos atos de desobediência civil e a objeção de consciência, a menos que exista uma norma legal – como normalmente há – que autoriza o magistrado a considerar fundamentos morais nos processos de tomada de decisão.

De outro modo, parcela da doutrina explica a normatividade do Direito como “*um tipo especial de obrigação moral*”⁵⁶. Esta concepção esclarece de “forma simples” a razão pela qual devemos obedecer a lei. Assim, uma pessoa que é legalmente obrigada a fazer-X, encontra-se obrigada moralmente a fazer-X – e isso explica o que significa ter a obrigação de obedecer à lei.

50 AUSTIN, 1954.

51 “Nessa instância cotidiana, no dia a dia das práticas científicas muitos seguem aferrados às formas da razão abstrata, ainda sem apercebe-se deste apego: a incidência invisível, silente de modelos lógico/ideais, afastados das evidências dadas pela realidade, idealizações sustentadas no desejo de realizar a pureza abstrata dos referidos modelos.” (WARAT, 2010, p. 26).

52 WARAT, 2010, p. 4.

53 1990.

54 LUHMANN, 1994, p. 72.

55 LUHMANN, 1998.

56 DWORKIN, 2002, 1999; FULLER, 1958.

Independentemente da concepção adotada, o Direito deve ser compreendido, para os fins deste trabalho, como fenômeno hermenêutico-argumentativo, pois a concretização da norma jurídica depende sempre de uma atividade interpretativa, que reflete a um só tempo a compreensão e a construção do sentido do enunciado normativo. A subjetividade não cria o próprio objeto do conhecimento: a conquista heideggeriana – a filosofia é hermenêutica – e a gadameriana – a hermenêutica é filosofia – deixam claro que nenhum método irá afastar a influência da subjetividade e que a decisão, quando não decorre da intersubjetividade, é ilegítima⁵⁷. Em outras palavras, a hermenêutica filosófica não admite uma interpretação arbitrária, pois:

[...] a continuidade da tradição obrigará a uma justificação dialogada, controlada e confrontada com essa mesma tradição, o que exclui qualquer resultado e circunscreve a área da compreensão legítima⁵⁸.

Devidamente assentadas essas premissas, surge o questionamento: essa ordem normativa institucionalizada perde, em algum momento, a sua validade? É o que procuraremos responder a seguir.

4. Estabelecendo Limites: Raciocínio Jurídico e a Tese da Extrema Injustiça

Conforme ressaltamos, o positivismo admite qualquer conteúdo como Direito válido, uma vez que prevalece a “tese da neutralidade”. Existe, contudo, algum limite para a eficácia da norma?

A superação da tese positivista de que Direito e Moral seriam esferas estanques, de modo que qualquer conteúdo pode ser considerado como Direito – como ocorreu, por exemplo, durante o nazismo ou no período ditatorial brasileiro –, encontra-se amparada no reconhecimento de que toda aplicação de norma jurídica gera implicitamente uma “pretensão de correção”⁵⁹. A “pretensão de correção” reflete a busca pelo “ideal de Direito”, funcionando a moralidade como norma jurídica implícita em toda

57 STRECK, 2003, p. 212.

58 STRECK, 2003, p. 212.

59 ALEXY, 2005.

ordem constitucional⁶⁰. Constrói-se, desse modo, uma norma pressuposta que estabelece um dever de aplicar corretamente o Direito com base na moralidade⁶¹.

[...] a pretensão de correção transforma um defeito moral em defeito jurídico. E isso de maneira alguma é trivial. É a conversão do positivismo para não-positivismo. A pretensão de correção do Direito não é, de forma alguma idêntica à pretensão de correção moral, mas ela inclui uma pretensão de correção moral⁶².

Contudo, embora a “pretensão de correção” tenha a função de caracterizar a moralidade como norma pressuposta do ordenamento, não permite, em si mesma, estabelecer um limite ao conteúdo do Direito. Esse limite existe? Sim. A tese da “extrema injustiça” é caracterizada pela insustentabilidade de normas que acabam perdendo a sua eficácia, não mais sendo respeitadas pela sociedade.

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do seu conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como “direito incorreto”, deva ceder lugar à justiça⁶³.

