

A arena de disputa da

# Teoria do DIREITO

no STF

Análise do recurso  
extraordinário nº 608.482/RN  
e a Teoria do Fato Consumado

Carlos Alexandre Michaello Marques  
Jéssica Cristianetti (Orgs.)

49

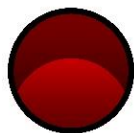


No livro *Law's Empire*, Dworkin apresenta uma observação importante: os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato (O que aconteceu?), questões de direito (Qual a lei aplicável ao caso?), e questões interligadas de moralidade (É justo?). Advogados e juízes frequentemente divergem sobre a verdade de uma proposição jurídica e os fundamentos desse direito. Essa divergência sobre o que determinada lei realmente é Dworkin nomeia de “divergência teórica do direito”. O problema é que, em um país onde cada vez mais se adota a máxima de que o direito é aquilo que os tribunais dizem que é, o judiciário acaba por monopolizar a interpretação das leis, e as divergências sobre questões de direito ou morais passam a ser resolvidas de forma livre (livre da lei) pelos juízes. Há anos me preocupo com a questão da decisão judicial. Publiquei vários textos e orientei outros tantos que justamente denunciam o que chamo de “estado de exceção interpretativo”, esse interpretative black hole que tomou conta do direito brasileiro. E foi motivado por essa preocupação que tenho proposto aos alunos dos cursos de mestrado e doutorado em direito a pesquisa sobre o positivismo jurídico e outras matrizes teóricas contemporâneas. Depois de muito estudo e dedicação, os alunos encerram um seminário com uma capacidade de compreender a complexidade das teorias do direito. É extremamente importante dominar as diversas teorias do direito, primeiro para sofisticar o argumento contra o ativismo judicial e a negação da democracia pelos juízes e tribunais, segundo, e não menos importante, para formar profissionais capacitados e comprometidos com a qualidade do ensino jurídico. Os posicionamentos que na sequência serão encontrados pretendem justamente demonstrar, a partir da análise do caso concreto proposto no seminário, que as diversas matrizes teóricas contemporâneas apresentam respostas diversas para um mesmo fenômeno jurídico – especialmente porque não foram capazes ou não se preocuparam em construir uma teoria da decisão judicial.

Lenio Luiz Streck



**A arena de disputa da  
Teoria do Direito no STF**



Série  
Ciências Jurídicas & Sociais

### ***Comitê Editorial***

---

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Liane Tabarelli**

PUCRS, Brasil

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Marcia Andrea Bühring**

PUCRS, Brasil

**Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira**

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

**Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes**

PUCRS, Brasil

**Prof. Dr. Thadeu Weber**

PUCRS, Brasil

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Fernanda Medeiros**

PUCRS, Brasil.

# A arena de disputa da Teoria do Direito no STF

Análise do recurso extraordinário  
nº 608.482/RN e a Teoria do Fato Consumado

**Organizadores:**

Carlos Alexandre Michaello Marques

Jéssica Cristianetti

*φ editora fi*

**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Lucas Fontella Margoni

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) [https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Associação Brasileira de Editores Científicos

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

Série Ciências Jurídicas & Sociais - 49

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

MARQUES, Carlos Alexandre Michaello; CRISTIANETTI, Jéssica (Orgs.)

c-- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

299 p.

ISBN - 978-85-5696-327-7

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

1. Políticas públicas. 2. Teoria do direito. 3. Governo. 4. Estados e Municípios. I. Título. II. Série

---

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito                    340

# Sumário

<b>Prefácio</b> .....	9
Lenio Luiz Streck	
<b>1</b> .....	13
<b>O desvelar do "caso Vanusa"</b>	
Os Autores	
<b>2</b> .....	25
<b>A análise do julgamento do recurso extraordinário (RE) número 608.482 - (RN) à luz da teoria de Robert Alexy</b>	
Amanda Netto Brum	
<b>3</b> .....	51
<b>O positivismo jurídico no Supremo Tribunal Federal: o caso do recurso extraordinário n. 608.482</b>	
Ana Letícia A. Rosati Leonel	
<b>4</b> .....	81
<b>O debate Herbert Hart x Ronald Dworkin: análise do "caso Vanusa" RE 608.482/RN e o direito como integridade em tempos de voluntarismos</b>	
Carlos Alexandre Michaello Marques	
<b>5</b> .....	117
<b>Teoria do fato consumado: da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica</b>	
Helena Kugel Lazzarin	
<b>6</b> .....	143
<b>Análise do julgamento do recurso extraordinário 608.482 à luz do debate Dworkin-Raz</b>	
Jéssica Cristianetti	

7 .....	175
<b>Análise do recurso extraordinário nº 608.482-RN à luz do positivismo jurídico exclusivo e da teoria da resposta adequada à constituição</b>	
Juliana Giovanetti Pereira da Silva	
8 .....	205
<b>O recurso extraordinário nº 608.482 lido a partir da perspectiva hermenêutica de Ronald Dworkin</b>	
Juliane Altmann Berwig	
9 .....	239
<b>Discricionabilidade, protagonismo e ativismo judiciais: reflexões a partir do voto do ministro Barroso no recurso extraordinário nº 608.482/RN</b>	
Paulo Thiago Fernandes Dias	
10 .....	273
<b>O caso Vanusa versus estado do Rio Grande do Norte: uma análise à luz do positivismo jurídico inclusivo de Wilfrid J. Waluchow</b>	
Tatiane Alves Macedo	



# Prefácio

*Lenio Luiz Streck*

No livro *Law's Empire*, Dworkin apresenta uma observação importante: os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato (O que aconteceu?), questões de direito (Qual a lei aplicável ao caso?), e questões interligadas de moralidade (É justo?). Advogados e juízes frequentemente divergem sobre a verdade de uma proposição jurídica e os fundamentos desse direito. Essa divergência sobre o que determinada lei realmente é Dworkin nomeia de “divergência teórica do direito”.<sup>1</sup> O problema é que, em um país onde cada vez mais se adota a máxima de que o direito é aquilo que os tribunais dizem que é, o judiciário acaba por monopolizar a interpretação das leis, e as divergências sobre questões de direito ou morais passam a ser resolvidas de forma livre (livre da lei) pelos juízes.

Há anos me preocupo com a questão da decisão judicial. Publiquei vários textos e orientei outros tantos que justamente denunciam o que chamo de “*estado de exceção interpretativo*”, esse *interpretative black hole* que tomou conta do direito brasileiro.

E foi motivado por essa preocupação que tenho proposto aos alunos dos cursos de mestrado e doutorado em direito a pesquisa sobre o positivismo jurídico e outras matrizes teóricas contemporâneas. Depois de muito estudo e dedicação, os alunos encerram um seminário com uma capacidade de compreender a

---

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

complexidade das teorias do direito. É extremamente importante dominar as diversas teorias do direito, primeiro para sofisticar o argumento contra o ativismo judicial e a negação da democracia pelos juízes e tribunais, segundo, e não menos importante, para formar profissionais capacitados e comprometidos com a qualidade do ensino jurídico.

Então, é com muita satisfação que apresento ao público o resultado de algumas reflexões desenvolvidas durante o seminário *Hermenêutica, Interpretação do Direito e Linguagem*, do Doutorado em Direito Público da Universidade do Vale do Rio dos Sinos no semestre 2017/1, ministrado por mim. A proposta do seminário foi revisitar as teorias clássicas do direito, além de aprofundar os estudos sobre o positivismo jurídico pós-hartiano, relacionando com autores como Dworkin e Alexy, muitas delas em diálogo com a perspectiva pós-positivista da Crítica Hermenêutica do Direito, naquilo que o referencial de cada uma permite.

Os posicionamentos que na sequência serão encontrados pretendem justamente demonstrar, a partir da análise do caso concreto proposto no seminário, que as diversas matrizes teóricas contemporâneas apresentam respostas diversas para um mesmo fenômeno jurídico – especialmente porque não foram capazes ou não se preocuparam em construir uma teoria da decisão judicial.

A primeira parte trata do desvelar do caso Vanusa, que se inicia em 2001 na Comarca de Natal, no Rio Grande do Norte. Vanusa prestou concurso público para o cargo de policial civil, não obteve aprovação no teste físico porque deveria fazer vinte flexões abdominais, mas das flexões que realizou apenas dezenove consideradas válidas. A candidata não se submeteu ao teste psicotécnico, contudo, em razão de decisão judicial de caráter provisório, fez a quarta fase do concurso, tomou posse e exerceu o cargo público até o ano de 2014, amparada por decisões de primeiro e segundo grau que reconheceram o direito da autora a permanecer no cargo, com fundamento no decurso do tempo.

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte (RE nº 608.482-RN), por entender que não se aplica ao caso Vanusa a teoria do fato consumado, trazendo importantes reflexões acerca da aplicação dessa teoria, motivo pelo qual a análise rigorosa se torna relevante desse caso para teoria do Direito.

Os capítulos que seguem analisam o caso Vanusa à luz de teorias positivistas desenvolvidas por autores como Hart, Raz, Waluchow, não positivistas como Dworkin, e o autodenominado não positivista inclusivo Alexy, além de analisarem a decisão a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, aplicando a minha tese da resposta adequada à constituição.

De minha parte, como é sabido, minhas diferenças teóricas em relação aos diversos positivismos são de cunho paradigmático-filosófico, porém tenho defendido a necessidade de um “plano salvacionista” contra o ativismo judicial, daí a construção de uma possibilidade de diálogo entre essas teorias e a Crítica Hermenêutica do Direito. Se muitas coisas já vão mal no país, não podemos deixar que argumentos de política, pessoais (moral individual) e utilitaristas – e tenho escrito sobre isso à sociedade – venham a colocar em risco aquilo que de mais precioso construímos: a *Constituição de 1988 e seu catálogo de direito e garantias fundamentais*. Portanto, em face de um inimigo comum, estendo a mão.

O resultado das pesquisas desenvolvidas pelos alunos consubstancia-se em importante contribuição, enriquecendo o debate de casos no Brasil de maneira pioneira, e evidencia de que maneira, em *terra brasilis*, o intérprete do direito diverge sobre questões de fato, de direito e de moralidade. Boa leitura!

Escrito na Dacha de São José do Herval, quando os liquidâmbares começam a amarronzar suas folhas, abrindo seus galhos para a estação vindoura.



## O desvelar do "caso Vanusa"

### *Os Autores*

Segundo Hart, “há aspectos importantes, mesmo das maiores montanhas, que não podem ser vistos por aqueles que nelas vivem, mas que podem ser facilmente percebidos por uma única e breve olhada de longe” (HART, 2010). Ao analisar o caso Vanusa, a impressão que se tem é a de que os homens da montanha (os atores do Poder Judiciário) não observaram fatos, que, do lado de cá, do ponto de vista do observador, parecem óbvios.

Necessário consignar que há detalhes importantes a serem esclarecidos, razão pela qual optamos por escavar a superfície apresentada nas decisões para explorar minuciosamente o fato. Pois bem, afastando de início a análise de eventuais falhas processuais, foram analisadas duas ações propostas por Vanusa contra o Estado do Rio Grande do Norte, disponíveis para consulta do *site* do STF (BRASIL, 2014), as quais vamos chamar de “o Volume” e “Apenso”, seguindo a sistemática do processo eletrônico do STF. Conforme se infere dos documentos, a autora Vanusa submeteu-se ao Concurso Público de Ingresso à Carreira de Agente de Polícia Civil em 05 de novembro de 2000, sendo aprovada na primeira fase do concurso. O Edital previa, no entanto, quatro fases: 1) prova escrita; 2) prova de capacidade física; 3) exame psicotécnico; e 4) investigação social e curso de capacitação profissional (Capítulo IV do Edital, Apenso, p. 12).

É na segunda fase do concurso que ocorreram os fatos que deram início ao processo judicial. A autora foi convocada para o teste físico, e se apresentou para realização da prova. O Edital exigia que o candidato, entre outras habilidades, fosse capaz de executar determinado<sup>1</sup> número de flexões no intervalo de um minuto. Considerando as regras estabelecidas no edital, a autora deveria realizar vinte flexões. A petição inicial relata que a candidata executou vinte e duas flexões abdominais, antes do tempo previsto para realização da prova, razão pela qual o fiscal a teria orientado a descansar. Contudo, três flexões foram consideradas inválidas, sobrando dezenove, insuficientes para aprovação na prova. Nesse ponto a autora vai sustentou que poderia ter feito mais flexões, já que havia tempo para isso, mas foi levada a erro pelo fiscal. Sustentou desde o primeiro momento que a prova era filmada, portanto poderia perfeitamente comprovar as alegações.

O resultado oficial da segunda fase foi publicado em 27 de dezembro de 2000 (fl. 25 do Anexo). A autora interpôs recurso administrativo em 02 de janeiro de 2001 (fls. 24-26 do anexo), o resultado do recurso foi publicado pela administração, por meio de *Diário Oficial*, em 08 de janeiro de 2001. A terceira fase do concurso (exame psicológico) estava agendada para os dias 13 e 14 de janeiro de 2001 (Apenso, p. 29).

Ocorre que, já na inicial, a autora revela que não acompanhou as publicações no *Diário Oficial* quanto ao acolhimento ou não do recurso administrativo, e quando tomou conhecimento do indeferimento não havia mais tempo hábil para buscar provimento judicial que garantisse sua participação na terceira fase do concurso. Logo, a autora não se submeteu ao exame psicotécnico (terceira fase do concurso), fato que restou incontroverso. Na tentativa de suprir a falta, fez um exame

---

<sup>1</sup> O Edital estabelecia o número mínimo de 12 e máximo de 24 flexões, que deveriam ser realizadas de acordo com a idade do candidato. No caso da requerente, era necessário realizar 20 flexões (Item 15.5 do Edital, p. 13 do Apenso).

psicológico particular, o qual foi juntado aos autos (Apenso, p. 33 e 34).

A Ação Cautelar foi distribuída em 21 de maio de 2001, cinco meses após encerrada a terceira fase do concurso, visando, inicialmente, garantir a participação da autora na quarta fase do concurso (investigação social e escola de formação profissional).

Assim, no que se refere aos critérios estabelecidos no concurso público, os pontos analisados pelo poder judiciário foram três: a) a reprovação na prova física (flexão abdominal); b) não submissão à terceira fase do concurso (teste psicológico); c) aprovação na quarta fase do concurso, destacando-se aproveitamento na disciplina educação física com média 9,5 (nove vírgula cinco).

Ocorre que outros fatos ocorridos durante o exercício do cargo foram considerados em todas as decisões proferidas pelo judiciário, a saber: a) o bom exercício das atribuições inerentes ao cargo; b) o decurso do tempo.

Pois bem, a primeira de decisão foi proferida em 20 de maio de 2001, da qual se extrai:

Sob esta ótica, vislumbro que a autora, tem, *ab initio* um bom direito, do qual há uma plausibilidade, que deve ser deslocado para o campo da possibilidade, pois realmente a autora encontra-se devidamente inscrito no certame, sendo considerada inapta apenas por faltar 01 (uma) flexão abdominal, das 20 (vinte) exigidas no Edital, quando pelo fato narrado pela autora esta não deixou de fazer o número mínimo exigido de abdominais por insuficiência da sua capacidade física, mas sim porque foi levada ao engano, vez que tendo feito as 22 (vinte e duas) abdominais, pensou que tinha feito além do exigido, então parou e ficou descansando, mas se soubesse que algumas das abdominais feitas poderiam ser desconsideradas, esta teria continuado a fazer mais abdominais até terminar o tempo ou chegar ao seu limite físico. [...] Não obstante, a autora ter **perdido de fazer a 3ª. fase do Concurso - Exame Psicotécnico**, entendo *a priori* que tal ausência não é obstáculo para o deferimento da liminar requerida, pois esse ponto deverá ser discutido no momento

processual adequado. Quanto ao requisito do *periculum in mora*, entendo, também, demonstrado, pelo fato de que, a 4<sup>ª</sup> fase do concurso iniciará amanhã (21-05-2001), conforme o edital de convocação que instrui a inicial, e se a autora ficar somente aguardando uma decisão judicial definitiva sem participar desta fase do concurso, com certeza a prestação jurisdicional perderá a sua utilidade prática e não surtirá mais efeito no mundo jurídico, trazendo prejuízos irreparáveis para a autora. [...] determinando que a autora participe da 4<sup>a</sup>. fase do CONCURSO PÚBLICO PARA AGENTE DA POLÍCIA CIVIL, nesta Capital, que tem início marcado para o dia 21-05-2001 (grifo nosso) (Apenso, fls. 41 e 42).

Em razão da decisão judicial citada, a candidata participou da última fase do concurso. Em 11 de janeiro de 2002, a autora noticia nos autos a aprovação na quarta fase do concurso, e requer a “extensão dos efeitos da decisão liminar”, para assegurar-lhe o provimento, nomeação e posse” no concurso público (Apenso, p. 100). Assim, em 15 de janeiro de 2002 foi proferida a segunda decisão na Ação Cautelar:

A requerente comprovou às fls. 129/130 dos autos que foi aprovada na fase final do Concurso para Agente de Polícia Civil. Neste diapasão, é de se reconhecer que o candidato que participa normalmente do processo seletivo, por força de decisão judicial, mesmo em sede de medida liminar vigente, não pode ser preterido em qualquer das fases do certame, inclusive para nomeação e posse, se estiver dentro da ordem de classificação para as vagas disponíveis. [...] Em face do exposto, defiro o pedido contido às fls. 83/85 dos autos, assegurando à autora VANUSA FERNANDES DE ARAÚJO o direito à nomeação e à posse no cargo de AGENTE DE POLÍCIA CIVIL do Estado, após aprovação no concurso público em referência, obedecida rigorosamente à ordem de classificação dentro das vagas disponíveis ao provimento. Desta decisão, para o cumprimento imediato, sejam notificados o Senhor Secretário de Estado da Defesa Social e o Estado do Rio Grande do Norte, por sua Procuradora Geral (grifo nosso) (Apenso, p. 110-114).



O Estado do Rio Grande do Norte interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão que determinou a convocação e posse da candidata, sendo o efeito suspensivo indeferido. Da decisão, interpôs ainda agravo regimental, o qual teve negado o provimento, razão pela qual a autora foi nomeada e tomou posse no cargo em 25.01.2002 (Apenso, p. 163 e 174).

Após a decisão citada, nada mais aconteceu, nem audiência, nem produção de prova documental, nada. Observa-se que o processo registra a conclusão para sentença em 15-04-2002, no entanto só foi proferida sentença em 28 de agosto de 2007, cinco anos depois da posse. O mais surpreendente é que a sentença foi fundamentada exclusivamente na “teoria do fato consumado”. Sim, “consumou” ali, na prateleira do juízo de primeiro grau. Da sentença destacamos:

Com os documentos de fls. 56/58, a autora demonstrou que já é integrante da Polícia Civil desde 25 de janeiro de 2002, desempenhando suas funções em prol da sociedade há mais de cinco anos. Esse fato analisado em conjunto com os demais dados constantes do processo, leva à convicção da aptidão da autora no desempenho da função de Agente Policial Civil. Destaco, na oportunidade, a declaração de desempenho (fi. 41) na disciplina de Educação Física ministrada no curso de formação profissional, em que está atestado que a autora foi aprovada com média 9,5. [...] Diante dessas considerações, sobreleva a possibilidade de se reconhecer apropriada a aplicação da teoria do fato consumado, como acima está demonstrado nos arestos do tribunal estadual, porquanto existe uma situação consolidada no tempo, garantida pela nomeação, posse e exercício da autora no cargo há mais de (cinco) anos, e o desfazimento de todo esse percurso causaria maior prejuízo à Administração Pública e à sociedade do que sua manutenção.

A particularidade do cargo ocupado torna o acatamento da tese ainda mais propício diante da realidade social em que vive o país atualmente, onde a segurança pública constitui um dos maiores clamores do povo. Assim, a constatação de que existe um fato já

consolidado no tempo supera eventuais irregularidades no processo seletivo de acesso, as quais no caso em particular também são superadas pelas demonstrações de aptidão física da autora na execução do exercício de flexões abdominais cuja incompletude se deu por ter sido determinada a paralisação dos exercícios com tempo ainda restante, e também no decorrer do curso de formação pelo desempenho obtido na disciplina de Educação Física. Diante do exposto, julgo procedente a pretensão da autora VANUSA FERNANDES DE ARAÚJO, confirmando a medida cautelar deferida. (Apenso, fls. 182-183).

O Estado do Rio Grande do Norte interpôs recurso de apelação em 27 de setembro de 2007, o qual foi julgado em 23 de março de 2009, confirmando a sentença de primeiro grau:

Com efeito, embora inexista, nos autos, demonstração de que a apelada tenha completado com êxito os exercícios do teste físico, e não exista ilegalidade na exigência deste teste e do exame psicotécnico como critérios de admissão • no concurso público em questão, entendo que a recorrida faz jus à permanência do cargo, ante a aplicação excepcional da Teoria do Fato Consumado. Isso porque, da análise dos autos, constato que a apelada está exercendo o cargo há mais de 07 (sete) anos, e, como bem ressaltado pelo representante do Ministério Público, "sem que haja notícias de que a mesma, por questões inerentes a suas faculdades físicas ou psicológicas, tenha realizado qualquer ato incompatível com a atividade exercida, devendo ser destacado ainda a declaração de desempenho, acostada à fl. 41, na disciplina de Educação Física, ministrada no curso de formação profissional, na qual se encontra atestado que a autora foi aprovada com média 9,5". Ademais, urge explicitar que, caso a recorrida seja destituída do cargo, após mais de sete anos da sua posse, arcará com prejuízos de elevada monta e provavelmente irreversíveis, além de acarretar prejuízo à própria Administração Pública. Dessa forma, não há reparos a serem feitos na sentença, devendo ser aplicada ao caso a Teoria do Fato Consumado, ante a excepcionalidade da situação da apelada. (fl. 141-147).

Como se vê, as decisões proferidas em primeiro e segundo grau de jurisdição reconheceram que a autora foi reprovada no teste físico regular e não se submeteu à terceira fase do concurso (teste psicotécnico). Também não foi o caso de afastamento da aplicação da lei pela via do controle de constitucionalidade. Na verdade, o fator decisivo para o reconhecimento do “direito” a permanecer no cargo foi o decurso do tempo, que possibilitou a aplicação da teoria do fato consumado.

Diversos processos que tem por mote o fundamento de "Fato Consumado" ou para alguns "Teoria do Fato Consumado" como é o caso da Ementa do julgamento do Recurso Extraordinário em análise, abarrotam os tribunais e juízos no território brasileiro, seguindo decisões díspares para situações semelhantes, bem como decisões idênticas para situações díspares ao extremo, eis que no cenário judicial pode se destacar a presente com julgamento no Supremo Tribunal Federal no ano de 2014, por sua composição plena, sendo ainda reconhecida repercussão geral. Dessa forma, é necessário identificar argumentos de cada ministro que decidiu, e a fundamentação teórica (se houver) para que, sob estes aspectos, se possa lançar luz às incompreensões que possam ser evidenciadas na Teoria do Direito/Decisão no Direito brasileiro.

Em desacordo com a decisão de segundo grau, o Estado do Rio Grande do Norte interpôs o Recurso Extraordinário arguindo a violação da isonomia, o princípio da vinculação ao edital, bem como a inaplicabilidade da "teoria do fato consumado", quando significar a perpetuação de decisões consideradas injustas, ilegais ou inconstitucionais. No referido recurso posicionou-se a Procuradoria Geral da República pelo provimento do mesmo, bem como a União Federal, aceita como *amicus curiae* no feito, também se manifestou no mesmo sentido. Diante deste contexto, os ministros passaram a proferir seus votos, sendo o Relator, o Ministro Teori Zavascki.

Inaugurando seu voto o relator expõe o confronto entre duas ordens de valores (interesse individual da candidata e o interesse

público), que considera incompatíveis entre si, reconhecendo a necessidade de sopesá-las, a fim de que se alcance àquela que deve prevalecer. Na esteira deste conflito, Zavascki elenca o artigo 37, inc. II da CF (investidura no cargo por concurso público), bem como os princípios da Administração Pública, expressamente: Impessoalidade; Moralidade e Eficiência. Ademais, consagra em seu voto o comprometimento do Princípio da Igualdade no tocante ao acesso aos cargos públicos, colacionando diversas decisões monocráticas e das turmas do STF que reconhecem a inaplicabilidade da "teoria do fato consumado" em situações fáticas e jurídicas análogas.

Em seu processo de sopesamento, o relator esclarece que o peso maior é estabelecido ao interesse público, tendo em vista a manutenção do que ele denomina elevados valores jurídicos, considerando ainda que não há disposições constitucionais no objeto em litúgio que possam justificar decisão favorável à Vanusa, pois não se trata de boa-fé ou da confiança legítima do administrado, eis que a investidura não se deu por ato da Administração Pública, mas sim por intento da própria administrada. No mesmo sentido, foi esclarecido que a medida de natureza precária que garantia Vanusa no cargo era de conhecimento da mesma, não havendo motivo suficiente para entendimento contrário e que seu desfazimento garante o retorno ao *status quo ante*.

Por fim, Zavascki considera que nenhum princípio aventado consegue se contrapor aos que, segundo ele, orientam o sistema (constitucional) de acesso aos cargos públicos com vistas a manter a decisão de segundo grau, pois o interesse individual, pode desde logo, sucumbir a outro interesse particular com melhor fundamento. Com isto, o relator dá provimento ao recurso, garantindo apenas o percebido em vencimentos e vantagens até àquela data.

Na sequência do julgamento, vota o Ministro Luís Roberto Barroso, abrindo a divergência no tocante, segundo ele, ao

enquadramento dado ao caso concreto, tendo em vista que na sua visão a questão não se apresenta como oposição entre interesse individual de Vanusa e o interesse público da regra do concurso público, mas sim uma colisão de normas constitucionais, quais sejam, os princípios da proteção da confiança e o da obrigatoriedade do concurso público. Ademais, segue o ministro argumentando que há uma clara distinção entre a decisão liminar de primeiro grau e a decisão meritória do tribunal, bem como que exigir o trânsito em julgado da decisão, é negar a aplicação à esfera judicial do princípio da confiança, tendo em vista que em sentido contrário o Estado-juiz, segundo ministro, também pode gerar expectativas legítimas.

Assim, o ministro passa a fundamentar sua divergência ao voto do relator, justificando que o caso em julgamento não conduz necessariamente a oposição interesse individual versus interesse público, mas um caso de ponderação entre o princípio da obrigatoriedade do concurso público e o princípio da segurança jurídica (princípio da confiança legítima), o qual, segundo o ministro, se reserva a proteger as expectativas legitimamente criadas em razão de atos do Estado, que também devem atingir as decisões judiciais. Diante deste cenário, Barroso propõe um parâmetro específico para a ponderação deste caso concreto, que deva considerar o interstício temporal entre as decisões contraditórias; a plausibilidade da tese e sua boa-fé; e o nível de estabilidade da decisão judicial, ou seja, a confiança é proporcional ao grau de estabilidade. Neste sentido, o ministro propõe que:

No caso de investidura em cargo público por força de decisões judiciais ainda sem trânsito em julgado, a aferição da eventual confiança legítima a ser protegida envolverá a consideração dos seguintes fatores: a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; (c) decisão de mérito proferida em segunda instância. (STF, 2014, p. 22)

Dessa maneira, Barroso aplicou seu parâmetro, recém criado, ao caso concreto em julgamento e reconheceu a permanência de Vanusa no cargo público. Em aditamento ao seu voto, o ministro tece outras considerações ao voto do relator, com vistas a reafirmar seu parâmetro como conducente ao melhor resultado para o caso em julgamento, afirmando no mesmo sentido que não se trata de um reconhecimento da "teoria do fato consumado", a qual considera imprópria e pejorativa, reafirmando que se trata de preponderância do princípio da confiança legítima. E finalmente, Barroso argumenta a necessidade de tratamento díspare entre liminares concedidas em um curto espaço temporal e a do caso concreto que está há mais de 14 (quatorze) anos no cargo após acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, sob pena implícita frustração do princípio da isonomia.

Ato seguinte os ministros relator e divergente se contrapõem mutuamente sob o fundamento da decisão de segundo grau que para o relator é caso apenas de fato consumado e para Barroso é *fumus boni juris*. Seguido de alguns debates entre os ministros acerca da natureza da liminar concedida, da proteção da confiança, do interstício temporal que Vanusa está no cargo após a decisão do referido tribunal, do alcance da teoria do fato consumado e da fundamentação na Lei 9.784/99, foi proferido o voto da Ministra Rosa Weber que ponderou os argumentos da divergência e acompanhou o relator, mas foi aparteadada e se iniciou uma discussão acerca do exame físico, ao qual a candidata realizou 22 abdominais, sendo apenas 19 considerados no total de 20 exigidos.

Na sequência foi proferido o voto do Ministro Luiz Fux, que na linha do voto da divergência reafirmou a extensão do princípio da proteção da confiança em relação as decisões judiciais, bem como relativizou os exames físicos e psicotécnicos com fundamentos respectivamente na aprovação em Educação física no curso de formação e no exercício da função por mais de 14 (quatorze) anos. Por fim, acrescenta em seu voto o direito fundamental à segurança jurídica e acompanha integralmente a

divergência, acolhendo a gradação de aplicação do princípio da proteção da confiança, o parâmetro desenvolvido por Barroso. Em sentido contrário o Ministro Dias Toffoli acompanhou o relator sem exposição do voto, bem como a Ministra Cármen Lúcia, mas tecendo algumas considerações acerca da precariedade da decisão liminar e necessidade de obediência ao edital do concurso público, seguido de uma breve discussão entre alguns ministros sobre a completude do processo do concurso público que, para a ministra, Vanusa não concluiu.

No mesmo sentido, votaram os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, os quais foram sucedidos de debates acerca novamente da "Teoria do Fato Consumado", sendo proclamado o resultado por maioria dos ministros e ministra, vencidos o ministro Barroso e ministro Fux. A maioria dos ministros entendeu que:

[...] não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito *ex tunc*, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere (BRASIL, 2014).

Após a explanação do caso em análise, pretende-se, nos próximos capítulos, apresentar diferentes concepções sobre o julgamento do STF à luz da Teoria do Direito.

## Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 608.482 RN. Relator: Ministro Teori Zavascki – Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 07 de agosto de 2014. **Lex-Jurisprudência do STJ**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

HART, H.L.A. **Ensaaios sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.



# A análise do julgamento do recurso extraordinário (RE) número 608.482 – (RN) à luz da teoria de Robert Alexy

*Amanda Netto Brum<sup>1</sup>*

## 1 Introdução

Muitos têm sido os debates levantados acerca da Teoria e da Filosofia do Direito contemporaneamente. No entanto, há ainda diversos questionamentos possíveis. Inseridos nestes estão os que problematizam e interrogam o “drama” do subjetivismo - como a prática da discricionariedade nas decisões judiciais -, em especial no Brasil. Isso porque, segundo Streck (2015), a histórica aposta na discricionariedade, com origem bem definida em Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart, faz com que no momento da decisão, sempre acabe sobrando um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz.

Frente a tais discussões insere-se no cenário jurídico a teorização alexyana. De alta sofisticação e de complexa elaboração, a construção teórica de Robert Alexy ganha espaço atualmente nos mais variados sistemas jurídicos, fundamentalmente no brasileiro. Todavia, mesmo que se reconheça que a teorização alexyana tem muito a contribuir no âmbito da Teoria da Filosofia do Direito, não

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público – UNISINOS. Mestre em Direito e Justiça Social – FURG. Advogada.

estruturou meios para superar a problemática do subjetivismo – isto é, da discricionariedade judicial.

É neste contexto que se insere o objeto desta pesquisa. Assim, tem-se como objetivo central, no presente estudo, a análise do julgamento do recurso extraordinário (RE) número 608.482-RN, caso “Vanusa”, julgado em 7 de agosto de 2014 pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Tal recurso foi interposto em face da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJ/RN) pelo recorrente, Estado do Rio Grande do Norte, que manteve a recorrida, Vanusa Fernandes da Araújo, de modo definitivo, no cargo de agente da polícia civil.

Dessa forma, a partir do método fenomenológico-hermenêutico, em um primeiro momento, será apresentado – por meio da narrativa dos votos que compõem a decisão – o relatório do julgamento do recurso extraordinário analisado. Posteriormente, aborda-se a sofisticada construção teórica de Robert Alexy dos direitos fundamentais e, finalmente, a partir do aparato teórico alexyano, realiza-se a análise do julgamento do recurso extraordinário.

Por fim, a justificativa da escolha de Robert Alexy como teórico para problematizar o caso apresentado se dá porque além de, segundo muitos autores<sup>2</sup>, ter desenvolvido uma das mais complexas e sofisticadas teorias no âmbito da Teoria e da filosofia do Direito, é, entre a jurisprudência e a doutrina brasileira, um dos autores mais utilizados, ainda que de forma indevida<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Streck, embora advirta que a teorização de Alexy demonstre algumas limitações, reconhece que o projeto alexyano é de alta sofisticação e muito bem elaborado (2017a).

<sup>3</sup> Aliás, segundo Streck (2014b, p. 413), não há uma decisão judicial que tenha aplicado a esquematização constante na tese alexyana.

## 2 A perspectiva dos direitos fundamentais de Robert Alexy

Robert Alexy<sup>4</sup>, em uma classificação peculiar, de acordo com Streck (2017a), autodetermina-se como um não-positivista inclusivo. Isso porque ao incluir elementos morais dentro do conceito de Direito – mais especificamente por meio da ‘correção material’ que se desenvolve a partir da noção de contradição performativa”- (STRECK, 2017a, p. 219), assume uma postura não-positivista. E é justamente a partir da compreensão de elementos morais no Direito que o autor acrescenta o adjetivo inclusivo à sua autoclassificação. Para Alexy, entre as dimensões do Direito e da moral não existe co-originalidade – somente há um vínculo necessário entre tais dimensões, denominado por ele de pretensão de correção<sup>5</sup> (STRECK, 2017a).

Alexy (2015) afirma que todos os positivistas defendem a tese da separação entre Direito e moral. Assim, para o teórico, os positivistas definem o conceito de Direito sem incluir elementos morais. Segundo Alexy, à teoria positivista, ao conceituar direito, “restam somente dois elementos definitórios: a legalidade autoritativa (conforme o ordenamento) e a eficácia social” (ALEXY, 2015, p. 272). Nesse sentido, Dalla Barba complementa que, de acordo com o pensamento alexyano, “todas as diversas teorias

---

<sup>4</sup>De acordo com Robert Alexy a questão central na disputa sobre o positivismo jurídico interroga se há uma conexão necessária entre direito e moral? A resposta a essa pergunta, segundo o autor, tem enormes consequências. Elas alcançam desde a definição do conceito de direito, passando pela concepção de sistema jurídico, e vão até a teoria da argumentação jurídica. No final das contas, para Alexy, trata-se da compreensão do direito e da autocompreensão da ciência do Direito e da prática jurídica. Talvez tal fato, conforme o autor, explique o porquê até agora, apesar de grande esforço teórico, não se encontrou nenhuma solução satisfatória (ALEXY, 2015, p. 241).

<sup>5</sup>Para Alexy (2015, p. 279) “o argumento de correção constitui a base para a fundamentação da sua tese”, isto é, é o apoio para os outros argumentos. “O argumento de correção afirma que tanto normas jurídicas isoladas e decisões jurídicas isoladas quanto sistemas jurídicos como um todo levantam uma pretensão de correção. E essa pretensão compreende uma pretensão de correção moral. Assim, conforme Dalla Barba (2017, p. 50) na teoria alexyana “sistemas normativos que não levantam explícita ou implicitamente uma pretensão de correção não são nem sequer sistemas jurídicos”. Cabe, também mencionar, que para Alexy, “o argumento de correção oferece uma saída para a justificação ‘da fórmula de Radbruch’” (ALEXY, 2015, p. 279).

positivistas têm em comum o fato de considerarem o Direito exclusivamente dependente ou daquilo que é estabelecido conforme o próprio ordenamento jurídico, ou que obtenha contundente respaldo social” (2017, p. 47).

Já os não-positivistas, conforme Alexy (2015), ao contrário, defendem a tese da vinculação (conexão). Tal tese afirma que o conceito de direito deve ser definido mediante a inclusão de elementos morais. Com isso, para o autor (2015, p. 272), “nenhum não-positivista que deve ser levado a sério exclui do conceito de Direito os elementos da legalidade autoritativa e da eficácia social”. Sendo assim, para Alexy<sup>6</sup>, o conceito de Direito deve relacionar, além dos elementos do conceito positivista, elementos morais.

Alexy (2015) irá, então, incluir no conceito de direito um terceiro elemento, isto é, a correção material – que é rechaçada pela tese da separação e adotada pela tese da vinculação, esta irá ser incorporada ao conceito de direito como resultado de argumentos que podem ser divididos em dois tipos: analíticos e normativos. Dessa forma, “na busca de uma síntese entre tais concepções”, Alexy, de acordo com Dalla Barba (2017) trata os argumentos analíticos e normativos como complementares - na defesa de uma vinculação conceitualmente necessária entre direito e moral -, tendo em vista que o argumento analítico possui um alcance limitado, necessitando, portanto, do reforço de argumentos normativos para integralizar-se.

Embora Alexy (2015) autodermine-se como não-positivista, colocando-se, portanto, em oposição ao positivismo jurídico<sup>7</sup>, sua

---

<sup>6</sup> Alexy propõe que a fundamentação da sua tese de que há uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral ocorrerá em um quadro conceitual que consiste em quatro distinções, são elas: a) conceitos de direito livres ou não livres de validade - que incluem ou não o conceito de validade para a noção de direito; b) formulada entre a noção de um sistema jurídico como um sistema de normas ou como um sistema de procedimentos; c) concentrada nas perspectivas do observador e do participante; e d) trata dos dois tipos possíveis de conexão entre direito e moral: classificantes (definitória) ou qualificantes (qualificatória).

<sup>7</sup> Streck afirma “que o positivismo jurídico é um fenômeno complexo e quando se fala em positivismo não se imagina os diversos positivismos que foram se forjando ao longo dos séculos” (2017a, p. 159). O autor esclarece que suas críticas há muito “são dirigidas ao positivismo

teoria da argumentação não teve potencialidade para superar a problemática da discricionariedade judicial<sup>8</sup> (característica fundante do positivismo jurídico). Frente a isso, Dalla Barba<sup>9</sup> pondera

Não obstante o alto rigor metodológico que apresenta Alexy em seu pensamento, a circunstância que o faz introduzir aspectos valorativos qualificados a partir de uma refinada estrutura procedimental não lhe permite derrotar o problema da discricionariedade interpretativa (DALLA BARBA, 2017, p. 17).

Há que se ressaltar, todavia, que de acordo com Streck (2017a, p. 220), teóricos somente deveriam/poderiam ser chamados/autodenominados como não-positivistas (pós-positivistas) se suas teorias conseguissem “efetivamente superar o positivismo, na sua forma primitiva-exegético-conceitual, na sua forma normativa, semântico-discricionária e nas suas versões

---

‘normativista’ pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades (ou decisionismo e protagonismo judicial)”. Isso porque Streck (2012, p. 31) considera “superado o velho positivismo exegético. Ou seja, não é (mais) necessário dizer o juiz não é boca da lei etc.,” enfim, complementa o autor, “podemos ser poupados, nessa quadra da história, dessas ‘descobertas polvulares’. Essa ‘descoberta’ não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da Jurisprudência dos Valores (que foi importada de forma equivocada da Alemanha), os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um positivismo fático), a ponderação de valores (pela qual o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege prima facie) etc.”. Neste trabalho partiremos, então, do entendimento do autor e, portanto, quando for usada a terminologia positivismo sem adjetivos está-se fazendo referência ao positivismo normativista pós-kelseniano.

<sup>8</sup>Em sua obra “Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck” (2017b), Streck, ao questionar o porquê de muitos autores autodefinirem-se como positivistas, com ou sem adjetivos, problematiza que “deve existir ‘uma coisa’ em comum a todos, caso contrário deveria ser trocado o nome da coisa”. Afirma, então - mesmo reconhecendo opiniões contrárias como a de Wilfried Waluchow -, como há muito tempo já faz em suas obras, que a característica comum a todos os positivistas é o discricionarismo. “A discricionariedade é o carro chefe do positivismo” (STRECK, 2017b, p. 23). Quer dizer que, para o autor, a discricionariedade está presente de algum modo em todos os positivistas, mudando apenas de lugar (STRECK, 2017b, p. 34).

<sup>9</sup> Dalla Barba (2017), ao introduzir sua obra “Nas fronteiras da argumentação – a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy”, reconhece a alta sofisticação metodológica e a grande sistematicidade da teoria de Alexy, contudo, adverte que a teorização alexyana enseja – a partir de um olhar hermenêutico, desenvolvido por meio da Crítica Hermenêutica do Direito, matriz teórica estruturada por Lenio Streck - uma série de objeções.

contemporâneas exclusiva e inclusiva”. Há de se ter em mente que a superação do positivismo, para Streck (2017a, p. 220), “implica, necessariamente, o enfrentamento do problema da discricionariedade – o que, em termos filosóficos, se apresenta como o problema do solipsismo<sup>10</sup> da razão prática”.

O projeto de Robert Alexy trata-se de uma teoria abrangente<sup>11</sup> e de alta sofisticação, no entanto, o autor não conseguiu estruturar fórmulas que superassem o “drama” da discricionariedade judicial, pois mesmo que Alexy tenha desenvolvido uma teoria discursiva que ofereça uma alternativa procedimental, não conseguiu estruturar respostas para transpor “a problemática ‘do modo’ como ela se desenvolve numa teoria procedimental” (STRECK, 2017a, p. 154). Isto é, ainda que Alexy se coloque em oposição ao positivismo, não estruturou fórmulas para fugir das problemáticas engendradas pelo subjetivismo – da discricionariedade (STRECK, 2014b).

Para além disso, como esclarece Dalla Barba (2017, p. 16), “a grande discussão no que diz respeito à problemática da discricionariedade judicial não surge no pensamento de Alexy a partir do vazio, mas faz parte e se insere em um caminhar histórico da teoria do Direito preocupada em enfrentar as máculas do positivismo”. E é justamente por essa razão que, segundo Dalla Barba (2017), as teses do professor alemão além de incorporadas

---

<sup>10</sup> “O solipsismo deve ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista anterior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo” (STRECK, 2017a, p. 273).

<sup>11</sup> Trivisonno (2015) esclarece que teorias do direito que se dedicam às duas questões fundamentais da filosofia do direito, isto é, do conceito e da aplicação do direito, geralmente são denominadas de abrangentes. Dessa forma, entende o autor, a teoria alexyana como uma teoria abrangente, pois Alexy, embora tenha deixado questionamentos em aberto, abordou as questões fundamentais do direito, ou seja, do conceito – tendo como subtema específico fundamental se o direito se conecta necessariamente à moral ou não - e à aplicação do Direito – com o problema central de estruturação e aplicação das normas jurídicas.

pelo neoconstitucionalismo<sup>12</sup> aparecem no cenário jurídico como contraponto ao juspositivismo.

Importa, neste momento, tecer algumas ponderações acerca da abordagem e dos temas centrais propostos pelo teórico. Alguns autores seguem a tendência de estabelecer três pilares do sistema alexyano e, a partir daí, estruturam que a teoria do autor é composta por três elementos fundamentais: o discurso jurídico (elaborado na teoria da argumentação jurídica); a estrutura dos direitos fundamentais (estruturada a partir da teoria dos direitos fundamentais); e o conceito de direito (abordado em conceito e validade do direito).

Entretanto, parece que, na linha do pensamento do professor alemão, um desses elementos se sobressai aos demais, isto é, a tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso<sup>13</sup>. Isso porque - por meio de uma análise mais aprofundada do conteúdo dos três fundamentos pontuados - fica evidenciado que, na teoria da argumentação jurídica, já se

---

<sup>12</sup> De acordo com Streck “a terminologia ‘neoconstitucionalismo’ é motivo de ambiguidades teóricas e até mal-entendimentos”. Ocorre que, de acordo com o autor, “em um primeiro momento, foi de importância estratégica a importância do termo e de algumas das propostas trabalhadas pelos autores da Europa ibérica, isso porque no Brasil ingressou tardiamente. Portanto, falar de neoconstitucionalismo implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários, em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático em terras *brasilis*. No entanto, passado o tempo e, levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características do desse ‘neoconstitucionalismo’ acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabaram por contribuir para a corrupção do próprio texto constitucional. Ora, sob a bandeira ‘neoconstitucionalismo’ defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores” (STRECK, 2012, p. 36), dentre outras situações. Também, segundo esclarece Moraes (2013, p. 28) a utilização da expressão “neoconstitucionalismo” quer colocar em evidência a tentativa de superar o modelo positivista exegético, mas, contudo, acaba, em terras *brasilis*, esbarrando na armadilha da tese sobre interpretação do Direito como ato de vontade”.

<sup>13</sup> Trivisonno (2015) esclarece que tal entendimento pode levar a mal-entendidos. Entretanto, pontua que não quer dizer, ao propor que a teoria do discurso proposto por Alexy deve ser entendida como a tese mais robusta do autor, que a teoria dos princípios e a teoria sobre o conceito de direito não possuem relevância. É, segundo Trivisonno, exatamente ao contrário. A tese levantada pelo autor é de que Robert Alexy desenvolveu uma teoria sofisticada e extremamente difícil de se alcançar.

encontram teses das quais decorreram as outras características do sistema de Alexy (TRIVISONNO, 2015), neste sentido:

Considerando esse cenário, podemos dizer que a Teoria dos Direitos Fundamentais se conjuga com a Teoria da Argumentação Jurídica na tentativa de se apresentar uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais que possa indicar a existência de elementos sobre o Direito positivo válido e vigente (DALLA BARBA, 2017, p. 46).

Diante disso, convém esclarecer, que esta pesquisa se situa, em virtude do objetivo deste escrito, dentre as diversas leituras possíveis da teoria alexyana, a partir da perspectiva que busca compreender de que forma o professor alemão desenvolveu a problemática dos direitos fundamentais<sup>14</sup>. Torna-se primordial compreender que autor teve como objetivo “elaborar uma teoria jurídica que oferecesse uma fundamentação ‘racional’ para a aplicação dos direitos fundamentais da Constituição alemã” (ALEXY, 2006, p. 28)<sup>15</sup>.

Todavia, isso não significa afirmar que o aparato teórico de Alexy sobre direitos fundamentais não possa ser utilizado em outros sistemas jurídicos, mas exige-se, de acordo com Dalla Barba (2017, p. 56), “especial cautela nessa transposição, assim como uma profícua reflexão crítica sobre a conveniência de sua metodologia”. Ocorre que, na importação brasileira da teoria de alexyana, parece, segundo proposto por Morais<sup>16</sup> (2013, p. 16), não haver tal comprometimento.

---

<sup>14</sup> Convém ressaltar, ainda, que frente à sofisticada teoria dos direitos fundamentais de Alexy neste estudo, serão abordados, fundamentalmente, os critérios desta teoria que se relacionam com o objetivo desta pesquisa, isto é, a análise do julgamento do recurso extraordinário (RE) número 608.482 -RN.

<sup>15</sup> Alexy publica sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” - *Theorie der Grundrechte* - em 1986.

<sup>16</sup> Morais, em sua tese de doutorado, problematiza se a “proporcionalidade” vista na jurisprudência do STF corresponde à proposta teórica de Robert Alexy. Diante disso, Morais demonstra, a partir da análise de 189 decisões, selecionadas por meio de um levantamento jurisprudencial, no espaço temporal de uma década, a forma equivocada com que o fenômeno da proporcionalidade é tratado pelo Supremo Tribunal Federal.



Nota-se, “Robert Alexy é o autor que consolidou, sistematizou e desenvolveu teoricamente uma dogmática para lidar com a aplicação dos direitos fundamentais, na condição de regras e princípios, através ‘do princípio<sup>17</sup>’ da proporcionalidade” (MORAIS, 2013, p. 16). Deveria ser, dessa forma, natural o engajamento teórico do autor quando da aplicabilidade desta “máxima”, todavia, isso não é o que ocorre na prática.

Assim, cabe trazer, neste momento, algumas observações da teoria dos direitos fundamentais de Alexy. De acordo com Dalla Barba (2017, p. 19), pode-se afirmar que a teoria dos direitos fundamentais construída pelo autor “parte da noção de que os direitos fundamentais não ficam circunscritos aos mesmos pressupostos metodológicos que as meras regras, mas exigem fundamentação mais abrangente e aprimorada, pois tratam-se de normas com conceitos semânticos amplamente abertos”. E, completa o autor, é assim que Alexy, introduz, em seu sistema jurídico, “os princípios como normas com roupagem axiológica, aproximando a esfera moral e consagrando a tese da pretensão de correção desta sobre o âmbito jurídico” (DALLA BARBA, 2017, p. 19).

Sendo assim, Alexy (2006) desenvolverá, em síntese, uma teoria que problematizará: a) a maneira como os questionamentos que atinem aos direitos fundamentais são decididos pelo Tribunal Constitucional Federal; e b) o desenvolvimento dogmático inerente a tais questionamentos.

Dessa forma, Alexy, ao introduzir sua análise acerca dos direitos fundamentais, afirma que além da problemática da interpretação das fórmulas do direito positivo, existem dispositivos na Constituição alemã que estabelecem uma regulamentação

---

<sup>17</sup> Afonso da Silva (2002, p. 3) afirma que não é possível fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira com relação à utilização da terminologia “princípio” da proporcionalidade, no entanto, traz, o autor, “que mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo ‘princípio’ é deixar claro que ele, na expressão “princípio da proporcionalidade”, não tem o mesmo significado de “princípio” na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Robert Alexy”.

semântica aberta<sup>18</sup>. No entanto, segundo o autor, “a abertura não é, sozinha, uma explicação suficiente para a intensidade das controvérsias acerca dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2006, p. 26).

Isso porque, para além do texto constitucional, a discussão que versa acerca da amplitude de incidência dos direitos fundamentais também envolve critérios a serem considerados por meio das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão. Assim, nas palavras de Alexy (2006, p. 28) “à abertura das disposições de direitos fundamentais soma-se, então, a abertura da jurisprudência sobre esses direitos”.

No entanto, o autor, segundo Morais (2013, p. 36-37), reconhece que – ainda que o tribunal aja no sentido de reduzir o aspecto da abertura das disposições dos direitos fundamentais – “não seria humanamente possível prever todas as condições fáticas que reclamariam a proteção dos direitos fundamentais”.

É neste contexto que Alexy (2006, p. 28) propõe a tese de que as repostas aos questionamentos provenientes dos direitos fundamentais devem ser consideradas “racionalmente”. Pretende o autor, portanto, apresentar uma adequada teoria dogmática<sup>19</sup> dos direitos fundamentais, com base na teoria dos princípios, de modo que se possa atingir uma decisão correta e racionalmente fundamentada (ALEXY, 2006).

É a partir da compreensão de que o conceito de norma jurídica assume um aspecto semântico (ALEXY, 2006) que o autor,

---

<sup>18</sup> É do caráter aberto das normas de direito fundamental – tanto no nível semântico quanto no nível estrutural – que, segundo a teoria alexyana, decorre a situação das normas que, apesar de não serem expressas diretamente por enunciados da Constituição, são normas que podem ser a ela atribuídas (STRECK, 2014b).

<sup>19</sup> O autor considera que o dogmático – e, com isso jurídico – é constituído pela ligação de três dimensões: a) empírica; b) analítica; e c) normativa. Assim, entende o autor que “se o conceito da teoria jurídica é definido a partir dessa base, então, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria inserida no contexto das três dimensões e voltada a tarefa prática da ciência jurídica” (2006, p. 38). Todavia, há de se ter em mente que o autor, ainda que não desconsidere as demais dimensões – enfatiza a dimensão analítica ao propor uma teoria estrutural (DALLA BARBA, 2017).

de acordo com Dalla Barba (2017, p. 58), “inicia seu modelo estrutural altamente complexo que visa ao correto cerrar semântico da norma jurídica no momento da sua aplicação” e, assim, apresenta a sua concepção de norma de direito fundamental<sup>20</sup>. Traz o autor - por meio da sua busca pela estruturação dogmática e da possibilidade de fundamentação racional dos direitos fundamentais - as estruturas que compõem tal conceito.

Dentre as estruturas para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é, conforme o autor, a distinção entre regras e princípios. Nas palavras de Alexy: “essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. E uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais<sup>21</sup>” (ALEXY, 2006, p. 85).

Quer dizer que, é a partir de tal distinção teórico-estrutural que será organizada: a) uma teoria normativa-material dos direitos fundamentais; e b) um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites “da racionalidade” no âmbito dos direitos fundamentais (ALEXY, 2006, p. 85). Nesse sentido, Alexy esclarece que para sua teoria

---

<sup>20</sup> Para Alexy (2006), não somente os enunciados que estão dispostos na Constituição alemã são considerados normas de direito fundamental. Pois, segundo autor, também outras normas que decorrem logicamente das disposições constitucionais devem ser consideradas. Aliás, o próprio Tribunal Constitucional Federal - dada a abertura semântica e racionalmente fundamentado - pode atribuir ao texto constitucional outros comandos. Seguindo o pensamento de Alexy, Dalla Barba (2017, p. 62) é, novamente, preciso ao esclarecer tal situação: na medida que a principal tarefa do Tribunal Constitucional Federal alemão seria, a partir do proposto por Alexy, “aquela que diz respeito à racionalização das variações semânticas previstas nos dispositivos constitucionais que versam sobre direitos fundamentais, procurando reduzir tais indeterminações para obter suficiente clareza quanto à sua aplicação. Ao agir dessa maneira, não se poderia negar que a Corte alemã estaria reconhecendo que o enunciado derivado de norma expressamente disposta na Constituição - porém semanticamente aberta - também deveria ser considerada norma de direito fundamental”.

<sup>21</sup> Além disso, para Alexy, o questionamento acerca “da construção da distinção entre regras ou a construção em princípios não formula assim, de modo algum, apenas um problema teórico interessante. Ela tem um vasto significado prático. Isso a torna uma questão fundamental do constitucionalismo democrático” (ALEXY, 2006, p. 145).

regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (ALEXY, 2006, p. 87).

Fica claro, portanto, que, para o autor, regras e princípios compõem o conceito de norma, mas aquelas se diferenciam destes a partir de uma distinção qualitativa. Isso é, “regras são normas que são sempre satisfeitas, assim, se uma regra vale, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem a mais, nem a menos” (ALEXY, 2006, p. 92). Regras são normas que podem ser somente cumpridas ou descumpridas. Assim, regras devem ser aplicadas por subsunção<sup>22</sup>.

Já os “princípios, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2006, p. 91). Princípios são mandamentos de otimização. Podem, de acordo com Alexy (2006), ser satisfeitos em graus distintos. Tal distinção ganha, contudo, evidência nos casos de colisões entre princípios e conflitos de regras.

Como, para Alexy (2006), o conceito de validade não é graduável, ou seja, uma regra é ou não validamente aplicável. O conflito entre regras, em linhas gerais, para o autor, somente poderá ser solucionado se for introduzida, em uma das regras, uma cláusula de exceção que extirpe o conflito, ou se uma das regras for declarada inválida.

Entretanto, as colisões entre princípios ocorrem em uma dimensão distinta da dos conflitos de regras. Dessa forma, quando há a colisão entre dois princípios, “um deles terá que ceder”

---

<sup>22</sup>Havendo um fato social previsto no suporte fático da regra, a consequência jurídica de tal ato poderia ser, *a priori*, deduzindo mediante um esquema lógico conhecido como subsunção (MORAIS, 2013).

(ALEXY, 2006, p. 93). A colisão de princípios se dá, portanto, na dimensão de peso e não na da validade - como ocorre com as regras - e, diante disso, "um dos princípios terá precedência em face do outro sob determinadas condições" (ALEXY, 2006, p. 94). Ou seja, "os princípios colidentes devem ser harmonizados, considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas proporcionadas pelo caso concreto" (MORAIS, 2013, p. 53).

Alexy introduz, então, a sua lei de colisão<sup>23</sup>, isto é, afirma que "as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência" (ALEXY, 2006, p. 96). Diante disso, resta claro que a lei de colisão consiste na própria natureza dos princípios como mandamentos de otimização.

O que foi, então, definido até este momento pelo autor, como mandamento de otimização, será, com a evolução da sua teorização, designado como a máxima da proporcionalidade - esta que, segundo a construção teórica de Alexy, envolverá o dever de máxima aplicação dos comandos principiológicos diante das condições fáticas e jurídicas (MORAIS, 2013).

Torna-se, diante deste contexto, evidente a conexão entre princípios e a máxima da proporcionalidade na teorização alexyana<sup>24</sup>, pois a construção dos princípios como mandamentos de otimização implica a noção de proporcionalidade. Alexy (2006) traz, assim, que a máxima da proporcionalidade será composta por três máximas parciais: da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito).

---

<sup>23</sup> Para explicar a situação na qual um princípio terá precedência em face do outro, o autor (2006), utilizando-se do símbolo P significa a relação de precedência e desenvolve a seguinte lógica: em um caso concreto o princípio P1 tem um peso maior que o princípio P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C. Assim, o autor estrutura a seguinte fórmula: (P1 > P2) C.

<sup>24</sup> Aliás, o autor pontuou que o próprio Tribunal Constitucional Federal afirmou que a máxima da proporcionalidade decorre, no fundo, já dá própria essência dos direitos fundamentais.

Para Dalla Barba (2017, p. 73), tal divisão analítica da máxima da proporcionalidade em três máximas parciais tem seu fundamento, na teoria alexyana, “pelo fato da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito fazer a exigência de um sopesamento em face da relativização das possibilidades jurídicas”. Nesse sentido, esclarece o autor, que Alexy quis estabelecer “que quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma dependerá desse mesmo princípio contrário” (DALLA BARBA, 2017, p. 73). E, por isso, o sopesamento, nos termos da lei de colisão, apresenta-se necessário.

O estudo da proposta teórica de Alexy<sup>25</sup>, traz, portanto, a proporcionalidade como um sistema que estrutura a aplicação e fundamentação das normas de direitos fundamentais. De acordo com Alexy (2006), a ponderação é objeto da terceira máxima parcial da proporcionalidade – máxima da proporcionalidade em sentido estrito – refere-se, dessa forma, à otimização em relação às possibilidades jurídicas. Já o objeto das duas primeiras máximas parciais – a máxima parcial da adequação e a máxima parcial da necessidade – trata-se, ao contrário, da otimização em relação às possibilidades fáticas.

Desse modo, segundo Alexy (2006), a submáxima da adequação exclui meios não adequados. Nessa etapa, verifica-se a eliminação da adoção de meios que inviabilizem a concretização de um ou mais princípios. De acordo com o autor, a submáxima da adequação ajusta-se à ideia de uma ordem- moldura e, como tal, exclui aquilo que não é adequado (ALEXY, 2006). Isto é, o juízo de adequação delimita se o objetivo legítimo pretendido pode ser alcançado ou pelo menos fomentado (AFONSO DA SILVA, 2002).

---

<sup>25</sup> Isso quer dizer que, segundo Morais (2013, p. 64), “um dos primeiros passos a ser observado na aplicação da máxima da proporcionalidade é a verificação subsidiária das submáximas que a compõe”. Assim, sempre que um ato for analisado como válido a partir da proporcionalidade, será devido à submissão as outras submáximas que compõem a máxima da proporcionalidade. Primeiro, verificar-se-á se o ato é adequado, após se é adequado e, somente depois de preenchidos os dois requisitos citados, será realizada a ponderação (MORAIS, 2013).

Assim, na segunda etapa, da submáxima da necessidade, é escolhido – dentre dois meios aproximadamente apropriados – aquele que intervenha de modo menos intenso. Tal submáxima traz que, existindo dois meios possíveis, a decisão deve recair sobre o menos gravoso (ALEXY, 2006). Resta claro que a distinção entre as duas primeiras submáximas consiste no fato de que o exame da necessidade é imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto (AFONSO DA SILVA, 2002).

Já a submáxima da proporcionalidade, conforme Afonso da Silva (2002), - que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva -, somente será realizada se esgotadas as duas primeiras etapas - submáxima da adequação e da necessidade – e não ocorrer qualquer resultado definitivo.

Assim, a terceira máxima parcial da proporcionalidade, na teorização alexyana, expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes e, conforme o autor, é, portanto, idêntica à lei do sopesamento<sup>26</sup>. Em outros termos, a otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é do que o sopesamento (ALEXY, 2006).

Alexy (2006), ao estruturar a cisão entre regras e princípios evidencia, dessa forma, que deverão ser utilizados recursos analíticos distintos para solucionar as problemáticas que envolvam uma norma ou outra. Assim, conforme traz Dalla Barba (2017), em situações em que a problemática envolver alguma regra jurídica válida e eficaz aplica-se um simples procedimento subsuntivo.

No entanto, nos casos em que a solução para o caso concreto transcenda o plano de regras positiva(das) e, sendo assim, envolver princípios colidentes, a partir da teoria alexyana, guia-se

---

<sup>26</sup> Na teorização alexyana, a lei do sopesamento, que pode ser exemplificada por meio de fórmulas aritméticas, tem a seguinte redação: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro (ALEXY, 2006, p. 593).

“por um dilatado procedimento marcado por um alto rigor lógico responsável pelo sopesamento dos princípios em colisão” (DALLA BARBA, 2017, p. 101). E a resposta obtida desta metodologia resultará, portanto, numa norma de Direito fundamental. Ou seja, uma outra norma de direito fundamental (norma atribuída) será criada e está possibilitará a realização subsuntiva de uma regra ao caso concreto (STRECK, 2014b).

Ocorre que, tal cisão entre as normas jurídicas conduz Alexy à problemática central da estrutura positivista - isto é, do subjetivismo -, pois, em Alexy, “casos fáceis” são solucionados pela aplicação da subsunção e, aos “casos difíceis”, é reservado o procedimento da ponderação<sup>27</sup>. Isso porque, na fórmula alexyana, como já pontuado, a forma de aplicação dos princípios se dá por meio da ponderação. Dessa forma, a resolução dos casos duvidosos - “que comportam a incorporação de elementos externos ao direito, próprios do discurso prático geral - passa pela observação do procedimento da ponderação, que apresenta uma estrutura discricionária” (STRECK, 2013, p. 352).

