

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

Um estudo sobre as correntes formalista e instrumentalista

LARISSA DAS GRAÇAS PEREIRA

Rio de Janeiro

2017/2

LARISSA DAS GRAÇAS PEREIRA

TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL - Um estudo sobre as correntes formalista e instrumentalista

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Perin Shecaira**.

Rio de Janeiro

2017/2

LARISSA DAS GRAÇAS PEREIRA

TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL - Um estudo sobre as correntes formalista e instrumentalista

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Perin Shecaira**.

Data da Aprovação: / / 2017.

Orientador

Membro da banca

Rio de Janeiro
2017/1

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	FORMALISMO	10
2.1	O QUE É FORMALISMO.....	10
2.2	DETERMINAÇÃO DENTRO DA INDETERMINAÇÃO	11
2.3	A SUBINCLUSÃO E SOBREINCLUSÃO DAS REGRAS JURÍDICAS.....	14
2.4	ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.....	17
2.5	BENEFÍCIOS DO FORMALISMO.....	20
2.6	A DECISÃO JUDICIAL NOS CASOS DE ROTINA E NOS CASOS DIFÍCEIS.....	22
3	INSTRUMENTALISMO.....	25
3.1	O QUE É INSTRUMENTALISMO	25
3.2	O JUIZ HÉRCULES	30
3.3	O ROMANCE EM CADEIA.....	31
3.4	NOVA CONFIGURAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO E CPC/2015	34
3.5	A DECISÃO JUDICIAL NOS CASOS DE ROTINA E NOS CASOS DIFÍCEIS.....	37
4	AVALIAÇÃO DOS MODELOS.....	40
4.1	POR QUE UMA TERIA DA DECISÃO JUDICIAL?.....	40
4.2	PONTOS DE CONTRASTES ENTRE O FORMALISMO E O INSTRUMENTALISMO	41
4.2.1	<i>O direito e a moral.....</i>	<i>41</i>
4.2.2	<i>Valorização das regras ou valorização dos princípios.....</i>	<i>43</i>
4.3	O FORMALISMO E O INSTRUMENTALISMO DIANTE DAS DECISÕES JUDICIAIS	45
4.4	OUTRAS PONDERAÇÕES ACERCA DA TOMADA DE DECISÃO	48
5	CONCLUSÃO	51
6	REFERÊNCIAS	53

RESUMO

O presente trabalho visa analisar duas correntes da teoria da decisão judicial, quais sejam, o formalismo e o instrumentalismo. Inicialmente, apresentaremos as características fundamentais da teoria formalista, seus benefícios, malefícios e como se porta diante da solução de conflitos. Após, o mesmo será feito com base na corrente instrumentalista. Esta análise inicial permitirá a avaliação dos modelos, já apresentados, diante dos casos fáceis e difíceis que se apresentam no judiciário. A partir deste estudo, pretende-se contribuir para a busca uma teoria que se mostre viável para a solução dos conflitos e que possa legitimar a atuação do judiciário fornecendo mecanismos de controle objetivos.

Palavras-chave: teoria da decisão judicial; formalismo; instrumentalismo; casos de rotina; casos difíceis;

ABSTRACT

The present work aims to analyze two current theories of judicial decision namely formalism and instrumentalism. Initially, we will present the main characteristics of the formalism theory, its benefits, harms and how it handle conflict resolution. After, the same will be done based on the instrumentalist theory. This previous analysis will allow the evaluation of the models, already presented, before the easy and hard cases that appear in the judiciary. From this study, we intend to contribute to the search for a theory that is viable for the solution of conflicts and that can also legitimize the judiciary's performance by providing objective control mechanisms.

Keywords: judicial decision theory; formalism; instrumentalism; easy cases; hard cases;

1 INTRODUÇÃO

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 89.417, a relatora Min. Carmen Lúcia, afastou a regra constitucional do art. 53, §2 da Constituição Federal que dispõe que, desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos a não ser em caso de flagrante de crime inafiançável, situação na qual os autos do processo seriam remetidos à respectiva Casa para que seus membros deliberassem sobre a prisão.

Na situação concreta, após a “Operação Dominó” deflagrada pela Polícia Federal e que levou à prisão diversos políticos de Rondônia, surgiu uma questão acerca da prisão do Presidente da Assembleia Legislativa deste estado. Apesar da disposição constitucional sobre a deliberação da prisão por sua Casa, a Ministra entendeu que a Assembleia Legislativa não teria isenção ou autonomia para tanto uma vez que dos vinte e quatro deputados, vinte e três estavam indiciados em diversos inquéritos.¹

Nas palavras de Carmen Lúcia, “Os princípios constitucionais determinam a interpretação e a aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina.” Desta forma, diante da peculiaridade do quadro, deveria haver também uma peculiaridade na interpretação daquela regra, pois sua aplicação, naquele caso concreto, levaria à impunidade do parlamentar e violaria valores constitucionais.²

Um exame desta situação específica poderia nos levar a pensar que os juízes sempre devem afastar as regras no caso concreto quando elas se mostrarem incompatíveis com os princípios de um Estado de Direito, por exemplo. Entretanto, nem sempre o Judiciário se depara com o que chamamos de *casos difíceis*. Existem ao menos três situações distintas no que diz respeito à aplicação de regras pelos juízes e juízas e cada uma delas exigirá uma abordagem diferente.

¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.417-8/RO. Relatora Min. Carmin Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/963_carmenlucia.pdf. Acesso em 15 ago. 2017.

² Ibidem

Na primeira, existe uma regra perfeita para o caso concreto em análise no Judiciário. Esta regra atende e soluciona a controvérsia em questão sem que haja qualquer dúvida de que aquela é a solução adequada. Estes seriam os *casos de rotina*. Em um segundo cenário, embora existam regras aplicáveis ao caso concreto, elas se mostram subótimas para resolvê-lo, seja por não contemplar toda a questão analisada no caso concreto, seja porque a solução geraria alguma injustiça ou feriria algum princípio do Direito. Este é o contexto em que a decisão da Min. Carmen Lúcia foi proferida.

Há ainda, um terceiro quadro no qual se apresenta uma circunstância completamente nova. Neste caso, inexistem regras aplicáveis ao acontecimento em análise. São as situações em que o direito se mostra insuficientemente claro ou preciso para regular nossa vida cotidiana.

Podemos entender que a segunda e a terceira situações ilustram os *casos difíceis*. Eles ocorrem quando os materiais jurídicos convencionais, como as regras e os precedentes judiciais oportunos, não apontam para uma única decisão (SHECAIRA, 2011, p. 311-312). No exemplo citado, havia bons argumentos tanto a favor da aplicação da regra constitucional naquele caso concreto quanto contra.

Ao se debruçarem sobre estes cenários, doutrinadores da Teoria da Decisão Judicial apresentam diferentes pormenores que o Judiciário deveria considerar para proferir boas decisões e este é o aspecto da filosofia e teoria do direito que o presente trabalho pretende estudar. Por meio da revisão bibliográfica do assunto, buscaremos a resposta para a importante questão sobre qual é a melhor forma de decidir.

Neste sentido, no primeiro capítulo abordaremos uma primeira corrente, que pode ser chamada de *formalismo* ou *convencionalismo*, e que defende uma disposição interpretativa pela qual a totalidade das formulações normativas, ou seja, a totalidade das regras específicas que podem ser aplicadas a um caso em análise, deve ser levada a sério pelos responsáveis pela tomada de decisões jurídicas (STRUCHINER, 2009, p. 464).

Para o *formalismo*, se vivêssemos em um mundo ideal realmente seria preferível que as regras pudessem ser corrigidas na medida em que não fossem aptas a gerar o resultado mais justo do ponto de vista moral. Entretanto, como este não é o caso, a observação rigorosa

das regras traz mais benefícios do que malefícios e este seria o melhor modelo a ser adotado especialmente diante das diversas consequências negativas que a adoção de um modelo que não respeita as regras traz (STRUCHINER, 2009, p. 464).

Alguns exemplos de benefícios trazidos pela adoção do *formalismo* seriam a preservação da previsibilidade, da certeza, da segurança jurídica bem como uma maior eficiência. Já entre as consequências trazidas pela não utilização deste modelo estão os chamados “efeitos sistêmicos” e “efeitos miméticos”, que serão abordados ao longo do trabalho.

Dentre os defensores desta teoria destaco Herbert Hart, Frederick Schauer, Noel Struchiner e Fábio Shecaira.

No segundo capítulo, por sua vez, a discussão versará sobre pensadores da corrente *instrumentalista* ou *particularista*. Inicialmente, destaca-se que entendo o *instrumentalismo* em um sentido amplo, abarcando as diversas teorias que, embora divergentes entre si, apontam para uma construção da decisão jurídica que não seja totalmente baseada em regras.

Para o *instrumentalismo* ao proferir decisões judiciais, os juízes ou juízas não devem se limitar aos materiais jurídicos convencionais, mas devem buscar, por exemplo, os princípios implícitos da estrutura política moral de sua comunidade ou a realização de certos objetivos sociais importantes.

Defendem o *instrumentalismo* Ronald Dworkin e Lênio Streck, entre outros.

Por fim, no terceiro e último capítulo, o objetivo será traçar algumas considerações gerais comparando os pontos de vista positivos e negativos de cada teoria. Algumas questões serão levantadas como, por exemplo, o melhor modelo a ser adotado a depender da área do direito ou do agente que esteja proferindo a decisão jurídica, dentre outras. Assim, pretende-se contribuir para este importante debate, especialmente em razão do papel do Judiciário na construção do Direito.

2 FORMALISMO

No presente capítulo, o objetivo é abordar mais profundamente a corrente *formalista* de tomada de decisão judicial. Para isto, analisarei o que é a corrente *formalista*, e dada a importância que esta corrente confere às regras, estudarei em que consistem as regras e o direito para a corrente em análise.

Em sequência, a investigação incidirá, em especial, sobre os problemas que as regras possuem como a indeterminação ou vagueza e seus fenômenos de subinclusão e sobreinclusão, que as tornam, algumas vezes, pouco adequadas à solução dos casos concretos. Prosseguindo, procuro explorar a argumentação jurídica típica e por que os *formalistas* a tomam como a mais acertada para o proferimento de decisões jurídicas.

Enfim, após percorrer as noções conceituais mais essenciais para esta teoria, apresento os benefícios de sua adoção e eventuais malefícios que podem ocorrer caso as regras sejam deixadas de lado. Finalmente, a pesquisa versará sobre a solução dos *casos de rotina* e dos *casos difíceis* segundo a corrente *formalista*.

2.1. O que é formalismo

Conforme anteriormente narrado, o *formalismo* defende uma disposição interpretativa pela qual a totalidade das formulações normativas, que pode ser entendida como a totalidade das regras específicas aplicáveis a um caso em análise, deve ser levada a sério pelos tomadores de decisões jurídicas (STRUCHINER, 2009, p. 464).

Importante destacar que “decisão jurídica” é aquela que, proferida pelo agente competente para tal, produz efeitos jurídicos. Observamos que as decisões jurídicas podem ser tomadas por diversos agentes como legisladores, policiais ou juízes. Porém, neste trabalho especificamente, analiso a tomada de decisões jurídicas pelos juízes.

Para a corrente *formalista*, portanto, ao tomar decisões, os juízes devem considerar as regras existentes acerca da questão debatida em um caso concreto. Neste sentido, é

importante destacar o que esta teoria entende por regras e por direito. As regras nada mais são que proferimentos linguísticos que compõe um sistema jurídico. O direito, por sua vez, ainda que não exaustivamente, poderá ser entendido como um “sistema de proferimentos linguísticos, escritos ou não, com pretensões normativas” (STRUCHINER, 2009, p. 468). A pretensão do direito de exercer pressão sobre a conduta das pessoas, entretanto, só será realizada na medida em que as pessoas derem importância (levem a sério) esses proferimentos linguísticos.

Conforme destaca Herbert HART, o controle social em grupos numerosos é feito a partir de normas gerais. Para o autor, só existe o que chamamos de direito em razão da possibilidade de se transmitir, sem qualquer outra orientação adicional, padrões de conduta que sejam compreensíveis para multidões de indivíduos (2012, p. 64). Isto poderá ser feito a partir de precedentes ou, no caso do nosso ordenamento jurídico, principalmente a partir da legislação.