Depreende-se que todo Direito positivo é válido, independentemente de ser considerado justo ou não pela sociedade. Assim, mesmo um Direito “injusto” ainda é Direito: o conceito de justiça é relativizado pela segurança jurídica. Porém, o mesmo não acontece quando sobrevém hipótese de “injustiça extrema”. Nesse caso, a injustiça é tamanha que a sociedade deixa de aplicar o Direito, colapsando o ordenamento jurídico em razão da perda de sua eficácia. Para tanto, incumbe à justiça, e não mais à segurança jurídica, assegurar a perpetuação da sociedade. Em síntese, o “Direito

60 ALEXI, 2000.

61 ALEXI, 2000.

62 ALEXI, 2000, p. 146.

63 ALEXI, 2009, p. 34.

extremamente injusto não é Direito”⁶⁴. A tese da extrema injustiça deve ser concebida como um limite material ao Direito, que veda a edição de normas sobre as quais, embora aprovadas por meio democráticos, venham a ser manifestamente injustas.

Assim, a moral se vale do Direito para ganhar “um nível superior de aplicabilidade” e o Direito se utiliza da moral para nutrir sua legitimidade, razão pela qual a complementariedade entre os dois sistemas se torna evidente. Não se trata de uma relação de absorção. Absorvendo a moral, o Direito acabaria por destruí-la. Se a moral fosse plenamente positivada pelo Direito, perderia a sua dimensão peculiar, colocando o Judiciário como detentor da última palavra não apenas sobre o que é o Direito, mas também daquilo que é ou não ético, tornando-se verdadeiro *superego da sociedade*. O Direito, nesse caso, não encontraria limites externos para sua atuação. E, como se verá no decorrer deste trabalho, é exatamente a atuação do Judiciário brasileiro fora dos limites traçados para sua atuação que se procura repelir, realizando-se uma análise diferenciadora dos raciocínios moral e jurídico⁶⁵.

Portanto, o operador do Direito deve perceber que o fundamento moral engrandece o Direito, servindo como limite para sua atuação. Assim como o Direito não subsistiria sem um fundamento moral, na hipótese de sua “juridicização”, o Judiciário acabaria por ditar os valores a serem seguidos pela sociedade, o que, embora venha ocorrendo no cenário brasileiro, não pode prevalecer⁶⁶.

No Brasil, sob o argumento de se manter a ordem e a credibilidade na Justiça, o Supremo Tribunal Federal tem se imiscuído paulatinamente no âmbito tradicionalmente demarcado para a moral. Para evitar o colapso dessas diferentes esferas e das instituições nacionais, o Direito deve ser vislumbrado como fenômeno hermenêutico-argumentativo (Heidegger, Gadamer, Perelmann e MacCormick) não manifestamente injusto (Radbruch, Alexy e MacCormick), que busca sua legitimação pelo procedimento (Habermas) e pelo conteúdo (Dworkin), tendo como objetivo colocar um fim ao litígio. Em tempos de neopositivismo, o Direito passa a ter na moral um limite (pois não pode produzir normas “extremamente injustas”) e um ideal (buscando

64 ALEXY, 1999, p. 16.

65 MAUS, 2002.

66 COMPARATO, 2008; MAUS, 2002.

tornar-se “cada vez mais moralmente correto”), reclamando uma nova forma de raciocinar (juridicamente e, não, moralmente).

Em suma, torna-se necessário construir uma teoria analítico-hermenêutica-argumentativa do raciocínio jurídico, capaz de elaborar diretrizes para a interpretação e o emprego da argumentação jurídica, que venha a garantir racionalidade aos discursos de justificação e legitimidade o Direito pela forma e pelo conteúdo. Trata-se, claramente, de tarefa hercúlea. No intuito de evitar o superficialismo, procuraremos, no próximo tópico deste trabalho, analisar a função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal – enquanto pressuposto teórico para o tratamento científico da temática –, abordando, em seguida, propriamente a temática dos raciocínios moral e jurídico.

5. Raciocínio Moral (*Moral Reasoning*) e Raciocínio Jurídico (*Legal Reasoning*) nos Processos de Tomada de Decisão do Supremo Tribunal Federal

Hodiernamente, o Poder Judiciário vem exercendo novas atribuições e competências que até então não lhe eram afeitas, aumentando progressivamente seu espaço de atuação.

[E]stamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global. É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes constitucionais, segundo o conhecido jurista e pensador israelense Aaron Barak. Para Barak, as Cortes Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade, isto é, cumpri-lhes fazer o que ele mesmo qualifica como BRIDGING THE GAP BETWEEN LAW AND SOCIETY⁶⁷.