Parece, pois, que a teoria alexyana não conseguiu superar a fórmula utilizada pelos positivistas<sup>28</sup>, já que, se no positivismo os

---

<sup>27</sup> Conforme já pontuado, Dalla Barba (2017), em sua obra, evidencia que a teorização de Alexy - a partir da leitura da crítica hermenêutica do direito - merece diversas observações. Aqui estrutura-se apenas um dos enfoques possíveis. Diante disso, Streck (2017b, p. 158) acrescenta, novamente, acerca do procedimento da máxima da ponderação que a “fórmula” não é o problema em si, mas, a celeuma está no modo como ela se desenvolve numa teoria procedimental. “A ponderação apenas tem uma função explicativa das possibilidades jurídicas das quais o intérprete pode-se valer para resolver um caso de ‘colisão entre princípios’, mas não fornece uma carga prescritiva para apontar qual posição seria mais adequada. A atribuição de peso aos princípios em colisão (que é o ponto central) é dada por uma teoria da argumentação de cunho ‘procedimental’, e não substancial. E é justamente nesse aspecto que Alexy se afasta de posturas substancialistas como a crítica hermenêutica do Direito e a teoria integrativa de Dworkin”.

<sup>28</sup> Herbert L. A. Hart (2011), positivista inclusivo, formulou, conforme MacCormick (2010, p. 169), “uma doutrina valiosa e correta quanto ao motivo pelo qual as regras jurídicas não funcionam totalmente a decisão de todo problema jurídico”. Isto porque, Hart estruturou a doutrina da imprecisão e da textura aberta das regras jurídicas - “qualidades das regras que resultam do fato de que as regras são estruturadas e enunciadas em linguagem natural ordinária pelo uso de palavras gerais como ‘veículos’, ‘semáforos’, ‘fabricante’, ‘matar’, ‘intenção’, e assim por diante” (MACCORMICK, 2010, p. 169). Assim, existe um núcleo de certeza, mas há também uma penumbra de dúvida (MACCORMICK, 2010). Hart (2011), traz em sua teoria a distinção entre casos difíceis e



“casos difíceis” são deixados a cargo da decisão do juiz, na teorização de Alexy, estes passaram a ser desenvolvidos a partir da ponderação de princípios (STRECK, 2017a). A problemática está, de acordo com Streck (2017a), justamente em saber como é feita a escolha ou eleição entre princípios colidentes. Convém lembrar que, na teoria de Alexy, a ponderação é um procedimento composto pela estruturação trifásica, como já pontuado. No entanto, mesmo quando

parece não restar dúvida de que, afinal, a ponderação é um procedimento e, como tal, pretende ser uma técnica de legitimação da decisão que será proferida no caso concreto; só que a única possibilidade de “controle” se dá no âmbito do próprio procedimento, e não no conteúdo vinculado por ele; quem decide, quem valora, no fim e ao cabo, é o sujeito (que não é o sujeito da intersubjetividade, porque este não está na pauta da teoria da argumentação jurídica exatamente pela cisão feita entre subsunção e ponderação e entre casos fáceis e casos difíceis, o sujeito é, pois o do esquema sujeito – objeto) que não consegue se livrar das amarras solipsistas, na medida que toda a reflexão está assentada em um modelo matemático de pensamento (STRECK, 2014b, p. 414).

Isso é, uma vez que a proporcionalidade apenas entrará no cenário jurídico em caso de necessidade de “ponderação em casos difíceis”, será atribuição do intérprete hierarquizar e decidir acerca de qual deve ser o princípio aplicável (STRECK, 2014b).

Nota-se que, mesmo que Alexy tente esclarecer que há um conjunto de critérios que deverão balizar a escolha do princípio a ser aplicado, como observado por Streck, o questionamento que se impõe interroga, justamente, qual a “diferença desses critérios (ou fórmulas) dos velhos métodos de interpretação, cujo calcanhar de

---

casos fáceis – casos claros. Assim, de acordo com o autor, frente aos casos difíceis – nas denominadas zonas de penumbra – a atividade do juiz é criativa e construtiva do direito – pois deve, o juiz, eleger entre os possíveis significados dos termos gerais antes de realizar a subsunção e a interpretação da regra na busca de eliminar indeterminações da regra para o caso em questão.

Aquiles – na feliz expressão de Eros Grau e Friedrich Muller – e(ra) exatamente não ter critérios para difundir qual o melhor critério” (STRECK, 2014b, p. 418).

A crítica hermenêutica do direito<sup>29</sup>, matriz teórica estruturada por Streck, expõe, portanto, que a teorização proposta por Alexy dos direitos fundamentais tem limitações. Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal faz constantes referências ao termo da ponderação/proporcionalidade, ainda que, na maior parte, seja elaborada a partir de uma leitura superficial. E é, a partir dessas constatações que se propõe analisar o julgamento do RE número 608.482 - RN -, objeto de estudo desta pesquisa, no tópico seguinte.

### **3 O julgamento do recurso extraordinário (re) número 608.482 - caso “Vanusa”- diante da teoria de Robert Alexy**

Conforme pontuado no item 2 desta análise, neste momento serão analisados de forma mais detalhada os votos do ministro-relator Teori Zavascki e do ministro Luís Roberto Barroso. Isso porque, como já pontuado, os votos foram em sentido contrário - ainda que os ministros tenham usado a mesma fundamentação em dado momento<sup>30</sup> -, e os demais ministros posicionaram-se a favor de um ou de outro.

Importa esclarecer que se busca, com este estudo, analisar tal decisão diante da construção teórica dos direitos fundamentais

---

<sup>29</sup> A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) é um “movimento” fundado por Streck na primeira edição da sua obra “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica” – atualmente intitulada como Jurisdição Constitucional e Decisão Judicial. Assim, sob os aportes da filosofia (fundamentalmente, da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer) Streck estruturou uma matriz teórica abrangente para o Direito. Ainda, conforme Streck, Ernildo Stein e Luis Alberto Warat influenciaram de forma especial a estruturação da CHD (STRECK, 2017b, p. 100).

<sup>30</sup> No mesmo sentido foi realizado o julgamento do HC número 82.424, conhecido como “caso Ellwanger”. Nele, como no julgamento do RE em análise, “argumentos baseados na ponderação proporcionaram votos discrepantes” (STRECK, 2012 p. 50), o que, de acordo com Streck, “demonstra a irracionalidade da fórmula” (STRECK, 2012 p. 50).

de Robert Alexy, no entanto, não se despreza que muitas outras construções são possíveis diante da problemática apresentada. Frente a isso, cabe, inicialmente, esclarecer:

Importante anotar que no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana transformaram a regra – sim, é uma regra – da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos (STRECK, 2014a, p. 287).

Embora Streck<sup>31</sup> faça em seus textos tais esclarecimentos, alguns ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), como o ministro Luís Roberto Barroso, insistem em usar de forma equivocada a teorização alexyana. Dessa maneira é que o ministro, novamente, construiu seu voto no julgamento do RE número 608.482 – RN.

Nota-se que o ministro inicia a construção de seu voto utilizando-se justamente da “fórmula” da ponderação. Assim, “invoca” o ministro, em seu voto, a ponderação entre os princípios “da obrigatoriedade do concurso público” e da “proteção da confiança” (STF, 2014, p. 19).

Cabe lembrar que Alexy (2006), ao estruturar a dicotomia entre regras e princípios, propôs que devem ser utilizados recursos analíticos distintos para solucionar as problemáticas que envolvam uma norma ou outra, assim, em sua teoria: a) regras, por se tratarem de mandamentos de definição aplicam-se por subsunção;

---

<sup>31</sup> Recentemente Streck (2016), conjuntamente com Dalla Barba, pontuou no texto intitulado “Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF”, em sua coluna semanal no site Consultor Jurídico (Conjur) acerca da forma equivocada com que o ministro Luís Roberto Barroso vem utilizando a teoria alexyana.

e b) princípios têm natureza de mandamentos de otimização e, em caso de colisão, deve ser aplicada a máxima da proporcionalidade.

Nota-se, então, que, para Alexy (2006), regras e princípios são normas, mas o autor diferencia-as. A partir disso, primeiramente, cabe considerar a divergência quanto à “classificação” da “obrigatoriedade de concurso público”. Para alguns, seria esta um princípio, para outros, uma regra.

Torna-se importante tal elucubração porque se tal norma trata-se de uma regra não se poderia aplicar a máxima da ponderação, teria, assim, o ministro proposto, em seu voto, “ponderar” a “regra” da obrigatoriedade do concurso público (Art. 37, II, da CF/88) com o princípio da proteção da confiança (decorrente do princípio da segurança jurídica). No entanto, como regras, na teoria alexyana, devem ser aplicadas por subsunção - ou seja, a partir da ideia “do tudo ou nada”-, não teria aplicabilidade, em termos alexyano, neste caso, a máxima da proporcionalidade.

Ainda assim, ultrapassada esta barreira, compreendendo que se trata de, conforme o ministro, “uma ponderação entre o princípio da confiança legítima, de um lado, e o mandamento do concurso público, de outro (entendendo-o como um princípio). Mesmo assim, o ministro utilizou a teoria alexyana de forma inapropriada.

Isso porque, a teorização proposta por Alexy é um procedimento composto pela estruturação trifásica, isto é, composto pelas fases da adequação, da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito e, tais fases são, segundo Moraes (2013), aplicadas de forma subsidiária. Assim, sempre que um ato for analisado como válido, a partir da proporcionalidade, será devido à submissão as outras submáximas que compõem a máxima da proporcionalidade.

Deveria, no voto do ministro, portanto, primeiramente, ter sido delimitado, pelo juízo da adequação, se o objetivo pretendido poderia ser alcançado ou pelo menos fomentado. Posteriormente, teria de ter sido averiguado se objetivo perseguido não poderia ser

sido promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. E, por fim, para a construção do parâmetro, deveria ter sido realizado o exame da proporcionalidade, para, somente assim, analisar o caráter proporcional.

O ministro, no entanto, ao construir seu voto, fez uso da máxima da ponderação de forma simplificada – analisando exclusivamente a “relação de direita proporcionalidade” (STF, 2014, p. 20) –, e, portanto, equivocada, pois mesmo que tenha “formulado o parâmetro” desprezou as etapas para a sua construção.

Ainda, mesmo que não tenha ficado clara a intenção do ministro – em razão da redação utilizada na transcrição de seu posicionamento – o fato é que o ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2014, p. 37), mais uma vez, afirmou, durante o julgamento do RE, que é possível “ponderar” o subprincípio da proteção da confiança (vertente do princípio da segurança jurídica o que, segundo o ministro, materializaria a ideia da teoria do fato consumado).

Segundo o ministro, “é possível fazer a ponderação, para um lado ou para outro, cada um de acordo com a sua convicção”. Ocorre que, outra vez, o ministro desconsiderou que a ponderação – “nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que ‘(só)pesa mais’ (sic), algo do tipo ‘entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um’(sic)” (STRECK, 2014a, p. 287).

Para além disso, a partir da teoria da decisão, conforme Streck, deve-se, em especial, evitar que a construção da decisão seja realizada por ideologia, subjetividade ou interesses pessoais, no entanto, o ministro Luís Roberto Barroso despreza tais limites e, com isso, faz recordar o que Streck pontua em seu texto acerca do solipsismo judicial (2017a, p. 277) quando traz que “por vezes, nem a constituição constrange o aplicador (juiz ou tribunal)”.

Parece, portanto, que travestido de racionalista, o ministro Luís Roberto Barroso, na verdade, decidiu conforme sua convicção, sem qualquer responsabilidade política<sup>32</sup>.

Já o ministro-relator, embora também tenha utilizado a teoria de Robert Alexy de forma equivocada ao propor “sopesar duas ordens de ‘valores’, de um lado, o interesse individual da candidata em manter o cargo público e, de outro lado, em sentido oposto, o interesse público de dar cumprimento ao dispositivo constitucional segundo o qual a investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público (Art. 37, II, CF/88)” (STF, 2014, p. 5) e sequer tenha respeitado a estruturação proposta pelo professor alemão parece, ao ter decidido – ao final – nos limites constitucionais, o melhor posicionamento. E assim, os demais ministros que o acompanharam em seus votos.

Além disso, há que evidenciar, por fim, que o ministro-relator, ao utilizar a terminologia “valores”, o fez dentro dos limites da construção teórica alexyana, pois, como lembra Dalla Barba (2017, p. 82), para Alexy, “princípios e valores estão intimamente relacionados”, tanto que “é possível transformar os enunciados sobre valores do Tribunal Constitucional Federal em enunciados sobre princípios ou máximas em enunciados sobre valores, sem que com isso, haja perda de conteúdo” (ALEXY, 2006, p. 144).

Cabe, no entanto, pontuar que, frente à teoria da decisão<sup>33</sup> proposta pela crítica hermenêutica do direito<sup>34</sup>, sentenças e

---

<sup>32</sup> Isso porque proferir uma decisão com “responsabilidade política” é estar comprometido com os fundamentos do Estado Constitucional, que tem como seu núcleo a democracia (STRECK, 2012).

<sup>33</sup> A teoria da decisão foi incorporada por meio da construção teórica de Streck - a partir da noção de coerência e integridade de Ronald Dworkin -, à ideia da Crítica Hermenêutica do Direito (STRECK, 2017b).

<sup>34</sup> Dessa forma, a decisão (resposta) estará adequada - à luz da teoria da decisão - “na medida que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. Argumentos para obtenção de uma resposta à Constituição (resposta correta) devem ser de princípios, e não de política. Dito de outro modo, não se pode criar um grau zero de sentido a partir de argumentos de política (*policy*), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais” (STRECK, 2012, p. 591).

acórdãos são atos de decisão e, como tal, são atos de responsabilidade política e não podem – sob pena de ferir o princípio democrático – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, “da busca da verdade real”, ou de qualquer outra faceta do subjetivismo. Decidir deve ser, portanto, um ato de responsabilidade política.

#### **4 Considerações finais**

O presente estudo teve, portanto, como objetivo, a análise do julgamento do recurso extraordinário (RE) número 608.482- RN, caso “Vanusa”, julgado em 7 de agosto de 2014, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a partir da sofisticada construção teórica de Robert Alexy. Assim, o que se propôs realizar, neste escrito, foi a análise do “caso Vanusa” não a partir do viés processual, mas, tentou-se compreendê-lo nos termos da teoria alexyana. Diante disso, realizou-se, em especial, a análise dos votos do ministro-relator Teori Zavascki e do ministro Luís Roberto Barroso.

Convém lembrar que, no voto da ministra Rosa Weber, foi mencionada a “ponderação” (STF, 2014, p. 45), no entanto, a ministra apenas comentou a utilização desta máxima pelo ministro Luís Roberto Barroso, por isso, não foi objeto de análise detalhada desta pesquisa. Já no voto da ministra Cármen Lúcia foi feita referência ao termo “colisão” (STF, 2014, p. 52) e, também, não foi realizada análise pontual, pois a ministra o fez no sentido de mencionar o voto do ministro Teori Zavascki.

Dessa forma, com o objetivo de realizar a análise do julgamento do RE número 608.482 – RN, buscou-se, então, compreender a proposta dos direitos fundamentais alexyana. Assim, pode-se constatar que o autor desenvolveu uma das mais sofisticadas construções teóricas da filosofia do direito. Alexy, como lembrou Morais (2013), desenvolveu teoricamente uma dogmática para lidar com a aplicação dos direitos fundamentais.

Entretanto, a partir da construção teórica da crítica hermenêutica do direito, ficou demonstrado que a teorização alexyana apresenta fragilidades. Como pontuado, a crítica hermenêutica do direito, a partir de Streck, traz algumas interrogações à teoria alexyana, essencialmente quanto à transposição dos subjetivismos – especialmente quanto à discricionariedade nas decisões judiciais. Diante deste contexto, neste estudo, deu-se ênfase a uma delas. Restou claro que Robert Alexy, ainda que se autodetermine um não-positivista, não conseguiu superar a fórmula utilizada pelos positivistas – isto é, a discricionariedade judicial.

Todavia, mesmo merecendo considerações, demonstrou-se que a teoria alexyana tem muito a contribuir com a filosofia do direito, no entanto, como foi pontuado e pode-se concluir da análise do RE número 608.482 – RN, a teoria de Alexy é aplicada de forma, nos termos de Streck, “descriteriosa”, pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Assim, diante das limitações e das recepções equivocadas, especialmente no Brasil, da teoria alexyana, é que a teoria da decisão proposta pela crítica hermenêutica do direito apresenta-se potente frente às práticas solipsistas, como a do ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do RE número 608.482 – RN.

Por fim, ainda que os demais ministros - ao acompanharem o relator - tenham decidido nos limites constitucionais e, por isso, o melhor posicionamento, importa referir que, de acordo com a crítica hermenêutica do direito, há uma diferença entre o decidir - que é um ato de responsabilidade política - e o escolher, que é um ato de razão prática. Deve-se, portanto, ao decidir, buscar a resposta adequada à Constituição - confirmada no próprio texto constitucional.



## Referência

AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O princípio proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acessado em 10 de jul. de 2017.

ALEXY, ROBERT. **Teoria Discursiva do Direito**. 2 ed. Tradução: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução: DA SILVA, Virgílio Afonso. São Paulo: Malheiros Editora, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 608.482 – RN**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: Vanusa Fernandes de Araújo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 07 de ago. 2014.

BRASIL. **Lei n 9.784** de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acessado em 02. Jul. de 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acessado em 02. Jul. de 2017.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador- BA: Editora Juspodivm, 2017.

HART, Herbert. **O conceito do Direito**. 6 ed. Tradução: MENDES, A. Ribeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian – Serviço de Educação e Bolsas, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014a.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de Hermenêutica** – quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte – MG: Letramento: Casa do Direito, 2017a.

\_\_\_\_\_. **O que é isto** – decido conforme minha consciência?. 5 ed. rev e atual. Porto Alegre - RS: Livraria do Advogado Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre - RS: Livraria do Advogado Editora, 2014b.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso:** constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo – SP: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e jurisdição:** Diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre – RS: Livraria do Advogado, 2017b.

\_\_\_\_\_. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não é para Alexy. In: **Revista Direito e Práxis**. Vol.4, n.7, 2013. p. 343/367.

\_\_\_\_\_; DALLA BARBA, Rafael Giorgio. Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf>>. Acessado em 18 de jul. de 2017.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução: MARTINS, Cláudia Santana. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção:** uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2013.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. A teoria discursiva do direito de Alexy e as dias questões fundamentais da filosofia do direito. In: **Teoria Discursiva do Direito**. 2 ed. Tradução: TRIVISONNO, Alexandre Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

# O positivismo jurídico no Supremo Tribunal Federal: o caso do recurso extraordinário n. 608.482

*Ana Letícia A. Rosati Leonel<sup>1</sup>*

## 1 Introdução

Se há algo em comum que se observa nos sistemas jurídicos contemporâneos, é a indeterminação do direito. Decisões judiciais permeadas de discricionariedade são justificadas com argumentos oportunistas, sem qualquer consideração à tradição ou à coerência do Direito.

Isso porque há uma fonte inesgotável de novos paradigmas, baseados, especialmente, em “teorias” sem qualquer referencial teórico, teorias criadas apenas para justificar o que já se decidiu, sem recurso ao que realmente está previsto na Constituição Federal ou nas leis.

Como exemplo desta realidade, este trabalho traz uma análise de caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2014, em que uma policial foi exonerada de seu cargo, após mais

---

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), pós-graduada em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar (UnP) e pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Federal do Piauí. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Anchieta. Atualmente é professora da Estácio Teresina e Faculdade Integral Diferencial (FACID-DEVRY) na graduação e pós-graduação em Direito. É Consultora Jurídica Especial de Gabinete do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

de 12 anos de efetivo exercício, em razão de não ter sido considerada apta na fase de exame físico do concurso público para o cargo<sup>2</sup>.

Para isso, de início, faz-se um breve apanhado sobre os fatos existentes no processo mencionado, bem como os argumentos utilizados nas decisões judiciais. Após, traça-se um apanhado sobre teorias positivistas do Direito, seus principais fundamentos, até se chegar na Crítica Hermenêutica do Direito, teoria que consegue, de forma mais completa, responder a busca por decisões judiciais adequadas à Constituição Federal. Por fim, analisa-se, em especial, trechos dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o caso e alguns graves equívocos teóricos cometidos.

## **2 A indeterminação das decisões judiciais: o mito do positivismo jurídico**

O título do tópico pode, de início, parecer contraditório. Isso se daria porque, segundo o senso comum teórico, na expressão de Warat (1994, p. 15), há uma aceitação de costumes intelectuais “como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte, canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades”. Dessa forma, a contrariedade existiria nas palavras “indeterminação” e “positivismo”. Há uma crença mitológica de que positivismo é seguir, exatamente, a “letra da lei”, sem qualquer eventual indeterminação. Só isso. A maioria das doutrinas essencialmente dogmáticas, especialmente no Brasil, que cita o positivismo jurídico, o faz de maneira bastante superficial, sem qualquer argumento que justifique sua aplicação teórica e sua história.

O fato é que quando alguém fala em positivismo, não imagina os diversos positivismos que foram se forjando ao longo

---

<sup>2</sup> Trata-se do Recurso Extraordinário n. 608.482 / RN.

dos séculos (STRECK, 2017a). Dos positivismos clássicos aos contemporâneos, as características de cada tipo são distintas. Porém, o ponto em comum é uma certa pretensão em assumir um caráter descritivo, negando qualquer tipo de metafísica. Segundo Medina (2015), a essência do positivismo encontra-se em sua negação generalizada: não há precisão teórica e não há exatidão de sua descrição. Engelmann (2001, p. 82-83) também enfatiza que, para o positivismo jurídico, especialmente diante da análise de Hobbes, Kelsen, Hart e Bobbio, o Direito é um modelo de regras, e tais regras são aferidas “através de critérios rigorosamente formais – a norma fundamental e a regra de reconhecimento”. E isso aconteceria através de dois modelos existentes no próprio interior do positivismo jurídico: primeiro na forma de subsunção, “como uma forma peculiar de aplicação das regras, onde a sua previsão se confronta com os contornos do fato, e, havendo coincidência, deve ser respeitada a solução/conclusão prevista naquelas”. Neste modelo, o conceito do que é Direito, é seguro e previsível. No entanto, existe um segundo modelo existente no positivismo jurídico, que se aplicaria nos casos não previstos nas regras: a discricionariedade do juiz que, inclusive, também é usada quando não há a lacuna, porque o juiz pode escolher, dentre as diversas possibilidades que o conteúdo da regra traz, a que entende mais adequada ao caso concreto.

Tema de relevada importância, ainda carece de estudos específicos sobre sua defesa e aplicação, especialmente no Brasil: “Até onde sabemos, não existe no Brasil um trabalho recente que tenha analisado exaustivamente os poucos (mas grandes) autores brasileiros dos séculos XIX e XX e determinado, com o devido rigor, se e em que sentido eles poderiam ser “positivistas” (MEDINA, 2015, p. 01).

Por outro lado, o que se vê é uma dogmática jurídica que “mixou” os vários tipos de positivismos e “vitaminou” a sua

principal característica: a discricionariedade<sup>3</sup>, “transformando-o em um pandiscricionarismo” (STRECK, 2017b, p. 22).

A crítica ao Positivismo Jurídico não se limita a estas características. No aspecto filosófico, o grande equívoco das teorias positivistas seria “sua limitação em tentar desenvolver um conceito (meramente) semântico de Direito, baseado no uso, de modo a criar um impedimento, uma barreira para a compreensão adequada dos diversos tipos de desacordos presentes na prática jurídica” (MATOS, 2017, p. 246).

O fato é que o positivismo não se preocupa com a decisão. Isso não é negado por qualquer autor positivista. Porém, é importante destacar que no âmbito deste trabalho, o positivismo é analisado com aporte da Crítica Hermenêutica do Direito, que parte da ideia de Filosofia no Direito<sup>4</sup>, revelando os paradigmas filosóficos que lhe serviram e/ou servem de base.

De início, tem-se o Positivismo Exegético, fundado nas ciências exatas ou naturais, inspirando um padrão de objetividade: “tudo aquilo que não fosse redutível ao crivo da experimentação era lançado para no campo do metafísico, do irracional. O objeto de estudo deveria ser mensurável, podendo a ele ser aplicada uma racionalidade matematizante” (STRECK, 2017c, p. 43-44). Na Escola Exegética há uma excessiva objetivação do direito, que seria somente aquilo que está posto. O apego à lei dispensa qualquer consideração metafísica ou juízo valorativo. Neste sentido, os Códigos seriam suficientes para abranger todas as situações possíveis de aplicação do direito. O juiz faria um ato mecânico de subsunção do fato ao previsto na lei. Se havia alguma vantagem, estava exatamente na tentativa de afastar qualquer subjetividade

---

<sup>3</sup> Wilfried Waluchow, positivista inclusivo de expressão, não concorda com a tese de que a discricionariedade é inerente ao positivismo (STRECK, 2017b).

<sup>4</sup> O termo Filosofia no Direito foi proposto por Lenio Streck e Ernildo Stein, com a ideia de “designar outros modos de conceber as inter-relações entre a Filosofia e o Direito, a partir da compreensão dos paradigmas filosóficos como standards/vetores de racionalidade para a enunciação do jurídico” (STRECK, 2017c, p. 43).

judicial – mas que não afastava qualquer subjetividade do legislador, porque o Direito é produto do soberano, independentemente de qualquer ontologia.

No entanto, paralelamente, crescia a jurisdição constitucional e crescia, conseqüentemente, a discricionariedade do Poder Judiciário. Esse fenômeno foi, então, compreendido de duas maneiras: como solução e como algo inexorável. Como solução, surge, por exemplo, o Realismo Jurídico norte-americano e a Escola de Direito Livre, com a propagação de que o formalismo deveria ser abandonado e passou-se a apostar na liberdade do juiz para encontrar o “justo”. A discricionariedade sai do legislador e vai para o julgador (STRECK, 2017c).

Nesse mesmo caminho, Kelsen, que é considerado o primeiro pós-positivista exegético, constrói sua Teoria Pura do Direito, com o objetivo de salvaguardar a Ciência do Direito de influências externas. O conceito de norma jurídica passa a ser trabalhado dentro do ambiente do ordenamento jurídico, este complexo e escalonado. A norma fundamental dava a validade às normas inferiores, ou “a norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum” (KELSEN, 2009, p. 215). A limitação, então, era o direito positivado – todo e qualquer assunto poderia ser positivado –, mas a objetividade se limitava ao campo científico e não ao da aplicação, porque o juiz poderia se desvincular da lei, dos conceitos e dos precedentes. Isso porque entendia que, modernamente, haveria necessário comprometimento com a moral e política. E isso não impediria a coexistência de várias decisões corretas, o que acabaria, inexoravelmente, reconhecendo a discricionariedade judicial.

Vem, então, Hart, colocando a validade do Direito justificada pelo seu reconhecimento na comunidade política que ele governa. Por isso, surge a “regra de reconhecimento”, consistente num respaldo social. Argumentos morais, portanto, podem integrar o Direito, através de texturas abertas, a serem preenchidas até

mesmo com fatores externos ao próprio Direito. O próprio Hart reconhece que, em casos difíceis, não se escaparia à discricionariedade judicial, mas a mesma deveria ser usada com parcimônia, e seria um preço da democracia. E a tradição jurídica lhe serviria como uma fonte (HART, 1994). Para ele, nos casos difíceis, com várias interpretações razoáveis, a discricionariedade do juiz estaria em decidir qual a interpretação mais apropriada. “Assim, nestas situações excepcionais, o juiz não estaria aplicando o direito, mas sim, criando-o” (STRECK, 2017c, p. 50).

Vê-se que, em Kelsen, a validade do Direito e a postura do juiz são produtos da metafísica moderna. No que concerne à validade da norma ela acaba se firmando “por um pressuposto lógico-transcendental, pois não se poderia encontrá-lo no mundo factual para não derivar valor de fato; a postura discricionária/voluntarista do juiz advém do sujeito solipsista que interpreta o mundo a partir de sua subjetividade individual” (STRECK, 2017a, p. 163). A concepção da descrição do objeto não se dá conta de que, antes de começar a descrever, já estava descrevendo.

Por isso a importância dos paradigmas filosóficos e do giro ontológico-linguístico atribuído à fenomenologia hermenêutica: “a cisão entre descrição e prescrição só ocorre porque os diversos positivismos não se dão conta da dupla estrutura da linguagem. Quando o positivista descreve o seu objeto, esquece que desde antes já lidava com, por exemplo, princípios da identidade, da não-contradição, etc” (STRECK, 2017a, p. 163). Ao descrever, já se prescreve, o que justifica a condenação, pela fenomenologia hermenêutica, da cisão entre ser e dever do positivismo. Não há um “objetivismo ingênuo que vai etiquetando as coisas” (STRECK, 2017a, p. 164).

Da mesma forma, Hart não escapa da discricionariedade no contexto das “texturas abertas”, que acaba se assemelhando à filosofia da consciência, sem nenhum controle intersubjetivo. Essas texturas abertas estão em padrões que, embora “suficientemente



determinados”, servem para limitar o seu caráter discricionário, “embora sem o excluir” (HART, 1994, p. 161).

Ainda que denominados de não positivistas, não deixa de ter grande importância, no estudo do tema, as teorias de Alexy e de Dworkin. O primeiro tenta, através de sua Teoria da Argumentação Jurídica, oferecer critérios mais racionais para explicar os argumentos morais utilizados no Direito. No que chama de casos difíceis, com colisão de princípios em razão da insuficiência ou inexistência de regras, utiliza a proporcionalidade, que tem como conteúdo a lei da ponderação para averiguar o peso dos princípios. Mas como é permitido se utilizar de argumentos morais para determinar a decisão concreta, “seu modelo teórico ainda permite decisões discricionárias” (STRECK, 2017c, p. 48). E além da discricionariedade na decisão, as normas também podem ser consideradas injustas, recaindo no argumento da “fórmula Radbruch”<sup>5</sup>, que Alexy usa com parcimônia, entendendo que a “extrema injustiça da norma” somente justificaria sua não aplicação se descumprisse o núcleo dos direitos humanos fundamentais.

Ademais, para Alexy, há uma equivalência entre as normas de direito fundamental, princípios e mandamentos de otimização e a ponderação entre eles apresenta, como visto, uma estrutura discricionária.

Já Dworkin, segue em sentido oposto. Defende o direito das partes em um processo ter a solução de acordo com o ordenamento jurídico, que é composto por regras e princípios: na inexistência de regras, há princípios para a resposta correta, obedecendo a integridade do sistema jurídico. Por ser o Direito, então, para Dworkin, um conceito interpretativo, bem como a necessidade de respeito à integridade do ordenamento, o

---

<sup>5</sup> Segundo a fórmula de Radbruch, que encontra precedentes no Tribunal Constitucional Alemão, a extrema injustiça não é direito. Se não obteve maior sucesso e aplicação, tal fato se deu em razão da contrariedade à segurança jurídica (STRECK, 2017c).

justilósofo norte-americano se aproxima, inclusive, da hermenêutica filosófica de Gadamer<sup>6</sup>.

Dworkin tentou demonstrar que o raciocínio jurídico é uma prática argumentativa, que busca encontrar o melhor Direito possível. Para ele, o “raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que o direito constitui a melhor justificação do conjunto de práticas jurídicas, a narrativa que faz de tais práticas as melhores possíveis” (CATTONI, 2008, p. 22).

Também se vê em Dworkin a ideia de aproximação do Direito com a Literatura<sup>7</sup>. E neste sentido, explica a necessidade de coerência, com a reconstrução do passado. A história não começa no juiz: “a ideia não é um conjunto de crônicas ou contos com os mesmos personagens, mas uma única história, iniciada antes dele e continuada como se escrita por um só, mesmo sendo uma obra de inúmeras mãos” (STRECK, 2017c, p. 53). Para Dworkin, uma interpretação literária teria como objetivo “demonstrar como a obra em questão pode ser vista como a obra de arte mais valiosa, e para isso deve atentar para características formais de identidade, coerência e integridade, assim como para considerações substantivas de valor artístico”. Comparando com o Direito, continua: “Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor”. Claro que ele destaca que, no caso do Direito,

---

<sup>6</sup> Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer, cada um ao seu modo, sempre procuraram controlar esse subjetivismo e essa subjetividade solipsista a partir de suas posturas antirrelativistas, do respeito à tradição, da virtuosidade do círculo hermenêutico, do respeito à integridade e da coerência do direito, de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são antimetafísicas, porque rejeitam, peremptoriamente, os diversos dualismos que a tradição (metafísica) nos legou desde Platão. Lembremos que tanto Dworkin como Gadamer não admitem a cisão (dualismo) entre interpretação e aplicação. E isso faz diferença. (STRECK, 2011, p. 403).

<sup>7</sup> “Essa aproximação metodológica do Direito com a Literatura é observada quando apresenta a figura do chain novel, comparando o trabalho do juiz com o de um romancista em cadeia. Este romance em cadeia, escrito de forma coletiva, impõe a quem incumbe dar continuidade um dever de coerência. Assim, quanto mais se desenvolvem os capítulos, maior será a narração vinculativa/histórica do próximo autor que também é um interprete já que precisa reconstruir o passado” (STRECK, 2017c, p. 52).

não significaria valor artístico, “porque o Direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. O Direito é um empreendimento político” (DWORKIN, 2005, p. 239).

E sendo Alexy e Dworkin pós-positivistas, quem seria, hoje, o positivista? Para Lenio (2017a, p. 174), “Quem admite o uso da moral (de forma inclusiva, como o positivismo inclusivo) ou de forma diversa, como, por exemplo, quando o juiz não se considera moralmente vinculado à lei (fato social posto democraticamente), está enquadrado, de algum modo, no positivismo”. Ou seja, quem utiliza argumentos morais para deixar de aplicar uma lei, por exemplo, não deixa de ser positivista, inclusive no plano da decisão. Esse tipo de positivismo não deixaria de ser um realismo jurídico, o que acontece muito no Supremo Tribunal Federal. Como se não houvesse um Direito antes da decisão, o Tribunal põe um novo direito, mas sem o grau zero de sentido, porque há algo “que já sempre se antecipa à nossa compreensão e que é trazido pelo interprete na interpretação” (STRECK, 2017a, p. 175). Por isso mesmo, as decisões do STF, em sua maioria, não podem ser consideradas pós-positivistas.

Crescendo no papel de antagonista e crítico do positivismo jurídico, Dworkin foi refinando suas críticas, deixando cada vez mais evidente a inter-relação entre o Direito e a Moral, esclarecendo que o fenômeno jurídico faz parte da moralidade política. Sua concepção de Direito é incompatível com a tese da separabilidade defendida pelos positivistas. Afinal, a argumentação jurídica não seria diferente da argumentação moral. E Hart acabou reconhecendo alguns argumentos críticos de Dworkin, especialmente que a regra de reconhecimento poderia incorporar princípios de justiça ou valores substantivos. Por isso, o próprio Hart acabou se denominando como um positivista moderado, ou soft. Ou positivista inclusivo.

E foi nesse ambiente de resposta às críticas de Dworkin que os positivistas se dividiram, então, em pelo menos duas grandes correntes: exclusivista e inclusivista. Em ambas há a tese das

fontes sociais e da não vinculação necessária entre Direito e Moral. A diferença está em como estas se manifestam (STRECK, 2017a).

O positivismo exclusivo, tendo como expoentes defensores Raz, Marmor e Shapiro, entre outros, também defende a separação do direito e moral. Mais exatamente no sentido de que critérios morais não são incorporados entre os critérios jurídicos de validade do Direito. O Direito reivindica autoridade e isso seria incompatível com critérios morais, no entendimento de Raz<sup>8</sup> e o Direito tem por base planos sociais previamente elaborados, que não serão alterados por critérios morais, no entendimento de Shapiro<sup>9</sup>.

De fato, neste ponto, vê-se que o positivismo exclusivo consegue trazer recursos interpretativos para que sejam identificadas as razões jurídicas que reivindicam autoridade daquelas que não o fazem, que se utilizam de argumentos extrajurídicos.

No entanto, quando trata da aplicação, o positivismo excludente admite que se o juiz fundamentar suas decisões utilizando razões extrajurídicas, essa decisão terá força jurídica assim como todas as outras. Assim, como bem questiona Lenio Streck (2017a, p. 203), “de que adianta uma metateoria para identificar um método se tudo isso pode ser superado por um argumento de moralidade do julgador, no momento da decisão?”. Os positivistas exclusivos podem, portanto, até desenvolver uma sofisticada teoria sobre o que é Direito, mas, assumidamente, não se preocupam com a sua aplicação, através da decisão judicial: o

---

<sup>8</sup> Quando uma autoridade exige a realização de uma ação, esta exigência é a própria razão da ação, que não se soma a qualquer outra razão relevante para que uma delas seja substituída por avaliar o que deve ser feito. E essa autoridade é exercida em razão de duas condições: há obediência porque há confiança e intimidação na autoridade; e pouco importa o juízo de valor sobre as ordens da autoridade, elas são respeitadas independentemente da vontade do destinatário. (RAZ, 1999).

<sup>9</sup> Shapiro também sustenta que a autoridade é indispensável para o reconhecimento de validade do Direito: “nada de moralmente significativo se segue, necessariamente da afirmação de que X possui autoridade jurídica sobre Y” (SHAPIRO, 2011, p. 184)

“positivismo jurídico não é uma teoria sobre o dever moral de juízes” (MARMOR, 2011, p. 114).

E surge um paradoxo: se o juiz pode utilizar razões extrajurídicas para fundamentar suas decisões, o que não era direito, passou a ser, pois o juiz criou a norma jurídica no caso concreto, utilizando-se de tais argumentos extrajurídicos. Ao fim, o positivista exclusivo descreverá essa operação de uma perspectiva externa. Mas se isso é direito, teria que ser descrito sem a inserção da moral (STRECK, 2017b), conforme fundamentam na concepção de Teoria do Direito, para não cair num paradoxo.

Assim, vislumbra-se que um dos grandes problemas do positivismo exclusivo, conforme ressalta Streck (2017b, p. 80) é que ele apenas está preocupado com a elaboração de raciocínios teóricos de identificação das fontes sociais, seja com a explicitação dos componentes de reivindicação de autoridade ou de perspectiva de que se cumpram planos (Raz e Shapiro). Mas não tratam do momento da aplicação do Direito, que é a decisão judicial. Exatamente porque neste momento, a teoria cai em contradição: a decisão pode utilizar argumentos morais e a decisão é direito. Então, o direito pode usar critérios morais como critérios de validade.

Já o positivismo inclusivo entende, de plano, que o Direito incorpora critérios morais dentre seus critérios de validade. O Direito, em si, não seria necessariamente válido através de critérios morais, porém, contingencialmente, isso poderia ocorrer, quando há, na lei, referências expressas à moralidade, por exemplo. Entre seus defensores, podemos encontrar Wilfrid Waluchow<sup>10</sup>, Jules Coleman e David Lyons.

Para o positivista inclusivo, ou *soft*, princípios morais podem servir para determinar o Direito, desde que a comunidade o tenha

---

<sup>10</sup> Waluchow sustenta que Hart também adere a sua versão de positivista inclusivo. Cita como exemplo o entendimento de Hart a respeito da Quinta Emenda da Constituição norte-americana, que é uma regra de reconhecimento que inclui valores morais e isso seria uma condição necessária de validade (WALUCHOW, 2000, p. 79).

reconhecido desta forma. Ou seja, é possível o Direito ser válido com ou sem a inclusão da moral em seu conteúdo. Não é necessário, mas é possível que a regra de reconhecimento incorpore critérios morais entre os testes de validade jurídica.

Tanto o positivismo exclusivo, quanto o inclusivo, concordam que os juízes tem de usar a moral quando se esgotam as normas de pedigree (uma instituição autorizada que cria a obrigação). O que eles se diferem diz respeito, apenas, a como descrever o que se está fazendo. Para os inclusivistas, os juízes estariam aplicando as próprias normas jurídicas e os critérios morais decorrem da convenção prévia; para os exclusivistas, os juízes estariam criando normas jurídicas, e os critérios morais são pessoais do juiz. Ou seja, os critérios podem ser utilizados de forma discricionária e o resultado é o mesmo. A diferença se limita à conceituação do que estão fazendo (STRECK, 2017b).

Assim, nesta breve exposição de assunto tão complexo, o que se vê de comum na teoria positivista é a adoção da tese de fontes sociais (práticas de uma determinada comunidade); da tese do convencionalismo (a autoridade do Direito vem em razão de alguma convenção social); da tese da separabilidade (não há conexão necessária entre moral e direito); tese da diferença prática (porque o Direito oferece orientações à conduta humana).

E de comum, também, o positivismo difere da teoria de Dworkin no sentido de que pode haver várias respostas corretas, ou então, nenhuma. É possível afirmar, assim, que o positivismo que vem por trás da maioria das decisões do Supremo Tribunal Federal.

E o que importa esclarecer é que é totalmente equivocado reduzir o positivismo a uma coisa só, “como que a repriminar a dicotomia ‘positivismo-jusnaturalismo’ ou ‘juiz boca da lei *versus* juiz dos princípios ou juiz dos valores” (STRECK, 2017b, p. 204). Por outro lado, é nítido que, ainda que tenham se tornado cada vez mais sofisticados, os empreendimentos positivistas atuais continuam, de algum modo, sustentando teses antigas, que

remontam a Kelsen ou a Hart, por exemplo (STRECK, 2017b, p. 127).

As correntes positivistas ainda vem, através de diversificadas visões, procurando a sua sobrevivência de modo coerente. Apesar de mencionados alguns exemplos de positivismo, outros ainda constam no estudo sobre o assunto que não serão aqui abordados com maior destaque por questão de espaço físico, como o positivismo sociologista, jurisprudencialista, voluntarista, axiologista, normativo, etc.

Para quem se preocupa em escapar da armadilha do positivismo nas suas diversas modalidades, é imprescindível que se tome por base paradigmas filosóficos. Especialmente após a Constituição Federal de 1988, percebe-se que o juiz “boca-da-lei” foi superado, mas isso não seria o suficiente: para se cumprir a Constituição, é preciso ir além, é preciso controlar os atos dos juízes, controlar os atos dos agentes políticos.

Assim, com o objetivo de garantir a aplicação da Constituição e preservar os paradigmas do Estado Democrático de Direito surge, por Lenio Streck, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), tendo como fundamento um diálogo entre Direito e Filosofia, com base na filosofia hermenêutica de Heidegger e na hermenêutica filosófica de Gadamer. “A proposta de Lenio Streck, com a *Crítica Hermenêutica do Direito* está centrada na realização de uma reflexão de caráter abrangente, considerada inovadora por diversos motivos [...]”. Sinteticamente, tais motivos seriam: ruptura com o dogmatismo, sob influência de Warat; assentar sua teoria sob os aportes da filosofia hermenêutica e hermenêutica filosófica; construir, com base nestes aportes, uma teoria da decisão judicial, “elaborada a partir de uma imbricação com a proposta do jurista norte-americano Ronald Dworkin, fazendo nascer a tese do direito fundamental a respostas constitucionalmente adequadas” (TASSINARI, 2017, p. 145-146).

A teoria da decisão foi, então, incorporada à ideia de CHD, partindo da concepção de coerência e integridade de Dworkin.

Assim, a CHD adota como matriz teórica, uma abordagem filosófica e de Teoria do Direito e enfatiza o uso do método hermenêutico filosófico, em que se revolve o chão linguístico em que se assenta a tradição, reconstruindo a própria história institucional do fenômeno.

Isso porque “a CHD se preocupa com o modo como se julga, e não apenas com o modo de justificação do que foi dito pelo juízo. A CHD aposta em um discurso de primeiro nível, e não em um discurso meramente apofântico” (STRECK, 2017b, p. 105).

Em síntese, na CHD sentenças e acórdãos são atos de decisão e não atos de escolha, porque respostas de escolhas, são respostas parciais, e respostas de decisão, são respostas totais; escolher está na esfera do cotidiano, de agir estratégico, decidir é um ato estatal. Decisão judicial não é uma mera opção por uma ou mais teses: há uma resposta correta, uma resposta adequada à Constituição.

Esta resposta vem através da tradição, coerência e integridade, para conter as “contingências” do Direito. Entende-se que não há grau zero na interpretação e também não há uma total liberdade face ao texto.

A resposta adequada tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Mas também leva em consideração a emancipação do Direito: “A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito [...], evitada a discricionariedade [...] e respeitada a coerência e a integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação” (STRECK, 2017b, p. 257).

E na busca da resposta correta, cinco princípios fundantes devem ser observados: I) a preservação da autonomia do direito; II) o controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade; III) o respeito à integridade e coerência do Direito; IV) o dever fundamental de justificar as decisões; V) o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada (STRECK, 2017b). E esses princípios se fundem com as seis hipóteses que o Judiciário pode deixar de



aplicar uma lei: I) quando ela for inconstitucional, caso em que deixará de aplica-la pelo controle difuso de constitucionalidade ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; II) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; III) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição, ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição, sem qualquer modificação no texto de lei; IV) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto, pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal; V) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo; VI) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio. Como uma regra só existe – no sentido da *applicatio* hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese 1. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Essas seriam, em síntese, as únicas hipóteses que uma lei poderia deixar de ser aplicada. (STRECK, 2015).

Assim, hoje, especialmente através da Crítica Hermenêutica do Direito, é possível conferir previsibilidade à decisão e reconhecer a responsabilidade de se aplicar o Direito corretamente. É possível, também, apontar equívocos das posturas positivistas no âmbito teoria da decisão judicial.

E é com base nessa conclusão, que se passa a fazer considerações sobre a decisão judicial tratada no início deste trabalho.

### **3 Decisões judiciais e (in)existência de parâmetros interpretativos**

De início, já se destaca que, analisando o referido caso desde a exordial, as decisões que o próprio processo oferece não guardam qualquer parâmetro no que tange a revolver a tradição, seguir uma coerência e respeitar a integridade.

Desde a sentença em primeiro grau de jurisdição, já se vislumbra a discricionariedade exercida de forma deliberada. Não há menção a qualquer dispositivo legal, nem constitucional. Nem a qualquer princípio. O que o julgador se utiliza é a tese do Fato Consumado, sem nem mesmo descrever do que se trata tal teoria. Por outro lado, há critérios exclusivamente morais na escassa fundamentação: “A particularidade do cargo ocupado torna o acatamento da tese ainda mais propício diante da realidade social em que vive o país atualmente, onde a segurança pública constitui um dos maiores clamores do povo”. Um dos “maiores clamores do povo” não pode ser motivo suficiente para se fundamentar uma decisão judicial. Mas foi.

No Tribunal de Justiça, a sentença foi confirmada pela aplicação da mesma tese: Teoria do Fato Consumado. Nesta decisão, foram mencionados os princípios da segurança jurídica e da razoabilidade, mas a fundamentação real que manteve a sentença atacada foi a Teoria do Fato Consumado.

Foi então, como visto, que, através de Recurso Extraordinário, o processo chegou ao STF.

De início, o que se nota no referido recurso é que muita matéria de fato foi levantada e não poderia ter sido, já que isso deveria ter ocorrido em sede de contestação – que não foi apresentada.

Quanto à decisão do Supremo Tribunal Federal, há não um, mas vários problemas graves nos votos expostos. E problemas não só de conteúdo, mas também da própria estrutura da decisão.

Já no início do voto do Ministro Relator, vê-se aquilo que Lenio Streck vem denunciando há tempo: teorias são aplicadas segundo o interesse do julgador, sem que seu aporte teórico seja, de fato, respeitado. O Ministro Teori menciona, logo no início, a existência de confronto de duas ordens de valores que devem ser sopesadas para ver qual vai prevalecer. Isso já evidencia a aplicação equivocada da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy. A regra da ponderação, por ele proposta, não se trata de uma pessoa, de olhos fechados, que ora aponta para um lado, ora aponta para outro. Há três caminhos a se percorrer para aplicação da referida teoria, através de três submáximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, gerando uma otimização dos princípios. Através das regras de proporcionalidade, haveria a “ideia de eficiência de Pareto, que estabelece que uma posição pode ser melhorada sem que uma outra seja piorada” (DALLA BARBA, 2017, p. 75). Não se trata de, simplesmente, ao alvedrio do julgador, decidir qual direito vai ser aplicado e qual vai ser totalmente descartado. Nos termos que explica Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 168-169), as submáximas “devem ser aplicadas de forma subsidiária, ou seja, primeiro se avalia a adequação, depois, a necessidade, e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito”. Com tal análise, é possível que a proporcionalidade “termine na mera observância da adequação, sem necessitar que se chegue às duas últimas submáximas”. Porém, nada disso se vê no voto do ministro que, seguindo a linha de várias decisões do STF, justificam violações gravíssimas a bens jurídicos concretos e reais através de argumentos principiológicos abstratos. E ainda que seguisse todas as submáximas da teoria de Alexy, isso, por si só, não justificaria ausência de discricionariedade do julgador.

Mas o que se vê é que, sob o argumento da aplicação da regra de sopesamento, deflagra-se um grande número de decisões

solipsistas, pois o juiz escolhe, segundo critério subjetivo, qual é o direito que vale mais.

Ademais, não há colisão de princípios no caso Vanusa. Há uma regra constitucional de que os cargos públicos serão acessíveis mediante aprovação em concurso público. Os aprovados são os que se saem melhor nas respectivas provas, independentemente de desempenharem bem a carreira ou não – fato posterior. O acesso não é justificado pela boa prática do trabalho público, mas pela aprovação no concurso, como obediência ao preceito constitucional elencado no art. 37, II, da Constituição Federal. Isso porque texto e norma, apesar de diferentes, não existem separadamente<sup>11</sup>: “Aquele que interpreta um texto não pode dele retirar a norma que bem entenda” (LUIZ, 2013, p. 117). Ademais, “cumprir a letra da lei” não é uma atitude positivista: “significa, sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável” (STRECK, 2017b, p. 66).

Já o voto do Ministro Barroso, destaca, logo no início, que a divergência na ação é entre princípio da proteção à confiança e princípio de obrigatoriedade do concurso público. Já se verifica, de plano, vários equívocos na afirmação, principalmente de que a obrigatoriedade do concurso público seria um princípio, ou a confiança legítima um subprincípio. É fato que “o princípio só se ‘realiza’ a partir de uma regra. Não há princípio sem regra. [...] Mas o princípio vai além da regra: ele “transcende à onticidade da regra” (STRECK, 2017b, p. 244). Obrigatoriedade de concurso público é uma regra: “Um princípio jurídico não é um preceito jurídico, nem uma norma jurídica em sentido técnico, portanto não contém nenhuma instrução vinculante do tipo imediato para um determinado campo de questões” (ESSER, 1961, p. 65). Um

---

<sup>11</sup> Streck (2011, p. 226) explicando a diferença entre texto e norma, enfatiza: “Eu não vislumbro primeiramente o texto para depois ‘acoplar’ a respectiva norma. A ‘norma’ não é uma ‘capa de sentido’, que existiria apartada do texto. Ao contrário disto, quando me deparo com o texto, ele já exsurgenormado, a partir de minha condição de ser-no-mundo. Por isso, repito, é impossível negar a tradição, a facticidade e a historicidade, em que a fusão de horizontes é a condição de possibilidade dessa ‘normação’”.

exemplo de princípio que poderia ser mencionado relacionado à regra de obrigatoriedade do concurso público é a igualdade. Igualdade, sim, é princípio constitucional.

Por outro lado, fundamentou seu voto, também, pelo “subprincípio” da confiança legítima. Há tempo Lenio Streck (2012, p. 521-522) denuncia o panprincipiologismo que reina em decisões judiciais no Brasil. Inclusive, em sua obra *Verdade e Consenso*, exemplifica o “princípio da confiança” como um dos que são largamente utilizados na cotidianidade dos tribunais:

Esse princípio, ligado aos princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito, traduz o poder-dever de cuidar da estabilidade decorrente de uma relação de confiança mútua no plano institucional. Na verdade, trata-se, nada mais, nada menos, do que a possibilidade de o direito manter a sua força deontológica, o que, registre-se, é muito bom. Mas a historicidade do direito já não demanda essa compreensão do intérprete? Pode-se, até mesmo, afirmar que o direito deixa de existir ou se fragiliza, a ponto de perder validade/legitimidade, quando deixa de impor limites à livre prática de atos políticos e de uma maneira geral na sociedade. Consequentemente, também esse princípio tem apenas um lugar no campo performático da argumentação jurídica.

Ou seja: a própria historicidade já justifica uma confiança, sendo dispensável tal argumento performático.

Ademais, como mencionado, quanto ao argumento da ponderação entre os “princípios” da obrigatoriedade do concurso público e da proteção da confiança, não é a primeira vez que o Ministro Barroso se apropria equivocadamente da teoria de Alexy<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> O prof. Lenio Streck já destacou outros julgados do Ministro Luis Roberto Barroso cuja aplicação equivocada da Teoria de Alexy é usada, como no caso do Habeas Corpus n. 124.306/RS: “Em seu voto, o ministro Roberto Barroso se utiliza do ‘princípio da proporcionalidade’ (sic) para ‘estruturar a argumentação de uma maneira racional, permitindo a compreensão do itinerário lógico percorrido e, consequentemente, o controle intersubjetivo das decisões’. Bom se assim o fosse. Além dos problemas próprios da ‘proporcionalidade’ ou da ‘ponderação’, o que se vê no voto é uma

Não bastasse essa concepção equivocada sobre a teoria de Alexy, vê-se, claramente, que o Ministro Barroso decidiu não exonerar a servidora porque não achou “justo”. E, para isso, buscou fundamentos neste sentido para a decisão. A partir desse pressuposto, o Ministro “constrói” um novo direito, porque entende que a solução do caso não estaria prevista na lei. Isso pode ser encontrado no jurisprudencialismo positivista ou positivismo jurisprudencialista: “trata-se da transformação dos textos constitucionais em normas que, muitas vezes, nada tem a ver com os textos. Na verdade, o judiciário constrói uma nova constituição e transforma as leis ao seu talante.” (STRECK, 2017b, p. 59)

Ainda que um dispositivo constitucional resolvesse a questão, o Ministro aplicou novo direito com argumentos morais. Pelo ângulo de vista do positivista exclusivo, isso se explicaria a criação, pelo juiz, de novo direito, com a utilização de argumentos morais pessoais. Já pelo ponto de vista do positivismo inclusivo, o

---

simplificação da teoria alexyana cumulado com argumentos retóricos dos quais não respeitam o mínimo de exigência aos parâmetros institucionais do Direito, como coerência e integridade. Sigamos. O fundamento central do voto seria uma ponderação entre o bem jurídico protegido pelos artigos 124 e 126, ‘vida potencial do feto’ em face de ‘diversos direitos fundamentais da mulher’ (*sic*), feita em nome do ‘princípio da proporcionalidade’ da teoria de Robert Alexy. Já de início, podemos referir que a própria utilização da nomenclatura ‘princípio da proporcionalidade’ é empregada de forma equivocada. Na famosa *Teoria dos Direitos Fundamentais*, a proporcionalidade é uma *máxima* utilizada como método para aplicar a colisão entre princípios. Trata-se da *máxima da proporcionalidade* (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). E isso não é apenas uma discussão semântica. Na medida em que a máxima da proporcionalidade é o critério para determinar o peso da colisão entre princípios, como poderia ser, ela mesma, um princípio? Aliás, Virgílio Afonso da Silva alerta para o fato de que, ainda que tivéssemos apenas as opções ‘regra’ ou ‘princípio’, seria mais adequado enquadrar a ‘máxima da proporcionalidade’ como regra (ou melhor, uma metarregra). Ademais, o próprio Alexy considera que ‘As três máximas parciais são consideradas como regras’. Evidente, pois princípios para Alexy são mandamentos de otimização e, dessa forma, podem ser aplicados em maior ou menor grau. Como o critério que julga a otimização dos princípios colidentes poderia ser, ela mesma, otimizada? Além disso, embora a teoria alexyana seja complexa, uma coisa parece bem evidente: regras, por se tratarem de *mandamentos de definição* (*definitiveGebote*), aplicam-se por subsunção; princípios, por sua vez, têm natureza de *mandamentos de otimização* (*Optimierungsgebote*), pois ordenam que algo seja realizado em máxima medida em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Para Alexy, ‘a ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios’. Ora, os tipos penais tanto do artigo 124 como do 126 são, nos termos de Alexy, regras. Portanto, aplicam-se por meio de subsunção, ao velho estilo ‘tudo-ou-nada’ (*allornothingsfashion*). Se o ministro Barroso utilizou Alexy para fundamentar sua decisão, o mínimo que se exige seria coerência e fidelidade à teoria do autor que ele mesmo utiliza, não é mesmo? [...]”

que foi feito foi aplicação das próprias normas jurídicas, sendo os critérios morais decorrentes de convenção prévia. Mas a decisão poderia ser classificada como positivista sem maiores problemas. E em ambos os casos, a discricionariedade é marcante.

O fato de se usar o art. 54, da Lei n. 9.784/99 como paradigma mostra o juiz dono da lei, dando a ela o sentido que bem entende. O dispositivo legal, citado no acórdão é o seguinte: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. Atos administrativos. Atos administrativos não são decisões judiciais e não podem ser comparados, analogicamente, a decisões judiciais que são proferidas em processos que a Administração Pública não é inerte, mas, antes, oferece resistência (com vários recursos interpostos, como no caso ora analisado).

A postura do Ministro Barroso foi nitidamente ativista, colocando-se no lugar do legislador, violando a cláusula de separação de poderes. “Ativismo judicial nunca é saudável, nem mesmo quando aquela posição possa favorecer nossa posição política/moral individual. Isso é prejudicial para a democracia [...]” (STRECK, 2017b, p. 50). O texto legal fala em atos administrativos. Mas não foi só isso.

Além de entender que a decisão judicial também se submeteria ao prazo quinquenal, o Min. Barroso elencou mais outros dois requisitos para reconhecer a aplicação da Teoria do Fato Consumado: boa-fé e decisão concessiva em segunda instância. Sustenta que há diferença entre decisão liminar de primeira instância e decisão de mérito de segunda instância quanto à estabilidade, ainda que não mencione qual o referencial teórico para isso.

No que diz respeito à boa-fé, ela estaria evidenciada na plausibilidade da tese jurídica e ausência de procrastinação do feito. Dois conceitos abertos, que possibilitam um vasto campo de

discricionariedade. O que é boa-fé? É falar a verdade na inicial? Mas se não for falada a verdade na inicial, a ação seria procedente, em favor do demandante? Quando seria aferível esta boa-fé? Aliás, a boa-fé é a porta de entrada do Direito, nos termos do que Pontes de Miranda já ensinava. Sendo assim, o Direito não protegeria qualquer ato eivado de má-fé. E ausência de procrastinação, o que seria? O fato de opor embargos e estes serem improvidos é procrastinação? O padrão de objetividade oferecido pelo Ministro Barroso não traz qualquer padrão de objetividade.

O terceiro fato relevante para o reconhecimento do direito de permanência em cargo público seria o nível de estabilidade da decisão judicial que determinou a posse. E, para isso, faz analogia com a Lei da Ficha Limpa, onde a condenação por órgão colegiado já tem por consequência a inelegibilidade do candidato. O fundamento para a analogia com a referida lei? Seria o me “parece razoável”. Esta foi a proposta de parâmetro para julgamento do caso concreto segundo o Ministro que abriu a divergência. Após, o mesmo Ministro descreveu os fatos e constatou que a hipótese se enquadraria ao seu parâmetro fixado.

Quanto à Teoria do Fato Consumado, o Ministro citou alguns exemplos de aplicação no STF, que em nada se assemelhavam ao caso concreto. A maioria das decisões sobre o assunto no âmbito da Suprema Corte, inclusive, são do não reconhecimento de tal teoria.

Aliás, aqui cabe ressaltar que tal teoria, ou “princípio do fato consumado” também é denunciado pelo Prof. Lenio Streck (2012, p. 524-525) como a abjeta criação de todo tipo de princípio para resolver casos difíceis ou corrigir incertezas da linguagem:

Princípio do fato consumado: na verdade, trata-se de uma variante da segurança jurídica, ínsita ao Estado Democrático de Direito. Não tem, evidentemente, *status* de princípio. Afinal, princípios obrigam. E o que esse enunciado performativo vincula? Novamente, está-se diante da questão: princípios são valores, mandados de otimização ou são mais do que isso? Na medida em que possuem normatividade, parece razoável concluir



que a aplicação de um *standard* segundo o qual, em determinadas situações, deve ser mantida a situação que já estiver consolidada, não pode ser alçado à categoria de princípio constitucional como enunciado assertórico ou categoria fundante com características próprias de uma regra. ou seja, se, por vezes, uma situação já consolidada deve ser mantida – fazendo soçobrar a ‘suficiência ôntica’ de determinada regra –, isso não transforma a ‘consumação’ de um fato em padrão que deva ser utilizado ‘em princípio’. Fosse verdadeira a tese e estar-se-ia incentivando as pessoas a descumprirem a lei, apostando na passagem do tempo ou na ineficiência da justiça. Na verdade, é possível afirmar o contrário, isto é, o fato consumado é exceção na aplicação de uma regra.

Interessante que o Ministro Barroso enfatiza que considera o concurso público uma exigência constitucional, e que a isonomia entre os candidatos também é um direito constitucional. No entanto, entende que tal norma merece “temperamento” quando a pessoa já está há vários anos no cargo.

Retomando a palavra, o relator enfatizou que se trata de um caso “difícil”<sup>13</sup>. O que seria um caso difícil? A própria atribuição a casos fáceis e casos difíceis já é uma atitude difícil e exige escolha. Mas ressaltou que a decisão de segundo grau não afirmou que a tese da inicial era legítima ou plausível, porque o direito a permanecer no cargo foi o “fato consumado”. Ou seja, o Ministro relator tinha ciência que não havia decisão que analisasse, efetivamente, o mérito da ação.

Registre-se que o Ministro Marco Aurélio, durante os debates, enfatizou que a Teoria do Fato Consumado estava se sobrepondo à própria Constituição Federal. Destacou, também, que o prazo de 5 anos não poderia correr contra a Administração

---

<sup>13</sup> Streck (2012, p. 297-302) quando discorre sobre a indevida distinção estrutural entre casos fáceis e difíceis, comenta: “Este equívoco de distinguir *easy hard cases* é cometido tanto pelo positivismo de Hart como pelas teorias discursivo-procedurais que vão desde Habermas e Gunther até Alexy e Atienza, para citar apenas estes. [...] não se nega que possam existir casos fáceis; o problema está no fato de que é impossível uma institucionalização de casos fáceis e casos difíceis”.

porque ela resistiu à decisão, apresentando recursos quando pôde. Mas isso não foi matéria de maiores debates.

