JUSTUTOR

## Questão Discursiva 00751

■O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar ou elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito.■

A partir do trecho citado, disserte sobre a proposição nele contida, abordando os seguintes pontos:

a) o enquadramento da propositura nas escolas jusnaturalistas ou do positivismo jurídico;

b) a relação que o texto estabelece entre princípios e normas;

c) a relação que a solução baseada exclusivamente em princípios com os tipos de racionalidade jurídica expostos por Max Weber;

d) o modo pelo qual o respeito ■ao espaço de cada instituição■ referido no texto acarreta novos desafios para a legitimidade da jurisdição estatal.

### Resposta #002644

**Por: Caroline Oliveira** 15 de Abril de 2017 às 22:59

A interpretação e a aplicação do Direito representam problemáticas que, há muito, se vêem nos palcos das discussões filosófico-jurídicas mais relevantes dos últimos séculos.

Isso porque a experiência jurídica, enquanto fenômeno social, passou por diversos momentos históricos de ruptura e de crise dos modelos e parâmetros então vigentes, desde a monarquia absolutista, centralizada na figura totalizadora do monarca, exclusivo detentor do poder jurídico, passando pela legiferação da vida em sociedade, através da centralização do papel do legislador,  como forma de conter os abusos dos governantes, sté se chegar às experiências mais recentes, com o destaque aos direitos humanos e fundamentais, a "sacralização" das Constituições, como documentos políticos máximos dos ordenamentos jurídicos, e, ainda, a enfatização do papel do Poder Judiciário enquanto intérprete último das normas constitucionais e regulador dos excessos perpetrados pelos representantes dos demais Poderes, inclusive mediante a interferência nas decisões políticas.

Essa nova postura do Poder Judiciário, mais ativista e envolvida nas questões e dilemas sociais, interessada, sobretudo, na função dos valores dentro do contexto da interpretação e da aplicação do Direito, muito se relaciona e revela pontos de intersecção com as escolas jusnaturalistas, mormente no que toca à exaltação das pautas axiológicas, pré-existentes ao próprio ordenamento jurídico, utilizadas à guisa de válvulas de escape pelo intérprete e aplicador do Direito, quando a norma legal, ao ser amoldada ao caso concreto, se mostra demasiadamente rigorosa e inflexível, ou, mesmo, a situação fática implica a realização de juízos de ponderação entre valores e bens jurídicos conflitantes, os chamados "hard cases".

Assim, conquanto esse moderno posicionamento do Poder Judiciário frente às celeumas políticas e sociais possa, com efeito, simbolizar importante ruptura com o antigo modelo legalista, que restringia a função do intérprete ao de mero pronunciador das palavras da lei, através da operação de juízos silogísticos, é também certo que existe uma fundada preocupação com a exploração desmesurada desse modelo ativista, a ponto de se esquecer a cientificidade do Direito e a norma legal legitimidade produzida por representantes populares legitimamente eleitos, tornando-se o Poder Judiciário a instância última das decisões políticas, assim subvertendo as funções que lhe foram outorgadas pelo constituinte.

Essa é, a propósito, a principal reflexão trazida no cerne do texto ora em comento, igualmente inspiradora das escolas positivistas, que procuravam alertar acerca da missão do Direito e dos seus intérpretes e aplicadores dentro da conjuntura social, afirmando que à ciência jurídica não era dado resvalar em questões de cunho político e moral, sendo alheia, inclusive, à própria ideia de justiça, devendo o intérprete se conscientizar da função do Direito enquanto técnica social específica de imposição de comportamentos e atribuição de sanções, de forma coercitiva e institucionalizada, cuja interpretação não poderia desbordar da moldura previamente traçada pelo legislador.

Nesta linha de raciocínio, vale ressaltar a crítica esboçada no texto com relação à preponderância da ideologia dos princípios em detrimento da aplicação das regras jurídicas.

Ocorre que, embora as correntes neoconstitucionalistas tenham fomentado importantes reflexões a respeito da principiolgia constitucional, enquanto imprescindível fonte de interpretação de toda a ordem jurídica, assim libertando o intérprete e aplicador do Direito dos juízos estritamente lógicos e silogísticos, em especial no que se refere aos casos mais complexos e dotados de maior carga axiológica, não se pode olvidar que a previsão de cláusulas

gerais e conceitos jurídicos indeterminados é capaz de representar significativa abertura a julgamentos arbitrários, carentes de fundamentação racional e pautados nas impressões particulares do indivíduo, em suas ideologia pessoal e filosofia de vida, o que, por óbvio, subverte toda a racionalidade e a lógica do ordenamento jurídico, no contexto de um Estado de Direito.