Contudo, qualquer que seja estratégia selecionada (precedentes ou leis), esta se mostrará insuficiente, pois “embora funcionem na grande massa de casos comuns”, as regras “se mostrarão imprecisas em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida”. Neste caso teremos o que se chama *textura aberta* das regras (HART, 2012, p. 164).

Muito embora os *formalistas* defendam a aplicação e respeito às regras, eles não sustentam que o direito consiste em um “paraíso conceitual” em que os conceitos seriam rígidos e aplicados de uma maneira “tudo ou nada”. Uma visão mais sofisticada desta corrente reconhece que nem sempre a linguagem é clara e poderá ser aplicada de forma incontestável. Todavia, ainda assim existe certa determinação dentro da indeterminação do direito e da linguagem, e esta passará a ser abordada.

2.2. Determinação dentro da indeterminação

Um dos argumentos da corrente *instrumentalista*, que será analisado no capítulo seguinte, é que decisões judiciais não devem ser sustentadas tão somente em regras, pois as regras e o direito em si são indeterminados. Por esta razão, não seria possível um sistema jurídico que pressupõe que a aplicação das regras tem aptidão para solucionar plenamente os conflitos. No entanto, para a corrente *formalista*, o direito não é tão indeterminado como parece.

Noel STRUCHINER, sustenta a possibilidade de uma razoável determinação linguística fora e dentro do direito que faz uso da linguagem em geral:

Admite-se que o direito não é e nem pode ser totalmente determinado. Entretanto, o que é crucial entender é que, apesar do fato de o direito ser necessariamente indeterminado, isso não significa que ele seja permeado por uma indeterminação difusa e radical. A sua indeterminação se dá nas beiradas (2011, p. 123).

Em grande parte, a indeterminação do direito existe porque o significado da linguagem é socialmente construído, ou seja, é dado por critérios estabelecidos a partir de seu uso pelas pessoas. Justamente em razão disto, seus conceitos podem apresentar uma zona de certeza e uma zona de penumbra de aplicação (MARCONDES; STRUCHINER, 2015, p. 102).

STRUCHINER exemplifica a construção social da linguagem demonstrando situações em que a linguagem, apesar de aparentemente informar ou descrever determinada situação, está dotada do que ele denomina de uma “força ilocucionária” diferente. Utilizando o exemplo do autor, vamos supor que, assim que o marido chegue em casa, sua esposa enuncie: “Amor, tem uma barata no nosso quarto”. Não obstante a frase aparentemente esteja apenas informando ou declarando determinada situação, na realidade ela consiste em uma ordem ou pedido para que outro vá até lá e mate a barata (2011, p. 123).

Gradualmente, a própria linguagem vai mudando. Uma palavra que é inicialmente utilizada em um sentido, passa a ser adotada de outra forma. Aos poucos, a nova utilização começa a ser difundida na sociedade e o predicado terá não apenas um, mas dois sentidos. Este fato é crucial para a indeterminação da linguagem. No entanto, é possível observar que muito embora a linguagem seja maleável e possa ser alterada com o tempo, isso não sugere que esta não apresenta certa rigidez, especialmente se analisarmos a linguagem em um curto prazo. Nas palavras de STRUCHINER “Se o que eu disser fugir muito das convenções estabelecidas, então ninguém vai me entender”. (2011, p. 136)

A indeterminação do direito, que depende de uma linguagem comum, ocorre especialmente quando faz uso dos conceitos vagos. São comuns no direito brasileiro o uso de expressões como “dignidade da pessoa humana”, “boa-fé”, “fundado temor”, “duração

razoável”, “de forma habitual”, dentre outros. Cada um destes conceitos poderá dar margem a uma série de interpretações a depender da adoção dos critérios de análise pelo intérprete.

Mais especificamente acerca da vagueza, esta poderá ser de grau ou combinatória. A *vagueza de grau* ocorre quando “não se sabe qual é o grau de presença da propriedade que se faz necessário para a aplicação do conceito”. Um bom exemplo deste tipo de vagueza dado por Hart diz respeito à qualidade de “careca”. De acordo com ele, há uma zona de penumbra na qual não é possível dizer se uma pessoa é ou não careca (MARCONDES; STRUCHINER, 2015, p. 138). Seria o caso de uma pessoa que já não tem tanto cabelo, porém ainda não está totalmente careca.

Por este ângulo, poderíamos analisar o voto do Min. Roberto Barroso no HC de nº 124.306/RJ. No caso concreto, pacientes de uma clínica de aborto foram presas em flagrante e denunciadas pela prática dos crimes de aborto e formação de quadrilha³.

Notadamente com relação ao crime de aborto, a ementa de julgamento apontou que, em uma interpretação conforme a constituição, é possível excluir da incidência deste crime a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre de gestação.

Entendendo que no crime de aborto o bem jurídico protegido é a “vida potencial do feto”, o ministro concedeu o HC, dentre outras razões, por considerar que não há vida até o primeiro trimestre de gestação. Assim, observamos que para a solução deste caso em concreto uma parte da controvérsia incidiu sobre o conceito de “vida” e qual o grau de desenvolvimento é necessário para que ela exista.⁴

Já a *vagueza combinatória* ocorre quando “alguns conceitos ou predicados são multidimensionais, o que quer dizer que o seu significado depende de uma série de propriedades constitutivas diferentes e da maneira como estas propriedades devem estar combinadas” (STRUCHINER, 2011, p. 138).

³ Código Penal: Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306/RJ. Relator Min. Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 20 ago. 2017.

STRUCHINER ilustra a vagueza combinatória com o jogo de futebol. Uma “pelada” com regras um pouco diferentes das regras oficiais do jogo, com chinelos como traves e sem juiz ainda poderia ser considerado um jogo de futebol?

O mesmo ocorre no campo jurídico quando pensamos sobre o livro eletrônico. O art. 150, VI, “d” da CRFB/88 veda a instituição de impostos sobre livros, periódicos e o papel destinado à sua impressão⁵. Diante disto, surgiu a dúvida sobre se os livros não impressos em papel também poderiam ser alcançados pela norma. Destarte pergunta-se: quais seriam os componentes necessários para que o um livro possa ser assim considerado? Uma publicação que, embora possua um conteúdo típico de um livro, não seja feita em papel, não utilize tinta e que seja disponibilizada em um meio eletrônico ainda poderia ser considerada um livro?

Para o Min. Dias Toffoli, relator do Recurso Extraordinário 330.817/RJ, com repercussão geral reconhecida, o vocábulo “papel” não é essencial para o conceito: “(...) o suporte das publicações é apenas o continente (*corpus mechanicum*) que abrange o conteúdo (*corpus misticum*) das obras, não sendo ele o essencial ou condicionante para o gozo da imunidade.” Em razão disto, foi reconhecida a imunidade tributária de livros eletrônicos, bem como dos E-readers, que são suportes digitais especializados na leitura deste tipo de obra.⁶

Além da vagueza, um outro exemplo de problemas que as regras podem apresentar são a subinclusão e a sobreinclusão, que se pretende analisar a seguir.

2.3. A subinclusão e sobreinclusão das regras jurídicas

Além de vagas e imprecisas, as regras podem se apresentar subinclusivas e sobreinclusivas por constituírem-se de forma geral e abstrata e por simplificarem os propósitos que pretendem alcançar.

⁵ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

VI - instituir impostos sobre: (...) d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 330.817/RJ. Relator Min. Dias Toffoli. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE330817.pdf>. Acesso em 20 ago. 2017.

Nos moldes do que foi narrado por Frederick SCHAUER, imaginemos a seguinte situação. Vamos supor que eu entre com minha cachorra Mel em um restaurante e ela passe a pular nos fregueses, comece a correr por todos os lados latindo e cause grande incômodo aos demais clientes. Tentando evitar que isto se repita, o proprietário do restaurante poderia criar a regra “proibida a entrada de cachorros”. Evidentemente, a justificativa para a regra é evitar o aborrecimento de sua clientela, mas a prescrição desse objetivo constitui-se na regra geral e abstrata que tentará alcançar essa finalidade.

Neste sentido, esta regra se mostra subinclusiva porque deixa de considerar outras situações que podem causar tanto ou maior aborrecimento aos clientes, como por exemplo, a entrada de um homem embriagado que fique gritando ou atirando coisas. Por outro lado, também ocorrerá sobreinclusão, pois um cão guia, inadequadamente, também estaria abrangido por esta instância geral e abstrata.

Com relação à subinclusão, podemos citar a polêmica sobre a ampliação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) às contravenções penais. Embora exista alguma divergência, a doutrina majoritária e a jurisprudência afirmam que apesar de o art. 41⁷ da lei falar especificamente de “crimes”, a correta interpretação seria a aplicação da lei também às contravenções penais tendo em vista a necessidade de proteção à mulher que foi a finalidade para a criação desta lei. A este respeito, foram editadas as Súmulas nº 536 e 588 do Superior Tribunal de Justiça.⁸

Há que se destacar que o direito projeta generalizações do passado para o futuro. Assim, é possível que uma circunstância completamente nova apareça dentro dos contornos linguísticos da regra, mas fora de seus propósitos subjacentes (STRUCHINER, 2011, p. 469).

Nas palavras de SCHAUER:

⁷ Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a [Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995](#).

⁸ Súmula 536: A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese dos delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

Súmula 588: A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A existência de uma regra limita os fatores relevantes a serem considerados: passa a valer o fator “ser cachorro no restaurante” e não qualquer fator que seria relevante para a concretização da justificação. Contudo, se o decisor, em cada momento decisório, puder invocar diretamente a justificação subjacente à regra, então o papel normativo da regra é eliminado, cabendo integralmente à justificação. A possibilidade constante de ignorar o predicado fático em função de sua justificação subjacente faz com que a regra deixe de existir como uma regra e se torne uma mera sugestão (2015, p. 166/167).

Nesta perspectiva, as regras são instrumentos grosseiros por simplificarem a justificação subjacente. Em vez de dizerem “dirija prudentemente” dizem coisas como “proibido dirigir acima de 80k/h”. Mas apesar de pretenderem exercer uma pressão no mundo, “guiando comportamentos, através da simplificação de um universo complexo de considerações normativas” (STRUCHINER; SHECAIRA, 2012, p. 141), ainda assim o *formalismo* argumenta por sua aplicação. Nas palavras de STRUCHINER:

Tal defesa deriva da crença de que em certos cenários ou ambientes de tomada de decisão a não-observância das regras poderia ser mais prejudicial do que sua observância, mesmo atentando para o fato de que as regras, em função de sua natureza como generalizações prescritivas probabilísticas, são sempre imperfeitas, ou infelizes, na medida em que invariavelmente não são capazes de realizar suas próprias justificações (2009, p. 464).

Para exemplificar um pouco esta noção, utilizarei um exemplo de STRUCHINER e Fábio SHECAIRA. Imagine uma partida de futebol entre duas torcidas: uma reconhecidamente pacata e pacífica, e a outra, baderneira e violenta. Um juiz preocupado com as consequências morais da sua decisão poderia preferir dar a vitória ao time cuja torcida é violenta, de modo a preservar a segurança de todos no estádio. Já um juiz utilitarista, poderia dar a vitória à torcida mais numerosa de modo a promover o maior bem para o maior número de pessoas. Entretanto, ao apitar um jogo, os juizes baseiam-se em regras que não levam em consideração a segurança ou a felicidade das torcidas: “o ponto é que as regras do futebol fornecem razões de autoridade. As regras de futebol tiram da jogada outras razões que seriam consideradas boas razões em contextos diferentes” (2012, p. 136-137).

Assim, eventuais razões subjacentes que levaram à criação das regras do futebol são ignoradas. Consideram-se apenas as regras postas e, pelo menos na maior parte dos casos, elas levarão à produção do melhor resultado em um jogo concreto.

Novamente, para o *formalismo*, se vivêssemos em um mundo ideal realmente seria preferível que as regras pudessem ser corrigidas na medida em que não fossem aptas a gerar o melhor resultado. Entretanto, como este não é o caso, a observação rigorosa das regras traz mais benefícios do que malefícios.

Da mesma maneira que as regras do futebol fornecem razões de autoridade para que o árbitro decida o jogo, o direito, por meio de suas regras, também tem a pretensão de fornecer razões de autoridade que influenciem na tomada das decisões judiciais. A isso denominamos argumentação jurídica típica.