O que ocorreu foi que o Ministro Barroso voltou a defender sua tese através do subprincípio da confiança legítima, que decorre da segurança jurídica: “então é possível fazer a ponderação, para um lado ou para o outro, cada um de acordo com a sua convicção, mas constitucional é”. Veja-se que, aqui, além de mencionar a ponderação como se fosse mero pêndulo que balança de um lado para o outro, sustenta que a decisão depende exclusivamente da convicção de cada um, evidenciando a discricionariedade que a aplicação (correta ou não) da teoria de Alexy poderia gerar. Ou seja, não haveria uma resposta, adequada, mas qualquer uma, ou nenhuma. Uma atitude não cognitivista, disposta a aceitar qualquer fundamentação para que se efetive, disposta a dar azo a qualquer tipo de discricionariedade: “O meu propósito é ter argumentos claros que as pessoas compreendam e depois deliberem como lhes pareça melhor” (BRASIL, 2014, p. 38). Tal argumento é o típico argumento positivista, que permite várias respostas igualmente corretas.

Outros tantos detalhes nos debates poderiam ser objeto de estudo. Porém, o que foi demonstrado, aqui, já é suficiente para concluir que não houve uma preocupação do STF com a aplicação da Constituição Federal e da lei no caso concreto. Adotou uma postura eminentemente positivista, não se preocupando com uma teoria da decisão que, além de revolver o chão da tradição, tivesse coerência e integridade<sup>14</sup>.

De fato, a Constituição Federal deve prevalecer sobre a construção da tal Teoria do Fato Consumado, especialmente quando não há qualquer fato consumado, como no caso tratado

---

<sup>14</sup> Tanto é que a menção do Ministro Ricardo Lewansowski à Teoria do Fato Consumado, dizendo que não a conhecia, é desmentida por outros julgados do STF em que o Ministro participou, como nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 586.800-3, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 803.739, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 794.852, chegando inclusive a ser relator em processo que tinha por base tal teoria (AI 794.246).

neste trabalho. O fato da autora da ação estar trabalhando, de forma precária já que decorrente de decisão judicial sem trânsito em julgado, não há consumação de absolutamente nada. Em momento algum, a assunção do cargo deixou de ser precária, razão pela qual não haveria que se tratar de algo imodificável, consumado.

Porém, como exposto no primeiro tópico deste trabalho, houve questões processuais que não foram resolvidas no caso concreto, expostas, neste momento, para fins de conclusão de que, o direito, quando mal aplicado, pode gerar consequências imensuráveis.

A sentença de primeiro grau já deveria ter se atentado que a matéria de fato alegada na inicial mostrou-se incontroversa. Houve confissão quanto à matéria de fato, porque o Estado não impugnou nenhum dos fatos da inicial. A defesa foi praticamente levantada em sede de apelação. Isso quer dizer que, em tese, nos termos do processo, é correto afirmar que, quanto aos fatos, Vanusa completou, sim a prova física; fez abdominais a mais do que o exigido no edital e foi aprovada porque o próprio examinador a mandou descansar! Haveria uma presunção em seu favor. Além disso, possuiria os requisitos cobrados na prova psicotécnica e juntou exame psicológico de tal capacidade. Nada disso mostrou-se impugnado ou controverso!

Porém, a ação não foi julgada, em primeiro grau, de acordo com os fatos alegados e incontroversos. A ação foi julgada com a sustentação, apenas, da Teoria do Fato Consumado, em razão dela estar no cargo por 5 anos.

Somente com a apelação que o Estado levantou irresignação contra as questões de fato trazidas na inicial. Porém, ele não mais podia fazê-lo, tendo em vista que não contestou a inicial. Se o acórdão do Tribunal de Justiça julgou os fatos, o acórdão, nesse ponto, era nulo, porque o objeto de devolução no recurso de apelação seria somente a aplicação da “teoria do fato consumado”.

E se viu que a sustentação do acórdão foi, basicamente, na reafirmação da teoria do fato consumado. O que o Tribunal se manifestou sobre fatos, da questão da Vanusa ter parado de fazer exercícios - e, conseqüentemente, ter reprovado; de não ter considerado a certidão assinada por psicóloga de que ela teria capacidade mental, entre outros argumentos quanto à matéria de fato, não foi objeto nem de contestação, nem da decisão de primeiro grau. Muito menos poderia ter sido da decisão do Tribunal de Justiça, porque o Estado não poderia ter devolvido tal matéria. Ele teria que se limitar aos termos da sentença, já que não impugnou os fatos.

E então veio o Recurso Extraordinário. De fato, como o Ministro Presidente levantou, a tal teoria do fato consumado é algo desconhecido e impossível de ser levantada contra regra constitucional. Nesse ponto, há acerto no voto do Relator, desconstituindo a decisão que se fundou em tal teoria (mas até um relógio parado acerta duas vezes por dia).

Porém, o que se verifica desde a sentença de primeiro grau, é que a teoria do fato consumado foi utilizada como questão prejudicial de mérito. Ao se reconhecer que a teoria não devia ser aplicada, o STF deveria ter remetido os autos à instância originária para que se manifestasse sobre as provas, sobre a plausibilidade do direito em si, porque tal matéria não foi decidida em primeiro grau.

Assim, em que pese o voto do relator, em parte, ser coerente com a Constituição, uma questão processual foi desconsiderada na conclusão do voto: o STF não deveria apreciar o mérito. O recurso poderia ter sido provido para o fim de desconstituir a decisão de primeiro grau, para lá retornar e, agora sim, ser julgado o mérito de acordo com os fatos.

E, em tese, o mais provável seria que Vanusa estivesse ainda exercendo o seu cargo, porque alegou, juntou documentos, não houve impugnação e havia plausibilidade em seus argumentos.

## 4 Considerações finais

De acordo com o caso analisado, evidencia-se que a questão de aplicação do positivismo ainda carece de muitas explicações para a garantia dos direitos existentes no Estado Democrático de Direito.

Como já dito, o positivismo separa direito e moral, mas, no momento da decisão judicial, autoriza a utilização de critérios subjetivos que conduzem à discricionariedade do julgador. O juiz tem como apoiar-se em fundamentos para decidir pelo sim e pelo não. É correto decidir em qualquer sentido, basta buscar argumentos, o que dá um grande azo à discricionariedade judicial.

E tal discricionariedade, conforme se vê no julgado analisado, pode, facilmente, transformar-se em ativismo judicial, que não é uma manifestação constitucional: é antidemocrático. Lenio Streck destaca: “Às vezes pode até nos agradar. Por vezes, pode acertar. Mas, não há como confiar.” (2017b, p. 58).

De toda forma, a resposta correta depende não da subjetividade ou ideologia do interprete, e, sim, da coerência da teoria que melhor reconstrói o fenômeno, revolvendo o chão linguístico em que está assentada a tradição.

E não há como desconsiderar, portanto, a coerência e importância da Crítica Hermenêutica do Direito que entende haver uma resposta adequada à Constituição Federal, não permitindo que se ocorra soluções dispares de uma mesma situação. Porque Direito é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, e todas as respostas pertinentes a ele estão, necessariamente, nas leis, nos princípios constitucionais e nos precedentes que tenham fundamentação constitucional. Não na vontade individual do juiz, não na moral subjetiva do juiz, do sujeito que dá ao texto o sentido que quiser, de acordo com sua própria consciência.

## Referências

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL, 2014. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 608.482. Concurso Público. Reprovação no Teste Físico. Fato Consumado. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28608482%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j2swe3r>. Acesso em 25 Jul 2017
- CATTONI, Marcelo. Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo Copetti (Orgs.). **Direito & Literatura: ensaios críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas Fronteiras da Argumentação: A Discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. Salvador: Jus podivm, 2017.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico: princípios, regras e o conceito de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- ESSER, Josef. **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. Barcelona: Bosh. trad. Eduardo Valentin Fiol, 1961.
- HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARMOR, Andrei. ***Philosophy of Law***. New Jersey: Princeton University Press, 2011.

MATOS, Daniel Ortiz. Das (re)significações da objetividade, discricionariedade e (pós) positivismo: uma leitura do debate Hart-Dworkin. *In*: STRECK, Lenio Luiz (Org.) **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Salvador: Juspodium, 2017.

MEDINA, Francisco Sabadin. **Os rumos do positivismo na Alemanha: afinal, para onde ele foi?** Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-nov-09/direito-civil-atual-rumos-positivismo-alemanha-afinal-onde-ele-foi>. Acesso em 18 jul. 17.

RAZ, Joseph. **Ethics in the Public Domain: Essays in the morality of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, 1999.

SHAPIRO, Scott. ***Legality***. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. A Crítica Hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. *In*: STRECK, Lenio Luiz (Org.) **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Salvador: Juspodium, 2017c.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017a.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise, uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4a ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4a ed. 2a tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_; DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF**. Site Consultor Jurídico. Disponível

em <http://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf#sdfootnote4sym> . Acesso em 24 jul. 17.

TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre Filosofia, Teoria do Direito e a atuação do Judiciário. *In*: STRECK, Lenio Luiz (Org.) A discricionarietà **nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Salvador: Juspodium, 2017.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução Geral ao Estudo do Direito**, I: *Interpretação da lei. Temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.



# **O debate Herbert Hart x Ronald Dworkin: análise do "caso Vanusa" RE 608.482/RN e o direito como integridade em tempos de voluntarismos**

*Carlos Alexandre Michaello Marques<sup>1</sup>*

## **1 Introdução**

Os estudos sobre Teoria do Direito povoam o imaginário jurídico brasileiro, embora muitas vezes, não sejam sequer minimamente qualificados, bem como a adoção de teorias como da Argumentação de Robert Alexy, a qual aparece em diversos julgados no Supremo Tribunal Federal. Todavia, em que pese muito se discutir sobre essa temática, pouco se tem avançado, pois se está diante de um campo contaminado pelo positivismo e seus seguidores, ambos ainda não superados.

Algumas discussões mais produtivas na contemporaneidade estão na seara da Crítica Hermenêutica do Direito, que se consolida na esteira de pensadores como Hans-Georg Gadamer<sup>2</sup> (2006) e

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito Público (2014) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professor Substituto da Faculdade de Administração e Turismo da Universidade Federal de Pelotas - UFPEL na área do Direito. Pesquisador do Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para Sustentabilidade - GTJUS (CNPq) da Faculdade de Direito - FADIR da Universidade Federal do Rio Grande - FURG.

<sup>2</sup> "[...] compreender é operar uma mediação entre o presente e o passado, é desenvolver em si mesmo toda a série contínua de perspectivas na qual o passado se apresenta e se dirige a nós. Nesse

Ronald Dworkin<sup>3</sup> (2005), pensamentos que visam combater as subjetividades (discricionariedade e decisionismo). Ocorre que, algumas ancoragens indispensáveis sobre teoria dworkiana (DWORKIN, 2007) não foram compreendidas a contento, bem como até mesmo conceitos do próprio positivismo hartiano (Positivismo *Soft*, Moderado ou Inclusivo) não passaram pela reflexão e aprofundamentos necessários (HART, 2009) ou mesmo aportaram em uma teoria da decisão.

Diante do cenário posto, será apresentado o julgamento do denominado "caso Vanusa", em que Vanusa tomou posse em cargo público sem completar o concurso na sua totalidade e exercia a função inerente por mais de uma década, sendo após duas decisões favoráveis, julgado pelo plenário do STF, onde a mesma foi considerada inapta constitucionalmente pelo relator que foi seguido pela maioria dos ministros presentes. Contudo, dois votos destoaram da maioria, quando o ministro Barroso abriu a divergência e foi seguido por Luiz Fux.

Neste contexto, o objetivo é de restabelecer as bases principais entre o debate Hebert Hart e Ronald Dworkin, ainda controverso no imaginário teórico brasileiro, a fim de compreender a lógica da discricionariedade, e melhor posicionar as críticas de Dworkin (2010; 2007). Outrossim, aprofundar a reflexão acerca da consciência individual do julgador solipsista, discricionário ao analisar o julgamento do "caso Vanusa", em especial os votos da divergência. O enfrentamento de temas como sistema de regras, sistema de regras e princípios, textura aberta do direito e a discricionariedade hartiana são salutares para entender o que se está diante no referido julgamento.

---

sentido radical e universal, a tomada de consciência histórica não é o abandono da eterna tarefa da filosofia, mas a via que nos foi dada para chegarmos à verdade sempre buscada. E vejo na relação de toda compreensão com a linguagem a maneira pela qual se revela a consciência da produtividade histórica." (GADAMER, 2006, p. 71)

<sup>3</sup> "O positivismo jurídico tem muitas formas diferentes, mas todas apresentam em comum a ideia de que a lei existe apenas em virtude de algum ato ou decisão humanas." (DWORKIN, 2005, p. 194)

Com efeito, o que se pretende é por intermédio do direito como integridade (DWORKIN, 2007) apresentar, o que em verdade se traduz em decisões/escolhas voluntaristas, com isto demonstrando a indispensabilidade de uma Teoria da Decisão Judicial nos termos propostos por Lenio Streck (2012; 2014b; 2014c). E por fim, demonstrar que sim, é possível uma resposta correta (certa) no "Caso Vanusa", desde que fundamentada na integridade e com decisões adequadas à Constituição. A pesquisa se utilizou do método fenomenológico-hermenêutico, bem como da técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

## **2 O debate Herbert Hart e Ronald Dworkin como conducente à análise do "caso Vanusa"**

Os debates em torno da Teoria do Direito tem permeado os séculos, mas contemporaneamente um dos mais acentuados foi travado por Herbert Hart e seu aluno Ronald Dworkin, o qual não se encerrou nem mesmo com a morte de Hart. Assim sendo, é importante rememorar no que se alicerça a Teoria do Direito para um Positivista Inclusivo (o qual tenta recolocar a moral outrora excluída pelos positivistas antecedentes) (STRECK, 2016) como é denominado Herbert Hart e posteriormente as oposições que lhes são deslindadas por Ronald Dworkin, com a consequente réplica de seu professor Hart trazida no seu pós-escrito ao Conceito de Direito (póstumo) e a tréplica que pôs fim ao debate, pois é por estas lentes que será analisada a decisão do julgamento do "Caso Vanusa".

### **2.1 O Direito como um Sistema de Regras (*Rules*)**

O Conceito de Direito é a obra mais relevante de Herbert Hart, pois é nela que o positivista constrói sua forma/espécie de positivismo, que recebeu diversas nomenclaturas de seus leitores e críticos, dentre as quais, se destacam como mais proeminentes:

*Soft*, Moderado ou Inclusivo. Ademais, é considerado um relevante autor pós-positivista exegético, recebendo, inclusive a distinção de ser talvez mais importante pós-kelseniano para visão de Lenio Streck.

A teoria proposta por Hart se opera em dois vieses em vários momentos na sua edificação, inicialmente em um primeiro considerado geral que conduz a compreensão do mesmo como um sistema normativo e outro descritivo, considerado pelo autor como moralmente neutro e, sem propósito de justificação. (HART, 2009) Construindo uma Sociologia descritiva (MACCORMICK, 2010) que se estrutura em três questionamentos básicos: em que se diferencia o Direito, das ordens respaldadas por ameaças?; em que se distingue a obrigação jurídica da moral?; e, em que medida o Direito é uma questão de regras e o que são estas regras jurídicas? (HART, 2009), é que se está diante das relações estabelecidas entre o Direito e a Coerção, a Moral e as Regras.

Em boa medida as teorizações de Hart às perguntas são respostas à sua leitura de John Austin, tomado como ponto de partida para fraquejar a Teoria Imperativista e justificar a transição para uma Teoria Sociolinguística. Ademais, devemos considerar que a tradição que Herbert Hart está inserida é o Direito Inglês, portanto o conceito de norma não é compartilhado pelo autor, mas sim a concepção de Regra, pois, inclusive o mesmo afirma que o Direito são Regras (*Rules*) (HART, 2009) ou melhor descrito um Sistema de Regras.

Todavia, é importante destacar que o autor não estrutura seu Conceito de Direito em apenas uma espécie de Regras, fazendo uma construção hipotética até mesmo para justificar suas insuficiências, que são de três naturezas: Incerteza; Estaticidade e Ineficiência (HART, 2009). A primeira revelada por eventuais dúvidas quanto a essência ou aplicação das próprias regras; ao passo que na segunda objeta a dificuldade de modificação, eliminação, substituição ou mesmo introdução de novas regras, se estas fossem constituídas apenas pelo processo moroso que se

inicia com as condutas opcionais; e por fim, a terceira impõe a instabilidade do sistema, pois os questionamentos e disputas sobre as próprias poderiam ser insolúveis (HART, 2009).

A solução apresentada e a pedra fundamental da sua estrutura é a inserção de regras distintas das regras denominadas de primárias, aquelas que sozinhas geram os três óbices apresentados, inserindo com isto regras de natureza secundária, mais um momento de operação sob dois vieses na teoria hartiana. Desta forma, serão inseridas uma regra secundária para cada problema apresentado, a Regra de Reconhecimento para Incerteza; a Regra de Modificação ou Alteração para Estaticidade; e a Regra de Julgamento ou Abdicação para Ineficiência, todas circunstâncias típicas de um Sistema de Regras composto apenas por Regras primárias.

Diante do Sistema de Regras Primárias e Secundárias, elaborado em contraposição às construções teóricas de Austin, sobretudo o próprio questionamento de que havia este encontrado "a chave para Ciência do Direito" na noção de ordens Coercitivas, é que Hart afirma que ele sim havia encontrado "a chave para Ciência do Direito", na junção das referidas regras. (HART, 2009, p. 106) No mesmo sentido, Neil MacCormick complementa que:

A qualidade sistêmica do Direito é evidenciada no fato de que as regras primárias de obrigação podem ser e normalmente são suplementadas por "regras secundárias", que estão logicamente inter-relacionadas com as regras primárias. Dessa forma, estabelece-se uma rede de inter-relações entre as várias regras por meio da qual a totalidade pode ser vista como um único "sistema de Direito". Segue-se, portanto, a corajosa declaração de Hart de ter descoberto a "chave para a ciência do Direito". (MACCORMICK, 2010, p. 141)

Por evidente, as regras secundárias, conforme explicitado exercem funções distintas, não sendo minimamente consideradas semelhantes entre si, assim como não o são quanto às primárias,

dentre elas a que merece melhor esclarecimento perante o contexto de análise do julgado "Caso Vanusa" é certamente a Regra de Reconhecimento<sup>4</sup>. Uma de suas principais características são o contraponto à visão de norma fundamental kelseniana, pois não é pressuposta, mas sim convencional, sua existência está vinculada a aceitação (ponto de vista interno), não sendo válida ou inválida, mas é indispensável em sistemas jurídicos maduros (MACCORMICK, 2010).

Destarte, é demasiadamente importante perceber que a Regra de Reconhecimento é um ponto dos principais pontos de ancoragem da teoria hartiana, tendo em vista que o próprio autor afirma que sua complexidade pode e irá variar de acordo com a diversidade de fonte do Direito, o que no caso brasileiro, trata-se de uma Constituição Escrita (HART, 2009). Como a construção de Hart opera em dois pontos de vista (interno e externo), as questões de validade, existência e eficácia da Regra de Reconhecimento são explicados desde esta perspectiva, pois já antecipa eventuais óbices desferidos em sua teoria.

Neste sentido, distingue-se o falante/participante do observador, onde o primeiro aceita a Regra de Reconhecimento no momento que a utiliza (Uso) para reconhecer uma regra primária em expressões do tipo determinada lei diz que, é neste ínterim que é possível perceber o salto de Hart faz pelos dois primeiros níveis da semiótica<sup>5</sup> (Sintaxe e Semântica), ingressa diretamente na

---

<sup>4</sup> Neste sentido, Lenio Streck (2009, p. 7) explica que: "[...] a regra de reconhecimento está para Hart assim como a norma hipotética fundamental está para Kelsen: em ambos os casos funcionam como resposta para o problema do fundamento último do sistema jurídico. Todavia, a regra de reconhecimento tem um caráter mais 'sociológico' do que a norma hipotética fundamental kelseniana."

<sup>5</sup> Luis Alberto Warat (1984, p. 40-45) esclarece que: "A sintaxe, segundo Carnap, é a parte da semiótica que, prescindindo dos usuários e das designações, estuda as relações dos signos entre si. Portanto, a sintaxe é a teoria da construção de toda linguagem. [...] A semântica estuda os signos em suas relações com os objetos a que se referem. Segundo Ferrater Mora, ela se ocupa em averiguar os modos e as leis segundo os quais as palavras aplicam-se aos objetos, dessa forma, o problema da verdade semântica. [...] A pragmática, conforme a definição proporcionada por Carnap, é a parte da semiótica que estuda a relação dos signos com os usuários. Sua problemática central gira em torno da análise dos modos de significar, usos e funções da linguagem."

pragmática da linguagem (notadamente as formas de vida e os jogos de linguagem de Wittgenstein II) como destaca Lenio Streck (2017b). Ademais, admitir que "determinada norma (sic) é válida equivale a reconhecer que esta satisfaz a todos os critérios propostos pela norma (sic) de reconhecimento e é, portanto, uma norma (sic) do sistema." (HART, 2009, p. 133) Todavia, o mesmo não se aplica a Regra de Reconhecimento, pois como constituinte do sistema jurídico, basta sua existência, sem persecução de validade, tendo em vista que ela se traduz em uma prática social eficaz e complexa, ou seja, é possível falar em junção de existência e eficácia. Igualmente, Cláudio Fortunato Michelon Jr. complementa que:

Por isto, Hart não oferece uma resposta à pergunta do cético sobre a validade de uma regra de reconhecimento. Trata-se de demonstrar simplesmente que esta é uma pergunta sem sentido, pois, quando a formulamos, a palavra "validade" (e, com ela, a própria idéia de fundamentação) é retirada do contexto em que faz sentido. (MICHELON JR., 2004, p. 164)

O que em síntese pode ser inferido é que a regra de reconhecimento não se submete à um critério de avaliação segundo Hart (2009), e questionar sua validade é como questionar a "metricidade" da barra de metro-padrão de Paris como afirma Neil MacCormick (2010) ou mesmo a "calviciedade" do indivíduo estabelecendo qual o número de fios que alguém pode ser considerado calvo como explica Lenio Streck. Assim, mesmo que a discussão sobre a regra de reconhecimento não se encerre neste item, pois ainda se abordará a réplica de Hart e a tréplica de Dworkin (em especial a questão referente aos princípios jurídicos), é importante e necessário avançar sobre papel da discricionariedade na teoria hartiana antes de avançar sobre esses debates.

### 2.3 A Textura aberta e o papel da Discricionariedade: o fim e o início

A discricionariedade<sup>6</sup> é verdadeiramente a Piritá<sup>7</sup> dos positivistas, pois em alguma medida "[...] é uma característica de todos os positivistas, embora [...] para Waluchow a discricionariedade não faria parte de forma inexorável de seu positivismo inclusivo." (STRECK, 2017b, p. 34) Nem mesmo Hans Kelsen<sup>8</sup> passou incólume, pois quando estruturava sua Teoria Pura do Direito, deixou aos juízes a possibilidade de resolução de *Hard Cases* por ato de vontade (decisionismo), tendo em vista que a decisão não o preocupava (STRECK, 2017b). Em se tratando de Hart é perceptível a presença da discricionariedade em sua obra quando enfrenta a concepção de textura aberta do Direito<sup>9</sup> (HART, 2009).

O positivismo de Hart se utiliza da Filosofia da Linguagem Ordinária (concepção pragmática de linguagem - Virada Pragmática), dialogando com Ludwig Wittgenstein (Wittgenstein II

---

<sup>6</sup> Segundo Streck (2017b, p. 33): "a discricionariedade diz respeito à liberdade que teria ou tem o juiz para decidir quando o ordenamento jurídico não esclarece claramente como deve ser decidido o caso. Claro que esse é o tipo ideal do conceito de discricionarismo."

<sup>7</sup> "[...] o ouro é bastante desejado e tem alto valor comercial, mas, com o tempo, surgiram algumas imitações. Entre elas, a mais conhecida é a chamada 'ouro dos tolos' ou 'ouro de gato' um mineral do enxofre denominado de piritá, que é o dissulfeto de ferro (FeS<sub>2</sub>). O nome "pirita" vem do grego *pyr*, que quer dizer 'fogo', provavelmente porque, quando a piritá é golpeada com um martelo, saem faíscas e em razão de seu uso em armas de fogo, tais como o Wheellock. O aspecto da piritá, como a cor e o brilho, lembra muito o ouro nativo e pode enganar muitos iniciantes. Mas as semelhanças são só essas, suas outras propriedades são totalmente diferentes. Por exemplo, ao ser aquecida, ela exala o dióxido sulfúrico, que é um gás venenoso." (FOGAÇA, 2017)

<sup>8</sup> "[...] a herança kelseniana do decisionismo não foi superada até hoje, e a discricionariedade hartiana tem sido, de algum modo, reapropriada pelas teorias argumentativas, só que sob o manto de uma racionalidade argumentativa com a pretensão de dar solução ao problema de uma pós-metódica." (STRECK, 2013, p. 347)

<sup>9</sup> "A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre os interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. Entretanto, a vida do direito consiste em grande parte em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares através de normas (sic) precisas, que diversamente das aplicações de padrões variáveis, não lhes exijam uma nova decisão a cada caso." (HART, 2009, p. 175)



- Investigações Filosóficas), John Langshaw Austin (Teoria dos Atos de Fala) e Friedrich Waismann, seu professor, e de quem incorporou o conceito de textura aberta da linguagem ao Direito (SILVA, 2014). É importante destacar neste contexto que Hart ao se aproximar da Teoria dos Atos de Fala, também apreende a compreensão de que as palavras não só dizem algo, mas também fazem algo ao serem proferidas, bem como a concepção de que o Direito se manifesta enquanto práticas sociais, as quais se transmitem igualmente pela linguagem (HART, 2009).

Assim, é possível perceber que da mesma forma que as práticas sociais são transmitidas por intermédio da linguagem e, que esta em si depende de regras, as regras jurídicas também são formadas por palavras, - onde nem sempre se está diante de uma estrutura lógica, - que "[...] são limitadas, ambíguas, não possuem um sentido estrito, fazendo com que as regras sejam, da mesma forma, ambíguas e confusas, por conta da textura aberta da linguagem." (SILVA, 2014, p. 97). O reflexo é a proliferação de zonas de penumbra, onde em alguns casos a indeterminação semântica das regras faz com que Herbert Hart se incline a ilusão da pirita positivista, a discricionariedade, permitindo com isto que o juiz crie direito<sup>10</sup>, embora o autor objete limites à esta atuação.

Embora a expressão não lhe seja própria, Hart está por descrever os denominados Casos Difíceis ou *Hard Cases* em seu Conceito de Direito, ademais como aponta MacCormick (2010, p. 170) "[...] para todas ou quase todas as regras, há casos difíceis." Todavia, Hart (2009) adverte, como alguns positivistas precedentes, que a discricionariedade (discricionariedade judicial) não pode e não deve ser confundida com arbitrariedade ou dar

---

<sup>10</sup> Segundo Neil MacCormick (2010, p. 171), "tornou-se mais ou menos lugar comum que, na decisão desses casos problemáticos, os juízes não somente verificam e aplicam as leis; eles criam. Hart compartilha essa visão. A sua teoria sustenta que, embora os juízes sejam de fato obrigados a aplicar as regras jurídicas referentes a todo caso em que são claramente aplicáveis, eles possuem necessariamente uma discricionariedade mais ampla sobre o que fazer nas situações em que as regras não são claras."

margem para tanto, mas para isto a fundamentação se faz na autoridade do sistema exercida pela Regra de Reconhecimento.

Em síntese Hart admite que os magistrados estão, em certa medida, limitados pelo sistema de regras, mas igualmente ele tende a confiar em sua capacidade de resolução destes casos. Assim, "Ao menos para as parte do caso, a juíza cria, em certa medida, a 'lei' que 'aplica'. E, se a regra de reconhecimento estabelece precedente como fonte vinculante de Direito, ela, com sua decisão, também cria leis para o futuro." (MACCORMICK, 2010, p. 171). Neste ponto Hart entende que encontrou a solução do problema positivista da decisão, mas é justamente neste ponto que Dworkin evidencia suas principais críticas, o que era para ser o fim, em verdade é o início.

### **2.3 O Direito como um Sistema de Regras e Princípios<sup>11</sup>, e problema positivista da discricionariedade (discricionariedade judicial)**

Ronald Dworkin se propõe em sua obra "Levando os Direitos a Sério", especialmente no Modelo de Regras I (originalmente publicado como artigo "The Model of Rules"), examinar a solidez do positivismo jurídico<sup>12</sup>, elegendo como seu alvo, o positivismo de Hart, o qual adjetiva como forma poderosa (DWORKIN, 2010a). Dentre os motivos de sua escolha estão a importância da distinção lógica entre regras primárias e secundárias, a obrigatoriedade por

---

<sup>11</sup> Ronaldo Porto Macedo Junior (2013b, p. 212) adverte que: "Algumas leituras apressadas de Dworkin, por vezes, creditam uma suposta originalidade de seu pensamento à 'incorporação da discussão dos princípios ou à dimensão moral do Direito em seus trabalhos. Certamente, se fosse essa sua contribuição, sua fama seria indevida, visto que, muito antes dele, outros autores já chamavam a atenção para isso."

<sup>12</sup> "O positivismo jurídico tem muitas formas diferentes, mas todas apresentam em comum a ideia de que a lei existe apenas em virtude de algum ato ou decisão humanas. Em algumas formas de positivismo, esse ato é o ato de autoridade de uma pessoa ou grupo com poder político efetivo; em outras formas, pode ser um ato tão passivo quanto a aceitação geral e casual de uma regra baseada nos costumes; mas, em todas as formas, algum conjunto de atos é definido como necessário e suficiente." (DWORKIN, 2005, p. 194)

aceitação ou por validade que Hart (sendo aceitação um critério considerado menor), ao contrário de Austin, realiza, dentre outras (DWORKIN, 2010a).

É diante deste contexto que Dworkin (2010a) impõe suas críticas, evidenciando as falhas da construção positivista, notadamente quando ignoram outros padrões que não são as regras e, por consequência, também os importantes papéis por estes desempenhados, como no caso de princípios<sup>13</sup> e políticas. Ademais, justifica que há diferença de conformação de natureza lógica entre princípios e regras, onde aqueles "[...] possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão de peso ou importância." (DWORKIN, 2010a, p. 42). Neste sentido, estaria presente uma problemática de um sistema baseado apenas em regras, mesmo que oriundo da junção de primárias e secundárias, o que poderia ser considerado já um avanço da teoria de Hart.

As objeções formuladas aos argumentos positivistas e a leitura que os mesmos fazem dos princípios conduzem Dworkin (2010a) por dois caminhos com desafios a ser enfrentados, a discricionariedade (o poder discricionário) e a função da regra de reconhecimento. Diante das considerações feitas por Hart acerca da regra de reconhecimento, entendida como regra suprema do sistema de regras, capaz de identificar as demais regras como válidas e pertencentes ao referido, Ronald Dworkin (2010a) demonstra que não se pode dizer o mesmo sobre esse "teste de pedigree" quando aplicado aos princípios (*Hard Cases - Riggs e Henningsen*), pois: "A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo

---

<sup>13</sup> Não obstante utilize princípio de maneira genérica, Dworkin (2010a, p. 36) esclarece que se trata de: "[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio."

público ao longo do tempo." (DWORKIN, 2010a, p. 64) Para que essa assertiva seja positiva, a regra de reconhecimento deverá identificar de forma distinta das regras, os princípios, relegando à uma discricionariedade judicial, princípios que devam ou possam ser levados em conta pelo juiz ou tribunal (GUEST, 2010). Assim, Dworkin resume que:

Desse modo, mesmo que os princípios encontrem apoio em atos oficiais de instituições jurídicas, eles não têm uma conexão suficientemente simples ou direta com esses atos que lhes permita enquadrar essa conexão em termos dos critérios especificados por alguma regra suprema de reconhecimento. (DWORKIN, 2010a, p. 66)

Outra questão relevante de oposição à regra de reconhecimento nos moldes como Dworkin faz sua leitura da teoria de Hart é da consideração da mesma como tendente à um positivismo meramente factual, ou positivismo dos simples fatos<sup>14</sup>, objeto de réplica por parte de Hart. Ademais, embora tenha recuado em alguma medida em seu Modelo de Regras II, nas críticas ao positivismo moderado, não o fez de forma expressiva no tocante ao poder discricionário, eis que para Hart nestas zonas de imprecisão da regras, como já referido, o juiz cria direito, mas em sentido oposto, Dworkin não admite esta solução e encaminha para o dever de articulação junto aos princípios para uma solução argumentativa de direito às partes (MOTTA, 2010).

Em que pese as distinções feitas pelo próprio Dworkin acerca da três teses discricionárias: em forte, fraca e moderada; é possível

---

<sup>14</sup> Neste sentido, Stephen Guest (2010, p. 123) esclarece que: "Uma interpretação da teoria da regra de reconhecimento de Hart é a de que ela é um modelo altamente refinado da teoria do simples fato. O refinamento dessa teoria origina-se de ser ela capaz de dar conta do caráter normativo de ideias familiares ao direito, como 'direitos', 'deveres' e 'regras'. A teoria afirma que as leis devem ser identificadas, na análise final, por referência a uma postura, a da aceitação, de juízes e funcionários. Não é tão simples a ponto de exigir que cada lei seja conscientemente considerada como direito por esta postura oficial de aceitação. Não obstante, cada lei deve ser identificável por meio de referência a critérios que sejam aceitos desta maneira.

sintetizá-la como uma a verdadeira fratura imposta pelo subjetivismo, pois seu pleno exercício pelo sujeito da modernidade - que se camuflada no método para alcançar suas verdadeiras pretensões de dizer e fazer o direito conforme sua consciência, seus valores -, a discricionariedade é sua arma mais impactante. (STRECK, 2010) Naturalmente, em se adotando o modelo sistema de regras, o sujeito solipsista poderia encontrar o *locus* privilegiado para empreender sua obra de decidir o "indecidível", necessitando para tanto a intervenção sagaz do julgador. (STRECK, 2010)

Diante deste cenário, a concepção de Ronald Dworkin, ao afirmar que " Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas." (DWORKIN, 2010a, p. 72) é o resultado último de uma crítica contundente também ao poder discricionário e as zonas de penumbra ou mesmo a chamada textura aberta do direito. Não obstante, o positivismo e exercício discricionário não (cor)respondem e não podem cor(responder) às questões complexas propostas pela sociedade contemporânea ao Direito. Ainda sim, é importante destacar que a sofisticação da problemática apresentada é diretamente proporcional às consequências nefastas proporcionadas pelas subjetividades que se colocam à frente do texto, e do que ele tem por dizer. (STRECK, 2013; 2017a)

Cumpre ressaltar que as censuras apostas por Ronald Dworkin ao positivismo, de um modo geral, são capazes por si de demonstrar que não há uma solução adequada ao enfrentamento dos casos difíceis ou enigmáticos, com a referida teoria do poder discricionário. No entanto, "[...] isso não é assim e não pode ser assim. A norma (sentido) a ser aplicada pelo juiz não é produto de sua vontade (ou de sua “discricionariedade”)." (STRECK, 2012, p. 423) Não obstante, Francisco Motta adverte que:

Não há uma diferença essencial, para Dworkin, entre casos fáceis e difíceis. Para o autor, um caso é difícil quando o intérprete,

numa “análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado”, ou seja, quando há dúvida com relação à resposta que o direito como instituição fornece para um problema determinado; quando não houver maiores questionamentos a respeito da solução endossada como correta pelo Direito, não haverá necessidade de se fazerem maiores indagações, uma vez que “não precisamos fazer perguntas quando já conhecemos as respostas”.<sup>15</sup> (MOTTA, 2014, p. 108)

Assim sendo, é imprescindível também destacar um legado da compreensão positivista acerca da necessidade da permanência da discricionariedade em um sistema jurídico, ao passo que reconhecer a cisão entre casos fáceis (simples) e casos difíceis (complexos), “[...] é pensar que o direito se insere em uma 'insuficiência ôntica', enfim, que a 'completude' do mundo pode ser resolvida por raciocínios causais-explicativos [...]” (STRECK, 2012, p. 427). Desta forma, Herbert Hart em sua obra, deixa claro, na visão de Dworkin (2007; 2010a; 2010b), o comprometimento com uma teoria de incompletude do Direito, onde a discricionariedade têm papel indispensável como nos positivistas precedentes e, ignora os princípios como fonte de direito.

As críticas que Dworkin (2007; 2010a; 2010b) estabeleceu ao positivismo moderado de Hart, em seu Modelo de Regras I, incluído em “Levando os Direitos à Sério” e posteriormente na obra “O Império do Direito”, foram alvo de uma resposta publicada postumamente como o pós-escrito de “O Conceito de Direito”. Não se sabe ao certo a completude ou concordância irrestrita de Hart

---

<sup>15</sup> Complementando sua construção Motta (2014, p. 108-109) afirma que: “É claro que a resposta dada ao caso considerado fácil sempre pode vir a ser questionada por um argumento inovador, ou por um enfoque diferente, que coloque em dúvida seus fundamentos. Nessa hipótese, o caso, que até então era simples, passa a ser considerado complexo. Eis por que Dworkin considera o caso fácil como um “caso especial” dos casos difíceis. Seja como for, a razão, aqui, certamente está com Lenio Streck, que trabalha essa diferença a partir da hermenêutica: um caso difícil é apenas um caso não compreendido. Uma vez compreendido, torna-se fácil. Como Dworkin, e com Gadamer, Lenio lembra que nós não nos perguntamos por aquilo que já sabemos. Daí a necessidade de se perguntar: fácil ou difícil... para quem?”

sobre as réplicas constantes no manuscrito, mas este, igualmente produziu novos rumos aos debates da Teoria do Direito, promovendo uma tréplica de Dworkin no livro "A Justiça de Toga". Com isto, é necessário avançar sobre o debate para assim compreender um pouco melhor o Direito como Integridade na perspectiva dworkiana.

## **2.4 Entre réplicas e tréplicas: divergências e consonâncias do debate Hart X Dworkin**

Em seu pós-escrito Hart (2009) afirma que Dworkin empreendeu equivocadamente as críticas à sua teoria quando classificou como "positivismo dos simples fatos", pois não considera "[...] aceitação explícita de que a norma (sic) de reconhecimento pode incorporar , como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais e valores substantivos [...] (HART, 2009, p. 323). Igualmente, o autor também rebate que a regra de reconhecimento seja utilizada apenas às questões de pedigree, bem como quando Dworkin conduz a conclusão de que a referida regra seja a eliminação de toda a incerteza, o que de pronto é repellido, tendo em vista que podem as regras (todas) apresentar uma "penumbra" de incerteza.<sup>16</sup>

Hart (2009), não trata essas questões como os referidos *hard cases* dworkianos, mas parte sim de um lugar distinto de discurso, pois para o autor não se trata de interpretações possíveis, mas verdadeiramente da ausência de respostas. "Dworkin rejeita a ideia de que a lei possa ser assim incompleta, deixando lacunas a serem preenchidas pelo exercício dessa discricionariedade criativa." (HART, 2009, p. 326). Contudo, é também indispensável deixar de

---

<sup>16</sup> "A interpretação que apresento neste livro é a de que as normas (sic) e princípios jurídicos, identificados em termos gerais pelos critérios oferecidos pela norma (sic) de reconhecimento, muitas vezes têm o que costumo chamar 'textura aberta'. Assim, quando se quer saber se certa norma (sic) se aplica a um caso específico, a lei não oferece resposta em nenhum dos dois sentidos, mostrando-se, portanto, parcialmente indeterminada." (HART, 2009, p. 326)

lado a discussão sobre objetividade de princípios morais na Teoria do Direito, pois para Hart "[...] é irrelevante saber se, ao fazê-lo, o juiz cria o direito de acordo com a moral ou se, orientado por sua avaliação moral, descobre o direito já existente." (MOTTA, 2014, p. 112).

Da mesma forma, outra resposta apresentada à Dworkin, versa acerca da incorporação dos princípios no sistema de regras hartiano, pois segundo o jusfilósofo estadunidense não haveria condições desta incorporação, sem o abandono das teses centrais do positivismo de Hart (2009). Sobre esta objeção, Hart considera que não tenha enfatizado a temática como esta merecia, porém a adoção dos princípios para o positivista inglês, em hipótese alguma, tornaria por abandonar suas teses principais, eis que é possível de identificar em seu sistema de regras, que estas não possuem a mesma natureza lógica atribuída por Dworkin. Neste sentido, Francisco Motta explica que:

[...] disso não decorreriam maiores consequências para a sua teoria como um todo, uma vez que as regras jurídicas não foram, por ele, concebidas exclusivamente como “quase conclusivas” ou aplicáveis à “moda do tudo ou nada”<sup>17</sup>, como sugere Dworkin; nada impediria que o sistema jurídico reconhecesse que uma regra válida definisse um resultado nos casos em que se aplica, exceto quando outra regra, julgada mais importante, fosse também aplicável ao mesmo caso. (MOTTA, 2014, p. 112)

A disputa sobre o conceito/status de princípio que Dworkin inaugura na visão de Hart é duplamente equivocada, pois desconsidera a possibilidade da regra de reconhecimento realizar o que chama de teste de pedigree, bem como sua própria limitação à

---

<sup>17</sup> Nesta senda, Herbert Hart (2009, p. 339) afirma que: "Essa incoerência na alegação de que um sistema jurídico consiste tanto em normas (sic) do tipo 'tudo-ou-nada' quanto em princípios não-conclusivos poderá ser sanada se admitirmos que a distinção é uma questão de grau. [...] ao usar a palavra 'norma' (sic), não pretendi absolutamente afirmar que os sistemas jurídicos incluem apenas normas (sic) do tipo "tudo-ou-nada' ou quase conclusivas.



um simples teste de pedigree (HART, 2009). "A primeira, porque não há nada no caráter não-conclusivo dos princípios nem em suas outras características que impeça que eles sejam por critérios de *pedigree*." (HART, 2009, p. 341, grifo do autor). Já no tocante a segunda é a exclusão dos parâmetros que a convencionalidade da regra estabelece no sistema jurídico.

Ademais, Hart se opõe a solução interpretativista construtiva dworkiana como forma dos princípios serem reconhecidos e estabelecidos no sistema jurídico. (MOTTA, 2014) "Não obstante, a demonstração de que esse critério do teste interpretativo integra o modelo convencional para reconhecimento do direito seria ainda uma boa explicação teórica de seu status jurídico." (HART, 2009, p. 343), e o que resultaria em si, uma total incongruência das alegações do estadunidense, segundo o inglês. Naturalmente, como um positivista, Hart ainda adjeta a importância da separação Direito e Moral, ou seja, deveres e obrigações jurídicas despidas de força ou fundamentação moral como assevera Francisco Motta (2014).

Finalizando sua réplica Hart destaca o que seria o confronto mais contundente entre sua teoria e as observações dworkianas, onde ele afirma que "[...] sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em sentido nenhum [...]" (HART, 2009, p. 351), e com isto exercer sua discricionariedade e criar direito. Conforme já mencionado, Dworkin rejeita a condição de incompletude e indeterminação atribuída por Hart ao direito em algumas circunstâncias, eis que para o norte-americano é o positivista que percebe o direito com essas lentes, incompatível de toda sorte com a teoria interpretativa.

Nesta versão de análise da discricionariedade, Hart não mais a aborda de forma tangencial, mas enfrenta a questão de seus limites<sup>18</sup> para rebater as críticas de Ronald Dworkin. "A

---

<sup>18</sup> "Com efeito, haveria restrições substantivas (limitações que restringem a escolha da solução jurídica concreta), uma vez que, para evitar a arbitrariedade, o juiz deveria justificar sua decisão

discrecionalidade do juiz é discrecionalidade de agir como parece correto e apropriado, em coerência com os princípios jurídicos, os valores jurídicos e outros *standards* jurídicos aplicáveis." (MACCORMICK, 2010, p. 176) O que Hart esclarece é que não existe uma liberdade irrestrita à criação do direito pelos juízes - como alguns pensam estar legitimados por estas terras -, existem vínculos segundo o jurista que seriam os verdadeiros limites. Assim,

[...] quando leis e precedentes específicos se mostram imprecisos, ou quando o direito explícito silencia a respeito, os juízes não deixam de lado seus livros de direito e simplesmente começam a legislar, sem nenhuma orientação ulterior dada pelo direito. Ao decidirem tais casos, citam frequentemente algum princípio genérico, ou algum objetivo ou propósito abrangente, que se possa considerar exemplificado ou suprido por uma área conexa do direito existente e que remeta a uma resposta definitiva para o problema em questão. (HART, 2009, p. 354)<sup>19</sup>

Ao abraçar a pírta positivista e defendê-la frente as críticas dworkianas, Hart também percebeu foi compelido a refutar a tese de que esta criação de direito pelos juízes e tribunais é antidemocrática (frente a condição de não eleição dos mesmos) e injusta, o que ele responde com a referida imposição de limitações e o âmbito destas (ver nota 15), bem como às características de

---

mediante o emprego de algumas razões gerais (obrigação da qual o legislador poderia ser totalmente isento); nesta perspectiva, o juiz deveria atuar como o faria um 'legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores'. E, por outro lado, existiriam restrições, digamos, institucionais à criação do direito, dado que as decisões acontecem apenas para resolver casos específicos; assim, os juízes não gozariam do poder de introduzir amplas reformas ou códigos legais." (MOTTA, 2014, p. 113-114)

<sup>19</sup> No mesmo sentido, Neil MacCormick (2010, p. 176-177) esclarece que "[...] a discrecionalidade judicial existe somente na estrutura de alguns *standards* predeterminados. Quando esse *standards* são regras jurídicas, a discrecionalidade se estende apenas dentro de uma área bem restrita, embora raramente seja eliminada por completo. Quando as regras não dão orientação ou dão orientação ambígua ou conflitante, pode-se ter de recorrer a outros *standards* de julgamento. No entanto, como esse *standards* são todos menos precisos do que as regras, a discrecionalidade envolvida na sua interpretação e extrapolação é maior.

democracias modernas. "Ademais, esse seria um preço razoável a pagar pelo funcionamento do sistema jurídico, dado o inconveniente que seria remeter a regulamentação de disputas controvertidas ao poder legislativo." (MOTTA, 2014, p. 115). Naturalmente, diante das respostas sustentadas por Hart foi inaugurado o último capítulo, a tréplica de Dworkin.

Quando de sua abordagem, Hart (2009) deixou clara a separação direito e moral na qual se baseia seu projeto descritivo, ou seja, moralmente neutra - em que pese reconheça à incorporação em algum momento pelo próprio direito segundo seus critérios<sup>20</sup> -, é uma edificação filosófica sob o ponto de vista externo, assumindo uma posição arquimediana como considera o próprio Dworkin (2010b). Todavia, na perspectiva dworkiana esta cisão não é possível, tendo em vista que o argumento jurídico é completamente moral como adverte Francisco Motta (2014). Neste sentido, Ronald Dworkin considera que:

Existe uma insuperável objeção inicial: nem Hart, nem seus seguidores sequer começaram a fazer estudos empíricos necessários, que levariam toda vida para serem feitos. Eles não produziram nem um formigueiro de dados, e muito menos um Everest. Há outra objeção preliminar, pelo menos no caso do próprio Hart. Seria estranhíssimo referir-se a tal estudo ou generalização empírica como algo voltado a descoberta do conceito, da natureza ou da própria ideia do direito, e muito estranho intitular um livro que supostamente contivesse essas descobertas de O conceito de direito. (DWORKIN, 2010b, p. 234-233)

---

<sup>20</sup> Neste sentido, "Hart afirmou que a moral se torna pertinente para identificação do direito quando alguma 'fonte' tiver determinado que ela deva exercer esse papel, citando as cláusulas abstratas da Constituição norte-americana como exemplo. [...] Não há consenso geral a favor ou contra tal interpretação, nenhuma regra fundamental de reconhecimento a partir da qual um dos lados se possa pretender corroborar as proposições de direito constitucional que, não obstante, cada um dos grupos afirma serem verdadeiros." (DWORKIN, 2010b, p. 238).

Assim, Dworkin vai rejeitar as proposições de Hart, mas considera, igualmente, que o inglês em seu conceito de direito adota uma concepção de legalidade quanto esboça uma teoria política moral/eticamente neutra, mas que de plano, esta é distinta da sua que se fundamenta em um projeto político e normativo. "Na sua visão, compreender melhor o conceito de legalidade significa ampliar a discussão da decisão judicial." (MOTTA, 2014, p. 117). Esta posição, conduz à teoria dworkiana do Direito como Integridade, a qual será abordada na sequência, com vistas a identificação nos votos proferidos no julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário, ora denominado como "caso Vanusa".

### **3 O direito como integridade**

A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin foi consolidada, em especial no Capítulo VII da obra "O Império do Direito", sendo, em grande medida, um reflexo de parte dos debates que foram expostos nos tópicos anteriores, e propende nas palavras do autor, negar "[...] que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo voltados ao passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro." (DWORKIN, 2007, p. 271). Ademais, se deve considerar que a integridade existe em dois níveis (princípio legislativo e princípio adjudicatório), mas é sob o segundo que Dworkin demonstra seu interesse, tendo em vista que se refere à Filosofia do Direito (GUEST, 2010).

Desta forma, diante de sua concepção interpretativa do direito, a qual teceu e recebeu críticas de diversos positivistas, o jusfilósofo considera que o direito como integridade é consideravelmente mais inflexível do ponto de vista interpretativo do que as teorias mormente controversas na referida obra, os já

referidos convencionalismo e o pragmatismo<sup>21</sup>. "Com efeito, a noção de 'direito como integridade' supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado" (MOTTA, 2014, p. 118). Neste sentido:

Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Insiste em que o Direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa. A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o *status* quanto o conteúdo dessas decisões anteriores. (DWORKIN, 2007, p. 273-274).

Acerca da importância das proposições jurídicas na decisão, é indispensável destacar que no, “[...] direito como integridade, as proposições jurídicas só são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade (*sic*) e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 272). Outrossim, é possível identificar a indispensabilidade da compreensão de uma comunidade de princípios, como pressuposto da teoria do direito como integridade, eis que são e devem ser integrantes dos dois níveis de integridade mencionados (legislativo e adjudicatório). É

---

<sup>21</sup> No pragmatismo, “[...] para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou mais poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida.” (DWORKIN, 2007, p. 195) De fato, estes acabam por defender um Direito sem direitos, reconhecendo muitas vezes que decisões de "direitos" individuais como instrumentais para melhorar a sociedade, o que segundo Ronald Dworkin não leva os direitos a sério. (GUEST, 2010)

neste contexto que Dworkin (2007) busca na analogia da interpretação literária (DWORKIN, 2005) para explicar sua tese por intermédio da ideia (tese ou metáfora) do "Romance em Cadeia"<sup>22</sup> (operando em duas dimensões da prática jurídica, o ajuste (*fit*) e a substância ou valor (*value*) (GUEST, 2010).

Os juízes, assim atuando como se romancistas fossem, devem dar sequência à um todo único e integrado, não apenas se debruçando sobre o passado, mas igualmente pensar do melhor encadeamento ao futuro que as decisões coletivamente construídas podem encaminhar. "Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade." (DWORKIN, 2007, p. 276). Trata-se, portanto, de uma interpretação construtiva do direito por parte do próximo julgador, sendo ele mais um dentre outros que lhe antecederam e que o sucederão. O que equivale dizer que:

Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. (DWORKIN, 2005, p. 238)

Não obstante, o jusfilósofo quando aborda a legalidade ao desenvolver a tese da integridade faz com que estas sejam

---

<sup>22</sup> "Objetivamente, Dworkin usa a interpretação literária como modelo para o modo central da análise jurídica. Para tanto, propõe um exercício literário: cada romancista deverá criar um capítulo subsequente de uma obra coletiva, assumindo com seriedade a responsabilidade de criar, o quanto possível, um romance único, integrado (ao invés, por exemplo, de uma série de contos independentes com personagens desse nome). O argumento central é o de que cada juiz, assumindo o seu papel de 'um romancista na corrente', deve ler o que outros juízes fizeram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, ou seja, como cada um deles (também) formou uma opinião sobre o 'romance coletivo' escrito até então; nesses termos, ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, sendo que o seu trabalho seria o de continuar essa história no futuro por meio do que faz agora." (MOTTA, 2014, p. 119)

praticamente fundidas, conforme Francisco Motta (2014). Ademais, como elucida Ronald Dworkin (2010b, p. 254): "A teoria do direito é um exercício de moral política substantiva. Sem dúvida, não seremos bem-sucedidos se propusermos uma análise da legalidade que não tenha relação alguma com a prática jurídica [...]" Embora, não se pode olvidar que Dworkin em sua construção teórica também lança luzes sobre um Juiz denominado Hércules<sup>23</sup> (alvo de muitas críticas)<sup>24</sup> para demonstrar como lidar com o problema da aplicação do direito e da decisão judicial<sup>25</sup> e desenvolver argumentativamente sua tese da resposta correta (resposta certa), a qual se busca identificar, eventual ocorrência, no "caso Vanusa".

#### **4 Os voluntaristas e o problema da decisão judicial: analisando os votos da divergência no "caso Vanusa";**

O julgamento do "caso Vanusa" é extremamente instigante sob o ponto de vista de que grande parte dos julgadores que se manifestaram por votos transcritos no RE 608.482/RN, propuseram o caminho da ponderação alexyana, ao passo que tenham alcançado resultados distintos em seu exercício. Desta forma, busca-se, neste item, identificar o problema da decisão judicial em face do suposto recurso teórico, para sim utilizar

---

<sup>23</sup> Francisco Motta (2010, p. 120), esclarece que: "a tarefa de Hércules – como era de se supor – não é das mais fáceis: entre outras coisas, ele deve construir um sistema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas."

<sup>24</sup> Neste sentido, Lenio Streck (2014b, p. 434) esclarece que: "Uma leitura apressada de Dworkin [...] dá a falsa impressão de que Hércules é portador de uma 'subjetividade assujeitadora.'"

<sup>25</sup> O direito como integridade para Ronald Dworkin (2007) é ao mesmo tempo fonte de inspiração da prática jurídica e produto de sua interpretação, e que exigindo coerência junto a história institucional. "O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que 'lei é lei', [...]", bem como a [...]" falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei." (DWORKIN, 2007, p. 274).

argumentos voluntaristas, o que para tanto, será sob o foco da divergência que foi inaugurada com o voto do Ministro Barroso.

De plano, não se pode esquecer, como esclarece Lenio Streck (2013) que a discricionariedade<sup>26</sup> não é um problema para Alexy assim como a é para Dworkin e, um problema considerado extremamente grave, como pode se perceber em seu debate com Hart, anteriormente abordado. Ademais, é sempre salutar considerar que é a regra que abre a interpretação (perspectiva universalizante) e não os princípios, que são a realização da *applicatio* (STRECK, 2010, p. 111). No mesmo sentido, os princípios não são cláusulas de abertura, mas também não exoneram conteudisticamente o juiz do dever de fundamentar, eles em verdade determinam o fechamento interpretativo (OLIVEIRA, 2008). Sobre esta questão, cumpre observar trecho do voto do referido ministro:

A primeira divergência se relaciona com a apresentação da questão como uma oposição entre (a) o interesse individual do candidato em permanecer no cargo público e (b) o interesse público de fazer-se respeitar a regra do concurso público. **Nem sempre isso ocorrerá, pois é possível conceber situações em que haverá potencial colisão entre normas constitucionais: de um lado, o princípio constitucional da proteção da confiança (vertente subjetiva do princípio da segurança jurídica), e, de outro, o princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público.** (STF, 2014, p. 18, grifo nosso)

É possível identificar claramente que o ministro Barroso estabelece sua divergência buscando a interpretação a partir de

---

<sup>26</sup> Segundo Streck (2010, p. 100), para o positivismo, "[...] a discricionariedade judicial é uma fatalidade. A razão prática - que o positivismo chama de discricionariedade - não poderia ser controlada pelos mecanismos teóricos da ciência do direito. A solução, portanto, era simples: deixemos de lado a razão prática (discricionariedade) e façamos apenas epistemologia (ou, quando esta não dá conta, deixe-se ao alvedrio do juiz - *eis o ovo da serpente gestado desde a modernidade*). E tudo começa de novo!" (Grifo do autor)



uma abertura por princípios supostamente colidentes, seguindo até o momento o que prescreve a teoria da argumentação de Robert Alexy, mas algo que de toda sorte abre espaço à discricionariedade, ou qual seja a nomenclatura que se queira adotar para justificar sua pertinência, onde não há. De certo é que o espaço de discricionariedade se amplia na proposta adotada pelo ministro, eis que se utiliza da malfadada dicotomia *hard cases/easy cases*.<sup>27</sup>

A discricionariedade e a abertura semântica são dois problemas que aportaram no Brasil e que se adaptam claramente aos argumentos voluntaristas, de submeter o direito ao limite dos desejos destes. Isto pois, até mesmo o já problemático cenário apresentado pelas teorias *in natura* foi extremamente deturpado em prol do *solipsismo* do sujeito da modernidade (STRECK, 2014b), tendo em vista que o próprio ministro se avoca a prerrogativa de estabelecer um "[...] parâmetro específico para a ponderação"<sup>28</sup> (STF, 2014, p. 20) e decidir de acordo com o mesmo, o que pode se traduzir em um "estado de natureza hermenêutico" (STRECK, 2012). Neste sentido, é indispensável destacar que:

---

<sup>27</sup> "*Mutatis mutandis*, denominado esse poder de 'resolver os casos difíceis' de 'poder discricionário' (Hart) ou de 'recurso às questões de justiça', que, ao fim e ao cabo, são questões morais (Alexy), é a esse problema que me refiro quando critico o esquema *sujeito-objeto*. Entender que a discricionariedade é algo inerente à aplicação do direito é, no fundo, uma aposta no protagonismo judicial. E a discricionariedade não se relaciona bem com a democracia. Essa, aliás, foi a crítica mais veemente feita por Dworkin a Hart. E essa questão continua na ordem do dia, mormente em países como o Brasil. Com efeito, as teorias que pretenderam resolver esse jurídico, ao apostarem nesse sub-jectum da interpretação jurídica, não conseguiram alcançar o patamar da revolução copernicana proporcionada pela invasão da filosofia pela linguagem." (STRECK, 2014b, p. 418-419, grifo do autor)

<sup>28</sup> "Diante do exposto, voto pelo desprovinamento do Recurso Extraordinário e pela adoção do seguinte parâmetro para a definição da manutenção, ou não, de provinimentos em cargos públicos determinados por decisões judiciais não transitadas em julgado: 'No caso de investidura em cargo público por força de decisões judiciais ainda sem trânsito em julgado, a aferição da eventual confiança legítima a ser protegida envolverá a consideração dos seguintes fatores: a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; (c) decisão de mérito proferida em segunda instância.'" (STF, 2014, p. 24).

A ponderação, seja a Alexiana ou aquela praticada no Brasil, como qualquer método, tenta esconder, sob o véu da racionalidade, um subjetivismo que primeiro escolhe e depois, retoricamente, encontra uma pretensa justificação. Esta abordagem em muito se aproxima de um Pragmatismo que Dworkin intentou suplantar. O direito como uma interpretação colaborativa, como um romance em cadeia, impõe uma vinculação histórica, um dever de coerência e integridade que transcende o eu a caminho do nós. Dito de outro modo: Alexy perpetua um paradigma da subjetividade, enquanto Dworkin desenvolve sua perspectiva teórica assentado num paradigma da inter-subjetividade. (STRECK, 2013, p. 364)

Acompanhando integralmente a divergência, o ministro Luiz Fux considera que "[...] está em jogo direito fundamental à segurança jurídica encartado no art. 5º. E, como direito fundamental, ele prevalece sobre todos os outros interesses gravitantes nesta causa [...]" (STF, 2014, p. 49), bem como uma suposta ideia de contentamento com a decisão judicial, o que poderia se traduzir no que Stephen Guest esclarece sobre a compreensão positivista, ao afirmar que "[...] as expectativas razoáveis não deveriam ser frustradas (o que é uma interpretação não surpreendente do positivismo)." (GUEST, 2010, p. 169). Todavia, novamente se percebe pelo voto do ministro, assim como do anterior a margem de operação da discricionariedade e a ausência de coerência e integridade com a história institucional.

Assim, tal qual a analogia ao romance em cadeia<sup>29</sup> realizado por Dworkin (2007), bem como, diante de um agir próximo ao de Hércules (DWORKIN, 2005; 2007), o que se infere dos votos da divergência é contrário inebriavelmente ao que o jusfilósofo estadunidense buscou consolidar em sua teoria do direito como integridade. "O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por

---

<sup>29</sup> Nesse sentido Ronald Dworkin (2007, p. 276) afirma que: "Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade."

um conjunto coerente de princípios, sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal [...]" (DWORKIN, 2007, p. 291), o que de certa feita é desconsiderado quando se lança luz aos voluntarismos na esteira da discricionariedade. Neste sentido, Lenio Streck (2013, p. 365), afirma que em Dworkin, "[...] a necessidade de uma justificação moral mais abrangente para a teoria jurídica não pode significar que o direito seja tomado por moralismos pessoalistas [...]", como os que são translúcidos nos votos da divergência, algo derivado, em parte da não cooriginariedade Direito e Moral na teoria alexyana.

## **5 Uma resposta correta (certa) no "caso Vanusa": pela integridade com decisões adequadas à constituição**

A tese da resposta correta é uma ancoragem que Ronald Dworkin realiza contra a concepção positivista de que não existem respostas aos casos difíceis, necessitando nestas situações recorrer à discricionariedade, ou aos princípios como abertura semântica. A construção dworkiana busca solucionar o problema em conformidade com a integridade do direito, bem como com a concepção baseada no direito como uma interpretação construtiva, se valendo das teses do romance em cadeia e do juiz Hércules, já mencionadas. Vera Chueiri esclarece que:

A resposta certa não é algo dado, mas construído argumentativamente. Isto é, ao juiz não é dado descobrir ou inventar nada, mas sim interpretar os argumentos que lhe são apresentados. Essa atitude interpretativa leva em conta as convicções morais e políticas do julgador, como também aquilo que outros juízes decidiram no passado e, ainda, os padrões morais da comunidade envolvida. Assim, a tese de que há sempre uma resposta certa para o Direito - mesmo nos casos difíceis - significa que sempre haverá um princípio no qual o juiz fundamentará sua decisão. (CHUEIRI, 2006, p. 260-261)

Assim, quando se perquire acerca da tese da resposta correta, é o mesmo que esquadrihar a melhor interpretação ao caso concreto, verdadeiramente o direito como integridade, o qual se debruça na "[...] compreensão dos princípios jurídicos ao longo da história institucional de uma sociedade, de modo a dar continuidade a essa história, corrigindo eventuais falhas, em vez de criar novos direitos a partir da atividade jurisdicional." (PEDRON, 2009, p. 106) No voto do relator, em que pese inicie o mesmo com "[...] o confronto de duas ordens de valores [...]" (STF, 2014, p. 5), bem como nos demais que o acompanharam, ainda que todos inclinados claramente à uma suposta ponderação alexyana (mesmo que incompleta ou claudicante de todo rigor e suas complexas fases), alcançam mais similitudes ao cenário teórico até o momento apresentado por Dworkin<sup>30</sup> e as objeções oriundas do debate com Hart anteriormente exposto.