Neste sentido, releva mencionar as lições de Max Weber acerca dos tipos de racionalidade jurídica, de modo que as soluções baseadas exclusivamente em princípios, desprovidas de qualquer motivação racional e coerente ao sistema jurídico, enfatizando, sobretudo, a figura do sujeito que está por trás da decisão, em muito se assemelha ao denominado "Direito irracional e material" idealizado pelo filósofo, sendo interpretado e aplicado a partir de valores emocionais e singulares, olvidando-se da norma legal e dos métodos de interpretação e aplicação fornecidos pelo próprio sistema jurídico e pela Ciência do Direito.

Desta feita, em conclusão a todo o acima exposto, a reflexão em torno do atual papel do Poder Judiciário na hodierna conjuntura social não pode redundar, no que concerne à interpretação e à aplicação do Direito, em especulações de índole meramente subjetivista, calcadas em valores e convicções puramente pessoais.

Antes, a missão do Poder Judiciário deve ser pensada a partir das funções que lhe foram atribuídas pelo constituinte, enquanto intérprete e aplicador do Direito, além de moderador da atuação dos demais Poderes do Estado, a fim de que seja conferida cada vez maior legitimidade à jurisdição estatal.

## Resposta #000706

**Por: Guilherme** 6 de Março de 2016 às 14:43

(resposta com consulta apenas à legislação)

Minha opinião:

O jusnaturalismo aplicado ao Direito pode ser enxergado como corrente filosófica que se apoia na noção de conceitos jurídicos *a priori*, absolutos, enquanto estruturas imutáveis e estanques, capazes de pautar a atividade humana independentemente da perspectiva com que se observe um dado fato. O positivismo jurídico, por sua vez, que tem entre seus maiores expoentes Hans Kelsen e Herbert Hart, é pautado pelas noções de relativismo ético e império da lei, embora haja grande divergência entre os próprios adeptos desta corrente.

Atualmente, com os estudos de Alexy e Dworkin, o norte filosófico do positivismo jurídico sofreu algumas mudanças, notadamente no que diz respeito à inserção dos princípios no conjunto de normas jurídicas e importância da argumentação jurídica no papel do operador do Direito, a culminar em última instância nos debates contemporâneos acerca do ativismo judicial.

Diante disso, considero que o dever analítico do profissional do Direito, tal qual citado no trecho em análise, se enquadra melhor na postura do positivismo jurídico. Com efeito, se o jusnaturalismo se ampara na noção de princípios universais, por exemplo, então sua justificativa para a invocação de tais normas independe de uma análise contingente de fatos, sendo antes explicada por si mesma.

No que diz respeito à relação entre princípios e normas, segundo a concepção mais moderna do tema, os princípios possuem, tal qual as regras, força normativa. É dizer: os princípios não são mais apenas vetores interpretativos ou integrativos; servem eles também de fundamento para a aplicação do Direito ao caso concreto, o que está de acordo com a visão nacional do que se optou por chamar de neoconstitucionalismo.

Vale ainda lembrar a diferença clássica entre princípios e regras (ambos considerados normas): aqueles como parâmetros mais abertos, derrogáveis por ponderação; estas como diretrizes mais objetivas de aplicação do Direito ao caso concreto, derrogáveis por critérios de hierarquia, cronologia e especialidade.

Não obstante, cabe ressaltar o conceito de derrotabilidade de normas, concebido por Herbert Hart. Segundo o referido autor, as normas jurídicas, sejam elas regras ou princípios, podem sofrer restrição de uso quando em choque com situações excepcionais, a depender do caso apresentado e da argumentação utilizada para tanto.

Diante desse quadro, parece pertinente a alusão do trecho do enunciado à necessidade de estudo de causas e consequências, bem como a ponderação de vantagens e desvantagens na construção de soluções para casos concretos. É o que se espera no contexto jurídico atual, em que há grande mutabilidade de institutos e normas, além de certa insegurança jurídica, decorrente dessas instabilidade que conceitos jurídicos vagos e imprecisos tais como os princípios geram. Nesse sentido, aliás, o novo Código de Processo Civil promoveu grande avanço, na tentativa de levar a jurisprudência dos tribunais a sério.