2.4. Argumentação jurídica

Os autores *formalistas* defendem que a argumentação tipicamente jurídica é a melhor a ser utilizada para fornecer razões para as decisões jurídicas. (STRUCHINER; SHECAIRA, 2012, p. 131). Antes de abordar a argumentação jurídica propriamente dita, façamos algumas observações.

No conceito de Neil MacCormick a argumentação seria a “atividade de colocar argumentos contra ou a favor de alguma tese ou proposição”. STRUCHINER e SHECAIRA apontam que podemos argumentar tanto em contextos especulativos (contextos teóricos), quanto em contextos práticos (2012, p. 132).

No *contexto especulativo*, o objetivo dos argumentos é sustentar a “crença de que algo é o caso”, de que certos fatos são verdadeiros ou são falsos (Ibidem, p. 133). Já no contexto prático, o objetivo é dar razões para ações, ou seja, prescrever que se deve ou que não se deve fazer algo.

O direito se utiliza tanto de argumentos teóricos quanto de argumentos práticos. Inicialmente, sustenta-se que determinado estado de coisas sucedeu (argumento teórico) para,

posteriormente, mostrar como disso decorrem razões para que algo seja feito (argumento prático). Assim, “(...) no direito as pessoas se engajam em uma argumentação teórica ou especulativa para poder utilizar as conclusões daí extraídas para realizar inferências práticas. A conclusão final de uma argumentação jurídica possui um caráter prático” (Ibidem). Isso ocorre, por exemplo, quando um advogado escreve uma peça que pretende nortear a decisão do juiz; e também é o caminho que o juiz percorre ao proferir uma sentença.

Aprofundando nosso estudo no campo da argumentação prática, observamos a possibilidade de distinção entre a argumentação prática pura e a argumentação prática institucional. De acordo com os autores, a argumentação prática pura ocorre “livre de amarras específicas” (Ibidem), e nela são usados principalmente argumentos teleológicos (baseados nas consequências que algo pode gerar; voltados para o futuro) ou deontológicos (baseados em princípios e independem das consequências; voltados para o passado).

A argumentação prática institucional, por seu turno, é aquela que se caracteriza por trazer razões de autoridade. Trata-se de regras postas por uma pessoa ou conjunto de pessoas que tem autoridade para tal. Diferentemente das razões práticas puras que são provenientes da própria pessoa, as razões práticas institucionais baseiam-se nas razões de outrem, a autoridade (STRUCHINER; SHECAIRA, 2012, p. 134).

Novamente, assim como as regras do futebol fornecem razões de autoridade para que o árbitro decida o jogo, o direito, por meio de suas regras, também tem a pretensão de fornecer razões de autoridade que influenciem na tomada das decisões judiciais. A expectativa daqueles que desenham as instituições e regras é que elas sejam levadas a sério. Segundo os autores, “levar as regras (e as razões geradas por elas) a sério significa, como condição mínima, que elas são capazes de suprimir e suplantam as razões de substância (teleológicas e deontológicas) que governariam as decisões, não fosse pela sua existência” (Ibidem).

Nesta lógica, a argumentação jurídica tipicamente utilizada pelos juízes e pelos advogados, bem como aquela ensinada nas faculdades de direito é justamente a institucional. Isto pode ser observado porque elas fornecem razões de autoridade que suplantam as razões de substância (teleológicas ou deontológicas) que poderiam prevalecer em outros contextos. Isto ocorre especialmente nos *casos de rotina* e nas chamadas regras procedimentais, que são aquelas que prescrevem ritos e especificam provas que podem ser produzidas, por exemplo. As

regras de procedimento são formais na medida em que estabelecem fronteiras para argumentações de substância.

Aqui torna-se interessante pensar sobre qual seria então a melhor forma de decidir nas situações anteriormente narradas: regras vagas ou indeterminadas e regras insuficientes devido ao surgimento de uma situação nova ou não prevista pela regra.

Especialmente na Constituição brasileira, além de regras precisas também estão presentes princípios, que aqui entendo como normas gerais e abstratas, em contraponto às regras que possuem maior grau de determinação. Diante destas situações, há dificuldade em não utilizarmos considerações de substância. Um exemplo que podemos citar é a expressão “tratamento desumano e degradante”:

Ao usar uma linguagem moral vaga como essa, o constituinte convidou (intencionalmente ou não) à reflexão moral – algo que ele não teria feito caso tivesse definido melhor (e, portanto, permitido que o texto constitucional fosse moldado por uma teoria moral-política específica) as noções de tratamento desumano e degradante (STRUCHINER; SHECAIRA, 2012, p. 139).

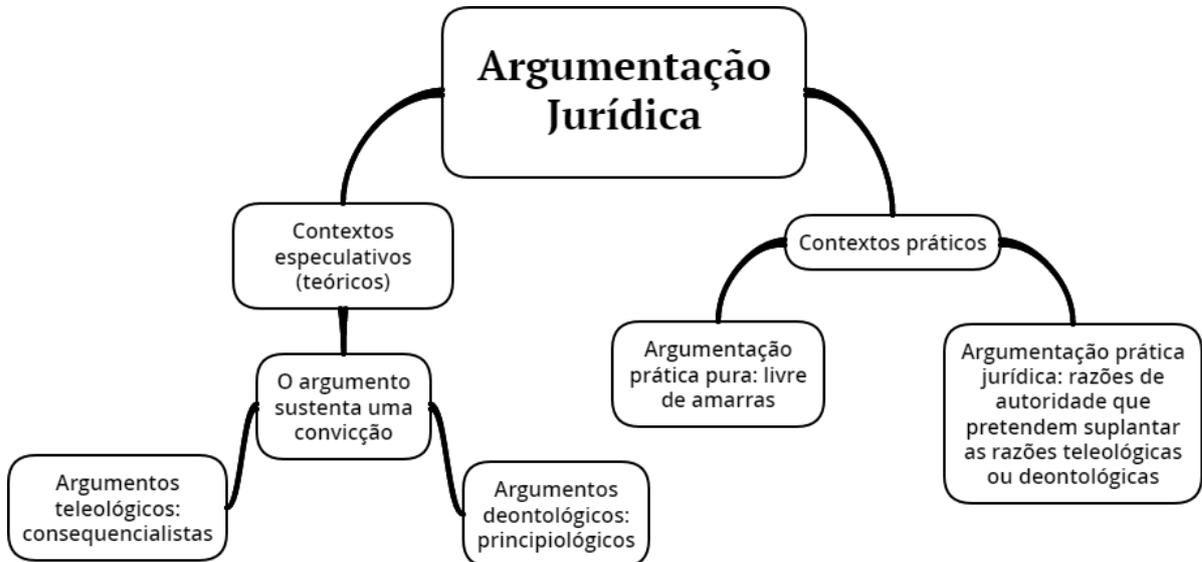
Entretanto, salienta-se que mesmo que o conteúdo de um princípio possa ser considerado vago, é possível que ele seja determinado pela jurisprudência ou pela legislação infraconstitucional ao longo do tempo (Ibidem).

Foi o que ocorreu com o Princípio da Insignificância oriundo do direito penal. No julgamento do HC nº 84.412/SP, relatado pelo Min. Celso de Mello, foram estabelecidos critérios objetivos para aplicação deste princípio, quais sejam: mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e, por fim, inexpressividade da lesão jurídica provocada.⁹

Desta forma, para que a argumentação seja institucional, não basta que faça referência a um texto legal, sendo necessário que seu conteúdo tenha as razões de substância

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.412/SP. Relator Min. Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>. Acesso em 21 ago. 2017.

suplantadas ou limitadas pelo argumento de autoridade (STRUCHINER; SHECAIRA, 2012, p. 138).



2.5. Benefícios do formalismo

Conforme podemos observar, o formalismo pressupõe que as decisões jurídicas proferidas pelos juízes devem pautar-se na observância das regras, ainda que elas apresentem certa vagueza e que, em alguns momentos, mostrem-se sub e sobreinclusivas. Isto é feito pela utilização da argumentação jurídica prática institucional, que pretende utilizar razões de autoridade de modo a afastar eventuais razões de substância.

Os malefícios da adoção do *formalismo* são evidentes e residem justamente na imperfeição que as regras possuem. Mas, haja vista os defeitos que as regras jurídicas apresentam, por que o formalismo seria a melhor opção na tomada de decisões judiciais?

Os argumentos dos *formalistas* são vários. Em primeiro lugar, a adoção das regras gera maior estabilidade, certeza e previsibilidade. Desta forma, maior será a segurança jurídica. Além desse argumento tradicional, temos um outro que se baseia sobretudo na eficiência: “decisões baseadas em regras poupam custos em termos de tempo e dinheiro. A aplicação de regras não requer uma grande *expertise* por parte do tomador de decisão e permite que as decisões sejam mais ágeis e céleres” (STRUCHINER; SHECAIRA, 2012, p. 142).

Ainda, as regras garantem o respeito ao modelo democrático de governança: nosso sistema jurídico tem como um de seus fundamentos a separação de poderes: o Executivo administra, o Judiciário julga e o Legislativo cria regras. Se as regras forem constantemente afastadas, o Judiciário receberá um poder extraordinário e “a vontade do Legislativo e, indiretamente, a nossa vontade, não é respeitada” (Ibidem).

Outro importante argumento diz respeito aos erros que ocorrem direta ou indiretamente. Segundo STRUCHINER e SHECAIRA:

O argumento aqui é o seguinte: se temos boas razões para acreditar que a quantidade ou magnitude dos erros produzidos por se recorrer aos princípios (à argumentação moral) é muito significativa, então temos boas razões morais para querer evitar que a argumentação moral baseada em princípios ocorra. (...) Isso pode ocorrer tanto nos casos em que acreditamos que o agente decisório é o agente diretamente responsável pelo erro na decisão, quando nas ocasiões em que o mesmo é um agente indireto do erro (2012, p. 142).

De acordo com SCHAUER, ao empregar regras diminuimos os erros do decisor, pois limitamos sua capacidade de levar em consideração reflexões muito complexas. De alguma forma, a escolha baseada em regras irá acabar por incapacitar decisores mais sábios e sensíveis de tomar a melhor decisão, mas, por outro lado, também impedirá que, de uma forma geral, os juízes tomem decisões erradas (MARCONDES; STRUCHINER, 2015, p. 173).

Nesta perspectiva, evitar erros é um dos maiores benefícios para a adoção de uma tomada de decisão baseada em regras e, ao mesmo tempo, é um dos maiores malefícios provenientes da adoção de um modelo mais particularista.

Um modelo de decisão que afasta a aplicação das regras, além dos erros diretos que são aqueles provados pelos juízes tentando fazer o bem (como por exemplo deferindo a entrega de um medicamento que não é o mais adequado para tratar a doença da pessoa, ou faz mal), produz erros indiretos que são chamados de *efeitos sistêmicos miméticos* ou de *adaptação*.

Os *efeitos sistêmicos miméticos* sucedem na seguinte situação: imagine que um juiz se desvie de certas regras claras e aplique determinados princípios de forma absolutamente correta. Embora com relação à aplicação do princípio por este juiz não decorram problemas, esta atitude poderá servir como estímulo para que juízes menos preparados queiram imitá-lo, mas sem o preparo adequado, o juiz que mimetiza a conduta do anterior pode acabar cometendo diversos erros.

Já os *efeitos sistêmicos de adaptação* acontecem quando outros agentes, que não os judiciais, diante da expectativa de que as regras serão deixadas de lado, acabam tentando se adaptar.

No exemplo dado por STRUCHINER, imagine que um grupo de juízes passe a, sistematicamente, negar o pedido de despejo se o locador inadimplente de um imóvel for um idoso. Diante disto, pode ser que as imobiliárias tornem mais dificultoso que idosos sejam locatários (2011, p. 146-147).

Assim, a opção por um modelo *formalista* ou *instrumentalista* é certamente uma opção política. Contudo, conforme salienta STRUCHINER:

(...) a opção por um modelo de regras forte, onde os aplicadores das regras não fogem aos significados encontrados perto da superfície do texto é uma escolha moral por não deixar aqueles que tomarão as decisões realizarem avaliações morais adicionais em cada momento de deliberação (2009, p. 478).

2.6. A decisão judicial nos *casos de rotina* e nos *casos difíceis*

Em face de tudo o que foi narrado, analisaremos como os *formalistas* acreditam que os juízes devem pautar suas decisões. Inicialmente, apesar de muitas questões se encontrarem dentro da zona de penumbra, a maioria dos casos poderá ser facilmente classificada pelo núcleo de significado das regras jurídicas. Assim, um erro dos opositores do *formalismo* é justamente pensar que todos os casos funcionam como os difíceis (STRUCHINER, 2011, p. 134).