Neste contexto, é imperioso destacar a teoria cunhada por Lenio Streck (2010), com seu desenvolvimento fundeado por intermédio de uma fusão de horizontes da teoria gadameriana e dworkiana, estabelecendo assim uma Resposta adequada à Constituição Federal<sup>31</sup>, na qual, desde logo, se afasta da Consciência do Intérprete (notadamente identificável nos votos dos ministros Barroso e Fux). Assim, é possível perceber, em uma decisão judicial, que só há "[...] coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões, forem aplicados para outros casos

---

<sup>30</sup> Na perspectiva de Lenio Streck (2014b, p. 434): "É preciso entender que Dworkin superou - e de forma decisiva - a filosofia da consciência. Melhor dizendo, o juiz 'Hércules' de que fala Dworkin é apenas uma metáfora para demonstrar que a superação do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto"

<sup>31</sup> "A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. O direito fundamental a uma resposta correta, mais do que o assentamento de uma perspectiva democrática (portanto, de tratamento equânime, de respeito ao contraditório e à produção legislativa), é um 'produto' filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto predominante nas duas metafísicas." (STRECK, 2012, p. 620)

idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição." (STRECK, 2012, p. 618).

A problemática que permeia o julgamento como um todo é a mesma que tem promovido muitos debates na teoria do direito, de um lado o positivismo marcado na carne pela separação direito e moral, e de outra banda o interpretativismo dworkiano que "[...] nega que o direito e moral sejam sistemas totalmente independentes." (DWORKIN, 2012, p. 410) Além disto, não se pode esquecer que o próprio jusfilósofo<sup>32</sup> estabelece o direito como um ramo da moral (moralidade política) em sua obra "Justiça para Ouriços" (DWORKIN, 2012), o que em certa medida tem recebido diversas críticas. Todavia, para Francisco Motta (2014, p. 179): "A moral regula o comportamento interno das pessoas, e essa regulação, por si-só, não tem força jurídico-normativa. O que tem força vinculativa, cogente, é o Direito, que recebe conteúdos morais quando da sua elaboração." Assim, o que se percebe é que os votos da divergência se estabelecem justamente no sentido contrário.

É, especificamente neste cenário problemático, em que muitos positivistas se colocam alheios a decisão judicial, afiançando a discricionariedade como a solução ao problema da decisão, como fez Hart (2009; 2010). Embora não se possa compará-la com a discricionariedade à brasileira, nota-se que, como afirma Lenio Streck (2017b), uma teoria da decisão judicial reivindica espaço. Segundo Streck (2017b, p. 184): "[...] precisamos de uma teoria da decisão porque juiz decide por princípios, e não por política. Decide em face da lei, e não em face da pessoa que está sendo julgada. E a

---

<sup>32</sup> "Dworkin é muitas vezes visto ora como um paladino da moralidade do direito - e, nesse sentido, acolhido ou rejeitado mais pela proximidade em relação a suas posições políticas e morais do que pela aceitação da consistência teórica de suas posições -, ora como doutrinador de um método de interpretação fundado na ponderação ou de matriz principiológica (por vezes confundido como uma espécie de nova versão da 'lógica do razoável' de Recaséns Siches), ora ainda como ideólogo do neoconstitucionalismo ou, por fim, como o defensor da 'contraintuitiva e extravagante' tese acerca da existência de uma resposta certa para a interpretação jurídica. Essa tese o torna um autor no mais das vezes rapidamente citado para ser ainda mais rapidamente descartado". (MACEDO JR., 2013a, p. 43)

decisão não pode advir do solipsismo judicial<sup>33</sup>." A teoria da decisão exerce este papel de constranger o sujeito/julgador da modernidade que está diante do "caso Vanusa".

## 6 Considerações finais

As reflexões aqui apresentadas, que partiram da análise do julgamento pelo STF denominado de "Caso Vanusa", não serviram para uma leitura descritiva do mesmo, mas sim para demonstrar que o debate Herbert Hart e Ronald Dworkin ainda é necessário aos juristas brasileiros, pois restam muitas dúvidas acerca das posições teóricas apresentadas pelos autores no Brasil, em especial pelas influências maciças oriundas de um positivismo irrefletido e ancorado no exegetismo.

Outrossim, o debate desde seu primeiro momento, pontua questões - quer seja pelos problemas de tradução, quer pela falta de profundidade teórica de algumas discussões jurídicas no Brasil -, que ficaram obscurecidas, como se configura a Teoria do Direito para Hart e por qual motivo ele não vê a discricionariedade como um problema, mas como um fechamento necessário de seu sistema de regras quando da decisão. O conceito de textura aberta da linguagem e por consequência de textura aberta do direito, evidentemente não são (bem) tratados, pois como já mencionado por Lenio Streck (2017b) a discricionariedade no Brasil supera em muito o cenário posto, seja no Conceito de Direito, seja no pós-escrito.

De outro turno, as críticas de Ronald Dworkin ao incorporar os princípios no já conhecido sistema de regras, credita a

---

<sup>33</sup> Neste sentido, explica Lenio Streck (2017a, p. 277, grifo do autor): "Não se pode 'assujeitar' as coisas. O solipsismo judicial se coloca na contramão desses constrangimentos cotidianos, do mundo vivido. No Direito, em face do lugar da fala e da sua autoridade, o juiz pensa que pode - e ao fim e ao cabo, assim o faz - assujeitar os sentidos dos textos e dos fatos. Por vezes, nem a Constituição constrange o aplicador (juiz ou tribunal). Por isso o lema hermenêutico é: Deixemos que a Constituição dê o seu recado. Ela é linguagem pública. Que deveria constranger epistemicamente o seu destinatário, o juiz."

indispensabilidade destes ao funcionamento de um sistema jurídico complexo à altura da complexidade social em que se vive, bem como edifica um caminho para o entendimento que até hoje não restou superado, da insuficiência das regras em prever todas as situações. Neste sentido, conforme esclarece Lenio Streck (2012) não se pode igualmente pensar que os princípios são aberturas semânticas, como acredita o ministro Barroso. (DWORKIN, 2012).

A discricionariedade, verdadeira pírta positivista, continua sendo o ouro dos tolos, mas não são os voluntaristas em síntese os enganados por ela, pois de fato estes sucumbem à sua barbárie interior (STRECK, 2017b) e atribuem o sentido como verdadeiramente o sujeito da modernidade se comporta, e apresentam a discricionariedade como a solução para decisão judicial. Neste cenário, é imprescindível um repensar da relação sujeito/objeto, frente ao suporte concedido aos processos discricionários/arbitrários que povoam o imaginário do senso comum teórico dos juristas.

O julgamento se encaminhou para adoção da ponderação alexyana (Teoria da Argumentação), mas como de costume a realizou de forma incompleta, seja no voto do relator, sejam nos votos da divergência. Assim, restou claro que os resultados diferentes alcançados, abrem uma grande margem ao entendimento de que pelo menos uma das construções tenha se afastado claramente de uma integridade do direito (DWORKIN, 2007), notadamente os votos dos ministros divergentes, como foi possível averiguar. "A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, por exemplo." (DWORKIN, 2007, p. 227). Eis também outro problema, pois a referida teoria alexyana não parte da cooriginariedade entre direito e moral, abrindo com isto, o flanco para correção do direito pela moral, posteriormente na decisão judicial e, com isto permitindo os conhecidos voluntarismos brasileiros.

É possível uma resposta correta nos termos propostos por Dworkin, compreendendo o direito como integridade (DWORKIN,

2007; 2010) no "caso Vanusa", mas mais do que isto, é igualmente possível uma resposta adequada à Constituição Federal (STRECK, 2014c), onde é indispensável, que as teses dworkianas, recebam o necessário suporte do despertar da filosofia de Gadamer, uma verdadeira teoria da decisão. Assim, o que se pretende é o que afirma Lenio Streck (2010, p. 89), que a "[...] filosofia no direito implica construção de possibilidades para a correta colocação do fenômeno jurídico que, na atual quadra da história não pode mais ser deslocado de um contexto de legitimação democrática." Corroborando com o afastamento da discricionariedade, que para Ronald Dworkin (2007; 2010) é antidemocrática.

Neste sentido, é nos mesmos passos de Dworkin (2005; 2007; 2010; 2012), que considera indispensável o respeito a história institucional, sem esquecer as contribuições de Gadamer já referidas - fazendo a antropofagia adequada das mesmas como aponta Lenio Streck (2017b), que se pode perceber um singelo aproximar da decisão no "caso Vanusa" do alcance dado as respostas adequadas à Constituição, afastando o discricionarismo e a arbitrariedade. Com efeito, não se pode olvidar que melhor posicionada estaria a decisão com aportes teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito, a qual visa afastar em definitivo os solipsismos e decisionismo, por intermédio de um constrangimento epistemológico (STRECK, 2017a), evitando escolhas ao invés de decisões.

## Referências

- CHUEIRI, Vera karam de. Verbete Ronald Dworkin. In BARRETO, Vicente (org.). **Dicionário de filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010a.



\_\_\_\_\_. **O Império do Direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio.** Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Justiça de Toga.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

FOGAÇA, Jennifer Rocha Vargas. "**Ouro dos tolos**"; Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/quimica/ouro-dos-tolos.htm>>. Acesso em 08 de julho de 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica:** Conferência 5 - Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica. In: Pierre Fruchon (Org). Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin.** Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia.** Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

\_\_\_\_\_. **O Conceito de Direito.** Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia:** Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013a.

\_\_\_\_\_. **Ensaio de Teoria do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2013b.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart.** Tradução de Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: uma crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

\_\_\_\_\_. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 291 f. Tese (Doutorado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. In: **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 102-109, abr./jun. 2009.

SILVA, Maria Alice da. **O positivismo jurídico de Hart e as críticas à Teoria Imperativa do Direito**. 156 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

STRECK, Lenio. **Compreender o Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014a.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017a.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise - uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014c.

\_\_\_\_\_. **O que é isto - decido conforme minha consciência?**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. Porque a discricionarietà é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. In: **Revista Direito e Práxis**. Vol. 4, n. 7, 2013, p. 343-367.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WARAT, Luís Alberto. **O Direito e a sua Linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1984.



# Teoria do fato consumado: da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica

*Helena Kugel Lazzarin<sup>1</sup>*

## 1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 608.482 do Estado do Rio Grande do Norte, em 07 de agosto de 2014. A decisão modificou a situação fática da então servidora pública estadual, mantida no cargo de agente da polícia civil, desde a posse autorizada por decisão proferida em sede liminar, ratificada na ação ordinária e confirmada pelo Tribunal Estadual. Salienta-se que, segundo manifestação processual, durante o tempo em que ficou investida no cargo, nenhuma intercorrência desabonadora da conduta

---

<sup>1</sup> Advogada no Escritório de Advocacia Lazzarin Advogados Associados. Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bacharel em Direito e Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Trabalho e Capital: retrocesso social e avanços possíveis", vinculado à UFRGS/CNPQ e à FEMARGS. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas CNPQ/PUCRS "Estado, Processo e Sindicalismo". Integrante do Núcleo de Direitos Humanos e do Grupo de Pesquisa "Direitos Humanos e Descolonialidade" da UNISINOS. Membro do Comitê de Ética em Pesquisa no Sistema de Saúde Mãe de Deus - CEP/SSMD. Professora Convidada no Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho - PUCRS.

profissional de Vanusa Fernandes de Araújo foi suscitada, ou fato que pudesse impedi-la de exercer o cargo.

Entretanto, a manutenção no cargo por extenso lapso temporal até o julgamento do Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, trouxe necessárias reflexões acerca da aplicação das regras e princípios, bem como do posicionamento do julgador diante de situações análogas, a seguir pontuadas: (i) quais as peculiaridades do caso concreto que suscitariam uma discussão acerca da lei processual no tempo? (ii) quais os fundamentos jurídicos utilizados pela candidata/servidora pública que efetivamente ensejariam a consolidação da situação fática com base em decisão precária (?), devido à (ausência de) celeridade processual? (iii) quais os fundamentos do Supremo Tribunal Federal, representado pelos votos majoritários que decidiram o julgamento, no que tange a ponderação dos interesses público-individual e dos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima?

As reflexões propostas no presente estudo, necessariamente serão filtradas pelas colocações doutrinárias de Ronald Dworkin, Lenio Luiz Streck e Francisco José Borges Motta, fontes bibliográficas da presente proposta reflexiva, ademais, a pesquisa bibliográfica buscará verificar outros casos semelhantes, em que a Teoria do Fato Consumado foi, igualmente, invocada e, qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação ao tema.

Por fim, entende-se que a análise do julgado, a partir de seus fundamentos (fundamentos dos votos majoritários e dois votos divergentes), é academicamente relevante para desobnubilar a visão acadêmica quanto ao acolhimento de teses jurídicas e aplicação, pelos Tribunais pátrios, dos princípios e da criação de novas regras.

## 2 O caso da agente de polícia civil do Rio Grande do Norte

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988, em seu dispositivo 37, *caput* e incisos I e II, dispõe que a ocupação de cargos públicos se dará através de concurso público conforme parâmetros legais, e, tal comando possui fundamento nos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além disso, o artigo 5º da Constituição, *caput* e inciso I, em conjunto com o já citado artigo 37, asseveram acerca do princípio da isonomia. O estudo proposto, entretanto, parte das peculiaridades do caso concreto, que envolve, em especial, um aspecto temporal da prestação jurisdicional. Além disto, somados os fatos (i) a decisão – precária – foi confirmada pela sentença de mérito e, posteriormente, ratificada pelo Tribunal de Justiça; (ii) o decurso do tempo gerou na agente de polícia a expectativa de manutenção da tutela judicial obtida no Tribunal de Justiça, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso:

Há evidente relação de direta proporcionalidade entre o decurso de tempo e o fortalecimento da expectativa de preservação da posse em cargo público, de maneira que, quanto maior o tempo decorrido, mais sólida será a expectativa.

É possível afirmar que esta *expectativa* tem fundamento no princípio da proteção da confiança, vinculado ao princípio da segurança jurídica. Todavia, ao realizar a leitura do acórdão e as peculiaridades do caso concreto, é possível perceber que o “*busílis*” (STRECK, 2016) da questão não está na precariedade da decisão – ou em sua natureza processual, pois sabe-se que uma decisão em sede liminar pode não ser ratificada em sentença, ou mesmo a decisão proferida em sentença pode ser, pelo tribunal, modificada – são as “regras do jogo” processual, no que se refere às possibilidades processuais anteriores ao trânsito em julgado; mas está, segundo expressão de Dworkin, na ideia de romance em

cadeia, utilizando-se a adequação e a interpretação como formas de encontrar a solução para os casos difíceis. A ideia de romance em cadeia deve conduzir o juiz através da adequação e interpretação, à “leitura dos capítulos anteriores com o pensamento de os escritores terem o desejo de escrever uma mesma história, pois os fragmentos deixados devem inspirá-lo” (SGARBI, 2006, p. 182-183).

Entende-se por *adequação*, a postura de dar sequência ao texto proposto pelos autores, com o objetivo de fazer o “romance fluir” ao longo do texto e, interpretação, a exigência de se selecionar, das muitas leituras possíveis a se empreender no romance, qual delas se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados aspectos da questão (DWORKIN, 1999, p. 277).

Observa-se na decisão do Supremo Tribunal Federal, que a solução a este *hard case* partiu especialmente da aplicação constitucional (artigos 5º, *caput* e inciso I, e artigo 37, *caput*, I e II) e dos princípios correlacionados. Todavia, questiona-se, enquanto analisadas sob a perspectiva de romance em cadeia, o disposto nas decisões anteriores, que evidentemente provocaram na servidora, agente de polícia civil, a expectativa quanto à sua manutenção no cargo, evidentemente em razão da segurança jurídica e da confiança legítima (especialmente quanto aos atos da administração – artigo 54 da Lei nº 9.784/1999), este último princípio que, segundo Ministro Luís Roberto Barroso, não está adstrito quanto à sua aplicação, somente aos atos da administração, mas pode ser oponível às decisões judiciais:

Portanto, a aplicação do princípio da proteção da confiança pressupõe a adoção de atos contraditórios pelo Estado que frustrem legítimas expectativas nutridas por indivíduos de boa-fé. Naturalmente, tais expectativas podem ser frustradas não apenas por decisões administrativas contraditórias, mas também por decisões judiciais dessa natureza. Nada obstante a potencial reversibilidade de decisões judiciais não transitadas em julgado,



não parece razoável restringir a aplicação do princípio da proteção da confiança ao âmbito da Administração Pública, pois a invalidação da posse em cargo público determinada por decisão judicial prolatada há décadas pode, presentes determinadas condições adiante exploradas, frustrar expectativas legítimas criadas pelo ato estatal pretérito, causando, portanto, forte abalo à segurança jurídica.

Com base no exposto pelo Ministro, é possível verificar que no caso em análise, as expectativas com relação à consolidação da decisão judicial mantida por anos, não geraram apenas na servidora o sentimento de confiança legítima e segurança jurídica, mas para a própria Administração e para sociedade. Assim, a utilização da teoria do fato consumado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, demonstra que a manutenção da servidora no cargo foi motivada, especialmente, pelo decurso do tempo; ou seja, o afastamento dos dispositivos constitucionais e princípios como a isonomia, a legalidade e a impessoalidade, teve por principal motivo a demora da tutela judicial, relacionada aos trâmites processuais legais, em outras palavras.

Peculiaridade esta que, diante do entendimento expresso pelo Supremo Tribunal Federal, não deve ser utilizada como fundamentação (teoria do fato consumado) para manutenção de decisões judiciais que estejam conflitantes com a lei e os princípios constitucionais já citados. Assim, o decurso do tempo, para o Supremo Tribunal Federal, não deve beneficiar a servidora pública agente de polícia civil estadual, ainda que tenha sido o mote para consolidar as expectativas de segurança jurídica e confiança legítima em face do agir do Estado.

Os votos divergentes, respectivamente dos Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, sustentaram os seguintes fundamentos: de que a decisão que possibilitou a manutenção no cargo não foi uma decisão precária, pois houve julgamento de mérito e posteriormente o Tribunal manteve a decisão de primeiro grau; de que o Tribunal fundamentou na teoria do fato

consumado, tendo em vista, especialmente, o lapso temporal transcorrido e que, teria por si, consolidado a situação fática da servidora; que nem sempre o caminho da ponderação entre os interesses individuais e coletivos será suficiente para elidir um conflito de normas, tal como as circunstâncias do caso concreto, segundo dizeres de Luís Roberto Barroso:

nem sempre isto ocorrerá, pois é possível conceber situações em que haverá potencial colisão entre normas constitucionais: de um lado, o princípio constitucional da proteção da confiança (vertente subjetiva do princípio da segurança jurídica), e, de outro, o princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público.

À primeira vista, as colocações de Luís Roberto Barroso apontam para a ideia de romance em cadeia, em um reconhecimento de que é possível que em determinados casos, o conflito entre normas constitucionais, a adequação e a interpretação, leve o juiz à decisão conforme os aspectos anteriores daquele caso específico, e, portanto, mantendo a fluidez do romance em cadeia. Para o caso em apreço, uma decisão oposta à que foi expressa pelo Supremo Tribunal Federal, sustentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, aparentemente seria uma decisão de acordo com os atos decisórios anteriores e, em face do já esposado entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da teoria do fato consumado e concursos públicos, uma decisão excepcional.

Entretanto, cabe neste ponto analisar as decisões fundamentadas em excepcionalidades, como no recente caso do julgamento do afastamento do presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha.

Eduardo Cunha, presidente da Câmara dos Deputados, foi suspenso por decisão em Ação Cautelar nº 4070, conforme ementa a seguir:

Constitucional. Processual penal. Medida cautelar de suspensão do exercício da função (art. 319, VI, do CPP), a abranger tanto o cargo de Presidente da Câmara dos Deputados quanto o mandato parlamentar. Cabimento da providência, no caso, em face da situação de franca excepcionalidade. Comprovação, na hipótese, da presença de múltiplos elementos de riscos para a efetividade da jurisdição criminal e para a dignidade da própria casa legislativa. Especificamente em relação ao cargo de Presidente da Câmara, concorre para a suspensão a circunstância de figurar o requerido como réu em ação penal por crime comum, com denúncia recebida pelo Supremo Tribunal Federal, o que constitui causa inibitória ao exercício da Presidência da República. Deferimento da medida suspensiva referendado pelo plenário.

O emblemático caso, devido à fundamentação, foi objeto de análise por parte de Lenio Luiz Streck (2016), que assim manifestou:

Todos sabem que sou um conservador-no-sentido-de-conservar-a-Constituição. Procuo ser coerente. Por isso posso dizer, de forma insuspeita, que o Supremo Tribunal Federal errou ao tirar Eduardo Cunha desse modo e nessa hora. O Supremo Tribunal errou duas vezes: primeiro, por não ter retirado Cunha no momento apropriado; segundo, porque fundamentou na excepcionalidade, suspendendo a lei e a Constituição.

Percebe-se que há dois aspectos na abordagem de Lenio Luiz Streck, o lapso temporal, que segundo a leitura integral do texto, é possível verificar, consolidou e conferiu legalidade a todos os atos por Cunha praticados, e a fundamentação na excepcionalidade. Além disso, importa ressaltar que Cunha adotou práticas que o colocaram sob suspeita de ilícitos e que, portanto, passaram a ser também verificáveis na esfera penal. No mesmo texto, Lenio Luiz Streck faz referência também ao destacado caso Elmer (Riggs vs. Palmer), que além do voto positivista exegético (o que não é proibido, é permitido), recebeu naquela oportunidade, dois votos

em sentido oposto, utilizando como fundamento os princípios, resultante em uma decisão, por maioria de votos, com fundamento no princípio de que ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza.

O caso de *Riggs v. Palmer*, apenas para retomar as peculiaridades, notadamente conhecido, que abriu caminho para a teoria de Ronald Dworkin, envolveu o assassinato por envenenamento de Francis Palmer, por seu neto Elmer Palmer, beneficiário de uma pequena fortuna deixada por seu avô. Elmer, que residia com seu avô e, portanto, sabia do testamento, verificou que diante do novo casamento e pacto antenupcial do avô (que era viúvo), teria como consequência a perda dos bens que receberia por força do testamento. O juiz Robert Earl escreveu em sua decisão que, diante à reivindicação da propriedade de Elmer, a Corte caberia apenas perguntar: “terá Elmer, nestas circunstâncias, o direito de receber a herança?”. Para respondê-la, a Corte expressou que existe uma lógica a se considerar. As normas relativas aos testamentos indicam as formalidades que devem ser respeitadas para validade. Entretanto, a lei de sucessões de Nova York, aplicável ao caso, nada estipulava quanto à possibilidade do testamento ser ou não cumprido, se a pessoa beneficiária houvesse assassinado o testador (ENGELMANN, 2001, p. 41). A lógica leva a refletir que o juiz, diante de situações peculiares, que podem ser para além do texto legal ou que o texto seja insuficiente, deve desenvolver métodos e avaliar estas situações concretas utilizando uma interpretação racional. Nos *hard cases*, para se obter uma decisão justa, o julgador precisa se colocar no lugar do legislador e questionar-se se, no momento de concepção daquele texto legal, havia refletido e compreendido tal caso. Ademais, as leis e os contratos precisam ser considerados em suas operações e efeitos pelo princípio de que a nenhuma pessoa é permitido lucrar em fraude própria, tirar proveito de erros, reivindicar qualquer benefício diante de sua própria iniquidade, ou, ainda, obter bens em razão de crime que tenha cometido. São

fundamentos com base em leis universais, que expressam a máxima segundo a qual os testamentos (e os contratos) possuem o propósito de terem suas cláusulas de vontade asseguradas, porém que a garantia de cumprimento não deve ser mantida, se para o cumprimento das mesmas forem utilizados meios fraudulentos (ENGELMANN, 2001, p. 41).

Nota-se que os três casos (da servidora do Rio Grande do Norte; Eduardo Cunha e Riggs vs. Palmer) possuem elementos que devem ser estudados. No primeiro caso, há boa fé na conduta da servidora estadual. Nos demais casos, existe uma conduta que nasce contaminada de má-fé, devido ao fato de expressar a utilização de meios fraudulentos e ilícitos de auferir vantagem.

Também no primeiro caso, embora não tenha sido uma decisão unânime, prevaleceu o entendimento de que os dispositivos constitucionais referentes ao tema e os princípios a eles relacionados, somados à prevalência do interesse público, não permitem a manutenção da servidora no cargo. Logo, é possível verificar uma decisão positivista,<sup>2</sup> que afasta argumentos de

---

<sup>2</sup> A expressão 'positivista' utilizada, remete necessariamente às reflexões propostas pelo Prof. Dr. Lenio Streck (2014, p. 135-137): "Assim, é positivista quem ainda defende que a norma e texto coincidem, ou que são a mesma coisa; que o sentido está nas coisas (realismo filosófico), o mito dado; que a lei teria um sentido em si. Desta forma, a norma já estaria pronta para uso por intermédio da subsunção e dos raciocínios silogísticos no predomínio de uma razão teórica asfixiante. A enunciação da lei é descolada da facticidade, tornando uma razão autônoma atemporal (por isso digo que positivismo é cronofóbico e factumfóbico). Neste contexto, estamos diante de uma discricionariedade legislativa, o direito já possui as respostas antes do surgimento das perguntas, assim, a jurisdição seria a emanção de uma vontade (*mens legis ou mens legislatoris*) que se impõe independentemente de uma inserção em um contexto compartilhado de significâncias. Em outro momento, no positivismo normativista, descobertas as insuficiências do exegetismo, passou a chamar à colação a subjetividade do intérprete, que, de forma solipsista (lembremos, sempre, do problema da dicotomia "vontade-razão" e o "produto" da superação do segundo pela primeira), levanta o véu que "encobre" a resposta que a regra não pôde dar. Trata-se de uma visão simplista do direito, pela qual, do "aprisionamento" dos fatos na "racionalidade da lei", salta-se para o triunfo da vontade sobre essa razão plenipotenciária. Destarte, é também positivista quem defende que a norma e texto estão absolutamente descolados, que diante da plurivocidade dos signos linguísticos o sentido estaria na subjetividade do intérprete; que a partir da vontade o sujeito solipsista teria livre espaço para dizer o direito e buscar o justo, mesmo que *contra legem*, no predomínio de uma razão pragmáticista incontrolável. O direito seria aquilo que os juízes dizem que é. [...] Há algumas décadas observa-se uma tentativa de aprimoramento do positivismo normativista por algo que pode ser denominado como positivismo axiológico, e aqui se insere parcela considerável dos neoconstitucionalistas ou pós-positivistas. Partindo da cisão entre os casos fáceis e casos difíceis,

insegurança jurídica em razão do decurso de tempo e considera oponível apenas aos atos da administração o princípio da confiança legítima. Enquanto nos outros dois casos, um brasileiro – Cunha e o paradigma americano, *Riggs vs. Palmer*, a decisão prolatada fundamenta-se da excepcionalidade do caso e princípios.

No entanto, não apenas a fundamentação merece atenção, mas nos dois casos brasileiros, as argumentações quanto ao decurso de tempo. No caso da servidora do Rio Grande no Norte, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o tempo, fator considerado na decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado, não é determinante para fundamentar uma decisão, uma vez que não havia o trânsito em julgado e, por não ser aceitável que o decurso do tempo, em face da sobrecarga de trabalho dos tribunais, acabe por se tornar fundamento de uma decisão colegiada e consolide circunstâncias como a da servidora. Noutras palavras, o decurso do tempo não assegurou o interesse da servidora que durante anos se manteve no exercício do cargo.

Com relação ao decurso do tempo, é problemática que Lenio Luiz Streck comenta no caso Cunha, ao referir “nada disso foi discutido na decisão do Supremo Tribunal Federal que afastou Cunha. Esta, além de ser tardia, acabou por colocar – como efeito colateral – um manto de validade em todos os atos de Cunha até o

---

misturam exegetismo com um normativismo kelseniano ou (pseudo)racionalizado pelo método, que em muitas vezes apenas encobre/justifica decisões solipsistas. Os *easy cases* seriam resolvidos por intermédio da subsunção, e os *hard cases* abririam espaço para o papel criativo do juiz em decidir a partir de princípios ou valores imanentes à lei, ou provenientes do ideal de justiça ou da própria sociedade, utilizando-se da ponderação e/ou a argumentação jurídica. [...] Do exposto, pode-se concluir que: a) apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista... ou pode não ser, depende do modo como entendemos a linguagem; b) do mesmo modo, não apegar-se à letra da lei pode caracterizar uma atitude positivista ou antipositivista (ou se quisermos, pós-positivista ou não-positivista); c) por vezes, “trabalhar” com princípios (e aqui vai, mais uma vez, meu libelo contra o pamprincipiologismo que tomou conta do “campo” jurídico *terrae brasílis*) pode representar uma atitude (deveras) positivista; d) utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais – sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) ou de uma interpretação que guarde fidelidade à Constituição – é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen, quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionário de Herbert Hart (e de seus sucedâneos mais radicais, como os neoconstitucionalismos)”.

dia 5 de maio, fundamentando-se em circunstâncias excepcionais” (STRECK, 2016). Observa-se que o denominado “efeito colateral” cobriu de validade os atos praticados por Eduardo Cunha – questionáveis quanto à licitude; mas não foi relevante para convalidar ou cobrir de validade os atos judiciais e administrativos anteriores ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da servidora no cargo. Assim, embora em ambos os casos a argumentação quanto ao lapso temporal ou decurso do tempo tenha afetado o destino dos envolvidos, em um deles a fundamentação na excepcionalidade do caso revestiu de licitude os atos que deveriam ser questionados quanto à sua validade e em outro, não assegurou a manutenção do cargo embora a expectativa da servidora, com base em princípios como o da confiança legítima, vinculado à segurança jurídica.

Cabe refletir, diante destes exemplos, considerando-se a ideia de romance em cadeia, sobre os efeitos das decisões par aos envolvidos, e, sobre a discricionariedade na manutenção de determinadas circunstâncias com base em circunstâncias fáticas peculiares, com fundamentação na excepcionalidade e em princípios. Ronald Dworkin (2010, p. 36) assim entende sobre princípios:

Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente a melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (embora alguns objetivos sejam negativos, no sentido de que eles estipulam que algum aspecto presente deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não proque irá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio.

Segundo Ronald Dworkin, é adequada a aplicação de um princípio quando, embora não exista expressa previsão legal, a aplicação direta do texto da lei, resultaria em beneficiar um indivíduo em razão de sua própria atitude fraudulenta ou ilícita. A esta dissonância entre a previsão legal e o caso concreto, Lenio Luiz Streck denomina “porosidade”. Para o autor, neste contexto de peculiaridades de determinados casos (os considerados *hard cases*) que é possível verificar a porosidade da regra e o caráter de fechamento de um princípio (2011, p. 474-475):

Isso é próprio da virtuosidade dos princípios. O mundo prático, isto é, a manifestação existencial de uma comunidade de princípios, dá-se não simplesmente por intermédio de categorias e enunciados assertóricos. Na verdade, a virtude republicana aponta para limitações do código lícito/ilícito (ou seja, o que não é proibido é permitido), isto é, o que não está vedado na lei dos testamentos estaria permitido. Ora, esse é o caráter de “universalização” do exemplo, uma vez que é impossível um sistema jurídico prever as inúmeras hipóteses de incidência das regras jurídicas.

Lenio Luiz Streck, na sequência, comenta sobre o caso americano, referindo que “a concreta normatividade do fenômeno jurídico somente ocorre – como ocorreu no referido case – com a incidência principiológica” (2011, p. 475), a regra sobre os testamentos permanece vigente, apenas para aquele caso especificamente ela não pode ser aplicada, pelo que, a partir da aplicação dos princípios, resulta em uma nova norma, conseqüentemente evidenciando o caráter universalizável do princípio, que incidirá nos próximos casos.

Voltando ao caso da servidora pública agente de polícia civil no Estado do Rio Grande do Norte, esta não foi movida por má-fé, obteve a “vantagem” (posse no cargo para o qual prestou concurso – embora por razões jurídicas específicas não tenha participado de todas as etapas – através da tutela judicial,



inicialmente em sede liminar, confirmada pelo juízo de primeiro grau e mantida pelo Tribunal de Justiça), entretanto, não obstante a permanência no cargo por aproximadamente 14 anos, a decisão do Supremo Tribunal Federal lhe reverteu a situação fática para retirar-lhe do exercício profissional. Afastados todos os elementos de aprovação em curso de treinamento, inexistência de impedimento ao exercício da atividade, com fundamento na regra disposta na Constituição Federal. O destino da servidora e – porque não dizer – do interesse público restou alterado por uma decisão colegiada positivista, a despeito dos princípios da confiança legítima e segurança jurídica suscitados pela servidora, além da consolidação de sua atuação no cargo por décadas, em face do decurso do tempo.

Diferentemente, no segundo exemplo brasileiro, de Eduardo Cunha, o decurso do tempo, pelo denominado “efeito colateral” de Lenio Luiz Streck, convalidou todos os atos praticados, ainda que eivados por má-fé ou atos que restarão submetidos ao crivo da esfera penal, além da administrativa.

### **3 O fundamento do Supremo Tribunal Federal: reflexões sobre o romance em cadeia**

Francisco José Borges Motta, ao tratar sobre a concepção de um “dever judicial”, distingue o substancialismo de o chamado procedimentalismo. O autor trabalha estes conceitos a partir de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Lenio Luiz Streck, por entender que se trata de concepções não conflitantes, mas complementares, despidas da visão de oposição que comumente se lhes aplica. E possui o objetivo de explorar as “exigências processuais da construção de respostas jurisdicionais democraticamente consistentes”. Assim, segundo o autor (MOTTA, 2014, p. 50-51):

em linhas gerais posturas procedimentalistas veem a Constituição como uma garantia para que o jogo político ocorra dentro da lei, ao passo que, as substancialistas, entendem que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes o judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência a vontade geral implícita/explicita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e no Ocidente.

Além disso, refere (MOTTA, 2014, p. 54):

A constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de construir condições justas de vida; somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do Direito. Neste sentido, o papel do controle jurisdicional da Constituição consiste, primariamente, em proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos.

Voltando ao caso em apreço – o julgamento do Recurso Extraordinário nº 608.482 –, é possível observar a existência de conflitos de princípios constitucionais, há argumentação sobre a ponderação entre os interesses individuais e os interesses públicos, de modo que o Supremo Tribunal Federal confere maior importância a prevalência dos interesses públicos, em especial no que diz respeito ao cumprimento dos dispositivos legais constitucionais, que ditam as regras para aceder a cargo público e os princípios a elas relacionados (isonomia, vinculação ao edital, entre outros já mencionados). O conflito consta especificamente entre os princípios referidos pelos votos divergentes e pela fundamentação do voto do Ministro Relator, conforme ponderações lançadas no teor da ementa:

Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em

decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito *ex tunc*, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.

Além disso, também na exposição da fundamentação se lê:

é realmente difícil, em face das disposições constitucionais que regem o acesso a cargos públicos, justificar a manutenção da situação pretendida pela recorrida. Não se trata, sequer, de considerar o argumento da boa-fé ou o princípio, a ela associado, da proteção da confiança legítima do administrado.

O Relator também comenta sobre a natureza das tutelas cautelares e a incidência da teoria do risco, o que consequentemente coloca quem delas depende em uma situação de ausência de “suporte lógico ou teleológico para, em relação aos efeitos de sua efetivação, pretender evitar o retorno ao *status quo ante* invocando o princípio da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima”.

A fundamentação do Ministro Relator acrescentou outros precedentes de decisões da Corte em casos de concurso público, demonstrando clareza quanto ao afastamento da teoria do fato consumado e dos princípios invocados pela servidora, além de tornar evidente uma vinculação direta com o texto constitucional. Como é possível observar: “Em casos dessa natureza, a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal é a de dar prevalência à estrita observância das normas constitucionais e ao interesse público”. Colaciona também, conforme ementa do

julgado Recurso Extraordinário nº 405.964, da 1ª Turma, Ministro Relator Dias Toffoli, em 16 de maio de 2012, em que “a jurisprudência deste Tribunal é o sentido da inaplicabilidade da teoria do fato consumado a casos nos quais se pleiteia a permanência em cargo público, cuja posse tenha ocorrido de forma precária, em razão de decisão judicial não definitiva”.

Neste ponto, importa lembrar o caso da candidata/servidora, cuja argumentação do voto divergente salientou não se tratar de manutenção em cargo público em razão de uma decisão (processualmente) precária, pois, embora tenha obtido a posse em virtude de uma liminar, a mesma foi deferida pelo juízo de 1º grau, quando da análise do mérito, e ratificada pelo Tribunal de Justiça Estadual. Assim, retomando as ponderações postas no primeiro tópico deste estudo, vale pensar os diferentes destinos possíveis à candidata/servidora, com base na ideia de romance em cadeia, das decisões mais próximas de um procedimentalismo ou, de outro lado, substancialismo.

Segundo os argumentos do Supremo Tribunal Federal, as decisões anteriores foram equivocadas, inadequadas e inconstitucionais, pois permitiram a posse e manutenção no cargo de uma pessoa que não cumpriu os requisitos constitucionais de ascensão ao mesmo, por outra via, rompe-se com a lógica do romance em cadeia (e seu significado quanto à interpretação e decisão correta), afastando as questões que envolvem a expectativa (individual quanto ao cargo, mas pública quanto ao teor da decisão judicial e a confiança nas tutelas – desde a liminar – até segundo grau), segundo a qual, Francisco José Borges Motta esclarece a concepção de Ronald Dworkin para a associação do romance em cadeia e a interpretação: “Dworkin não considera a interpretação jurídica como uma atividade *sui generis*, destinada a descobrir o significado de um texto, mas isso sim, como uma atividade geral, operada de igual forma em outros contextos” (2014, p. 35) tal associação da literatura com o direito, na arte de interpretar remete a necessidade, segundo Motta, “interpretações que se

ocupem do objetivo ou o significado da obra como um todo” (2014, p. 35), ou seja, para Ronald Dworkin, “decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como este estranho exercício literário” (DWORKIN, 2005, p. 235-237) em que cada interprete deverá agir com responsabilidade e valor. Neste sentido, Francisco José Borges Motta (2014, p. 35) comenta que:

os interpretes tem grandes responsabilidades, e a melhor interpretação de um direito ou de um poema é a interpretação que melhor atenda a estas responsabilidades [...] e porque há desacordo entre estas responsabilidades, porque há dissenso entre os valores em questão, que surgem as divergências interpretativas

Divergências que podem ser observadas no voto divergente do Ministro Luís Roberto Barroso, contrapondo os argumentos do Ministro Relator, como é possível verificar:

O Ministro Teori tratou a matéria como sendo uma oposição entre os interesses individual do candidato em permanecer no cargo, de um lado, e, de outro, o interesse da Administração Pública em fazer valer o mandamento do concurso público. Não estou certo de que esse tipo de debate sempre envolva esses dois vetores e, sobretudo, não estou convencido de que eles caracterizem bem este caso concreto – em seguida, direi por quê. Em segundo lugar, a meu ver, e com todas as vênias, o Ministro Teori trata com igualdade e, portanto, com mesmo efeito, decisões que, no meu entendimento, tem graus diferentes de estabilidade. Uma coisa é o servidor ser investido em um cargo público por uma liminar; a outra, é o servidor estar investido em um cargo público por uma decisão de tribunal de segundo grau. Portanto, entendo que o grau de estabilidade e o nível hierárquico da decisão podem e devem fazer diferença. E a minha terceira consideração, de ponto de observação diferente, é que o Ministro Teori Zavascki considera que o princípio da proteção da confiança somente é aplicável à Administração Pública, não sendo aplicável às hipóteses em que eventual expectativa de direito venha

resultar de decisão judicial, posição com a qual, igualmente, eu não estou de acordo.

Contudo, [idealiza-se que] o juiz deve realizar este exercício em busca da resposta correta, a decisão adequada, especialmente nos *hard cases*, esteja ele inclinado ao substancialismo ou ao procedimentalismo. Sobre isto, cabe ressaltar o entendimento de Lenio Luiz Streck (MOTTA, 2014, p. 67) de que:

à jurisdição cabe, no contexto brasileiro, a implementação de direitos substantivos previstos na Constituição; e teme que a visão procedimentalista, ao dar por pressuposta a superação do modelo de Estado Social –com sua ênfase na garantia dos processos de formação de opinião e vontade, acabe por enfraquecer as tarefas de integração e inclusão sociais próprias do Direito contemporâneo.

É possível observar ainda, conforme Lenio Luiz Streck comenta, que com o advento da Constituição Federal, um Estado Democrático e Social de Direito, “a vida política passou a ser caracterizada por um acentuado deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional” (MOTTA, 2014, p. 59). Ainda, o autor aduz (STRECK, 2014, p. 64):

No Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social a primazia ficava com o executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário.

Assim, como já mencionado, em citação à Francisco José Borges Motta, é a Constituição que determina os procedimentos políticos segundo os quais os cidadãos podem perseguir cooperativamente o projeto de construir condições de vida justas,

tais condições só se poderá alcançar ao observar as condições constitucionais na origem democrática das leis, razão pela qual o papel do Supremo Tribunal Federal como corte de controle jurisdicional da Constituição, em julgamento de casos com o da candidata/servidora, deve ser, segundo Francisco José Borges Motta, o de proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos (2014, p. 54).

Diante destas colocações, considerando-se que as decisões anteriores no caso da candidata/servidora, sejam consideradas corretas, em face das concepções de valor e responsabilidade e partindo de uma ideia de romance em cadeia, a referida decisão apontaria para uma decisão equivocada no Supremo Tribunal Federal, que, partindo de outros pressupostos, afastou qualquer argumentação viável para sustentar a segurança jurídica e o princípio da confiança legítima (e, não se pode olvidar, o decurso do tempo em razão da morosidade do judiciário), adotando o método da subsunção, distanciando-se o quanto possível do caso concreto, para assegurar a aplicação direta da ordem constitucional que estabelece os parâmetros para investidura em cargo através de concurso público, demonstrando majoritariamente (posto terem dois votos divergentes), que o interesse público é pela manutenção da regra constitucional, e fez sobressair diante do interesse individual da candidata/servidora, a despeito de todas as peculiaridades de seu caso específico, a predominância dos princípios relacionados aos artigos 5º e 37 do texto constitucional, que determinam a isonomia e o concurso público.

Por outro lado, considerando-se correta (adequada) a decisão do Supremo Tribunal Federal, rompe-se com as concepções sobre princípios da confiança legítima e segurança jurídica, e de súbito (e após quatorne anos de permanência no cargo) se lança luz a um equívoco (recorrente) desde o juízo que deferiu o pedido liminar até a decisão de segundo grau. Esta circunstância remete à reflexão necessária e urgente sobre o viés de condutas substancialistas – aquela que conforme Lenio Luiz

Streck seria a mais adequada ao arranjo constitucional brasileiro – que através da intervenção do Poder Judiciário se poderia verificar a implementação de determinados direitos (MOTTA, 2014, p. 96). Importante lembrar que por substancialistas observou-se o conceito de Francisco José Borges Motta, já referido, mas que importa ratificar: são aquelas condutas que buscam equilibrar e harmonizar os demais poderes, e que o papel do judiciário seria o de ser o intérprete que coloca à luz a vontade geral implícita/explicita no direito positivo, em especial nos textos constitucionais, nos princípios de valor permanente para determinada cultura (MOTTA, 2014, p. 51).

Entretanto, não significa dizer de abrir espaço a um ativismo judicial ou decisionismos, sobretudo em tempos de se verificar decisões com precária fundamentação, que recorrem de qualquer modo a um pan-principiologismo<sup>3</sup> diante da porosidade das regras. Lenio Luiz Streck comenta que “os princípios introduzem um mundo prático no direito, ‘fechando’ a interpretação, ou seja, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete” e acrescenta, sobre o papel relevante da hermenêutica, que “salta na frente para dizer que, primeiro, são incindíveis os atos de interpretação e aplicação (com o que se supera o método) e, segundo, não há diferença estrutural entre *hard cases* e *easy cases*” (2011, p. 239).

---

<sup>3</sup> Com o pan-principiologismo, ocorre uma fragilização daquilo que é ponto central do novo direito (pós-bélico, como diria Mário Losano): o seu elevado grau de autonomia. Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais, etc. Só que estas, depois que o Direito está posto – nesta nova perspectiva (paradigma do EDD) – não podem vir a corrigi-lo. Na mesma linha, acrescento, ainda com Dworkin, a necessidade de uma justificação moral mais abrangente para a teoria jurídica não pode significar que o Direito seja tomado por moralistas pessoalistas. No fundo, cumprir o Direito em sua integridade evidencia a melhor forma de condução da comunidade política. Essa melhor forma não representa uma exclusão da moral, mas, antes, incorpora-a. O Direito não ignora a moral, pois o conteúdo de seus princípios depende dessa informação. Todavia, quando o Direito é aplicado, não podemos olvidar dos princípios, tampouco aceitar que eles sejam qualquer moral (STRECK, 2012).



A decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário objeto deste estudo aponta para uma desconexão com o caso concreto, se vislumbrado unicamente o cumprimento da regra constitucional e, ainda, evitar um precedente que possivelmente acarretaria um sem número de litígios semelhantes. Diferente dos demais casos trazidos à colação (como o caso *Riggs v. Palmer*), não há omissão ou lacuna legislativa, porém, as peculiaridades do caso e o decurso do tempo o tornaram um caso complexo, tratado pelo entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal a partir da regra constitucional (e conseqüentemente considerando-se as decisões anteriores inconstitucionais) como outros tantos casos idênticos. E por falar em fundamentação na constituição, Lenio Luiz Streck (2015) comenta no seguinte sentido: “uma vez que a Constituição estabelece que a decisão deve ser fundamentada e estamos diante de uma garantia fundamental, nenhuma decisão pode ser obscura, omissa ou contraditória (ou ambígua) e, ao mesmo tempo, válida juridicamente”.

#### **4 Considerações finais**

Ao término deste estudo, ratifica-se a proposta inicialmente lançada de verificar a fundamentação do acórdão e as possibilidades de interpretação das regras jurídicas, através de alguns questionamentos já mencionados como aqueles que dispunham sobre quais as peculiaridades do caso em apreço que suscitaram a discussão da lei processual no tempo (?) e quais os fundamentos jurídicos utilizados pela candidata/servidora que ensejariam a consolidação da sua situação fática – com base em uma decisão precária (?) devido à ausência de celeridade processual (?). E ainda, sobre quais os fundamentos do Supremo Tribunal Federal, com relação à ponderação entre os interesses público/individual e dos princípios da confiança legítima e segurança jurídica (?).

Após as leituras propostas e a conversa entre diferentes exemplos – dentre eles o case norte americano, verificou-se que as peculiaridades do caso da candidata/servidora teve por principal peculiaridade, que integrou o voto divergente, o fato de ter sido eliminada por apenas uma flexão, e ter participado, após sua posse, de mais de quatorze anos de exercício profissional sem ter sido alvo de qualquer processo administrativo em razão de sua conduta, também por ter participado da última etapa do curso preparatório logrando grau 9,5 na matéria de educação física (em que foi reprovada por uma flexão), além disso, diante da boa-fé da candidata/servidora, não estava ela buscando vantagem em razão de sua torpeza, apenas que, o decurso do tempo gerou nela (e porque não dizer na sociedade, em virtude de se tratar de tutela jurisdicional) a expectativa de estabilidade das decisões jurídicas, a segurança jurídica através do princípio da confiança legítima, em especial, porque a Administração Pública a manteve no cargo sem qualquer implementação de processo administrativo para removê-la (a não ser na defesa do Estado no processo judicial). Ademais, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que incidiu no caso a teoria do fato consumado, aquela segundo a qual, em entendimento já expresso o Superior Tribunal de Justiça, sintetizou dizendo se tratar de situações jurídicas consolidadas pelo decurso do tempo, amparadas por decisão judicial, que não devem ser desconstituídas em razão do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações. Todavia, para situações de concurso público, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, não se aplica tal teoria, eis que prevalece o interesse público em dar efetividade ao texto constitucional. Assim, o decurso do tempo não deve beneficiar interesses individuais, como o caso apresenta.

O terceiro questionamento, responde-se então a partir desta premissa, de que os princípios da isonomia, da vinculação ao edital, e os demais relacionados aos artigos 5º e 37 da Constituição Federal afastam os princípios e a teoria invocada pela candidata/servidora.

Entretanto, cumpre observar que o decurso do tempo não “beneficia” a candidata/servidora, mas convalida todos os atos praticados por Eduardo Cunha até o seu afastamento do cargo pelo Supremo Tribunal Federal. Reflita-se que, caso a decisão do Recurso Extraordinário objeto deste artigo, resultasse em sentido oposto, seguindo uma interpretação tal e qual a proposta de romance em cadeia (em dar continuidade às decisões anteriores devido às peculiaridades do caso em concreto), haveria criação de uma nova regra de direito, que possibilitaria a posse em cargos sem o preenchimento da integralidade dos requisitos de concurso público, em situações em que restassem inconformidades por parte dos concursandos, uma vez que a regra processual constitucional é expressa, no sentido de somente convalidar o ato em caso de aprovação. Também haveria, embora a ideia de romance em cadeia pudesse ser atraente para satisfazer os anseios individuais, um precedente de ‘subterfúgio’ à lei processual, que devido aos trâmites legais processuais oportuniza inúmeras chances de recursos, tenderia por ter de revestir de licitude ou convalidar atos em razão do decurso do tempo. Noutras palavras, haveria vantagem a cada caso em que houvesse demora da prestação jurisdicional.

De outro lado, a Corte não adentrou à questão da convalidação e as licitudes dos atos praticados por Eduardo Cunha, que seriam desde logo questionáveis, evidenciando, no caso, que o decurso do tempo pode o ter beneficiado, muito embora também no caso de Eduardo Cunha se devesse levar em consideração o interesse público, tal como o Supremo Tribunal Federal fez no caso da candidata/servidora.

Por fim, cabe dizer que não se tem a pretensão de analisar do ponto de vista do certo e errado a decisão em análise, mas verificar os diferentes destinos das partes envolvidas, em razão da decisão judicial do STF, assim, é possível dizer que resta consolidado na Corte o entendimento de que não se deve falar em teoria do fato consumado nos casos semelhantes, que envolvem

inconformismos individuais, pois há predominância do interesse público sobre o individual, aplica-se a regra constitucional e se afasta as vicissitudes da vida, que a torna complexa e joga luz à porosidade das normas. Nestes casos específicos, o direito à autodeterminação dos cidadãos, consiste na observância ao texto constitucional que rege o acesso a cargos públicos, para então consolidar o ideal de perseguir cooperativamente o projeto de construir condições de vida justas.

Além disso, conforme o entendimento de Lenio Luiz Streck, as decisões tomadas através de critérios substancialistas é que são mais adequadas ao contexto brasileiro, pois visam mais do que simplesmente equilibrar e harmonizar os demais poderes, mas que o judiciário assuma um papel de intérprete que coloca à luz, a vontade geral implícita/explicita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais. É o que se pode verificar no acórdão, a eleição daquilo que é para o Supremo Tribunal Federal predominante sobre os interesses individuais – o interesse público, a vontade geral implícita/explicita de aplicação da regra constitucional.

## Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RE 709.934**. Rio de Janeiro/RJ, 21 de junho de 2007. Relator: Ministro Humberto Martins.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AC 4070**. Brasília/DF, 21 de outubro de 2016. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AC%24%2ESCLA%2E+E+4070%2ENUME%2E%29+OU+%28AC%2EACMS%2E+ADJ2+4070%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h8agrgf>>. Acesso em: 31 de jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 608.482**. Rio Grande do Norte/RN, 07 de agosto de 2014. Relator Ministro Teori Zavascki.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**; tradução Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico**. Princípios, regras e o conceito do Direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

HISTORICAL SOCIETY of the **NEW YORK COURTS Robert Earl** (20 setembro de 1824 – 2 dezembro de 1902). Advogado e político norte Americano. Juiz presidente da Corte de Apelação de Nova Iorque entre 1870 e 1892. Disponível em: <<http://nycourts.gov/history/legal-history-new-york/history-legal-bench-court-appeals.html?http://www.nycourts.gov/history/legal-history-new-york/luminaries-court-appeals/earl-robert.html>> Acesso em 31 jul. 2017.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Construção de uma Teoria Hermeneuticamente Adequada da Decisão Jurídica Democrática**. Tese (doutorado) – Universidade Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós Graduação em Direito, 2014, Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

SGARBI, Andrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **Supremo poderia usar fundamento da “excepcionalidade” para julgar Cunha?** Direito Vs Moral. Conjur. 08 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-08/streck-supremo-usar-excepcionalidade-julgar-cunha>> Acesso em: 27 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Virou moda dar o drible da vaca nos embargos de declaração no crime.** *Senso Incomum.* Conjur. 20 de agosto de 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/senso-incomum-virou-moda-dar-drible-vaca-embargos-declaracao-crime> > Acesso em: 05 ago. 2017.

## **Análise do julgamento do recurso extraordinário 608.482 à luz do debate Dworkin-Raz**

*Jéssica Cristianetti<sup>1</sup>*

### **1 Introdução**

No presente trabalho, objetiva-se analisar o Recurso Extraordinário nº 608.482, que teve repercussão geral e foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2014, com base nas teorias do direito preconizadas por Ronald Dworkin e Joseph Raz - a saber, o primeiro, um crítico ferrenho da doutrina do positivismo jurídico que travou debates diretos com Herbert Hart e também com o próprio Joseph Raz, construindo ao longo de sua carreira jurídica a Teoria Interpretativista do Direito, a qual tenciona que o Direito seja compreendido como um conceito interpretativo na busca pela resposta correta, ou seja, por princípios justificativos que sustentem o juízo defendido pela reflexão responsável que se dá pelo processo interpretativo, levando em conta a responsabilidade política dos juízes e a decisão judicial com coerência e integridade - elementos que visam à concretização da igualdade. Nessa concepção, os princípios têm

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos, bolsista CNPQ, Mestre em Direito Público pela mesma Instituição.

extrema relevância na decisão de cada caso, e são entendidos como parte do direito, juntamente com as regras.

Por conseguinte, Joseph Raz teorizou a corrente do Positivismo Exclusivo/Excludente - também conhecido como positivismo *duro* - uma doutrina que propõe a despreocupação total com a decisão jurídica, já que seu papel concentra-se meramente em descrever o direito que é proveniente de fatos sociais, portanto, a dimensão descritiva encontra-se separada da prescritiva. Nessa perspectiva, este direito reivindica autoridade, e os princípios não têm muita relevância para o positivismo jurídico em geral. Ademais, desvela-se excludente no sentido de que não aceita a incorporação de critérios morais na descrição do direito.

À vista das teses que se descortinaram, é fato que se evidenciam como antagônicas em diversos aspectos, como na responsabilidade política do juiz, na separabilidade (ou não) da moral e do direito, na utilização de princípios, na autoridade do direito, na discricionariedade judicial e na importância (ou não) de uma teoria da decisão. Pretende-se aqui primeiramente explicar - ainda que brevemente - sobre a decisão do Recurso Extraordinário; na segunda etapa, retomar os principais conceitos de Dworkin e de Raz, conectando pontos conflituosos à luz dos ensinamentos do jurista Lenio Luiz Streck, que realiza brilhante leitura do diálogo proposto para a análise. Já na terceira parte, intenta-se analisar os votos dos Ministros e o acórdão como um todo, com fundamento nas teorias estudadas, a fim de demonstrar se existem elementos que podem ser próximos da teoria interpretativista e como o positivismo excludente lida com a questão da decisão judicial. E é em tal sentido que finalmente se propõe averiguar a referida decisão judicial, examinando-se como aproximar os argumentos utilizados pelos Ministros do STF da teoria de Dworkin, verificando a possibilidade de inferir se a decisão cumpriu - ou não - os elementos de integridade e de coerência, de não utilização da discricionariedade, de busca por uma resposta adequada,



analisando-se, neste momento, como se posiciona Raz, em sua teoria positivista excludente.

## **2 A teoria interpretativa de Ronald Dworkin e o positivismo exclusivo de Joseph Raz**

Acerca do positivismo jurídico, tem-se que Dworkin promoveu severas críticas à doutrina, principalmente em seus debates com Hart<sup>2</sup>. Convém citar que dessas assertivas ocorreu uma divisão em dois grupos de positivistas: o positivismo inclusivo, cujos principais defensores foram Jules Coleman, Will Waluchow e o próprio Hart, e do outro lado, o positivismo exclusivo, que abarca Joseph Raz<sup>3</sup> e Scott Shapiro como seus estudiosos. (MACEDO JÚNIOR, 2014).

Esta parte do trabalho focaliza o positivismo exclusivo em contraposição com a teoria interpretativa, a fim de elucidar seus pontos controvertidos. Para fins de delimitação das concepções que serão analisadas, abordam-se alguns dos principais elementos fundadores da teoria de Dworkin, como a questão da coerência e da integridade, a tese dos princípios, a responsabilidade política do juiz, a autoridade, a ideia da resposta correta e a problemática relacionada à moral, ao mesmo tempo em que se contra-argumenta com a posição de Raz.

---

<sup>2</sup> No artigo *Modelos de Regras I*, reunido na obra *Levando os Direitos a sério*, Ronald Dworkin (2010) teceu diversas críticas a Herbert Hart, basicamente, em face de suas formulações acerca do positivismo jurídico realizadas em seu livro *O Conceito de Direito* (HART, 1961). Hart veio a falecer enquanto formulava respostas às críticas de Dworkin, porém, foram encontrados rascunhos destas formulações, sendo que Joseph Raz e Penelope Bullock revisaram e organizaram estas em um Pós-escrito, publicado na segunda edição da obra de Hart (1994). Na obra *A justiça de toga*, Dworkin (2010) teceu mais respostas às críticas de Hart, a qual, por óbvio, findou o debate. É interessante ressaltar que mesmo que Dworkin (2010) tenha despendido muita força para criticar o positivismo jurídico de Hart e, este reconhecia que o positivismo de Hart possuía uma forma poderosa, bem como elegante e de grande clareza.

<sup>3</sup> Utilizou-se para este trabalho apenas a teoria de Joseph Raz para articular a tese do positivismo exclusivo por entender-se que este é o que melhor teoriza sobre essa forma de positivismo, sendo também o seu principal expoente.

Em se tratando da introdução da teoria do positivismo excludente, na concepção de Raz (2010), o direito é aquilo que se cria por certas fontes sociais autorizadas, num comportamento humano que se baseia em razões, as quais são motivações que impulsionam o sujeito para agir - logo, regras são razões para agir. O direito surge das fontes sociais criadoras da norma, pela separabilidade da moral e do direito no plano da validade. Nessa concepção, o direito reivindica autoridade, e como autoridade jurídica, não pode haver razões do tipo moral, já que critérios morais são incompatíveis com a reivindicação de autoridade jurídica. (Informação verbal)<sup>4</sup>. Tais temáticas se aprofundam conforme se evolui no estudo da teoria de Dworkin.

Dworkin (2010a, p. 40) se propôs a construir uma teoria da decisão judicial, determinando que “é importante o modo como os juízes decidem os casos que se lhes apresentam”. Em contraposição, os positivistas preocupam-se com a mera descrição do Direito, sem atentar para a decisão judicial. (STRECK, 2017a). Portanto, uma primeira divergência resta clara, já que para o positivismo jurídico só é relevante o papel descritivo do direito, enquanto a teoria interpretativa importa-se também com a sua prescrição, ou seja, como será aplicado o direito descrito pelos teóricos, pelos Tribunais.

Tendo como ponto de partida a teoria interpretacionista do Direito de Dworkin, estudiosos como Guest (2010, p. 07) lecionam que “a teoria de Dworkin é que a natureza da argumentação jurídica encontra-se na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes”. Na visão de Streck (2017a), o diferencial da teoria Dworkiniana reside no “reconhecimento do Direito como atividade interpretativa”. É neste sentido que o próprio Dworkin (2010a, p. 22) aduz que “uma proposição de direito é verdadeira se decorrer de princípios de moralidade pessoal e política que

---

<sup>4</sup> Informação coletada da palestra de André Coelho, intitulada “Três vias do positivismo exclusivo: Raz, Marmor e Shapiro” no II Colóquio de Hermenêutica Jurídica: as voltas com o positivismo jurídico contemporâneo, realizada na UNISINOS em São Leopoldo, no dia 29 de junho de 2017.

ofereçam a melhor interpretação das outras proposições de direito geralmente tratadas como verdadeiras na prática jurídica contemporânea”.

Ou seja, busca-se a verdade através dos princípios de moralidade que possam proporcionar a melhor interpretação em contraposição com outros princípios. Ainda, a interpretação deve objetivar a melhor resposta, com princípios justificativos que sustentem o juízo defendido através de uma reflexão responsável que se dá pelo processo interpretativo que defende. (DWORKIN, 2010a).

Nesse panorama, no livro *Império do Direito*, Dworkin (2014, p. 492) questiona acerca de “o que é o Direito?”, e afirma que este “não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios”, mas é “uma atitude interpretativa e auto-reflexiva (sic), dirigida à política no mais amplo sentido”. Portanto, corrobora que o Direito contempla um conceito interpretativo, com dimensão argumentativa, que não se limita por um catálogo de regras e de princípios. Essa, pois, é a tese da interpretação propugnada por Dworkin.

Calha também destacar a diferença da abordagem da moral para cada uma dessas teorias, haja vista que, para o positivismo jurídico, a moral e o direito são totalmente independentes, separados. Já para a teoria interpretativa de Dworkin, “o direito é uma prática social cuja intencionalidade tem uma dimensão avaliativa moral e essencialmente argumentativa”. (MACEDO JÚNIOR, 2010, p. 158).

No livro *Justiça para Ouriços*, Dworkin (2012) modifica a forma como trata moral e direito, referindo-se ao direito não mais como um sistema rival de regras que podem entrar em conflito, mas como um ramo da moral. A moralidade pessoal deriva da Ética (viver bem), e a moralidade política é entendida como um desdobramento da moralidade pessoal. Assim, o interpretativismo “afirma que o direito inclui não só as regras específicas promulgadas em conformidade com as práticas aceites da

comunidade, mas também os princípios que fornecem a melhor justificação moral para essas regras promulgadas”. (DWORKIN, 2012, p. 410-411).