Trata-se, em verdade, de fenômeno em que procura substituir funcionalmente a figura de “pai” que o Executivo até então desempenhara⁶⁸. O

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Trecho do voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa. *DJ de 14-10-2011*.

68 MAUS, 2002, pp. 186-187.

Judiciário vem se tornando o último reduto político-moral da sociedade, verdadeiro “superego da sociedade órfã”⁶⁹ no contexto da expansão do papel dos atores judiciais. Em outras palavras, essa figura do “pai” representa o papel do “superego” de uma “sociedade órfã”, carente de um órgão central que fixe os “valores socialmente adequados” para um dado contexto de época⁷⁰. Assim, se por um lado percebe-se a necessidade de concretização da Constituição, a ampliação do papel exercido pela jurisdição constitucional implica na transferência de ônus moral ao Supremo Tribunal Federal, que passa a ser o “superego” dessa sociedade⁷¹.

Contudo, “[...] quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social”⁷². O problema centra-se no estabelecimento de limites para a atuação de juízes e Tribunais, mais especificamente na forma de se interpretar, compreender e aplicar a Constituição⁷³, uma vez que a Justiça ascende à qualidade de responsável pela moral da sociedade⁷⁴.

Por meio da realização de um raciocínio moral e da introdução de “pontos de vista de valores” na argumentação judicial, busca-se conferir às decisões judiciais não só maior grau de legitimação – imunizando-as de qualquer crítica que possa advir da sociedade –, como também se acaba por desvincular o Judiciário de qualquer amarra legal que pudesse garantir a conformidade da decisão com os anseios sociais⁷⁵.

Assim, enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das “proibições” legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade. Somente a posteriori, por ocasião de um processo legal, é que o cidadão experimenta o que lhe foi “proibido”, aprendendo a deduzir para o futuro o “permitido” (extremamente incerto) a partir das decisões dos tribunais. Os espaços de liberdade anteriores dos indivíduos se transformam então em produtos de decisão judicial fixados caso a caso⁷⁶.

69 MAUS, 2002, pp. 186-187.

70 MAUS, 2002, pp. 186-187.

71 MAUS, 2002, pp. 186-187.

72 MAUS, 2002, p. 192.

73 BERCOVICI, 2004.

74 MAUS, 2002, p. 192.

75 MAUS, 2002, p. 192.

76 MAUS, 2002.

Assim, o Supremo Tribunal Federal passou a utilizar marcos teóricos sofisticados para permitir-lhe o emprego desmedido do *princípio da proporcionalidade*, de modo que os casos difíceis passaram a ser solucionados com base em um “juízo de ponderação”, sob o fundamento de garantir certa “verdade” aos juízos que realiza.

Sobre o tema, vale mencionar a decisão prolatada acerca da interrupção da gravidez de feto anencefálico, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal sustentou que:

A incolumidade física do feto anencefalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencefalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e Moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos arts. 1º III; 5º, cabeça e II III e X; e 6º, cabeça, da CR. Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma Moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126, e 128, I e II, do CP brasileiro⁷⁷.

Conforme se depreende do julgado, a mais alta corte do país adotou verdadeiro raciocínio moral, buscando imunizar a jurisdição constitucional da crítica a que deveria se sujeitar⁷⁸. Em outras palavras, o poder não encontra mais limites, uma vez que o Direito e a moral encontram-se sujeitos ao crivo dos ministros da Suprema Corte⁷⁹.

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ de 30-04-2013.

78 MAUS, 2002.

79 MAUS, 2002, p. 186.

Contudo, a emergência de um Direito “que abarca a própria noção de moral e política” faz com que os Tribunais Superiores se considerem competentes para julgar até mesmo a própria Constituição: a Constituição passou a ser produto daquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é, expressão de um verdadeiro “poder constituinte permanente”⁸⁰.

No mesmo sentido, podemos ainda mencionar a decisão proferida pelo STF no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 477.554/MG, reconhecendo, sem que tenha havido qualquer emenda constitucional, o direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo⁸¹.