De fato, os casos mais interessantes e particulares serão aqueles selecionados pela academia, pelos juízes e pelo público em geral em razão de chamarem mais atenção. Todavia, “se nos concentrarmos apenas nos casos difíceis, esquecemos da grande maioria dos casos fáceis que nem sequer são litigados porque todos sabem o que é determinado pelo direito” (Ibidem, p. 133).

Assim, nos *casos de rotina*, em sistemas jurídicos democráticos como o nosso, existe uma regra perfeitamente clara e de conteúdo razoável para a uma situação concreta. Esta regra ou conjunto de regras, que denominamos materiais jurídicos convencionais, solucionam a controvérsia em questão sem que haja qualquer dúvida de que aquela é a melhor solução para a situação em foco. Neste cenário, ocorrerá a mera subsunção ou sequer haverá demanda judicial, eis que o direito é plenamente claro.

É o que ocorre com frequência em batidas leves de automóveis. Embora em algumas situações haja necessidade de que as partes recorram ao judiciário para apurar a responsabilidade diante do ocorrido, inclusive por meio de perícias, na maioria das vezes a questão é resolvida entre os motoristas no local do acidente e aquele que provocou o dano arcará com o custo do conserto do outro carro.

Ultrapassada a análise dos *casos de rotina*, abordaremos a decisão judicial dos *casos difíceis*. Este segundo cenário caracteriza-se pela existência da regra subótima que se apresenta de três formas: quando é imprecisa e vaga não contemplando todo o caso concreto; quando, aplicada ao caso concreto, gera alguma injustiça ou lesiona algum princípio do direito; e, por fim, quando esta se mostra insatisfatória e subinclusiva ou sobreinclusiva para regular nossa vida cotidiana diante do surgimento de uma circunstância nova.

Como as regras são confeccionadas pelo uso da linguagem, serão sempre potencialmente vagas. É justamente a *textura aberta* da linguagem que faz com que as regras se mostrem vagas ou sub e sobreinclusivas.

Ocorre penumbra quando o direito não fornece de pronto a resposta para a questão analisada no caso concreto. Este novo contexto terá algumas características semelhantes aos casos pragmáticos que utilizam o núcleo de certeza desta regra, mas, ao mesmo tempo, terá

características diferentes e caberá ao decisor argumentar a favor do tratamento que der a circunstância em análise (MARCONDES; STRUCHINER, p. 103).

Nas três situações narradas em que a linguagem não determina um resultado certo, a única alternativa será procurar outros critérios para a fundamentação. Nas palavras de STRUCHINER, nem sempre a linguagem é totalmente clara e:

Reconhecendo isso, o formalista aceita, também, que nos casos em que a linguagem não determina um único resultado de forma inequívoca, não existe alternativa senão procurar a fundamentação da solução em critérios que estão além das regras. O formalista sofisticado é aquele que está comprometido com o resultado gerado pela regra, isto é, significado convencional das categorias empregadas na regra, sempre que ela aponta claramente para uma resposta, mesmo que o resultado seja contrário àquele que seria produzido se fosse aplicada a justificativa da regra ou a totalidade razões relevantes para a decisão (2009, p. 471).

Para Hart, a textura aberta do direito não se impõe como um problema, mas, de maneira diversa, permite que questões novas que dificilmente poderiam ter sido antecipadas possam ser analisadas tendo como base a regra anteriormente confeccionada (Ibidem).

3 O INSTRUMENTALISMO

Conforme vimos anteriormente, o *formalismo* é uma corrente de teoria da decisão judicial que se pauta especialmente na adoção e respeito às regras. O *instrumentalismo*, por outro lado, é uma teoria mais sensível a outros aspectos para além delas. Uma das principais diferenças que podemos apontar inicialmente é que, ao contrário da teoria *formalista* que confere sentido ao direito a partir dele próprio, como uma ciência que não recorre a outros preceitos filosóficos, históricos ou sociológicos, a teoria *instrumentalista*, de autores como Ronald DWORKIN, acredita na união indissociável entre o direito e a moral (SHECAIRA, 2011, p. 313).

No presente capítulo, a partir do pensamento de DWORKIN, explicarei em que consiste a corrente *instrumentalista* e quais são os aspectos além das regras que devem ser levados em conta pelos juízes ao proferirem decisões judiciais. Posteriormente, abordaremos mais profundamente o trabalho deste autor explicando conceitos fundamentais de sua teoria e alguns de seus mecanismos teóricos como o juiz Hércules e o romance em cadeia.

Após, serão apontados os benefícios que surgem da adoção da corrente *instrumentalista* diante da nova configuração que o direito brasileiro está tomando. Por fim, adentraremos a solução dos casos fáceis e difíceis a partir da visão *instrumentalista*.

3.1. O que é instrumentalismo

Para o *instrumentalismo* (caracterizado também como *particularismo* por alguns autores) ao proferir decisões judiciais, os juízes ou juízas não devem se limitar aos materiais jurídicos convencionais, que são as leis e a jurisprudência, mas devem buscar outras considerações.

Destaca-se que entendo o *instrumentalismo* em um sentido amplo, abarcando as diversas teorias que, embora divergentes entre si, apontam para uma construção da decisão jurídica que não seja totalmente baseada em regras. DWORKIN sugere a construção das decisões judiciais a partir das noções de integridade, de coerência e nos princípios políticos

implícitos na estrutural política moral de uma comunidade. Já Richard POSNER, por exemplo, que também poderia ser classificado dentro da corrente *instrumentalista*, adota uma postura mais cética em relação à influência que os materiais jurídicos convencionais efetivamente teriam sobre a decisão dos juízes nos casos concretos.

O principal autor que estudarei dentro da teoria *instrumentalista* é Ronald DWORKIN, que acredita que o direito muitas vezes depende da resposta a questões morais. Sua pretensão é elaborar uma teoria do direito que apresente o funcionamento do direito e, ao mesmo tempo, legitime-o. Sua teoria se assenta em uma teoria moral e política geral. Para DWORKIN, o direito não é simplesmente um conjunto de regras, (objetos ideais ou conjunto de eventos linguísticos). Trata-se de uma atividade argumentativa a partir da qual é encontrado o direito a ser aplicável (MUÑOZ, 2008, p. 216-221).

Conforme explicita MUÑOZ, o modelo baseado em regras (que vem sendo atribuído aqui aos *formalistas*) acaba por mostrar-se limitado pois, apesar de oferecer explicação para uma série de fatores, se mostra incapaz de oferecer racionalidade a outras “(...) a teoria, portanto, convive com anomalias que ela é forçada a lançar para o terreno da discricionariedade e arbitrariedade” (2008, p. 222).

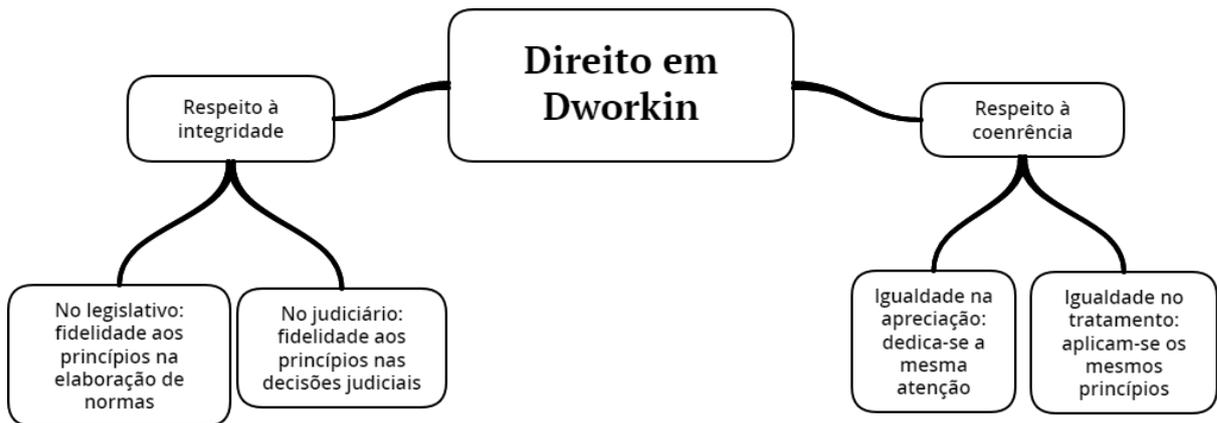
Assim, diante das anomalias e lacunas inerentes ao sistema baseado em regras, DWORKIN sugere como atributo fundamental de sua teoria a ideia do Direito como integridade. A integridade é um conceito duplo que abrange tanto uma integridade no legislativo quanto uma integridade no judiciário. O princípio da integridade na legislação (ou política) exige que os criadores das normas jurídicas sejam fieis e coerentes com relação aos princípios de modo a manter um sistema jurídico de justiça e equidade (BARBOZA, 2016, p. 218).

Já com relação às decisões judiciais, objeto deste trabalho, o princípio da integridade demanda que os argumentos jurisdicionais sejam construídos de forma integrada ao conjunto do Direito como um todo.

De maneira semelhante, o conceito de coerência é imprescindível para uma melhor compreensão da teoria dworkiana. Coerência diz respeito à igualdade, ou seja, os casos deverão ter igual consideração pelo Judiciário. Haverá coerência, ainda, se os mesmos princípios forem aplicados a casos análogos. De acordo com STRECK, “isso somente pode ser alcançado por

meio de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento” (2016).

Para DWORKIN, a sociedade que adotar as ideias de integridade e coerência serão convertidas em uma comunidade de princípios (PEDRON, 2016, p. 153-155). Assim, a integridade e a coerência constituem garantias contra eventuais arbitrariedades interpretativas dos juízes uma vez que estes estarão limitados por essa comunidade de princípios (STRECK, 2016).



Considerando o papel da moral nesta teoria, DWORKIN aponta que o real problema enfrentado ao se discutir uma teoria sobre a decisão judicial é a divergência sobre o que é o direito. Em razão disto, os participantes da prática jurídica devem adotar uma postura interpretativa do que é o direito e de quais são os princípios que compõem a moral política de sua comunidade.

Um exemplo de interpretação do que é o direito em uma sociedade de princípios pode ser subtraído do julgamento do *Habeas Corpus* nº 89.417, no qual a relatora Min. Carmen Lúcia, afastou a regra constitucional do art. 53, §2 da Constituição Federal¹⁰ que dispõe que,

¹⁰ Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001\)](#)

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001\)](#)

desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos a não ser em caso de flagrante de crime inafiançável, situação na qual os autos do processo seriam remetidos à respectiva Casa para que seus membros deliberassem sobre a prisão.

Na situação concreta, após a “Operação Dominó” deflagrada pela Polícia Federal e que levou à prisão diversos políticos de Rondônia, surgiu uma questão acerca da prisão do Presidente da Assembleia Legislativa deste estado. Apesar da disposição constitucional sobre a deliberação da prisão por sua Casa, a Ministra entendeu que a Assembleia Legislativa não teria isenção ou autonomia para tanto uma vez que dos vinte e quatro deputados, vinte e três estavam indiciados em diversos inquéritos.¹¹

Nas palavras de Carmen Lúcia, “os princípios constitucionais determinam a interpretação e a aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina.” Desta forma, diante da peculiaridade do quadro, deveria haver também uma peculiaridade na interpretação daquela regra, pois sua aplicação, naquele caso concreto, levaria à impunidade do parlamentar e violaria valores constitucionais.

Destarte, considera-se que eventual material jurídico convencional poderá ser afastado para resguardar os princípios que regem a moral política de uma comunidade.

Conforme afirma BARBOZA, para DWORKIN as pessoas só poderão ser consideradas como membros de uma comunidade política se aceitarem que são governadas por princípios que são comuns a todos e não apenas pelas regras criadas por meio do sistema político. Existem princípios que são anteriores, até mesmo, à Constituição (2016, p. 221).

Portanto, não bastaria continuar decidindo casos semelhantes de maneira semelhante (o julgamento dos membros pela própria Casa, por exemplo). Faz-se necessária uma análise holística da situação, homenageando a integridade, a coerência e os princípios políticos de uma comunidade. O dever de coerência pode até mesmo exigir que os julgadores se afastem da linha em que vinham sendo tomadas as decisões anteriores para, segundo BARBOZA, alcançar “os

¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.417-8/RO. Relatora Min. Carmin Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/963_carmenlucia.pdf. Acesso em 15 ago. 2017.

princípios concebidos como os mais fundamentais a esse sistema como um todo” (2016, p. 223).