Outrossim, para a teoria interpretativa, a moral sintetiza um ramo do direito, com o qual se interliga, e no momento da produção legislativa de determinada comunidade, a moral deve ser levada em consideração na criação de tais normas. Além do mais, o direito e a moral são tratados como valores que se apoiam mutuamente e que não podem ser compreendidos como independentes um do outro. Nesse ponto, Dworkin refuta a tese do positivismo jurídico, a qual compreende direito e moral em dois âmbitos separados e que não devem se misturar.

A separação entre direito e moral, em conformidade com o positivismo excludente, se dá porque o direito é autônomo no nível da validade jurídica - não no nível do conteúdo ou da aplicação do direito. Para determinada norma ser juridicamente válida, esta não precisa ser moralmente correta. Para essa teoria, é impossível incorporar critérios morais em critérios jurídicos de validade. Nessa linha de pensamento, uma ordem que usa razões morais não tem capacidade para ter autoridade. (Informação verbal)<sup>5</sup>. Por conseguinte, o positivismo exclusivo entende que direito e moral são cindidos diante da inexistência de uma vinculação conceitual, e sua tarefa é apenas a de descrever o direito, excluindo a moral.

No que tange à razão excludente, Raz ensina que (1991, p. 227), “o sentido mesmo de uma razão excludente é excluir o atuar por outra consideração que seja uma razão válida para a ação”. Na leitura de Streck (2017a), as normas jurídicas são razões excludentes, ou em outras palavras, excluem outras razões, como a proveniente do campo da moral. Para Raz (1991), todas as regras contemplam razões excludentes, pois ao decidir seguir certa regra, se excluem outras possibilidades. A ideia geral da razão como

---

<sup>5</sup> Informação coletada da palestra de André Coelho intitulada “Três vias do positivismo exclusivo: Raz, Marmor e Shapiro” no II Colóquio de Hermenêutica Jurídica: as voltas com o positivismo jurídico contemporâneo, realizada na UNISINOS em São Leopoldo, no dia 29 de junho de 2017.

excludente fica clara: ao agir por determinada razão, se descartam outras razões que se apresentam.

Nesse ponto de vista, surge uma questão relevante: para Dworkin, o direito, como um ramo da moral, quer dizer que ele se subordina a esta? Motta (2014, p. 178) aponta a resposta: “a tese do direito como ramo da moralidade política, de maneira alguma, subordina o Direito à Moral”. Disso se segue que Dworkin intentou fugir da circularidade em que se encontra a visão que alega a total separação destes ramos, abordando então o direito como ramo da moral. (MOTTA, 2014). Destarte, o direito não pode ser subordinado à moral - posto que é apenas um ramo desta - e assim se interligam de forma que se reforçam mutuamente, mas não se subordinam um ao outro.

Diante da discussão que ocorre, Streck (2017a) assevera que Raz e Dworkin, mesmo com posições antagônicas sobre a separabilidade do direito e da moral, concordam em uma questão, e ambos

[...] não admitem que a moral corrija o direito. O primeiro não aceita a moral como fazendo parte do direito; o segundo, incorporando a moral. Só para deixar mais claro: Dworkin concorda com Joseph Raz no sentido de que o direito é uma prática social normativa. Para Raz, essa normatividade do direito exige uma legitimidade moral, sendo que a natureza institucional do direito exige que seja visto como um fenômeno social que demanda autoridade. Ele acha inadequada a tese de Raz de que essa base nas fontes exsurja independentemente de qualquer razão moral. (STRECK, 2017a, p. 134-135)

No que diz respeito à concepção de autoridade desenvolvida por Raz (1991, p. 73), tem-se que se trata de uma manifestação autoritativa que é entendida como uma razão excludente, e dessa forma, “dado que todas as manifestações autoritativas são razões excludentes, as normas ditadas por uma autoridade são razões excludentes”. À vista disso, “a validade sistêmica das normas

institucionalizadas depende da autoridade das instituições criadoras de normas ou aplicadoras de normas para regular a conduta e resolver as disputas”. (RAZ, 1991, p. 147). Uma manifestação de autoridade é dada como excludente tendo em vista que impõe uma regra a ser seguida e a torna obrigatória, eliminando outras razões existentes.

Na leitura que Coelho (2012) efetua de Raz, entende-se que autoridade torna o direito obrigatório, e não importam neste caso as razões pelas quais deveria agir de outra maneira; o que o direito reivindica dos indivíduos é a autoridade que não está aberta ao escrutínio racional do próprio indivíduo, alertando que é racional fazê-lo o se o Direito for legítimo, mas normalmente ele não é. Apenas para conhecimento, é significativo ressaltar que Dworkin (2006) criticou tal concepção de autoridade em virtude das dúvidas que tinha, inferindo que é difícil argumentar que toda norma dependa de autoridade para se tornar uma norma jurídica.

Na observação de Streck (2017a), o problema que surge é o seguinte: na tese positivista, o Direito reivindica autoridade que estabelece a obediência de suas regras, assim o julgador, por ter responsabilidade - já que é funcionário público - em certos casos, tem a possibilidade de não apresentar razões e de justificar tal ato com sua autoridade. Com isso, não existe obrigatoriedade de o juiz seguir o que a lei prevê, e caso entenda que não está moralmente vinculado, pode decidir de outra maneira; nesses casos, não estará fazendo raciocínios jurídicos, mas sim raciocínios práticos. O ponto fulcral aqui é que, quando o julgador aplica argumentos extrajurídicos que podem ser morais, sua decisão terá todos os efeitos de uma decisão que se utiliza de argumentos jurídicos, e a decisão irá então valer e se tornará Direito.

Em outras palavras, este Direito será posteriormente descrito pelo positivista exclusivo, e a moral passará a fazer parte deste Direito, pela fusão de dois âmbitos - a priori, incompatíveis - o que finalmente resume o paradoxo do positivismo exclusivo. Ainda na mesma discussão, Streck (2017a, p. 185) depreende que o

Direito, quando reivindica autoridade em contraposição a outros sistemas normativos, o faz com forte justificação moral, questionando: “de que modo o Direito estaria conceitualmente separado da moralidade se a reivindicação de autoridade que necessariamente o constitui é moral?”.

Com tais fatos, tem-se que a concepção de Raz sobre a tese da separabilidade entre direito e moral cai por terra, e é nítido que Dworkin se sobrepõe nessa disputa. Adentrando na temática da discricionariedade, na visão de Streck (2017b), o positivismo exclusivo aceita que o juiz decida com argumentos práticos, ou seja, que estão fora do mundo jurídico.

O juiz não está obrigado a aplicar o direito; ele apenas obedece ao direito se ele o interioriza, e quando “[...] acredita que não está moralmente vinculado, pode decidir de outro modo. Mas não estará fazendo raciocínios jurídicos”. (STRECK, 2017b, p. 45). Diante da expressão: “o direito não obriga o juiz” (STRECK, 2017b, p. 47), compreende-se desse modo que o juiz, na posição de funcionário público, não está vinculado às proposições do direito, e nessa perspectiva, ele está livre para decidir discricionariamente.

Conclui-se assim que a discricionariedade - característica central do positivismo - é aceita pelo positivismo excludente na medida em que o juiz pode lançar mão de argumentos jurídicos para empregar os ditos extrajurídicos que podem ser até mesmo argumentos morais, e então decidir da forma que lhe for mais conveniente.

Nos dizeres de Streck, “ser analítico na descrição, como é o caso do positivismo excludente, não significa que, no plano da aplicação do Direito o juiz não seja subjetivista, atuando no plano da filosofia da consciência”. (STRECK, 2017a, p. 207). Dessa feita, a cisão entre direito e moral defendida pelo positivismo excludente acaba quando o juiz passa a aplicar o direito com argumentos morais - e não jurídicos. Aqui se constitui o paradoxo do positivismo exclusivo.

Constata-se a superioridade do conceito de responsabilidade política de Dworkin em contraposição a que defende Raz. Para adentrar na discussão, é necessário voltar ao que Dworkin conceitua como princípios, os quais possibilitarão que juízes não decidam de maneira discricionária, pois fecham a interpretação - e pretende-se analisar como isso ocorre. O positivismo jurídico deixa de lado os padrões que não são regras - e aqui residem os princípios. Assim sendo, Dworkin se propõe a diferenciar os princípios de regras, as quais são entendidas como um sistema de tudo ou nada que pode ser comparado a um jogo.

Já os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem - do peso ou da importância - e no momento em que ocorre uma colisão entre dois princípios, cabe que seja feita a análise da força de cada um destes para que o conflito possa ser resolvido. Porém, se fossem duas regras em colisão, uma destas não é válida, o que não ocorre com os princípios, já que aquele que for o mais *fraco* diante do peso ou da importância não deixa de existir, como o caso de uma regra, que ao ser rejeitada, se inválida. (DWORKIN, 2010b).

De mais a mais, deve-se compreender que os princípios - para além das regras - servem para enunciar uma razão que dirige o argumento do juiz em uma decisão judicial a certa direção. (DWORKIN, 2010b). Segundo os ensinamentos de Dworkin (2010b, p. 36), o conceito de princípio deve ser apreendido como “um padrão a ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma moralidade”.

Nesse sentido, os princípios são exigência da moralidade e têm caráter vinculante para o direito. Além disso, “a regra não existe antes de o caso ser decidido; o tribunal cita princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra”. (DWORKIN, 2010b, p. 46). Isto é, regras são criadas pelo Tribunal pela justificação, que se dá por meio de princípios, e após a decisão,



novas regras passam a existir. Nessa linha de pensamento, o interpretativismo sugere que princípios morais também possam originar regras jurídicas, ainda que não promulgadas. (MOTTA, 2014).

Na definição de Streck (2013, p. 359), o uso de princípios, além de regras, se dá, pois, a “sociedade é formada por pessoas que além de obedecerem as regras criadas pelo acordo político, reconhecem também princípios comuns como norteadores de suas práticas (Comunidade de Princípios)”.

Portanto, é clara a importância dos princípios para a teoria de Dworkin, os quais são vistos como um “argumento normativo de moralidade política”. (STRECK, 2017a, p. 211). É por este motivo que os princípios fecham a interpretação: na concepção de Dworkin, eles já estão lá; no Direito, são padrões normativos ao lado das regras positivadas, e decidir com base em princípios não revela atitude discricionária, uma vez que se está decidindo dentro do Direito.

Todavia, um ponto importante da argumentação de Dworkin na leitura dos princípios seria objeto de crítica pelos positivistas, como para Raz, que pontuou que “uma coisa é um princípio ser vinculativo (binding) para um juiz e outra coisa diversa é ele ser vinculativo em virtude de ser parte do direito”. (POSTEMA, 2011, p. 408). Logo, os princípios não podem ser entendidos como vinculativos da forma que defende Dworkin, haja vista que Raz os compreende como meros padrões extrajurídicos.

Outrossim, na concepção dos positivistas exclusivistas, Dworkin errou ao considerar que os princípios são vinculantes como direito. Na suposição de Raz, os princípios não são standards - ou regras em sentido amplo - jurídicos, a menos que sejam dotados de autoridade. Dessa forma, eles constituem parâmetros extrajurídicos muito utilizados, assim como as regras de lógica, da geometria, ou normas de jurisdições diversas ou convenções internas de uma empresa. (PORTO MACEDO, 2013).

Em consonância com tais pressupostos, juízes aplicam princípios, embora não sejam entendidos como princípios propriamente jurídicos, mas sim, fontes extrajurídicas, conforme já citado, dentro desta leitura, que “a obrigação de aplicar princípios morais não os transforma em princípios jurídicos e não incorpora a moral dentro do direito”. (PORTO MACEDO, 2013, p. 190). Percebe-se, como bem enfatiza Porto Macedo (2013, p. 169), que

Raz não leva a sério a real gramática dos princípios dentro da prática jurídica, isso porque o que os juízes produzem não é apenas uma resposta plausível para as suas decisões, mas antes uma resposta correta considerando todas as dimensões envolvidas no problema (all things considered).

O positivismo jurídico, de forma geral, não demonstra grande preocupação com o papel dos princípios, negligenciando sua importância como padrões jurídicos que auxiliam na busca pela resposta correta em um sistema jurídico que não é composto apenas por regras. Streck (2017a), ao avaliar o debate entre Raz e Dworkin, exemplifica a discussão com o caso *Riggs versus Palmer*<sup>6</sup>, em que, em seu entendimento, para Raz, os princípios que Dworkin alegou não seriam princípios, mas apenas uma referência que revelaria que o direito é formado por um conjunto de regras, e seria apenas esse tipo de norma, que reivindica autoridade, a qual os juízes teriam vinculação para decidir um caso. Nesse exemplo, o positivismo vê que o princípio utilizado por Dworkin não é jurídico e não vincula; é apenas um raciocínio moral.

---

<sup>6</sup> Este caso é um exemplo utilizado por Dworkin (2014) para ilustrar o uso de princípios para solucionar os casos difíceis. Neste famoso caso, discutiu-se sobre a possibilidade de um herdeiro (Palmer), que havia assassinado o testador (Riggs), receber o que lhe havia sido descrito no testamento. A família de Riggs interpôs recurso junto à Corte de Apelações de Nova York, no qual a Corte decidiu por excluir Palmer do recebimento da herança. A Corte justificou a decisão com base no princípio (não positivado) de que “ninguém pode beneficiar de sua própria torpeza”. Nesse sentido, segundo leciona Porto Macedo (2013), para Dworkin, a inovação de um princípio em contraposição com a aplicação de uma regra clara, serviu como exemplo de que os princípios deveriam ser interpretados de maneira diferente das regras.

Na percepção de Raz, os princípios apenas podem ser standards jurídicos se reivindicarem/possuírem autoridade. Por fim, entende-se que essa é a visão de Raz no que tange aos princípios, compreendendo-os como parâmetros extrajurídicos que carecem de autoridade e não podem ser vinculativos como parte do direito. Resta claro o antagonismo entre a abordagem de Dworkin e Raz, em se tratando de princípios.

Diante da tese de que o poder discricionário do juiz congloba uma característica intrínseca do positivismo, Dworkin (2010b) atribui-lhe há dois sentidos fracos e um sentido forte, sendo que, “quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei”. (DWORKIN, 2010b, p. 55). O sentido forte concerne à ausência de limitações de uma autoridade ao uso do poder discricionário.

Dworkin refuta a tese do poder discricionário como entendida pelo positivismo jurídico e explicita a ideia da resposta correta; para tanto, cria a metáfora do Juiz Hércules para descrever a atividade do julgador, em que, de acordo com o entendimento de Streck (2017b, p. 209), “a assunção de responsabilidade política coloca sob os ombros do julgador o peso de um ‘trabalho de Hércules’”. A teoria da resposta correta abrange a responsabilidade judicial, cujo objetivo é que o julgador, dessa forma, não acabe aplicando a discricionariedade ao julgar um caso. Streck (2017a, p. 212) então alerta:

Note: decidir é agir com responsabilidade política. Responsabilidade de meio (não de resultado), de construir a resposta correta a partir da melhor interpretação possível do material jurídico básico (leis, códigos, precedentes, etc.) e dos princípios que conformam esse empreendimento coletivo (que remetem, por sua vez, a dimensões da dignidade humana). É uma questão de postura, pois, de atitude, diante de um problema jurídico (e não só moral e não só político e não só econômico).

Responsabilidade de aplicar o direito corretamente. Uma questão de princípio: garantir os direitos de quem efetivamente os possui.

Optou-se por reproduzir literalmente a citação supra por ser de clareza esplêndida, quando Streck arremata que o juiz tem o dever e a responsabilidade, enquanto funcionário público, de aplicar o direito de forma correta e de efetuar a melhor interpretação possível para chegar a uma *resposta correta*, e para isso, deve recorrer a todo o arcabouço jurídico - inclusive e principalmente dos princípios, a fim de garantir direitos. Ademais, necessita enfrentar substancialmente todos os argumentos postos pelas partes em seus fundamentos, os quais devem ser colocados de forma clara e sólida, a fim de que os envolvidos no processo possam identificar porque o juiz decidiu de tal maneira o caso a ele apresentado. (STRECK, 2017a).

Dworkin (2010b, p. 128) brilhantemente recomenda que “os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito”, insistindo na concepção de que o juiz não pode atuar de maneira discricionária e criar direitos que não se encontrem justapostos à legislação. Nessa linha de raciocínio, vale citar a diferenciação que Dworkin (2010b) elabora no tocante aos argumentos de princípio e ao argumento de política. O argumento de política refere-se à justificação de uma decisão política que promove ou resguarda um objetivo de uma comunidade como um todo; já os argumentos de princípio justificam uma decisão política em que se respeita ou se resguarda o direito de um indivíduo ou de um grupo. O exemplo trata da discriminação, “o argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio”. (DWORKIN, 2010b, p. 129-130).

Nessa seara, o juiz deve averiguar os direitos da parte, mesmo que não existam regras dispostas para o caso, e não criar novos direitos para decidir. Logo, mesmo os casos difíceis teriam

que ser decididos com base em princípios, e não em políticas. (DWORKIN, 2010b). Dessa forma, a saída de Dworkin para o julgamento de casos difíceis envolve a utilização de princípios que já se encontram no sistema jurídico; assim, o juiz não criaria um novo direito, fugindo de uma perspectiva discricionária, e os princípios fechariam a interpretação e impediriam o ato discricionário, por parte do julgador do caso.

As lições de Dworkin (2010b, p. 137) preconizam que “os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política”. A teoria “condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”. (DWORKIN, 2010b, p. 137). O juiz tem responsabilidade política, mas não faz política, faz direito. É um tradutor do sistema e, como um tradutor normal não pode traduzir como quer, assim é o juiz, ou seja, não pode agir de maneira discricionária e deve se ater ao que o direito dispõe. (STRECK, 2017a).

Nesta perspectiva, a ideia de uma resposta correta não significa que exista apenas uma única solução jurídica, porém que, mesmo diante de diversas possibilidades juridicamente defensáveis, o direito sempre apresentaria (uma) resposta para o caso em questão. Portanto, o direito entendido como um sistema tanto de regras como de princípios impossibilitaria o uso do poder discricionário, tendo em vista que, sempre haveria uma história institucional para ser reconstruída e que apresentaria a indicação da melhor decisão a ser adotada. (STRECK, 2013). Ou seja, os princípios fecham a interpretação.

Na opinião de Streck (2017a, p. 187), “penso que a melhor resposta é dada por Ronald Dworkin, que sustenta que, não importa a causa, boa ou ruim, ou se o crime é grave ou não, a aplicação sempre deve ser por princípio”. Decidir por princípio significa agir conforme o direito, em consonância com a lei; para

clarificar a questão, permite-se uma elucidação: “se a lei e a jurisprudência, dizem que, diante de tais e tais requisitos, o paciente deve ser solto, por mais tentador que seja deixá-lo preso, o julgador deve decidir por princípio, dizendo não à tentação e sim à liberdade!”. (STRECK, 2017a, p. 185). Dworkin finalmente defende a ideia de uma resposta correta, em que se decide por princípio, o que se dá através da responsabilidade política do juiz, pautada pela integridade, superando-se a discricionariedade.

Adentra-se no último ponto a ser analisado: a questão da integridade e da coerência. Para tanto, é necessário citar a criação do Juiz Hércules, em que Dworkin (2010b) refere que se trata de “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”. O objetivo de Dworkin (2014), ao teorizar o Juiz Hércules, é fundamentar a análise que possibilite a abstração dos problemas práticos dos juízes mortais, o que justifica Hércules como um jurista de capacidade sobre-humana. Nesse sentido,

Para Hércules, a integridade e a equidade irão balizar a justiça e a sabedoria de várias maneiras. A integridade exige que ele elabore, para cada lei que lhe pedem que aplique, alguma justificativa que se ajuste a essa lei e a penetre, e que seja, se possível, coerente com a legislação em vigor. Isso significa que ele deve perguntar-se sobre qual combinação, de quais princípios e políticas, com quais imputações de importância relativa quando estes competem entre si, pode proporcionar o melhor exemplo para aquilo que os termos claros da lei claramente requerem. (DWORKIN, 2014, p. 405).

Então, o que seria o ideal de integridade e de coerência? Para embasar a ideia de integridade como um terceiro ideal independente, Dworkin (2014) postula que, caso se preferisse utilizar para embasar a atividade política a equidade ou a justiça, se notaria que essas virtudes podem seguir caminhos contrários. Portanto, no momento em que as pessoas divergem de tais ideais,

pode-se adotar a integridade. Em consonância com a assertiva de Dworkin (2014, p. 260-261),

[...] a integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como os juízes decidem os casos difíceis nos tribunais. Sustentarei que o direito como integridade oferece uma interpretação melhor da interpretação jurídica do que as outras duas concepções que consideramos.

E a integridade no direito? Segundo as ponderações de Dworkin (2014), o princípio judiciário de integridade informa ao juiz que este deve identificar direitos e deveres de forma a expressar uma concepção coerente de justiça e de equidade. Isso posto, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. (DWORKIN, 2014, p. 272). Ou seja, a integridade apresenta um programa interpretativo aos juízes sobre como decidir, no qual devem levar em consideração os princípios aceitos pela comunidade.

Sobre a importância da história no direito como integridade, Dworkin (2014) sustenta que esta tem importância relativa, já que é relevante citar que não se objetiva buscar entender a intenção dos políticos que criaram determinada lei, mas apenas justificar o que fizeram no contexto de uma história geral, “uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado”. (DWORKIN, 2014, p. 274).

É nessa linha de pensamento que Dworkin aproxima a literatura do direito para endossar o que chama de *romance e cadeia*. Neste aspecto, o jurista entende que o juiz se aproxima do crítico literário, tendo em vista que quando julga um caso, está acrescentando a tradição que interpreta, e outros juízes

futuramente irão se encontrar com uma nova tradição que abrange o que foi realizado por aquele primeiro juiz. (DWORKIN, 2014).

No romance em cadeia, redige-se em série, interpretando os capítulos recebidos e escrevendo um novo, e assim sucessivamente. Deve haver atenção para escrever o romance da melhor maneira possível, com a responsabilidade da continuidade do projeto literário, desenvolvendo de forma conjunta um romance unificado que possua a melhor qualidade imaginável. Analogamente, a complexidade de um juiz ao decidir um caso de direito difícil como integridade é semelhante à continuação do projeto literário do romance em cadeia. (DWORKIN, 2014).

Na perspectiva ainda do romance em cadeia, na leitura de Streck (2013), a jurisdição necessita unir a história jurídico-institucional do passado construída coletivamente com as exigências da atualidade. Nisso, o julgador precisa interpretar as decisões anteriores e agir de maneira que encontre maior adequação e que faça com que determinada prática legal seja a melhor possível. Portanto, a história jurídica limita o papel que o juiz pode assumir, como suas convicções pessoais ao decidir. (DWORKIN, 2014).

Diante de um caso difícil, o juiz deve escolher entre interpretações aceitáveis, buscando compreender qual delas está em sua melhor luz, com base na moral política, da estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, todas as normas públicas como um conjunto. (DWORKIN, 2014).

A ideia do romance em cadeia objetiva que o crítico literário, comparado ao juiz, através da criação e da interpretação, mantenha a coerência a cada capítulo que escreve com o que já foi escrito pelos outros compositores da cadeia de criação. Com isso, Dworkin pretende impedir uma atitude subjetivista do romancista/juiz, o qual tem o dever de dar continuidade à escrita e não pode escrever o que sua consciência deseja, devendo manter a coerência do texto. Dessa forma, rebate a característica da discricionariedade do positivismo jurídico, ao evidenciar que não



abarca um recurso cabível aos juízes e que deve agir sob o manto da integridade e da coerência para a melhor resposta possível para o caso, sempre pautado pela responsabilidade política.

Em seguida à análise sobre as principais características da teoria interpretacionista de Dworkin e da tese do positivismo excludente de Raz, frisa-se que não se esgotaram as discussões sobre ambas as teorias, até mesmo pela sua extensão. O intuito foi revelar as principais divergências teóricas para que se possibilitasse analisar uma decisão judicial à luz destes antagonismos, na última parte deste trabalho.

Resta claro que a tese de Dworkin possui superioridade teórica em comparação à construída por Raz, o que se deve porque Dworkin elabora uma teoria da decisão e se preocupa com o modo como os juízes decidem, pela resposta correta, por meio da responsabilidade do juiz, que deve se pautar pela integridade e pela coerência, na utilização da melhor interpretação possível do material jurídico e dos princípios à disposição, evitando, assim, o uso da discricionariedade, por parte do julgador.

Raz, como bom positivista, apenas exige que o Direito seja descritivo, sem levar em consideração a problemática da decisão judicial. No entanto, nesse raciocínio acaba por afetar a prescrição do direito, pois ora descrito separado da moral, como defende o exclusivo, agora pode utilizar argumentos morais para decidir, ou seja, sem preocupação com qualquer forma de teoria da decisão, o juiz, por ter responsabilidade política, pode decidir como quiser - ou agir de maneira discricionária.

Em suma, durante o estudo, resta evidente que as teorias analisadas são claramente antagônicas, e defende-se a superioridade da teoria de Dworkin, pelos motivos já expostos. Portanto, neste momento, objetiva-se analisar o acórdão do STF sobre o Recurso Extraordinário nº 608.482 à luz das referidas teorias.

### 3 Análise do acórdão do recurso extraordinário nº 608.482, à luz do debate Dworkin-Raz

Nesta etapa do trabalho, discorre-se sobre o recurso citado à luz das teorias Raz-Dworkin. Destaca-se que a teoria do positivismo exclusivo não se detém à decisão judicial, mostrando-se possível e importante analisar a decisão que se fundamenta nos argumentos de Joseph Raz, que teoriza que o juiz pode lançar mão de argumentos morais no ato de decidir, já que não está obrigado ao direito posto, para que assim se analise aqui se algum juiz expressou postura como essa.

Em contraposição, Ronald Dworkin estruturou uma teoria da decisão em que buscou dizer como os juízes devem decidir, e é nesse sentido que intenta-se analisar tal decisão, à luz de sua teoria da interpretação. Por conseguinte, tendo em vista que já se contextualizou a discussão do caso ora em análise, esta etapa se aprofunda nos argumentos utilizados pelos Ministros do STF para chegarem à decisão tomada.

Primeiramente, o relator, Ministro Teori Zavascki, fundamentou seu voto afirmando que existiam, no caso, duas *ordens de valores* incompatíveis, que necessitariam ser sopesadas para ver qual iria prevalecer. Representariam o interesse individual da candidata em permanecer no cargo versus o interesse público de dar cumprimento ao dispositivo constitucional do art. 37, II<sup>7</sup>, que toca à necessidade de aprovação em concurso público para que se assuma o cargo. Alegou também que o princípio da igualdade é comprometido diante dessa discussão, e que, nesse sentido, a postura do STF é a de observar as normas constitucionais e o interesse público, conforme a jurisprudência da Corte, e para

---

<sup>7</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

tanto, colacionou diversas ementas de julgamentos análogos. (BRASIL, 2014).

As ementas colacionadas apuraram que, em casos similares, o STF votou justificando que quando o provimento ocorresse por ato precário (em sede de liminar), seria inaplicável a teoria do fato consumado. Ademais, o tempo no cargo não leva à consolidação da posse, nem pode falar em direito adquirido. Portanto, o Ministro-Relator comprovou a consolidação do entendimento da Corte, diante de casos similares. (BRASIL, 2014).

Afirmou também que o interesse público se sobrepõe ao interesse individual da parte, ressaltando que não cabe alegar o princípio da confiança legítima do administrado, pois este apenas se dá em casos que a própria administração comete falta que concede ao administrado vantagem - que para este é legítima - sendo que a eventual superveniência de ilegitimidade desta vantagem autoriza a sua manutenção, com base no princípio da boa-fé e da confiança legítima e da teoria do fato consumado. Entretanto, esses casos ocorrem meramente por um erro da Administração Pública, o que não é o caso em questão. Na questão, a Recorrida recebeu a vantagem indevida (assumiu o cargo), visto que buscou pelo Judiciário, e não por ato da Administração Pública. (BRASIL, 2014).

A Constituição é clara ao dispor sobre as regras para o serviço público: é necessário ser aprovado em seleção de concurso público, e decisões emitidas pelo Poder Judiciário não podem substituir o fiscal da prova. O Ministro referiu que

Se nem esses princípios podem, aqui, ser contrapostos aos que orientam o sistema constitucional de acesso aos cargos públicos, o que resta como fundamento para sustentar a conclusão do acórdão recorrido é, apenas, o interesse individual de manter o cargo. Ora, esse interesse da recorrida não tem aptidão para justificar o desatendimento do superior interesse público no cumprimento das normas constitucionais. (BRASIL, 2014, p. 11).

No caso em tela, julgou o Recurso provido para negar o pedido da Recorrida Sra. Vanusa de manutenção no cargo público. O voto que mais chamou atenção deste acórdão foi o do Ministro Barroso, que divergiu do Relator com a seguinte fundamentação, no que tange à oposição entre interesse privado e público citada por Teori, já que para ele o que está em questão é um potencial conflito entre normas constitucionais, o princípio da confiança e da obrigatoriedade do concurso público.

Diferiu ainda no sentido em que diz que o Relator entendeu que todas as decisões não transitadas em julgado são de natureza provisória, desconsiderando a diferença de estabilidade entre uma decisão liminar de primeira instância e de uma decisão de mérito de segunda instância. Enfatizou que o princípio da proteção da confiança restaria restringido à esfera administrativa e não poderia ser aplicado em nível judicial, pela interpretação de que apenas no caso de decisão com trânsito em julgado a posse da Recorrida seria irreversível. Nessa linha de pensamento, o princípio da confiança do administrado pode ser empregado em âmbito judicial, posto que suas decisões geram expectativas aos cidadãos. (BRASIL, 2014).

Barroso pondera acerca dos princípios da obrigatoriedade do concurso público e da proteção da confiança: por um lado, infere que se analisado o primeiro princípio, o provimento restaria negado, já que pauta-se pela isonomia na seleção do concurso público. No outro polo da ponderação, o princípio da confiança seria um *subprincípio* da segurança jurídica, com a função de proteger as expectativas legitimamente criadas nos cidadãos. (BRASIL, 2014). À vista disso,

[...] a aplicação do princípio da proteção da confiança pressupõe a adoção de atos contraditórios pelo Estado que frustrem legítimas expectativas nutridas por indivíduos de boa-fé. Naturalmente, tais expectativas podem ser frustradas não apenas por decisões administrativas contraditórias, mas também por decisões judiciais dessa natureza. (BRASIL, 2014, p. 4).

Barroso considera possível a aplicação do princípio da confiança empregado em casos administrativos para questões judiciais, em que o Estado gera uma expectativa legítima ao cidadão, e a decisão deveria ser por negar provimento ao recurso, já que anos se passaram e iria se frustrar a expectativa legítima da Recorrida Sra. Vanusa. Dessa forma, o tempo que transcorreu após a decisão fortaleceu a expectativa da preservação da posse no cargo, e isso seria de extrema relevância no caso.

Cita ainda o artigo 54<sup>8</sup> da Lei 9.784/1999, que dispõe que a Administração Pública tem o direito de anular seus atos em cinco anos, quando destes decorram efeitos favoráveis para os destinatários; após esse prazo, decai o direito, desde que não tenha havido má-fé. O Ministro alegou que impera utilizar, por analogia, o prazo de cinco anos para a estabilização da expectativa do administrado ou do jurisdicionado. (BRASIL, 2014). Assim sendo, requer que se utilize uma regra aplicável no âmbito administrativo para o judicial, através da analogia.

Além do decurso de cinco anos, a lei requer a boa-fé do beneficiário como requisito para a não reversão da expectativa legítima do beneficiário, assim, para Barroso, “não há que se falar em intangibilidade da sua expectativa” (BRASIL, 2014, p. 5). Outro fator que ganha relevo em sua exposição é o nível de estabilidade da decisão jurídica que assegurou a posse no cargo, ou seja, em seu entendimento, quanto mais estável for a decisão, mais confiança nesta o indivíduo terá. Levando em consideração que a decisão de segundo grau foi pela manutenção no cargo, Barroso compreendeu que esta se revela capaz de conferir grande expectativa ao servidor - e deve ser respeitada. (BRASIL, 2014). Finalmente, sugere a

---

<sup>8</sup> Esta lei regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Dispõe no artigo 54 que: O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

seguinte justificação para o STF utilizar, em âmbito de repercussão geral:

No caso de investidura em cargo público por força de decisões judiciais ainda sem trânsito em julgado, a aferição da eventual confiança legítima a ser protegida envolverá a consideração dos seguintes fatores: a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; (c) decisão de mérito proferida em segunda instância. (BRASIL, 2014, p. 6).

Ou seja, em concordância com Barroso, o STF deve julgar o Recurso desprovido para acatar o pedido da Recorrida Sra. Vanusa, tendo em vista: a) o tempo em que ela permanecia no cargo; b) esta não ter se utilizado de mecanismos judiciais para procrastinar o processo; c) possuir tese razoável para justificar a investidura no cargo; e d) haver uma decisão de mérito que deferiu a permanência no cargo, reafirmando a decisão do juiz singular de primeiro grau.

Além do mais, o Ministro voltou a mencionar os fatos ensejaram a discussão judicial, e por fim votou pelo desprovemento do Recurso e pela adoção da justificativa anteriormente descrita para o caso e para os demais, já que se estava diante de repercussão geral. (BRASIL, 2014). Posteriormente, aditou seu voto para expor suas diferenças com o do Ministro Relator, listando questões importantes que devem ser citadas em sua literalidade aqui. Sobre o caso em questão, declara: “penso que esta é uma hipótese que exige um temperamento”. (BRASIL, 2014, p. 06). Em outra passagem, arremata:

Portanto, esta é a tese que eu estou propondo, em que ela diverge, evidentemente, da tese do Ministro Teori na sua aplicação ao caso concreto. Mas acho que essa é uma formulação que nos permitirá fazer a justiça e tratar desigualmente situações claramente desiguais. (BRASIL, 2014, p. 6)

Em esclarecimento do voto, o Relator aduziu que não existe decisão colegiada de segundo grau, afirmando que é admissível o direito de manter-se no cargo, visto que tal manutenção apenas se deu pela fundamentação do fato consumado, e a Sra. Vanusa já se encontrava há sete anos no cargo quando desta decisão, o que Barroso rebateu, dizendo que se o Tribunal manteve a decisão cautelar foi porque houve *fumus boni juris*.

Na discussão, o Ministro Fux realizou defesa das teses apresentadas pelo Ministro Barroso. O Ministro Marco Aurélio referiu que, se assim fosse, se estaria indo contra o disposto na Constituição Federal. Os Ministros Gilmar Mendes e Carmem Lúcia ressaltaram que o prazo de 5 (cinco) anos da lei administrativa não pode ser utilizado para a manutenção do cargo, conforme o que o Ministro Barroso intentou justificar.

Barroso concordou ainda que a teoria do fato consumado não tem base constitucional, mas que o princípio da confiança sim, dado que configura um subprincípio do princípio da segurança jurídica. (BRASIL, 2014). Por fim, na fala de Barroso: “E se não prevalecer o que eu acho justo e certo hoje - Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência, mais do que ninguém, sabe que o que não é justo e certo hoje pode, um dia em algum lugar do futuro, se tornar”. (BRASIL, 2014, p. 7).

Não objetiva-se aqui repassar todo o acórdão da decisão, logo, finaliza-se a análise por aqui; o primeiro capítulo já versou sobre como foram todos os votos, de forma sintética. Agora, perpassou-se pelas partes importantes da decisão, para que seja viável proceder à análise da teoria de Dworkin. O caso em si dispunha de regras e até mesmo de princípios para sua solução, porém, segundo pôde-se perceber, de toda a discussão que o STF se engajou no caso, que não havia uma regra e/ou um princípio claro que indicasse para que lado o julgador deveria proceder. Isso leva a compreender que o caso citado pode ser entendido como um caso difícil, como sinalizou Dworkin (2014, p. 306): “os casos

díficeis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações”, ou em outras palavras, trata-se do caso discutido, já que os Ministros divergiram sobre qual deveria ser a resposta mais adequada.

O voto do Ministro Barroso precisa ser avaliado dentro dos critérios da teoria interpretativa de Dworkin, como a responsabilidade do juiz, a discricionariedade, dentre outros. Primeiramente entende-se que Barroso, ao empregar expressões como *o que eu acho como justo e certo, uma hipótese que exige temperamento, fazer justiça*, aplica argumentos morais e expressa forte atitude discricionária, já que volta-se para sua própria consciência, seu entendimento moral sobre o que fazer em determinado caso, e assim vai contra o preceituado na teoria de Dworkin sobre se ater ao que o direito dispõe e não criar novo direito: o juiz não pode traduzir o direito como ele quiser! Deve segui-lo.

Diante da fundamentação apresentada pelo Ministro Barroso, fica nítido que este tentava criar direito com base em legislação não aplicável ao caso e em fatos, enquanto sua Corte não tem mais a possibilidade de rediscutir matéria fática. Além do mais, recorreu a um princípio e um *subprincípio*, na sua visão, para fundamentar seu voto, porém, estes abriram sua interpretação, da forma como este abordou a questão.

Contudo, princípios fecham a interpretação na observação de Dworkin, e Barroso utilizou-se erroneamente desta perspectiva principiológica da tese interpretativista. O julgador tem então a responsabilidade de construir a resposta correta a partir da melhor interpretação possível dentro do material jurídico que lhe é disponibilizado, devendo aplicar o direito corretamente e garantindo os direitos de quem realmente os possui, o que significa decidir por princípio.

O direito não se subordina à moral, e a moral não corrige o direito; é incorreto utilizar-se de argumentos morais nesse sentido.



Nessa linha de raciocínio, compreendendo que o julgador deve realizar interpretação pela reflexão responsável em busca da melhor resposta, a que seja correta, entende-se que o Ministro Barroso não levou a sério tais fundamentos basilares da teoria da decisão de Dworkin e foi discricionário - e portanto, não responsável com a decisão tomada, sem se ater às questões de integridade e de coerência.

Se analisado sob o ponto de vista do positivismo jurídico de Raz, este entenderia que estaria correta tal postura, vez que o juiz não está obrigado ao direito e pode se valer de raciocínios práticos - inclusive, morais - e assim assumir postura discricionária, decidindo fora do que dispõe o Direito. Ainda, exige-se do julgador que decida com integridade e coerência, ou seja, que sua decisão interprete decisões anteriores de maneira a encontrar maior adequação e que faça com que a prática judicial seja a melhor possível.

Nesse contexto, a história política limita o papel do juiz, e cabia que Barroso votasse levando em conta a história institucional por detrás do caso, numa postura que iria limitar seu voto, não podendo ser discricionário. Portanto, o Ministro não atendeu aos critérios da integridade e da coerência em seu voto.

O Ministro Relator Teori Zavascki demonstrou maior cuidado com a história institucional e o dever de integridade e coerência, posto que remeteu, em seu voto, a diversos casos semelhantes ao julgado em que revelou como a Corte vem julgando e concluindo que tratava-se do caminho mais correto julgar conforme já vem se entendendo ser a resposta mais adequada à problemática.

Por fim, o Ministro Barroso atuou em linha claramente contrária à qual teoriza Dworkin, e o Ministro-Relator Teori, por sua vez, desvelou maior alcance da teoria interpretativista, mesmo que seja difícil de afirmar, em todos os sentidos, que tenha a seguido e respeitado no seu todo tal ideal de Dworkin, até mesmo

por não ser um juiz com capacidades sobre-humanas, como o Juiz Hércules.

A decisão como um todo leva a concluir que se ateu a certa integridade e coerência, já que foi decidida em conformidade com o que vem sendo decidido pelo Tribunal e com o disposto na Constituição Federal: que é necessário concurso público para tomar posse em cargo público, e tendo a Sra. Vanusa sido reprovada em uma das fases deste, não teria esse direito. Assim sendo, o julgador neste caso deveria resistir à tentação de mantê-la na posse do cargo em decorrência do tempo em que nele já permanecia e dizer não a essa manutenção, uma vez que há bases constitucionais claras para embasar a decisão e é preciso decidir em consonância com a lei.

Dessa forma, à guisa de conclusões, acredita-se que o Ministro-Relator e os que o seguiram no voto se aproximaram mais da teoria de Dworkin, porque buscaram justificar sua decisão no que dispõe a Constituição e em seus princípios, fechando a interpretação e buscando a melhor resposta para o caso, em que tentou-se pautar pela coerência e pela integridade das decisões anteriores e da história institucional disposta. Em contrapartida, alegar que a decisão respeitou todos os requisitos dispostos por Dworkin seria mentira, já que não existe (infelizmente) um Juiz Hércules.

Por conseguinte, Barroso e Fux (que o acompanhou) erraram no sentido que antes se referiu, pois Barroso infelizmente apelou a argumentos morais, numa utilização errônea dos princípios, a fim de criar nova regra, sem atitude correspondente com a responsabilidade política que teoriza Dworkin.

Nesta última parte do trabalho, pôde-se aproximar a teoria de Dworkin ao Recurso - objeto deste estudo - e compreender se a decisão respeitou (ou não) a Teoria da Interpretação construída pelo teórico do direito.

## 4 Considerações finais

Dworkin é um teórico do direito que se dedicou a combater o positivismo e a elaborar a teoria que pudesse prescrever como os juízes devem decidir ao julgar. Nessa perspectiva, teorizou que o direito deve ser entendido como um conceito interpretativo, que a interpretação possibilitará ao julgador a busca pela resposta correta, em que a responsabilidade política seja considerada como fundamental, sem esquecer o ideal de integridade e de coerência.

Pôde-se demonstrar como a teoria do positivismo excludente de Raz se evidencia antagônica à teoria interpretativista de Dworkin, inviabilizando-se a aproximação entre ambas e inferindo-se que a teoria de Dworkin se sobrepõe à de Raz em diversos aspectos, mas principalmente por apresentar uma teoria da decisão. Em razão disso, examinando-se o acórdão do STF sobre o Recurso Extraordinário nº 608.482, verificou-se que, com base na teoria de Dworkin, esta foi uma decisão entendida como um caso difícil, considerando-se que os Ministros divergiram fortemente sobre como justificar a manutenção - ou não - da Sra. Vanusa no cargo público.

O Ministro-Relator buscou fundamentos nas decisões que já haviam sido tomadas por este Tribunal, o que desvelou a busca pela integridade e pela coerência em seu voto; já o Ministro Barroso recorreu aos argumentos morais, e empregando de forma errônea os princípios, teve atitude discricionária quando tentou criar novo direito e, portanto, não respeitou a responsabilidade política teorizada por Dworkin e aproximou-se da desenvolvida por Raz, a qual postula que o juiz não está atrelado ao que a lei dispõe.

Sob a máxima de seguir o que o Direito preconiza, a decisão foi correta, ao buscar na Constituição e em seus princípios a resposta que fosse mais adequada ao caso, pautando-se pela coerência e pela integridade das decisões anteriores e da história institucional disposta. Nada obstante, não é possível defender que a decisão respeitou todos os requisitos elencados por Dworkin, tendo

em vista que não existe um Juiz Hércules, como o teorizado pelo jurista.

## Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2017.

BRASIL. **LEI 9.784 de 29 de Janeiro de 1999**. Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 14 jul 2017.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 608.482-RN**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: Vanusa Fernandes de Araújo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 07 de ago. 2014.

COELHO, André. **Raz: Direito, autoridade e positivismo exclusivo**. 19 nov. 2012. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2012/11/raz-direito-autoridade-e-positivismo.html>>. Acesso em 02 jul. 2017. Blog: Filósofo Grego.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010b.

\_\_\_\_\_. **O império o direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. **A justiça de toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Justice in robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

\_\_\_\_\_. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. Tese (Doutorado em Direito) Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS, 2014.

POSTEMA, Gerald J. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**. V. 11. New York: Springer, 2011.

RAZ, Joseph. **Rázon práctica y normas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: Quarentas temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017a.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

\_\_\_\_\_. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**. Vol. 4, n. 07, pp 343-367, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/8350/6377>>. Acesso em 04 jul. 2017.



# **Análise do recurso extraordinário nº 608.482-RN à luz do positivismo jurídico exclusivo e da teoria da resposta adequada à constituição**

*Juliana Giovanetti Pereira da Silva<sup>1</sup>*

## **1 Introdução**

Os pronunciamentos judiciais representam um instrumento de resolução de conflitos e de pacificação social. Diante disso, o jurisdicionado, ao requerer a prestação da tutela estatal, possui direito a obter uma resposta adequada à Constituição, proferida pelo Poder Judiciário, ao conflito suscitado.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição Federal detém o dever de observar o direito fundamental à resposta correta, sendo este um direito que ultrapassa a esfera subjetiva das partes e atinge toda a sociedade democrática, já que decisões proferidas pela Corte Constitucional balizarão o julgamento de demais conflitos semelhantes, julgados pelas demais instâncias judiciais.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela Universidade Metodista de Piracicaba. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Autora da Cartilha sobre Direitos e Deveres dos Trabalhadores Migrantes e Refugiados. Pesquisadora do GERM. Advogada. Professora de Direitos Humanos, Legislação Especial e Direito do Trabalho em cursos preparatórios para concursos públicos.

Nesse contexto, o presente trabalho busca analisar o Recurso Extraordinário nº 608.482 - Rio Grande do Norte, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2014, sob à ótica do positivismo jurídico - com ênfase na teoria exclusiva de Joseph Raz - e da Crítica Hermenêutica do Direito.

A partir disso, inicialmente, discorre-se acerca do julgado, analisando-se os fatos que deram origem à controvérsia e os argumentos do voto proferido pelo Ministro Relator Teori Zavascki, bem como do voto divergente do Ministro Luís Roberto Barroso.

Em seguida, adentra-se à Teoria do Direito, versando-se sobre o positivismo jurídico e suas nuances teóricas. Para tanto, aborda-se as principais correntes do positivismo jurídico, desde a escola da exegese até as variações mais recentes, como o positivismo inclusivo, exclusivo e normativo, suscitando-se, assim, as problemáticas decorrentes dessas teorias, que redundam na discricionariedade judicial, a qual deve ser intensamente combatida.

Após esses esclarecimentos preliminares acerca da temática, passa-se a examinar o Recurso Extraordinário nº 608.482 - RN à luz do positivismo jurídico exclusivo, conforme defendido pelo teórico Joseph Raz e como dar-se-ia a solução do caso sob os ditames desta corrente positiva.

Por fim, valendo-se das lições da Crítica Hermenêutica do Direito, tenta-se solucionar a problemática suscitada ao Supremo Tribunal Federal, sob à ótica da Teoria da Resposta Adequada à Constituição - Resposta Correta - proposta por Lenio Streck, buscando-se superar o objetivismo e o subjetivismo do julgador, com fins de se conceder uma resposta constitucionalmente adequada/correta ao jurisdicionado, destituída de opiniões e impressões pessoais dos magistrados.

Do ponto de vista metodológico, adota-se o método fenomenológico-hermenêutico, conforme formulado por Heidegger, para se buscar uma revisão crítica dos temas tratados



através da linguagem, a qual não é analisada meramente em um sistema fechado, mas, sim, no plano da historicidade, implicando numa “desleitura” do conteúdo temático, podendo assim, obter as conclusões da presente pesquisa (STRECK, 2017b, p. 135-140; STEIN, 2017, p. 159-178).

## **2 Teoria do direito e hermenêutica: às voltas com o positivismo jurídico**

Contemporaneamente, tem-se enfrentando a celeuma da (in)determinabilidade do Direito, a qual tenta-se solucionar por meio de respostas apresentadas por diversas correntes oriundas do pós-guerra (STRECK, 2011, p. 327). A partir disso, estudando-se a Teoria do Direito, com ênfase no positivismo jurídico, passa-se a analisar as diversas variações desta teoria - do exegético ao normativo -, bem como suas principais características, com fins de solucionar o impasse entre Direito e Moral, vez que o juspositivismo ao considerar o direito como fato social, pretende uma abordagem avaliativa deste.

Nesse contexto, o juspositivismo representa um fenômeno complexo e multifacetado, que encontra sua genealogia no positivismo científico, para o qual só há fatos, logo ao jurista cabe o papel de descrever esses fatos sociais, que podem ser uma lei, um conceito ou um julgamento (STRECK, 2017b, p. 159-160). Não obstante, conforme salienta Lenio Streck (2017b, p. 161) - e poderá ser constatado com as seguintes abordagens - “todas as formas de positivismo jurídico têm um ponto comum: a pretensão de metodologicamente assumir um caráter descritivo de cunho adequacionista”.

Nesse sentido, suas primeiras noções subsistem a Idade Clássica, com a distinção entre direito natural e direito positivo, porém, segundo Norberto Bobbio (1995, p. 21), delimita-se como limiar de seu surgimento o final do século XVIII, quando começa a se delinear como paradigma jurídico preponderante, definindo-o

como o conjunto de leis que se fundam na vontade declarada de um legislador e que por aquela declaração, torna-se conhecida.

Veja-se que com a formação do Estado Moderno e a concentração dos poderes, inclusive da criação do direito, na figura estatal, não existe mais possibilidade de escolha quanto ao direito incidente, culminando com as codificações e sendo o direito aplicável por um terceiro - juiz - representante do Estado (BOBBIO, 1995, p. 26-27). Assim, direito positivo seria, unicamente, aquele estatalmente posto.

Nesta toada, o positivismo jurídico ganha terreno na França com a Escola da Exegese, a qual retrata uma corrente de pensamento nascida no século XIX, que entendia o direito como o conjunto de textos legais sistematizados em códigos, considerando que não haveria outro direito, além daquele prescrito pelas leis (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 181-191). Diante disso, a mencionada Escola da Exegese, com forte influência do Direito Romano, sintetizou o direito no Código Civil Francês e caso o intérprete se deparasse com lacunas, deveria recorrer ao espírito do legislador (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 181-191). Assim, o juiz era a boca que pronunciava a vontade da lei, podendo ser claramente assentada a tese da separação entre o Direito e a Moral (STRECK, 2017b, p. 168-171). Contudo, a Escola da Exegese declinou entre os idos de 1880 e 1890, quando foi substituída por uma compreensão translegal do direito, sendo reconhecida a insuficiência normativa-jurídica da lei (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 190-191).

De forma diametralmente oposta, a Escola do Direito Livre, representa um movimento, de origem alemã, que se firmou nas primeiras décadas do século XX, pregando a necessidade de libertação do jurista no ato de procura do direito, dando-lhe margem para uma decisão pessoal responsável, a partir do caráter lacunoso do sistema legal vigente (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 193). Desta feita, este movimento se caracteriza pelo combate ao positivismo jurídico e o repúdio aos seus postulados fundamentais,

afinal o direito não representa apenas um sistema de normas, mas, sim, uma totalidade de decisões (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 193-198).

Outra manifestação do positivismo jurídico se deu com a escola analítica inglesa, onde seu entusiasta, Jeremy Bentham, ainda no século XVIII, começou a delinear as bases desta doutrina elaborando a mais ampla teoria da codificação, a qual compreende a lei como objeto ideal e propõe a reorganização sistemática do direito inglês em código, para que deixasse de ser essencialmente confiado ao trabalho dos juizes (BOBBIO, 1995, p. 91-94).

Nesta toada, para Jurisprudência Analítica, no modelo de John Austin - discípulo de Bentham -, o direito deveria ser constituído por comandos proferidos pelo soberano, entendendo ser o Direito legislado superior ao Direito judiciário, porém, estando no *Common Law*, considerava que os juizes também criavam direito, por delegação legislativa, devido a impossibilidade de previsão absoluta das regras quanto as hipóteses fáticas (STRECK, 2017b, p. 169). Diante disso, para Austin, o direito deveria ser separado em duas teorias, a primeira teoria da legislação - direito legislativo -, centrando-se em como deve ser o direito, e a segunda teoria da jurisprudência - direito judiciário -, ocupando-se da descrição do direito normativo (BOBBIO, 1995, p. 109-118).

Identifica-se ainda o movimento do Realismo Jurídico norte-americano e escandinavo, ambos oriundos da primeira metade do século XX e que adota a postura de que o Direito decorreria do que o intérprete diz que ele é, sendo a lei apenas manifestações metafísicas e dando-se, para tanto, ampla liberdade ao magistrado na busca de sua resposta (STRECK, 2017b, p. 246-247). Assim, nas lições de Lenio Streck (2017b, p. 246) “o realismo jurídico traduz-se numa forma acabada de positivismo fático que, ao buscar superar o formalismo-exegético, acabou por abrir caminho para discricionariedades e decisionismos”.

Já a Jurisprudência dos Conceitos, que possui como seus principais representantes Putcha, Wach, Windscheid e Ihering e foi difundida na Alemanha durante o século XIX, representa uma tentativa de superação do jusnaturalismo e desenvolvimento do formalismo (STRECK, 2017b, p. 103). Assim, busca desenvolver uma Ciência do Direito ou Jurisprudência - conforme termo utilizado por seus representantes -, idealizada na construção histórico-formal dos conteúdos conceituais do Direito, devendo a norma escrita refletir conceitos, quando de sua interpretação (LARENZ, 1997, p. 23), outorgando, com isso, a tarefa de criação do direito aos juristas (STRECK, 2017b, p. 103).

Para tanto, idealiza uma “pirâmide de conceitos do sistema construída segundo as regras da lógica formal” (LARENZ, 1997, p. 24), na qual a legitimidade das normas jurídicas se basearia apenas em sua correção sistemática, sua verdade lógica e sua racionalidade, “de modo que a própria criação do direito consistiria num desenvolvimento a partir do conceito” (STRECK, 2017b, p. 104). Entretanto, de acordo com o entendimento de Karl Larenz, a falha desta teoria reside na tentativa de sistematização do Direito enquanto ciência lógica, “por pretender excluir do Direito a dimensão de realidade que ele, enquanto ciência social que é, necessariamente possui” (CURY; MARÇAL, 2009, p. 7142), afinal a Lógica pode estar presente em um sistema jurídico, definindo e explicitando relações entre normas, porém sem significar que o sistema seja constituído exclusivamente por ela (CURY; MARÇAL, 2009, p. 7142).

Como tentativa de superação da Jurisprudência dos Conceitos, eclode a Jurisprudência de Interesses, corrente da primeira metade do século XX de grande repercussão na Alemanha. Esta formulava a necessidade de restrição à vontade judicial, bem como regresso ao espírito da lei, para preenchimento das lacunas do texto normativo, devendo a norma jurídica refletir interesses que levaram a criação da norma ao ser interpretada (SOUSA, 2010, p. 190). Nesse sentido, Phillip Heck leciona:

A interpretação deve também esclarecer a lei em profundidade. O juiz deve começar por determinar as regras de comando que os órgãos legislativos traduziram pelas palavras da lei. Essa investigação não tem por objeto somente o conteúdo da lei, mas também os seus motivos. [...] A investigação do juiz deve, porém, ultrapassar a determinação do sentido subjectivo e procurar as causas das ideias legislativas. A interpretação da lei deve abranger a investigação das causas e das circunstâncias (HECK, 1947, p. 105).

Denota-se, que para Heck (1947, p. 24), a norma jurídica busca resolver conflitos de interesses, vez que o legislador não pode prever todos os conflitos possíveis, cabendo ao juiz preencher essas lacunas através da correção e complementação dos comandos existentes, em conformidade com os mencionados interesses. Contudo, Karl Larenz (1997, p. 69) salienta que a falha desta corrente positivista reside na ausência de clareza quanto aos critérios para se determinar os interesses que deve guiar o aplicador da norma, vez que este é tanto objeto como critério de valoração, como de fator causal.

Superada a breve síntese dos positivismos jurídicos primevos, ingressa-se a segunda fase do juspositivismo, a qual se encontra eivada pela tão discutida discricionariedade, a partir disso iniciamos esta abordagem pelo juspositivismo normativista de Hans Kelsen.

Desta maneira, no início do século XX, em um cenário de intenso poder regulatório estatal, emanam as lições de Kelsen, para o qual “o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático” (STRECK, 2010, p. 161). O mencionado juspositivista, com fins de construir uma Teoria Pura do Direito, considera necessária a cisão entre o Direito e a Ciência do Direito, assim para esta última segundo Kelsen, a interpretação científica representaria um ato de conhecimento, meramente descritivo e delimitativo do sentido das normas jurídicas, sendo este ato

interpretativo neutro e imparcial, enquanto no primeiro - ato de aplicação do direito -, seria impossível o controle da subjetividade do aplicador, o qual criaria direito (STRECK, 2017b, p. 176-177).

Neste aspecto, convém trazer à baila as lições de Lenio Streck (2010, p. 161), para quem Kelsen havia superado o positivismo exegético, “mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da “aplicação”. E nisso reside a “maldição” de sua tese. Não foi bem entendido quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação “pura da lei” ”.

Veja-se que, conforme enredado, o positivismo primevo buscava alcançar a objetividade do direito, afastando juízos morais e pessoais, através da interpretação literal da norma e do retorno a intenção do legislador, porém a partir de Hans Kelsen, nos positivismos pós-exegéticos, constata-se a inserção do elemento subjetivo na realização do direito, sendo a discricionariedade elemento recorrente nas demais variações do juspositivismo, conforme se demonstrará a seguir (STRECK, 2017b, p. 178).

Nesta linha de abordagem, desagua-se no positivismo moderado de Herbert Hart, o qual fornece uma importante construção conceitual a respeito das normas jurídicas, fornecendo novas ferramentas para compreender as alterações na interpretação e prescrição do Direito, transferindo a celeuma da interpretação judicial da mera subsunção para a discricionariedade do juiz. Nesta senda, para Hart, em sua obra “O conceito do Direito”, um dos principais problemas da Teoria do Direito se encontra no âmbito das relações entre o Direito e a moral e o Direito e as normas, assim desenvolve uma teoria com duas características fundamentais (STOLZ, 2010, p. 103). A primeira delas é a generalidade, vez que pretende explicar qualquer sistema jurídico vigente nas complexas sociedade contemporâneas, já a segunda é a característica descritiva, pois intenta elucidar a estrutura do Direito e o seu funcionamento, porém sem considerar

a justificação moral das práticas jurídicas analisadas (STOLZ, 2007, p. 103-104).

Nesta toada, o juspositivista moderado em comento, considera que o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de regras, que se dividem em regras primárias - aquelas que impõem deveres em sentido positivo e de abstenção - e regras secundárias - as quais se subdividem em regras de alteração/modificação, regras de adjudicação e regras de reconhecimento, sendo que esta última busca corrigir os “defeitos” das regras primárias (STOLZ, 2007, 104-105):

Hart vê o sistema jurídico como um sistema de normas sociais, no duplo sentido de que essas normas “governam a conduta de seres humanos nas sociedades” e de que “elas devem a sua origem e existência exclusivamente a práticas sociais humanas”. Essas práticas sociais, contudo, só existem em função da aceitação, pelos oficiais do direito que atuam no ponto de vista interno, de uma regra última de reconhecimento que contenha os critérios fundamentais de validade das outras regras que componham o sistema jurídico (BUSTAMANTE, 2015, p. 315).

Relevante ainda discorrer brevemente acerca das três teses básicas defendidas por Herbert Hart, quais sejam: a) tese das fontes sociais; b) tese da separação conceitual do Direito e da moralidade e c) tese da discricionariedade judicial:

a) a primeira tese mantém que a existência do Direito é definida pelas práticas sociais complexas (em outras palavras, pelo conjunto de ações dos membros de uma dada sociedade) que estipulam quais são as fontes últimas (os testes últimos de validade) de identificação das normas jurídicas que configuram o Direito. [...] (b) a segunda tese argui que as conexões entre o Direito e a moral são contingentes, ou seja, não são necessárias nem lógicas, nem conceitualmente; (c) a terceira tese, esta fundada na concepção hartiana acerca da textura aberta da linguagem e, em particular, da linguagem jurídica que, em algumas ocasiões, estabelece normas jurídicas que contêm termos

genéricos, vagos, controvertidos. Esta asserção leva a outra importante afirmação: a de que o Direito é parcialmente indeterminado ou incompleto e que, portanto, quando um juiz se depara com uma norma que contenha termos potencialmente imprecisos, atuará discricionariamente (STOLZ, 2007, p. 111).

A partir disso, as fontes sociais deveriam excluir a dimensão moral do Direito e, conseqüentemente, “não haveria critérios públicos para verificar a correção de uma decisão judicial ou delimitá-la. Assim, nos casos onde isto se evidenciasse (*hard cases*) o julgador teria discricionariedade em sua decisão” (STRECK, 2017b, p. 178-179). Salientando que, no positivismo moderado de Hart, a discricionariedade judicial estaria limitada aos casos difíceis, dentro da zona de penumbra (STRECK, 2017a, p. 46).

De forma antagônica ao positivismo jurídico lecionava Robert Alexy, o qual defende o conceito de Direito a partir da tese da vinculação, ou seja, mediante a inclusão de elementos morais (DALLA BARBA, 2016, p. 46-47). Desta feita e sem a pretensão de esgotar a teoria do não positivista, Alexy, este em sua teoria da argumentação jurídica, dispõe que devido a “textura aberta” da linguagem normativa, ocorre a conexão entre argumentos jurídicos e morais, sustentando que “tanto as decisões como os sistemas judiciais necessitam de uma justificação moral para exercerem sua legitimidade” (STRECK, 2017a, p. 47). Dessa constatação sustenta que, os casos difíceis, onde ocorre a colisão entre princípios devido a inexistência ou insuficiência de regras, deve se aplicar a lei da ponderação, para se averiguar o peso dos princípios e, conseqüentemente, qual destes deve prevalecer no caso concreto - máxima da proporcionalidade. Nesse ínterim e considerando princípios como mandamentos de otimização, dispõe que a noção de proporcionalidade irá se subdividir em 3 (três) máximas parciais, quais sejam: a) adequação; b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito (DALLA BARBA, 2016, p. 72). Desta forma, através do sopesamento, a partir do critério da



máxima da proporcionalidade, se identificará o princípio que deve prevalecer ao caso.

Na esteira das lições não positivistas encontramos também Ronald Dworkin, assim tomando como paradigma de suas críticas Herbert Hart, o crítico do juspositivismo dispõe que a mais emblemática característica desta teoria é a compreensão do direito como um modelo de regras, no qual não se leva em consideração o conteúdo dessas regras, mas a forma como se constituíram (MAGALHÃES; MAGALHÃES, 2013, p. 1076).

Sem o intuito de imiscuir profundamente na obra de Dworkin, este considera que o modelo de regras, tal como é, deve ser afastado, vez que se demonstra insuficiente para explicar a existência dos princípios, que são espécies normativas relevantes na argumentação de decisões judiciais, aplicadas através do sopesamento, em caso de conflito com outros princípios, em determinado caso concreto (DWORKIN, 2002, p. 36-42).