### Correção #000377

**Por: Daniela Nadia Wasilewski Rodrigues** 8 de Março de 2016 às 14:10

Gostei muito da sua resposta e já mencionei mais de uma vez que a sua redação é excelente, seus textos são agradáveis de ler. Essa parte de humanística é meio difícil de valorar, pois cada um tem o seu entendimento, mas achei que você expôs a sua opinião e fundamentou bem. Pra mim, sua resposta atendeu aos quesitos a, b e d, porém ficou faltando abordar a racionalidade jurídica pedida no item c. Por descontar proporcionalmente a falta de menção a este item, a nota foi 7.

## Resposta #006005

**Por: NSV** 8 de Abril de 2020 às 12:37

A Constituição Federal de 1988 inaugurou o chamado pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, como alguns autores chamam. Trata-se de um movimento de revalorização do direito sob os mais diversos aspectos, entre os quais a sua relação com a moral, a significação do indivíduo e seus direitos básicos e o conceito de normas jurídicas.

Houve uma reaproximação do direito e da moral, de modo que abandonou-se o chamado positivismo científico. Tal corrente filosófica, que tinha como seu maior expoente o jurista Hans Kelsen, defendia que o direito era completo, não se confundia com a moral e ao juiz cabia tão somente a aplicação da lei, sem fazer qualquer tipo de juízo de valor, pois a lei era perfeita e acabada. Trata-se da chamada Era do legislativo ou Supremacia do Legislativo.

A superação do referido método se deu por diversos fatores, entre os quais cabe destacar o reconhecimento de que não é possível que o direito positivado preveja todas as situações que ocorrerão no mundo dos fatos, de modo a *ex ante* fazer a sua regulamentação. Outrossim, as barbaries ocorridas na Segund Guerra Mundial, que contavam com o amparo da lei, provocou uma reanálise acerca de (im)possibilidade de as normas não contarem com alguma carga de moralidade.

No Brasil, em especial, esse movimento foi deflagrado após a Ditadura Militar, que atuava sob o manto da estrita legalidade, sendo, inclusive, esse um dos "slogan" publicitários do governo. Tudo que era feito estava autorizado por lei. Alias, o Brasil foi governado pelos chamados Atos Institucionais durante anos, sendo esvaziado o conteúdo da Constituição.

Deste modo, com base na corrente jusnaturalista, a Constituição Federal de 1988 reaproximou o direito da moral, de modo a reconher que o ser humano é um fim em si mesmo e não um instrumento para consecussão de fins. Justamente para manter a sua atualidade e vigência no tempo, passou a prever normas com conteúdos jurídicos indeterminados, ou seja, que possuem o seu núcleo intangível, mas a sua interpretação pode atravessar barreiras temporais.

A respeito do tema, atualmente são três os tipos normativos existentes no direito brasileito, quais sejam: as normas regras e as normas princípios, que são reconhecidas como normas de primeiro grau; e os postulados normativos, reconhecidos como normas de segundo grau.

Diversos autores se debruçaram sobre o tema, cabedo destacar Alexy, Dworking e Humberto Avila. Dos estudos desenvolvidos pelos mencionados pensadores, é possível concluir que as normas regras trazem em seu bojo determinações claras, expressas, diretas. Havendo conflito com outra norma há um sacrifício total de uma delas. É a regra do tudo ou nada.

Os princípios, também chamados de normas princípios, por outro lado, trazem um alto grau de abstração, cabendo ao intérprete trabalhar com ele no caso concreto. São chamados também de mandados de otimização. Estando o julgador diante de um *Hard Case,* nomenclatura utilizada pelo Min. Barroso para se referir aos conflitos de princípios, não há que se falar em sacrifício total de um em prol do outro. Ocorrerá, na verdade, a chamada técnica de ponderação, a fim de avaliar a melhor solução ao caso concreto.

Considerando a abstração dos princípios e a possibilidade de eles serem utilizados como fundamento para justificar dois tipos de decisões completamente opostas, o que concede uma ampla margem de atuação aos juízes, alguns autores afirmam que se vive hoje a ditudura da magistratuta. Preceituam esses autores que os princípios têm sido utilizados para dobrar as regras expressas e claras estabelecidas na lei.