Os princípios políticos morais de uma comunidade seriam uma espécie de “filosofia dominante” que expressa valores e tradições jurídico-políticas. Assim, observamos que o direito é influenciado por questões políticas, externamente e não internamente em si. Nas palavras de MUÑOZ:

Daí porque os juízes não podem exercer discricionariedade sem controle ao decidir um caso, mesmo quando aparentemente não há regras para serem aplicadas. (...) Inevitavelmente, a consequência será que nos casos difíceis haverá sempre uma resposta “certa” a ser encontrada (...) aquela que assegura e protege direitos que são explícitos ou implícitos nos valores fundamentais do sistema, de sorte que uma decisão legislativa ou judicial que atinge o sistema de princípios faz nascer para os cidadãos o direito à desobediência civil (2008, p. 230).

Logo, as decisões jurídicas não podem ficar engessadas pelos materiais jurídicos convencionais, mas devem observar os princípios que regem aquela comunidade combinando elementos que se voltam para o passado com elementos que se voltam para o futuro, uma vez que a prática jurídica contemporânea se impõe como uma política em processo de desenvolvimento (BARBOZA, 2016, p. 233). Nas decisões jurídicas existem elementos que se voltam para o passado uma vez que parte do trabalho do decisor consiste em analisar a tradição de decisões anteriormente proferidas em sua comunidade, mas ao mesmo tempo, também existem elementos que se voltam para o futuro, pois a decisão proferida servirá de base para que se guarde a integridade com decisões futuras.

Com o objetivo de melhor explicar sua teoria, DWORKIN se utiliza de dois mecanismos teóricos que são o *juiz Hércules*, que evidencia o que é o respeito a integridade e o *romance em cadeia* que esclarece o que é o dever de integridade, mas especialmente o que é o dever de coerência. Passemos a analisá-los.

3.2. O juiz Hércules

Segundo DWORKIN, os juízes devem decidir casos difíceis através da interpretação da estrutura política de sua comunidade tentando encontrar a melhor justificação possível dentro dos princípios da moralidade política (1982, p. 165).

Para que seja possível contemplar como uma justificação do inteiro sistema deve ser feita, o autor inventou um juiz mítico, denominado Hércules, com poderes super-humanos. O juiz Hércules considera a lei ou precedente imediatamente relevante para o caso concreto como sendo parte de um sistema muito maior. Deste modo, será sempre relevante para ele expandir sua investigação por meio de perguntas de modo a descobrir se as conclusões alcançadas são consistentes com o que teria sido descoberto em um estudo mais amplo (DWORKIN, 1982, p. 166).

O juiz Hércules seria um juiz de competência, erudição, paciência e acuidade sobre-humanas. Além disso, é plenamente consciente de suas reponsabilidades constitucionais (MUÑOZ, 2008, p. 226). Evidentemente, o juiz Hércules é um magistrado ideal e ninguém terá condições de imitá-lo perfeitamente. Entretanto, a partir da análise de sua postura podemos observar o que devemos esperar dos juízes reais. Neste sentido:

O desafio posto para Hércules é reconhecer o direito como algo criado por meio de leis, mas, igualmente, seguir as decisões que o próprio Judiciário tomou no passado. Isso o levará a construir um sistema baseado em princípios jurídicos capaz de fornecer a melhor justificativa para os precedentes judiciais, e também para as leis e para a Constituição. É claro que Hércules não deve reproduzir todas as decisões, mas sim filtrar, no curso da história institucional, os erros e acertos (...) (PEDRON, 2016, p. 156).

Trazendo a ideia da integridade para a atividade dos juízes e juízas, observamos que estes devem desempenhar uma interpretação criativa, ou seja, ao julgar um caso concreto, exercem sua função com responsabilidade política e devem adotar a posição que melhor justifique as práticas de sua comunidade vendo o direito como um todo coerente e estruturado (BARBOZA, 2017, p. 211).

Nesta perspectiva, cada decisão judicial é um fardo composto das decisões passadas sobre as quais os juízes devem fazer considerações, e composto também pelas leis, que no nosso ordenamento jurídico devem ser consideradas como essenciais para a solução do caso concreto. Em cada decisão judicial o juiz ou juíza do caso concreto buscará um conjunto de princípios explícitos e implícitos que orientam a moralidade de sua comunidade, guardando o dever de integridade e coerência ao apreciar todos os casos com o mesmo respeito aos princípios e ao tratar todos os casos semelhantes de maneira e igual.

Apesar da defesa de um juiz de poderes super-humanos, não significa que DWORKIN defende uma postura de ativismo judicial. De acordo com BARBOZA, “o ativismo, como uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, permitiria ao juiz ignorar não só a Constituição como também as decisões anteriores da Suprema Corte (...) (2016, p. 217).

3.3. O Romance em cadeia

Um segundo mecanismo teórico utilizado por DWORKIN para explicar seu pensamento (e que serve para afastar a impressão de que ele defende o ativismo judicial) é o romance em cadeia. Imaginemos um conjunto de roteiristas engajados na produção de um romance e que cada um escreverá um capítulo. Ao escrever seu capítulo, cada roteirista deverá decidir como um personagem realmente é e sobre o que aquela obra realmente fala, por exemplo. Ao fazê-lo, a interpretação adotada fará grande diferença na forma como a história será continuada (DWORKIN, 1982, p. 167).

Assim, um romance escrito em cadeia exigirá que cada roteirista interprete tudo que já foi escrito e compreenda que seu capítulo é parte de um todo. O roteirista precisará entender que está continuando um romance e não começando outro. Assim, ao final a história escrita poderá ser vista como obra de um único autor (BARBOZA, 2016, p. 213).

Esta analogia ajuda a explicar como devem ser proferidas as decisões judiciais. Conforme explicita DWORKIN, o juiz deve fazer decisões criativas, mas deve tentar manter essas decisões em continuação às passadas, em vez de começar em uma nova direção. Ele deverá ler o que os juízes do passado disseram, não simplesmente para descobrir o que foi dito, mas para alcançar uma opinião sobre o que eles coletivamente fizeram. A melhor interpretação

das decisões judiciais passadas chegará o mais perto possível dos ideais de justiça do sistema legal (1982, p. 168).

Desta forma, DWORKIN salienta a importância de uma postura interpretativa construtiva (crítica), de sorte que sua decisão judicial produzirá um acréscimo em uma tradição já determinada, e não será mera repetição da mesma. Logo, cada magistrada(o), assim como cada romancista, terá ao mesmo tempo a função de interpretar e a função de criar o direito¹² (PEDRON, 2016, p. 157).

Conforme salienta BARBOZA, o desejo de construir uma sociedade mais igualitária por meio do direito não deve se resumir à legalidade, afinal também possui uma dimensão moral e uma dimensão política. Os juízes e juízas não estão alheios ao processo de criação do direito, pois aplicá-lo também significa construí-lo (2016, p. 210).

Desta maneira, é claro que a experiência dos juízes e suas convicções morais irão influenciar suas decisões sobre quais direitos as pessoas terão. Mas os fatos brutos da história legal, todavia, irão limitar o papel que estas convicções podem desempenhar nestas decisões (DWORKIN, 1982, p. 169).

Conforme mostra MUÑOZ, a teoria de Dworkin fornece elementos e direcionamentos para que os juízes e juízas tomem decisões com base em argumentos jurídicos – argumentos de princípios; e não em argumentos políticos, sociais ou econômicos – argumentos de política (2016, p. 229).

Os argumentos de política seriam aqueles que justificam uma decisão política, mostrando que há algum avanço ou proteção da sociedade como um todo. Podemos exemplificar este tipo de argumento com base no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP¹³. Neste julgamento, o STF relativizou o princípio constitucional da presunção de inocência para manter na prisão o acusado que se encontrava preso desde a confirmação de sua

¹² Aqui, ao versar sobre a criação de direitos o autor não tem em mente as situações criticáveis no qual o Judiciário se faria passar pelo legislador. Ao falar sobre a criação do direito pelos juízes(as), refere-se ao dispositivo da sentença que cria uma norma jurídica, com efeito entre as partes, naquele caso concreto.

¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator Min. Teori Zavascki. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 06 de out. 2017.

condenação pelo Tribunal de origem, anteriormente, portanto, ao trânsito em julgado de seu processo judicial.

Ao traçar um panorama jurídico acerca desta decisão, Geraldo PRADO lembra que esta deliberação modificou a orientação sobre o tema definida pelo STF no julgamento do *HC 84.078-7/MG*, em 05/02/2009 (2016).

Ocorre, que no julgamento do *HC 84.078-7/MG* houve declaração de inconstitucionalidade do art. 637¹⁴ do Código de Processo Penal que disciplinava a não incidência de efeito suspensivo em recurso extraordinário, em matéria penal. Assim, a nova orientação do STF estaria ripristinando o artigo mencionado sem declarar a inconstitucionalidade do art. 283¹⁵, do mesmo diploma, que entrou no ordenamento jurídico em momento posterior ao *HC 84.078-7/MG* para regular a mesma matéria.

Para PRADO, o STF estaria sujeito à amplitude transcendente ao caso concreto dos efeitos vinculantes do *HC 84.078-7/MG*, pois não é possível que o Supremo revise seu entendimento sobre o tema sem considerar os motivos determinantes da decisão anterior. De todo o exposto, o autor conclui que embora o direito seja prática social, o Supremo não pode violar a separação dos poderes e ignorar preceitos legais vigentes para elaborar sua própria norma (2016). Por conseguinte, trata-se de uma decisão eminentemente política, sem respaldo jurídico, que tem pretensão de mostrar algum avanço ou proteção à sociedade.

Já os argumentos de princípio seriam aqueles que justificam uma decisão política demonstrando que ela assegura ou respeita o direito de um indivíduo ou de um grupo. Assim o judiciário deve orientar seu julgamento com base nos argumentos de princípio, pois é o Poder encarregado da defesa de direitos e não da defesa de políticas públicas, por exemplo (MUÑOZ, 2008, p. 229).

¹⁴ Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

¹⁵ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. ([Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

3.4. Nova conformação do direito brasileiro e CPC/2015

Inicialmente, cabe destacar que os ordenamentos jurídicos costumam ser estudados como inertes, focando-se especialmente na distinção entre os sistemas da tradição *romano-germânica* com a tradição *common law*.

Caracteriza-se o sistema *romano-germânico* como aquele que tem como sua principal fonte a lei. Além dela, também se mostram presentes, em geral com menor importância, os tratados, costumes e a jurisprudência. Desta forma, o direito se funda na ordenação de condutas humanas de forma geral e abstrata.

Já com relação ao sistema da *common law*, sua formação se deu a partir do direito inglês e hoje compreende cerca de um terço dos sistemas jurídicos. Conforme destaca VICENTE, sua formação contemporânea tem origem na solução dos tribunais e não a partir de um sistema de princípios gerais normativos. Assim, nestes sistemas o desenvolvimento do direito se faz por pequenos ajustamentos (*incremental approach*), opondo-se ao *principled approach* característico de sistemas jurídicos como o *romano-germânico* (2008, p. 144; 244 e 511).

Ocorre que nosso sistema jurídico baseado na tradição *romano-germânica* tem se aproximado cada vez mais do sistema *common law*. Hoje não mais se justifica o estudo dos diferentes sistemas jurídicos como inertes, observando-se o surgimento de diversos sistemas híbridos e a influência de uns sobre os outros (MELLO; BARROZO, p. 5). Alguns passos que demonstram a aproximação do nosso ordenamento com o sistema *common law* foram a criação da Súmula Vinculante e a eficácia *erga omnes* diante de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal diante do controle concentrado de constitucionalidade.

Um novo passo neste sentido se deu com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 que traz diversos dispositivos que homenageiam os precedentes, bem como instrumentos que buscam a uniformização da jurisprudência.¹⁶ O objetivo do Código é garantir

¹⁶ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

uma maior coerência entre as decisões de diferentes Tribunais e entre as decisões de um mesmo tribunal (BARBOZA, 2016, p. 203). Neste contexto, a teoria de DWORKIN ganha importância devido aos conceitos de integridade e coerência anteriormente apresentados.