80 MAUS, 2002, p. 186.

81 “RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. – O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. – A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. – Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. – O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. – O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. – O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. – Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. – A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena

Outro exemplo importante diz respeito à possibilidade de candidatos com processos criminais em curso, portanto, sem trânsito em julgado, participarem do pleito eleitoral, antes do advento da Lei Complementar n. 135/10. No Processo Administrativo n. 19.919, oriundo do Tribunal Regional da Paraíba, de relatoria do Ministro Ari Pargendler, o Tribunal Superior Eleitoral reafirmou a exigência de trânsito em julgado para configuração das hipóteses de inelegibilidade previstas na Lei Complementar n. 64/90. O resultado, ventilado no aresto de 10 de junho de 2008, reafirmou o entendimento exarado no RO n. 1.069/RJ. O núcleo do julgamento consistiu na inexistência de tipificação legal para os atos indicadores de idoneidade moral para o exercício do mandato – aptos a configurarem a inelegibilidade –, como destacado no voto do relator:

4. Os escândalos noticiados pela imprensa no âmbito da Administração Pública têm provocado manifestações na sociedade, reclamando que se exija dos candidatos a cargos eletivos uma vida compatível com as responsabilidades que pretendem assumir. O ofício encaminhado a este Tribunal pelo Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba constitui um reflexo disso. O tema é complexo, e por isso não pode ser encarado com simplicidade. A premissa é correta: só boas pessoas, assim consideradas aquelas cujos antecedentes as recomendam, devem concorrer aos cargos eletivos. A dificuldade consiste em saber qual a circunstância que identifica a falta de idoneidade do candidato.

Prevaleceu na Corte Eleitoral o princípio da não-culpabilidade e do devido processo legal a tutelar os candidatos que não tenham contra si o trânsito em julgado de sentença condenatória. Vejamos:

A suposição de que o Poder Judiciário possa, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida pregressa de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade importaria a substituição da presunção

legitimação material do Estado Democrático de Direito. – Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.” (STF – Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n° 477.554/MG – Relator: Ministro Celso de Mello – DJe 26-08-2011).

de não culpabilidade consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição (Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.) por uma presunção de culpabilidade contemplada em lugar nenhum da Constituição (qualquer pessoa poderá ser considerada culpada independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória).

Na sessão de julgamento de 6 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal apreciou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144/DF, com pedido de liminar, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) visando à declaração de autoaplicabilidade do § 9º do art. 14 da Constituição Federal, e ao reconhecimento da revogação de parte das alíneas “d”, “e”, “g”, “h”, do inciso I do art. 1º, e do art. 15, todos da Lei Complementar n. 64/90, no que pertine à regra do trânsito em julgado de sentença condenatória.

A tese vencedora contida no voto do relator, o Ministro Celso de Mello, focou a preservação dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, prestigiando a *ética da legalidade*. Adotando como fundamento um raciocínio moral e a *ética da legalidade*, o voto procurou fugir a qualquer espécie de controle de moralidade, diferenciando a ética da legalidade da ética em geral e impondo ao jurisdicionado, sob um pretenso “argumento ético”, a possibilidade de participação de candidatos que tenham contra si procedimentos sem trânsito em julgado.

Ora, não há nada mais falacioso. A vedação à participação dos candidatos pode se dar sob a égide jurídica, baseada em uma interpretação do princípio da não-culpabilidade, mas não é possível sustentar que permitir a participação de referidos candidatos seja uma *atitude ética*.

Assim, o STF, ao utilizar a ideia de ética da legalidade e outros argumentos valorativos, pretende garantir legitimidade à decisão e evitar um possível “controle moral da decisão” por parte dos jurisdicionados, buscando evitar eventuais questionamentos à justificação dada à decisão. Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal, assim como ocorre na Alemanha, busca atuar como verdadeiro superego da sociedade brasileira, ditando os valores que devem servir de base para o agir social.

Contudo, por meio do exercício da iniciativa popular, a Lei Complementar n. 135, também conhecida como lei da “Ficha Limpa”, impede a participação de candidatos com processos criminais em andamento, ainda que sem o trânsito em julgado. Vejamos:

Art. 15. Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.

No mesmo sentido, ao decidir a ADI n. 3026, o Ministro Eros Grau sustentou, no voto vencedor, o confinamento do princípio da moralidade à ética da legalidade, adotando verdadeiro raciocínio moral para justificar a juridicidade da decisão, em trecho assim ementado:

Princípio da Moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da Ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade⁸².