Como forma de diminuir essa ampla margem de manipulação que os princípios acabam por permitir, Humberto Avila propos a utilização dos chamados postulados normativos, que funcionariam como uma espécie de baliza ou limite para a interpretação do princípio, motivo pelo qual são chamados de normas de segundo grau.

Materializando essa preocupação e com o intuito de evitar a implementação da chamada ditadura dos juízes é que o CPC trouxe a previsão do art. 489, §1o. Assim, é vedado ao julgado se utilizar de conceitos jurídicos indeterminados, abstratos, sem relação com a demanda, ou que, mesmo tendo relação, as razões de sua invocação não são externadas. Além disso, ao deixar de seguir deteminado precedente, deve expor as razões porque assim o fez, de modo que seja possiível o controle da legalidade da decisão. O chamado pacote anticrime incluiu um dispositivo idêntico no Código de Processo Penal.

O sociológo Weber divide a sociedade em dominantes e dominados e tenta entender o motivo de os dominadores permanecerem nesta posição. Em seu estudo ele constata que o direito, que forma toda uma estrututa institucionalizada e burocrática, atua como uma autoridade legal, coercitiva, que determina e mantém as coisas como estão.

Porém, é necessário que essa estrutura seja coerente, a fim de que o direito se sustente como o sistema que é, sob pena de vir a destruir, se reconhecermos que o sistema é autopoiético (LUHMAN). Justamente com essa finalidade é que surgem essas nova previsões no CPC e no CPP. É preciso extrair uma racionalidade da decisão proferida pelo Poder Judiciário. As deciões precisam ser coerentes e autoexplicativas. Outro fato de que minimiza eventuais efeitos deletérios causados pela alta abstração dos princípios vem sendo mitigado com o sistema de precedentes.

Além disso, nos termos da LINDB, o Magistrado deve analisar os efeitos que a sua decisão causam no mundo dos fatos, justificando, portanto as razões de decidir. É dizer: a lei e o caso concreto não devem ser analisados de forma isolada, mas sim em conjunto com todo o sistema e com toda a sociedade.

Vale destacar que as mencionadas previsões não são meios de reconhecer a falta de legitimidade da jurisdição estatal, pois a investidura de um magistrado tem base constitucional, de modo que possui inegável legitimidade democrática. Porém, inegavelmente, hão que ser estabelecidos meios balizadores para aferição e até meso controle da legalidade, isso porque todos os agentes estão submetidos ao jugo da Constituição Federal.

**Resposta #007003**

**Por: Jordana Dorada Ribeiro** 16 de Abril de 2022 às 07:45

A relação entre Direito e Moral há muito vem sendo debatida por diferentes doutrinas filosófico-jurídicas. A evolução histórica da questão passou pelas fases do jusnaturalismo, momento em que o Direito encontrava-se inexoravelmente atrelado a conceitos de Justiça estabelecidos de forma prévia e absoluta, calcados na ideia de um direito natural, relacionado a valores metafísicos, como, por exemplo, a ideia de justiça divina, e, posteriormente, pelo positivismo puro, momento em que a ideia de Direito e justiça baseava-se exclusivamente na norma jurídica tal como elaborada, considerando-a no seu sentido literal.

Na fase do positivismo, em que ganhou destaque a Teoria Pura do Direito, do teórico Hans Kelsen, o juiz resumia-se a um mera “boca da lei”, sendo seu papel unicamente o de fazer a subsunção do caso concreto à norma, que, nesse contexto, era reduzida ao texto legal, encontrando-se perfeitamente formada ao fim da atividade legislativa. Nesse momento histórico, o Poder Legislativo assumia o centralismo da sociedade e do conceito de criação do direito.Evoluindo, o direito adentrou na fase do pós-positivismo, ocorrendo uma reaproximação entre Direito e Moral, momento em que o magistrado assume um papel de maior protagonismo na construção do direito, pois, a partir de então, a criação da norma legal depende também pelo papel interpretativo do Judiciário, não bastando o mero texto legislativo para que se extraia o seu verdadeiro sentido.

Nesse contexto, o juiz passa então a exercer um poder-dever analítico, devendo aplicar técnicas hermenêuticas diversas para alcançar a correta aplicação da norma positivada, buscando adequá-la tanto ao que, em um mundo ideal, deveria significar, quanto ao que, no caso concreto, melhor atenderia a sua finalidade, à sua razão de ser. Busca-se, então, além do texto legal, o “espírito da lei”.