Para STRECK, especialmente com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a integridade e coerência atuam como “vetores principiológicos” através dos quais deve ser feita a leitura de todo o sistema jurídico. Assim, qualquer decisão judicial deve ser fundamentada e respeitar a coerência e integridade do direito, seja a decisão de um juiz do primeiro grau, seja a decisão da mais alta Corte do país (2016).

A importância da teoria de DWORKIN aparece especialmente quando analisamos o dever de integridade e coerência nas decisões em *casos difíceis* no Supremo Tribunal Federal. Para BARBOZA, neles, os Ministros devem firmar sua posição não apenas verificando a posição anteriormente manifestada pelo Tribunal, mas que também possam servir de precedentes para os futuros casos que a eles se assemelham (2016, p. 203).

A autora propõe que os Ministros do STF se inspirem no direito como integridade de DWORKIN para que a prática constitucional brasileira possa ter uma visão mais coerente. Isso garantiria que a interpretação dos direitos humanos e fundamentais fossem realizados de acordo com os princípios que melhor retratem a moralidade política da comunidade brasileira e de garantir segurança jurídica e a estabilidade almejada em nosso ordenamento jurídico (BARBOZA, 2016, p. 243).

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no [art. 10](#) e no [art. 489, § 1º](#), quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Desta forma, diante da importância crescente das decisões judiciais, é preciso que estas sejam analisadas. Conforme aponta STRECK, a Constituição federal traz a fundamentação como uma condição para que a decisão seja válida em seu art. 93, inciso IX. Neste sentido, para o autor:

O novo CPC trouxe algumas blindagens contra a subinterpretação do art. 93, I, dentre as quais se destacam o art. 10 (proibição de não surpresa), o art. 371 (fim do livre convencimento), 489 (diversos incisos que trazem critérios ao decidir) e 926 (que estabelece a obrigatoriedade de a jurisprudência ser estável, íntegra e coerente)¹⁷ (2016).

Dentre as teorias acerca da decisão judicial disponíveis, é a teoria de DWORKIN que se mostra mais atraente para contribuir para a compreensão do novo modelo de direito brasileiro, especialmente na atuação dos Tribunais. Para PEDRON, a decisão judicial não poderá ser fruto da discricionariedade de um juiz:

(...) Antes disso, deve ser fruto de um empreendimento coletivo que conte com respeito e reconhecimento da sociedade, que a todo momento, como comunidade de intérpretes de nossas normas, deve ter a possibilidade de participação e argumentação (2016, p.165).

¹⁷ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (...)

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os 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.

3.5. A solução do *instrumentalismo* para os casos de rotina e para os casos difíceis

O *instrumentalismo*, conforme tudo o que foi destacado, assume a postura de que a interpretação do decisor deve ir além dos materiais jurídicos convencionais, pois apesar de poderem ser empregados com perfeição aos *casos de rotina*, (aqueles nos quais a regra em concreto soluciona a controvérsia em questão sem que haja qualquer dúvida de que aquela é a solução adequada), estes materiais se mostram insuficientes diante dos *casos difíceis*, ou seja, das situações em que embora existam regras aplicáveis ao caso concreto, elas se mostram subótimas para resolvê-lo. Segundo PEDRÓN:

A partir do momento em que se assume a presença de ambiguidades, obscuridade e normas indeterminadas nos códigos, e se positivam os direitos humanos na Constituição por meio da adoção de um sistema de direitos fundamentais, é necessário ampliar a interpretação dos princípios implícitos ou não escrito de um modo que revele e reserve ou mesmo constitua um sistema de direito racional e coerente (2016, p. 201-202).

Já foi sinalizado que os juízes deverão decidir os casos concretos através da interpretação da estrutura política de sua comunidade tentando encontrar a melhor justificação possível dentro dos princípios da política moral da comunidade que forem identificados.

Nesta lógica, haverá a exigência de que os juízes não levem em consideração apenas a própria perspectiva, mas que fundamentem suas decisões na moralidade política de sua comunidade. Para o autor ora estudado, o modelo de regras se mostra insuficiente diante da complexidade da sociedade atual. Desta forma, a atividade de julgar se processará a partir da compreensão, identificação e aplicação dos princípios jurídicos (PEDRÓN, p. 158).

Assim, um primeiro aspecto a ser apontado com relação ao *instrumentalismo* nas decisões judiciais é que, na medida em que a solução sempre se baseará nos princípios que podem ser extraídos da política moral de uma sociedade, na integridade e na coerência, haverá uma exigência para que o decisor adote a mesma postura diante dos casos fáceis ou dos casos difíceis.

Conforme anteriormente exposto, os juízes e juízas tem o dever de igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Assim, não é apenas diante de um caso difícil que o juiz deve buscar aproximar-se do ideal do juiz Hércules, mas sim diante de todas as situações que estão sendo julgadas, sejam elas fáceis ou difíceis.

Nos *casos difíceis*, não existe uma resposta pronta dada pelos materiais jurídicos convencionais, de modo que tanto uma decisão favorável quanto uma decisão desfavorável ao pleito do autor poderiam ser inferidas (SHECAIRA, 2011, p. 311-312). Já nos *casos de rotina*, esta norma plenamente aplicável aparentemente existe. Entretanto, ao se debruçar mais profundamente sobre os casos concretos que devem ser analisados, o juiz instrumentalista poderá mais facilmente enxergar que até mesmo um caso aparentemente fácil, poderá conter questões e peculiaridades que o aproximam de um caso difícil.

Conforme destaca BARBOZA, uma construção integrada e coerente do direito demanda que os julgadores elaborem um esquema com princípios abstratos e concretos que possam fornecer justificção para não apenas um, mas todos os precedentes do direito (2016, p. 211).

DWORKIN não aceita a concepção *formalista* de que nos casos difíceis, os magistrados e magistradas estariam autorizados a exercer um poder discricionário para solucionar a lide (Ibidem, p. 211). Ao contrário, partir da análise integrada do direito, com base em sua teoria, a autoridade decisória dos juízes acaba por ser limitada pelos fatos e direitos contidos na história.

DWORKIN afasta o argumento de que o *instrumentalismo* seria menos democrático atestando que, em realidade, juízes *instrumentalistas* conscientes são levados a tomar em consideração exatamente os mesmos princípios nos casos simples ou complexos (1982, p. 178-180).

A decisão dos juízes e juízas no caso concreto deve ser feita de acordo com os princípios morais que decorrem da teoria geral de moralidade política a que ele adere. Entretanto, materiais convencionais relacionados ao universo temático em que se inclui o caso sob análise não podem ser ignorados. Assim, a melhor decisão será aquela que utiliza em sua fundamentação os princípios e também os materiais já estabelecidos. “Ao primeiro passo desse

procedimento, Dworkin deu o nome de *dimensão da moralidade substantiva*; ao segundo, *dimensão do ajuste, ou encaixe (fit)*” (SHECAIRA, 2011, p. 318).

De acordo com DWORKIN, em uma interpretação bem-sucedida devem ser distinguidas as duas dimensões anteriormente destacadas. Uma interpretação deve servir os dados que ela interpretar (materiais jurídicos convencionais) para mostrar que a novela (ou a decisão judicial) não é descuidada ou incoerente. Todavia, uma segunda parte de qualquer teoria da interpretação será bastante independente destas questões formais. Ela irá conter as ideias subjetivas da política moral. Por óbvio, qualquer abordagem de trabalho de interpretação tem essas duas partes e também deve ter princípios que combinem ou decidam entre ambas (1982, p. 170).

Um juiz cuidadoso deve estabelecer para ele mesmo, por exemplo, um limite do que cabe em qualquer interpretação de dados para ser considerada aceitável na dimensão do encaixe. Se por acaso mais de uma interpretação de uma parte do direito encontrar este limite, a escolha entre estas deve ser feita, não a partir de mais comparações entre as duas dentro daquela dimensão, mas escolhendo aquela que é substantivamente melhor, ou seja, aquela que melhor promova as ideias políticas daquela comunidade (DWORKIN, 1982, p. 169-171).

Recapitulando, a interpretação não é um processo mecânico. Todavia, juízes podem formar diferentes estilos de trabalho de interpretação adequados para *casos de rotina*, e prontos para o refinamento quando os casos não forem de rotina. Este estilo de trabalho irá incluir o que DWORKIN chama de questões formais. As decisões judiciais devem partir da dimensão de encaixe, mas também devem conter uma parte substantiva, formado pela formação e experiência política e moral do juiz, ou pelo menos de uma parte de sua experiência moral o que se tornará articulada no correr de sua carreira (Ibidem).

4 AVALIAÇÃO DOS MODELOS

O capítulo final deste trabalho possui um caráter mais reflexivo. Nele procuro, inicialmente, contemplar a importância de uma teoria da decisão judicial no contexto em que vivemos.

Posteriormente, a intenção é rever as principais características das duas correntes de decisão judicial anteriormente apresentadas, focando em alguns de seus pontos de contraste. Por este ângulo, uma discussão acerca da unidade ou não entre direito e a moral se mostra imprescindível tendo em vista ser esta uma diferença marcante entre as duas teorias. Além disso, serão analisados as diferenças e os problemas que podem decorrer de um sistema que seja baseado em regras ou em princípios.

Em sequência, nos concentraremos na aplicação das duas teorias judiciais diante dos casos de rotina e dos difíceis. Neste tópico procuro apresentar minha visão pessoal do assunto, bem como exemplos colhidos da jurisprudência.

4.1. Por que uma teoria da decisão judicial?

Para falar sobre decisão judicial, faz-se necessário pensar acerca do próprio Poder Judiciário. Inicialmente, é preciso lembrar que a separação dos poderes (ou separação das funções de um poder uno) foi criada com o objetivo de conferir melhor governabilidade e evitar abusos. O tema, que é debatido desde Aristóteles, ganhou especial relevância na teoria de Montesquieu. Segundo este autor, para que exista liberdade política é necessário que os poderes de criar leis, administrar e julgar conflitos não estejam acumulados na mão de um mesmo indivíduo (FIGUEIREDO, 2014, p. 9-14).

A especialização em poderes ou funções distintas é consequência natural do desenvolvimento social e da complexidade crescente do Poder Público. A função do Judiciário aparece especificamente quando o Estado necessita dirimir conflitos que surgem entre as pessoas em uma sociedade que se mostra cada vez mais plural.

Por muito tempo, procurou-se limitar este Poder a um papel meramente burocrático, mas atualmente ele é marcado por seu forte crescimento. Conforme explica BARROSO, houve recentemente uma verdadeira ascensão do Poder Judiciário em razão de dois motivos principais: a reconstitucionalização do país que levou o Judiciário a desempenhar também um papel político e o aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira no período pós 1988 (2015, p. 512).

Em razão também da amplitude constitucional, é crescente, ainda, a judicialização das relações políticas e sociais (Ibidem). Neste cenário, em virtude de seu papel em ascensão como pacificador de conflitos, é essencial buscar por uma teoria que consiga sistematizar e legitimar a atuação do Judiciário sobretudo porque seus integrantes não são eleitos e porque, quando este funciona em *casos difíceis*, é necessária a existência de critérios objetivos que permitam o controle social de sua atuação.

4.2. Pontos de contraste entre o *formalismo* e o *instrumentalismo*

4.2.1. O direito e a moral

Uma diferença crucial entre as duas teorias acerca da decisão judicial e que já foi apontada no capítulo anterior é que, enquanto a corrente *formalista* vê o direito como uma instituição que não deve buscar sua legitimação em outras áreas como a filosofia, a sociologia e a política, a corrente *instrumentalista*, em DWORKIN, acredita na união indissociável entre o direito e a moral.

A discussão acerca da separação ou não do direito e da moral, tal qual a separação dos poderes, é uma questão antiga, objeto de preocupação de diversos filósofos. Tanto o direito quanto a moral apresentam regras de conduta e exprimem um dever ser, mas enquanto a moral possui uma fonte subjetiva que leva em consideração convicções dos membros de uma sociedade ou mandamentos de uma autoridade religiosa, por exemplo, o direito avalia a conduta de maneira mais objetiva traçando o que é “legal” ou “ilegal” de acordo com uma única fonte: o Estado (DIMOULIS, 2013, p. 45-55).