Assim, para o mencionado autor, a tese das fontes sociais ou teste de *pedigree* seria exíguo, posto que não se pode limitar a validade do direito apenas a um critério formal, sustentando que o direito é um conceito interpretativo e não meramente um simples reconhecimento da adequação das regras ao fato (STRECK, 2017b, p. 178-179). Inclusive, em sua obra *Justiça para Ouriços*, afirma ser o direito uma parte da moral política, integrando departamentos do valor que muitas vezes são considerados separados (DWORKIN, 2014, p. 620), enfatizando que “na prática, o direito está integrado à moral: os advogados e juízes são filósofos políticos operantes do Estado democrático” (DWORKIN, 2014, p. 634).

As críticas tecidas por Dworkin ao positivismo jurídico não se limitam a estas aqui brevemente discutidas, diante disso e em resposta ao autor, eclodem novas correntes juspositivistas sustentando a separabilidade entre direito e moral.

Neste sentido, o positivismo exclusivo - o qual será melhor enredado no próximo tópico - retrata uma corrente contemporânea, cujo expoente mais proeminente foi Joseph Raz,

para o qual o direito reivindica autoridade, cancelando-se todas as razões anteriores que os sujeitos teriam para agir e que divergiam daquilo que foi positivado pelo direito. Não obstante, para o positivismo exclusivo, na parte da descrição do direito não incidiriam critérios morais. Assim, o direito deveria ser entendido como meramente descritivo e moralmente neutro (MARMOR, 2006, p. 683). Contudo, no momento da prescrição, embora o direito reivindique autoridade, este não obrigaria o juiz a aplicá-lo, pois enquanto funcionário público poderá deixar de apresentar razões com respaldo de autoridade (STRECK, 2017c, p. 23). Neste ponto reside a crítica de Lenio Streck (2017b, p. 184):

[...] o paradoxo pode estar no fato de que o positivismo exclusivo que se o juiz fundamentar suas decisões utilizando razões extrajurídicas, essa decisão terá força jurídica como todas as outras [...]. Assim, aquilo que em um primeiro momento não era Direito, passou a ser. O juiz criou norma jurídica (dever ser) no caso concreto [...].

Desta maneira, constata-se que o positivismo exclusivo abre ensejo a completa discricionariedade do julgador, ao direcionar seu olhar apenas para a descrição do direito, deixando a parte prescritiva do direito sem a devida atenção.

Já o positivismo inclusivo, defendido por Wilfred Waluchow e Jules Coleman, apesar de manter a tese das fontes sociais, não exclui a possibilidade de inclusão de juízos morais, de forma contingencial, como forma de validar regras jurídicas de um sistema normativo (STRECK, 2017b, p. 193). Diante disso, adota a tese da separabilidade, considerando que direito e moral são separáveis, mas não necessariamente estarão separados. Portanto, para esta corrente, os princípios morais são admitidos para balizar o direito, desde que tenham sido previamente aceitos por determinada comunidade (STRECK, 2017b, p. 194), destacando-se, novamente, a ampla margem discricionária concedida ao julgador.

Por fim, o positivismo normativo, corrente contemporânea aderida por juristas como Jeremy Waldron e Tom Campbell, em oposição ao positivismo exclusivo, busca superar o caráter meramente descritivo do direito, considerando como tarefa do positivismo a prescrição, ou seja, como o direito deve ser, não admitindo, para tanto, a incorporação da moral (STRECK, 2017b, p. 188-189). Neste pórtico, consideram que o direito deve ser a partir de razões morais e política, diferenciando-se dos demais positivismos contemporâneos pela ausência de pretensão de neutralidade.

Nesta esteira e segundo sustentam seus seguidores, Campbell e Waldron, o juspositivismo normativo deve ser adotado para evitar que o juiz possa, segundo suas próprias concepções, realizar valorações morais sobre questões éticas fundamentais que repercutem sobre toda a sociedade. Diante disso, para Thomas Bustamante (2015, p. 310-325), esta corrente é a única alternativa para o juspositivismo contemporâneo, vez que propõe “uma teoria neo-benthamista que rejeita expressamente as premissas da filosofia do direito de corte puramente analítico”.

Ante o discorrido, denota-se que o positivismo contemporâneo se funda em duas principais teses, quais sejam: a) tese das fontes sociais, o qual estabelece que a norma jurídica é determinada por suas fontes ou por sua origem, e b) tese da separabilidade entre direito e moral, segundo a qual o caráter jurídico de uma norma independe de sua correção moral (BUSTAMANTE, 2015, 311).

Constata-se, ainda, que o ponto nevrálgico entre todos os positivismos discorridos se refere a discricionariedade - inicialmente, no âmbito legislativo e após no âmbito judicial -, vez que o juiz pode se utilizar de atos discricionários para criar o direito no caso concreto, o que representa algo dramático, afinal discricionariedade e arbitrariedade são faces da mesma moeda (STRECK, 2014a, p. 426-427). Ademais, para Lenio Streck (2017b, p. 189), o problema da teoria reside na ausência de preocupação

com a decisão, decorrente da discricionariedade do aplicador, encontrando-se aqui o ponto de combate ao juspositivismo.

Não obstante, conforme sustenta Thomas Bustamante (2015, p. 310), positivismo jurídico só terá condições de se sustentar se ele for relido, “deixando de ser uma teoria semântica para se tornar uma concepção teórica acerca do direito, é dizer, uma teoria tão normativa e interpretativa quanto as teorias não positivistas com as quais ele se defronta”.

Após essas breves considerações acerca do positivismo jurídico e suas variações teóricas, convém se direcionar a análise ao voto proferido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no caso em comento e como se daria a solução da demanda à luz do positivismo exclusivo.

### **3 Análise do julgado à luz do positivismo exclusivo de Joseph Raz**

Conforme discorrido anteriormente, o positivismo jurídico exclusivo se pauta pela separação entre o Direito e a Moral. Assim, através da preempção - a qual representa a noção de cancelamento ou substituição das razões que se possuía antes do direito, pelas razões que se passa a ter para agir a partir dele -, o direito, necessariamente, reivindica autoridade, impondo a observância de regras.

Nesse contexto, a teoria de Joseph Raz gira em torno da autoridade legítima que é aquela que reúne condições para mediar a relação entre as pessoas e as razões corretas que se aplicam a elas. Desta forma, para o autor, a diretriz da autoridade deve ser seguida, não pelo seu conteúdo, mas em decorrência de sua expedição por uma autoridade legítima (GLEZER, 2014, p. 22). Ademais, em decorrência desta autoridade, cabe ao direito fazer diferença em casos em que surge incertezas e divergências acerca do correto a se fazer, fornecendo-nos uma determinada diretiva de ação com base na sua obrigatoriedade.

Neste diapasão, assim como existem razões para crença, também existem razões para a ação, sendo que esta última serve de suporte para a explicação das normas jurídicas (RAZ, 1991, p. 17-18). Essas razões para ação, desempenham uma tarefa teórica e prática, enquanto a primeira se presta a explicar uma ação, a segunda possui como propósito valorar e guiar a conduta das pessoas (RAZ, 1991, p. 18). Diante disso, o direito fornece razões para agir, onde são capazes de orientar a conduta dos funcionários públicos que aplicam as diretrizes e aqueles sobre a quem as diretrizes se aplicam (STRECK, 2017b, p. 182).

A partir disso e dos reflexos das razões para a ação no raciocínio prático, Raz (1991, p. 22-45) propõe a distinção entre razões de primeira e segunda ordem. As razões de primeira ordem são razões para agir e têm uma dimensão de força (RAZ, 1991, p. 28). Já as razões de segunda ordem são razões sobre razões, ou seja, é toda razão para atuar por uma razão ou para se abster de atuar por alguma razão, sendo esta última uma razão excludente (RAZ, 1991, p. 44).

Denota-se que, segundo o positivismo exclusivo, as regras jurídicas são razões excludentes, pois além de impor razões para a prática de determinada conduta, exigem o afastamento de outras razões para a ação, como a moral (STRECK, 2017b, p. 182). Nesse sentido são as lições de Lenio Streck (2017b, p. 188):

A característica especial do sistema normativo que conhecemos como Direito é de pretender agir por meio de ‘razões protegidas’, isto é, razões que, em diferente plano lógico, visam *impedir* ou *precluir* o balanço de razões dos indivíduos submetidos à autoridade sobre a conveniência ou não de fazer aquilo que é determinado pela norma jurídica.

Neste ínterim, as normas jurídicas - compreendidas como razões de segunda ordem excludentes -, possibilitam o agir coletivo, excluindo as razões pessoais dos sujeitos. Nesta esteira, pode-se estabelecer um silogismo lógico para melhor se

compreender a teoria, vez que de acordo com as lições de Raz: a) o direito só fornece razões vinculantes se a autoridade for legítima; b) porém, os critérios morais são incompatíveis com essa reivindicação de autoridade; c) logo, conclui-se que critérios morais são incompatíveis com o direito.

Porém, quando positivismo exclusivo se depara com a complexidade de tomar decisões - e aqui, deflagra-se o entrave desta teoria -, este, desincumbe-se da tarefa prescritiva, permitindo que o juiz, utilizando-se de raciocínios práticos, possa decidir até mesmo fora do direito, devido a sua responsabilidade política como funcionário público, podendo, inclusive, inserir juízos morais em sua decisão (STRECK, 2017b, p. 183).

Desta feita, o positivismo exclusivo ao ter a pretensão de descrever algo sem se comprometer com o ato prescritivo, perde-se em sua teoria, pois, na realidade, primeiro prescreve - ou melhor, escolhe - aquilo que irá ser descrito para, em seguida, dizer que está simplesmente descrevendo um fenômeno, representando a genealogia do positivismo, segundo Lenio Streck (2017c, p. 51).

Observe-se que, um positivista exclusivo será analítico na descrição do direito, enquanto “na aplicação, que já não tem relação de obediência com o direito descrito, ocorre o apelo à subjetividade. E isso é filosofia da consciência” (STRECK, 2017c, p. 133).

E assim desaguamos no paradoxo do positivismo exclusivo, afinal o julgador - diga-se no caso em apreço, o Supremo Tribunal Federal - é uma fonte autorizada do direito e proferirá a decisão que entender adequada ao caso. Porém, em um segundo momento o teórico terá que descrever a decisão proferida - a qual poderá ter critérios morais -, mas sem incluir moral, e como foram introduzidas por fontes sociais, se tornarão obrigatórias. Nesta perspectiva, constata-se a ausência de compromisso da teoria com a prescrição e o apelo a discricionariedade.

A partir do exposto, faz-se relevante analisar se as respostas concedidas no julgamento do acórdão em análise neste trabalho, estaria em consonância com o positivismo exclusivo. Assim, segundo a linha decisória do Ministro Luís Roberto Barroso, denota-se que este, dentre outras argumentações, adotou ampla argumentação extrajurídica para fundamentar para manutenção da Recorrida no cargo exercido - como a confirmação em estágio probatório, ausência de processo administrativo disciplinar em face da mesma e transcurso de extenso lapso temporal -, posicionando-se pelo desprovimento do Recurso Extraordinário; bem como, sugerindo a adoção de 3 (três) parâmetros para resolução de demandas envolvendo provimento em cargo público determinado por decisão judicial não transitada em julgado, sendo estes destituídos de embasamento normativo.

Veja-se que, de acordo com o discorrido, a resposta proferida pelo Ministro Barroso, o qual adota posição voluntarista, se adequaria ao positivismo exclusivo, ainda que o julgador fundamente seu voto em argumentos metajurídicos, devido a amplitude decisória concedida ao magistrado pela teoria.

Não obstante, o voto do Ministro Relator Teori Zavascki pelo provimento do Recurso Extraordinário também estaria em consonância com a variação teórica positivista em comento, ao arguir, através da ponderação, a preponderância do interesse público em dar cumprimento ao texto constitucional (artigos 5º, *caput* e 37, inciso II, da Constituição Federal) em face do interesse individual da candidata; bem como, considerando inaplicável a teoria do fato consumado ao caso devido a permanência no cargo público ser decorrente, segundo o relator, de decisão precária.

Desta forma, aplicando-se o positivismo exclusivo para proferir a decisão do Recurso Extraordinário nº 608.482 - RN, constataríamos que tanto a resposta do Ministro Teori Zavascki, quanto a do Ministro Luís Roberto Barroso, poderiam ser aplicadas pela teoria. Afinal, no momento da prescrição o julgador possui liberdade para decidir nos termos que considerar mais conveniente

ao caso, inclusive podendo afastar determinada norma jurídica - a qual é dotada de autoridade -, caso entenda que tal é uma norma moralmente inaceitável, pois “o conteúdo da decisão dependerá, ao fim e ao cabo, do escrutínio moral e discricionário do julgador” (STRECK, 2017b, p. 184).

Logo, o positivismo exclusivo desonera o julgador acerca de sua decisão, pois seus olhares se direcionam apenas à Teoria do Direito - raciocínios jurídicos - prezando para que esta seja destituída de conteúdo moral, enquanto deixa ao revés à Teoria da Decisão - raciocínios práticos -, demonstrando que o juspositivismo exclusivo representa um perigo para o Estado Democrático de Direito, ao admitir que o julgador atue da forma como bem entender, fundamentando suas decisões até mesmo em argumentos metajurídicos.

#### **4 Análise do julgado à luz da crítica hermenêutica do direito**

Conforme retro enredado, o positivismo exclusivo admite liberdade ao intérprete autorizado para que profira a decisão de acordo com seu melhor entendimento, inclusive com a inserção de elementos morais. Diante disso, questiona-se qual seria a relevância de uma hermenêutica que admita a interpretação judicial como um ato de vontade e que, até mesmo, permita múltiplas respostas ao mesmo caso (STRECK, 2014a, p. 429)?

Nesta perspectiva, a intensa discricionariedade - ou arbitrariedade - concedida ao julgador coloca em risco o Estado Democrático de Direito e faz nascer a necessidade de concessão de respostas corretas. Ressalta-se, que consoante leciona Lenio Streck (2014a, p. 429) a “aversão à discricionariedade não significa “proibição de interpretar””, mas sim que o jurisdicionado obtenha decisões coerentes e compatíveis com o texto constitucional e não, meramente, obtenha impressões/convicções pessoais do magistrado acerca do conflito suscitado. E este é um direito



fundamental do cidadão: o direito a resposta correta (adequada à Constituição) (STRECK, 2014a, p. 430).

Neste momento, cabe esclarecer que as objeções da Crítica Hermenêutica do Direito ao positivismo se direcionam a pretensão dessa postura de uma objetividade/neutralidade na delimitação do Direito, no momento da descrição, afinal é impossível se partir de um “grau zero de sentido” - visto que, ao se falar em “grau zero” já está se assumindo um ponto de partida (STRECK, 2017b, p. 165). Além disso, a ausência de preocupação com a decisão, mediante a distinção entre raciocínios práticos e teóricos, acaba “delegando” ao magistrado o preenchimento dos vácuos interpretativos, pois este ao realizar raciocínios práticos, deságua no subjetivismo particular (STRECK, 2014a, p. 432). Salientando-se que, essa cisão entre interpretação e aplicação não era admitida por Gadamer e Dworkin (STRECK, 2014a, p. 436):

[...] o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”... Deve, sim, explicitar os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política (STRECK, 2014a, p. 433).

Logo, há uma intensa diferença entre decidir, sendo este um ato de responsabilidade política - conforme versava Dworkin -, e escolher, que é um ato de razão prática, da órbita cotidiana (STRECK, 2017b, 253).

Entretanto, compulsando os votos do Ministro Relator Teori Zavascki e do Ministro Luís Roberto Barroso, denota-se que estes utilizam-se da ponderação, proposta por Alexy - realçando-se que, no caso não houve a aplicação da esquematização conforme proposto pela teoria alexyana - para solucionar o conflito entre o interesse público e o interesse da candidata. Contudo, diante da

insuficiência do discurso jurídico, o Ministro Luís Roberto Barroso se vale de argumentos do tipo prático geral, que mesmo se sujeitando a uma série de filtros das regras discursivas, concede espaço de abertura interpretativa, ensejando a discricionariedade judicial (STRECK, 2017a, p. 48), conforme se depreende da argumentação apresentada no voto divergente.

Desta forma, destaca-se a diferença fundante entre a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy e a Crítica Hermenêutica do Direito, aqui discorrida:

Enquanto esta (teoria da argumentação jurídica) compreende os princípios (apenas) como mandamentos de otimização, circunstância que chama à colação a subjetividade do intérprete, àquela parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo - ao invés de aumentar - o espaço da discricionariedade do intérprete; além disso, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica colocam-se como blindagem contra relativismos (STRECK, 2017a, p. 57).

Diante disso, faz-se relevante aplicar as lições proposta por Lenio Streck - a qual, pauta-se na hermenêutica filosófica de Gadamer, aliada a teoria de Dworkin, sobre a integridade do Direito -, na tentativa de se buscar a resposta correta ao Recurso Extraordinário nº 608.482 - RN, ressaltando-se que não se busca uma única resposta, mas, sim, dentro de diversas possibilidades defensáveis, qual seria a mais adequada à Constituição.

Inicialmente, deve-se destacar que para a Crítica Hermenêutica do Direito - CHD não há diferença entre casos fáceis e casos difíceis, além de não se cindir interpretação e aplicação do direito (STRECK, 2017a, p. 57). Além disso, a obtenção de uma resposta constitucionalmente adequada se relaciona a superação do objetivismo e subjetivismo do julgador e, conseqüentemente, da discricionariedade.

Assim, o primeiro passo para se obter esta resposta correta se inicia com um conjunto de critérios indagativos, a partir da verificação de quando o Poder Judiciário é obrigado a aplicar uma determina lei (STRECK, 2017b, p. 258).

Deste modo, o magistrado apenas poderá deixar de aplicar uma lei em 6 (seis) hipóteses, quais sejam: a) quando o ato normativo for inconstitucional, devendo, neste caso, ser aplicado o controle de constitucionalidade difuso ou concentrado; b) quando estiver diante de critérios de antinomias, devendo, nesta situação, se ter cuidado com a questão constitucional, pois a *lex posteriores*, que derroga a *lex anteriores*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes; c) em hipótese de interpretação conforme à Constituição, ocasião em que o texto de lei permanecerá intacto, alterando-se apenas o seu sentido, por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição; d) quando estiver diante de uma nulidade parcial sem redução de texto, permanecendo a literalidade do dispositivo e, alterando-se apenas a sua incidência, que resultará em uma abdução de sentido do texto; e) quando estiver em face de inconstitucionalidade com redução de texto, hipótese em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo e f) quando estiver diante de uma regra que confronte um princípio, situação em que a regra perderá sua normatividade em face do princípio constitucional (STRECK, 2014b, p. 346-348; STRECK, 2017b, 258-259).

Não obstante, a teoria em comento, dispõe pela existência de 5 (cinco) princípios que se fundem as hipóteses retro mencionadas e que devem ser considerados pelo intérprete nas decisões jurídicas, são eles: i) princípio da preservação da autonomia do direito; ii) princípio do controle hermenêutico da interpretação constitucional - superação da discricionariedade; iii) princípio do respeito à coerência e à integridade do Direito; iv) princípio do dever fundamental de justificar as decisões e v) princípio do direito

fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada (STRECK, 2017b, p. 259).

Faz-se necessário, ainda, que em determinadas situações, o magistrado responda a 3 (três) indagações fundamentais para verificar se o julgador não está adotando posturas ativistas ou realizando a judicialização da política, são estas: 1) se este encontra-se diante de um direito fundamental com exigibilidade; 2) se o atendimento a esse pedido pode ser universalizado e 3) se para atender aquele Direito, se está fazendo a transferência ilegal-inconstitucional de recursos, ferindo a igualdade e a isonomia (STRECK, 2017b, p. 259).

Logo, no caso em apreço, considerando todo o contexto fático e o cenário normativo constitucional, vislumbra-se que nos encontramos diante da incidência do artigo 5º, *caput* e artigo 37, *caput* e inciso II, ambos da Constituição Federal de 1988, o qual impõe a necessidade de prévia aprovação em concurso público para investidura em cargo ou emprego público.

Neste ínterim, o edital é a lei que rege o concurso e, no caso em apreço, dispunha pela necessidade de submissão a 4 (quatro) etapas para aprovação no certame. Destarte, aplicando-se as 6 (seis) hipóteses acima descritas, vislumbra-se que não há qualquer inconstitucionalidade nas exigências do edital, nem mesmo incide qualquer das demais hipóteses discorridas acima, portanto, não há que se afastar as normas editalícias e, muito menos, a exigência prevista no artigo 37, *caput* e inciso II, da Constituição Federal.

Contudo, diante do contexto fático, a Recorrida Vanusa, ao ser reprovada na segunda etapa, não realizando o exame psicotécnico referente a terceira etapa, violou a condição editalícia para aprovação no concurso de agente da polícia civil - desrespeito o princípio da vinculação ao edital do concurso. E permitir-lhe a supressão desta terceira etapa, viola o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da norma constitucional, vez que se estaria concedendo um privilégio a quem não se submeteu a todas as etapas do certame, preterindo-se os demais candidatos.

Quanto ao argumento de incidência da Teoria do Fato Consumado pelo decurso do tempo, o mesmo não merece prosperar, já que a morosidade do Poder Judiciário não pode ser argumento suficiente para respaldar afronta a dispositivos constitucionais, sob pena de se confrontar as lições da Crítica Hermenêutica do Direito. No mesmo sentido, deve ser afastado o princípio da proteção da confiança legítima do administrado, vez que a Administração Pública não concorreu para tal situação - inclusive, resistiu a tal ato, recorrendo até a chegada dos autos a última instância -, sendo a Recorrida nomeada e empossada em virtude de liminar judicial, logo o mencionado princípio não é elemento suficiente para o afastamento dos dispositivos constitucionais.

Nesta seara, também não se pode amparar a linha argumentativa de que a Recorrida se demonstra apta para o cargo, pois foi confirmada no estágio probatório e não foi alvo da instauração de processos administrativos para a apuração de infrações disciplinares. Tal argumentação extrajurídica faz apelo a discricionariedade, violando o princípio do controle hermenêutico da interpretação constitucional.

Verifica-se ainda, que o caso em análise se encontra permeado de violações a Teoria da Resposta Correta, desde a ação cautelar, quando a magistrada concedeu medida liminar para que a parte realizasse a quarta etapa do certame, sem ter sido aprovada na segunda e sem se submeter a terceira; bem como, pelo julgamento em segunda instância, que desconsiderou os mandamentos constitucionais no tocante à submissão ao concurso público e adotou argumentos metajurídicos, demonstrando a discricionariedade dos julgadores.

Desta forma, considerando as lições da Teoria da Resposta Adequada à Constituição e com fundamento no artigo 5º, *caput* e no artigo 37, *caput* e inciso II, ambos do texto constitucional, considera-se que a resposta correta ao Recurso Extraordinário nº 608.482 dá-se pelo provimento do recurso, para julgar

improcedente o pedido, vez que a Recorrida não logrou êxito na aprovação do concurso público e, portanto, diante do princípio da isonomia, não pode ocupar o cargo em questão, sob pena de violação dos dispositivos constitucionais retro mencionados.

Ademais, submetendo esta resposta as 3 (três) indagações supra estabelecidas, constata-se que não se trata de ato ativista - diferentemente do voto divergente proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso -, nem mesmo de judicialização da política.

Isto posto, considera-se esta a resposta hermeneuticamente correta a ser concedida ao caso, pautando-se pela coerência e à integridade do Direito, afinal de acordo com Lenio Streck (2017b, p. 257) “a decisão (resposta) estará constitucionalmente adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito [...], evitada a discricionariedade [...] e respeitada a coerência e integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação”.

Veja-se que, a tese do autor em comentário (STRECK, 2014a, p. 433) - a qual representa uma associação entre os pensamentos de Dworkin e Gadamer - não intenta que a resposta proferida seja a única, nem a melhor, mas, sim, que seja uma resposta adequada à Constituição, como se buscou conceder.

Portanto, os juízes não são senhores do direito e não podem aplicar o direito a partir de sua própria consciência. Assim, a Crítica Hermenêutica do Direito representa um importante papel na tentativa de combate a dramática discricionariedade incidente sobre as decisões judiciais, que através da Teoria da Resposta Adequada à Constituição - Resposta Correta - pode fornecer ao jurisdicionado uma decisão constitucionalmente adequada, cumprindo-se, desta maneira, os ditames democráticos.

## **5 Considerações finais**

Ante o exposto, constata-se que o presente trabalho discorreu acerca do Recurso Extraordinário nº 608.482 - RN,

buscando uma solução plausível para a demanda à luz do positivismo jurídico exclusivo e da Teoria da Resposta Adequada à Constituição.

Para tanto, inicialmente, contextualizou-se a problemática através da exposição do caso ensejador da controvérsia, destacando-se os argumentos que embasaram o voto do Ministro Relator Teori Zavascki, bem como do voto divergente proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, demonstrando-se a complexidade fática da controvérsia suscitada ao Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, adentrou-se à Teoria do Direito, direcionando-se a abordagem ao positivismo jurídico, suas principais características e suas nuances teóricas, desde a escola da exegese, até o advento dos modelos contemporâneos, como o juspositivismo exclusivo, inclusivo e normativo. Constando-se, que o mencionado positivismo jurídico representa um fenômeno multiforme, que durante o avançar dos anos foi adquirindo novas características em suas variações teóricas, sobressaltando-se, principalmente, a dramática discricionariedade no momento decisório, a qual, inclusive, acentuou-se em suas versões mais modernas.

Posteriormente e após a sedimentação da Teoria do Direito, emergiu-se no estudo do positivismo jurídico exclusivo, através das lições de Joseph Raz, seu principal teórico, demonstrando-se que a preocupação do modelo exclusivo se encontra na parte da descrição, sendo direito aquilo que provém das fontes sociais, a qual não admite a incorporação de juízos morais. Entretanto, retratou-se que a problemática inerente a teoria reside no momento decisório, pois deixa-se ao arbítrio do funcionário público a busca da resposta que considerar mais adequada ao caso, ainda que esta esteja permeada por argumentos metajurídicos.

Diante disso, comprovou-se que para o positivismo exclusivo, tanto a decisão proferida pelo Ministro Relator Teori Zavascki, quanto o voto divergente do Ministro Luís Roberto Barroso estariam corretos sob a ótica da teoria, devido a completa

ausência de compromisso com o ato decisório e o raciocínio prático do magistrado.

A partir disso, fez-se necessário ingressar à Crítica Hermenêutica do Direito, analisando-se a Teoria da Resposta Adequada à Constituição, a qual busca estabelecer alguns ditames para que o julgador possa proferir uma resposta pautada nas normas constitucionais e não em suas impressões pessoais acerca do caso, afinal o ato decisório é um ato de responsabilidade política, como diria Dworkin. Para tanto, aplicou-se as 6 (seis) hipóteses propostas por Lenio Streck, ao Recurso Extraordinário nº 608.482 – RN, em busca de se obter a resposta correta, concluindo-se pelo provimento do recurso e improcedência do pedido inicial formulado pela Recorrida, vez que a mesma não logrou êxito na aprovação do concurso público para agente da polícia civil e, portanto, conceder-lhe o direito ao exercício do cargo violaria os mandamentos constitucionais.

Assim, conclui-se, através da adoção do método fenomenológico-hermenêutico, que a Teoria do Direito é extremamente relevante, porém não se pode deixar ao revés a Teoria da Decisão – como faz o positivismo jurídico ao direcionar sua atenção apenas a descrição. Não obstante, a Teoria da Resposta Adequada à Constituição, proposta por Lenio Streck, demonstra-se com um instrumento para que o julgador possa proferir suas decisões de forma a respeitar o direito fundamental a resposta adequada à Constituição Federal e despida do subjetivismos e objetivismos que tanto maculam os atos decisórios.

## Referências

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:



<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 608.482 – Rio Grande do Norte. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: Vanusa Fernandes de Araújo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3831488>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204/4100>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CURY, Paula Maria Nasser; MARÇAL, Antonio Cota. Uma releitura da escola da Jurisprudência dos Conceitos à luz do pragmatismo contemporâneo. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2010, p. 7134-7144.

DALLA BARBA, Rafale Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação**: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Alexy. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GLEZER, Rubens Eduardo. **O positivismo de Joseph Raz**: autoridade e razão prática sem prática social. São Paulo: USP, 2014. 150 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3<sup>a</sup>. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAGALHÃES, Oscar José Echenique; MAGALHÃES, José Antonio Rego. A primeira crítica de Dworkin ao positivismo jurídico e o debate entre Dworkin, Hart e Raz. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 8, n. 2, 2013. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

MARMOR, Andrei. Legal Positivism-Still Descriptive and Morally Neutral. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2569&context=facpub>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

RAZ, Joseph. **Razón practica y norma**. Trad. Juan Ruiz Manero. Madrid: Centro Estudios Constitucionales, 1991.

SOUSA, Ileide Sampaio de. Jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores: características, diferenças, críticas e contributos à teoria dos direitos fundamentais. **Revista Direito e Democracia**, v.11, n.2, jul./dez. 2010. p. 189-197.

STEIN, Enildo. **A caminho do paradigma hermenêutico: ensaios e conferências**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2017.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, v. 3, n. 1, jan/jun. 2007, p. 101-120.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In. STRECK, Lenio Luiz (Org.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017a.

\_\_\_\_\_. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1, jan/abr., 2010. p. 158-173.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017b.

- \_\_\_\_\_. **Hermenêutica e jurisdição:** diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017c.
- \_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014a.
- \_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014b.
- \_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.



# O recurso extraordinário nº 608.482 lido a partir da perspectiva hermenêutica de Ronald Dworkin

*Juliane Altmann Berwig*<sup>1</sup>

## 1 Introdução

O presente texto inicia a abordagem da decisão do STF fundamentada na visão de Ronald Dworkin. Ou seja, qual seria a decisão ou o fundamento desta, diante dos votos apresentados pelos Ministros participantes da decisão na visão da teoria de Dworkin.

Para tanto, para construir o artigo utilizar-se-á da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial como metodologia de abordagem no contexto do caso judicial e o fenomenológico-hermenêutico como alinhamento metodológico (OLIVEIRA, 2015). Por este método não se fará uma análise apartada, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos, mas sim o pesquisador como diretamente implicado, pois obviamente relacionado, com o objeto de estudo, o

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos com Bolsa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) pelo Programa de Excelência Acadêmica (Proex). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul e graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora no curso de Direito da Universidade FEEVALE. Pesquisadora na área Ambiental com ênfase na Teoria do Risco e Nanotecnologia. Presidente da Associação Gaúcha dos Advogados de Direito Ambiental Empresarial AGAAE. Autora do livro *Direito dos Desastres na Exploração offshore do petróleo*.

qual interage com ele e sofre as consequências dos resultados da pesquisa. Quanto ao significado do fenômeno, esta constatação receberá a atribuição de sentido, a partir do círculo hermenêutico, especialmente a partir das contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, além do tratamento jurídico que é dado à matéria pelo Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. Heidegger menciona que a fenomenologia significa “deixar fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo” (HEIDEGGER, 2002, p. 65).

Quanto ao termo fenomenologia, este se refere exclusivamente ao modo como se demonstra e se trata o que nesta ciência deve ser tratado. A ciência dos fenômenos trata do aprendizado dos objetos de tal maneira que se deve tratar de tudo que se está em discussão. Conforme os ensinamentos de Heidegger (HEIDEGGER, 2002), a fenomenologia é a via de acesso e o modo de comprovação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia, esta que só é possível como fenomenologia. Assim, dentro do conceito fenomenológico de fenômeno está o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados. O fenômeno é o que constitui o ser e o método se determina a partir da coisa mesma, no movimento do círculo hermenêutico, onde a pré-compreensão antecede a compreensão/interpretação/aplicação que se dará sentido às descobertas do investigador diretamente implicado.

Na figura do círculo hermenêutico, busca-se a compreensão das leituras, principalmente a partir da visão de Ronald Dworkin, constituindo-se uma análise e interpretação deste e do julgamento do STF, objetivando com isso uma nova compreensão do fenômeno, que se concretiza, igualmente, em uma nova proposta, repetindo-se o círculo.

Portanto, no artigo, utiliza-se, assim, dos possíveis fundamentos que poderiam ser extraídos da Teoria de Ronald Dworkin para uma melhor decisão. E, como hipótese de solução do problema apresentado, se parte da análise evolutiva da teoria de

Dworkin, sua consistência na metáfora do romance em cadeia, bem como na integridade e coerência. Objetivando-se demonstrar as mais variadas formas de decisão judicial e de como estas decisões precisam se fundamentar em regras ou princípios e, contextualizadas com as questões morais e políticas da sociedade em que se relacionam e impactam.

Ao final, realizar-se-á a conexão entre os principais votos da decisão de acordo com a visão de Ronald Dworkin para assim demonstrar e concluir se a decisão foi a melhor decisão, ou em que fundamento uma melhor decisão poderia se dar. Neste sentido, os aspectos do pensamento de Dworkin que serão examinados e cotejados com a decisão judicial serão o Romance em Cadeia, a integridade, a coerência, a questão moral e principiológica relacionada ao contexto social em que a decisão foi proferida.

## **2 Teoria de Ronald Dworkin**

A teoria formulada por Dworkin reflete o movimento de aproximação entre a teoria do direito e a filosofia, especialmente com a filosofia da linguagem, da moral e da política. Esse diálogo entre as disciplinas supostamente distintas trouxe importantes desafios aos juristas. Neste viés, a aproximação com a filosofia tornou o debate jurídico mais técnico, hermético e sofisticado. Permitindo também que as questões clássicas da Teoria do Direito (a teoria e os princípios) fossem reapreciados sob novas perspectivas. O argumento de Dworkin é assim de um “direito como um conceito interpretativo” e constitui numa das grandes contribuições introduzidas pelo filósofo ao debate metodológico-jurídico (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 12-13).

No livro “Levando os Diretos à Sério”, o autor deixa claro que as ideias jurídicas nunca são somente jurídicas. Quando você incorpora uma ideia ou um ideal está congregado um ideal político também, que, nesta teoria é o liberalismo. Neste sentido, Dworkin ressalta que sua teoria é sobre “o que o direito é” e “o que ele deve

ser”. Ou seja, como ele deve ser interpretado, os conteúdos que deve ter, procedimentos e posições (DWORKIN, 2002, p. VII).

Sobre o que é o Direito, Dworkin explana ser o positivismo a teoria dominante, sendo a estratégia utilizada para definir do que é juridicamente válido e sustentável numa regra. Todavia, este positivismo é antiliberal, pois a estratégia é de restrição, baseando-se apenas em direitos juridicamente formulados, sem apreciação moral das leis. Portanto, ela é uma má teoria liberal do Direito, pois não respeita os direitos pré-existentes (DWORKIN, 2002, p. XIII). No positivismo jurídico de Herbert HART somente a regra de reconhecimento serve para fornecer critérios para identificação das regras válidas (HART, 1986).

Como o direito deveria ser, o modo como as instituições jurídicas deveriam comportar-se. Essa é a teoria do utilitarismo, o qual sustenta que o Direito deveria estar à serviço do bem-estar geral, do que é bom ou justo para um maior número de pessoas. Gerando assim, a maximização do justo e do bom. Defeito desta teoria é que ela rejeita a ideia de que direitos políticos possam preexistir aos direitos jurídicos. Ou seja, que os cidadãos não possuam outra justificativa para criticar uma decisão legislativa que não seja aquela que ela não atende o bem-estar geral. Assim, esta teoria não respeita que os indivíduos têm determinados direitos que, estes direitos são anteriores ao que a lei lhes confere. São os Direitos Naturais e que não estão definidos na lei e nem na convenção, são anteriores a todos estes (DWORKIN, 2002, p. VIII).

Portanto, Dworkin acredita que esta teoria não é capaz de sustentar os direitos. Entende que o Direito são proteções que as pessoas têm contra o interesse dos demais. Mesmo que a sociedade pense que o direito é bom para a maioria, determinada pessoa pode não estar nesta maioria, e mesmo que não esteja o Direito deve protegê-la porque ao contrário seria considerado juridicamente inaceitável. Assim, o Utilitarismo é uma má teoria liberal da legislação.



Os direitos individuais são, portanto, trunfos políticos assegurados aos indivíduos. Ao contrário o positivismo defende que os indivíduos têm apenas direitos jurídicos. Direitos criados por decisões políticas ou por práticas sociais expressas. Portanto, na concepção do Dworkin o direito protege os indivíduos contra um direito utilitarista (DWORKIN, 2002, p. XIV).

Em “Modelo de Regras I” o autor explana que o positivismo trabalha com três teses, mas ressalta que estas não resumem a teoria, mas sim no que se referem aos direitos e obrigações. Assim, o autor objetiva determinar os três pontos que devem ser refutados pela Teoria Liberal. O primeiro deles é de que só existem direitos e obrigações quando criados por regras, portanto o positivismo não reconhece a existência de direitos pré-existentes. O segundo ponto defendido pelo positivismo é o de que as regras são somente produzidas por fonte autorizada. Devem assim, passar pelo teste do “*pedigree*”,<sup>2</sup> em que não se reconhece a validade da regra a partir do seu conteúdo, mas sim a partir da autoridade criadora. O terceiro é que os juízes devem decidir os casos a partir do teste de *pedigree* quando encaram casos no âmbito das regras mediante a aplicação mecânica destas. Mas aos casos que ultrapassam as regras estes são indeterminados juridicamente. E, nestes casos, o juiz pode decidir discricionariamente, dentre as vagas alternativas, sem que ele esteja juridicamente obrigado a preferir uma tese à outra (DWORKIN, 2002, p. 27-28).

Diante destes pontos, Dworkin esclarece que o Positivismo ofende a tese dos direitos, a tese de que os direitos têm direitos pré-existentes que não dependem da legislação positivada. Normas de natureza social e moral que não foram produzidas por fontes autorizadas. Assim, nos casos em que se decidem pela

---

<sup>2</sup> Neste sentido, o autor cita o exemplo da velocidade máxima permitida em certa estrada que poderia ser de 60km/h. Ao verificar esta velocidade a pergunta que deve insurgir é: se é razoável a velocidade determinada? O autor dirá que não, pois o positivismo prega o teste de pedigree que induz a pergunta: De onde a lei emana? Se de fonte autorizada, ela é uma lei válida. Assim, caso contrário, mesmo que seja justa a regra ela é injustamente inexistente. Critério que determina quando uma regra é válida ou inválida.

discricionariedade não existe um direito pré-existente a ser protegido, somente há um Direito após a decisão judicial (DWORKIN, 2002, p. XV).

Todavia, apesar da tese do positivismo, em determinados casos concretos, os juízes apelam para outro padrão de normas que são os princípios e que não passaram pelo *teste de pedigree*. Além disso, concepções de discricionariedade fornecem outro argumento, o engajamento ao ofício de decidir um caso, pressupondo a existência de uma resposta correta.

Neste sentido Streck explica a tese de Dworkin mencionando que ele “contrói a tese da resposta correta, mostrando que sempre existe uma resposta correta” “mesmo nos casos difíceis”. Ou seja, uma resposta correta superior às outras e baseada em algo. Este algo, no entendimento Dworkiniano é um critério jurídico de decisão superior e que contempla melhor os direitos que os sujeitos têm, além das regras criadas. O autor assim fundamenta que “o direito é um sistema não só de regras, mas de regras e princípios”, servindo assim, os princípios para resolver os casos denominados como difíceis (STRECK, 2017, p. 18).

Para isso, cita dois exemplos de casos em que os juízes decidiram de maneira diversa a legislação ou quando esta inexistia os casos Riggs contra Palmer e Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> 1. Caso Riggs x Palmer – neto assassinou o avô porque o avô fez um testamento no seu nome, e não havia regra que proibisse que o herdeiro que assassino não possa herdar. Os juízes decidiram que ele não poderia receber a herança, ao justificar eles apelaram para a razão do princípio amplamente conhecido “ninguém pode se beneficiar dos próprios crimes”. As regras autorizavam que ele recebesse não e havia “lacuna”, espaço de penumbra. Mas, os juízes entenderam que o caso era moralmente inaceitável. (DWORKIN, 2010, p. 37)

2. Caso Henningsen vs. Bloomfield Motors inc.- trabalhador comprou automóvel que tinha defeito, fazendo com que alguns dispositivos não funcionassem em uma certa velocidade, ele acabou colidindo contra um caminhão e teve lesões sérias. Processou as empresas que (vendedora e a que produziu o veículo ) requerendo seu ressarcimento. Ambas tinham um contrato que previa as hipóteses de responsabilidade das empresas, sendo estas somente quando houvesse problemas na peça e que as empresas teriam responsabilidade pela troca das peças, mas não pelos danos advindos dos defeitos das peças. Neste caso, embora as regras do contrato mencionavam que não havia direito a indenização, o julgador decidiu, que as empresas tinham responsabilidade com base na razão de que “fabricantes de produtos que possuem riscos e por isso devem assumir uma responsabilidade

A partir dos exemplos, Dworkin conclui que: i) mesmo que nos casos que havia regras claras, não foi o que a regra dizia que levou a decisão dos juízes; ii) as decisões não foram arbitrárias, foram fundamentadas em fundamentos jurídicos; iii) estes fundamentos jurídicos não eram regras, eram fundamento em princípios (DWORKIN, 2010b). Tal conclusão novamente retorna a sua ideia inicial quanto as deficiências do positivismo na tarefa de decidir pela decisão mais correta de acordo com o contexto social e moral.

Para tanto, explica que as regras se distinguem de princípio através do modo de aplicação. As regras são aplicadas em determinado padrão, elas se encaixam ou não em determinado caso concreto (DWORKIN, 2010b, p. 39). Princípios são aplicados em outra lógica, em outro âmbito de incidência, a partir de um centro gravitacional. Utilizam-se da lógica de mais e menos. Todavia, apesar de fornecer razões para decidir, elas não são conclusivas, é preciso ver quais outras circunstâncias estão presentes no caso, quais outros princípios vão incidir e tem mais ou menos peso (DWORKIN, 2010b, p. 42).

Assim, se existe esta distinção e ambos são jurídicos. Existem casos em que os juízes usam os princípios, logo, uma teoria que utiliza somente as regras é uma teoria incompleta. No mesmo sentido, os princípios usados pelos juízes não passaram pelo teste de *pedigree* e sim tem seu peso na moral. Isso prova que existem normas jurídicas válidas que não passam pelo teste de *pedigree*. Logo, não existe teste que revele todas as regras existentes numa sociedade. Além disso, se o direito se limitasse as regras, nos casos que não caem na regra os juízes poderiam decidir discricionariamente, ainda assim, seriam cobertos por princípios. De modo, todos os casos são cobertos por algum fundamento jurídico. Dworkin assim, elimina as três teses do positivismo e

---

especial". Responsabilidade que ultrapassa a cláusula do contrato, porque ela não contemplava a responsabilidade especial como deste caso. Assim, o Judiciário tomou a decisão com base num princípio mesmo que as regras fossem claras. (DWORKIN, 2010, p. 38-39)

assim conclui pela defesa da teoria liberal do direito (DWORKIN, 2010b, p. 42).

Viu-se, portanto, que Ronald Dworkin critica o positivismo diante do seu sistema defendido sob as regras, demonstrando com dois casos práticos que este sistema não é o melhor. Já percebido que em casos os juízes decidiram não pelas regras e sim por fundamento de Direito, seja ele um direito pré-existente ou fundado em princípios sobre o viés moral da sociedade em seu contexto temporal.

Para melhor compreensão da Teoria de Ronald Dworkin, faz-se importante abordar brevemente a sua ideia sobre o Romance em Cadeira e a sua defesa sobre a integridade e coerência, para ao final contrapor a sua ideia com o Recurso Extraordinário analisado neste artigo.

## **2.1 Romance em Cadeira**

Dworkin prega a compreensão do direito como uma prática social interpretativa e, neste sentido, são importantes: a formulação da interpretação construtiva e a ideia do romance em cadeia (SGARBI, 2006, p. 182-183). Ou seja, o autor considera a interpretação jurídica como uma atividade geral, operada de igual forma em outros contextos. Assim, ele utiliza a metáfora do romance em cadeia, ou seja, a interpretação literária como modelo para o modo central da análise jurídica (DWORKIN, 2005, p. 220-221).

Propõe assim um exercício literário: cada romancista deverá criar um capítulo subsequente de uma obra coletiva, assumindo com seriedade a responsabilidade de criar, o quanto possível, um romance único integrado. Deste modo, o ponto a ser provado é o de que decidir casos controversos no Direito é semelhante como esse estranho exercício literário (MOTTA, 2012, p. 101). A justificativa está no fato de que a interpretação de uma obra de arte se faz a partir de certas crenças sobre a identidade da obra de arte

(sabe-se que a obra de arte é a mesma e não uma nova). Interpretar um texto artístico é revelá-lo de maneira que melhor exponha a obra de arte (SGARBI, 2006, p. 182-183).

Assim, o romance em cadeia é a expressão utilizada por Dworkin para se referir á complexa situação do intérprete no momento de aplicar uma norma a qual não é autor, situação que se agrava nos casos mencionados como difíceis (SGARBI, 2006, p. 182-183).

Diante disso, ele estabelece duas formas para pôr em prova a técnica, quais sejam: 1) a adequação e 2) a interpretação. Por adequação, entende a atividade de continuar o romance que deve fluir ao longo de todo o texto. Já a interpretação corresponde à exigência de se selecionar, das muitas leituras possíveis a se empreender no romance, qual delas se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão (DWORKIN,1999, p. 277).

Portanto, a tarefa do novelista é continuar a escrever de uma primeira parte deixada pronta depois do trabalho de continuidade empreendido por várias pessoas, assim, sua função é sempre interpretar qual é o argumento segundo suas próprias convicções com vistas a encontrar o sentido unitário dos escritos que o precedem. Logo, o novelista em cadeia deve proceder à leitura dos capítulos anteriores com o pensamento de os escritores terem o desejo de escrever uma mesma história, pois os fragmentos deixados devem inspirá-lo (SGARBI, 2006, p. 182-183). Cada romancista (jurista) tem o dever de interpretar e criar, relendo e interpretando o que já foi escrito e decidir a partir destes os motivos orientadores o propósito, conduzindo o romance para uma determinada direção (DWORKIN, 2005, p. 236-237).

Com isso, Dworkin transporta o modelo do romance em cadeia para o campo jurídico, e defende que é esse o papel do juiz ao apreciar um caso difícil, pois se parece com esse jogo literário (SGARBI, 2006, p. 182-183). Na questão jurídica, o argumento reconhecido ocorre quando “regras e princípios de Direito

“subjazem” a decisões de outros juízes, no passado, sobre a matéria semelhante” (DWORKIN, 2005, p. 238). Isso induz a firmar os critérios de coerência textual ou consistência narrativa que deve estar presente na interpretação jurídica (SGARBI, 2006, p. 182-183). Ou seja, como um escritor literário, os julgadores e legisladores devem verificar o que já foi construído sobre determinada questão e a partir desta vincular aos novos contextos e conduzir para a atualidade.

Com destaque, os juízes quando encarregados de julgar devem escolher o representante inicial, ou seja, optar pela melhor prática passada, realizando a melhor leitura desta e após dar continuidade. Assim, como último romancista da cadeia, o juiz não deve simplesmente reproduzir decisões, criar direitos, muito menos criar decisões sem fundamento, ele deve ser consciencioso da unidade a qual sua tarefa está inserida (SGARBI, 2006, p. 182-183).

Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem responsabilidade de levar adiante a incumbência de que tem em mãos e não partir de uma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou o tema da prática até então (DWORKIN, 2005, p. 238).

O argumento central é o de que o juiz, assumindo o seu papel de um romancista na corrente deve ler o que os outros juízes fizeram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente. Ou seja, como cada um deles formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Nesses termos ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como um parceiro de um completo empreendimento em cadeia. As inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas, fazem parte da história, sendo o seu trabalho continuar a história no futuro por

meio do que faz agora. Para levar adiante o que tem em mãos, o juiz deverá interpretar o que aconteceu antes e determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, que deverão ser tomadas como um todo, o que significará o propósito ou tema da prática até então (MOTTA, 2012, p. 102).

Para a aplicação desta tese é importante compreender a ideia de coerência defendida pelo autor, como elemento necessário a concretização do chamado “Romance em Cadeia”, um caráter formal relacionado a integridade e coerência e um caráter substantivo referente ao valor (MOTTA, 2012, p. 102).

## **2.2 Coerência**

Para a concretização do Romance em Cadeia é necessária uma “interpretação plausível” “que deve passar por um teste de suas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor”. Assim, o valor no Direito está relacionado a um empreendimento político objetivando coordenar o esforço social e individual, assegurando a justiça entre os cidadãos e seu governo (DWORKIN, 2005, p. 239).

Para Dworkin, a coerência é a essência do sistema legal, confere legalidade a um dispositivo e permite acesso ao que existe no Direito. Ela é a chave que abre a porta para a sempre existente resposta correta nos casos difíceis. Desta maneira, não é só um argumento a favor da plausibilidade de certas soluções interpretativas, mas também um método para identificar todos os elementos do direito e definir as relações existentes entre eles (RODRIGUES, 2005, p. 44).

Portanto, a coerência é algo pré-existente e que o intérprete deve tentar reconstruir (RODRIGUES, 2005, p. 45). Ou seja, coerência diz respeito à fidelidade não apenas às regras, mas às teorias de equanimidade e justiça que pressupõem as regras (DWORKIN, 1999, p. 225). Desta maneira, os juízes devem observar além de uma coerência de estratégia, uma coerência de

princípio, dado que as normas sejam interpretadas e as decisões judiciais sejam moldadas em harmonia com a história legal e o sistema de princípios ético-políticos (RODRIGUES, 2005, p. 45). Assim, os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos devem ser coerentes no sentido de expressarem uma visão única e abrangente de justiça (MOTTA, 2010, p. 103).

Como consequência, a norma legal contribui, de forma positiva, para a coerência de um sistema legal, se os seus conteúdos representam meios para alcançar os objetivos deste sistema. Logo, a coerência do direito, está relacionada com a capacidade de suas normas perpetrarem sentido em relação aos seus princípios (RODRIGUES, 2005, p. 43).

Por outro lado, no que diz respeito ao papel do julgador, a coerência é fruto da reconstituição interpretativa efetuada por este, que, ao decidir um caso concreto, deve considerar o direito como um todo coerente e coeso. Mas importa ressaltar que, a coerência apesar de capturar o tom lógico da consistência, permite outros critérios de certo e errado, como quando decisões antigas estão equivocadas. Assim, um argumento a favor da conservação de um precedente é tão bom quanto ao de reformá-lo quando equivocado (GUEST, 2010, p. 47).

A coerência exerce um papel central no pensamento de Dworkin associada à integridade. A integridade é um valor político fundamental da comunidade, enquanto a coerência aparece como uma especificação da integridade, uma forma de assegurar que a decisão, seja do juiz, seja do legislador, é a melhor possível. Para tanto, estas decisões devem inserir-se de forma harmoniosa na história da comunidade, os precedentes relevantes e os materiais normativos existentes (RODRIGUES, 2005, p. 49).

Objetivando trazer a ideia de coerência de Ronald Dworkin para a realidade processual no Brasil, o Art. 926 do Novo Código de Processo Civil<sup>4</sup> o qual obteve importantes contribuições e

---

<sup>4</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 10 Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os



fundamentos de Streck para sua elaboração e entrada em vigor. O autor menciona que a “coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer “jogo limpo” (STRECK, 2016). Isso, demonstra a importância da teoria de Dworkin no que diz respeito a integridade e coerência na realidade processual contemporânea.

Portanto, em resumo, o critério de validade do direito é a sua coerência. A coerência na cadeia de Direito satisfaz o princípio da segurança do Direito e, ao mesmo tempo, satisfaz o requisito da legitimidade do Direito. Portanto, a justificação para a decisão do juiz é a sua coerência com a história reconstruída do Direito existente.

Uma narrativa jurídica coerente demanda consistência entre os princípios e as decisões políticas passadas e também consistência entre as convicções morais do juiz e os princípios éticos gerais. A falta de coerência comprometeria a ideia de integridade, a qual qualifica a noção de Direito de Dworkin.

### 2.3 Integridade

Dworkin não vê uma relação de oposição entre regras e princípios, na verdade, para ele, o Direito só faz sentido quando entendido como unidade coerente, como completeza, como integridade e a partir de uma prática interpretativa.

A integridade, na visão de Streck sobre Dworkin é a “virtude política a ser adotada por uma autêntica comunidade de princípios (para além de uma associação de indivíduos meramente circunstancial, ou pautada num modelo de regras)”. Essa integridade, portanto, se manifesta na “coerência principiológica

---

tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2o Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

na lei, na Constituição e na jurisprudência” (STRECK, 2016). O autor, estudado, define assim que:

O direito com integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados ao passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados pra o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas, que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade, rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas (DWORKIN, 1999, p. 71).

A integridade é a mais importante virtude moral na esfera política. Assim, para Dworkin a relação entre integridade e o ideal de igualdade é essencial. Parte de uma visão única em que o Direito deve demonstrar o Estado tratando seus governados como iguais (GUEST, 2010, p. 48). Menciona Streck que: “a ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade, que, por sua vez, está justificada a partir de uma determinada concepção de dignidade humana” (STRECK, 2016).

O autor sustenta que qualquer teoria do direito que se preze deve fornecer uma base para o dever judicial, de modo que os princípios devem tentar justificar as regras estabelecidas. Para isso, é preciso identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que efetivamente sustentam essas regras. Em outras palavras, o jurista precisa identificar nos princípios o sentido das regras (MOTTA, 2010, p. 103-104).

Direito como integridade para Dworkin quer dizer as pessoas terem direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Ou seja:

Já a *integridade* é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, *que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido*. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade (STRECK, 2014).

Trata-se, nesta via, de compreender o direito como totalidade. Como completeza sustentando que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo (MOTTA, 2010, p. 103-104).

Dworkin parte do pressuposto de que a integridade política, entendida como necessidade que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos. Para estender a cada um dos padrões fundamentais de justiça e equanimidade <sup>5</sup> que usa para alguns é uma virtude política – tanto quanto a justiça e a equanimidade – diga-se, uma exigência específica da moralidade política de um Estado (personificado como agente moral) que deve tratar os indivíduos com igual consideração e respeito (MOTTA, 2010, p. 103-104).

Para sustentar essa visão, Dworkin apresenta justificativas de ordem distintas, demonstrando não só que a integridade (como ideal político) se adapta e explica as características da nossa

---

<sup>5</sup> O termo equanimidade é considerado mais adequado do que o termo equidade, utilizado nas traduções brasileiras de Ronald Dworkin, assim não seria fidedigno traduzir o termo inglês *fairness* por equidade e sim por equanimidade, afim de marcar o quadro (não-aristotélico) em que a Teoria da Justiça de Rawls bem como, a Teoria do Direito como Integridade de Dworkin foram elaboradas. O termo assume uma concepção procedimentalista e não substancialista. (PEDRON, 2009, p. 127-137)

estrutura e prática constitucional, como também, que é uma boa forma de legitimação política, fundada na fraternidade. Ele defende a noção de que a sociedade integra uma comunidade de princípios, uma forma especial de comunidade que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coletiva (MOTTA, 2010, p. 103-104).

Dworkin argumenta que a compreensão da integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva das nossas práticas jurídicas distintas (DWORKIN, 1999, p. 260). Conquanto, admite que não seria possível reunir, num único e coerente sistema de princípios todas as normas especiais e outros padrões estabelecidos por nossos legisladores e ainda em vigor. Sugere, assim que, consideremos este fato um defeito e não como o resultado desejável de uma justa divisão do poder político entre diferentes conjuntos de opinião. De modo que a tarefa (enquanto operadores do direito) passa ser a de se empenhar em remediar quaisquer incoerências de princípios com as quais se venha a se deparar (MOTTA, 2010, p. 106).

Ou seja, o dever do juízo é interpretar a histórica jurídica que encontra, não inventar uma história melhor, é seu dever atender a alguma concepção de integridade e coerência do Direito como instituição. E, essa concepção irá limitar sua teoria operacional de ajuste, é dizer, suas convicções sobre em que medida uma interpretação deve ajusta-se ao direito anterior (MOTTA, 2010, p. 108).

Na verdade, ele parte de uma concepção de integridade que envolve obrigações e direitos recíprocos fundados em um sistema de princípios historicamente formado e assumido. De modo que a noção que fundamenta a sua teoria do direito não vem *a priori*: ela é socialmente construída. Tanto é assim, que, a integridade obviamente convive com a possibilidade (necessidade) de alteração de decisões anteriores, e esclarece que aí não estará em jogo uma escolha entre história e justiça (MOTTA, 2010, p. 109). Por conta disso, a decisão correta é aquela “que se amolda, coerentemente ao

direito que é tomado com um sistema íntegro constituído por uma moralidade política comum” (STRECK, 2014).

Neste fio, uma decisão judicial que quebre (corretamente) um precedente, estará apenas realizando uma conciliação entre considerações que em geral se combinam em qualquer cálculo de Direito político. Isso, na exata medida de que a decisão judicial nada mais faz do que tornar efetivos os direitos políticos já existentes (MOTTA, 2010, p. 109).

O juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exijam ou permitam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que estas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz. No entanto, ainda que essa exigência honre a virtude política do devido processo legal, que seria violado pelo menos *prima facie* se as pessoas fossem julgadas segundo outras normas que não as normas jurídicas no momento, outros aspectos mais poderosos da moral política poderiam ter mais importância que essa exigência em circunstâncias particulares e excepcionais (DWORKIN, 1999, p. 263)

Em síntese uma instituição que aceite o ideal da integridade, exatamente por essa razão, deverá afastar-se da estrita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (MOTTA, 2010, p. 110).

Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equanimidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-

se da estreita linha de decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (DWORKIN, 1999, p. 264).

A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia no início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental (DWORKIN, 1999, p. 265).

Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, suas normas públicas como um todo. (DWORKIN, 1999, p. 306) Streck assim ressalta que “uma decisão íntegra e coerente pressupõe a responsabilidade política do juiz e, por isso, poderá contrapor seus desejos pessoais” (STRECK, 2014).

Em suma, o direito pode não ser uma trama inconsútil – certamente não o é – mas o demandante tem o direito de pedir aos juízes que o trate como se fosse. O que Dworkin defende é que é possível que um juiz enfrente problemas novos e desafiadores como uma questão de princípio, e é isso que dele exige o direito como integridade (MOTTA, 2010, p. 111).

### **3 O caso Vanusa em uma possível perspectiva dworkiniana**

No caso concreto entabulado no Recurso extraordinário, ficou claramente demonstrada a oposição dos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso. O Ministro Lewandowski fundamentou seu voto principalmente na questão do procedimento legal previsto na Constituição Federal para ingresso em cargos públicos, o que seria superior a qualquer argumento de âmbito individual da candidata Vanusa. Logo, o núcleo do seu voto estaria fundado no artigo da Constituição e, por consequência no

*princípio da igualdade*, haja vista que todos precisam realizar o concurso para posse de cargo público. (BRASIL, STF).

Já o Ministro Barroso, realizou uma abordagem contextual, sob a aplicação do *princípio da proteção da confiança*, diante das expectativas legítimas para os cidadãos, concluindo assim pela concretização deste sob o viés de três pressupostos: (a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; e a (c) decisão de mérito proferida em segunda instância. Neste sentido, o voto do Ministro foi construído sobre fundamento além do que a regra emana, além do texto Constitucional (Art.37<sup>6</sup>), pois diante do decurso do prazo de aproximadamente 12 anos e dos equívocos ocorridos no concurso, a aplicação “crua” da regra não se demonstraria como a melhor decisão.

Em resumo, objetivando desenhar o contraponto, o Ministro Barroso mencionou que haveria uma discussão entre o princípio da *proteção da confiança* e o *princípio da igualdade* que foi defendido pelo Ministro Lewandowski: a) o princípio teria “relevância no âmbito judicial, pois naturalmente decisões do Estado-juiz também podem gerar expectativas legítimas para os cidadãos” e devem ser protegidas estas expectativas legitimadas e criadas nos indivíduos pelo Estado. b) a existência de conflito do interesse privado ao público, bem como a necessidade de proteção do princípio da igualdade que iria estar ferido em caso de manutenção da recorrida no cargo ao procedimento exigido para a aprovação no concurso.

Portanto, utilizando-se da lógica do voto vencedor a aplicação do princípio da igualdade que exige à qualquer pessoa a

---

<sup>6</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

realização de concurso público para se investir de cargo público. Pois bem, no caso em questão Vanusa realizou o concurso, todavia, por equívoco do oficial foi reprovada na segunda Fase. Primeiro desacerto na relação jurídica construída. No que inclusive poder-se-ia apontar que o princípio da igualdade estaria ferido, pois prejudica por equívoco, logo desigualdade de condições para se manter na prova.

Posteriormente, Vanusa recorreu administrativamente requerendo a realização de contra-prova, justamente objetivando corrigir o primeiro equívoco cometido pelo Oficial. Todavia, a comissão julgadora negou o pedido formulado pela candidata, apesar de ter deferido o pedido para outro candidato em situação semelhante, ou seja, contestação sobre o resultado da prova física. Logo, o primeiro equívoco persistiu e inclusive violou novamente o princípio da igualdade em relação ao deferimento ao outro candidato para a realização da contra-prova.

Diante deste segundo equívoco, Vanusa ajuizou ação cautelar para se manter no concurso, a qual foi deferida. Entretanto, seguindo a lógica inicial, se houve desacerto na avaliação da segunda fase, a melhor decisão seria, invocando novamente o princípio da igualdade, dada a comprovação do equívoco, que ela pudesse repetir a prova física. Mas, a decisão foi por mantê-la no concurso para realização da Quarta Fase do concurso.

Verifica-se assim a ocorrência de equívocos jurídicos no curso do concurso, nas decisões administrativas e judiciais: i) equívoco do fiscal na contagem dos exercícios na prova física; ii) desacerto da comissão em não anular a prova física ou possibilitar a contra-prova à Vanusa, como foi ofertado ao outro candidato; iii) equívoco no pedido e decisão da cautelar que possibilitou Vanusa a realizar a Quarta Fase do Concurso, sem realizar a segunda e terceira;

Por esta via, apesar da previsão clara da Constitucional Federal sobre a obrigatoriedade de realização de concurso público para ser investido em cargo público, o caso em questão não se



encaixa na aplicação desta regra. Logo, em Streck reforça-se que não existe lei clara sem antes do fato:

A decisão certa desse evento se dará a partir da reconstrução institucional do direito, da coerência e da integridade. A decisão acerca do fenômeno não partirá de um grau zero e tampouco ocorrerá pelo acoplamento de um sentido previamente elaborado a um fato desnudo (STRECK, 2014b, p. 431).