É nesse mesmo cenário que os princípios, mandados de otimização, segundo a concepção de Alexy, ganham força, impondo um estado ideal de coisas a ser perseguido na construção do direito e da ideia de justiça. Passa-se, então, a analisar não somente as regras, mandados de concretização, nas palavras do mesmo autor, que impõem um dever de subsunção, mas também a adequação do caso concreto ao ordenamento jurídico como um todo e aos ideais de justiça e humanidade tidos como relevantes para determinada sociedade.

Assim, é possível que, em determinadas situações específicas, uma norma, abstratamente justa e válida, imponha situação excepcional de injustiça às partes envolvidas na questão que se apresenta. Considerando os ensinamentos de Radbruch, que defende a ideia de que uma lei extremamente injusta não pode ser considerada direito, passa-se a aceitar o conceito de derrotabilidade das normas, devendo uma regra ceder em face de peculiaridades do caso concreto, quando, interpretada de acordo com os princípios, encontrar-se em dissonância com o que o ordenamento jurídico busca tutelar.

Na ocorrência deste tipo de situação, encontra-se o magistrado, portanto, diante de uma lacuna normativa que deverá, necessariamente, ser preenchida, dada a vedação ao non liquet e a inafastabilidade da jurisdição. Assim, a solução deverá ser buscada em outras fontes do Direito, para além da regra positivada, ganhando papel de destaque a aplicação de princípios. No entanto, não poderá o juiz fazer a mera menção à existência de tais princípios e invocá-los de forma vaga para fundamentar sua decisão. Será necessário dispender maior esforço argumentativo a fim de demonstrar os motivos pelos quais aquele princípio invocado impõe o afastamento da regra que, a princípio, seria aplicável ao caso.

O maior ônus argumentativo que se impõe ao magistrado se deve ao fato de que os princípios, dada a sua natureza de norma mais abstrata, dotada de pouca concretude, não obedecem à regra de aplicação idêntica à das regras, que impõe um juízo de tudo ou nada, dependendo aqueles sempre de um juízo de ponderação, em que nenhum deles será absolutamente descartado, mas apenas relativizado em face de outro, mais flagrantemente incidente sobre o caso concreto.

A não observância desse dever, portanto, com a mera invocação aleatória e aplicação não fundamentada de princípios, resultaria em arbitrariedade, à medida que seria possível encaixar qualquer situação à incidência de um principio qualquer, a despeito da existência de uma regra válida relativa aos fatos discutidos, de forma que, embora houvesse regulamentação legal da matéria, o juiz poderia, baseado unicamente no seu senso moral e de justiça, afastar a sua aplicação.

Esse tipo de conduta revelaria um exacerbado subjetivismo, o que levaria à conclusão de que implicaria, portanto, uma ausência de racionalidade jurídica, no sentido dado por Max Weber. Para o teórico, a moral é subjetiva, de modo que sua interferência no direito acabaria por retirar a racionalidade deste último. Isso porque a racionalidade do direito dependeria do respeito ao seu aspecto formal, ou seja, aos procedimentos jurídicos, que devem ser objetivos.

Assim, embora prevaleça o entendimento atual de que as normas jurídicas são resultado não apenas do texto legal, mas também da sua interpretação – daí, portanto, a ideia de que ao juiz se impõe um dever analítico –, é necessário respeitar certas balizas objetivas nessa função de criação da norma.

Em que pese não seja possível ao legislador prever, de antemão, todas as situações decorrentes das interações sociais, mormente considerada a atual complexidade política de nossa sociedade, impondo ao Judiciário a árdua tarefa de integração do direito posto, a este último, muitas vezes, escapa a capacidade de prever as consequências práticas e sistêmicas da imposição de determinadas medidas.

Nesse sentido, a legitimidade da atividade judicial depende, em grande medida, da sua deferência às decisões políticas emanadas do Poder Legislativo e do Poder Executivo, cuja legitimidade deriva de escolhas democráticas feitas pelo efetivo detentor do poder – o povo –, e à sua capacidade institucional, tendo em vista que, em muitos casos, aqueles detêm maior expertise para regular a matéria e estabelecer diretrizes para a atuação estatal.