Embora exista divergência sobre a união entre o direito e a moral, observa-se claramente a influência de um sobre outro. A influência da moral sobre o direito pode ser verificada pelo trabalho dos legisladores, que também compartilham valores sociais e os exprimem por meio de normas. Além disto, dificilmente o legislador criará normas com valores contrários àqueles da sociedade. Se a maioria das pessoas condena o aborto, por exemplo, é provável que o legislador procure satisfazer as expectativas de seus eleitores de forma a evitar o surgimento de conflitos e também evitar a redução da eficácia e da legitimidade do direito. É claro que, em sociedades plurais, onde há divergência profunda sobre questões como o aborto, o legislador às vezes tem que escolher agradar alguns grupos em detrimento de outros.

De maneira semelhante, o direito auxilia na criação de uma moral dominante por meio da ameaça de sanções e da formalização jurídica, pois sua aplicação cotidiana induz que os destinatários aceitem como moralmente correto o que é legalmente estabelecido (Ibidem, p. 59-63).

O maior problema que decorre disto é que, apesar de poder ser reconhecido o sistema de regras morais que prevalece em uma sociedade (a moral dominante), não se pode dizer que a moral é única. A pluralidade dos sistemas morais de uma sociedade acaba por embarçar o reconhecimento de regras morais que são aceitas por todos. Nesta perspectiva, o direito deveria ser válido porque é colocado em vigor pelas autoridades competentes e não porque respeita a moral (Ibidem).

Apesar da problematização acerca da separação ou não do direito e da moral, a realidade é que a moral é, em regimes jurídicos minimamente democráticos, um dos princípios fundamentais da administração pública¹⁸, estando presente em diversos artigos do nosso ordenamento jurídico. Assim sendo, ao menos atualmente, é importante considerar a moral como parte do direito. Pessoalmente, acredito que diante da posição do direito enquanto uma ciência social aplicada, é preciso entendê-lo como pertencente a um conjunto mais amplo das ciências humanas, com relação interdisciplinar à filosofia, à sociologia, e à política, dentre outros.

¹⁸ Art. 37 da Constituição Federal: 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:

4.2.2. Valorização das regras ou valorização dos princípios

Outra importante característica que diferencia as duas teorias é que cada uma valoriza uma espécie diferente de norma jurídica. Conforme sabemos, a norma jurídica é um gênero que engloba os princípios e as regras que podem ser distinguidos em vários aspectos dos quais destaco alguns. Em primeiro lugar, quanto ao grau de abstração, observamos que os primeiros possuem alto grau de abstração, enquanto as regras não são tão abstratas. Quanto à determinabilidade, os princípios apresentam um estado ideal de coisas, enquanto as regras definem condutas ou situações e respectivas consequências. Já com relação à função, ao passo em que as regras são normas de conduta, os princípios possuem diversas funções como a retórico-argumentativa, a normogenética, a integradora e a sistêmica.¹⁹

Um modelo baseado em regras, aqui representado pelo *formalismo*, preconiza que estas devem ser o parâmetro de atuação dos agentes públicos, enquanto a teoria *instrumentalista*, modelo baseado em princípios, acredita que devem ser estes os norteadores de conduta dos legisladores e demais operadores do direito.

Além dos argumentos clássicos favoráveis a um sistema de regras como maior segurança jurídica, certeza e previsibilidade, um importante argumento que fundamenta sua utilização diz respeito à eficiência e aos custos deste sistema quando comparado a um sistema baseado em princípios. As decisões que consideram primordialmente as regras poupam custos em termos de tempo e dinheiro. Isto ocorre porque a aplicação de regras não requer uma grande *expertise* por parte do tomador de decisão e permite que as decisões sejam mais ágeis e céleres.

Na bibliografia utilizada neste trabalho, não foi identificado nenhum contra-argumento da teoria *instrumentalista* especificamente neste ponto. De fato, um sistema *formalista* poupa custos e propicia maior celeridade e segurança jurídica, mas, apesar disto, apresenta importantes problemas.

¹⁹ Função retórico-argumentativa: o princípio poderá ser usado como argumento que fundamenta uma regra; função normogenética: os princípios servem de inspiração para a criação de uma regra; função integradora: os princípios atuam no preenchimento de lacunas; função sistema: os princípios conferem harmonia ao ordenamento jurídico.

O primeiro deles que sublinho, para além das imperfeições das regras já apresentadas no capítulo acerca do *formalismo*, advém da realidade legislativa brasileira que, certas vezes, produz regras que não podem ser consideradas exatamente técnicas. Vejamos um exemplo do direito processual penal: quando ocorre a prescrição da pretensão punitiva do Estado, será proferida uma sentença declaratória da extinção de punibilidade do agente. Sucede que a reforma do Código de Processo Penal de 2008, ao enumerar as hipóteses de absolvição sumária do réu, adicionou justamente a hipótese de extinção de punibilidade do agente²⁰. Ora, como sabemos, a absolvição judicial ocorre quando é verificada a improcedência da denúncia contra o réu e isto nada tem a ver com a extinção da pretensão punitiva do Estado, pois quando o Estado não pode mais punir, o mérito sequer é analisado²¹. Uma outra questão além da atecnia que podemos aferir, é que não é produtivo (ou até possível) obrigar que o juiz aplique no caso concreto uma regra que considere inadequada ou injusta.

Salienta-se, contudo, a importância da teoria *formalista* em alertar que uma escolha de teoria da decisão jurídica deve envolver também aspectos práticos e econômicos. A adoção de uma corrente *instrumentalista* exigirá, neste sentido, maior investimento no treinamento dos juízes e juízas e demandará mais tempo para que os casos de rotina ou difíceis sejam analisados, uma vez que ambos devem levar em consideração os princípios políticos de uma comunidade.

Um sistema que valoriza os princípios, por sua vez, apresenta como principal vantagem, ao meu ver, dar mais coerência ao ordenamento jurídico. Neste sistema, tanto as normas jurídicas criadas quanto a sua aplicação devem ser guiadas pelos mesmos fundamentos (é a integridade na política e na justiça). Desta forma, para o *instrumentalismo*, o sistema jurídico não pode ser entendido como um sistema de proferimentos linguísticos, escritos ou não, com pretensões normativas, tal qual sustentado por STRUCHINER (2009, p. 468), pois:

Proposições jurídicas deverão ser vistas como parte de uma estrutura maior de princípios jurídicos abstratos, e proposições específicas e abstratas que fossem

²⁰Art. 397 do Código Processual Penal: Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz *deverá absolver sumariamente* o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV - *extinta a punibilidade do agente*.

²¹ Para alguns, este é um exemplo da utilização, por legisladores não tão probos, do poder de criar regras em seu próprio benefício.

similares deveriam ser organizadas da mais ampla e geral à mais especial e particular com todas as partes combinadas entre si como se houvesse uma espécie de consanguinidade entre elas. A coerência deveria ser vista não apenas em cada regra do direito, mas em todo o seu sistema (BARBOZA, 2016, p. 2016).

Neste quadro, os magistrados(as), como intérpretes, assumem papel imprescindível, o que faz surgir questões e dilemas associados à aplicação de um sistema voltado aos princípios. Um argumento cético indicado em STRUCHINER é que, diante da postura interpretativa relegada ao Judiciário, “as regras jurídicas não têm papel fundamental no processo decisório, e que o direito é na verdade aquilo que os juízes determinam como sendo direito” (2011, p. 129).

O próprio HART, fornece uma resposta neste sentido. Para ele, não é porque a resposta do juiz é a palavra final que ele é infalível. Isto ocorre porque o direito possui um significado compartilhado, o que nos permite reconhecer quando um juiz está errado. Nas palavras do autor, “o simples fato de podermos afirmar que o juiz está errado demonstra que o direito não é meramente aquilo que os juízes decidem” (Ibidem, p. 130).

Ademais, um sistema baseado em princípios é mais sensível em identificar as peculiaridades de determinadas situações concretas e, assim, evitar absurdos ou injustiças.

4.3. O formalismo e o instrumentalismo diante das decisões judiciais

Uma vez já introduzidas as características de cada teoria da decisão judicial, em seus respectivos capítulos, no que tange aos *casos de rotina* ou *difíceis*, nesta seção o foco do trabalho é pontuar as diferenças entre elas.

Enquanto para a corrente *formalista*, a solução nos *casos fáceis* se dará pela aplicação do material jurídico convencional pertinente ao caso, a corrente *instrumentalista* pressupõe que o decisor deve adotar, nos *casos de rotina*, a mesma postura que adota nos *difíceis*: aquela baseada nos princípios da política moral de uma sociedade.

É sobretudo nos *casos difíceis* que reside a maior diferença entre as duas correntes. No modelo *formalista*, diante dos casos difíceis, que são aquelas situações em que a linguagem não determina um único resultado de forma inequívoca, a alternativa é procurar a solução em critérios outros que não as regras. Aqui reside um equívoco da corrente formalista: apesar de bastante preocupada em estabelecer o respeito às regras e demonstrar como na maioria das situações elas se mostram suficientes diante dos casos concretos, os autores deixam de abordar mais profundamente quais critérios outros para além das regras os decisores deveriam considerar na resolução dos casos difíceis. Na corrente *instrumentalista*, por seu turno, a disposição acerca da conduta diante dos casos difíceis é clara: o dever de igualdade impõe que a apreciação dos casos seja feita com igualdade de tratamento, ou seja, o mesmo tratamento dispensado na resolução dos casos de rotina. Assim, não é apenas diante de um caso difícil que o juiz deve orientar-se pelos princípios políticos morais de uma comunidade, mas diante de todos eles. Para os *instrumentalistas*, isto demonstra que sua teoria é mais democrática, porquanto melhor respeita a isonomia.

Ressalte-se que o próprio legislador tem apontado que um modelo jurídico pautado pela integridade é o mais adequado, pelo menos quando o que está em jogo é a interpretação e aplicação de precedentes judiciais. No Código de Processo Civil, promulgado em 2015, existe menção expressa à integridade, expressão que não aparece ao acaso, mas que foi inserida por inspiração do trabalho de DWORKIN (STRECK, 2016). No sistema *formalista*, manter a integridade aparentemente é fácil, mas na realidade é difícil. Garantir a aplicação da norma é sim uma forma de manter a integridade, mas sozinha, a regra se apresenta ineficiente diante da conjuntura cada vez mais diversificada em que vivemos. O Judiciário, assim, tem possibilidade de corrigir eventuais falhas do sistema de regras diante dos *casos difíceis* por meio da utilização dos princípios.

Assim, indispensável se faz demonstrar que, diante da pluralidade do nosso contexto social, que revela diferentes classes sociais, culturas, dentre outros, um modelo baseado em princípios é o mais conveniente tanto para a aplicação de precedentes quanto para a criação das leis, eis que dificilmente um sistema com regras mais precisas abarcará as divergências de pensamento e comportamento existentes.

Do recente informativo nº 608 do STJ, extraio alguns exemplos. A primeira decisão comentada versa sobre a revogação de uma adoção. No caso em análise, aqui ilustrado

hipoteticamente²², Maria, mãe de João, passou a viver em união estável com Pedro, que decidiu adotar a criança. Acontece que, apenas após um ano da adoção, João foi morar com a avó paterna biológica em outra cidade, perdendo completamente os laços familiares com o pai adotivo. Anos depois, João ingressou com ação pedindo a revogação da adoção, argumentado que foi criado por sua família paterna biológica e que, apesar disso, seus avós e tios não podem ser considerados seus familiares.

Isto decorre do rompimento dos laços biológicos que advém com a adoção. Além disso, existe uma regra expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente pela qual a adoção é considerada irrevogável²³. Não obstante, a Min. Nancy Andrighi, relatora para o acórdão, considerou que “uma norma que foi forjada para a proteção do adotado, não pode, em nenhuma circunstância, ser utilizada em detrimento do seu próprio bem-estar”. Nesta lógica, o adotado não pode ser desprovido do direito de ter uma família com a qual possua vínculos efetivos e afetivos. Com efeito, no caso em concreto permitiu-se a revogação da adoção e que fossem restabelecidos os laços de parentesco do adotado com a família do pai biológico.²⁴

Um segundo caso a ser ilustrado, também veiculado no Informativo nº 608 do STJ²⁵, diz respeito a um pedido de alteração no registro civil não apenas do prenome, mas também do gênero que consta no registro, por parte de um transexual²⁶ que não realizou a cirurgia de transgenitalização²⁷. Explico: já é admitida a mudança de nome que enseja degradação ou situações vexatórias quando o prenome pertence a um gênero e a pessoa possui aparência física de outro gênero²⁸. Todavia, no caso de pessoas transexuais a alteração do prenome sozinha não alcança a proteção almejada pelo indivíduo. Nas palavras do relator Min. Luis Felipe Salomão, veiculadas no acórdão:

²² Foram preservadas as características centrais do caso concreto, mas os nomes utilizados são fictícios.