No presente caso, os fatos ultrapassaram a previsão legal constitucional e por esta via objetivando-se a melhor decisão, a mais justa é preciso recorrer aos princípios, dentre eles o *princípio da igualdade* ou o da *proteção da confiança*. Ademais, estes princípios, como na teoria de Dworkin devem estar contextualizados a realidade da sociedade.

Diante destes votos opostos poder-se-ia realizar um comparativo com a tese alçada por Ronald Dworkin, especialmente utilizando-se do caso Riggs contra Palmer, em que claramente existia uma legislação e está não desautorizava o herdeiro a receber a herança. Todavia, o Tribunal decidiu de forma distinta com fundamento em algo que não estava previsto na regra, objetivando uma possível melhor decisão ao caso. Fundamentou-se o Tribunal em um princípio para concluir uma decisão mais justa diante do contexto apresentado.

No caso Vanusa, ocorreu de forma semelhante quando do voto do Ministro Barroso, todavia em razão da maioria dos votos a decisão preferida pelos Ministros foi a proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, fundamentada na regra e no princípio da igualdade. O voto do Ministro Barroso, fundamentado no *princípio da confiança*, pendeu para uma análise social e moral diante do decurso de mais de 12 anos desde a posse de Vanusa, do desacerto ocorrido na prova física, bem como da comprovação de sua aptidão física e psicológica anexadas aos autos. Além da prova do desempenho exemplar como profissional da polícia civil do Estado do Rio Grande do Norte.

Especificamente sobre os princípios Dworkin fundamenta que estes são sistematizados em uma lógica diversa das regras. Assim, numa questão de conflito, como no caso da Vanusa (igualdade x confiança) é necessário analisar quão importantes cada qual no caso em questão.

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão, é uma parte importante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é (DWORKIN, 2002, p. 47).

Ora, no caso analisado, poder-se-ia apontar que o princípio da igualdade foi violado desde o indeferimento do recurso administrativo pela comissão julgadora do concurso. Neste sentido, Guilherme Valle de Brum menciona que “sempre que uma determinada decisão for proferida em sentido favorável ou contrário a determinado indivíduo, ela deverá necessariamente ser proferida da mesma maneira para os outros indivíduos que se encontram na mesma situação” (BRUM, 2014, p. 124-150).

Logo, mesmo que sabido a grande importância deste princípio no caso em questão o princípio da confiança teria mais força diante da recorrida ter recebido uma decisão liminar e duas de mérito favoráveis ao seu pedido.

Um princípio como “nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos” não pretende (nem mesmo) estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas (ainda assim) necessita de uma decisão particular.

Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, então essa é uma razão que o direito levará em consideração ao decidir se ele deve mantê-la. Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção – por exemplo, uma política que garanta o reconhecimento da validade de escrituras ou um princípio que limite a punição ao que foi estimulado pelo Poder Legislativo. Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem força menor, o princípio poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como (se fosse) uma razão que inclina numa ou noutra direção (DWORKIN, 2002, p. 41).

Inclusive, conforme Engelmann, em abordagem sobre Dworkin “os princípios possuem um suporte institucional no Direito, nos antecedentes preparatórios do Direito, nas práticas sociais estabelecidas” (ENGELMANN, 2001, p. 106). Portanto, a aplicação do princípio deve estar relacionada com a história legislativa e judicial.

Neste sentido, fundamentando no livro *O Império do Direito*, em que Dworkin trabalha com a ideia de que qualquer Teoria do Direito é, antes, uma interpretação acerca dessa prática social. A natureza da argumentação jurídica encontra-se na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes. (GUEST, 2010, p. 07). Afirma o autor que:

[...] dizemos que a lei é uma coisa, e que outra bem diferente é o que os juízes farão com relação a ela; isso explica, parece-me, a atração imediata que exerce o lema positivista. Mas equivale a um grande exagero insistir, como fizeram os positivistas, em que as teorias sobre os fundamentos do direito não podem, absolutamente, ser políticas, que devem deixar totalmente sem resposta a questão do modo como os juízes decidem os casos

reais. Pois uma teoria sobre os fundamentos que, em si mesma, não assume nenhuma posição relativa à utilização da força do direito deve ainda assim ser política num sentido mais geral e difuso (DWORKIN, 1999, p. 138).

A proposta Dworkiniana como um todo pode ser compreendida como um esforço de superação de duas tradições concorrentes, o positivismo jurídico (*convencionalismo*) e o realismo jurídico (*pragmatismo*), mediante a afirmação da possibilidade de se chegar a uma *resposta correta* nos casos judiciais e, em contraposição, negando a existência de um espaço discricionário para tomadas de decisões judiciais.

Noutro sentido também, em defesa do voto do Ministro Barroso, Dworkin propõe, assim, uma certa união entre o mundo das normas jurídicas e o mundo da moralidade em geral, ao contrário da separação absoluta entre os dois mundos que sempre caracterizou o positivismo. Objetiva-se que os juízes têm alguma espécie de compromisso jurídico com os princípios e diretrizes políticas e que, portanto, as obrigações impostas por eles ao solucionar casos difíceis não são invenções discricionárias. Sendo preciso encontrar uma forma de substituir a definição positivista de Direito por uma que possa incluir os princípios e as diretrizes políticas. Poder-se-ia então, na visão do autor, dizer que a obrigação imposta pelo juiz com base em princípios não passou a existir no momento da decisão, mas existia desde antes no Direito, como decorrência desses princípios.

No livro “Justiça de Toga” o autor menciona que:

A concepção tradicional que nos estimula a estabelecer relações entre duas esferas intelectuais distintas, é insatisfatória. Seria melhor trabalhar com uma topografia intelectual diferente: poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela. Entendemos a teoria política desta forma: como parte da moral compreendida em termos mais gerais, porem diferenciados, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas distintas. Poderíamos tratar a

teoria jurídica como uma parte especial da moral política, caracterizada por uma nova depuração das estruturas institucionais (DWORKIN, 2010, p. 51).

Para Dworkin, portanto, a moral e o Direito são sistemas normativos distintos. O Direito pertence a uma determinada comunidade e a moralidade estabelece norma com força imperativa para todos. O direito é feito pelos humanos ao passo que a moral por ninguém, ela não depende de nenhuma prática humana (MOTTA, 2010, p. 111). Neste sentido, o Direito é um ramo da moralidade política, esta classificação tem profundas implicações na teoria da decisão judicial. Assim, o argumento moral é ingrediente essencial do argumento jurídico. A existência do Direito é uma justificação moral para a coerção do Estado (GUEST, 2010, p. 38). As normas são criadas sob um balizamento moral.

Este balizamento poderia ser apontado no voto do Ministro Barroso que, analisou não somente a questão legal (regra), mas sim a questão contextual do caso concreto tendo em vista o discurso do prazo que Vanusa estava investida no cargo, a sua conduta de boa-fé. Uma vez que teve a iniciativa de realizar todos os procedimentos exigidos no concurso. Todavia sofreu com o equívoco do fiscal durante a prova física. Não teve qualquer conduta procrastinatória durante o processo objetivando se beneficiar com o tempo para a decisão final. Além de todos estes pontos, existiam três decisões a favor da parte, seja a decisão precária da Ação Cautelar, mas ainda duas decisões de mérito em primeiro e segundo grau.

Fortalecendo esta visão, na tese de Dworkin, ele objetiva mostrar que, no funcionamento dos princípios o “*point moral do direito*” fica particularmente evidenciado. Ademais os princípios são regem em sentido amplo, pois estabelecem uma medida de avaliação de determinando comportamento de acordo ou desacordo com determinado padrão (regra). Já as regras em

sentido estrito, não capturam a dimensão interpretativa do raciocínio jurídico proposto por Dworkin (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 163).

O autor assim defende a partir de uma metáfora da árvore que representaria o sistema normativo, sendo um dos seus galhos a moral, outro galho o Direito, os princípios, e assim formando todas as fontes normativas.

Podemos sentir que estamos fazendo é correto, mas, enquanto não identificarmos os princípios que estamos seguindo, não podemos estar certos que eles são suficientes, ou se estamos aplicando consistentemente (DWORKIN, 2002, p. 25).

Streck dirá ainda que: “a segurança jurídica e a proteção da confiança e da isonomia somente fazem sentido se as decisões obedecerem à coerência e à integridade” e continua “sem atentar para a integridade, a principiologia e a Constituição poderiam ser violadas, mesmo preservando a isonomia ou a confiança” (STRECK, 2014). Portanto, é sempre essencial que uma cadeia de erros seja contida mediante uma séria fundamentação e reconstrução junto a integridade e coerência.

Concluindo, assim, esta visão, partiu-se de uma análise contextual e histórica do caso Vanusa. Iniciando-se pelo realinhamento de todo o processo seletivo do concurso com suas fases (primeira, segunda, terceira e quarta), as fases processuais judiciais desde o ajuizamento da Ação Cautela que obteve decisão favorável, assim como as decisões de mérito de primeiro e segunda grau da Ação Ordinária, ao fim para análise dos votos dos Ministros e a decisão final.

Diante de todos estes fatos, a partir da visão de Dworkin verificou-se que em muitas situações os juízes decidem pela melhor decisão e que esta decisão não é uma decisão fundada em uma regra e sim em princípios. Que, podem apesar disso, existir conflitos entre os princípios e diante deste deve-se analisar o

contexto do caso objetivando declinar pela aplicação do quão será mais importante e consagrar a melhor decisão, a mais justa.

No caso analisado, portanto, verificaram-se muitos equívocos jurídicos ocorridos tanto por parte da comissão do concurso em que Vanusa participou quanto da decisão liminar que a autorizou a realizar a quarta fase do concurso. Diante disso, um caso complexo a ser decidido se desenhava e perante ele, apesar da aparente existência de norma Constitucional ela não aparentava ser completamente justa, ademais tendo em vista o decurso do prazo de 12 anos em que Vanusa esteve na função de policial civil.

Portanto, utilizando-se do voto do Ministro Barroso e da função dos princípios alicerçada na tese de Ronald Dworkin, fundamentou-se que no caso em questão o embate entre o princípio da igualdade e o princípio da confiança, dever-se-ia aplicar tendo em conta o contexto do caso (prestação do concurso (CF/88) + equívoco no processo administrativo + desacerto jurídico na decisão cautelar + prova da aptidão física + prova da aptidão psicológica + aprovação da quarta fase + nomeação + exercício no cargo) para a manutenção de Vanusa no cargo já exercido por 12 anos.

#### **4 Considerações finais**

O problema apresentado inicialmente neste artigo foi analisar a decisão do Recurso Extraordinário nº 608.482 do Supremo Tribunal Federal e qual seria seu fundamento na visão da Teoria de Ronald Dworkin, mediante os fundamentos apresentados nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso.

Para tanto, iniciou-se realizando uma retrospectiva de todos os acontecimentos que precederam a decisão do STF. Verificou-se que Vanusa prestou concurso público para agente da polícia civil no Estado do Rio Grande do Norte, em setembro de 2000, edital nº 001/2000, publicado no Diário Oficial em 09 de setembro de 2000.

O concurso compreendia quatro fases: i) Prova de conhecimento específico; ii) Teste físico; iii) Exame Psicotécnico; iv) Curso de Formação. O problema que originou o embate judicial ocorreu na segunda fase, quando o oficial contabilizou equivocadamente o número de repetições realizadas no exercício, informando a candidata que ela já havia concluído a prova. Posteriormente, contudo, a comissão organizadora do concurso, anulou as repetições e o que concluiu que não teria sido aprovada na fase.

Enfim, em razão deste desacerto Vanusa recorreu administrativamente da decisão, requerendo a possibilidade “contra-prova”. Todavia, apesar desta ter sido deferida em condições distintas à outro candidato, à ela foi indeferido. Tal fato a impediu de realizar a terceira fase do concurso.

Diante disso, a candidata ingressou com Ação cautelar, que, equivocadamente a autorizou a realizar a Quarta Fase do concurso, quando a melhor decisão teria sido, anular a segunda fase do concurso ou autorizar que ela realizasse a “contra-prova” da segunda fase. E, conseqüentemente sendo aprovada, realizar em período especial a terceira prova. Dentro do prazo processual, Vanusa ingressou com Ação Ordinária que obteve a decisão de mérito em primeiro e segundo grau procedentes.

No Supremo Tribunal Federal a decisão foi o voto vencedor do Ministro Lewandowski que fundamentou o seu voto na necessidade de obediência ao procedimento legal previsto na Constituição Federal para ingresso em cargos públicos, o que seria superior a qualquer argumento de âmbito individual da candidata Vanusa. Logo, o núcleo do seu voto estaria fundado no artigo da Constituição e, por consequência no princípio da igualdade.

Já o Ministro Barroso, realizou uma abordagem contextual, sob a aplicação do *princípio da proteção da confiança* diante das expectativas legítimas para os cidadãos, concluindo assim pela concretização deste sob o viés de três pressupostos: (a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta



processual procrastinatória; e a (c) decisão de mérito proferida em segunda instância.

Portanto, diante da divergência dos votos, para alcançar as hipóteses de solução do problema inicialmente apresentada a partir da visão de Ronald Dworkin, verificou-se que a lógica do voto vencedor foi a aplicação do princípio da igualdade que exige a realização por todos do concurso público para se investir de cargo público. Todavia, no caso em questão Vanusa, apesar de ter prestado o concurso, ou seja, ter cumprido com a exigência legal inicial, o desacerto foi ensejado pelo oficial avaliador do concurso.

Posteriormente, mesmo tendo recorrido administrativamente para realizar a “contra-prova”, o que viabilizaria a correção do equívoco, a decisão foi pelo indeferimento. Ressalta-se que o outro pedido de “contra-prova” na prova física foi pleiteado por outro candidato do mesmo concurso questionando questões diversas, mas foi indeferido. Fato este que violou o mencionado princípio da igualdade.

Diante da persistência do equívoco, Vanusa obteve a decisão decorrente do ajuizamento da Ação Cautelar, para realizar a quarta fase do concurso. Equivocado foi o pedido e a decisão, quando a melhor solução e que poderia pôr fim a esta sequência de equívocos teria sido permitir que ela realizasse novamente a prova de aptidão física e que pudesse realizar a terceira fase, prova de aptidão psicológica (não realizada pela comissão não reconhecer a sua aprovação na segunda-fase).

Logo, o caso em questão desenrolou-se inicialmente com equívocos jurídicos e, na medida do decurso do tempo, estes se agravaram, mas, todavia, não por conduta de Vanusa e sim da Comissão do Concurso e das decisões judiciais. Os problemas ensejados foram: i) desacerto do fiscal na contagem dos exercícios na prova física; ii) equívoco da comissão em não anular a prova física ou possibilitar a “contra-prova” à Vanusa, como foi ofertado ao outro candidato; iii) equívoco jurídico na decisão da cautelar que possibilitou Vanusa a realizar a Quarta Fase do Concurso;

Portanto, utilizando-se da ideia de Dworkin, o presente caso não pode ser analisado somente pelo viés legal e sim principiológico e contextual. I) A candidata exerceu o cargo por 12 anos e mesmo diante de todos os equívocos jurídicos sempre comprovou a conduta de boa-fé e não teve qualquer conduta procrastinatória, objetivando se beneficiar com o tempo para a decisão final, durante o processo; i) Requereu administrativamente a realização da segunda fase; ii) Diante do indeferimento administrativo, requereu judicialmente pela Ação Cautelar a realização das demais fases do concurso; iii) Comprovou a aptidão física, com nota 9,5 e mediante laudo aptidão psicológica; iv) Foi aprovada na Quarta fase; v) Nomeada ao cargo, exercendo-o por 12 anos.

Conclui-se assim, a partir da Teoria de Ronald Dworkin somada a análise contextual e histórica do caso Vanusa que a melhor decisão, tendo em conta os diversos equívocos jurídicos, teria sido sua manutenção no cargo de agente da polícia civil no Estado do Rio Grande do Norte, exercício há 12 anos.

Nesta decisão levou-se em consideração que em Dworkin em muitas situações os juízes decidem pela melhor decisão e esta decisão pode não ser uma decisão fundada unicamente em uma regra e sim em princípios. Apesar disso, estes princípios podem conflitar, mas deve-se analisar o contexto do caso declinar pela aplicação dos princípios que será mais importante e consagrará a melhor decisão, a mais justa.

Portanto, utilizando-se do voto do Ministro Barroso e da função dos princípios alicerçada na tese de Ronald Dworkin, fundamentou-se que caso em questão o embate entre o princípio da igualdade e o princípio da confiança, dever-se-ia julgar para a manutenção de Vanusa no cargo já exercido por 12 anos, conforme resumo que segue:

<b>Procedimento ideal</b>	<b>Procedimento Adotado</b>
Realização e aprovação no concurso público.	Realização e aprovação no concurso público.
Realização e aprovação na Primeira-fase	Aprovação na Primeira-fase
Realização e aprovação na Segunda-Fase	Realização correta. <b>Contagem equivocada por parte do oficial avaliador da comissão do concurso. Reprovação.</b>
Realização e aprovação na Terceira-Fase	<b>Realização desautorizada. Comissão não reconhece aprovação na segunda-fase.</b>
Apresentação de Recurso a comissão do concurso.	Apresentação de Recurso a comissão do concurso.
Comprovado o desacerto. Deferimento para a realização de contra-prova.	<b>Comprovado o desacerto. Indeferimento para a realização da contra-prova.</b>
Ajuizamento de ação judicial para deferimento da realização da segunda-fase como contra-prova.	<b>Ajuizamento de ação judicial e deferimento da realização da quarta-fase do concurso.</b>
Realização e aprovação da Quarta-fase	Aprovação na Quarta-fase
Ajuizamento de Ação Ordinária. Decisão de mérito.	Ajuizamento de Ação Ordinária. Decisão de mérito.
Nomeação ao cargo.	Nomeação ao cargo.
Julgamento da ação ordinária em 1ª e 2ª instância.	Procedente.
Julgamento final pelo STF.	Improcedente.

No caso analisado, portanto, ocorreram equívocos de interpretação jurídica ensejados tanto por parte da comissão do concurso quanto da decisão liminar que a autorizou Vanusa a realizar a quarta fase do concurso. Diante disso, um caso complexo se desenhou e perante ele, apesar da aparente existência de norma Constitucional esta não se demonstrou ser completamente justa, para decidir o caso. Ademais tendo em vista o decurso do prazo de 12 anos em que Vanusa esteve na função de policial civil. Portanto,

mediante a teoria de Ronaldo Dworkin entendeu-se que Vanusa deveria ser mantida no cargo, mediante os critérios apresentados no voto do Ministro Barroso.

## Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 608.482/RN**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento: 07 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3831488>>. Acesso em. 15 jul. 2017.

BRUM, Guilherme Valle. **Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014;

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010;

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010;

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**; Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: artins Fontes, 2005;

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001;

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010;

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 1.ed.1986;

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 12. Ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002, vol. I;

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teorias do direito contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2013;

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

\_\_\_\_\_. **Levando o Direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis : Conceito, 2010;

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. **Algumas indicações sobre o método fenomenológico-hermenêutico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico>> Acesso em: 03 ago. 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud. **A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do direito**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n.47, p. 127-137, out./ dez. 2009.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin (uma abordagem)**. Coimbra: Almedina, 2005.

SGARBI, Andrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **A crítica Hermenêutica do Direito e o novo Código de Processo Civil**: apontamentos sobre a coerência e integridade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 11, 2014a.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica por Lenio Streck**. Livro-carta n.1.São Leopoldo: edição do autor, 2017a;

\_\_\_\_\_. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>> Acesso em: 03 ago. 2017b.

**Discricionariedade, protagonismo  
e ativismo judiciais:  
reflexões a partir do voto do ministro Barroso  
no recurso extraordinário nº 608.482/RN**

*Paulo Thiago Fernandes Dias<sup>1</sup>*

## **1 Introdução**

O presente trabalho tem como objetivo a análise do ato de decisão judicial, notadamente e, a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, pela observação do incremento do protagonismo de magistrados na resolução de demandas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário. Aliado a isso, verifica-se a denominação de uma decisão ou de um julgador como ativista, ainda que para tanto não se tenha uma precisão conceitual desse termo.

O Estado Constitucional veio como uma resposta às atrocidades perpetradas, principalmente, durante os eventos lamentáveis da II Guerra Mundial, movimento esse observado em vários países. No Brasil, após experimentar regimes ditatoriais,

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público pela UNISINOS/RS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UGF/RJ. Membro do grupo de pesquisa “Sistemas Punitivos”, sob a coordenação do Prof. Dr. André Luís Callegari. Ex-professor de Direito Penal e Processual Penal da FACIMP, da FEST e da IESMA/UNISULMA, todas de Imperatriz/MA. Advogado. Membro do IBCCRIM.

essa constitucionalização só se materializou com o advento do Texto Constitucional de 1988. Com isso, o Judiciário brasileiro experimentou um processo de crescimento, de expansão, de ampliação, tornando-se, no bojo desse constitucionalismo, o órgão responsável pela salvaguarda dos direitos fundamentais e do próprio regime democrático.

Através dessa nova forma de encarar o papel do Judiciário no Brasil, questões como a regulamentação da audiência de custódia, casamento entre pessoas do mesmo sexo, antecipação do nascimento de feto anencefálico, afastamento de parlamentares do exercício do mandato por decisão judicial, relativização da presunção de inocência, dentre outros, passaram a ser solucionadas pela Suprema Corte brasileira. Algumas dessas situações, vale destacar, decididas em contrariedade ao Texto Constitucional.

A despeito dessa nova postura (ativa) do Judiciário na era do constitucionalismo, é possível aduzir que a ausência (ou o desrespeito a) de critérios para a elaboração do ato decisório vem colaborando para que se tenha justamente o comprometimento do regime democrático, por conta desse agigantamento do poder conferido aos juízes e aos tribunais inferiores e superiores.

Tratar desse ativismo judicial ou da maneira discricionária como muitas decisões são proferidas pelos órgãos jurisdicionais não é tarefa simples, pois, como se disse, a doutrina é bem divergente quanto ao estabelecimento de critérios suficientes para o apontamento de um caso decidido de forma ativista ou outro como sendo um exemplo de judicialização da política ou quem sabe de politização da justiça.

Para tanto, este trabalho terá como referencial prático o julgamento do Recurso Extraordinário de nº 608.482/RN, precisamente em relação ao voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que restou vencido ao final do ato decisório colegiado. Trata-se do desfecho do caso envolvendo Vanusa Fernandes de Araujo, em processo iniciado no ano de 2001,



recebendo decisão definitiva quanto ao mérito da demanda no ano de 2014 pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta pesquisa, portanto, não pretende a discussão do mérito da demanda retratada no Recurso Extraordinário de nº 608.482/RN, que será brevemente exposta, mas sim, tomando como referência o voto do Ministro Barroso nesse julgado, analisar, teórica e hermenêuticamente, o instituto do ativismo judicial, cujo conceito não pode servir para dizer tudo e nada ao mesmo tempo.

Justifica-se, ademais, a escolha pelo voto do Ministro Barroso mencionado ao norte, tanto pela referida atuação do magistrado na Suprema Corte, como em decorrência de trabalhos acadêmicos por ele já publicados sobre o tema do ativismo judicial.

Diante disso, é possível questionar se é possível, com segurança, apontar uma definição ou um conceito de ativismo judicial. Se sim, a decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do Recurso Extraordinário de nº 608.482/RN (particularmente quanto à permanência ou não de Vanusa no cargo público) é ativista? O ativismo judicial tem que ser estimulado ou evitado pelos magistrados e ministros brasileiros?

Essas questões serão devidamente enfrentadas, via pesquisa qualitativa, exploratória<sup>2</sup>, para, com isso, colaborar-se com o debate e a produção científica acerca do tema do ativismo judicial e sobre eventuais limites à atuação discricionária de magistrados nos juízos e tribunais brasileiros.

---

<sup>2</sup> “A pesquisa exploratória objetiva desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias; por meio dela, podemos formular problemas e hipóteses com mais precisão. Trata-se de um tipo de pesquisa que apresenta menor rigidez no planejamento, se comparado com as pesquisas descritivas ou explicativas. São comuns pesquisas exploratórias, como as que envolvem apenas levantamento bibliográfico ou documental, entrevista não padronizada e estudo de caso” (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017, versão digital, Parte I, Cap. 4, tópico 3).

## 2 Protagonismo, ativismo e discricionariedade judiciais

Em território estadunidense, o ativismo judicial passou a ser estudado (no sentido de ser discutido) a partir do caso *Marbury vs. Madison*, no qual, pela primeira vez na história daquele país, a Suprema Corte, a despeito da ausência de previsão constitucional, operou o controle de constitucionalidade de um ato normativo infraconstitucional. Assim, a origem do ativismo judicial se confunde com a realização do primeiro controle de constitucionalidade de ato normativo que se tem notícia em território estadunidense<sup>3</sup> (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 138).

Para BARROSO, o ativismo judicial serviu, principalmente, de etiqueta para o trabalho desenvolvido pela Corte Suprema estadunidense nos anos de 1954 e 1969, ocasiões em que foi presidida pelo julgador Earl Warren, quando toda uma jurisprudência de natureza progressista foi construída em matéria de direitos fundamentais, ainda que sem qualquer ato do Executivo ou do Legislativo. Também segundo o autor, o ativismo judicial passou a ser retratado de forma pejorativa em decorrência de uma reação conservadora preocupada em frear ou estigmatizar a jurisprudência progressista da Suprema Corte em matéria de direitos fundamentais (BARROSO, 2013, p. 232).

Ainda sob o aspecto histórico, FACHIN aponta que o termo *judicial activists* foi primeiramente empregado por Arthur Schlesinger Jr, em artigo publicado no ano de 1947, quando o pesquisador norte-americano traçou um perfil dos integrantes da Suprema Corte estadunidense e por meio de dito estudo apontou-

---

<sup>3</sup> Entretanto, FACHIN considera que “... encontram-se referências históricas sobre o surgimento do ativismo desde os idos de 1905 no caso *Lochner vs. povo de Nova York*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu inconstitucional a lei estadual que visava limitar a jornada de trabalho, afirmando se tratar de exercício ilegítimo do poder de polícia em face da liberdade individual de contratar que se extrairia do devido processo legal substantivo” (FACHIN, 2016, p. 16).

se qual juiz era ou não ativista, conforme sua atuação junto à Corte daquele país<sup>4</sup>.

Já em se tratando de Brasil, principalmente em 1988 com a redemocratização, quando o Texto Constitucional, além de consagrar direitos e garantias individuais e sociais, dispôs, expressamente, sobre a possibilidade de o Judiciário exercer o controle de legalidade final dos atos praticados pelo Legislativo e pelo Executivo, é que se começou a presenciar (ou seria perceber?) julgamentos nos quais o ativismo judicial se fez valer, ainda que sem a necessária discussão científica e política, bem diferente do que ocorreu nos Estados Unidos<sup>5</sup>.

Mas antes da aprovação da atual Carta da República, já era possível constatar que o Judiciário brasileiro, historicamente, fora pensado, conscientemente ou não, para concentrar poderes ou funções para além da principal, de caráter jurisdicional.

Durante o período colonial, quando não passava de uma colônia portuguesa, o território foi dividido em Capitânicas hereditárias, as quais eram entregues aos cuidados dos seus Donatários. Estes, por sua vez, exerciam funções tanto de natureza administrativa, quanto legislativa e a de julgadores, isto é, o

---

<sup>4</sup> “De acordo com Schelensinger, seria identificável a maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento de sua cientificidade, conquanto para os ativistas judiciais o direito e a política seriam indissociáveis de modo que toda decisão jurídica implicaria em uma escolha política. O senso de justiça e o anseio por melhorias sociais seriam os elementos norteadores do pensamento ativista, que se teria tornado popular nos Estados Unidos após a promulgação do *Civil Rights Act*, em 1964, sendo instrumento de efetivação de ações afirmativas politicamente insuficientes” (FACHIN, 2016, p. 17).

<sup>5</sup> “Desse modo, sob a influência da doutrina estadunidense, a questão envolvendo o ativismo da magistratura ganhou papel de destaque no cenário jurídico brasileiro. O problema é que, diferente do que aconteceu nos Estados Unidos, aqui, a atuação do Judiciário mediante uma postura ativista não passou por uma (indispensável) problematização (isto é, por um *rigoroso debate acadêmico*), no sentido de que, dos contributos trazidos pelos juristas norte-americanos, apenas se aproveitou a intensificação da atividade jurisdicional, potencializada a ponto de ser defendido um necessário ativismo judicial para concretizar direitos. Em síntese, acabou se criando um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade” (TASSINARI, 2013, p. 26).

Donatário concentrava todas as funções típicas do judiciário, do legislativo e do executivo<sup>6</sup>.

Avançando na História brasileira, é seguro afirmar que o Poder Judiciário também atravessou com relativas segurança e tranquilidade institucionais, os dois últimos regimes totalitários. Fala-se do Estado Novo e do Período ditatorial iniciado em 1964. Nesses períodos excepcionais, o Congresso chegou a ser fechado, enquanto que o Judiciário se manteve na ativa, demonstrando, sem cometer o pecado da generalização, conviver com naturalidade com regimes antidemocráticos<sup>7</sup>.

A Constituição da República, além de conferir ao Judiciário o poder de revisar, sob o viés da legalidade, os atos praticados pelo Legislativo e Executivo, também constitucionalizou o direito de ação, prestigiou o órgão do Ministério Público (que pouco se difere do Judiciário, no que tange à estrutura, à independência funcional e institucional), ampliou o rol dos legitimados para o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (o legislador ordinário também ampliou o elenco dos legitimados para o oferecimento de ação civil pública), atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Carta Magna e realçou alguns princípios ao status de norma constitucional (VERÍSSIMO, 2008, p. 411-412).

Com essa nova valorização constitucional, além da não oxigenação democrática (já que as composições dos Tribunais remanescentes do regime de exceção, notadamente do Supremo, não se alteraram após 1988), o Judiciário passou a ser o grande

---

<sup>6</sup> “Assim, concordo com José Kosima quando assevera que a formação e a organização do Poder Judiciário, na esteira do que ocorreu com o governo em geral, deu-se, na Colônia, por meio da burocracia e das relações pessoais de parentesco, isto porque os magistrados partiam de Portugal a fim de ocuparem os postos no Poder Judiciário local, com a finalidade precípua de representar os interesses da Metrópole e não as aspirações locais” (LEAL, 2007, p. 17).

<sup>7</sup> “O arranjo do Judiciário, durante o Estado Novo, tornou aparentemente natural a convivência entre a justiça ordinária e tribunais de exceção, fez com que as normas de exceção fossem interpretadas pela justiça ordinária, como legítimas, e abriu caminho para que a ascensão na carreira da magistratura perpassasse o período de atuação em tribunais de exceção” (SCHINKE, 2016, p. 13).

órgão da República, não tardando para exercer um papel de destaque ou de protagonismo.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer ou a dar efetividade a direitos não consagrados, pelo menos expressamente, pelo ordenamento jurídico (como o casamento entre pessoas do mesmo sexo; aplicação da lei que regula o exercício do direito de greve na esfera privada às hipóteses de paralisação praticadas no âmbito do funcionalismo público; a fixação de *standards* para a aplicação do princípio da insignificância, dentre outros), muito em decorrência da imaturidade da democracia brasileira e das omissões dos representantes legislativos e do executivo<sup>8</sup>.

Nesse contexto, enquanto órgão encarregado da proteção de grupos minoritários e também daqueles considerados vulneráveis, o Supremo Tribunal Federal se tornou digno da confiança daqueles que se sentiam esquecidos politicamente pelo Estado. Assim, o Supremo Tribunal Federal assumiu um protagonismo político inquestionável na República brasileira.

Em contrapartida, com o crescimento do número de processos instaurados, o agigantamento político do Supremo Tribunal Federal – mas que também pode ser observado em relação aos demais órgãos jurisdicionais – não foi acompanhado de sua eficiência naquilo que, institucionalmente, motivou a sua estruturação e a sua valorização constitucional (o Texto Constitucional consagra os princípios da independência funcional, da inamovibilidade, da irredutibilidade de subsídios e da vitaliciedade dos representantes da magistratura)<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Em relação aos julgamentos referidos, não se pretende discutir sobre o mérito do reconhecimento de tais direitos, mas sim sobre a forma como eles foram regulamentados na República do Brasil, isto é, sem discussão democrática (via Parlamento), mas por força de decisão judicial.

<sup>9</sup> “Mas, como já dito, se a Constituição de 1988 está na base do processo de judicialização da vida pública brasileira, tendo sido responsável por desenhar a face protagônica que a justiça e o STF em particular ostentariam a partir da década de 1990, seus mecanismos de ampliação do acesso à justiça, aliados à aparente disposição dos tribunais em exercer ativamente as competências de revisão que lhes foram atribuídas, também respondem, em contrapartida, por boa parte da crise de

## 2.1 Ativismo Judicial e Judicialização da Política<sup>10</sup>

Feito esse breve relato acerca da postura adotada pelo, principalmente, Supremo Tribunal Federal após o advento da Constituição da República, vale estabelecer a importante distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política, não raras vezes retratados como sinônimos. Em regra, a confusão entre esses fenômenos parte da análise da relação que há entre Direito e Política. Relação esta que deve ser devidamente analisada, a fim de que se apurem eventuais violações ao ordenamento jurídico pelo ativismo judicial posto em prática pelo Judiciário brasileiro<sup>11</sup>.

Nessa senda, verifica-se em VIANNA o tratamento do ativismo judicial e da judicialização da política como termos análogos. Segundo o autor, a politização do judiciário (ou a judicialização da política) se traduz no exercício discricionário da função judicante, notadamente pelos Tribunais Superiores, pondo em risco a ordem democrática<sup>12</sup>.

---

eficiência que acompanhou a atuação do Judiciário a partir dessa mesma década” (VERÍSSIMO, 2008, p. 413).

<sup>10</sup> MORAIS e BRUM apresentam esses fenômenos como irmãos siameses (MORAIS; BRUM, 2016, p. 65).

<sup>11</sup> LEAL, 2011, p. 11: “com base em tais premissas pode-se concluir que a relação entre direito e política é passível de sindicabilidade seja política ou jurídica, exatamente para que se tenha claro o respeito às regras constitucionais e infraconstitucionais estabelecidas. O problema é saber quais os limites, a extensão e profundidade de tal ocorrer. Ou seja, a questão é em que medida a ação judicial incisiva sobre atos e comportamentos públicos e privados não exorbita dos quadrantes delimitadores de sua competência e invade a autonomia e a independência das pessoas (físicas e jurídicas)?”.

<sup>12</sup> “Intuitivo que a judicialização da política vem trazendo consigo a politização do Judiciário, em particular dos seus órgãos superiores. Não se pode argumentar, como tão frequente, que nossas instituições são resilientes e estão funcionando — diante do quadro que aí está talvez nem o Doutor Pangloss ousasse uma platitude de gênero tão *naïf*. Há uma situação de alto risco em nossas instituições e no tecido da vida social. Estamos à beira de um precipício, já foi escrito em algum lugar. César Benjamin, analista respeitado, diagnosticou em debate recente a possibilidade de uma convulsão social, ainda remota, é certo, mas que não deve ser descartada, pelo clima de cólera que grassa por aí nas ruas, nos aeroportos e nos restaurantes grã-finos, com seus frequentadores endinheirados” (VIANNA, 2016).

No mesmo sentido parece ser o entendimento de ZAFFARONI, para quem o ativismo judicial se caracteriza pelo decidir politicamente dos juízes no julgamento de casos particulares. O autor rechaça a crítica formulada ao judiciário, no sentido de que esse órgão seria um inimputável político. Ainda segundo ZAFFARONI, o fato de que os juízes não chegam ao Judiciário por meio de eleições diretas não pode ser utilizado como óbice para o exercício de controle de constitucionalidade dos atos normativos<sup>13</sup>.

Ao tratar da judicialização da política e das relações sociais, BARROSO enumera três circunstâncias responsáveis pela sua causação: o inafastável reconhecimento da relevância de um Judiciário independente, enquanto pilar para o conceito de democracia; o desencantamento da população com a política desempenhada pelos representantes eleitos; e, a opção de muitos atores políticos no sentido de que o Judiciário funcione como o palco responsável pela decisão de questões polêmicas, buscando com isso, evitar desgastes pessoais por meio dessa transferência. O autor aponta ainda que “a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do judiciário” (BARROSO, 2013, p. 230-231). Noutras palavras, discussões em torno da descriminalização do consumo de drogas, da legalização do abortamento, como também da constitucionalização do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo deixam de ser discutidas no Parlamento e passam a ser decididas pelos Tribunais.

---

<sup>13</sup> “Uma instituição não é democrática unicamente porque não provanha de eleição popular, pois, nem tudo o que provém dessa origem é necessariamente “aristocrático”. Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como ocorre com o judiciário. Quando se diz que o poder judiciário tem legitimidade constitucional, mas não legitimidade democrática, se ignora sua funcionalidade democrática. Pareceria que o reconhecimento da função política do judiciário fosse incompatível com a nomeação por concurso público, por exemplo, e que seria paradoxal que aquele possa julgar em nome do povo, quando não é eleito pelo povo” (ZAFFARONI, 1995, p. 42-43).

É importante trazer à baila o entendimento de DWORKIN sobre essa alegada vinculação dos legisladores à vontade majoritária, bem como de uma suposta tranquilidade dos julgadores em consagrar os interesses da parcela minoritária da sociedade. Explica-se. É recorrente a construção teórica no sentido de que os legisladores precisam dar satisfação aos seus respectivos eleitores. Com isso, se a base do legislador é condizente com o pensamento majoritário da sociedade, para fins de reeleição, esse membro do Legislativo dificilmente encamparia valores, interesses ou direitos ligados ao grupo minoritário.

Referido problema não se verificaria no bojo de Varas e Tribunais, pois além da alegada independência funcional, os julgadores, haja vista não poderem sofrer qualquer tipo de represália em virtude de suas decisões, desconsiderando os casos de evidente má fé, seriam os representantes do Estado capazes de concretizar direitos e interesses das minorias. Dizendo de outra forma, o Judiciário não estaria, segundo esse entendimento, refém da chamada opinião pública<sup>14</sup>.

Essa hipotética não afetação do Judiciário com a opinião popular ou pública parece carecer de reparos ou temperamentos, principalmente quando a própria presidência do Supremo Tribunal Federal informa que o “clamor por justiça” não será ignorado pelo tribunal<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Vale reforçar que a própria expressão “opinião pública” não é tão simples de ser definida, tanto que pode ser maleável ou manipulável conforme a ocasião. Nesse sentido, “a opinião pública é um produto, reflexo de uma sociedade em constante mutação. Numa época em que se constata o desvirtuamento de valores primordiais e o desrespeito aos direitos fundamentais, não é surpreendente que a opinião pública nada mais seja do que uma manifestação anônima, formada e conduzida por políticos, professores, cientistas, jornalistas e demais profissionais e autoridades que exercem o poder de convencimento perante a sociedade em geral. Esconde-se na diversidade de bons e maus pensamentos, provenientes de mentes boas e doentias. A quem se atribui a opinião pública? Ao carroceiro que percorre com sua charrete 20 quilômetros por dia catando latas e plásticos, ou a um famoso jornalista que diariamente transmite opiniões e informações (seguindo linhas editoriais predefinidas) em horário ou espaço nobre de rádio, jornal ou televisão?” (GERMANO, 2012, p. 31).

<sup>15</sup> “O clamor por Justiça que hoje se ouve em todos os cantos do país não será ignorado em qualquer decisão desta casa” (LÚCIA, 2017).



Ademais, ainda que se entenda que os magistrados estejam e sejam mais distantes em relação aos reclamos dos interesses majoritários, DWORKIN reforça que “os juízes têm seus próprios interesses ideológicos e pessoais no resultado dos casos, e também podem ser tirânicos” (DWORKIN, 2014, p. 449). Assim, sob o viés político, não é seguro afirmar que os juízes possuem mais apetência que os legisladores estaduais, federais, municipais e distritais.

Ainda que se refira ao ativismo judicial e à judicialização da política como fenômenos distintos (chamando-os de “primos”, inclusive), ousa-se afirmar que BARROSO se vale de método não muito claro para o alcance de tal propósito (num parágrafo, o autor diz que o Direito é Política, noutro, ele diz que não é, entretanto, o texto dá a entender que a Política se caracteriza pela subjetividade excessiva). Segundo BARROSO, “uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena”<sup>16</sup>.

Em sentido contrário, TASSINARI leciona que a posição de Barroso se revela contraditória, haja vista que o autor atribui a Política uma elevada carga de subjetivismo. Segundo a autora, Barroso não é feliz na distinção que busca fazer entre ativismo e judicialização, limitando-se, tão somente, em apontar as causas que originaram esses fenômenos<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup>: “... Direito é política no sentido de que: a) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; b) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; c) juízes não são seres sem memórias e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição fez a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente” (BARROSO, 2002, p. 29).

<sup>17</sup> O problema é que os elementos que Barroso elenca como caracterizadores do ativismo, no atual paradigma constitucional, devem ser inerentes a qualquer juiz no exercício de suas atribuições. Isso porque, nesta quadra da história, já não é nenhuma novidade que o juiz deva mostrar-se preocupado com a aplicação imediata da Constituição, com a realização de um efetivo controle de constitucionalidade e com o cumprimento das finalidades constitucionais (embora, por diversas vezes, isso ainda não seja adequadamente praticado, dando origem ao que Lenio Streck chama de

STRECK, estabelecendo clara distinção, inclusive qualitativa entre os fenômenos, considera o ativismo judicial sempre nocivo ao Estado Democrático de Direito, enquanto que a judicialização da política é uma consequência do funcionamento insuficiente das instituições, nos termos em que estruturadas na Constituição da República. Assim, aduz o autor que nem todo caso de judicialização da política será respondido de forma ativista. Por sua vez, o ativismo traz consigo uma resposta pessoal, subjetiva ao extremo, discricionária do julgador ao caso concreto que lhe foi apresentado<sup>18</sup>.

O ativismo judicial não se limita a uma mera suplantação das barreiras impostas aos julgadores, no sentido de que não avancem para os campos destinados aos demais poderes. Para além disso, o ativismo judicial é capaz de tornar o judiciário um poder constituído com capacidade para violar o Poder Constituinte, fora das hipóteses atinentes ao controle de constitucionalidade.

Com razão, portanto, a crítica estabelecida por DWORKIN ao ativismo judicial (ainda que numa oposição ao denominado passivismo), entendendo-o como uma “forma de virulenta de pragmatismo jurídico”, através da qual o julgador ativista desconsideraria a Constituição da República, a tradição jurídica do

---

“baixa constitucionalidade”). Ou seja, por estes critérios acima apontados, não há como se compreender a distinção entre ativismo e judicialização da política (TASSINARI, 2013, p. 31).

<sup>18</sup> “Há uma diferença entre esses dois fenômenos, ao menos no Brasil. O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição Normativa. Por isso, é possível observá-la em diversos países do mundo. Aliás, ainda que recentemente, viu-se isso na Alemanha e nos Estados Unidos. Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência – por motivo de inconstitucionalidades – de poderes ou instituições” (STRECK, 2016a, p. 99).

país e todo o arcabouço histórico relacionado à aprovação do Texto Constitucional<sup>19</sup>.

A sua vez, IRONS, à medida em que coloca em cheque a efetividade do princípio da vontade majoritária, encartado no processo legislativo, considera o ativismo judicial como uma espécie de remédio contra alguns males do sistema político, haja vista que, no seu entendimento, o ativismo serve para dar voz às minorias, citando o caso dos negros nos Estados Unidos, contra a ditadura das maiorias. Para IRONS, a própria representatividade legislativa requer contestação, pois não se deve ignorar questões atinentes ao financiamento de campanhas políticas, por exemplo. Nessa senda, diante de sua independência funcional, o Judiciário não estaria sujeito a se inclinar a interesses externos, mas sim à efetivação de direitos básicos da população, ainda que de sua parcela minoritária<sup>20</sup>.

Da leitura da obra de LEITE, percebe-se que ele promove a distinção entre a espécie de ativismo judicial político (a outra espécie de ativismo é a judicial jurisdicional, oportunamente trabalhada na sequência deste trabalho) e a judicialização da política. Esta, segundo o autor, independe da vontade dos julgadores, da feita que o ativismo judicial político representa uma “atitude espontânea do magistrado que adota postura hermenêutica flexibilizante no sentido de interpretar as leis de modo a alargar as competências do judiciário”, recheando as decisões com argumentos estritamente políticos<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> “A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania” (DWORKIN, 2014, p. 452-453).

<sup>20</sup> “This is an important point in my case for judicial activism. To the extent that legislative bodies, at all levels of government, are unrepresentative in composition, undemocratic in operation, and unconcerned with constitutional rights, the case against judicial activism, based on the unexamined assumptions of the majoritarian myth, is seriously attenuated” (IRONS, 1988, p. 41).

<sup>21</sup> O autor segue afirmando que “a judicialização da política se realiza, no plano substantivo, pela ampliação da área de atuação dos juízes e tribunais no sentido de rever atos ou decisões praticados pelos poderes Legislativo e Executivo e, dessa forma, interferir em programas de conteúdo político e

## 2.2 O problema conceitual do Ativismo judicial

Ora, se ativismo judicial e judicialização da política são termos que designam coisas inconfundíveis, do que realmente se está a falar quando da utilização da expressão *judicial activism*?

O alerta, sobre o pouco apuro técnico de parte da doutrina no momento em que se propõe a definir uma decisão como ativista ou não, também é feito por BRANCO, porém de forma mais radical, já que o autor considera que a expressão “ativismo judicial” sofre de indeterminação semântica, já que “surgiu num contexto não-técnico, objeto de um magro artigo numa revista leiga de atualidades, a Fortune, entre propagandas de whisky e Aqua Velva” (BRANCO, 2013, p. 389).

Segundo o magistério de STRECK, faz-se importante não cair na tentação de definir toda e qualquer manifestação do judiciário como ativista. O autor explica que só há falar em ativismo judicial quando de fato, o judiciário transcende “os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o ‘bem’, seja para o ‘mal’”. (STRECK, 2015, p. 22).<sup>22</sup>

Essa observação também é feita por SERRANO, que aborda situações nas quais a jurisdição constitucional se torna uma jurisdição de exceção. Assim, quando não há limites a serem obedecidos pelo judiciário, a jurisdição se constitui em “fonte possível de decisões de exceção na contemporaneidade”<sup>23</sup>.

---

no processo de definição de políticas públicas, que, segundo a concepção liberal clássico-moderna de democracia, estariam incluídos na alçada exclusiva dos poderes legislativo e executivo, e no plano formal, pela adoção de métodos e procedimentos tipicamente judiciais pelos poderes Legislativos (como no caso das comissões parlamentares de inquérito) e Executivo (como ocorre no contencioso tributário, agências e conselhos governamentais, tribunais administrativos, *ombudsmen* de organismos públicos ou paraestatais, árbitros e conciliadores)” (LEITE, 2014, p. 182).

<sup>22</sup> Ademais, STRECK ressalta que, inclusive no seio da doutrina alemã, referindo-se a HABERLE, é possível constatar essa confusão. Neste sentido, vale conferir: (HAIDAR; SCRIBONI, 2016).

<sup>23</sup> “A exceção estará presente na jurisdição quando suas decisões se apresentam como mecanismos de desconstrução do direito, com finalidade eminentemente política, seja pela suspensão da própria democracia – como ocorreu, por exemplo, na América Latina, em países como Paraguai e Honduras -

Parcela da doutrina, entretanto, assevera que uma possível definição ou conceito de ativismo judicial está associada à noção ou compreensão da separação de poderes (ou funções) do Estado. Ocorre que a própria ideia de separação de poderes (ou de funções típicas destinadas ao judiciário, ao legislativo e ao executivo) requer uma releitura, considerando o seu uso irrestrito e genérico para etiquetar uma decisão como ativista<sup>24</sup>.

Entretanto, não se concorda com essa levantada penumbra acerca do conceito de ativismo judicial, notadamente, pela própria distribuição de competências dada pela Constituição da República ao Judiciário, ao Executivo e ao Legislativo. Além mais, se se vive sob a égide do Estado Constitucional, qualquer alteração no funcionamento desses poderes ou funções deve ser precedido da necessária modificação constitucional, não podendo, assim, operar-se de forma casuística e por meio de critérios pessoais dos julgadores.

No mesmo sentido de Streck, ABOUD e LUNELLI consideram o ativismo “como um problema eminentemente hermenêutico, relacionado à invasão das preferências ideológicas dos julgadores nas decisões judiciais”. Para os autores, na linha do que se pretende demonstrar com a pesquisa, desnecessária qualquer separação entre supostas formas boas e ruins de ativismo, pois toda e qualquer demonstração de ativismo,

---

, seja pela suspensão de direitos da sociedade ou parcela dela, como de fato ocorreu e ainda ocorre no Brasil em inúmeras situações que teremos a oportunidade de abordar no próximo capítulo” (SERRANO, 2016, p. 104).

<sup>24</sup> “Como se vê, se é ativismo que o Judiciário interfira em alguma medida na execução de políticas públicas, se em certas circunstâncias ele supera decisões tomadas pelos canais político-representativos, se em outras ocasiões supre omissões dos poderes políticos que ofendem direitos fundamentais e se, ao exercer a jurisdição constitucional, por vezes, é levado a ir além da mera função de legislador negativo, nada disso é, por si só, evidência de atuação desbordante do princípio da separação de poderes ou das exigências da democracia representativa. Ao prestigiar soluções impostas pelos direitos fundamentais, mesmo em contrariedade à vontade de uma momentânea maioria política, a jurisdição presta culto à maioria de maior status, àquela que elaborou a Constituição. O Tribunal exerce, assim, função que se justifica no Estado Democrático de Direito, ajustando-se ao modelo de distribuição de competências plasmado na Constituição. Não há, só por essas ações, que rotulá-las, pejorativamente, de ativistas” (BRANCO, 2013, p. 398-399).

notadamente a *sui generis*, é prejudicial ao Estado Democrático de Direito (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 22)

Feita essa distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política, destaca-se que a doutrina vem reconhecendo a presença de algumas espécies de ativismo judicial (principalmente quando o estudo se refere ao direito norte-americano). É nessa senda que LEITE estrutura dois tipos ou espécies de ativismo judicial: o político (que se assemelha ao *judicial activism* norte-americano) e o jurisdicional-democrático (ou apenas jurisdicional). Para o autor, o ativismo jurisdicional se caracteriza pela atuação ativista do juiz no que tange à solução de demandas jurídicas, mas via exercício de funções jurisdicionais próprias do Estado Democrático de Direito. Já no ativismo judicial político, ainda segundo LEITE, o Judiciário decide questões meritariamente políticas<sup>25</sup>.

Nos termos da doutrina de TRINDADE, valendo-se dos ensinamentos de Willian Marshall, sete tipos de ativismo podem ser elencados. Fala-se, pois, em ativismo: contramajoritário (os tribunais não consentem com decisões adotadas por órgãos eleitos de forma democrática); não originalista (durante o processo de interpretação, os tribunais decidem em sentido contrário ao texto constitucional); de precedentes (neste modelo, os tribunais decidem em sentido oposto aos dos precedentes já firmados); jurisdicional (os tribunais transcendem na limitação referente à competência que lhes foi determinada constitucionalmente); criativo (confundem-se com o papel de legislador, da feita que os tribunais passam a instituir direitos materiais); remediador (por meio de seus poderes, os tribunais sujeitam os outros Poderes ao cumprimento de suas decisões) e *partisan* (quando os tribunais

---

<sup>25</sup> “Assim, conquanto toda forma de ativismo judicial implique a adoção, por parte do juiz, de uma postura tendente a ampliar o campo de abrangência de suas decisões, no ativismo judicial político o magistrado decide questões de mérito político, ao passo que no ativismo judicial jurisdicional ele sentencia sobre matéria puramente jurídica relativa à garantia de direitos individuais e sanção de atos ilícitos (*accountabilities system*)” (LEITE, 2014, p. 181).

pautam suas decisões com vistas ao alcance de interesses partidários). Os sete se caracterizam por possuírem algo em comum: a resistência dos juízes e tribunais de se conservarem, nos termos da Constituição, dentro dos limites constitucionais afetos ao exercício da magistratura (TRINDADE, 2012, p. 111).

Trindade ressalta, porém, que no Brasil se criou (ou se concebeu) uma espécie de “ativismo à brasileira ou *sui generis*”, por meio do qual, aposta-se no protagonismo judicial para a concreção de questões políticas ou mesmo do alcance de pautas constitucionais, avançando no espaço antes reservado ao Executivo e ao Legislativo<sup>26</sup>.

### 2.3 Crítica à discricionariedade judicial

Diante dos limites impostos nesta pesquisa, será dada mais atenção ao denominado ativismo judicial à brasileira ou às avessas ou *sui generis*, notabilizado não apenas pela relação entre política e direito, mas por manifestar-se como verdadeira recusa de juízes e tribunais de atuarem nos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Trata-se, portanto, de um exercício ilimitadamente discricionário da atividade jurisdicional que permite aos juízes que criem o Direito, ao invés de decidirem conforme o Direito<sup>27</sup>. Nessa manifestação ativista, as decisões judiciais, praticamente, tornam-

---

<sup>26</sup>“O resultado disto, entretanto, foi a institucionalização de um verdadeiro ativismo judicial às avessas, em que se confere discricionariedade aos juízes para, nos casos concretos, buscarem em suas consciências uma solução que atenda aos fins de justiça social, autorizando-os tanto à criação do direito quanto ao gerenciamento processual, o que implica uma intervenção indevida tanto na esfera administrativa quanto legislativa” (TRINDADE, 2012, p. 117).

<sup>27</sup> “Pergunta-se qual conceito de direito é correto ou adequado. Quem pretende responder a essa pergunta deve relacionar três elementos: o da legalidade conforme o ordenamento, o da eficácia social e o da correção material. Conforme os pesos entre esses três elementos é repartido, surgem conceitos de direito totalmente diferentes” (ALEXY, 2011, p. 15).

se fontes primárias do Direito, em total dissonância com a tradição jurídica brasileira<sup>28</sup>.

Nesse sentido, STRECK destaca a necessidade de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, com vistas a barrar a discricionariedade judicial (que muitas vezes leva à arbitrariedade), via motivação dos provimentos jurisdicionais, assegurando-se, finalmente, a autonomia do direito, tão ameaçada (evitando-se que a moral individual dos juízes imponha o direito)<sup>29</sup>.

Merece atenção a construção doutrinária de STRECK, quando rende críticas ao que denomina de *pan-principiologismo* (por meio do qual um número cada vez mais ilimitado de princípios vem sendo “descoberto” pelo exercício da atividade judicante por magistrados e tribunais, os quais seguem julgando conforme suas respectivas consciências, apoderando-se e atribuindo sentido ao texto), decorrência do uso indiscriminado da teoria da ponderação de princípios, bem como da predominância

---

<sup>28</sup> Sobre os riscos dessa postura decisionista que vem sendo cada vez mais colocada em prática por integrantes do Judiciário brasileiro, vale colacionar a crítica de TRINDADE e MORAIS, especialmente em relação aos riscos que essa postura ativista à brasileira acarreta à tradição jurídica pátria: “Vejam algumas delas: (a) a promulgação de uma constituição democrática, marcada por um amplo catálogo de direitos fundamentais, além da presença de uma pluralidade de interesses políticos, sociais, econômicos e culturais; (b) a previsão de um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis; (c) a existência de um total de, aproximadamente, 13.726 magistrados em atividade, cuja grande maioria ainda entende que a interpretação é um ato de vontade e que, portanto, está à disposição do juiz; (d) a concorrência de dois princípios que conforma o ordenamento jurídico: de um lado, a vedação ao *non liquet*, segundo a qual o juiz não pode declinar da prestação jurisdicional, conforme determina a tradição francesa inaugurada pelo Código de Napoleão, ao contrário do que ocorre na matriz norte-americana, que admite esta hipótese em matéria de questões políticas; e, de outro, a garantia constitucional da *inafastabilidade do Poder Judiciário*, de maneira que todo ato pode ser por ele revisado nos tribunais, uma vez que não há cortes administrativas ou contenciosas” (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 156-157).

<sup>29</sup> “Por fim, registre-se: quando digo que a discricionariedade abre as portas para a arbitrariedade é justamente porque, tanto numa quanto noutra, o problema é o mesmo, ou seja, a falta de controle conteudístico. Pode-se dizer que o espaço disso que se chama de discricionariedade é um espaço de “anomia”, no qual o intérprete põe o direito. Um exercício simples pode ilustrar isso: como podemos dizer que um ato foi arbitrário e que o outro foi apenas “discionário”? No fundo, essa é uma questão distinção puramente abstrata, descolada do contexto concreto em que se dá a decisão, vale dizer, a caracterização de uma decisão arbitrária ou discionária já é, insitamente, uma escolha discionária (ou, por que não, arbitrária?!). Portanto, o caminho possível para enfrentar o problema é debelar a discricionariedade, assumindo, assim, a radicalidade do elemento interpretativo que reveste a experiência jurídica” (STRECK, 2014, p. 57).



do esquema sujeito-objeto, caracterizador da Filosofia da Consciência. Esse fenômeno, conforme reforça o autor, vem, cada vez mais, gerando o enfraquecimento do Direito<sup>30</sup>.

STRECK aduz sobre a importância da superação do positivismo jurídico, cuja principal característica é a discricionariedade, por sua vez, intimamente vinculada ao subjetivismo e ao esquema do sujeito-objeto aludido acima. Nesse esquema, por meio do que se consagra a Filosofia da Consciência, o sujeito solipsista, isto é, egoísta, concebe o mundo somente como produto das representações que opera a partir do seu conjunto de sensações. Por essa corrente filosófica, o indivíduo se apossa do que há no mundo, que, então, é controlado pelo Sujeito de forma consciente ou não (STRECK, 2015, p. 66).

Sobre a necessidade de superação da discricionariedade positiva, não se quer com isso afirmar que todos os segmentos ou correntes positivistas são idênticos, mas é seguro dizer que há neles uma característica marcante, qual seja, a liberdade conferida ao aplicador do direito. Nesse raciocínio, observa-se em Kelsen que, ao dividir o processo de interpretação em duas fases – a do Direito pelo órgão encarregado pela sua aplicação e a do Direito pela Ciência Jurídica – o autor também conferiu poder discricionário ao julgador. Veja-se a metáfora da moldura (normativa) utilizada por Kelsen. Segundo o autor, durante a interpretação do Direito pelo julgador, classificada por autêntica, o magistrado tem liberdade para preencher o interior da moldura,

---

<sup>30</sup> “Dito de outro modo, o que se tem visto é o crescimento “criativo” de um conjunto de álíbis teóricos que vem recebendo “convenientemente” o nome de “princípios”, os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianeidade das práticas judiciárias, mas que, em sua maior parte, possuem *nítidas pretensões de meta-regras, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia*. E isso pode representar uma fragilidade do direito, ao invés de o reforçar... Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “pan-principiologismo”, caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX a partir de uma “adaptação darwiniana”: na “ausência” de “leis apropriadas” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo” (STRECK, 2012, p. 67, grifo do autor).

como também para se valer de elemento/norma externa a ela, criando Direito novo (KELSEN, 2003, p. 394-395). Nesse sentido, não há que se conceber o ativismo judicial como uma espécie de oposição ao positivismo jurídico.

Entretanto, é preciso deixar claro que o Positivismo Jurídico, apesar de admitir uma prática judiciária calcada no subjetivismo da atividade jurisdicional, é consequência, nalguma medida, da filosofia analítica em sentido amplo.

Esse é o teor da Crítica Hermenêutica do Direito pensada por STRECK, quando leciona que “o positivismo jurídico, ao admitir a discricionariedade [...] acaba por aceitar, na prática judiciária, posturas subjetivistas do juiz, o que remonta a Filosofia da Consciência” (STRECK, 2017, p. 165).

Trata-se do oposto da doutrina de HEIDDEGER, para quem o homem é um ser-no-mundo<sup>31</sup>, isto é, a compreensão de mundo do filósofo abarca tudo o que existe na natureza, inclusive a produção acadêmico-científica, sendo que com isso, parte-se com a relação de apoderamento do Objeto pelo Sujeito.

QUEIROZ propõe que o hermeneuta se valha de um processo circular de compreensão, no qual entre o texto e o intérprete se estabeleça uma referência recíproca. Nesse diapasão, o autor estabelece que não é a interpretação que depende do direito, mas é este que se realiza por meio daquela. Essa é a análise que QUEIROZ tece sobre o que a doutrina chama de “círculo hermenêutico”<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup>“De acordo com o que foi dito, o ser-no-mundo não é uma “propriedade” que a pre-sença às vezes apresenta e outras não, como se pudesse ser igualmente com ela ou sem ela. O homem não “é” no sentido de ser e, além disso, ter uma relação com o mundo, o qual por vezes lhe viesse a ser acrescentado. A pre-sença nunca é “primeiro” um ente, por assim dizer, livre de ser-em que, algumas vezes, tem gana de assumir uma “relação” com o mundo. Esse assumir relações com o mundo só é possível *porque* a pre-sença, ser-no-mundo, é como é. Tal constituição de ser não surge do fato de, além dos entes dotados de caráter da pre-sença, ainda se darem e depararem com ela outros entes, os simplesmente dados. Esses outros entes só podem deparar-se “com” a pre-sença na medida em conseguem mostrar-se, por si mesmos, dentro de um mundo” (HEIDEGGER, 2005, p. 95-96, grifo do autor).

<sup>32</sup> Por tudo isso, parece-nos inútil estudar interpretação a partir de métodos, porque: a) não existe um método para a eleição do método, cabendo ao intérprete decidir sobre o método e o argumento a

Relevantíssima é a construção teórica de STRECK quando, valendo-se das lições de Gadamer, Heidegger e Dworkin, defende que a interpretação se dê por meio do giro de ordem linguística e também ontológico, como forma de superação do positivismo jurídico (centrado na figura do “juiz solipsista”), sem, por óbvio, defender o positivismo normativo (classicamente representado pela figura do “juiz boca-da-lei”)<sup>33</sup>.

Esse giro ontológico-linguístico é necessário para que se realmente entenda o papel da linguagem e, assim, que se vença a vinculação à metafísica. Ora, antes que se busque dar sentido ao texto, faz-se necessário aguardar que o texto diga algo<sup>34</sup>. A doutrina informa que a partir do século XX, verificou-se uma virada na compreensão da linguagem, que deixa de ser um simples liame entre o sujeito e o objeto para configurar-se como o próprio fundamento de existir. “A pergunta sobre a validade dos juízos é precedida pela pergunta sobre o sentido linguisticamente articulado, pois não existe mundo desarticulado da linguagem”<sup>35</sup>.