Urge frisar, nesse ponto, que não estamos a questionar a necessária distinção entre a Moral e o Direito, mas sim os meios utilizados pelo Judiciário para se chegar à decisão. Isso porque é possível racionalizar o debate acerca da criatividade judicial: ao invés de ser um defeito, o poder criativo do magistrado constitui-se em uma característica do Direito, que deve ser exercido sob determinadas balizas, sempre fundado em raciocínio jurídico.

Portanto, uma reconstrução da função ético-jurídica desempenhada pelo Supremo Tribunal apresenta-se oportuna e apropriada para compreender a atuação do Poder Judiciário no Brasil, tendo em vista a necessidade de controle da criatividade de juízes e Tribunais, para que sejam prolatadas decisões argumentativamente legítimas e fundadas em racionalidade jurídica⁸³.

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026. Relator: Ministro Eros Grau. *DJ de 29-9-2006*.

83 Manifestação representativa da falta de controle da criatividade de juízes e tribunais, bem como de seus efeitos negativos, pode ser vislumbrada em voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADPF nº 132: “O exercício da imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque, quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos –, certamente começamos a ver que pretender regular isso, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de nos perdermos, produzindo lacunas.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes. *DJ de 14-10-2011*).

Nesse sentido, Hart sustenta a necessidade de uma moral externa, que sirva como meio para a crítica ao Direito, permitindo aos jurisdicionados saberem se devem ou não obedecer às normas que lhes são impostas⁸⁴.

Ademais, deve-se buscar um modelo de raciocínio jurídico em que a fundamentação encontre balizas no procedimento e no conteúdo das normas a serem aplicadas, substituindo a arbitrariedade pela justificação racional, sem pretender disfarçar falsos juízos de valor como critérios para a tomada de decisão⁸⁵. Nesse sentido, vale ressaltar a lição de Aarnio⁸⁶:

[...] em uma sociedade moderna as pessoas exigem não só decisões dotadas de autoridade, senão pedem por razões. Isso vale também para a administração da Justiça. A responsabilidade do juiz se converteu, cada vez mais, na responsabilidade do juiz justificar suas decisões.

Entendemos, para além disso, que o procedimento adotado deve seguir um raciocínio jurídico – e, não, moral – capaz de tornar legítima a decisão pela sua forma e pelo seu conteúdo, justificando racionalmente os juízos realizados. Em outras palavras, a doutrina deve se preocupar mais com as razões que com a descrição de como foi tomada uma decisão, ultrapassando o foco da legalidade para a legitimidade, por meio de uma teoria analítico-hermenêutica-argumentativa do raciocínio jurídico. Deve-se penetrar na compreensão da norma para tornar explícita a sua diferença das razões morais que os tribunais invocam para justificar suas decisões, permitindo reconciliar validade e legitimidade no exercício da jurisdição constitucional.

6. Conclusões

Com o advento do neopositivismo, o Direito passou a ter na moral um limite (pois não pode produzir normas extremamente injustas) e um ideal (tornando o Direito “cada vez mais moralmente correto”), o que reclama uma nova forma de concebê-lo e raciocinar juridicamente.

84 HART, 1961.

85 Não se ignora os ensinamentos de Dworkin acerca da “proximidade” entre direitos subjetivos e valores. Contudo, é preciso perceber que o raciocínio jurídico não pode servir de pretexto para mascarar verdadeiros juízos de valor como critérios para a tomada de decisão, sendo imprescindível perceber a diferença existente entre eles.

86 1991, p. 29.

Assumindo, com Wintgens⁸⁷, que todo raciocínio jurídico parte de um “ponto de vista hermenêutico”, a forma de se pensar e aplicar o Direito assume um papel relevantíssimo não só no exercício da função jurisdicional, mas também no exercício da função legislativa, uma vez que permite o diálogo *legislação-racionalidade-aplicação da norma* e a consolidação do fenômeno jurídico como *uno e indivisível*.

Ocorre, contudo, que ao invés de estabelecer raciocínio jurídico pautado em uma hermenêutica constitucionalmente adequada, as Cortes Constitucionais passaram a se valer de verdadeiro raciocínio moral, utilizando-se de uma argumentação valorativa, com o intuito de fugirem a qualquer amarra legal. Em outras palavras, os Tribunais não aplicam as recentes conquistas hermenêuticas e da teoria da argumentação, bem como não utilizam a moral com o intuito de corrigir eventuais injustiças (abertura do Direito para a correção moral), mas realizam verdadeiro raciocínio moral, escapando a qualquer instância de controle.