²³ Art. 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente: A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e *irrevogável*, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

²⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.545.959/SC. Relatora para o Acórdão Min. Nancy Andrighi. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://goo.gl/jkkGwQ>. Acesso em 02 nov. 2017.

²⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.626.739/RS. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://goo.gl/RnonL8>. Acesso em 02 nov. 2017.

²⁶ Trata-se de indivíduo que possui características físicas sexuais distintas das características psíquicas.

²⁷ Refere-se a cirurgia em que ocorre a redesignação do sexo masculino em feminino ou o inverso.

²⁸ CAVALCANTE, Márcio André. *Comentários ao Informativo nº608 do STJ*. Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2017/10/info-608-stj.pdf>. Acesso em 02 nov. 2017.

(...) se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade.

A permissão já existia para situações em que o transexual já havia realizado a cirurgia de transgenitalização. Contudo, permitiu-se a alteração do gênero também para aqueles que não realizaram a cirurgia, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros. Este é um exemplo típico de situação em que inexitem normas jurídicas para tratar um caso concreto. A Lei de registros Públicos nº 6.015/1973, apesar de prever possibilidades excepcionais de alteração do prenome, não abarca as situações fáticas que são recorrentes em nossa sociedade.

Diante disto, observamos que uma teoria que possibilita a resolução dos casos difíceis em obediência a princípios se mostra mais vantajosa e democrática, pois caso deixássemos a análise à discricionariedade do juiz, os resultados poderiam acabar sendo diferentes a depender dos valores e orientações pessoais do decisor, o que pode ferir o princípio da isonomia e da segurança jurídica. Ressalta-se que não necessariamente a corrente *formalista* menospreza a adoção dos princípios na resolução dos casos difíceis, mas diante do silêncio da teoria, há que se ressaltar a corrente *instrumentalista* que fornece subsídios para a resolução destas situações mais complexas.

4.4. Outras ponderações acerca da tomada de decisão

Algumas questões que também não podem ser ignoradas acerca da teoria de tomada de decisões concernem à matéria e ao agente que tomam a decisão. Com relação à matéria, observa-se que esta pode influenciar na escolha de qual é modelo de tomada de decisão mais pertinente. Por exemplo, em matéria processual, é essencial que haja respeito com relação à forma, pois forma é garantia. O desenvolvimento de princípios como o devido processo legal, sobretudo no processo penal, são direitos e garantias fundamentais e representam freios aos

excessos do Estado contra o indivíduo que é a parte mais fraca deste embate (NUCCI, 2016, p. 28).

Assim, embora possamos considerar que em questões de mérito há possibilidade de interpretação pelos juízes, por meio da técnica de DWORKIN, este pode não ser a melhor opção com relação as questões processuais que devem ser relativizadas tão somente nas hipóteses já previstas no ordenamento jurídico ou em caso de aplicação da instrumentalidade das formas, por exemplo.

Ainda, com relação ao agente, conforme destaca STRUCHINER, ao escolher um modelo de tomada de decisões, isso não significa que ele será o melhor ou mais adequado independentemente da esfera de decisão. Já foi destacado que decisão jurídica é aquela que, proferida pelo agente competente para tal, produz efeitos jurídicos. Observamos que as decisões jurídicas podem ser tomadas por diversos agentes como legisladores, policiais ou juízes.

Diante disto, é possível que o modelo de decisão adota para um grupo de agentes não seja o melhor modelo para outro. É perfeitamente possível que uma sociedade entenda que, diante da ausência de treinamento, autonomia ou imparcialidade, por exemplo, que agentes públicos como policiais não possam deliberar a cada situação concreta sobre a aplicação ou não das regras. Assim como os policiais, servidores públicos também tomam decisões diárias, mas um modelo que possibilite a interpretação e a ponderação a cada caso pode não ser o mais interessante. Nas palavras de STRUCHINER:

Ponto é que a escolha por um ou outro modelo é contextual. A escolha por um modelo de regras, isto é, um modelo acontextual (que não avalia todos os aspectos do contexto, mas apenas os fatores previamente estabelecidos e destacados como relevantes pelas regras) é, em si mesma, uma escolha feita contextualmente e depende principalmente do grau de (des)confiança que existe em relação aos responsáveis pela tomada de decisões (...). Em última análise, a escolha por um modelo ou por outro depende daquilo que é considerado o bem maior ou o mal maior. Se é considerado que que colocar obstáculos no caminho da decisão correta é o mal maior, então a melhor opção é a adoção de um modelo particularista. Se, ao contrário, acredita-se que o mal maior consiste na possibilidade de abusos e erros na avaliação das

justificações, então o modelo mais adequado é o modelo formalista (2009, p. 476).

Observa-se que um modelo de tomada de decisões dentro do Judiciário tem especificidades que o diferenciam de outras estruturas de tomada de decisão. Reconheço que o modelo de tomada de decisão *formalista* sem dúvidas se mostra o mais adequado para a tomada de decisão em repartições públicas, por exemplo. Mas o Judiciário, em razão das suas particularidades pode se beneficiar e beneficiar o interesse público com a adoção de um modelo *instrumentalista*. Uma outra possibilidade, é que fosse dada menor viabilidade decisória a juízes(as) de primeira instância e maior aos tribunais recursais e aos tribunais superiores, mas qualquer que seja a escolha, esta deve partir de uma averiguação concreta. Para STRUCHINER:

A escolha deve passar necessariamente por uma investigação empírica das capacidades institucionais daqueles que criam e aplicam regras, pelo reconhecimento de que aqueles órgãos responsáveis por tomar decisões trabalham, no mundo real, dentro de um cenário de racionalidade circunscrita. Uma teoria preservadora de regras é, mais do que qualquer outra coisa uma teoria acerca da “confiabilidade comparada”. Em certos ambientes de tomada de decisões nós podemos confiar mais naqueles que criaram as regras do que naqueles que tem que aplicar a decisão. Isso pode variar de tempos em tempos e de domínio de decisão para domínio de decisão (2009, p. 479).

5 CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi abordar, dentro da Teoria da Decisão Judicial, a tomada de decisões nos *casos de rotina* e *casos difíceis* a partir de duas correntes específicas: o *formalismo* aqui representado especificamente por HART e seus partidários²⁹ e o *instrumentalismo*, tomando por base o trabalho de DWORKIN.

De todas as características apresentadas e da análise das vantagens e desvantagens que puderam ser reconhecidas dentro de cada teoria, conclui-se que a teoria *instrumentalista* se mostra mais coerente e conveniente para servir de base à legitimação e controle do trabalho do Judiciário. Por óbvio, isso não quer dizer que a teoria não apresenta problemas. O custo de treinamento, de tempo e de recursos para uma implantação efetiva deste modelo de decisão é considerável. Também haverá dificuldade para esclarecer quais são, afinal, os princípios morais de uma comunidade implícitos ou não que devem orientar o trabalho dos legisladores e juízes, o que por si só representa um grande obstáculo à sua implantação.

Apesar de não abordadas no presente trabalho, alternativas teóricas diversas estão disponíveis como o *instrumentalismo sensível às regras*, que assume que conjuntamente às regras existem justificações substantivas e formais; ou o *modelo alemão*, por exemplo, que soluciona os casos difíceis por meio da interpretação sistemática do ordenamento jurídico e não com base em princípios.

Um ponto final que não pode deixar de ser mencionado diz respeito à importação de teorias desenvolvidas no âmbito de outros ordenamentos jurídicos para o Brasil. DWORKIN desenvolveu seu trabalho no âmbito do sistema *common law* americano. HART, por sua vez, trabalhou influenciado pelo sistema inglês que possui uma Constituição histórica e não escrita, diferentemente do que ocorre na Constituição Americana ou na Brasileira.

²⁹ Considero que o modelo formalista sugerido por STRUCHINER possa ser considerado, segundo a classificação de SCHAUER, como *formalismo moderado* (ou positivismo presumido) que é comprometido com o predicado fático, mas que em situações e sobre ou subinclusão, abre mão das regras para fazer a coisa certa (MARCONDES; STRUCHINER, 2015, p. 168-169).

Assim, ao estudar teorias da decisão judicial, deve-se ter em mente que sua aplicação não será absoluta diante da realidade brasileira, pois cada ordenamento jurídico possui suas especificidades. Observamos que o ordenamento jurídico brasileiro atual é fruto da esperança do povo de aumentar sua participação política, econômica e social após o período autoritário da ditadura militar, de modo que nossa Constituição foi vista como um espaço para se proteger conquistas democráticas como o direito de liberdade de expressão, reunião e inviolabilidade do domicílio, por exemplo (CASTRO, 2013, p. 559-562).

Além disso, também em decorrência da conjuntura política e histórica a CRFB/1988 trouxe de volta da independência a autonomia do Poder Judiciário, cujos membros ganharam garantias como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade. Desta forma a própria compreensão da formação histórica, política e cultural brasileira são elementos imprescindíveis ao se considerar qual teoria judicial é mais adequada a sistematizar, legitimar e permitir o controle social trabalho do Judiciário. Faz-se necessário, assim, que a realidade brasileira siga seu próprio caminho, adaptando as teorias à nossa realidade, sobretudo diante da impossibilidade de uma mera reprodução (Ibidem).

6. BIBLIOGRAFIA

BARBOZA, E. M de Q. O direito como integridade e os precedentes judiciais. In: OMMATI, J. E. M. *Ronald Dworkin e o direito brasileiro*. São Paulo: Lumen Juris, 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator Min. Teori Zavascki. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 06 de out. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.545.959/SC. Relatora para o Acórdão Min. Nancy Andrighi. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://goo.gl/jkkGwQ>. Acesso em 02 nov. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.626.739/RS. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://goo.gl/RnonL8>. Acesso em 02 nov. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.412/SP. Relator Min. Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>. Acesso em 21 ago. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.417-8/RO. Relatora Min. Carmin Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/963_carmenlucia.pdf. Acesso em 15 ago. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306/RJ. Relator Min. Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 20 ago. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 330.817/RJ. Relator Min. Dias Toffoli. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE330817.pdf>. Acesso em 20 ago. 2017.

CASTRO, F. L. *História do direito: geral e Brasil*. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2013.

CAVALCANTE, Márcio André. *Comentários ao Informativo nº608 do STJ*. Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2017/10/info-608-stj.pdf>. Acesso em 02 nov. 2017.

DIMOULIS, D. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 5ª Ed.

DWORKIN, R. “Natural” law revisited. *University of Florida Law Review*. Florida, Vol. XXXIV, nº 2, winter, 1982.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Atlas, 2014, 4ª Ed.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

MARCONDES, D; STRUCHINER, N. *Textos Básicos de Filosofia do Direito: de Platão a Frederick Schauer*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

MUÑOZ, A. A. *Transformações na teoria geral do direito: argumentação e interpretação do jusnaturalismo ao pós-positivismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NUCCI, G. de S. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2016.

PRADO, Geraldo. *Presunção de inocência: jurisprudência anotada - Execução provisória da pena*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 27/04.2016

MELLO, P. P. C; BARROSO, L. R. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em 05 de out. 2017).

PEDRON, F. Q. Apontamentos sobre a interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin: um estudo a partir da ADPF nº 132. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*. Belo Horizonte, ano 14, nº 20, p. 143-167, jul/dez 2016.

SHECAIRA, F. P. A decisão judicial como um objeto de análise filosófica: O debate “Posner-Dworkin”. In: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (Org.). *Epistemologia & metodologia do direito*. Campinas: Millennium, 2011. p. 311-312

STRUCHINER, N; SHECAIRA, F. P. A distinção entre direito e moral e a distinção moral do direito. *RDE Revista de direito do estado*. Rio de Janeiro, Ano 7, nº 22, p. 131-145, jan/mar 2012.

STRUCHINER, N. Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: MACEDO JR, R. P; BARBIERI, C. H. C. Org). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 119/152.

STRUCHINER, N. Posturas interpretativas e modelagem institucional: A dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 463-482

VICENTE, D. M. *Direito Comparado. Vo. 1. Introdução e parte geral*. Coimbra: Edições Almedina, 2008.