---

seguir e sua respectiva hierarquia; b) toda compreensão é precedida de uma pré-compreensão, a qual é determinante para a compreensão e decisão a ser tomada; c) é possível partir do mesmo método e, não obstante, chegar a decisões distintas, pois a pessoa do intérprete está coimplicada no processo de interpretação; d) a eventual adoção de um método, se tiver alguma relevância, servirá apenas para justificar/legitimar decisões já tomadas previamente à eleição do método; e) o direito não é um saber lógico, mas analógico; f) em direito nada é dado; tudo é construído; g) todo texto pressupõe um dado contexto, que é sempre novo; h) por meio da interpretação não se *extraem* significados da lei, mas significados lhe são *atribuídos*, pois o sentido das coisas (textos, fatos, provas etc.) não é dado pelas próprias coisas, mas por nós, ao atribuímos um determinado sentido num universo de possibilidades – aí incluída a falta de sentido inclusive; i) prevalência do caso sobre o texto” (QUEIROZ, 2011, p. 190-191, grifo do autor).

<sup>33</sup> “Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinnggebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico” (STRECK, 2015, p. 82).

<sup>34</sup> Nesse ponto reside, e com razão, a crítica de Streck aos enunciados de súmulas aprovados pelos Tribunais. Para o autor, por meio desses atos, a resposta é dada antes que a pergunta seja formulada. Ademais, a situação tomou tamanha dimensão que Tribunais Superiores, Regionais, Estaduais, Ministérios Públicos e até Defensorias Públicas editam enunciados de súmulas! (STRECK, 2015, p. 82).

<sup>35</sup> “Desde Crátilo a linguagem era considerada como instrumento secundário do conhecimento humano. Haveria uma relação entre linguagem e mundo, através do caráter designativo desta. Para saber qual a significação de uma palavra, teríamos que saber o que por ela era designado. A

Ainda segundo as lições de STRECK, antes de atribuir sentido ao texto jurídico, o intérprete ou aplicador do direito precisa aguardar que o Texto lhe diga algo. Assim, ao se observar um objeto, já se tem uma compreensão prévia do contexto no qual ele se insere<sup>36</sup>.

Assim, STRECK, corretamente, estabelece severas críticas ao que denomina de “fábrica de princípios” que, por confundir valores com princípios, dá origem aos mais diversos princípios, os quais são extraídos do ordenamento jurídico conforme a criatividade e a subjetividade do intérprete<sup>37</sup>. GRAU também manifesta preocupação com o que denomina de “banalização dos princípios”,

---

linguagem seria a mediação necessária. Essa teoria designativa assumiu duas posições: a) as palavras designariam pura e simplesmente as coisas singulares, pois além de coisas singulares e palavras, nada existiria; b) as palavras não designam as coisas singulares, mas a essência comum a muitas coisas. A palavra “cadeira”, se estivéssemos diante de uma, designaria aquele objeto e, se estivéssemos distantes, a essência dessa realidade no mundo, ou seja, seu conceito. O conhecimento verdadeiro consistiria na captação da essência imutável das coisas que, depois, seria comunicado pela linguagem. Enfim: as palavras teriam sentido porque ou designam (a) coisas singulares ou (b) essências. A linguagem teria por finalidade exprimir as coisas que existiriam independentemente da linguagem. E, com Descartes, o método seria o caminho para atingir esse conhecimento. O homem, por meio de sua consciência, obteria a “verdade” das coisas” (SANTOS JUNIOR, 2014, p. 35-36)

<sup>36</sup> “Círculo hermenêutico quer dizer que sempre ingressamos num “processo” de compreensão com algo antecipado. Heidegger explica: quando olho para um canto e vejo um fuzil, é porque, de forma antecipada eu já sabia o que era uma arma. Círculo hermenêutico é a condição de possibilidade para a compreensão. Se falo de uma inconstitucionalidade é porque antes já sei o que é uma Constituição, Direito Constitucional, jurisdição constitucional, etc. Isso tudo significa também que o círculo hermenêutico é o que propicia a antecipação de sentido que temos de algo” STRECK, 2017, p. 30.

<sup>37</sup> “Veja-se, nesse sentido, o incontável elenco de “princípios” utilizados largamente na cotidianidade dos tribunais e da doutrina – a maioria deles com nítida pretensão retórico-corretiva, além da tautologia que os conforma. Podem ser citados o *princípio da simetria* (menos um princípio de validade geral e mais um mecanismo *ad hoc* de resolução de controvérsias que tratam da discussão de competências), *princípio da precaução* (nada mais, nada menos que a institucionalização de uma tautologia jurídica; afinal, por que a “precaução” – que poderíamos derivar da velha prudência – seria um “princípio?”), *princípio da não surpresa* (não passa de um enunciado com pretensões performativas, sem qualquer normatividade; de que forma uma demanda é resolvida utilizando o princípio da não surpresa?); *princípio da confiança* (trata-se, nada mais, nada menos, do que a possibilidade do direito manter a sua força deontológica, o que, registre-se, é muito bom; mas, a historicidade do direito já não demanda essa compreensão do intérprete?)...” (STRECK, 2014, p. 422-433, grifo do autor).

destacadamente, os da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais, para autor, sequer princípios são<sup>38</sup>.

### **3 Estudo do recurso extraordinário nº 608.482/RN: o voto do ministro Luís Barroso**

Vanusa Fernandes de Araújo se submeteu ao concurso público para ingresso nos quadros da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte no ano de 2000, ocasião em que foi aprovada na prova teórica e autorizada a participar da fase de aptidão física, quando foi reprovada, após ter dois exercícios abdominais inválidos e desconsiderados por parte do examinador do certame.

Após insucessos junto às instâncias administrativas, Vanusa ingressou com medida cautelar, requerendo ao Judiciário, em caráter liminar, a sua habilitação para a realização da quarta etapa do concurso (fase de investigação social), ou seja, saltando a

---

<sup>38</sup> “34. Tenho criticado aqui --- e o fiz ainda recentemente (ADPF 144) --- a "banalização dos 'princípios' [entre aspas] da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um 'princípio' superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de 'corrigir' o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios --- porque não reproduzem as suas características --- porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito". No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual "não há direitos absolutos". E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos. 35. Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da "necessária atividade persecutória do Estado", a "supremacia do interesse público sobre o individual". Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo --- não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente --- não tem lugar em matéria penal e processual penal. Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro ILMAR GALVÃO) que a interpretação sistemática da Constituição "leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar". Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie" (BRASIL. STF, 2008).

terceira, destinada à realização exame psicológico. Vanusa apensou ao pedido um laudo psicológico favorável ao exercício do cargo. A medida cautelar foi concedida em caráter liminar, permitindo que Vanusa participasse da quarta fase do mencionado concurso.

Aprovada na quarta fase do concurso público em comento, Vanusa iniciou a etapa destinada à academia, ou seja, o XII Curso de Formação para Agentes de Polícia Civil, da qual também saiu exitosa.

No ano de 2002, Vanusa ingressou com a ação principal, já que voltou ao concurso por meio de medida cautelar liminarmente concedida, requerendo que os efeitos dessa decisão fossem estendidos para que Vanusa fosse nomeada e tomasse posse no cargo de policial civil, o que também foi deferido, em sede de decisão interlocutória, pelo juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal/RN. Esta decisão foi agravada pelo Estado do Rio Grande do Norte, mas mantida pelo Tribunal de Justiça que negou provimento ao recurso.

Vanusa tomou posse no cargo no dia 25 de janeiro de 2002, iniciando o desempenho de suas funções pelas circunscrições do interior do Estado do Rio Grande do Norte.

Em 2008, o juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública confirmou, em sentença, os termos da medida cautelar, e depois ação ordinária, ajuizada por Vanusa, com espeque na teoria do fato consumado, bem como no clamor público por mais segurança pública.

O Estado do Rio Grande do Norte apelou da sentença, a qual foi mantida, por unanimidade pelo Tribunal de Justiça, por meio de sua 3ª Câmara Cível, sendo que à época do julgamento da apelação, Vanusa já contava com mais de 07 anos de exercício do cargo de agente de polícia civil. No referido acórdão que não deu provimento à apelação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte fez referência a alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça e de outros tribunais inferiores, no sentido de que a “teoria

do fato consumado”, enquanto criação jurisprudencial, aplicar-se-ia a casos excepcionais e tendo-se em vista o decurso do tempo.

O caso acima chegou ao Supremo Tribunal Federal através da interposição pelo Estado do Rio Grande do Norte, do Recurso Extraordinário de nº 608.482, que contou com a relatoria do já Ministro Teori Zavascki (*in memoriam*) que, reconhecendo a sequência de equívocos praticados pelas instâncias julgadoras da Justiça de origem, decidiu pelo provimento do Recurso, isto é, pela perda do cargo por parte de Vanusa.

A sua vez, e aqui se inicia o cotejo com a parte teórica do presente trabalho, o Ministro Luís Roberto Barroso abriu divergência com o voto do Relator para, além de outras discordâncias, como o alegado “princípio da proteção da confiança”, valer-se da técnica da ponderação de normas constitucionais, opondo os princípios da obrigatoriedade do concurso público e o da segurança jurídica (em seu viés subjetivo), para manter Vanusa no desempenho das funções de agente de polícia civil.

Considerando a relevância do caso julgado, o Ministro Barroso propôs um parâmetro específico para a ponderação. Dessa feita, o Ministro tomou como base o prazo decadencial de 5 anos, previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/1999, para, por analogia, firmar a estabilização da expectativa de direito do administrado ou jurisdicionado, evitando que determinado ato fosse revertido (no caso, a decisão que manteve Vanusa no cargo, a despeito de tratar-se de uma medida cautelar e da não obediência às etapas do certame).

O segundo parâmetro proposto pelo Ministro Barroso, para que o Supremo julgue casos futuros e análogos ao de Vanusa, consiste no quesito “boa fé” do administrado ou jurisdicionado. O Ministro reforçou sua proposta ainda com uma possível terceira premissa, qual seja, o grau de estabilidade da decisão que impôs a assunção do cargo e o seu exercício.

Ao final do julgamento do Recurso Extraordinário em análise, por maioria, o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso, determinando a Vanusa a perda do cargo, mas sem a obrigação de devolver os proventos recebidos durante todo o período em que exerceu as funções de agente de polícia Civil.

O Ministro Barroso, portanto, não foi acompanhado pela maioria dos seus colegas de Suprema Corte. Entretanto, é possível, diante do que foi exposto até aqui, reconhecer o voto do Ministro Barroso como uma decisão ativista?

Entende-se que sim. Verifica-se que o Ministro se valeu da técnica da ponderação como um instrumento para a criação de um Direito para o caso Vanusa, bem como para outras situações análogas e futuras. Noutras palavras, através da técnica da ponderação, o Ministro, de forma discricionária, julgou de forma ativista, à medida em que de intérprete, passou ao posto de senhor do ordenamento jurídico<sup>39</sup>.

Veja-se que o artigo 54 da Lei nº 9.784/1999 não tem qualquer pertinência com o retratado no Caso Vanusa, haja vista que a Administração Pública (Estado do Rio Grande do Norte) não poderia rever ou anular a posse e o exercício do cargo, pois a questão se encontrava sub judice. Logo, essa analogia é deveras forçada.

Ademais, ao se apegar ao requisito ou parâmetro da boa fé do administrado ou do jurisdicionado, o Ministro Barroso recai num dado de difícil verificação, inovando normativamente, já que o ordenamento jurídico não exige que a pessoa esteja de boa fé para buscar uma resposta estatal (judicial) para as suas pretensões.

Com outros dizeres, é seguro afirmar que o Ministro Luís Roberto Barroso, mediante a sua proposta de parâmetro específico para a ponderação, posta em prática, por ele, no caso Vanusa,

---

<sup>39</sup> (MARIN; FEDRIGO, Jan-abr 2015, p. 70-79).



construiu as bases para a consagração (ainda mais) da chamada Teoria do Fato Consumado, basicamente, legislando a respeito<sup>40</sup>.

#### 4 Considerações finais

A análise do Recurso Extraordinário nº 608.482/RN, referente ao caso Vanusa de Araújo, possibilitou o estudo da decisão judicial sob vários campos, inclusive dentro da Hermenêutica. Optou-se pela abordagem do ativismo, do protagonismo e da discricionariedade judiciais por conta de toda a riqueza de detalhes extraídos de uma situação concreta na qual, mediante decisão cautelar concedida em sede liminar, uma pessoa ficou mais de dez anos no exercício de um cargo público sem a feitura de todas as etapas do concurso.

A pesquisa buscou colaborar para as discussões científicas sobre o tema do ativismo judicial, principalmente, deixando patente a dificuldade em definir uma decisão como ativista e que essa expressão não pode ser vulgarizada, sob pena de comprometer a sua compreensão e, em sendo o caso, o seu controle.

O estudo sobre o ativismo judicial é também uma forma de compreender o exercício do poder jurisdicional no Brasil, buscando evitar que o país se torne refém decisões casuístas, como também de que, por trás de uma suposta técnica da ponderação, verificasse um agigantamento institucional do judiciário não permitido democrática e constitucionalmente.

---

<sup>40</sup> “Isto é, no Brasil, a discricionariedade quer dizer duas coisas: a) primeiro, um modo de superar o modelo de Direito formal-exegético (e, infelizmente, acaba não passando disso); b) segundo, uma aposta no protagonismo judicial, considerado, assim, uma fatalidade (no fundo, Kelsen já havia pensado assim no Capítulo VIII de sua Teoria Pura do direito). Ademais, até mesmo a ponderação de Alexy – que procura minimizar a discricionariedade, pois também a considera um problema, mesmo reconhecendo ser esta inevitável para alguns casos – foi equivocadamente recepcionada como um balanceamento direito entre dois princípios a ser resolvido pelo arbítrio do julgador” (STRECK, 2017, p. 57/58).

Necessário, portanto, diferenciar o ativismo judicial da judicialização da política, precisar que o decidir de forma livre e discricionária não é, necessariamente, uma oposição ao positivismo e que respeitar a Constituição da República é a principal medida para conservar a integridade do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Ademais, não se pode desconsiderar que o ativismo judicial possui relevância histórica e hermenêutica em contextos judiciais de outros países. Ocorre que também se deve levar em conta as diferenças, nem sempre conciliáveis, entre as tradições jurídicas de cada país. O mero transplante do instrumento do ativismo judicial para a realidade brasileira, sem maiores estudos e discussões sobre como exercê-lo, vem colaborando para o desfazimento da base democrática instituída a partir da Carta Constitucional de 1988. Pois, segundo magistério de CASARA, “a democracia, em sentido material, exige a existência de limites ao exercício do poder”<sup>41</sup>.

Em conclusão, considera-se o ativismo judicial como uma forma decisória anormal, reformadora, por meio da qual, via exercício da atividade jurisdicional, o Judiciário perde a condição de intérprete do Texto Constitucional, passando ao posto de seu proprietário, decidindo quando, como e se deve respeitar a Constituição da República.

## Referências

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo Judicial e Instrumentalidade do Processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Vol. 242, p. 21-47, abr./2015.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

---

<sup>41</sup> (CASARA, 2017, p. 71).

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro: vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 10/2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes (org) et all. **As Novas Faces do Ativismo Judicial.** – 2. Tiragem. - Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório no Habeas Corpus n.95.009-4/SP.** Relator: GRAU, Eros. Publicado no DJe-241 de 19 dez. 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/hc95009eg.pdf>>. Acesso em: 21 de jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/ADC-43-e-ADC-44-Minuta-de-voto-5set2016.pdf>. Último acesso em 28 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Acórdão no Recurso Extraordinário n. 608.482/RN.** Relator: Zavascki, Teori. Publicado no DJe-027 de 10 fev. 2014. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>>. Acesso em: 07 de jul. 2017.

CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis.** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito.** – 3. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2014

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** São Paulo: Martins Fontes, 2016.

FACHIN, Tiago. **Ativismo Judicial Processual: iniciativa do juiz na formulação dos argumentos e na produção da prova em cotejo com o princípio do contraditório.** Perspectiva brasileira e europeia. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.**

Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GARGARELLA, Roberto. **Em nome da constituição.** O legado federalista dois séculos depois. En publicacion: Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx Boron, Atilio A. Clacso, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo, 2006.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **O juiz e a mídia:** reflexos no processo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** a interpretação/aplicação do direito e os princípios. – 7. ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. – São Paulo: Malheiros, 2016.

Haidar, Rodrigo; SCRIBONI, Marília. Constituição como cultura. Publicado na Revista eletrônica **Consultor Jurídico** em 13 de fev. 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>. Último acesso em 01 de nov. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e o tempo.** Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ontologia:** hermenêutica da facticidade. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2016.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica da Pesquisa Jurídica.** – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 04/2017, versão digital.

IRONS, Peter. Making law: the case for judicial activism. **Valparaiso University Law Review**, vol. 23, N. 1, 1988, p. 35-52.

KELSEN, Hans. **A Democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. As responsabilidades políticas do Ativismo Judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; HENNIG LEAL, Mônia Clarissa (Orgs.). **Ativismo Judicial e déficits democráticos**: algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEITE, Roberto Basilone. **O Papel do Juiz na Democracia**: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. – 2. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LÚCIA, Cármen. **STF não vai ignorar clamor por Justiça das ruas, diz Cármen Lúcia**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/06/30/0-clamor-por-justica-que-ecoa-pelo-pais-nao-sera-ignorado-por-essa-casa-diz-carmen-lucia-no-stf.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

MARIN, Jeferson Dytz; FEDRIGO, Camila Paese. Decisão e argumentação em Alexy (limites aplicativos da teoria). Um freio à discricionariedade? In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo: Jan-abr 2015, p. 70-79.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: entre direitos, deveres e desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. Porto alegre, 2007. 210 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Vale do Rio dos Sinos, 2007.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2015.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

SANTOS JUNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **Controle Remoto e decisão judicial: quando se decide sem decidir**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: regime autoritário (1964-1985), democracia e permanências**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Alameda, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado**. n. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. Tortura em Brasília: ao caçar coelhos, mataremos a borboleta azul. Publicado na **Revista Consultor Jurídico** em 01 de nov. de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/streck-tortura-brasilica-cacar-coelhos-mataremos-borboleta>. Último acesso em 01 de nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** - Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento (Casa do Direito), 2017.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Motivação e Fundamentação das Decisões Judiciais e o Princípio da Segurança Jurídica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Salvador, n. 7, p. 355-376, jan./jun. 2006.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRINDADE, Andre Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americanas, brasileira e alemã. **Revista da UFPR**. Curitiba: n. 53, p. 137-164, 2011.

\_\_\_\_\_. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi et al (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. In: **Revista Direito GV**. São Paulo: 4(2), p. 407-440, jul-dez/2008.

VIANNA, Luiz Werneck. Não há limites para a patológica judicialização da política. Publicado na **Revista Consultor Jurídico** em 03 de jan. 2016. Disponível para consulta: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-03/luiz-werneck-vianna-nao-limites-judicializacao-politica>. Último acesso em: 23 de out. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1995.



**O caso Vanusa versus  
estado do Rio Grande do Norte:  
uma análise à luz do positivismo jurídico  
inclusivo de Wilfrid J. Waluchow**

*Tatiane Alves Macedo<sup>1</sup>*

**1 Introdução**

A expansão do poder judicial tem-se tornado um dos problemas da teoria política contemporânea em todo o mundo ocidental. O Poder Judiciário, antes visto como mero apêndice dos poderes representativos, hoje ocupa um lugar privilegiado no processo decisório da maioria dos países democráticos ocidentais. No Brasil posterior à Constituição de 1988, os tribunais têm assumido um papel cada vez mais relevante no cenário político.

O ativismo judicial importado do modelo americano não teve um bom resultado na tradição jurídica brasileira. Nas palavras de Tocqueville, “são escassas as questões políticas que surgem nos Estados Unidos que não se transformam, cedo ou tarde, em uma questão judicial” (TOCQUEVILLE, 1969, p. 280).

Trata-se de verdadeiros “transplantes constitucionais”, descritos por Gargarella (2010, p. 183) como “a possibilidade de

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público pela Unisinos, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO), Professora do Curso de Direito no Centro Universitário de Mineiros (UNIFIMES).

injetar, em um determinado corpo constitucional existente, instituições alheias ao mesmo”, como se constituíssem algo universal, não passando, muitas vezes, pela análise de questões culturais singulares da comunidade que recebe o “transplante”.

Independente da teoria do direito adotada, o fato é que, em casos análogos, mesmo diante do mesmo material jurídico, os juízes apresentam respostas diversas. No caso que examinaremos neste artigo, não parece haver, como afirma Dworkin (2007, p. 5), divergência quanto a questões de fato, ou de direito. Em todas as decisões apresentadas pelo Poder Judiciário, a verdadeira divergência aparece no plano da moralidade política. A pergunta que as decisões parecem responder é: É justo?

A estratégia adotada nesse trabalho será a análise das decisões proferidas pelo poder judiciário em um caso concreto, à luz do positivismo inclusivo de Wilfrid J. Waluchow.

Conforme relatado no desvelar do caso Vanusa,, o processo objeto do estudo iniciou-se em maio de 2001, na comarca de Natal, passou pelo Tribunal de Justiça daquele Estado e, em 2014, foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

No primeiro momento utilizamos o método histórico analítico para contextualizar historicamente as categorias conceituais em estudo e o momento de surgimento do fenômeno. A hipótese trabalhada é a de que, no que se refere ao problema da moral, a discricionariedade judicial é melhor controlada no positivismo inclusivo, se comparada às práticas que negam a aplicação da moral no plano da teoria do direito, porém, no plano da decisão judicial admitem decisões tomadas a partir de convicções pessoais do julgador.

Apresentamos as bases do positivismo jurídico inclusivo a partir das ideias de Hart e Waluchow, para ao final aplicar ao caso Vanusa. O caso analisado se inicia em 2001 na Comarca de Natal, no Rio Grande do Norte. Vanusa prestou concurso público para o cargo de policial civil, reprovou no teste físico, não se submeteu ao teste psicotécnico, mas em razão de decisão judicial de caráter

provisório fez a quarta fase do concurso, tomou posse e exerceu o cargo público até o ano de 2014. O caso foi decidido pelo em recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, ocasião em que a maioria dos ministros entenderam que não se aplica ao caso Vanusa a teoria do fato consumado, vencida a tese dos Ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso que defenderam a aplicação do princípio constitucional da proteção da confiança (vertente subjetiva do princípio da segurança jurídica) como fundamento para manter Vanusa no cargo. Analisando o caso em estudo à luz do positivismo jurídico inclusivo, concluiu-se que as regras previstas para o concurso público passam pelos testes de validade da regra de reconhecimento, e o caso específico não pode ser classificado como um caso difícil. Assim, poderia ser facilmente resolvido, bastando o recurso ao silogismo para conectar o caso concreto à norma.

## **2 Discrecionariade judicial: um breve olhar pela história da teoria do direito**

### **2.1 Controle do Poder Judiciário e ideal de completude do ordenamento**

A preocupação com o modo como os juízes decidem, especialmente o controle da discrecionariade dos magistrados na atividade jurisdicional, não é recente na história das civilizações. A lei de organização judiciária da França, Lei nº 16-24, de agosto de 1970, introduziu no ordenamento jurídico o dever de motivação das sentenças, justamente para corrigir um período em que as decisões sem fundamentação eram consideradas legítimas.<sup>2</sup> O

---

<sup>2</sup>O Art. 15, V, da referida lei, estipulava quatro requisitos da sentença: “A redação dos julgamentos, tanto sobre a apelação, como em primeira instância, conterà quatro partes distintas: Na primeira o nome e as qualidades das partes serão enunciados. Na segunda as questões de fato e de direito que constituem o processo serão expostas com precisão. Na terceira, os resultados dos fatos conhecidos ou verificados pela instrução, e os motivos que terão determinado o julgamento, serão expressos. A quarta, enfim, conterà o dispositivo do julgamento (ABBOUD, 2014, p. 343-344).

legislador impunha sua vontade por meio da lei, e as decisões judiciais necessariamente deveriam prestar contas disso mediante a fundamentação.

O Poder Legislativo, que recém havia conquistado seu espaço na manutenção da democracia francesa, passou a ter o monopólio da produção do direito. Resultado disso foi a edição e promulgação do Código de Napoleão<sup>3</sup> (1804), que acabou por consolidar um novo regime que enxergava o direito como mera reprodução, na prática, do que previam os dispositivos legais. Tratava-se da escola da exegese, primeira fase do positivismo jurídico, cuja tese fundamental é a de que o direito é revelado pela lei, constituindo um sistema sem lacunas reais. Todo esforço hermenêutico foi feito pelo legislador onipotente, portanto o jurista deveria se ater-se ao texto, sem procurar soluções estranhas a ele.

Mas a ideia de completude do código não é exclusiva dos franceses. Em 1974, o Código Civil da Prússia “exprimiam a vontade do Imperador Frederico II de fazer conter, em dezessete mil artigos, todas as possibilidades e situações de vida. O texto foi elaborado com a intenção de evitar que os juízes pudessem interpretá-lo” (SCHMITZ, 2015, p. 55).

Também na Alemanha, no século XIX, formou-se a jurisprudência dos Conceitos, baseada fundamentalmente nas ideias de Friedrich Savigny, Puchta, Wach e Windscheid. A Jurisprudência dos Conceitos consistiu em uma corrente de pensamento jusfilosófico que apresentou a ideia de Direito como um sistema conceitual em forma de pirâmide. Desenvolveu-se entre o jusnaturalismo, com o que tentou romper, e o positivismo, em que encontrou sua gênese.

Preocupado com as legislaturas democráticas, Saviny defendia que o Direito deveria ser guardado pelos professores.

---

<sup>3</sup> A ideia de Código, no seu sentido cultural e juridicamente específico, implicava que um código não fosse mera coletânea de leis, mas um *corpus* legislativo que se propunha, de modo racional, sistemático e unitário, à regulamentação total e exclusiva, e mesmo idealmente definitiva, de um certo domínio jurídico (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 182).

“Com isso, outorgava-se aos juristas a tarefa de criação do direito, tarefa que foi aperfeiçoada por Puchta” (STRECK, 2017, p. 103). Discípulo e sucessor de Savigny na Universidade de Berlim, Puchta propôs um sistema lógico e hierarquicamente organizado na forma de uma pirâmide, a chamada pirâmide de conceitos.

A Jurisprudência dos Conceitos, ou ciência das Pandectas, apostou em uma metódica mais complexa que a escola da exegese: os códigos eram elaborados de forma sistemática, apresentando inicialmente definições mais genéricas e seguindo de forma crescente em especificidade, em uma pirâmide conceitual, o que limitava a atividade criativa e interpretativa dos juízes (STRECK, 2017, p. 55).

Sublinhou essas escolas de pensamento a ilusão da ideia de que o juiz se encontra na posição de “declarar” o direito de maneira não criativa, apenas como os instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração a sua valoração pessoal.

## **2.2 Enfraquecimento do Controle Judicial e fortalecimento da atividade criativa do juiz**

Segundo Cappelletti, (1993, p. 55), embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente alguma medida criativa do direito, a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno de século XX.

Segue o autor esclarecendo que os juízes não são constrangidos a criar direitos, não são legisladores. São chamados a interpretar:

A esclarecer, integrar plasmar e transformar. [...] O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e "ativista" e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz (CAPPELLETTI, 1993, p. 74).

Mesmo no contexto das diversas expressões do positivismo jurídico, há muito se deixou de preocupar com a limitação do poder discricionário do juiz no momento da decisão. É que, desde Hans Kelsen, no momento da interpretação e aplicação da norma, é possível que haja caminhos diferentes a serem seguidos.

Na Teoria Pura do Direito, a interpretação é apresentada como o ato pelo qual se deve extrair da norma geral, em sua aplicação a uma situação concreta, a norma individual. O direito a aplicar forma “uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação” (KELSEN, 2009, p. 390). “O que as normas jurídicas fornecem aos juízes é apenas uma moldura de possibilidades de interpretação, ao mesmo tempo constringendo o decisor a escolher uma das alternativas contidas na moldura” (COELHO, 2017). Existindo mais de um significado para a norma, é necessária a escolha de um dos possíveis significados, quando de sua aplicação pelo juiz de direito, no mundo real (SOARES, 2017, p. 345-387). Essa escolha já não está prevista na norma. Assim, cabe ao juiz fazer a opção, de forma discricionária. Segundo Kelsen, isso já não faz parte da Ciência do Direito, já se trata de Política do Direito. Essa decisão compete à subjetividade do juiz, não há como evitar (KELSEN, 2009, p. 391).

Para arrematar, com o seu famoso capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, Kelsen admite que pela interpretação autêntica, que cria Direito, seria possível “produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN, 2009, p. 391), o que produziria uma nova norma jurídica, desde que não estivesse ao alcance da anulabilidade, ou seja, já houvesse transitado em julgado (KELSEN, 2009, p. 395).

Segundo Lenio Streck, Kelsen apostou na “discricionariedade do intérprete (no nível da aplicação do direito, é claro) como sendo uma fatalidade, exatamente para salvar a pureza metódica, que assim permanecia ‘a salvo’ da subjetividade, da axiologia, da ideologia” (SANTOS NETO, 2016, p. 21).

Na mesma linha Hart sustenta que sempre haverá casos não regulamentados de forma suficiente pelo direito, dado o seu caráter indeterminado ou incompleto. É o que chama de zona de penumbra normativa. Mesmo nessas situações o juiz não poderá se abster de decidir, portanto, deverá exercer o seu poder discricionário e criar o direito (HART, 1994, p. 183). Ademais, Hart admite a possibilidade de correção do direito por meio de critérios morais,<sup>4</sup> o que confere uma margem ainda maior de liberdade ao aplicador do direito.

Como se vê, dentro da própria teoria do direito do século XX, é possível se verificar que em dado momento é abandonada a preocupação com discricionariedade judicial. Para Streck (2017, p. 48), a noção de discricionariedade, vinculada à jurisdição, aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da descoberta da indeterminação do direito:

Da Escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos Interesses, pela normativismo kelsiano, pelo positivismo moderado de Hart, até chegar nos autores argumentativistas como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço "não tomando" pela "razão" (STRECK, 2017, p. 48).

Nesse contexto, passamos à era da *expansão global do Poder Judiciário*,<sup>5</sup> que pode ser observada na maioria dos países do

---

<sup>4</sup> A existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (por exemplo: legislação, decisões judiciais e costumes sociais), sem referência à moral, exceto quando o direito assim identificado tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para identificação do direito. Essa incorporação ocorre por meio das regras de reconhecimento. Regra de reconhecimento é um tipo especial de regra secundária que é aceita e utilizada para identificação de regras primárias de obrigação. É, portanto, uma regra última, que fornece os critérios pelos quais a validade das demais regras do sistema é avaliada. Assim, os *funcionários* que aplicam o direito reconhecem como sendo direito válido as regras que preenchem determinados requisitos. Não há exigência a respeito de quais são os requisitos – logo, podem ser de qualquer natureza, inclusive moral (HART, 1994).

<sup>5</sup> A expressão se tornou célebre com o seminal estudo de TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

mundo.<sup>6</sup> E, na tentativa de compreender esse fenômeno, foram construídas várias teorias explicativas. O trabalho de sistematizar os fatos que teriam provocado o protagonismo judicial apresenta enormes dificuldades, já que se propagou nas mais diferentes culturas jurídicas, e os processos de reconstitucionalização ocorreram em cenários distintos.

Segundo Rodrigo Brandão (2013, p. 175-220), as principais teorias que se prestam a explicar a *expansão global do Poder Judiciário* são as teorias conceitualistas e funcionalistas. As primeiras sustentam que a expansão do Judiciário é resultado da positivação de direitos fundamentais no bojo das Constituições nacionais e dos tratados internacionais a partir da Segunda Guerra Mundial, especialmente com o surgimento de uma “cultura de direitos”, que pode ser exemplificada pela concepção de uma democracia não mais como sinônimo de “regra da maioria”, mas como “democracia constitucional”, que pressupõe o respeito aos direitos das minorias. Os juízes, insulados do processo majoritário pelas garantias da magistratura, seriam os “guardiões”, por excelência, da Constituição.

De outro lado, as teorias funcionalistas afirmam que a “judicialização” decorre de uma questão estrutural do sistema jurídico, como a existência dos múltiplos pontos de veto (*veto points*) em um sistema político fortemente descentralizado. Assim, o federalismo e mecanismos rígidos de separação de poderes (como o presidencialismo) fomentam a expansão do Judiciário, tendo em vista que este “Poder” terá de agir como terceiro imparcial na resolução de conflitos entre os demais “Poderes” ou entre os Estados-membros e a União (BRANDÃO, 2013, p. 175-220).

Além das teorias funcionalistas e conceitualistas, o autor consigna a existência de modelos econômico-institucionais e

---

<sup>6</sup> Segundo Brandão, nada menos que 158 países contam com a previsão formal de algum instrumento de jurisdição constitucional como forma de controlar a atuação dos demais poderes e zelar pela sua constituição (BRANDÃO, 2013, p. 175-220)



“teorias estratégicas”. Os primeiros consideram o desenvolvimento da constitucionalização e do Poder Judiciário como mecanismos aptos a mitigar problemas de ação coletiva, especialmente para a viabilidade de políticos firmarem “compromissos críveis” em face de investidores de capital. Já as “teorias estratégicas” se assentam na atuação estratégica de grupos politicamente relevantes. Desloca-se a atenção da ideologia e da estrutura do sistema político para os interesses de grupos políticos e para os conflitos sociais, econômicos e políticos concretamente existentes em uma comunidade estatal.

Dentre os autores que adotam uma das teorias conceitualistas, Clarissa Tassinari (2012, p. 29), em primoroso trabalho sobre o ativismo judicial, destaca que entre os principais acontecimentos que conduziram as sociedades contemporâneas a vivenciar o processo de intensa judicialização estão incluídos: o pós-Segunda Guerra Mundial, o surgimento da noção de “constitucionalismo dirigente”<sup>7</sup> e a atuação do Tribunais Constitucionais,<sup>8</sup> fatos que, segundo a autora, estariam “absolutamente vinculados” (ARENDDT, 1979).

Após a Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo europeu caracterizado pelo culto ao legislador mostrou-se incapaz de evitar o surgimento de regimes totalitários responsáveis por sistemáticas violações a direitos fundamentais. Assim, sob as ruínas do velho continente, nasce um movimento, denominado

---

<sup>7</sup> O Constitucionalismo dirigente ganhou seus contornos e linhas mestras com a obra de José Joaquim Gomes Canotilho intitulada **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**, de 1982. Já no início do trabalho, Canotilho adverte que o tema da constituição dirigente insere-se em uma problemática ampla, que abarca desde a conciliabilidade entre a “lógica da constituição” e a “lógica da democracia”, passando pela análise da densidade e da abertura das normas constitucionais, até a própria compreensão da constituição em si mesma (CANOTILHO, 2001, p. 11). Foi agregado à concepção de Estado de Direito um conteúdo extraído do próprio texto constitucional, de forma que a constituição passa a ser “um meio de direção social” e “uma forma ‘racionalizada’ de política” (TASSINARI, 2012, p. 29).

<sup>8</sup> Na atualidade, segundo Brandão, nada menos que 158 países contam com a previsão formal de algum instrumento de jurisdição constitucional como forma de controlar a atuação dos demais poderes e zelar pela sua constituição (BRANDÃO, 2013).

“neoconstitucionalismo”, que procura reconstruir as bases do Direito Constitucional (TASSINARI, 2012, p. 29).

Inocência Mártires Coelho ensina que o novo constitucionalismo caracteriza-se por apresentar: “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação” (MENDES, 2008, p. 127).

Nesse período, as constituições de caráter social e democrático passaram a positivar uma série de preceitos e princípios nos quais estão contidas as promessas incumpridas da modernidade, diminuindo, sensivelmente, a liberdade de conformação do legislador, além do incremento das demandas por direitos prestacionais (STRECK, 2006, p. 2017), o que exigiu uma nova postura na aplicação e interpretação do direito constitucional.

Essas transformações acabaram por criar um ambiente favorável à ampla atuação do poder judiciário, e, a partir dos anos 80, passamos a ser vítimas dos princípios e dos valores. Passou-se a afirmar que é mais grave violar um princípio do que violar uma norma, e juízes começam a decidir conforme seu senso de justiça e a adotar posturas ativistas.<sup>9</sup>

O comprometimento das teorias neoconstitucionalistas com a ampliação da discricionariedade judicial levou o professor Lenio Streck a elaborar o conceito de "Constitucionalismo Contemporâneo" (STRECK, 2017, p. 47), que definiu como “o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente no nosso contexto atual”, representando um redimensionamento na práxis político-jurídica, no plano da teoria do Estado e da Constituição e no plano da teoria do direito (STRECK, 2017, p. 47).

---

<sup>9</sup> Para fins deste trabalho, adotamos o conceito de ativismo judicial proposto por Lenio Streck: “O ativismo judicial é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo em um ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma ‘corrupção’ na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos” (STRECK, 2014, p. 65).

Nesse contexto, o cenário atual não poderia ser pior, o que levou às decisões proferidas pelo Poder Judiciário: “Nós estamos sob uma Constituição, mas Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é” (LEWIS, 2001, p. 10).

### **3 A decisão judicial à luz do positivismo inclusivo de Wilfrid J. Waluchow**

#### **3.1 O Positivismo Jurídico inclusivo de Wilfrid J. Caluchow: surgimento e conceitos iniciais**

Em 1962, Hart publicou O Conceito de Direito, cujo teor marcou uma nova etapa na história do positivismo jurídico. Neste modelo, além da conhecida tese da separação, clássica ideia de Austin de que “a existência da lei é uma coisa, seu mérito ou demérito é outra” (AUSTIN, 2002, p. 26), Hart acrescentou uma segunda tese para o núcleo do positivismo: a “teoria social”, a ideia de que a existência e conteúdo da lei são, em última análise determinada por fatos sociais. A tese dos fatos sociais se manifesta na ideia de sistema jurídico desenvolvido por Hart, que é entendido como a união de regras “primárias” que estabelecem deveres e obrigações, e regras “secundárias” de reconhecimento, mudança e aplicação das regras primárias. Enquanto no positivismo de Kelsen a base do sistema legal era uma regra hipotética ou suposta (KELSEN, 2009, p. 246-247), o sistema legal de Hart é baseado em uma prática social, um costume entre os funcionários, e é esta prática que determina a existência e o conteúdo das regras do sistema (HART, 1994, p. 117-118).

Tradicionalmente, o que tem movimentado as diferentes teorias é a questão do erro. Uma determinada teoria nasce para apontar os erros que acredita ter identificado em outra e substituí-la como mais iluminadora ou melhor apresentação do direito. Seguindo a tradição, em 1967, Ronald Dworkin promove um verdadeiro ataque ao positivismo jurídico no seu famoso Modelo de

Regras I. Anos após, Hart publica *A teoria do direito americana através dos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho*. Estas obras representam o início de um importante capítulo do debate jurídico contemporâneo denominado debate Hart-Dworkin, sobre o qual correriam rios de tinta e de que participaram, com maior ou menor intensidade, uma boa parte dos teóricos do direito.

Sobre o debate Hart-Dworkin, é importante esclarecer a existência de diferentes pontos de partida e objetivos, com a consequente diferença na abordagem metodológica utilizados pelos autores. É que o objetivo de Hart é descrever a forma, estrutura e conteúdo comuns a todas as formas e sistemas jurídicos, e descobrir como essas formas de regulação social se relacionam com coisas como moral, força bruta e formas de organização social. Hart quer propor uma teoria descritivo-explicativa, moral e politicamente neutra acerca da natureza de todos, ou pelo menos a maioria dos sistemas jurídicos (WALUCHOW, 2007, p. 19-20).

A perspectiva de Dworkin, pelo contrário, é de um juiz que busca justificar o que faz ao declarar alguém responsável por violar direitos e deveres jurídicos. Dworkin propõe uma teoria normativa, totalmente comprometida, da decisão e de como os juízes decidem (WALUCHOW, 2007, p. 20).

Dworkin ofereceu um desafio à teoria de Hart, e esse desafio foi respondido em alguma medida, é o que se observa em textos como o Pós-escrito e o já citado 'A teoria do direito americana através dos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho'.

Segundo André Coelho, autores como David Lyons, Philip E. Soper e Leslie Green entendem que o desafio proposto por Dworkin não é um desafio verdadeiro, pois foi baseado em uma série de mal-entendidos a respeito da teoria de Hart. Eles rejeitam o que Hart escreveu no pós-escrito, porque acreditam que ele teria escrito sob a falsa crença de que o desafio de Dworkin era um desafio real, de modo que o pós-escrito foi uma vítima de uma certa convicção a respeito de Dworkin. Esses autores são classificados como positivistas hartianos pré-inclusivos, justamente

por acreditarem que a melhor teoria é aquela proposta por Hart na obra *O Conceito de Direito*.<sup>10</sup>

Sobre as críticas de Dworkin ao positivismo haverá ao menos duas respostas: o positivismo jurídico exclusivo e o positivismo jurídico inclusivo. Waluchow é o principal representante do positivismo inclusivo, uma resposta que afirma que determinados sistemas jurídicos podem incluir considerações morais, como os princípios que Dworkin assinala, entre os critérios de validade contemplados na regra de reconhecimento.

### **3.1 O Regra de Reconhecimento, tese das fontes sociais e tese da separabilidade**

Partindo da teoria positivista de Hart, Waluchow explica que a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (por exemplo: legislação, decisões judiciais e costumes sociais), sem referência à moral, exceto quando o direito assim identificado tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para identificação do direito. Essa incorporação ocorre por meio das regras de reconhecimento (WALUCHOW, 2007, p. 21).

Regra de reconhecimento é um tipo especial de regra secundária que é aceita e utilizada para identificação de regras primárias. É, portanto, uma regra última, que fornece os critérios pelos quais a validade das demais regras do sistema é avaliada. É uma prática a partir da qual os funcionários que aplicam o direito reconhecem como sendo direito válido as regras que preenchem determinados requisitos. Não há exigência a respeito de quais são os requisitos – logo podem ser de qualquer natureza, inclusive moral.

---

<sup>10</sup> Informação coletada na II Jornada de Teoria do Direito, realizada no Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA, no dia 6 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=TSRNJzolkA>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

Contudo, uma espécie de solo comum entre as versões do positivismo jurídico é justamente a separação entre direito e moral. Assim, ao se admitir que critérios morais corrijam o direito, é possível sustentar que o positivismo inclusivo é positivismo? Como fica a tese da separabilidade?

Esse questionamento é, na verdade, uma das críticas de Dworkin ao positivismo jurídico inclusivo. Para o autor, os positivistas concebem o direito como uma instituição pública que tem como uma de suas funções primárias proporcionar padrões públicos e seguros para guiar a conduta dos juizes e pessoas em geral. Para que se cumpra esta função do direito é necessário que a satisfação dos testes de juridicidade seja de fácil identificação. Dworkin argumenta que positivistas devem recusar a incorporação de critérios morais para determinação de validade jurídica para que a finalidade do direito seja alcançada. A regra de reconhecimento que incorpora testes morais de validade jurídica, como proposto pelo positivismo inclusivo, introduz indeterminação no direito, e, portanto, esta não é uma forma possível de positivismo jurídico (DWORKIN, 2001, p. 198-199).

Waluchow (2007, p. 205) sustenta que o argumento de Dworkin exacerba a necessidade de certeza e determinação que os positivistas clamam. Vários positivistas, como Hart, afirmam que o direito deve se utilizar de termos flexíveis e possui uma textura aberta. Ademais, o contraste do grau de certeza de normas identificadas por pedigree e por razão de conteúdo é falso. Isto porque normas obtidas por critério de fonte podem apresentar infundáveis controvérsias quanto a sua interpretação e aplicação, podendo apresentar ambiguidades e conflitos com outras normas. Normas identificadas por critérios de conteúdo, envolvendo questões de moral política, podem apresentar alto grau de concordância em determinada sociedade política.

Não obstante a isto, nem sempre a determinação de validade dependerá de um critério moral. O positivismo inclusivo não está comprometido com uma regra de reconhecimento tão

profundamente indeterminada como, por exemplo, “direito é aquilo que é justo”, que certamente levaria a um grande grau de instabilidade. Isto é um exagero do grau de incerteza da regra de reconhecimento (WALUCHOW, 2007, p. 205).

Assim, pode-se concluir que positivismo inclusivo é positivismo. Isso porque mantém a ideia de que alguns sistemas podem admitir que critérios morais estão entre os critérios possíveis para avaliar a validade do direito, isso quando o sistema autoriza o uso de critérios morais. Não há uma ligação necessária entre direito e moral, há apenas uma ligação contingente.

De outro lado, não se deve confundir aquilo que é desejável a um sistema jurídico com aquilo que é essencial à sua existência. “A pergunta que se faz não é: Seria bom que moral e direito estivessem concertados? A pergunta é: Estão conectados?” (WALUCHOW, 2007, p. 31).

Positivistas podem considerar que estabilidade e determinação sejam avaliados em um sistema jurídico, mas não conformam uma característica essencial do direito. Remonta-se assim à tão referida distinção entre o que o direito é e aquilo que ele deveria ser. Conclui assim que a “teoria do direito descritivo-explicativa do positivista não deveria transformar-se, contra sua vontade, numa teoria normativa sobre o que é desejável encontrar nos sistemas jurídicos” (WALUCHOW, 2007, p. 37).

Por fim, uma característica comum a todas as correntes do positivismo jurídico é a adoção da tese das fontes sociais, que estabelece que o direito é determinado pelo conteúdo de factos sociais explícitos. Essa tese é dividida em duas versões. A primeira versão (versão fraca) diz que regras de segunda ordem somente são geradas por fatos sociais explícitos; a segunda versão (versão forte), por sua vez, estabelece que regras de primeira e de segunda ordem só podem ser criadas por fatos sociais explícitos.

Os positivistas inclusivos adotam a tese das fontes sociais, porém na sua versão fraca, mais branda, de forma a permitir que regras de primeira ordem possam ser criadas por fatos sociais

explícitos, como podem ser derivadas de outros critérios, como por exemplo critérios morais. No que se refere às regras de segunda ordem, as meta-regras, como leis processuais, todas as correntes positivistas vão convergir no sentido de que só podem ser criadas por fatos sociais explícitos.

## **4 O caso Vanusa: decisões possíveis a partir do positivismo jurídico inclusivo**

### **4.1 – O Caso Vanusa à luz do positivismo jurídico inclusivo: solução possível**

O juiz que adotasse o positivismo jurídico inclusivo como teoria explicativa do direito em um ordenamento que admitisse critérios morais como correção do direito, verificará que os conceitos estabelecidos no plano da teoria do direito irão refletir diretamente na decisão judicial, em dois momentos importantes.

Primeiro no momento da avaliação da validade da norma. Em sistemas jurídicos que adotem critérios morais para validação do direito, o Juiz, como funcionário, deve avaliar se as regras jurídicas de primeira ordem são válidas. Nesse caso, o que o positivismo jurídico inclusivo está pedindo que ele faça? Segundo Waluchow,<sup>11</sup> o juiz, nesse momento, pode utilizar de critérios morais para afirmar ou não a validade do direito. Em um primeiro momento, ele defende que o papel do juiz nesse momento é decidir de acordo com a moral política, por ele defina como a moral realmente implícita na história institucional, uma moral de direitos que a prática jurídica busca concretizar em suas regras, decisões e procedimentos estabelecidos e que serve ao seu objetivo e justificação. É o espírito do que a lei significa (WALUCHOW, 2007, p. 57).

---

<sup>11</sup> WALUCHOW, Wilfrid J. Direitos constitucionais e a possibilidade de uma interpretação construtiva distanciada. Tradução de Gustavo Souza de Azevedo. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/26488>>. Acesso em: 27 jun. 2017.



Em trabalho mais recente WALUCHOW, pensando no controle de constitucionalidade, afirma que o juiz deve decidir considerando princípios como igualdade, justiça fundamental, direito à vida, à liberdade e à segurança. É o que o autor vai chamar de “Moral Constitucional Comunitária – MCC”, definida como “a moral positiva que consiste nas normas morais fundamentais e convicções a que se compromete a comunidade e que, de algum modo, tenha adquirido algum tipo de reconhecimento jurídico formal”<sup>12</sup>. É a moral política atualmente abraçada, aprovada ou expressada pelas práticas jurídicas comunitárias.

Para Waluchow, interpretar normas da Moral Constitucional Comunitária envolve uma tentativa de colocar essas normas na sua melhor luz moral, mas isso não autoriza a pensar que a interpretação deve ser feita a partir da perspectiva pessoal do próprio intérprete. Baseando-se na teoria de Raz, argumenta que:

(1) interpretação constitucional e controle de constitucionalidade podem ser realizados a partir do ponto de vista da comunidade democrática e seus compromissos de MCC; (2) a realização desta interpretação pode ser assumida pelo juiz sem a intromissão de suas próprias convicções de primeira ordem; (3) quando realizadas deste ponto de vista, interpretação constitucional e controle de constitucionalidade são consistentes com a democracia; e (4) isto ainda é assim quando estas atividades exigem uma dose de raciocínio e argumentação morais substantivos por parte dos juízes.<sup>13</sup>

Assim, para o positivismo jurídico inclusivo na perspectiva de Wilfrid Waluchow, no momento de aplicação das regras de

---

<sup>12</sup> WALUCHOW, Wilfrid J. “Strauss, la democracia y el constitucionalismo del árbol vivo” en Jorge Fabra y García Jaramillo, (eds.) *Filosofía del derecho constitucional*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, cap. 10, tradução nossa).

<sup>13</sup> WALUCHOW, Wilfrid J. *Direitos constitucionais e a possibilidade de uma interpretação construtiva distanciada*. Tradução de Gustavo Souza de Azevedo. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/26488> >. Acesso em: 27 jun. 2017.

primárias, se o sistema jurídico autoriza, o funcionário avaliará a validade da lei, podendo utilizar, entre outros, critérios de ordem moral. Isso não é autorização para uma tirania moral do aplicador do direito, uma vez que essa deve decidir a partir da “moral constitucional comunitária”.

No caso em estudo, o ordenamento jurídico brasileiro prevê regras para regulamentar o concurso público. Utilizaremos aqui o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, que prevê o concurso público<sup>14</sup> como critério para distribuição dos cargos públicos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (BRASIL, 1988).

A pergunta a ser feita é: a partir da Moral Constitucional Comunitária definida por Waluchow, a regra estabelecida no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal pode ser reconhecida como válida?

O Edital do concurso estabelecia que, para ser aprovado o candidato deveria ser aprovado em uma prova escrita e considerado apto em outros três exames: prova de capacidade física; exame psicotécnico e investigação social e curso de capacitação profissional (Capítulo IV do Edital, Apenso, p. 12).

---

<sup>14</sup> “Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos” (CRETILLA JÚNIOR, 2002, p. 455-460).

Analisando outros meios possíveis para seleção de pessoas a ocuparem cargos públicos, é possível pensar em: sorteio, compra e venda, herança, arrendamento, nomeação, eleição e concurso (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 455-460). Dentre esses, parece que o concurso público é o que mais se aproxima do modelo de democracia, já que o acesso aos cargos e empregos públicos deve ser amplo e democrático, precedido de um procedimento impessoal, em que se assegure igualdade de oportunidades a todos interessados em concorrer para exercer os encargos oferecidas pelo Estado. Utilizando este mecanismo, são atendidas também as exigências do princípio da eficiência, neste momento entendido como a necessidade de selecionar os mais aptos para ocupar as posições em disputa e proporcionar uma atuação estatal otimizada.

Assim, dentro da teoria do positivismo jurídico inclusivo e aplicando a Moral Constitucional Comunitária, não haveria possibilidade de invalidação da regra que estabelece que o concurso público por ser absolutamente injusto ou imoral, máxime porque a sociedade brasileira está comprometida com o princípio da igualdade. Portanto, podemos afirmar que as regras que disciplinam o acesso aos cargos públicos passam pelos testes de validade, razão pela qual estão aptas a serem aplicadas.

O segundo momento de análise do aplicador do direito está no plano da decisão, o magistrado deverá avaliar a existência de alguma margem de discricionariedade na escolha das decisões possíveis. Nesse caso, Waluchow observa que a discricionariedade judicial é vista por Hart “como uma característica necessária do direito porque o direito necessariamente envolve a comunicação de regras de conduta e essas necessariamente possuem textura aberta” (WALUCHOW, 2007, p. 209).

Ao se tratar da discussão sobre a discricionariedade, destaque-se a distinção entre os casos fáceis e os difíceis, sendo definidos, respectivamente: aqueles que são solucionados de forma quase que mecânica por meio da subsunção dos fatos às normas; e aqueles em que a decisão judicial a ser tomada pelo intérprete carece de

uma regra clara, ou inexistente regra aplicável ao caso, colocando o intérprete em uma zona de penumbra.

Nota-se que é sobre os casos difíceis que a atuação discricionária dos juízes reside para os positivistas:

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 (HART, 1994, p. 183).

Assim, para Hart, os sistemas jurídicos seriam compostos de uma textura aberta, que acarretaria a existência de situações concretas não reguladas pelo direito, o que acabaria por abrir possibilidades para que casos sem respostas legais passassem a ser regulamentados pelos aplicadores do direito. Fato é que determinadas situações que integram o ordenamento jurídico são solucionadas através de regras preestabelecidas, que são aplicadas aos casos concretos previsíveis. Entretanto, “nos pontos em que a textura efetivamente é aberta, os indivíduos podem apenas fazer previsões sobre a conduta dos tribunais e ajustar seu comportamento de acordo com isso” (HART, 1994, p. 179). Haverá, dessa forma, uma margem de incerteza do direito, já que uma regra poderá cobrir grande parte dos eventos futuros, mas não sempre.

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. 16), para os quais não existe uma única solução correta.

Para identificar os casos fáceis e difíceis, Hart parte da constatação segundo a qual toda expressão linguística apresenta um núcleo e uma zona de penumbra. No núcleo estão os casos fáceis, pois nesses as expressões gerais são claramente aplicáveis.

Em tais casos, basta o recurso ao silogismo para conectar o caso concreto à norma. Nas zonas de penumbra estariam localizados os casos de difícil interpretação, nos quais não está claro se deve ser aplicada ou não a expressão geral apresentada pela regra.

Portanto, nesse segundo momento, pode-se falar em discricionariedade, mas apenas na solução de casos difíceis<sup>15</sup>. Resta ao julgador classificar, discricionariamente, se está diante de um caso fácil ou um caso difícil.

No caso Vanusa, a aplicação das regras jurídicas não deixa espaço a dúvidas. Dentro de seus contextos, essas regras podem ser consideradas claras, permitindo uma resolução quase automática do conflito, uma vez que não demonstram uma textura aberta ou dúvidas quanto a seu significado.

Com efeito, os fatos que deram origem ao processo são claros, e casos envolvendo provas de concursos abarrotam o judiciário todos os dias.<sup>16</sup> A Constituição cria a regra do concurso, a legislação do Estado do Rio Grande do Norte estabeleceu critérios válidos para o cargo específico, utilizados em todo país para carreiras semelhantes. O Edital do Concurso reproduziu as regras especificadas na legislação. A candidata não foi aprovada em uma das fases, perdeu o prazo para promover a ação cabível antes da realização da terceira fase. Não se submeteu à terceira fase do concurso. Dois fatos irremediáveis, já que todos os demais candidatos aprovados cumpriram os requisitos.

Trata-se, portanto de um caso fácil, bastando o magistrado recorrer ao silogismo para conectar o caso concreto à norma. Logo, se não foram cumpridos os requisitos exigidos a todos na mesma condição de igualdade (aprovação em todas as fases do concurso)

---

<sup>15</sup> Waluchow anota que, não há na obra de Hart que negue a possibilidade de discricionariedade judicial em casos fáceis (WALUCHOW, 2007, p. 80).

<sup>16</sup> Uma simples consulta ao banco de dados do Superior Tribunal de Justiça utilizando como chave de busca o termo “concurso público” o resultado aponta 7.834 documentos (BRASIL, Superior Tribuna de Justiça. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=concurso+publico](http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=concurso+publico) Acesso em: 10 jun. 2017.

não tem a candidata direito ao acesso ou manutenção no cargo público. Se uma lei inegavelmente válida se aplica incontestavelmente a um caso, a obrigação interpretativa do juiz é clara e assinala na direção da aplicação.

## 5 Considerações finais

O Positivismo Jurídico inclusivo, assim como as demais modalidades de positivismo, não oferece uma teoria da decisão<sup>17</sup>. Contudo, a partir do conceito de direito que oferecem, podemos construir uma possível decisão dentro dessas premissas, já que uma “teoria do direito é sempre suscetível de ter importantes conexões com uma teoria da decisão” (WALUCHOW, 2007, p. 79).

O caso Vanusa é resultado de uma sequência de erros do Poder Judiciário, agravados por uma morosidade excessiva. Não há dúvida que os cinco anos em que o processo ficou em alguma prateleira aguardando sentença foram decisivos para desencadear todos as decisões equivocadas que se seguiram.

Concluiu-se, ainda, que as regras previstas para o concurso pública passam pelos testes de validade da regra de reconhecimento, e o caso específico não é pode ser classificado como caso difícil. Assim, poderia ser facilmente resolvido, bastava o recurso ao silogismo para conectar o caso concreto à norma.

A aplicação da ‘teoria do fato consumado’ ao caso, como se observa nas decisões de primeira e segunda instância, acaba por consolidar uma situação contrária à lei válida, o que não seria possível dentro do positivismo jurídico inclusivo. Sobre a

---

<sup>17</sup> Em relação a vários observadores, o debate do positivismo tornou-se um debate árido, mas está longe de proporcionar consequências práticas ou relevantes. Sem atingir o ceticismo radical de alguns críticos, Waluchow parece compartilhar um pouco dessa frustração. Em sua mais recente contribuição para a teoria jurídica sustenta que parte do desacordo entre os positivistas surgem porque não compartilham dos mesmos conceitos de validade jurídica (Waluchow, Wilfrid J. (2009) “Four Concepts of Validity: Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism,” em Ken Mima and Matthew Adler, eds., *The Rule of Recognition and the United States Constitution*, Oxford: Oxford University Press, p. 123-142).

necessidade de “ponderação entre os princípios da obrigatoriedade do concurso público e da proteção da confiança” sustentada pelo Ministro Luiz Roberto Barroso, nos parece mais uma a recepção equivocada da ponderação alexyana, como bem aponta Rafael Giorgio Dalla Barba (DALLA BARBA, 2016).

Assim, no que se refere ao problema da moral, as respostas oferecidas para o caso analisado demonstram que a discricionariedade judicial é melhor controlada no positivismo inclusivo, se comparada às práticas adotadas pelo Poder Judiciário, que negam a aplicação da moral no plano da teoria do direito, porém, no plano da decisão judicial admitem decisões tomadas a partir de convicções pessoais do julgador.

De fato, no caso em estudo, tanto a aplicação da ‘teoria do fato consumado’ quanto do princípio da proteção da confiança, parece demonstrar que os juízes primeiro chegam a uma solução a partir de suas próprias convicções morais ou “via elementos que não são tradicionalmente qualificados de jurídicos, e depois procuram, no momento de justificação, uma roupagem formal, com uma tintura jurídica, para apresentar as suas decisões” (STRUCHINER, 2005, p. 41).

Por fim, o Professor Lenio Streck comenta que “Vanusa, antes de tudo, é uma azarada”.<sup>18</sup> Isso porque, em outro caso famoso, o candidato também não preenchia os requisitos no momento do concurso, mas foi “agraciado” com a aplicação da teoria do fato consumado. Após analisar com muito cuidado o caso singular de Vanusa, diria que é possível, também, afirmar que Vanusa, antes de tudo, é uma sortuda. Ficou por doze anos ocupando um cargo público, cujos vencimentos e vantagens da carreira são sabidamente melhores que os da iniciativa privada. Isso mesmo diante de uma evidente reprovação. Azarado, sim, foi o candidato que cumpriu todo os requisitos estabelecidos nas leis

---

<sup>18</sup> Informação coletada na sessão de Defesa de Mestrado de Rafael Giorgio Dalla Barba, realizada na Unisinos, no dia 8 de agosto de 2017.

válidas, aprovadas democraticamente, mas não foi convocado para posse porque a vaga já havia sido preenchida, pela candidata "colocada" na sua frente na ordem de classificação.

## Referências

- \_\_\_\_\_. **ABBOUD, Georges. Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo.** Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Perspectiva, 1979.
- AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence.**[1832] London: Weindenfeld and Nicolson. Trad: Juan Ramon de Páramo Argüelles, El objecto de la jurisprudencia. Madrid: CEC, 2002.
- BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648/9641>> Acesso em: 25 jun. 2017).
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 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: 22 jul. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 608.482 RN. Relator: Ministro Teori Zavascki – Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 07 de agosto de 2014. **Lex-Jurisprudência do STJ.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>>. Acesso em: 10 jun. 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.



- CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta II**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- COELHO, André. **Decisão judicial nas teorias descritivas do direito**. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2017/01/decisao-judicial-nas-teorias.html>>. Acesso em: 20 de jun. 2017
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense 2002, p. 455-460.
- DALLA BARBA, Rafael Giorgio. Nas Fronteiras da Argumentação: **a Discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GARGARELLA, Roberto. El Nuevo constitucionalismo latinoamericano: algunas reflexiones preliminares. **Crítica y Emancipación**, Buenos Aires: Clacso, n. 3, ano 2, 1º sem. 2010, p. 183.
- HART, H. L. A. **Ensaios sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- \_\_\_\_\_. **O conceito de direito**. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LEWIS, Anthony. **Liberdade para as idéias que odiamos**: uma biografia da primeira emenda à Constituição Americana. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos; FERREIRA, Fernanda Busanello. **Direito e sistema:** estudos em homenagem a Leonel Severo Rocha. Goiânia: Edições FASAM, 2016.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais:** a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. A decisão judicial em Hans Kelsen e a tradição do cartesianismo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 114, p. 345-387, jan./jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de hermenêutica jurídica.** Belo Horizonte: Letramento, 2017.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e aplicação do direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade – o caso da lei dos crimes hediondos.** Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos,** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese (Doutorado). Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2005.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial:** uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América.** São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1969.

WALUCHOW, Wilfrid J. (2009) “**Four Concepts of Validity:** Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism,” en Ken Himma and Matthew Adler, eds., *The Rule of Recognition and the United States Constitution*, Oxford: Oxford University Press, p. 123-142

\_\_\_\_\_. **Direitos constitucionais e a possibilidade de uma interpretação construtiva distanciada.** Tradução de Gustavo Souza de Azevedo. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/90682/futuro\\_direitos\\_humanos\\_moyn.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/90682/futuro_direitos_humanos_moyn.pdf). Acesso em: 27 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Positivismo jurídico incluyente.** Madrid, Marcial Pons, 2007.