Ora, a decisão não é legítima pelo simples fato de o julgador competente sustentar que dada norma deve incidir no caso concreto. Isso porque o intérprete não poderá escolher “livremente” o sentido que lhe pareceu adequado, mas, ao contrário, deverá indicar as razões pelas quais optou por um (e não por outro) dos sentidos possíveis do enunciado normativo, universalizando o decidido para todos os casos similares e legitimando a decisão (em razão da competência que lhe foi atribuída e pelo seu próprio conteúdo)⁸⁸. A decisão, para ser legítima, não pode depender da subjetividade do intérprete. Os sentidos das proposições normativas não podem ser produto da vontade daquele que, embora competente, aplica a norma, desvencilhando-se da intersubjetividade na construção do provimento jurisdicional e dos precedentes existentes. A decisão judicial para um dado caso deve ser “universalizável” (norma geral da decisão) e legítima (pela sua forma e conteúdo), afastando a subjetividade daquele que decide⁸⁹.

Diante desse cenário, o Direito deve ser vislumbrado como fenômeno hermenêutico-argumentativo (Heidegger, Gadamer, Perlemaann e MacCormick) não manifestamente injusto (Radbruch, Alexy e MacCormick), que busca sua legitimação pelo procedimento (Habermas) e pelo conteúdo (Dworkin), tendo como objetivo colocar um fim ao litígio.

87 2000.

88 MOTTA, 2010.

89 MOTTA, 2010.

Evidencia-se, assim, a importância metodológica de se buscar uma teoria não meramente descritiva dos processos de tomada de decisão, mas analítico-hermenêutico-argumentativa, no sentido de ser capaz de fixar parâmetros para o julgador avaliar a correção do raciocínio adotado em cada caso concreto.

Trata-se, claramente, de tarefa hercúlea e que não pretendemos exaurir nessas breves notas. Contudo, é preciso desejar correr os riscos associados com a exploração desses novos horizontes, pois a única forma de aproximar o Direito que temos (real) do Direito que queremos (justo e seguro) é por meio do desenvolvimento de um raciocínio jurídico fundado em hermenêutica e argumentação legítimas, sem que seja produto de preferências morais ou subjetivas do julgador.

Referências

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- ANDRADE ARAÚJO, Aloizio Gonzaga de. *O Direito e o Estado como Estruturas e Sistemas*. 2001. 456f. Tese de Doutorado em Direito Público – Faculdade de Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2001.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica* (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros). Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1. ed. São Paulo: Landy, 2002.
- AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. 1. ed. Indianapolis: Cambridge Press, 1954.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil*”. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, pp. 5-24, 2004.
- CARTER, Lief H.; BURKE, Thomas F. *Reason in Law*. 1. ed. New York: Pearson Education, 2007.

- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no mundo moderno*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FULLER, Lon L. Positivism and the Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. In: *Harvard Law Review*, n. 71, p. 630-672, 1958.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica*. 3 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2002.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.
- HART, Hebert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. Oxford: University Press, 1961
- HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2003.
- KAUFMANN, Arthur. *Analogia y naturaleza de la cosa: hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Tradución del alemán y estudio preliminar de Enrique Barros Bourie. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- LACERDA, Bruno Amaro. *Raciocínio Jurídico*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- LUHMANN, Niklas. The self-reproduction of law and its limits. In: *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990.
- _____. El derecho como sistema social. *No hay derecho*, Buenos Aires, n. 11, p. 29-33, ago./out. 1994.
- _____. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. 2 ed. Barcelona: Anthropos, 1998.
- MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Stanford: Stanford University Press, 1981.
- _____. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, pp. 183-202, nov., 2002.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2.ed. Trad. de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- _____. *O Novo Paradigma do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SANTOS, Mario Ferreira. *Dicionário de filosofia e ciências sociais*. São Paulo: Matese, 1963.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2.ed. Porto Alegre: Edipurcs, 2004.
- _____. *Uma breve introdução à filosofia*. 2 ed. Ijuí: Rio Grande do Sul, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio – Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.
- WINTGENS, Luc J. La législation entre science et politique: Éléments pour une approche légisprudentielle du droit. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelas, n. 44, pp. 115-155, 2000.

Recebido em 23 de setembro de 2015

Aprovado em 14 de novembro de 2016